

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

4º Trimestre 2015

nº 5

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- La situación de la "Hucha de las Pensiones". A propósito de las últimas disposiciones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social y las limitaciones intrínsecas de este instrumento de garantía

José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- La reforma de la prestación por cese de actividad

Juan Gorelli Hernández

- ¿Es necesario reformular el art. 7 de la LGSS ante la decadencia del criterio de la ley del pabellón como criterio de conexión de los sistemas de Seguridad Social de la gente de mar?

Olga Fotinopoulou Basurko

- Recortes en la duración de la prestación por incapacidad temporal y control de los procesos de baja

Belen del Mar López Insua

- El derecho a la Asistencia Sanitaria de los extranjeros en situación irregular

Victoria Rodríguez-Rico Roldán

Estudios de Doctrina Judicial

- Compatibilidad entre Protección por Desempleo y Trabajos Agrícolas por Cuenta Propia orientados al Autoconsumo Familiar

Faustino Cavas Martínez

- Revalorización y actualización de pensiones: Alcance de la STC 49/2015, de 5 de marzo de 2015

Juan Antonio Fernández Bernat

- La prestación de jubilación anticipada y la acreditación del grado de discapacidad

Manuel García Jiménez

- El principio de igualdad de trato y no discriminación y Seguridad Social en el espacio europeo

Maria Antonia Pérez Alonso

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- Las estructuras normativas del derecho inglés de la Seguridad Social

Alberto Arufe Varela

Crónica Legislativa de Seguridad Social y materias conexas

Maria 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

- Reformas Paramétricas del Sistema Público de Pensiones Español (II): Efectos sobre la Contributividad y la Equidad de la ley 23/2013

Carlos Ochando Claramunt y Concha Salvador Cifre

Clásicos de la Seguridad Social

- SEVERINO AZNAR Y EMBID (1870-1959): Política y Seguridad Social desde el Catolicismo Social

José Luis Monereo Pérez



Ediciones
Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

4º Trimestre 2015

Nº 5

© Ediciones Laborum, S.L.

Avda. Gutiérrez Mellado, nº 9
Planta 3^a - 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

Contacto Revista:

-  www.laborum.es/revsegsoc
-  facebook.com/RevSegSoc
-  [@RevSegSoc](https://twitter.com/RevSegSoc)
-  revsegsoc@laborum.es

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

Impreso en España - Printed in Spain

PRESIDENTE:

Manuel Abadía Vicente

DIRECCIÓN:

José Luis Monereo Pérez

COORDINACIÓN:

Guillermo Rodríguez Iniesta

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Lourdes López Cumbre

Juan Antonio Maldonado Molina

María Nieves Moreno Vida

José Luis Tortuero Plaza

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Francisco Ortiz Castillo

CONSEJO ASESOR:

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 Garmendia Arigón

Rosa González de Patto

Santiago González Ortega

Jesús Lahera Forteza

Juan López Gandía

Belén del Mar López Insua

José Luján Alcaraz

Antonio Márquez Prieto

Jesús Martínez Girón

Carolina Martínez Moreno

Jesús Mercader Uguina

Orides Mezzaroba

Cristina Monereo Atienza

Rafael Muñoz de Bustillo

Antonio Ojeda Avilés

Sofía Olarte Encabo

Mari Carmen Ortiz Lallana

Adrián Osvaldo Goldin

Manuel Carlos Palomeque López

José Antonio Panizo Robles

Rosa Quesada Segura

Margarita Ramos Quintana

Susana Rodríguez Escanciano

Gloria Rojas Rivero

Eduardo Rojo Torrecilla

Santos Miguel Ruesga Benito

Tomás Sala Franco

Fernando Salinas Molina

Carmen Sánchez Trigueros

Carolina San Martín Mazzuconi

Antonio Vicente Sempere Navarro

Alejandro Slocker Torres

Andrés Trillo García

Fabio Tulio Barroso

Daniel Toscani Giménez

Fernando Valdés Dal-Ré

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:

Alejandro Garilli

Jaime Cabeza Pereiro

Carlos Alfonso Mellado

Juan Gorelli Hernández

Aranzatzu Vicente Palacio

Borja Suárez Corujo

EDITOR:

Francisco Ortiz Castillo

Índice

EDITORIAL

11

LA SITUACIÓN DE LA “HUCHA DE LAS PENSIONES”. A PROPÓSITO DE LAS ÚLTIMAS DISPOSICIONES DEL FONDO DE RESERVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LAS LIMITACIONES INTRÍNSECAS DE ESTE INSTRUMENTO DE GARANTÍA	13
--	----

JOSÉ LUIS MONERO PÉREZ

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

ESTUDIOS DOCTRINALES

27

LA REFORMA DE LA PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD	29
---	----

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

1. INTRODUCCIÓN	29
2. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE PROTECCIÓN Y VOLUNTARIEDAD DE LA PROTECCIÓN	31
3. REQUISITOS PARA EL NACIMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN	35
3.1. Afiliación y alta del trabajador	35
3.2. Período de carencia	36
3.3. Suscripción del compromiso de actividad y acreditación de disponibilidad activa para la reincorporación al mercado de trabajo.....	37
3.4. No haber cumplido la edad ordinaria de jubilación.....	38
3.5. Hallarse al corriente en el pago de cuotas	38
3.6. Requisitos adicionales	40
4. LA SITUACIÓN LEGAL DE CESE DE ACTIVIDAD	42
4.1. Delimitación de la situación legal de cese de actividad.....	42
4.2. Acreditación de la situación legal de cese de actividad	46
5. REFORMAS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA	48
5.1. Reformas en la regulación sobre la solicitud y nacimiento del derecho a la prestación	48
5.2. Duración y cuantía de la prestación	49
6. RÉGIMEN FINANCIERO: COTIZACIÓN Y RESERVAS	51
6.1. Cotización: la relevancia del equilibrio financiero	51
6.2. Reservas	58
7. MODIFICACIONES EN MATERIA DE GESTIÓN	61

¿ES NECESARIO REFORMULAR EL ART. 7 DE LA LGSS ANTE LA DECADENCIA DEL CRITERIO DE LA LEY DEL PABELLÓN COMO CRITERIO DE CONEXIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA GENTE DE MAR?*	63
---	----

OLGA FOTINOPOLOU BASURKO

1. INTRODUCCIÓN	63
2. EL ASUNTO KIK O EL CASO DEL TRABAJADOR DEL MAR QUE REHÚYE LA PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL NEERLANDÉS	65

3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL DEL REGLAMENTO N° 1408/71 EN EL CASO DE LOS TRABAJADORES QUE PRESTAN SU ACTIVIDAD EN LA PLATAFORMA CONTINENTAL ADYACENTE A LOS ESTADOS MIEMBROS.....	66
4. LA EXTENSIÓN DEL REGLAMENTO DE COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EUROPEO CUANDO LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SE REALIZA EXTRAMUROS DEL TERRITORIO DE ALGÚN ESTADO MIEMBRO: LA TEORÍA DE LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS CON LA UE	68
5. HACÍA LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APPLICABLE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN LOS SUPUESTOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A BORDO DE BUQUES: ENTRE RESIDENCIA Y ESTABLECIMIENTO CONTRATANTE	71
6. CONCLUSIÓN	73

RECORTES EN LA DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL Y CONTROL DE LOS PROCESOS DE BAJA.....75

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

1. INTRODUCCIÓN	75
2. DURACIÓN INICIAL.....	76
3. DURACIÓN MÁXIMA DE LA PROTECCIÓN: LAS DISTINTAS PRÓRROGAS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL	78
4. LA RECAÍDA.....	88

EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR97

VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN

1. LA REFORMA SANITARIA Y SU INCIDENCIA EN EL COLECTIVO DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR.....	97
2. CUESTIONAMIENTO DE LA RESTRICCIÓN SUBJETIVA EN CLAVE JURÍDICO-SOCIAL, SANITARIA Y ECONÓMICA.....	101
3. DESAFÍOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL REPARTO COMPETENCIAL EN LA DEFINICIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE COBERTURA DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS	107
4. UNA PRETENDIDA RECTIFICACIÓN: EL ACCESO CIRCUNSCRITO A LA ATENCIÓN PRIMARIA	111
5. LA UNIVERSALIZACIÓN Y SU SIGNIFICACIÓN EN TÉRMINOS DE COHESIÓN SOCIAL	112
6. CONCLUSIONES	114

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 117

COMPATIBILIDAD ENTRE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y TRABAJOS AGRÍCOLAS POR CUENTA PROPIA ORIENTADOS AL AUTOCONSUMO FAMILIAR.....119

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

1. LA INCOMPATIBILIDAD DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO CON EL TRABAJO POR CUENTA PROPIA: LA REGLA Y SU EXCEPCIÓN COMO TÍMIDA MEDIDA DE FOMENTO DEL AUTOEMPLEO JUVENIL.....	119
2. HECHOS LITIGIOSOS Y CUESTIÓN A RESOLVER EN LA STS, 4ª, DE 25 ABRIL 2015	121
3. COMPATIBILIDAD DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO CON LA REALIZACIÓN ESPORÁDICA DE ACTIVIDADES AGRÍCOLAS ORIENTADAS AL AUTOCONSUMO FAMILIAR.....	123

4. CONCLUSIÓN	126
REVALORIZACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE PENSIONES: ALCANCE DE LA STC 49/2015, DE 5 DE MARZO DE 2015	129
<i>JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ BERNAT</i>	
1. LA REVALORIZACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE PENSIONES: SU SUSPENSIÓN	129
2. LOS PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 2.1 RDL 28/2012.....	133
2.1. Principio de irretroactividad ex art. 9.3 CE: derechos adquiridos o expectativas de derechos	134
2.2. Vulneración del art. 33 CE	139
2.3. El principio de discriminación ex art. 14 CE.....	140
3. VALORACIÓN DE CONJUNTO: LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA	141
LA PRESTACIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA Y LA ACREDITACIÓN DEL GRADO DE DISCAPACIDAD	145
<i>MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ</i>	
1. APROXIMACIÓN GENERAL A LA PRESTACIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA	146
2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO	154
3. EL ALCANCE DE LA VALORACIÓN JUDICIAL Y LA COMPETENCIA SOBRE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DERECHO –GRADO DE DISCAPACIDAD–	155
4. REFLEXIÓN FINAL	157
EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN Y SEGURIDAD SOCIAL EN EL ESPACIO EUROPEO	159
<i>MARÍA ANTONIA PÉREZ ALONSO</i>	
1. SUPUESTO DE HECHO Y MARCO JURÍDICO DE LOS DISTINTOS ESTADOS MIEMBROS	159
2. MARCO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	161
3. ALEGACIONES DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL REMITENTE Y CUESTIONES PREJUDICIALES	161
4. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES POR EL TJUE	162
5. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN	165
6. REFLEXIÓN	170
DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS	173
LAS ESTRUCTURAS NORMATIVAS DEL DERECHO INGLÉS DE LA SEGURIDAD SOCIAL	175
<i>ALBERTO ARUFE VARELA</i>	
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO	175
2. LAS ESTRUCTURAS NORMATIVAS SUSTANTIVAS	178
2.1. La Ley de Cotizaciones y Prestaciones de Seguridad Social de 1992	178
2.2. La Ley de Demandantes de Empleo de 1995	180
2.3. La Ley de Planes de Pensiones de 1993	181
3. LAS ESTRUCTURAS NORMATIVAS PROCEDIMENTALES Y PROCESALES	184
3.1. La Ley de la Administración de Seguridad Social de 1992.....	184

3.2. La Ley de Cotizaciones de Seguridad Social (Transferencia de Funciones, etc.) de 1999	186
3.3. La Ley de Tribunales, Cortes y Exigencia del Cumplimiento de 2007	188
4. BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	190

CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

193*MARÍA NIEVES MORENO VIDA*

1. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. GESTIÓN INFORMATIZADA.- ORDEN ESS/1222/2015, DE 22 DE JUNIO, POR LA QUE SE REGULA EL TABLÓN DE ANUNCIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 24-6-15)	195
2. ORDEN ESS/1221/2015, DE 11 DE JUNIO, POR LA QUE SE CREA LA UNIDAD ESPECIAL DE INSPECCIÓN EN MATERIA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO (BOE 24-6-15).....	195
3. INCAPACIDAD TEMPORAL.- ORDEN ESS/1187/2015, DE 15 DE JUNIO, POR LA QUE SE DESARROLLA EL REAL DECRETO 625/2014, DE 18 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULAN DETERMINADOS ASPECTOS DE LA GESTIÓN Y CONTROL DE LOS PROCESOS POR INCAPACIDAD TEMPORAL EN LOS PRIMEROS TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO DÍAS DE SU DURACIÓN (BOE 20-6-15).....	195
4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.- REAL DECRETO 417/2015, DE 29 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL (BOE 20-6-15)	196
5. ORDEN ESS/1680/2015, DE 28 DE JULIO, POR LA QUE SE DESARROLLA EL REAL DECRETO 417/2015, DE 29 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL (BOE 8-8-15).....	196
6. NEGOCIACIÓN COLECTIVA.- RESOLUCIÓN DE 15 DE JUNIO DE 2015, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO, POR LA QUE SE REGISTRA Y PUBLICA EL III ACUERDO PARA EL EMPLEO Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA 2015, 2016 Y 2017 (BOE 20-6-15).....	197
7. RECAUDACIÓN.- RESOLUCIÓN DE 13 DE MAYO DE 2015, DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 16 DE JULIO DE 2004, SOBRE DETERMINACIÓN DE FUNCIONES EN MATERIA DE GESTIÓN RECAUDATORIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 24-6-15)	197
8. ASEGURADORAS.- LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO, DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS (BOE 15-7-15)	197
9. INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.- LEY 23/2015, DE 21 DE JULIO, ORDENADORA DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (BOE 22-7-15)	199
10. GESTIÓN FINANCIERA.- ORDEN ESS/1250/2015, DE 25 DE JUNIO, POR LA QUE SE REGULA LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA, POR PARTE DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DE LOS FONDOS DEPOSITADOS EN LA CUENTA ESPECIAL DEL FONDO DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 27-6-15) (CORRECCIÓN DE ERRATAS EN BOE 9-7-15)	200
11. LIQUIDACIÓN DE CUOTAS.- REAL DECRETO 708/2015, DE 24 DE JULIO, POR EL QUE SE MODIFICAN DIVERSOS REGLAMENTOS GENERALES EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA LA APLICACIÓN Y DESARROLLO DE LA LEY 34/2014, DE 26 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS EN MATERIA DE	

LIQUIDACIÓN E INGRESO DE CUOTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Y DE OTRAS DISPOSICIONES LEGALES (BOE 25-7-15).....	201
12. MUFACE.- RESOLUCIÓN DE 30 DE JUNIO DE 2015, DE LA MUTUALIDAD GENERAL DE FUNCIONARIOS CIVILES DEL ESTADO, POR LA QUE SE APRUEBAN LOS MODELOS NORMALIZADOS DE SOLICITUDES DE AFILIACIÓN, ALTAS, BAJAS Y VARIACIONES DE DATOS, PARA MUTUALISTAS Y BENEFICIARIOS (BOE 9-7-15).....	202
13. SISTEMA NACIONAL DE GARANTÍA JUVENIL.- RESOLUCIÓN DE 29 DE JULIO DE 2015, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL TRABAJO AUTÓNOMO, DE LA ECONOMÍA SOCIAL Y DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS, POR LA QUE SE AMPLÍA EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE GARANTÍA JUVENIL (BOE 30-7-15).....	203
14. MUTUAS.- RESOLUCIÓN DE 30 DE JULIO DE 2015, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE ESTABLECEN LOS TÉRMINOS PARA LA APLICACIÓN A LAS MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS COEFICIENTES PARA LA GESTIÓN DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE CONTINGENCIAS COMUNES DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA DE LAS EMPRESAS ASOCIADAS (BOE 8-8-15).....	203
15. PREPARA.- RESOLUCIÓN DE 30 DE JULIO 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 14-8-15).....	203
16. TRABAJADORES AUTÓNOMOS. ECONOMÍA SOCIAL.- LEY 31/2015, DE 9 DE SEPTIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA Y ACTUALIZA LA NORMATIVA EN MATERIA DE AUTOEMPLEO Y SE ADOPTAN MEDIDAS DE FOMENTO Y PROMOCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DE LA ECONOMÍA SOCIAL. BOE 10-9-15.....	204
17. CESE DE ACTIVIDAD.- RESOLUCIÓN DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2015, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE ESTABLECE UN PLAZO DE OPCIÓN POR LA COBERTURA DE LA PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD, PARA LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS, DURANTE EL AÑO 2015. BOE 19-9-15.....	206

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 209

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL	211
1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO).....	211
2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL	215
3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL	215
4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES)	215
5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN	215

6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL:	216
6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente	216
6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad	219
6.3. Jubilación	221
6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)	222
6.5. Prestaciones familiares	223
6.6. Desempleo	224
6.7. Prestaciones Sanitarias	227
7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES	227
8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA	227
9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)	228
9.1. Mejoras Voluntarias	228
9.2. Fundaciones Laborales y Entidades de Previsión Social	228
9.3. Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos	228

NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS229

1. OBRAS GENERALES DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS	229
2. OBRAS ESPECÍFICAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS	230
3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)	231

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL233

REFORMAS PARAMÉTRICAS DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES ESPAÑOL (II): EFECTOS SOBRE LA CONTRIBUTIVIDAD Y LA EQUIDAD DE LA LEY 23/2013235

CARLOS OCHANDO CLARAMUNT

CONCHA SALVADOR CIFRE

1. INTRODUCCIÓN	235
2. MEDIDA 3: EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD	236
2.1. Los efectos de la aplicación del Factor de Sostenibilidad	238
2.2. El factor de sostenibilidad como criterio de justicia intergeneracional	241
3. MEDIDA 4: EL INDICE DE REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES	243
3.1. La intensa asimetría del Índice de revalorización y su muy probable impacto negativo sobre el poder adquisitivo.....	244
3.2. La importancia de la revalorización de las pensiones públicas	247
3.3. La aplicación de la fórmula depende de la estimación del comportamiento de variables difícilmente predecibles	248
3.4. La fórmula no determina de manera automática el índice	249
3.5. El índice no toma como referencia la variación del IPC ni la de otros indicadores del nivel de vida	249
4. REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIONES	251
5. BIBLIOGRAFÍA CITADA EN LA PARTE II	254
6. BIBLIOGRAFÍA COMPLETA	255

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL259

SEVERINO AZNAR Y EMBID (1870-1959): POLÍTICA Y SEGURIDAD SOCIAL DESDE EL CATOLICISMO SOCIAL261

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

1. ELEMENTOS DE UNA BIOGRAFÍA INTELECTUAL.....	261
2. PENSAMIENTO SOCIAL, POLÍTICO Y JURÍDICO.....	266
3. BIBLIOGRAFÍA.....	275

Editorial

Judaica
and
Judaean
Studies

La situación de la “Hucha de las Pensiones”. A propósito de las últimas disposiciones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social y las limitaciones intrínsecas de este instrumento de garantía

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 (AESS)

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA
MAGISTRADO (SUPL.) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

“La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y participar en la vida social y cultural”

Artículo 25 (*Derecho de las personas mayores*) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Es apreciable la preocupación generalizada por la sostenibilidad del sistema público de pensiones. Pero la *cristalización de las garantías* encaminadas a conseguirlo depende del diseño del propio modelo de pensiones y de su conexión con un conjunto de políticas públicas entre las cuales destacan con luz propia las políticas económicas y de empleo. Es a partir de ese doble condicionamiento cuando se hacen visibles bien nítidamente las diferencias realmente existente mediatizadas por opciones político-ideológicas respecto al tipo de principios y valores que han de considerarse preeminentes y respecto al alcance de la responsabilidad de los poderes públicos en un Estado democrático respecto de las personas mayores. En este sentido hay que subrayar que los “medios” en puridad deberían estar al servicio de los “fines” sociales a perseguir. Por otra parte, los enfoques y respuestas no serán las mismas desde un “Estado competitivo” (o “Estado de mercado” orientado preferentemente al servicio de la competitividad del orden económico) o desde un “Estado Social de Derecho” (comprometido con los principios de igualdad sustancial y de solidaridad social, pero buscando alcanzar un equilibrio satisfactorio entre la racionalidad económica y la racionalidad social, que es la razón de la sociedad; forma de Estado que parte de la consideración de que es posible conciliar la garantía del bienestar y la justicia social con la rentabilidad y competitividad de la economía).

La evolución y situación actual del Fondo de Reserva de la Seguridad Social es una constante en las noticias y está causando un nivel de alarma preocupante, informaciones como:

“Empleo recurrió a excedentes de las mutuas para pagar pensiones en julio. La Seguridad Social utilizó en julio 2.700 millones del Fondo de Contingencias. El Gobierno ha recurrido al Fondo de Reserva y al de las mutas por un total de 45.828 millones desde 2012. La Seguridad Social no solo recurrió al Fondo de Reserva para pagar la extra de pensiones de julio. También utilizó otros 2.780 millones procedentes del fondo que contiene el dinero excedente de la gestión de las mutuas de accidentes de trabajo. Estos recursos se suman a los 3.750 millones de la hucha de las pensiones que anunció el Ministerio de Empleo la semana pasada. Desde 2012, entre ambos fondos se han utilizado 45.828 millones. Julio es un mes exigente para la caja de la Seguridad Social. A la nómina ordinaria de los pensionistas hay que añadir la extra de verano y el pago de la retención del IRPF de la Agencia Tributaria. Esto hace que desde que el instituto público está en números rojos tenga que recurrir en este mes, también en diciembre (otro momento de exigencia), a lo ahorrado en la época de crecimiento.”¹, son bastante habituales en los últimos meses y están creando una sensación de que el Fondo de Reserva o como se conoce popularmente, “la hucha de las pensiones” se acaba².

La sostenibilidad del sistema público de pensiones exige afrontar correctamente las variables económico-financieras, demográficas y de empleo. En tal sentido –y sin pretender agotarlas– se puede reclamar un conjunto de medidas que no son necesariamente alternativas (más bien son perfectamente complementarias) como políticas orientadas al pleno empleo de calidad, políticas familiares que favorezcan efectivamente la natalidad (“políticas de familias” que reclaman, aparte de ayudas y subvenciones públicas directas o indirectas, una mejora de ingresos y de estabilización de los empleos que los proporcionan), políticas de edades jubilatorias (evitando la expulsión de los trabajadores mayores del mercado de trabajo y flexibilizando la edad de jubilación), el aumento de las cotizaciones, el incremento de las aportaciones estatales (con cargo a Presupuestos Generales del Estado) al sistema público de pensiones y la creación de un Fondo de Reserva de las Pensiones, resultado de la acumulación de los excedentes generados durante épocas de expansión económica o de ciclo económico favorable (fondo especial encuadrado en el Sistema de Seguridad, con la finalidad de atender las necesidad de pago de las pensiones contributivas, que pudieran producirse en momentos cíclicos desfavorables, de crisis o recesión económica). Significativamente, la creación de ese Fondo de Reserva fue la segunda Recomendación que se recogía en el Pacto de Toledo de 1995:

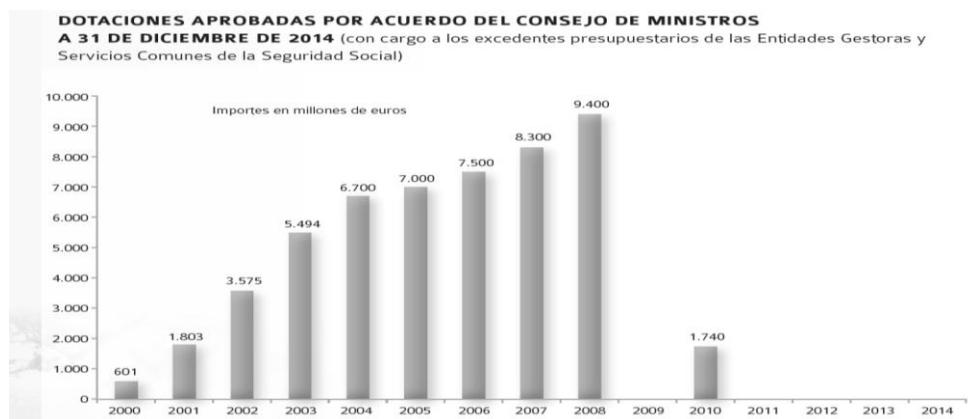
“El sistema contributivo debe presentar presupuestos equilibrados. El sistema de pensiones precisa de la constitución de reservas que atenúen los efectos de los ciclos económicos. Por ello, en su caso, los excedentes que pudieran existir en los ejercicios presupuestarios de los momentos de bonanza deberían ser utilizados para constituir, con títulos públicos adquiridos en mercados oficiales, fondos de equilibrio que permitan actuar en los momentos bajos del ciclo, sin acudir a incrementos de las cotizaciones”.

¹ La noticia puede verse en www.elpais.com, de fecha 9 julio de 2015.

² Y así es fácil encontrar noticias con los siguientes titulares: “La Seguridad Social ha gastado en tres años y medio unos 43.000 millones de lo ahorrado en la época de bonanza. En el Fondo de Reserva quedan 39.520,46 millones de euros”, en www.elpais.com, de fecha 1 julio de 2015; “La dotación del Fondo de Reserva bajó de 66.815 a 41.634 millones entre 2011 y 2014”, en www.elpais.com de fecha 24 de marzo de 2015; o “El gobierno se gasta en dos años todos los intereses de la hucha de las pensiones”, en www.elpais.com, en fecha 1 de diciembre de 2014.

La Recomendación encontraría su reflejo normativo en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, que para proteger el sistema de situaciones de necesidad creó el Fondo de Reserva de la Seguridad Social, dando para ello una nueva redacción al art. 91 de la LGSS de 1994³. El Fondo de Reserva encontraría finalmente su régimen jurídico en la Ley 28/2003, de 29 de septiembre y en el RD 337/2004, de 27 de febrero que la desarrolla. Poco a poco diversos acuerdos de Consejos de Ministros (instancia política que decide sobre la materialización de las dotaciones al Fondo de Reserva) a partir del año 2000 irán dotando al mismo de fondos que llevarían a que el fondo en 2011 alcanzara los 53.484 millones de euros (comprendiendo excedentes del sistema de pensiones y de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social). Sería a partir de 2011 cuando comenzaran las detacciones que alcanzarían a diciembre de 2014 la cantidad de 41.634 millones de euros. Y durante 2015 se han venido a recurrir al Fondo de Reserva para detraer del mismo un total de 3.750 millones de euros. Sin que deba olvidarse de que también la Seguridad Social ha tenido que acudir al Fondo de Contingencias Profesionales (formado por los excedentes de gestión de las Mutuas, una vez dotadas las reservas de estabilización obligatorias), al que ha acudido también desde 2012⁴.

En resumen las dotaciones al Fondo de Reserva de la seguridad Social han sido desde el año 2000⁵:



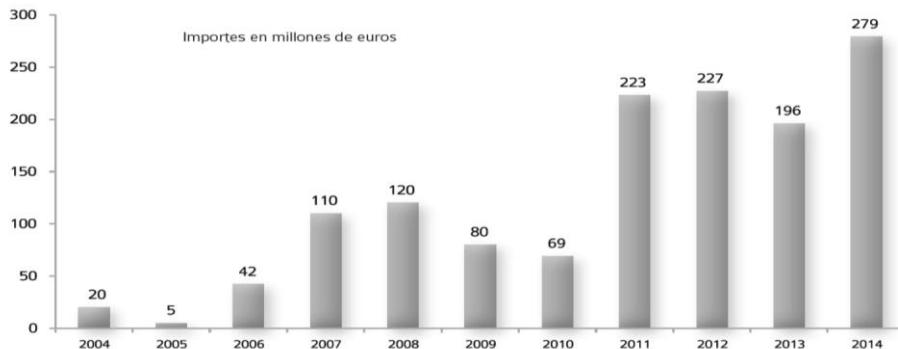
³ Debe también recordarse que el art. 17.2 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, disponía que en el supuesto de que la liquidación presupuestaria se sitúe en una posición de superávit en el sistema de la Seguridad Social, éste se aplicaría prioritariamente al Fondo de Reserva de la Seguridad Social con el fin de atender las necesidades futuras de dicho sistema. Y con similares previsiones también puede citarse el art. 34.2 de la Ley 24/2001, de 27 diciembre, que dio una nueva redacción al art. 91.1 de la LGSS de 1994.

⁴ Recuérdese que el Fondo de Reserva de la Seguridad Social se nutre de: a) los excedentes de ingresos que financian las prestaciones de carácter contributivo y demás gastos necesarios para su gestión; b) por los excedentes derivados de la gestión por parte de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes; c) de los rendimientos obtenidos por la propia inversión que se hace de los fondos, art. 1 de la Ley 28/2003, de 29 septiembre.

⁵ Datos procedentes del Informe a las Cortes Generales sobre Evolución, actuaciones del año 2014 y situación a 31 de diciembre de 2014. Puede consultarse en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/197708.pdf>

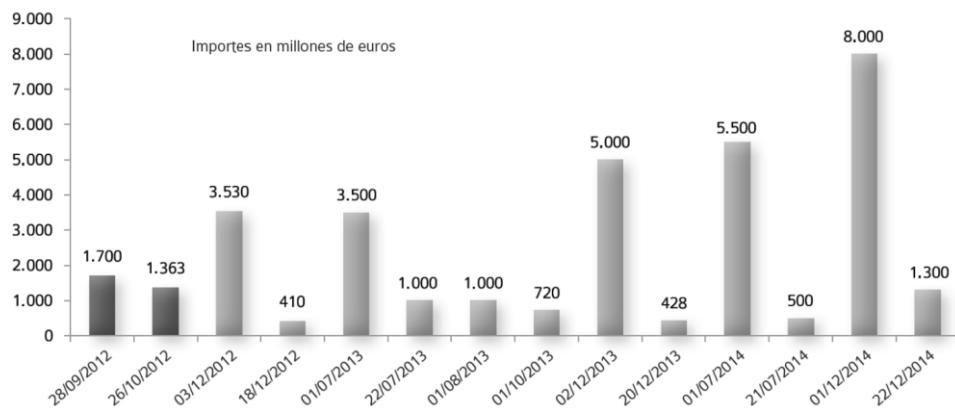
DOTACIONES EXCESO DE RESULTADOS MATEPSS A 31 DE DICIEMBRE DE 2014

(derivado de la gestión por las MATEPSS de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes)



Y por otro lado las disposiciones del Fondo de Reserva han sido:

Las **disposiciones** del Fondo de Reserva realizadas a lo largo de los ejercicios 2012, 2013 y 2014 alcanzan los **33.951 millones de euros**, y se presentan en el siguiente gráfico:



*Las disposiciones de 28/9 y 26/10/2012 lo fueron en base a Acuerdo de Consejo de Ministros de 27/09/2012. Y el resto conforme al RD-ley 28/2012.

La sensación que se tiene es que la “hucha de las pensiones” se acaba, algunos incluso la fijan en el año 2020⁶. Y esto nos lleva a tener que hacer o a recordar algunas reflexiones sobre el Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

En resumen la evolución y situación actual del Fondo de Reserva de la Seguridad Social es la siguiente⁷:

EVOLUCIÓN GENERAL DEL FONDO DE RESERVA (DOTACIONES, DISPOSICIONES Y RENDIMIENTOS)
Situación a 31/12/2014. Importes en millones de euros

Datos acumulados	Años 2000 a 2006	Año 2007	Año 2008	Año 2009	Año 2010	Año 2011	Año 2012	Año 2013	Año 2014
1. DOTACIONES	32.740	41.150	50.670	50.750	52.559	52.782	53.008	53.205	53.484
1.a Acuerdo del Consejo de Ministros (*)	32.673	40.973	50.373	50.373	52.113	52.113	52.113	52.113	52.113
1.b Exceso de resultados de MATEPSS (**)	67	177	297	377	446	669	895	1.092	1.371
2. DISPOSICIONES (***)							-7.003	-18.651	-33.951
3. RENDIMIENTOS NETOS GENERADOS	3.139	4.566	6.553	9.272	11.816	14.033	17.003	19.190	22.101
3.a Rendimientos generados (****)	3.255	4.729	6.787	9.690	12.352	14.718	17.922	20.233	23.377
3.b Ajustes por amortización/enajenación de activos	-116	-163	-234	-418	-536	-685	-919	-1.043	-1.276
TOTAL	35.879	45.716	57.223	60.022	64.375	66.815	63.008	53.744	41.634

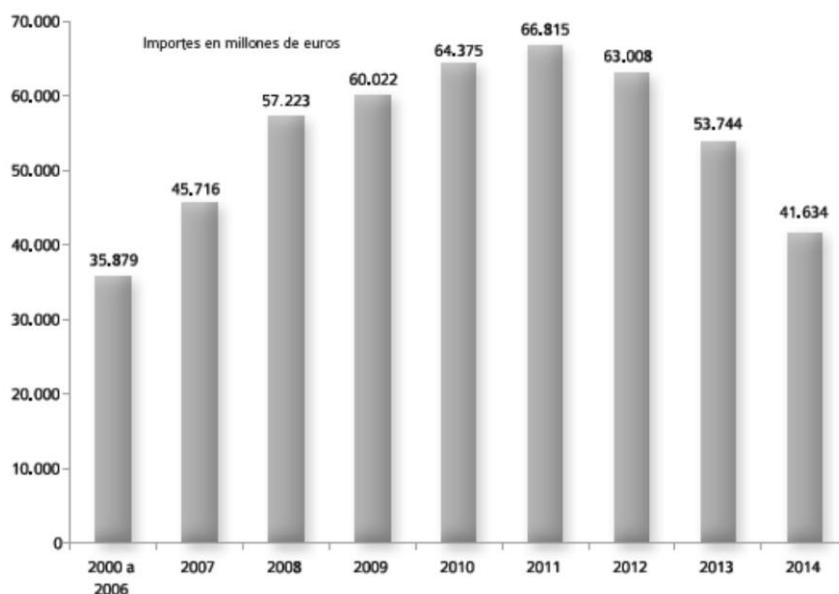
⁶ Ver http://www.huffingtonpost.es/jose-antonio-herce/el-fondo-de-reserva-de-la_b_7444372.html, publicado el 27/05/2015

⁷ Datos procedentes del Informe a las Cortes Generales sobre Evolución, actuaciones del año 2014 y situación a 31 de diciembre de 2014. Puede consultarse en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/197708.pdf>

Su evolución por ejercicios se presenta a continuación:

EVOLUCIÓN GENERAL DEL FONDO DE RESERVA (A PRECIO TOTAL DE ADQUISICIÓN)

Situación a 31 de diciembre



Quizás, lo primero en lo que no deberíamos caer es en el error de creer o considerar que el Fondo de Reserva de la Seguridad Social es un fondo de capitalización sin más que asegure los compromisos por pensiones del sistema de Seguridad Social. En realidad, el diseño del mismo obedece a la necesidad de crear un fondo de estabilización con el objeto de completar los ingresos del sistema en períodos depresivos o recesivos de los ingresos. Dicho en otras palabras que actúe contra la insuficiencia del sistema para satisfacer sus gastos, y así, hacerse cargo de las obligaciones contraídas con los beneficiarios de las pensiones contributivas del sistema⁸. O como mucho, si se quiere, que pueda llegar a servir de “pequeño colchón” que facilite o implemente a las reformas del sistema que aseguren su sostenibilidad⁹.

La segunda reflexión, partiendo de lo anterior, es si ha funcionado o ha venido a cumplir el fin perseguido. Aparentemente parece que deberíamos llegar a una opinión positiva. El Gobierno está acudiendo en los últimos años al Fondo de Reserva de la

⁸ Véase la exposición de motivos de la Ley 28/2003, de 29 septiembre.

⁹ Ver el informe del Foro de Expertos del Instituto AVIVA de fecha 2 de julio de 2015. El informe se puede consultar en <http://www.instituto-aviva-de-ahorro-y-pensiones.es/corporativa/foro-expertos/informes/conclusiones-septima-reunion>.

Seguridad Social para poder abonar, básicamente, las pagas extraordinarias de los pensionistas¹⁰. En definitiva, el Fondo de Reserva de la Seguridad Social, está supliendo la falta de ingresos por cotizaciones que en los últimos años está sufriendo el sistema. Otra cosa es, sobre lo que más adelante se volverá, a que obedece ese decaimiento en los ingresos por cotizaciones. **N:** Hay que tener en cuenta que el RD.-Ley 28/2012, de 20 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social, eliminó las limitaciones legales hasta entonces establecidas para la disponibilidad de activos del Fondo de Reserva, llevando a cabo una modificación importante de la Ley 28/2003, con la finalidad explícita de una mayor utilización de tales recursos.

La tercera reflexión es como ha funcionado su gestión. Aquí, sin ser expertos en el análisis en los criterios de utilización e inversión de los fondos, lo cierto es que su utilización está siendo muy controvertida.

Veamos las informaciones que se vienen dando sobre el particular: El diario económico alemán Deutsche Wirtschaften, titulaba así un artículo el día 4 de enero de 2013 ***“Saqueo de los fondos de pensiones para comprar bonos del Gobierno de España”*** y en dicho artículo se decía además “al menos el 90% de los activos totales de los fondos de pensiones del Estado español convertidas en bonos de España. Especula con el dinero de sus jubilados, arriesgando más que sus ahorros”. Por su parte “El diario The Wall Street Journal, publicó un artículo el 3 de enero de 2013, titulado ***“España usa fondos que respaldan el pago de pensiones para comprar deuda soberana”***. El artículo venía a decir que “España ha estado vaciando sigilosamente la mayor alcancía del país, El Fondo de Reserva de la seguridad Social, que ha usado como comprador de última instancia de los bonos del gobierno, una operación dudosa sobre el papel del fondo como garante de las futuras pensiones. La maniobra, que ha pasado desapercibida, está por concluir ya que queda muy poco dinero disponible. Al menos el 90% del fondo de 65.000 millones de euros, unos 85.700 millones de dólares, ha sido invertido en deuda española con cada vez más riesgo, de acuerdo con cifras oficiales y el gobierno ha empleado para realizar pagos de emergencia”¹¹.

A tenor de las informaciones facilitadas por la propia Seguridad Social, los criterios de inversión y gestión que el Fondo de Reserva de la Seguridad Social ha utilizado en 2014 son los siguientes¹²:

¹⁰ Pero la “culpa” no la tienen las pagas extraordinarias como parece que entiende la Secretaría de Estado para la Seguridad Social: “Mientras la situación de déficit en la Seguridad Social persista, y persistirá durante algún tiempo, será necesario recurrir a esos fondos, pero en la cantidad estrictamente necesaria para pagar las pensiones contributivas del sistema, y no dedicaremos ni un solo euro del Fondo de Reserva a otro objetivo que no sea ése”, ha insistido. Burgos ha recordado que la Seguridad Social percibe ingresos durante doce meses pero paga pensiones catorce veces al año, con las dos pagas extraordinarias que abona (una en julio y la otra en diciembre)”, porque habría entonces que recordar que las percepciones por pagas extraordinarias cotizan y van prorrteadas a lo largo de los doce meses del año. La noticia fue publicada en el diario Expansión. Puede verse en <http://www.expansion.com/2014/06/18/economia/1403088094.html>

¹¹ Estas noticias pueden consultarse en: <http://www.nuevatribuna.es/opinion/edmundo-fayanas-escuer/pasa-fondo-reserva-pensiones/20141130203102109861.html>

¹² El informe se puede ver en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/197708.pdf>, página 14 y ss.

-El Fondo de Reserva de la Seguridad Social invertirá en Deuda Pública española y podrá invertir en Deuda Pública del Estado Alemán, Francés y Países Bajos, que ha de estar emitida en euros, de calidad crediticia elevada y negociarse en mercados regulados o sistemas organizados de negociación.

-La inversión en Deuda Pública de emisores no españoles que apruebe el Comité de Gestión del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, estará limitada a que el importe total de la deuda extranjera sobre el total de la cartera no supere el 55% en valor nominal.

-Si las condiciones del mercado lo aconsejan, se prevé la enajenación de activos de acuerdo a criterios de seguridad, rentabilidad y diversificación.

-La gestión del Fondo de Reserva de la Seguridad Social se llevará a cabo teniendo en cuenta el horizonte temporal determinado por la planificación de los flujos futuros de entrada y de la disposición de fondos para la cobertura de las pensiones de carácter contributivo que lleva a cabo la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

-La duración modificada del Fondo de Reserva de la Seguridad Social se situará entre el 3,5 y el 5, si bien el ritmo para alcanzar la duración deseada será gradual y podrá variar dependiendo de la coyuntura económica y financiera y de la situación del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

-La estructura de vencimientos de los valores de la cartera ha de ser equilibrada, evitándose concentraciones excesivas de vencimientos por plazos.

-Diversificación de los valores españoles del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, evitándose concentraciones de una misma referencia en la cartera, cuyo peso en relación con el saldo vivo nominal no superará, con carácter general, el 16%. No obstante, este porcentaje máximo de cada referencia se aumentará del 16% al 35% para aquellas referencias donde sea estrictamente necesario para cumplir con las condiciones de la inversión. Ello sin perjuicio de la política del emisor, que no condicionará automáticamente las decisiones de inversión del Fondo. Además este límite del 35%, excepcionalmente, se podrá sobrepasar en determinadas referencias a corto plazo en las que se considere adecuado invertir.

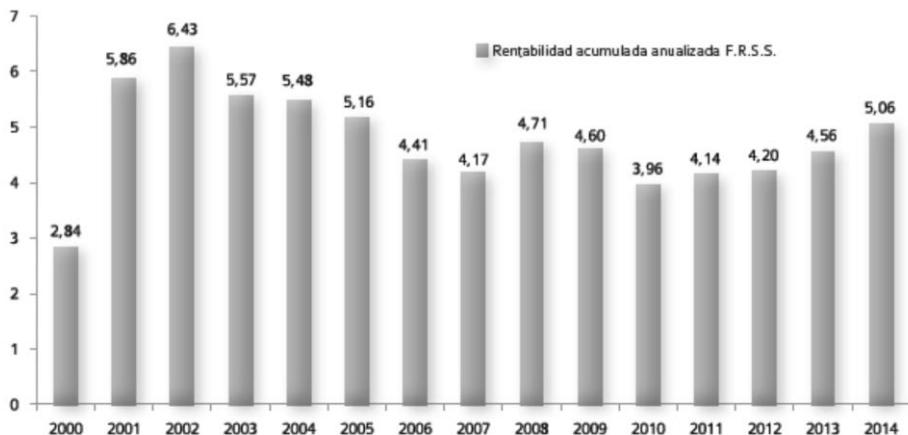
-El volumen nominal del conjunto de referencias del Tesoro Español en la cartera del Fondo de Reserva de la Seguridad Social respecto del total de la deuda del Tesoro en circulación (letras, bonos y obligaciones), excluidas las emisiones en moneda extranjera, no superará el 12%.

-En el momento de la inversión, se primarán las compras de referencia Benchmark en la cartera.

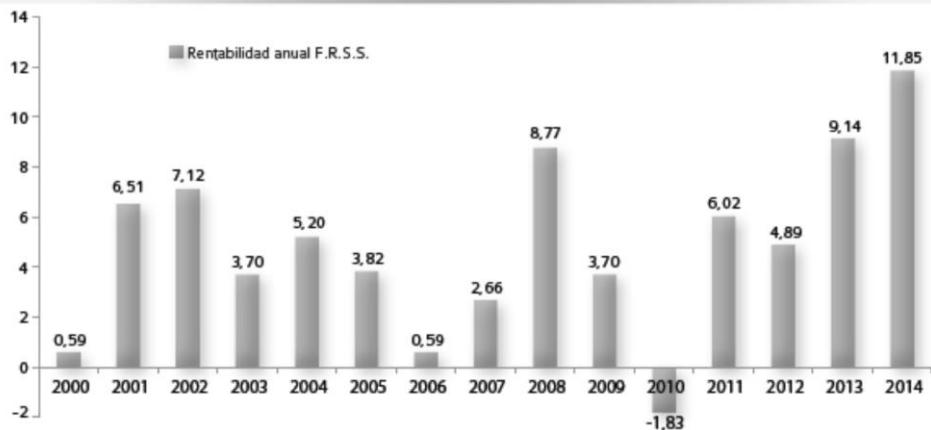
-A efectos de la valoración establecida en el Plan General de Contabilidad Pública, se reclasifican, con efectos final de año, los activos de Deuda Pública que componen el Fondo de Reserva de la Seguridad Social desde “Inversiones mantenidas hasta el vencimiento” a la categoría de “Activos financieros disponibles para la venta”.

Por otro lado la rentabilidad del Fondo de Reserva de la Seguridad Social a 31 de diciembre de 2014 (cartera de valores más saldo de la cuenta corriente) se nos presenta de la siguiente forma:

Rentabilidad acumulada:



Siendo su rentabilidad anual:



Dicho esto, el panorama que se nos presenta parece muy halagüeño. Pero no se nos olvide que en realidad, el Estado español está sacando al mercado deuda pública y que el mismo se la compra, usando los fondos de reserva de la Seguridad Social, lo que no deja de ser algo peligroso. Y lo extraño es que no se oigan voces de los integrantes del Pacto de Toledo que adviertan sobre el particular.

La cuarta reflexión es algo tan sencillo como dar respuesta a una interrogante *¿por qué no se recauda más y así tendremos excedentes con los que nutrir el Fondo de Reserva de la Seguridad Social?*

Son muchas las causas que lo podrían explicar, si bien nos centraremos en dos:

-La cuestionable política de devaluación salarial que obviamente ha provocado una menor recaudación.

-La discutible política de incentivos a la contratación de desempleados mediante reducciones en la cotización de las empresas para con la Seguridad Social¹³ y por tanto con cargo a sus presupuestos. Entre ellos el recogido en el RDL 8/2014, de 4 de julio¹⁴, en relación con el denominado Sistema de Garantía Juvenil, que vuelve a marcar una senda ya reiterada anteriormente de reducir los ingresos de una precaria tesorería con la excusa de impulsar un contratación laboral en la que priman las medidas de flexibilidad. O el más reciente “mínimo exento de cotización” en las situaciones previstas en el art. 8.1 del RD-ley 1/2015, de 27 de febrero¹⁵, etc.

Incentivos que en realidad no generan empleo neto, sino más bien tienen efecto provocan en realidad un efecto sustitución, de un colectivo de trabajadores en lugar de otro. Es loable que nuestros gobernantes incentiven la contratación de parados, las fórmulas apropiadas son las de las políticas activas de empleo o relacionadas con ellas, como por ejemplo las bonificaciones con cargo a los fondos del SEPES. O bien, si se busca el apoyo a las empresas, un camino que podría ser lógico podría ser rebaja cotizaciones con cargo a los ingresos del Estado (actuando sobre el IVA) o incluso afectando al a los intereses del Fondo de Reserva. Pero no imputarlo a los recursos de las pensiones poniendo en riesgo la protección contributiva del sistema y poner en riesgo la protección de los más necesitados, que lamentablemente son legión en el momento presente.

Por ello luego nos encontramos con recomendaciones como la efectuada en 29/09/2015, por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fisca en su “Informe de los Proyectos y Líneas Fundamentales de Presupuestos de las Administraciones Públicas”¹⁶, que advierte lo siguiente:

-Existe un alto riesgo de desviación del objetivo de 2016 de los Fondos de la Seguridad Social fijado en el -0,3% del PIB. Este riesgo se debe, fundamentalmente, a la confirmación de la desviación del déficit de 2015 ya señalada en informes anteriores y a la dificultad de alcanzar las previsiones de ingresos de los presupuestos de 2016.

-Los Fondos de la Seguridad Social han sufrido un empeoramiento progresivo de su posición financiera desde el inicio de la crisis en 2008, hasta incurrir en un déficit apreciable, que la reciente recuperación económica no ha sido capaz de reconducir. Desde ese año, los ingresos han evolucionado por debajo

¹³ Véase el manifiesto de 11 profesores de Derecho de la Seguridad Social de universidades públicas españolas, publicado en la www.aesss.org en julio de 2014.

¹⁴ Similares medidas son las contenidas en el Real Decreto Ley 4/2013, 24 febrero.

¹⁵ Un ejemplo: si tenemos una persona con una base de cotización de 1.500 euros la aportación empresarial en principio sería de 354 euros; si aplicamos el mínimo exento tendríamos $500 \times 23\%, 60\%$, tendríamos un mínimo exento de 118, resultando un importe a ingresar por parte del empresario de 212,40 euros.

¹⁶ Nota de prensa de 29/09/2015. Información completa puede verse en www.airef.es.

de los gastos, a pesar de la moderación de éstos últimos como consecuencia del efecto de las reformas aprobadas.

-En este contexto, el crecimiento de los empleos no financieros del presupuesto de los Fondos de la Seguridad Social para 2016, fundamentalmente el gasto en pensiones, parece bien aquilatado. Sin embargo, es muy probable que los ingresos evolucionen sensiblemente por debajo de lo previsto en el presupuesto.

-En este sentido, los ingresos están desalineados con la evolución de sus determinantes macroeconómicos, sin que existan medidas adicionales que justifiquen este aumento previsto de recaudación.

-Si bien los ingresos por cotizaciones se están recuperando desde 2014, en gran medida por la dinámica positiva del empleo, lo hacen de forma moderada por la conjunción de factores de diversa índole: la baja inflación y el proceso de devaluación interna, la disminución de beneficiarios de la prestación contributiva por desempleo y la aplicación de medidas de fomento de empleo. Adicionalmente, cabe señalar la reducción de los rendimientos del Fondo de Reserva al haber dispuesto parte de sus recursos para cubrir los déficits del sistema de pensiones.

Y por ello recomienda que dado que:

La Seguridad Social dispone de pocas palancas para mejorar la recaudación en el corto plazo y los gastos están determinados por una normativa cuyas importantes reformas necesitan un periodo más amplio para desplegar todos sus efectos. En línea con la recomendación del pasado julio de evaluar la adopción de medidas que asegurasen de forma más permanente la financiación de los déficits de la Seguridad Social con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, o se adoptasen otras decisiones para equilibrar el sistema, la AIREF recomienda ahora realizar las actuaciones tendentes a desarrollar la Disposición Adicional Sexagésima Quinta del Proyecto de Ley de Presupuestos para 2016 y que se garantice la compatibilidad entre los objetivos de estabilidad presupuestaria aprobados para los Fondos de la Seguridad Social y la financiación de las prestaciones incluidas en el Sistema.

Si a ello se añade que el Gobierno prevé detraer en 2016 del Fondo de Reserva de la Seguridad Social 6.283 millones de euros¹⁷; que el propio Gobierno está impulsado el debate sobre la financiación de la Seguridad Social, planteando que algunas prestaciones como las pensiones de viudedad y orfandad, puedan ser financiadas con vías alternativas a las cotizaciones sociales, el cerco a las pensiones contributivas está servido y la ampliación del ámbito material de las pensiones no contributivas está a las puertas y las consecuencias ya se pueden adivinar.

Sin duda, la sostenibilidad del sistema público de pensiones exigiría de cambios o reformas estructurales en cuyo marco el Fondo de Reserva cumpliría un importante papel, pero sin poder ser el instrumento de garantía más relevante de la viabilidad financiera de dicho sistema. En realidad, atiende a hacer frente a situaciones “coyunturales” del ciclo

¹⁷ Según información de Reuters España en 29/09/2015. La información completa puede verse en <http://es.reuters.com/>

económico, pero no resulta en sí el mecanismo institucional más adecuado para responder a situaciones “estructurales” como pueden ser los desequilibrios planteados por las variables demográficas o por las crisis económicas profundas y de larga duración. En este sentido las medidas en la larga duración deben ir por el camino distinto al seguido por las políticas de austeridad (que han otorgado preferencia al control del déficit público –señaladamente el “gasto social”– respecto al objeto de creación de empleo) y transitar hacia la recuperación de la senda de las políticas de crecimiento económico social y ecológicamente responsable orientadas a alcanzar el pleno empleo de calidad (Y si con todo las variables demográficas determinantes de un envejecimiento de la población lo aconsejarán –y saliendo al paso del mitificado criterio del “equilibrio interno”–, incrementar decididamente las aportaciones estatales al sistema público de pensiones para hacerlo sostenible sirviendo al principio constitucional de solidaridad social y su especificación en los artículos 41 y 50 de la Constitución, en relación con la “cláusula de Estado Social de Derecho” consagrada en los artículos 1 y 9.2). Al tiempo, la sostenibilidad de las pensiones no es un asunto de mera gestión instrumental –con ser muy importante este aspecto desde la perspectiva medial de las garantías–, sino una cuestión previa de decisión política sobre el bienestar social –que incluye el pronunciamiento sobre la preservación del poder adquisitivo de unas pensiones de calidad– que a las personas ha de garantizar un sistema de democracia constitucional (procedimental y sustancial).

Para concluir habría que decir, adicionalmente y yendo más allá de la problemática concreta del Fondo de Reserva, que ni en este momento era necesario el *específico modelo legal* de “doble factor de sostenibilidad” (Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social), ni este permite, en realidad, resolver los problemas del sistema ni a corto ni a largo plazo, los cuales están vinculados al envejecimiento estructural de la población y al desempleo masivo y la precariedad laboral generalizada. Es decir, que, a pesar de que en la Ley 23/2013 se han presentado ambas propuestas como una vía de garantizar las pensiones futuras, la realidad es que es insuficiente ya que no garantiza la sostenibilidad ni a corto ni a largo plazo. Se hacen necesarias otras medidas: de hecho, a corto plazo será necesario tomar medidas adicionales (porque si no habrá que recurrir al *agotamiento* del Fondo de Reserva mucho antes de lo previsto); y, en el largo plazo, será necesaria una reforma adicional, aunque de orientación distinta, a la prevista por la Ley 27/2011 y la Ley 23/2013. Si se quiere garantizar de verdad el equilibrio financiero del sistema no tiene lógica proponer simplemente una reducción sistemática de las prestaciones. El mejor factor de sostenibilidad de las pensiones públicas es reorientar las políticas de austeridad hacia las políticas de crecimiento responsable, por un lado, y por otro, y en relación a ello, transitar del modelo de relegación del pleno empleo y precariedad laboral (en que se resuelven y abundan las políticas de austeridad) hacia el modelo de pleno empleo de calidad. A más empleo de calidad mayores cotizaciones y mejor equilibrio entre activos y pasivos en el marco de las políticas de solidaridad intergeneracional.

De este modo, cabría considerar, en una perspectiva “coyuntural” actual, que el sistema de pensiones puede acudir al Fondo público de Reserva creado al efecto y, desde luego, enriquecido si fuere preciso con aportaciones directas del Estado con cargo a Presupuestos Generales o fiscalidad general.

En todo caso, si esta situación continúa en el tiempo, por la política europea y española de austeridad aplicada a nivel fiscal, por las insuficiencias de la política de financiación de la deuda pública y, por encima de todo, por el bloqueo efectivo del crédito al sector privado, habrá que continuar explorando nuevas vías de financiación, tal y como ya se planteaba en el propio Acuerdo Económico y Social de 2011. Así, los nuevos ingresos pueden provenir de un incremento de las aportaciones estatales para coyunturas de crisis a través de una racionalización y redistribución de las partidas de gasto para engrosar el gasto público social en pensiones. No es baladí, el llevar a cabo un replanteamiento del gasto fiscal que suponen el fomento legal de los planes y fondos privados de pensiones y otros sistemas de provisión privada de las pensiones, pues estos sistemas privados disfrutan actualmente en una etapa de crisis económica y financiera de cuantiosas subvenciones fiscales selectivas (Hay que recordar que estos sistemas son subjetivamente limitados, no universales, y que se concentran sus ventajas en los niveles de rentas más altas de la población; con lo cual ello conduce a una política de rentas que contradice el principio de progresividad fiscal).

En todo caso, nada impediría en la actualidad plantearse la posibilidad de un incremento temporal de los tipos de cotizaciones, si fuese estrictamente necesario. Dicha opción es factible para contingencias comunes, si tenemos en cuenta que en el pasado han estado más altos que en la actualidad. Es una medida que entraña riesgos, dados sus efectos sobre el empleo, pero en las actuales circunstancias no debe ser rechazada. En este sentido, hay que subrayar que un incremento de dos puntos porcentuales en los tipos de cotización por contingencias comunes podría llegar a suponer ingresos adicionales entre 6.000-7.000 millones de euros/año (0,67 por 100 PIB). Este aumento de cotizaciones se mantendría por la cuantía y el tiempo que exigiese la actual coyuntura de déficit.

Asimismo, entre las medidas de aplicación inmediata, en este caso, para garantizar los ingresos, se encontraría el cumplimiento del acuerdo de separación de fuentes (ya puestos a aplicarlo con coherencia y hasta sus últimas consecuencias dada su plasmación legal), de modo que con carácter definitivo se dejarán de pagar con cargo a cotizaciones sociales más de cuatro mil millones de euros al año en concepto de complementos a mínimos y, por otra parte, dejar de pagar con cargo a cotizaciones los gastos de estructura de la Seguridad Social.

Las medidas descritas –entre otras de viable implantación y dotadas de legitimidad democrática– tratan de atender en el corto y medio plazo el déficit coyuntural que presenta el sistema de Seguridad Social como consecuencia de la destrucción de empleo derivada de la crisis económica y la equivocada política económica de austeridad. Asimismo, en el medio y largo plazo, puede que sean necesarias otras medidas que contribuyan a mejorar la financiación del sistema de Seguridad Social de modo que se garantice su sostenibilidad, antes de acudir a medidas de ajuste que comprometan el principio de suficiencia de las pensiones, debilitando la función que cumplen las pensiones como renta de sustitución de las personas que finalizan su vida activa.

Estudios Doctrinales

Judaísmo
Islam

La reforma de la prestación por cese de actividad

The reform of the provision for cessation

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE HUELVA

Resumen

El presente trabajo pretende analizar cuáles han sido las principales modificaciones que ha introducido en la prestación por cese de actividad la Ley 35/2014. El punto de partida es señalar cuáles han sido las líneas fundamentales de la prestación por cese de actividad en la regulación original; para, a partir de ahí, realizar un análisis detallado de las principales reformas que han afectado a cuestiones como el ámbito subjetivo de aplicación, los requisitos del hecho causante, la situación de cese de actividad y su acreditación y el régimen de cotización y la creación de reservas.

Palabras clave

Trabajadores autónomos, prestación por cese de actividad, reforma, Seguridad Social.

Abstract

This research paper tries to analyze the main modifications introduced by Law 35/2014 on the protection for cessation of activity. The starting point is to identify the main lines of the protection for cessation of activity in regulating lead; for, from there, to make a detailed analysis of the major reforms that have affected matters as the subjective scope of protection, the requirements to access to the protection, the situation of cessation of activity and its accreditation, the contributions and the creation of economic reserves.

Keywords

Self-employed workers, protection for cessation of activity, reform, Social Security.

1. INTRODUCCIÓN

Una notoria divergencia entre la acción protectora de los trabajadores subordinados y los trabajadores autónomos es el derecho a una prestación por pérdida del trabajo¹. Se trata de un mecanismo de protección que ha sido negado a los autónomos en base a la facilidad con que pueden producirse situaciones de fraude en el acceso a la prestación². Dado que se protege el paro forzoso en la actividad, y teniendo en cuenta que el autónomo depende de sí mismo en gran medida, es obvio que se planteen resistencias importantes a la hora de admitir este tipo de protección; siendo así mismo evidente que si se regula una prestación de cese de

¹ En este sentido CERVILLA GARZON, M.J.: “El esperado informe sobre la prestación por cese de actividad: análisis del ámbito subjetivo, hecho causante, dinámica, cuantía y diseño financiero”, *Documentación Laboral* nº 87 (2009), página 83.

² En realidad, tal como ha destacado algún autor, si existía la posibilidad de que un autónomo pudiese acceder a la prestación de desempleo: en el caso de reiniciar una prestación por desempleo anterior, que fue suspendida por haber desarrollado una prestación de trabajo como autónomo; así, ARAGON GOMEZ, C.: “Comentario a la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos”, *Justicia Laboral* nº 44 (2010), página 127.

actividad, es imprescindible mecanismos o cautelas a la hora de controlar el acceso a la misma para evitar el fraude³.

La prestación por cese de actividad cubre esta necesidad entre los autónomos, contando con una corta vida dentro de nuestro ordenamiento, pues surge a partir de lo establecido en la Disposición Adicional 4^a de la LETA (Ley 20/2007), a tenor del cual se determinaba de una manera un tanto imprecisa⁴ que el Gobierno propondría a las Cortes Generales la regulación de un sistema específico de protección por cese de actividad para los trabajadores autónomos, lo cual se tradujo en la Ley 32/2010, de 5 de agosto.

Pese a que estamos ante una regulación reciente ha sufrido un importante conjunto de modificaciones normativas a lo largo de su corta vida. De entrada, apenas transcurrido un mes de vigencia, fue afectada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, que derogó la Disposición Adicional 13^a: se suprimía sólo una de las múltiples normas de esta regulación, pero se trataba, justamente, de la derogación de aquella norma que establecía una prestación “no contributiva” por cese de actividad a favor de los autónomos⁵; es decir, nada más nacer, esta regulación sufría una importante amputación que reducía la acción protectora exclusivamente al ámbito contributivo. Además se modificaba el art. 8.2 de la Ley 32/2010.

Posteriormente la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de reforma de las pensiones, añadió un tercer apartado al art. 2º (redacción que hoy día no se conserva debido a posteriores modificaciones), que declaraba como no obligatoria la protección de los socios de Cooperativas incluidos en el RETA, cuando tales Cooperativas tuviesen un sistema complementario de protección a las situaciones de cese de actividad.

En tercer lugar el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto, modificó el art. 7.1 añadiéndole un último párrafo, cuya redacción se conserva en la vigente redacción de la Ley 32/2010 (concreta el momento a partir del cual nace el derecho al disfrute de la prestación económica –el primer día del mes inmediatamente siguiente a aquel en que se produjo el hecho causante del cese de actividad–, puntualizando que en el caso de los TRADE, finalizada la relación con el cliente principal, no podrá mantenerse actividad con otros clientes desde que se inicie el cobro de la prestación económica por cese de actividad).

Pero ha sido la Ley 35/2014, de 5 de agosto, la que ha supuesto una modificación en profundidad del articulado de la Ley 32/2010: de los 19 artículos que presentaba esta regulación han resultado modificados más de la mitad de los preceptos de la regulación original⁶. Es por ello que debemos preguntarnos si esta última reforma supone una alteración

³ En este sentido LASOSA IRIGOYEN, E.: *La prestación por cese de actividad para trabajadores autónomos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona página 26; también JOVER RAMIREZ, C.: “El informe sobre la protección por cese de actividad: promoción del trabajo autónomo, prestación y jubilación, gestión y régimen sancionador”, *Documentación Laboral* nº 87 (2009), página 111.

⁴ En este sentido MÓNEREJO PEREZ, J.L. y FERNANDEZ AVILES, J.A.: “El sistema de protección por cese de actividad: régimen de financiación y gestión”, *Aranzadi Social* nº 2 de 2012, página 1 de la versión informática.

⁵ Utilizó las comillas al referirme a esta prestación “no contributiva”, pues en realidad el primero de los requisitos que se exigían para acceder a la misma era haber cotizado durante tres años al RETA durante los últimos cinco años. Se establecía así una situación muy similar a la prestación por desempleo, donde distinguimos entre el nivel contributivo y el asistencial, para el que también se requiere haber cotizado a la Seguridad Social.

⁶ Sin ánimo de ser exhaustivos, se han modificado los arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 14 y 16.

de los elementos básicos que han presidido el régimen jurídico de la prestación por cese de actividad. Este es el objetivo del presente trabajo.

A lo anterior hemos de añadir una última y más reciente modificación: la introducida por la Disposición final sexta de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE de 29 de julio), que modifica la redacción del art. 7.1 de la Ley 32/2010.

Procedemos al análisis de las principales modificaciones que se han introducido en la prestación por cese de actividad. Debido a la existencia de una futura, pero aparentemente próxima, nueva redacción del TRLGSS, hemos entendido adecuado añadir en este trabajo no sólo la actual numeración de los artículos, sino la que podría ser nueva numeración, según el más reciente borrador del próximo TRLGSS.

2. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE PROTECCIÓN Y VOLUNTARIEDAD DE LA PROTECCIÓN

No es extraño encontrar que la regulación sobre prestaciones de Seguridad Social mezcle el ámbito subjetivo de la prestación con la exigencia de ciertos requisitos de carácter general. El cese de actividad no es una excepción y podemos encontrar, por ejemplo, como en la redacción originaria se establecía como ámbito subjetivo el de los autónomos (verdadero ámbito subjetivo) que estuviesen protegidos por riesgos profesionales (requisito de carácter general para acceder a la prestación). En realidad se trata de dos cuestiones distintas, pues el ámbito subjetivo se refiere al conjunto de sujetos al que se destina una determinada prestación, con independencia de que cumplan o no los requisitos; mientras que esas exigencias generales forman parte de los requisitos del hecho causante. En todo caso, aun cuando seamos partidarios de establecer la distinción entre uno y otro elemento, lo cierto es que la mezcla de elementos que genera la regulación hace que al realizar un estudio de esta prestación, dicha confusión de elementos se vea también reflejada en el mismo.

En principio, las modificaciones sufridas en esta materia parecen simplemente formales, de manera que no afectarían de manera especial a esta cuestión: con la regulación original el ámbito subjetivo de protección se regulaba en el art. 2; mientras que en la redacción actual de la Ley 32/2010, esta cuestión se ha regulado por parte del nuevo art. 1º (futuro art. 327 Borrador LGSS). En todo caso, el ámbito de aplicación sigue siendo el mismo en ambas normas: se protege a los trabajadores por cuenta propia o autónomos del RETA, incluyendo a los autónomos agrarios del SETA⁷, así como a los autónomos del REMAR. Esta regulación supone la exclusión de la prestación por cese de actividad de

⁷ En este caso la regulación, tanto original como actual, señala que el régimen de protección de los autónomos del SETA se regirá por lo dispuesto en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 32/2010 (art. 327.3 Borrador LGSS), que, a su vez se limita a remitirse al desarrollo reglamentario. Concretamente este desarrollo reglamentario se encuentra en la actualidad en la Disp. Adic. 5ª del RD 1541/2011, de 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 32/2010. Dicho precepto establece una serie de especialidades en materia de delimitación de la situación legal de cese de actividad (ya sea definitiva o temporal); pero no establece ninguna norma sobre que afecte al ámbito subjetivo de protección, más allá de la alusión a los autónomos agrarios del SETA que sean comuneros de una comunidad de bienes o socio de sociedades y que por dicha condición estén incluidos en el SETA, pues sólo devengan el derecho a la prestación por cese de actividad, si acreditan que el cese se debe a pérdidas económicas de conformidad con el art. 5.1 a) de la Ley 32/2010. Se trata, por tanto, de un supuesto de protección limitada.

aquellos autónomos que no estén protegidos por el RETA o el REMAR por no estar afiliados a tales regímenes, aún cuando disfruten de mecanismos alternativos (mutualistas) a tales regímenes de Seguridad Social⁸. Junto a estos autónomos, señalados con carácter general, la Ley 32/2010 hace referencia a diferentes colectivos específicos (autónomos realmente, pero sobre los que se hacen puntualizaciones o particularidades): los TRADE (art. 5.2 en su redacción original), socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociados (Disp. Adic. 6^a)⁹; trabajadores autónomos que ejercen su actividad profesional conjuntamente con otros (Disp. Adic. 7^a), trabajadores agrarios (ya mencionados)¹⁰.

Sin embargo, existen elementos que suponen una ampliación del ámbito subjetivo. De entrada podemos encontrar que existen ampliaciones concretas del ámbito subjetivo de aplicación de esta protección. Así, respecto a los TRADE, ha de recordarse que estarían protegidos siempre y cuando tengan la consideración formal como tales, cumpliendo los requisitos de la LETA. Sin embargo, el actual art. 5 de la Ley 32/2010, dedicado a regular la situación legal de cese de actividad, en su apartado tercero establece un nuevo párrafo a tenor del cual también será de aplicación la protección por cese de actividad a los autónomos que carezcan de reconocimiento de trabajadores económicamente dependientes, siempre que su actividad cumpla con las condiciones del art. 11 LETA y el art. 2 del RD 197/2009 (art. 332 Borrador LGSS). Con ello se resuelve el problema que se estaba planteando por parte de la jurisprudencia menor, que rechazaba otorgar la prestación por cese de actividad, a aquellos autónomos que teniendo contratos mercantiles o civiles previos a la Ley 20/2007, no tenían la consideración formal como TRADE, pero si cumplían materialmente todos los requisitos para ello¹¹.

Por otra parte, también se establece en la nueva redacción del art. 5.2 de la Ley 32/2010 (art. 334 Borrador LGSS), una referencia expresa al derecho a la prestación para los trabajadores autónomos incluidos en el RETA por aplicación de la Disp. Adic. 27^a LGSS (art. 305.2 Borrador LGSS): los consejeros o administradores o quienes presten otros servicios en una sociedad capitalista, siempre que posean el control de la misma. En realidad, en estos casos no estamos ante una verdadera ampliación, sino ante una puntualización: de entrada, estos sujetos son autónomos, por lo que están incluidos en el ámbito subjetivo de protección del art. 1 de la Ley 32/2014 (art. 327 Borrador LGSS). Por otra parte, ya el RD 1541/2011 los incluía en el ámbito subjetivo de protección, a tenor de lo establecido en su art. 4.4. Teniendo en cuenta que se produce esta remisión a la Disp. Adic. 27^a LGSS (art. 305.2 Borrador LGSS), y dado que esta no requiere necesariamente que se trata de socios de la sociedad (lo esencial es tener el control de la sociedad); podría acceder a la prestación

⁸ En este sentido SEMPERE NAVARRO, A.: AA.VV., “La prestación por cese de los trabajadores autónomos: antecedentes, ámbito subjetivo y objeto de la protección”, *Aranzadi Social* nº 9 de 2012, página 2.

⁹ Téngase en cuenta que la Disp. Adic. 11^a, establece reglas especiales para la cotización de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociados dedicados a la venta ambulante.

¹⁰ Se ha planteado si tienen derecho a la protección por cese de actividad los colectivos asimilados a trabajadores por cuenta propia que no desarrollan actividad con ánimo de lucro (religiosos de confesiones que se han declarado como asimilados a trabajadores autónomos). Probablemente en estos casos habría que señalar que debido a la delimitación de la situación legal de cese de actividad, no tendrían derecho a la prestación; si bien no sería un problema de ámbito subjetivo, sino de requisitos del hecho causante. Sobre esta cuestión vid. RODRIGUEZ CARDO, I.A.: “La prestación por cese de actividad del trabajador autónomo. Comentario de urgencia a la Ley 32/2010, de 5 de agosto”, *Actualidad Laboral* nº 19 de 2020, página 2264.

¹¹ Vid. SSTSJ de Madrid de 23 de marzo de 2015, AS\2015\1008; Madrid de 4 de febrero de 2015, AS\2015\446; Andalucía de 13 de noviembre de 2014, AS\2015\426; País Vasco de 15 de abril de 2014, JUR\2014\184990.

autónomos que carezcan de la condición de socios de la sociedad capitalista (siempre que tengan el control de la misma según lo dispuesto por la citada Disp. Adic. 27^a)¹².

Por otra parte, junto a estas ampliaciones que acabamos de señalar, encontramos como entre la redacción original del art. 2 y la actual del art. 1 de la Ley 32/2010 (art. 327 Borrador LGSS) hay una importante diferencia: antes se protegía a los autónomos cuando tenían “cubierta la protección dispensada a las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”; de manera que se establecía la obligatoria conexión entre la protección por riesgos profesionales (que era y es voluntaria) y el cese de actividad¹³. Ello suponía que el ámbito subjetivo de protección de esta prestación no abarcaba con carácter general a los autónomos del RETA y del REMAR, sino tan sólo a los que tenían cubierta la protección por riesgos profesionales. Con la actual regulación los autónomos pueden estar protegidos con independencia de la previa protección de los riesgos profesionales; o lo que es igual, se ha procedido a ampliar el ámbito subjetivo de aplicación. En buena medida esta desvinculación era absolutamente necesaria, pues la conexión bidireccional obligatoria entre los dos mecanismos de protección limitaba en buena medida el éxito tanto de una como de otra prestación, dado que suponía un incremento de los costes de cotización que debe ser asumido en exclusiva por parte del trabajador autónomo.

Además, el hecho de esta conexión obligatoria incidía, tal como hemos visto en la obligatoriedad de la protección. A tenor de la redacción original del art. 2 de la Ley 32/2010, para tener derecho a la prestación por cese de actividad era imprescindible que el autónomo incluido dentro del RETA o REMAR estuviese también protegido por las contingencias profesionales; lo cual se corroboraba por el art. 4.1 a) de la misma, al señalar que tendrían derecho los autónomos que además de estar afiliados y en alta, tuvieran cubiertas las contingencias profesionales. Si bien algún sector doctrinal estimaba la existencia de dudas sobre la literalidad del precepto, ya que de la misma no se deducía con claridad la obligatoriedad de la protección por cese de actividad¹⁴, la opinión mayoritaria, tal como ya hemos señalado supra, ha sido la de considerar que es obligatorio para el autónomo que había concertado la protección por riesgos profesionales, concertar también la protección por cese de actividad; de manera que la primera (riesgos profesionales) conduce obligatoriamente a la segunda (cese de actividad): si un autónomo deseaba estar protegido por cese de actividad, debía concertar también la protección por riesgos profesionales con carácter obligatorio. A tenor de esta situación parecería existir una auténtica obligatoriedad en la protección por cese de actividad.

No obstante, existe un elemento que distorsionaba la conclusión anterior: debemos recordar que tales contingencias profesionales no eran obligatorias excepto para los

¹² Sobre la cuestión, vid. LOPEZ GANDIA, J.: “La reforma de la regulación de la prestación por cese de actividad en la nueva Ley de Mutuas”, en AA.VV., dirigidos por R. Roqueta Buj, *Puntos críticos en la protección por desempleo y el cese de la actividad autónoma*, Lex Nova-Thomson Reuters, Pamplona 2015, página 180. Jurisprudencialmente vid. las SSTSJ de Cantabria de 16 de marzo de 2015, AS\2015\937; y Andalucía de 29 de enero de 2015, JUR\2015\1128967.

¹³ Tal como señala ARAGON GOMEZ, C., “(...) la cobertura del riesgo por cese de actividad se vincula a la cobertura de las contingencias profesionales, de forma que no es posible protegerse frente a aquél, sin haberlo hecho previamente frente a estas, ni asegurarse éstas exclusivamente prescindiendo de aquél”; op. cit., página 136.

¹⁴ En este sentido LOPEZ GANDIA, J.: “La reforma (...)”, op. cit., página 182.

TRADE¹⁵; por lo que en realidad estábamos ante una obligatoriedad limitada. Se generaba así una situación de carácter mixta, por la era perfectamente posible evitar la protección (y las obligaciones económicas que conllevan) por cese de actividad, por la vía de no concertar protección por riesgos profesionales; pero al mismo tiempo, quien quería estar protegido por cese de actividad veía incrementadas sus obligaciones económicas al tener que soportar también los costes financieros de la protección por riesgos profesionales.

Ciertamente la previsión legislativa era la de proceder a la extensión de la protección por riesgos profesionales, tal como establecía la Disp. Adic. 5^a de la LGSS, que establecía la obligatoria protección por riesgos profesionales de los trabajadores que causaran alta en cualquier régimen de Seguridad Social a partir del 1 de enero de 2013; lo cual se proyectaría sobre la prestación por cese de actividad, pues la volvería obligatoria para los nuevos autónomos que se diesen de alta en el RETA o REMAR. Pero, al margen de que fuese una obligatoriedad también limitada (sólo afecta a los que se den de alta a partir de una determinada fecha), su entrada en vigor se ha ido retrasando hasta ser finalmente derogada por la Ley 36/2014.

Por otra parte, la Ley 32/2010 establecía ciertos supuestos en los que no era obligatoria la protección por cese de actividad. Así, los autónomos que realizan su prestación de trabajo en el seno de cooperativas de trabajo asociado no están obligados a la protección por cese de actividad: la Ley 27/2011 modificó la redacción originaria de la Ley 32/2010 añadiendo un nuevo apartado 3 al art. 2, a tenor del cual la protección por cese de actividad no resultaba obligatoria en el caso de socios de Cooperativas comprendidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, siempre que estas Cooperativas dispongan de un sistema intercooperativo de prestaciones sociales, complementario al Sistema Público, que estableciese un nivel de cobertura, en lo que respecta a las situaciones de cese de actividad, al menos equivalente al regulado en la Ley 32/2010. A este supuesto hay que sumar cómo si bien la LETA establece en su Disp. Adic. 3^a.2 que los trabajadores autónomos que desarrollen actividades profesionales con mayor riesgo de siniestralidad deben incorporarse a la protección por riesgos profesionales; sin embargo, la Disp. Adic. 9^a de la Ley 32/2010 (art. 327.4 Borrador LGSS) señala que cuando estos trabajadores lo hagan en régimen de pluriactividad, y estén dados de alta en otro régimen de Seguridad Social en el que estén protegidos por riesgos profesionales, cotizando al menos por la base mínima del grupo de cotización correspondiente, que tengan cubierta la prestación por desempleo en otro régimen del Sistema de Seguridad Social, no tendrán la obligación de incorporarse a la cobertura por cese de actividad en el RETA o en el REMAR. Por lo tanto, sólo accederán a esta protección si optan voluntariamente por esta prestación.

En definitiva, pese a que en principio se establecía una obligatoriedad limitada, la realidad es que existía un sistema prácticamente voluntario para la cobertura de esta prestación¹⁶, si bien vinculado a la protección por riesgos profesionales.

¹⁵ También resulta obligatoria ex Disp. Adic. 3^a LETA para los autónomos cuya actividad profesional que presenten mayor riesgo de siniestralidad y que sean determinadas por el Gobierno, salvo que estén dados también de alta en situación de pluriactividad en otro régimen de Seguridad Social en el que se cotice por dicha contingencia por la base mínima del grupo de cotización correspondiente (Disp. Adic. 9^a Ley 32/2010).

¹⁶ ARAGON GOMEZ, C.: Op. cit., página 137.

Llegados a este punto, la reforma de la Ley 32/2010 ha apostado, por un lado, por la desconexión entre cese de actividad y riesgos profesionales (no se exige la previa cobertura por riesgos profesionales para poder acceder a la prestación por cese de actividad). De otro lado, la prestación por cese de actividad se conforma como meramente voluntaria para los trabajadores autónomos (nueva redacción del art. 2 Ley 32/2010 –art. 328 Borrador LGSS–). Con ello se rompe con la pretensión de proceder a la extensión del ámbito subjetivo de protección de esta prestación por la vía de hacerla obligatoria para los que están protegidos frente a riesgos profesionales. Se permite que cada autónomo decida (lógicamente, en función de su situación económica) sobre la extensión de la acción protectora. Ello coincide también con la marcha atrás que se ha producido en la protección por riesgos profesionales, donde se ha derogado la Disp. Adic. 58^a LGSS.

En todo caso, aún cuando se haya optado por la voluntariedad (tradicional en la protección de los autónomos), y ello pueda ser justificado en una situación de crisis económica que presiona especialmente sobre los autónomos, que requiere evitar que se sobrecargue financieramente a este colectivo; hay que tener en cuenta que ello supone un evidente peligro para la viabilidad financiera de esta prestación, lo cual no deja de ser contradictorio con ese elemento de contributividad que caracteriza a esta prestación.

3. REQUISITOS PARA EL NACIMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN

A tenor del art. 4 de la Ley 32/2010 (art. 330 Borrador LGSS) los requisitos para acceder a la prestación son los siguientes: estar afiliados y en alta en el RETA o REMAR; tener cubierto el período mínimo de carencia; encontrarse en situación legal de cese de actividad; suscribir el compromiso de actividad y acreditar disponibilidad para reincorporarse al mercado de trabajo a través de las actividades formativas, de orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora a las que pueda convocarle las entidades gestoras; no haber cumplido la edad ordinaria de jubilación (salvo que no se acredite la carencia para acceder a esta última prestación); hallarse al corriente en el pago de cuotas; y el cumplimiento de las garantías, obligaciones y procedimientos regulados en la legislación laboral cuando se tengan trabajadores a su cargo.

La mayor parte de estos requisitos han sufrido modificaciones por parte de la nueva regulación. En algunos casos las alteraciones son limitadas y obedecen a modificaciones de carácter general de la regulación; en otros casos, tales reformas son mucho más profundas.

3.1. Afiliación y alta del trabajador

En cuanto a la afiliación y alta del trabajador¹⁷. No se plantea la posibilidad de situaciones asimiladas al alta, por lo que surge la duda de si es factible la aplicación de lo dispuesto en el art. 36 RD 84/1996 tal como ha planteado algún sector doctrinal¹⁸. Al tratarse de autónomos no se establece la posibilidad de situación de alta de pleno derecho. Se ha suprimido expresamente la exigencia de que los autónomos tuviesen cubierta, además, la

¹⁷ Téngase en cuenta que el art. 2.1.a) del RD 1541/2011 puntualiza que tales exigencias deben cumplirse en la fecha del cese de actividad.

¹⁸ ARAGON GOMEZ, C.: Op. cit., página 138; CERVILLA GARZON, M.J.: Op. cit., página 99.

protección por contingencias profesionales, pues tal como hemos señalado, una de las principales novedades que aporta la reforma de la protección por cese de actividad es justamente la supresión de la vinculación obligatoria entre riesgos profesionales y cese de actividad¹⁹. Por otra parte, estos requisitos legales deben complementarse con lo establecido por el art. 2 del RD 1541/2011, pues no basta con la afiliación y alta del trabajador, sino también en necesario tener cubierta la contingencia de cese de actividad, pues recordemos que esta es totalmente voluntaria. De otro lado, el trabajador que pretenda acceder a esta prestación debe solicitar la baja en el RETA o en el REMAR, pues no ha de olvidarse que a tenor del art. 12 de la Ley 32/2010 (art. 342 Borrador LGSS), la percepción de la prestación económica es incompatible con el trabajo por cuenta propia, incluso aún cuando no determine la incorporación al RETA o REMAR.

3.2. Período de carencia

En cuanto al período de carencia, el art. 4 de la Ley 32/2010 (art. 330 Borrador LGSS) señala que el trabajador ha de tener cubierto el período mínimo de cotización a que se refiere el art. 8 de la propia regulación legal (futuro art. 338 Borrador LGSS). Dicho precepto establece la duración de la prestación por cese de actividad, lo cual conecta con los períodos cotizados dentro de los cuarenta y ocho meses anteriores a la situación legal de cese de actividad, de manera que doce deben ser continuados e inmediatamente anteriores a dicha situación de cese de actividad. Ello supone que el período de carencia mínimo exigido es de doce meses continuados e inmediatamente anteriores al cese de actividad²⁰; es decir, estamos ante una carencia específica agravada o reforzada por la continuidad y la inmediatez al hecho causante²¹.

A tenor de lo que acabamos de señalar no se aplica así la posibilidad de obtener el período de carencia a lo largo del período de referencia de cuarenta y ocho meses; lo que dificulta, obviamente la posibilidad de acceder a esta prestación. Este efecto supone una sustancial diferencia respecto de otras prestaciones y especialmente con la prestación por desempleo de los trabajadores subordinados; lo cual ha sido criticado por la doctrina laboral²². Es evidente que esta carencia reforzada dificulta de manera poco razonable, a nuestro juicio, el acceso a la prestación: por ejemplo, si se interrumpe la cotización dentro de los doce meses anteriores –por cesar en la actividad, reiniciándola al poco tiempo–, no se tiene derecho a la prestación; pese haber contribuido de manera suficiente a través de las cotizaciones. Dado que uno de los objetivos de la reforma ha sido el de facilitar el acceso a la prestación, podría haberse planteado la alteración de esta regla y haber ampliado el plazo de

¹⁹ Sobre la incidencia de esta cuestión en los requisitos para acceder a la prestación vid. TALENS VISCONTI, E.E.: “Reflexiones en torno a los requisitos de acceso a la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos (tras la aprobación de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre)”, *Revista de Derecho Social* nº 68 (2014), páginas 100 y 101.

²⁰ SSTSJ de Madrid de 14 de noviembre de 2015, JUR\2015\11354; Cataluña de 24 de abril de 2013, JUR\2013\191819.

²¹ Téngase en cuenta que el art.2.1.c) del RD 1541/2011 establece que dentro del período de carencia se computa el mes en el que se produzca el hecho causante de la prestación.

²² ARAGON GOMEZ, C.: Op. cit., página 140; BLASCO LAHOZ, J.F.: *Las prestaciones económicas del Régimen Especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Bomarzo, Albacete 2012, página 141; RODRIGUEZ CARDO, I.A.: Op. cit., página 2267; SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: *El desempleo de los trabajadores autónomos*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona 2010, página 202; TALENS VISCONTI, E.E.: Op. cit., página 104.

carencia específica asimilándola al desempleo, pues si bien el período mínimo es el mismo (doce meses), la exigencia de que sean continuados e inmediatamente anteriores al hecho causante limita en exceso el derecho a la prestación sin que exista una justificación para mantener dicha limitación.

Por otra parte, tan sólo se tiene en cuenta las cotizaciones efectuadas por cese de actividad, sin que quepa cómputo recíproco con las cotizaciones que hayan podido efectuarse al desempleo en otros regímenes, aún cuando entren en el período de meses señalados. Ello se justifica en la falta de homogeneidad entre cese de actividad y prestación por desempleo. Más aún, a tenor del art. 12 del RD 1541/2011, no cabe el cómputo recíproco de cotizaciones por cese de actividad entre RETA y REMAR; lo cual, desde mi punto de vista ya no es tan justificable. Tampoco pueden tenerse en cuenta las cotizaciones generadas por una prestación por cese de actividad (la prestación no genera nueva prestación).

En cuanto a este requisito, no se ha establecido modificación alguna, salvo un interesante puntualización que afecta a los trabajadores del REMAR: el nuevo art. 8.3 e) de la Ley 32/2010 (art. 338.4.e Borrador LGSS), los períodos obligatorios de veda aprobados por la autoridad competente, “no se tendrán en cuenta para el cómputo del período de 12 meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de ceses de actividad, siempre y cuando en esos períodos de veda no se hubiera percibido la prestación por cese de actividad”. Dicha redacción favorece el acceso a la prestación en estos casos, pues reconoce que en estos casos es difícil que los trabajadores puedan desarrollar actividad como autónomos del REMAR, al afectarles un período de limitación de la actividad, por lo que durante el mismo lo lógico es que no coticen; de ahí que no debe ser tenido en cuenta a los efectos de obtener la carencia dentro del período de referencia legalmente establecido.

Por otra parte, está el problema relativo a si el período de carencia puede cubrirse gracias al mecanismo de “invitación al pago”, cuestión a la que nos referiremos posteriormente, cuando analicemos otro de los requisitos, el de hallarse al corriente del pago de cuotas.

3.3. Suscripción del compromiso de actividad y acreditación de disponibilidad activa para la reincorporación al mercado de trabajo

En tercer lugar encontramos un requisito que vincula de manera evidente la prestación por cese de actividad con la prestación por desempleo, pues será necesaria la firma del compromiso de actividad al que se refiere el art. 231 LGSS (art. 300 Borrador LGSS) y la acreditación de la búsqueda activa de empleo. Sobre esta cuestión no se ha producido ninguna modificación a través de la reforma analizada.

Hay diferencias a estos efectos entre la regulación del desempleo y la propia del cese de actividad: esta cuestión se desarrolla en la Ley 32/2010 a través de su art. 17, que al regular las obligaciones de los trabajadores autónomos señala que es obligación de los autónomos perceptores de la prestación, comparecer a requerimiento del órgano gestor y estar a disposición del correspondiente SPE o ISM para realizar las actividades formativas, de orientación profesional o de promoción de la actividad emprendedora (art. 17.1.g; en un futuro art. 347.1.g Borrador LGSS). Obsérvese cómo se trata de actividades centradas en que se mantenga el desarrollo de la actividad como autónomo, por lo que parece excluirse que se

realicen actividades dirigidas a la reincorporación al mercado de trabajo como trabajador subordinado, lo que, a mi juicio, no tiene excesiva lógica, pues lo importante es reincorporarse al mercado, con independencia de que se haga como autónomo o como trabajador subordinado. No obstante el art. 17.1 h) (art. 347.1.h Borrador LGSS) señala que será obligación participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar la ocupabilidad; es decir, la misma dicción que el art. 231.2 LGSS, por lo que parece que se incluye también el desarrollo de estas actividades orientadas a la inserción también como trabajador subordinado.

Pero sobre todo, es importante resaltar que la Ley 32/2010 no exige al autónomo que deba aceptar la colocación adecuada (231.3 LGSS –art. 301 Borrador LGSS–). Salvo que se entienda que en base a la genérica remisión del art. 4.1.c) Ley 32/2010 resulta de aplicación a los autónomos todo el precepto (lo cual parece rechazable pues la remisión a dicho precepto se realiza tan sólo en base al compromiso de actividad), ello supone una importante diferencia con la prestación por desempleo²³.

3.4. No haber cumplido la edad ordinaria de jubilación

Al igual que ocurre con el requisito anterior, no se han producido cambios en esta exigencia. Se trata, nuevamente, de un requisito que conecta esta prestación con el desempleo, coincidiendo ambas prestaciones en la exigencia del mismo. Al igual que en la prestación por desempleo la justificación de esta exigencia reside en razones de política de empleo, pues está diseñado para facilitar que los trabajadores de edad accedan a la jubilación dejando atrás el mercado de trabajo. En todo caso, este requisito no se exige en aquellos casos en los que el trabajador, pese al cumplimiento de la edad de jubilación no tiene derecho al a misma por no haber cubierto el período de carencia para esta última prestación. Debe tenerse en cuenta las precisiones que el art. 2.1.f) del RD 1541/2011 establece respecto de la edad de jubilación de los trabajadores del REMAR, así como la regulación reglamentaria que desarrolla al art. 161 bis LGSS (el RD 1851/2009) a los efectos de la anticipación de la edad de jubilación de trabajadores con discapacidad.

3.5. Hallarse al corriente en el pago de cuotas

Tradicionalmente recae sobre los autónomos la exigencia para acceder a las prestaciones de hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. Con ello se establece un mecanismo dirigido a favorecer el cumplimiento de las obligaciones de cotización, pues se trata de un colectivo en el que son los propios trabajadores los únicos obligados al pago. No obstante, también es cierto que una vez establecida esta exigencia, pese a su incumplimiento se regula un mecanismo que favorece el acceso a la prestación: la invitación al pago²⁴. Este mismo esquema se reitera por el art. 4.1.e) Ley 32/2010 (art. 330.1.e Borrador LGSS): se exige que el trabajador autónomo se halle al corriente en el pago de cuotas a la Seguridad Social, pero, si no cumple este requisito, el órgano gestor invitará al pago al trabajador autónomo para que en el plazo improrrogable de 30 días naturales ingrese las cuotas debidas.

²³ LASAOSA IRIGOYEN, E.: AA.VV., “La prestación por cese de los trabajadores (...)", op. cit., página 3.

²⁴ Con carácter general vid. el art. 28.2 del Decreto 2530/1970.

La principal duda que se ha planteado con la regulación del art. 4.1.e) es la relativa a si el mecanismo de invitación al pago puede ser aplicado no sólo para cumplir con el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cotizaciones, sino también para cumplir con el período de carencia, de manera que en aquellos casos en los que el autónomo haya dejado de ingresar cuotas en algún momento de los 12 meses anteriores al hecho causante, puede cumplir con dicho período de carencia gracias a la invitación al pago. Caben dos interpretaciones: en primer lugar, una estricta, a tenor de la cual es necesario que el autónomo tenga cubierto el período mínimo de carencia, que no se vería afectado por la invitación al pago; de manera que las cuotas ingresadas tras la invitación al pago, permiten cumplir con la exigencia de estar al corriente en el pago, pero no puede afectar al período mínimo de carencia, que no se cumpliría. Una segunda interpretación, más flexible, acepta que es posible cumplir con el período mínimo de carencia aunque esté en descubierto, gracias a la invitación al pago, pudiendo acceder de esta manera a la prestación pese a no cumplir con la exigencia de haber cubierto el período de carencia en el momento del hecho causante; de esta manera la invitación al pago serviría tanto para cumplir con el requisito de hallarse al corriente en el pago, como para cubrir el período de carencia.

Existen pronunciamientos doctrinales a favor de ambas interpretaciones²⁵. Jurisprudencialmente se rechaza la aplicación de la invitación al pago para cumplir con el período de carencia en base a la literalidad originaria del art. 4.1.e) de la Ley 32/2010 (art. 330.1.e Borrador LGSS): dicha invitación actuaba cuando en la fecha del cese no se cumplía con hallarse al corriente en el pago de cuotas “pero se tuviera cubierto el período mínimo de cotización”²⁶. No obstante, también es posible encontrar una línea mucho más flexible que entiende que no se produce incumplimiento del trabajador si ingresa alguna cuota mensual con un pequeño retraso, pues el mero retraso implica la imposición de recargos, pero no la inexistencia de cotización; o incluso se considera aplicable el art. 74 del RGR que dispone el plazo del mes siguiente para el ingreso de las cotizaciones; o bien que se trata de un pequeño retraso provocado por la falta de liquidez en la cuenta bancaria donde se hace efectivo el pago, siendo subsanada la situación a los pocos días²⁷.

Parece, no obstante, que la actual redacción se hace eco de esta cuestión, y la resuelve a favor de la segunda interpretación: la redacción inicial del art. 4.1.e) establecía la obligación de hallarse al corriente en el pago de cuotas, si bien se establecía la invitación del pago, que quedaba condicionada a que el autónomo “tuviera cubierto el período mínimo de cotización para tener derecho a la protección”. Con esta dicción, era evidente que el legislador había establecido la necesidad de que para proceder a la invitación al pago debía cumplirse con el período de carencia (lo que supone que aquellos que no tenían cubierto el período de carencia no podían beneficiarse de la invitación al pago, con la lógica consecuencia de que la invitación al pago no podía afectar al período de carencia). Sin embargo, en la redacción actual no se condiciona la invitación al pago a la cobertura del

²⁵ A favor de la interpretación estricta, ARAGON GOMEZ, C.: Op. cit., página 146. A favor de la interpretación más flexible LOPEZ GANDIA, J.: “La reforma de la regulación (...)", op. cit., páginas 185 y 186.

²⁶ En este sentido las SSTSJ de Cataluña de 8 de abril de 2014, JUR\2014\154117; Extremadura de 22 de diciembre de 2014, JUR\2015\25557; Madrid, de 2 de febrero de 2015, JUR\2015\64261.

²⁷ Vid. las SSTSJ de Castilla y León de 20 de abril de 2015, AS\2015\926; País Vasco de 10 de marzo de 2015, JUR\2015\116587; Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2015, JUR\2015\74961; Castilla y León de 24 de abril de 2014, AS\2014\1199.

período de carencia, consecuentemente es factible que un autónomo que no tenga cubierta la carencia por falta de pago, pueda cubrirla gracias a la invitación al pago. Con ello se cumple una finalidad propia de la reforma: facilitar el acceso a la prestación.

Otro problema importante que se plantea es que no existe una total coincidencia entre la regulación general sobre invitación al pago, el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, y el art. 4 de la Ley 32/2010: el art. 28.2 exige estar al corriente en el pago de las cuotas, estableciendo, a continuación la invitación al pago; pero con una importante puntuación, pues ha de realizarse el ingreso en el plazo improrrogable de treinta días. Si el interesado ingresa las cuotas adeudadas dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, se le considerará al corriente en las mismas a efectos de la prestación solicitada. Por el contrario, si el ingreso se realiza fuera del plazo, se concederá la prestación con una reducción del veinte por ciento. Si bien el art. 4 se refiere al ingreso en el plazo improrrogable de treinta días naturales, nada establece respecto a la reducción del 20%, por lo que surge la pregunta de si afecta esta regulación a la prestación por cese de actividad. Ciertamente el art. 2.1.g) del RD 1541/2011 establece expresamente una remisión genérica al citado art. 28 (“resultará de aplicación el art. 28 del Decreto 2530/1970”). Pero la norma legal, que tiene la consideración de regla especial nada prevé sobre la reducción del 20%; más aún, de la literalidad de la misma sólo sería factible el abono de la prestación si se ingresan las cuotas dentro del plazo “improrrogable” de 30 días, perdiéndose el derecho si no se hace dentro del mismo. Podría así plantearse el carácter de “ultra vires” de la regulación reglamentaria. La redacción originaria del art. 4.1.e) establecía la invitación al pago en el plazo de 30 días naturales para que el trabajador ingresara las cuotas “en los términos que reglamentariamente se establezcan”; y estos términos reglamentarios podían ser tanto el RD 1541/2011, como el Decreto 2530/1970 al que se remite el primero. Ahora bien, la actual redacción del art. 4.1.e) ha suprimido la alusión al abono de lo adeudado “en los términos que reglamentariamente se establezcan”. Con ello se reaviva la posibilidad de interpretar que el autónomo sólo dispone de los 30 días improrrogables y que pierde el derecho a la prestación si no realiza el ingreso en dicho plazo. No obstante, al ser también de aplicación lo dispuesto en la Disp. Adic. 39 LGSS (art. 47 Borrador LGSS), que se remite al art. 28.2 del Decreto 2530/1970 en su totalidad, estimamos que podría soslayarse el problema y entender la posibilidad de ingreso de cuotas transcurridos los 30 días naturales, pero con el descuento del 20%. En todo caso, dado que el legislador ha procedido expresamente a modificar la redacción de este último precepto, hubiese sido recomendable haber resuelto expresamente la cuestión para generar problemas interpretativos; o incluso haberse remitido directamente al art. 28 del Decreto 2530/1970²⁸.

3.6. Requisitos adicionales

A tenor del art. 4.2 de la Ley 32/2010 (art. 330.2 Borrador LGSS), cuando el trabajador autónomo tenga uno o más trabajadores a su cargo y se encuentre en situación legal de cese de actividad, será requisito previo para acceder a la prestación el cumplimiento de “las garantías, obligaciones y procedimientos regulados en la legislación laboral”²⁹. Esta

²⁸ Así lo planteaba CERVILLA GARZON, M.L., op. cit., página 100.

²⁹ En el caso de socios trabajadores que se encuentren en situación legal de cese de actividad por el cese total de la actividad de la cooperativa, será requisito previo, la Disp. Adic. 6^a de la Ley 32/2010 también establece la necesidad (...)

regulación no ha sido afectada por la reforma de 2014, por lo que sigue siendo exactamente la misma.

Con ello se establece como requisito para acceder a la prestación, el previo cumplimiento de las obligaciones laborales con sus trabajadores. Es evidente que el precepto padece de una evidente falta de concreción que dificulta su interpretación, pues no se especifican qué obligaciones en concreto deben cumplirse, con carácter previo, por parte del autónomo. Dada la remisión que se produce a las causas de cese de actividad, parece que se refiere a la necesidad de que el empresario que cesa su actividad cumpla con las normas laborales relativas a la extinción de las relaciones laborales (ya sea por despido colectivo u objetivo –arts. 51 o 52 ET–) o bien en los casos de cese temporal de la actividad, las normas sobre suspensión de los contratos de trabajo (art. 47 ET)³⁰. Es decir, no se trata de cumplir con todas las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, sino las obligaciones en materia de extinción del contrato de trabajo; de manera que no pueda acceder a la prestación quien niega tales derechos a los trabajadores. A ellos entiendo que ha de sumarse las obligaciones empresariales que facilitan el acceso de los trabajadores a sus prestaciones por desempleo. En todo caso, tal como ha señalado la doctrina, surge la duda de qué ocurre cuando el empresario procede a la extinción, solicita la prestación, pero los procesos laborales por la extinción no han finalizado sin que exista sentencia³¹.

Para terminar hemos de señalar que el art. 8.2 de la Ley 32/2010, afectado por las modificaciones de la Ley 35/2010 (art. 338 Borrador LGSS), establece que una vez reconocido el derecho a una prestación, sólo podrá volver a solicitarse el reconocimiento de una nueva prestación cuando hayan transcurrido dieciocho meses desde el reconocimiento del último derecho a la prestación. Obsérvese que esta exigencia dificulta el acceso a una nueva prestación, pues el período mínimo de cotización para acceder a la misma es de 12 meses. Además, dado que se computan los 18 meses desde el reconocimiento y no desde la finalización del disfrute de la prestación (lo que supone que parte del período de espera se consume durante el percibo de la primera prestación), y teniendo en cuenta que es necesario cubrir el período de carencia mínima de 12 meses para acceder a otra nueva prestación (lo cual, en su caso, sólo puede cumplirse una vez finalizada la prestación), los efectos del período de espera son diferentes en función de la duración de la primera prestación, de manera que el período de tiempo para poder acceder a la segunda prestación es diferente en cada supuesto³².

de cumplir las garantías y procedimientos regulados en la legislación laboral, con carácter previo al cese de actividad de los socios trabajadores.

³⁰ ARAGON GOMEZ, C.: Op. cit., página 144; de igual manera TALENS VISCONTI, E.E.: Op. cit., página 113.

³¹ GARCIA VIÑA, J.: "Primeras notas sobre la Ley 32/2014, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 23 (2011), página 3. En contra de estimar que sea necesaria sentencia para poder acceder a la prestación por cese de actividad, TALENS VISCONTI, E.E.: Op. cit., página 113.

³² Por ejemplo, si la prestación tiene una duración de 2, 3, 4 ó 5 meses, agotada la misma podrán disfrutar de la prestación en cuanto hayan cubierto el período mínimo de cotización de 12 meses, a lo que deben sumar un período de espera de 4,3,2, y 1 mes respectivamente; o lo que es igual, un autónomo con derecho a una prestación de dos meses, podrá acceder a la prestación a los 16 meses de haber finalizado la primera; serán 15 meses en el caso de haber disfrutado de 3 meses de prestación; o serán 14 meses cuando la prestación haya durado 4 meses; o accederá en el mejor de los casos a la prestación a los 13 meses de haber disfrutado una prestación de cinco meses de (...)

4. LA SITUACIÓN LEGAL DE CESE DE ACTIVIDAD

4.1. Delimitación de la situación legal de cese de actividad

En el epígrafe anterior hemos analizado los requisitos para poder acceder a la prestación. Sin embargo, hemos dejado fuera de este análisis al principal y más relevante de los diferentes requisitos, el encontrarse en situación legal de cese de actividad. En buena medida la situación de cese es fundamental, pues delimita la contingencia que se pretende proteger³³, no siendo suficiente con la regla general del art. 1 cuando afirma que el objetivo es proteger a los autónomos mediante unas prestaciones que atienden la “situación de cese total en la actividad”. A esta cuestión se refiere el art. 4.1 c) de la Ley 32/2010, siendo desarrollado legalmente por el art. 5 del mismo texto legal (arts. 330.1.c y 331 Borrador LGSS). Las dudas interpretativas de esta regulación, y las exigencias de control de los mecanismos de acreditación han sido resaltadas de manera unánime por parte de la doctrina laboral³⁴. En todo caso, el eje central sobre el que gira la regulación relativa al cese de actividad es garantizar la involuntariedad en el cese³⁵; así el art. 1 de la Ley 32/2010 (art. 327 Borrador LGSS) afirma que el objeto de la prestación es la de tutelar la situación de los autónomos que cesan en la prestación “no obstante poder y querer ejercer una actividad”. La exigencia de cese de actividad es otro de los elementos que vincula a esta prestación con la de desempleo, siendo innegable que pese a las diferencias pertenecen a una misma familia de prestaciones. También en el desempleo existe la situación legal de desempleo, que al igual que vemos aquí, se vincula a la involuntariedad en la pérdida del trabajo. En todo caso, es evidente que en el caso de los autónomos es mucho más complejo y más difícil determinar cuándo se produce esa involuntariedad, pues a diferencia del trabajo subordinado, el autónomo es quien toma la decisión de cesar en la actividad; de ahí que sea el legislador quien objetiva cuándo se cumple dicha exigencia, precisándolas en la propia regulación legal³⁶. Sin lugar a dudas también aquí se plasma la finalidad más relevante de la reforma de 2014, que consiste en facilitar el acceso a la prestación, simplificando sus requisitos.

Así, una simple comparación del art. 4 antes y después de la reforma evidencia las siguientes modificaciones:

- En el caso de concurrencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos determinantes de la inviabilidad de proseguir con la actividad económica o profesional, se va a considerar necesario que si el autónomo tiene un establecimiento abierto al público, se proceda al cierre del mismo durante la percepción del subsidio³⁷; añadiéndose con la regulación actual una alternativa al cierre, que puede revertir de manera económico positiva en el autónomo: la transmisión a un tercero (téngase en cuenta que

duración. En el caso de prestación de seis meses de duración, podrá acceder a la nueva prestación a los 12 meses de finalizar la primera. Todo ello considerando que el autónomo cotizaría desde el primer día.

³³ BARRIOS BAUDOR, G., en AA.VV., “La prestación por cese de los trabajadores autónomos: antecedentes, ámbito subjetivo y objeto de la protección”, *Aranzadi Social* nº 9 de 2012, página 4 (versión informática).

³⁴ BARRIOS BAUDOR, G.: Op. cit., página 4.

³⁵ En este sentido ARAGON GOMEZ, C.: Op. cit., página 131; TALENS VISCONTI, E.E.: Op. cit., página 113.

³⁶ CERVILLA GARZON, M.J.: Op. cit. página 96; RODRIGUEZ CARDO, I.A.: Op. cit., página 2265.

³⁷ Si no se acredita el cierre no se tendrá, pues, derecho a la prestación; vid. la STSJ de Asturias de 30 de septiembre de 2014, AS\2014\2808.

no se establecen límites en cuanto a qué terceros pueden ser los que obtengan la transmisión, por lo que pueden serlo desde los propios trabajadores subordinados o familiares que decidan continuar con la actividad³⁸). Se trata de una novedad importante, pues permite que, pese al cierre del negocio, el autónomo pueda obtener algún tipo de resultado económico gracias a la transmisión del establecimiento. Esta alteración subraya que lo relevante es que el autónomo no continúe con la actividad que permite su alta en la Seguridad Social; no siendo imprescindible que deba bloquear la posibilidad de obtener un rendimiento de su patrimonio para poder acceder a la prestación. En este sentido, no sólo se hace referencia en la actualidad a esta posibilidad, sino que la actual redacción del art. 5.1^{a)} señala que el autónomo titular del inmueble donde se ubica el establecimiento, puede realizar actos de disposición o disfrute del mismo (un arrendamiento, por ejemplo), siempre que no supongan una continuidad en la actividad económica o profesional, que debe cesar necesariamente. Es lógica esta salvedad, pues el sentido de la prestación sería totalmente incompatible con el hecho de que el autónomo pueda continuar con la actividad³⁹.

- En segunda lugar, al regular cuándo existen los motivos económicos que pueden dar lugar a una situación legal de cese de actividad, se señala que las pérdidas de ingresos pueden constituir una de estas situaciones siempre que sean superiores a un determinado umbral en un año completo (las pérdidas deben evaluarse por años completos, no siendo suficiente que estas pérdidas se manifiesten durante un período de tiempo inferior, aún cuando sean incluso más cuantiosas⁴⁰). Con la regulación anterior el umbral mínimo era más elevado que la regulación actual: antes se exigía unas pérdidas equivalentes al 30% de los ingresos, o del 20% en dos años consecutivos y completos⁴¹ (téngase en cuenta que los ingresos se utilizan como instrumento para especificar cuándo hay pérdidas relevantes, al fijar un porcentaje de los mismos como determinante de la cuantía de las pérdidas que dan origen a la situación legal de cese de actividad). No se define qué ha de entenderse por ingresos, pero la doctrina laboral estima que con esta expresión se hace referencia realmente a la facturación del autónomo⁴².

Estos porcentajes, tal como ha destacado la doctrina laboral, eran bastante elevados y poco realistas, siendo evidentes las dificultades para que un autónomo pueda sobrevivir durante uno o dos años con tan elevado nivel de pérdidas económicas⁴³; más aún, incluso podría darse la situación en la que la cuantía de la prestación no compensase en absoluto las pérdidas sufridas⁴⁴.

Con la reforma de la Ley 35/2014 se han reducido las pérdidas de ingresos en un año completo, que pasan a ser sólo superiores al 10%. La reducción es notable, pues supone sólo un tercio de la regulación anterior; siendo evidente esa pretensión de facilitar el

³⁸ TALENS VISCONTI, E.E.: Op. cit., página 114.

³⁹ De igual manera TALENS VISCONTI, E.E.: Op. cit., página 114.

⁴⁰ En similares términos VIQUEIRA PEREZ, C.: “La situación legal de cese de actividad. Análisis de las causas comunes”, *Revista de Derecho Social* nº 55 (2011), página 88.

⁴¹ Vid. STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2013, JUR\2014\2671.

⁴² VIQUEIRA PEREZ, C.: Op. cit., página 89.

⁴³ En este sentido se manifiesta LOPEZ GANDIA, J.: “La reforma de la regulación (...)”, op. cit., página 187; TALENS VISCONTI, E.E.: Op. cit., página 113.

⁴⁴ TALENS VISCONTI, E.E.: Op. cit., página 115.

cumplimiento de los requisitos a los trabajadores autónomos y permitir así el acceso a la prestación. De otro lado desaparece la posibilidad de que haya pérdidas del 20% en dos años consecutivos⁴⁵.

Esta reducción puede incidir en una discusión importante y es la relativa a si la regulación contenida en el art. 5.1.a) es meramente ejemplificativa y si caben otras posibilidades de situación legal de cese de actividad por motivos económicos. La doctrina laboral ha señalado respecto de la redacción original que los supuestos de cese de actividad por motivos económicos, organizativos, técnicos o productivos se configuraban como una lista no cerrada, de modo que cabría la posibilidad de que el autónomo pueda acreditar estos motivos de otra manera de la señalada por el art. 5⁴⁶. En este mismo sentido podemos encontrar diferentes sentencias que admiten la existencia de situación legal de cese de actividad, pues lo esencial no es que se alcancen unos determinados porcentajes de pérdidas, sino la “inviabilidad de proseguir con la actividad económica o profesional”⁴⁷; o bien que de la literalidad del precepto se evidencia que cuando se alcanzan tales porcentajes, hay motivo económico “En todo caso”, lo que no impide la existencia de estos motivos cuando los porcentajes son diferentes⁴⁸. Por lo tanto, lo que se plantearía es que cuando se alcanzan los porcentajes señalados, existe una situación legal de cese; pero de no alcanzarse, puede acreditarse la existencia de motivo o causa económica probando la inviabilidad de la actividad económica⁴⁹. No obstante también es posible encontrar sentencias que aplican los porcentajes de una manera mucho más automática, rechazando otorgar la prestación por no alcanzarse los porcentajes de pérdidas, o bien por la existencia de rendimientos positivos, aun cuando sean escasos⁵⁰.

De otro lado, otra cuestión a resolver es si durante el período en que se toman en cuenta las pérdidas, el trabajador ha estado en situación de IT, lo percibido como prestación se computa a los efectos de determinar la existencia o no de pérdidas⁵¹.

Por otra parte, se establece expresamente en la nueva redacción de la Ley 32/2010 la situación legal de cese de actividad de autónomos incluidos en el RETA por aplicación de la

⁴⁵ Debe tenerse en cuenta que en ambas redacciones se excluye el primer año de inicio de la actividad, de manera que las pérdidas durante ese año no son tenidas en cuenta a los efectos de que exista situación legal de cese de actividad (lo que se justifica por el hecho de las dificultades normales del comienzo de todo negocio). Sobre la cuestión vid. la STSJ de Cataluña de 27 de marzo de 2013, AS\2013\1579.

⁴⁶ Vid. LOPEZ GANDIA, J.: “La reforma de la regulación (...)", op. cit., página 189; RODRIGUEZ CARDO, I.A.: Op. cit., página 2267; TALENS VISCONTI, E.E.: Op. cit., páginas 118 y 119; VIQUEIRA PEREZ, C.: Op. cit., página 94.

⁴⁷ En este sentido la STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de diciembre de 2013, JUR\2014\12793. En base a este planteamiento se ha llegado a aceptar la existencia de situación legal de cese, incluso cuando existe una situación de ganancias, si bien son ridículas o absolutamente insuficientes para la viabilidad de la empresa y el mantenimiento de la actividad; así la STSJ de Navarra de 27 de febrero de 2015, JUR\2015\128803.

⁴⁸ STSJ de Extremadura de 5 de junio de 2014, JUR\2014\193816; STSJ de Asturias de 30 de diciembre de 2014, JUR\2015\30207.

⁴⁹ En este sentido la STSJ de Canarias de 30 de junio de 2014, JUR\2014\271735.

⁵⁰ Así las SSTSJ de Aragón de 30 de octubre de 2013, JUR\2014\15572; Castilla-La Mancha de 20 de noviembre de 2014, JUR\2015\23724; Madrid de 28 de noviembre de 2014, JUR\2015\19561; Madrid de 5de febrero de 2015, JUR\2015\64947.

⁵¹ Sobre la cuestión vid. las SSTSJ de Cantabria de 31 de octubre de 2014, JUR\2015\13483; y Valencia de 14 de abril de 2014, JUR\2014\175536, que se muestran favorables a entender que no entran tales cuantías para el cómputo. Por el contrario, vid. la STSJ de Cataluña de 10 de febrero de 2014, JUR\2014\89695.

Disp. Adic. 27^a LGSS (consejeros o administradores, art. 305.2 Borrador LGSS). Concretamente se encontrarán en esta situación cuando cesen involuntariamente en la condición de consejero o administrador de la sociedad o en la prestación de servicios a la misma y la sociedad incurra en pérdidas en los términos del art. 5.1.a) regla primera; o bien haya disminuido el patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes del capital social.

- En tercer lugar, la actual redacción establece que existen motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos cuando el autónomo se encuentra ante una situación de ejecución judicial o administrativa tendente al cobro de deudas (el autónomo es el acreedor⁵²) reconocidas por los órganos ejecutivos que comporten al menos el 30% de los ingresos del ejercicio económico inmediatamente anterior (art. 5.1.a) regla 2^a). Respecto de la regulación anterior, se ha producido una ampliación y flexibilización de la situación legal de cese de actividad, pues la redacción original se refería tan sólo a las ejecuciones judiciales (no incluía a las administrativas) y siempre que las deudas supusiesen el 40% de los ingresos del ejercicio económico anterior. Ciertamente se trata de una reducción, pero, desde mi punto de vista, sigue siendo una exigencia excesiva. En todo caso debemos señalar que la deuda ha de estar en fase ejecutiva, por lo que el reconocimiento (incluido el judicial) de la deuda no es suficiente para acceder a la prestación.

- En cuarto lugar, se ha regulado como situación legal de cese de actividad la pérdida de licencia administrativa (siempre que la licencia sea necesaria para el ejercicio de la actividad económica o profesional). Ahora bien, la pérdida de licencia no tiene la consideración de situación legal de cese de actividad cuando dicha pérdida está motivada por la comisión de infracciones penales. Es decir, si existe un ilícito penal y como consecuencia del mismo se sanciona con la pérdida de licencia, sin que pueda desarrollarse la actividad profesional, no puede accederse a la prestación. Esta limitación era todavía mayor bajo la regulación anterior, pues además de las infracciones penales, no se consideraba cese de actividad si la pérdida de la licencia se debía a incumplimiento contractual o a la comisión de faltas administrativas, supuestos de exclusión que hoy han desaparecido, favoreciéndose el acceso a la prestación. Se trata de otra reforma dirigida a facilitar el derecho a la prestación, pues el sentido de la regulación original era impedir la existencia de situación legal de cese de actividad cuando la pérdida de la licencia se generaba por algún motivo imputable al autónomo; lo cual era tremadamente restrictivo. No debe confundirse la pérdida voluntaria con la pérdida por motivos imputables al autónomo⁵³, por lo que parece adecuada esta reforma del precepto.

Debe tenerse en cuenta que en consonancia con esta nueva regulación, también se ha procedido a la modificación de la Disp. Adic. 7^a de la Ley, de manera que se considera situación legal la pérdida de la licencia, salvo en los casos en que dicha pérdida esté motivada en una infracción penal, eliminando los supuestos de pérdida de la licencia por incumplimientos contractuales o por la comisión de faltas administrativas.

- En cuanto a las especialidades de la situación legal de cese de actividad de los autónomos económicamente dependientes; estos pueden alegar tanto las causas comunes que

⁵² Vid. VIQUEIRA PEREZ, C.: Op. cit., página 91.

⁵³ Vid. VIQUEIRA PEREZ, C.: Op. cit., página 100.

señala el art. 5, como las específicas o propias de los TRADE. Al respecto de las de carácter específico, nada ha variado (pese a las críticas que suscitó la obligación de reintegro de la prestación en los caos en que el beneficiario que disfrute de la prestación vuelva a ser contratado dentro del plazo de un año, por el mismo cliente⁵⁴⁾, si bien hemos de recordar una relevante cuestión: al analizar las modificaciones sobre el ámbito subjetivo de la prestación, vimos como se habían incorporado en el ámbito de protección aquellos que careciendo del reconocimiento de TRADE, cumplían con las condiciones establecidas en el art. 11 de la LETA y del art. 2 del RD 197/2009. No supone, realmente una modificación en la situación legal, sino una auténtica ampliación del ámbito subjetivo de protección. Esta modificación obedece a las dificultades que se han evidenciado en el caso de los TRADE, pues el número de integrantes efectivos de esta categoría es realmente muy reducido, por lo que parecía justificado ampliar la protección a estos sujetos, que desarrollando una prestación de servicios fundamentalmente para un concreto cliente, sin embargo carece de la consideración formal de TRADE⁵⁵.

En conclusión podemos señalar que el legislador ha simplificado el cumplimiento del principal de los requisitos para acceder a la prestación. Ciertamente hay modificaciones relevantes, pero también es cierto que podría haberse flexibilizado aún más esta exigencia; por ejemplo, incluyendo junto a los casos de divorcio y separación de autónomos que cumplen funciones de ayuda familiar, las rupturas de las parejas de hecho; al menos cuando éstas se encuentran registradas. También podría haber aclarado qué debe entenderse por motivos técnicas, organizativas o productivas, pues es evidente que el art. 5.1.a) se dedica en realidad a los motivos económicos

4.2. Acreditación de la situación legal de cese de actividad

El art. 6 de la Ley 32/2010 (art. 332 Borrador LGSS), regula la acreditación de la situación por cese de actividad, cuestión que incide en el acceso a la prestación y que también ha sufrido modificaciones.

Con carácter general hoy se afirma que la situación legal de cese de actividad se acredita mediante una declaración jurada del solicitante en la que consigna el motivo o motivos que determinan dicha situación y la fecha de efectos del cese de la actividad, debiendo acompañarse por los documentos que se establecen para cada supuesto concreto. Ello supone generalizar la misma regla que la regulación anterior establecía para los cese por motivos económicos, técnicos, organizativo o productivos. Por lo tanto, con la nueva regulación es necesario: a) la declaración jurada y, b) la documentación que se requiere para cada supuesto o situación concreta de cese de actividad.

En cuanto a esos documentos concretos que han de aportarse y que suponen una modificación respecto de la regulación anterior:

- Para los casos de cese por motivos económicos, técnicos, organizativos o productivos, se añade a lo dispuesto por la regulación anterior la documentación acreditativa

⁵⁴ Sobre la cuestión vid. LOPEZ GANDIA, J.: “La reforma de la regulación (...)", op. cit., página 187.

⁵⁵ LOPEZ GANDÍA, J.: “La reforma de la regulación (...), op. cit., páginas 189 y 190.

del cierre del establecimiento en los nuevos términos del art. 5.1.a), la baja en el censo de actividades económicas y la baja en el Régimen Especial de la Seguridad Social (vid. art. 6). Además, para el caso de actividad que requiere autorización o licencia administrativa, será necesario aportar la solicitud de baja o, en su caso, la concesión de la misma o el acuerdo de retirada.

Además de lo anterior, en el concreto caso de los motivos económicos, se considera acreditada la situación legal de cese de actividad mediante la aportación de la documentación contable en que se registre el nivel de pérdidas, las declaraciones de IVA, IRPF y demás documentos preceptivos que justifique las partidas correspondientes en las cuentas aportadas. Se trata de una cuestión que ya se desarrollaba por el art. 4.1 del RD 1541/2011⁵⁶.

Se facilita que el interesado aporte datos estimados de cierre, para así facilitar o agilizar la tramitación del procedimiento, incorporando los datos definitivos previamente al momento de dictarse la resolución.

- Una novedad que se incorpora a la regulación es la relativa a la acreditación del cese de actividad de los socios de entidades capitalistas: mediante el acuerdo adoptado en junta, por el que se disponga el cese del cargo de administrador o consejero, junto con el certificado que emita el Registro Mercantil que acredite la inscripción del acuerdo. En el supuesto de cese en la prestación de servicios se requerirá la aportación del documento que lo acredite así como el acuerdo de la Junta de reducción del capital por pérdidas. En ambos casos se requiere la acreditación de la situación de pérdidas o disminución del patrimonio, en idénticos términos a la nueva redacción del art. 5.2 de la Ley 32/2010 (vid. para el futuro art. 334.2 Borrador LGSS).

- En cuanto a la acreditación en caso de trabajadores autónomos económicamente dependientes, no existe modificación en cuanto a la documentación que ha de aportarse para acreditar la situación legal de desempleo; sin embargo, la nueva redacción del art. 6.2 señala que la situación de los autónomos económicamente dependientes, “así como de los mencionados en el artículo 5.3”, se acreditará por los medios documentales que ya existían antes de la reforma de la Ley 35/2014. Dado que el art. 5.3 se dedica a la situación legal de cese de actividad de los autónomos económicamente dependientes, ¿a qué se refiere la literalidad que acabamos de citar? Para responder hemos de tener en cuenta que, tal como hemos señalado *supra*, el art. 5.3 no sólo se refiere a estos sujetos, además se incluye también a los autónomos que carecen de reconocimiento de económicamente dependientes, pero cumplen con las condiciones establecidas en el art. 11 de la Ley 20/2007 y el RD 197/2009.

⁵⁶ En todo caso sigue existiendo la dudosa cuestión relativa a los autónomos que tributan por el método de estimación objetiva, pues en estos casos será más difícil la acreditación de las pérdidas. En estos casos la única posibilidad de acreditación será la documentación contable; sin embargo, en pequeñas empresas no es frecuente el cumplimiento estricto de la misma.

5. REFORMAS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA

5.1. Reformas en la regulación sobre la solicitud y nacimiento del derecho a la prestación

Otro de los ámbitos en los que se ha producido una modificación de la redacción original de la Ley 32/2010 es el relativo a la solicitud de la prestación. En realidad estas modificaciones son meramente formales, pues son consecuencia de la supresión de la obligatoriedad de cubrir los riesgos profesionales para poder acceder a la protección por cese de actividad; de ahí que el art. 7 de la Ley (art. 337 Borrador LGSS) no haga referencia ya a que la solicitud debe presentarse a la Mutua con la que el trabajador autónomo tenga cubierta la protección por contingencias profesionales (además, se reitera el cambio de denominación de las Mutuas que ahora son adjetivadas como “Colaboradoras de la Seguridad Social”).

En líneas generales la regulación legal sobre esta cuestión establece que los autónomos que cumplen los requisitos deben solicitar el reconocimiento del derecho a la prestación a la Mutua Colaboradora de la Seguridad Social a la que estén adheridos. Para aquellos casos en los que los autónomos no estén protegidos por una Mutua, les será de aplicación lo dispuesto por la Disposición Adicional 4^a de la Ley 32/2010 (será responsable del reconocimiento de la prestación el ISM, en caso de afiliados al REMAR, o el SPEE, en caso de autónomos incluidos en el RETA –para el futuro vid. art. 346.3 Borrador LGSS–).

En cuanto al nacimiento de la prestación, afortunadamente, se ha resuelto un importante problema normativo por parte de la Ley 25/2015, de 28 de julio, que ha modificado la redacción del art. 7.1 último párrafo (art. 337.1 Borrador LGSS): originalmente se establecía que el reconocimiento da derecho al disfrute de la prestación “a partir del primer día del segundo mes siguiente a aquel en que se produjo el hecho causante”. Pues bien, desde el 30 de julio de 2015 la norma establece que el derecho al disfrute comienza “a partir del primer día del mes inmediatamente siguiente a aquel en que se produjo el hecho causante” (en ambos casos el subrayado es nuestro).

A tenor de la regulación original, el nacimiento se producía a partir del segundo mes posterior al mes en que se produce el hecho causante del cese de la actividad. Es decir, el trabajador no tenía derecho a la prestación, ni durante el mes en el que se produce la situación legal de cese de actividad, ni en el mes siguiente; estableciéndose así un período de espera mínimo de un mes (art. 7.1 in fine Ley 32/2010), que, aparentemente tenía como objetivo evitar fraudes o abusos⁵⁷.

Es decir, una prestación causada en enero, comenzaba a cobrarse en el mes de marzo. Sin embargo, y he aquí donde estaba el problema, el derecho a la cotización no coincide con el momento en que se reconoce la prestación y surge el derecho a la misma; pues el art. 7.4 señala que el órgano gestor se hace cargo de la cuota de Seguridad Social “a partir del mes inmediatamente siguiente al del hecho causante”, siempre y cuando se respete el plazo legal para la solicitud; es decir, ante una prestación causada en enero, el órgano gestor debería comenzar a cotizar en febrero, aún cuando la prestación se abone en marzo. Ciertamente la

⁵⁷ ARAGON GOMEZ, C.: Op. cit., página 149.

solución legal es, cuanto menos extraña Lo más adecuado hubiese sido hacer coincidir las dos cuestiones, y lo más conveniente, desde mi punto de vista es que el derecho nazca a partir del mes siguiente al hecho causante, pues no tiene excesivo sentido establecer un período de espera cuando el contenido de la prestación es tan reducida como la que estamos analizando.

La situación era aún más confusa si se tiene en cuenta lo previsto por el art. 11.1 del RD 1541/2011, pues este precepto señala literalmente que el reconocimiento de la prestación “dará derecho al disfrute de la correspondiente prestación económica, a partir del primer día del mes siguiente a aquel en que se produjo el hecho causante del cese de actividad”. Ciertamente el texto reglamentario coincide con lo que este autor considera adecuado; pero es evidente que en una comparación entre el art. 7.1 párrafo tercero de la Ley 32/2010 y la regulación reglamentaria, hay que estimar que esta última es claramente *ultra vires*.

En todo caso, tal como hemos señalado, la cuestión se ha resuelto expresamente por la Ley 25/2015 en el mismo sentido que nos parece correcto.

La regla anterior debe conectarse con lo dispuesto por el apartado 2 del citado art. 7; el cual fue modificado por el RD-Ley 10/2011, de 26 de agosto, estableciéndose que el reconocimiento de la situación de cese de actividad podría solicitarse hasta el último día del mes siguiente en que se produjo el cese de actividad; si bien en ciertos casos (motivos económicos, técnicos, organizativos, productivo, fuerza mayor, violencia de género, o voluntad del cliente fundada en causa justificada, muerte, incapacidad y jubilación del cliente –es decir, en la mayoría de los supuestos de cese de actividad–), el plazo comenzará a computarse a partir de la fecha en que se hubiera hecho constar documentalmente la concurrencia de tales situaciones. Esta regla permite que ante las dificultades de acreditación, el autónomo no pierde período de prestación (el período del mes posterior se computa, no desde que se produce el hecho causante, sino desde que se hace constar documentalmente la concurrencia de la situación legal de cese de actividad), pues hemos de recordar que el apartado tercero del art. 7 señala que en caso de solicitar una vez transcurrido dicho plazo, se descontarán tantos días de prestación como los que median entre la fecha final en que debería haberse solicitado la prestación y la fecha (posterior) en que efectivamente se presenta dicha solicitud; naciendo el derecho a partir del día de la presentación de la solicitud (art. 11.3 RD 1541/2011).

5.2. Duración y cuantía de la prestación

Otro de los aspectos donde es posible detectar alguna modificación introducida por la Ley 35/2014 es en lo relativo a la duración de la prestación. Recordemos que el art. 8 de la Ley 32/2010 (art. 338 Borrador LGSS) establece una determinada duración en función del período cotizado en los 48 meses anteriores a la situación legal de cese de actividad, de los que al menos doce deben ser continuados e inmediatamente anteriores a la situación de cese⁵⁸. Tal como hemos señalado anteriormente, la comparativa con la prestación por

⁵⁸ Téngase en cuenta que la Disposición Adicional 1^a de la Ley 32/2010 establece reglas especiales sobre la duración de la prestación en caso de trabajadores con sesenta y más años.

desempleo evidencia que esta regulación ofrece una prestación de duración más reducida y más difícil de obtener; lo cual ha sido criticado por la doctrina laboral⁵⁹.

En cuanto a la modificación en sí, tiene un carácter menor, pues afecta a un colectivo muy concreto, pero no podemos decir que carezca de importancia: con carácter general se ha mantenido la regulación anterior; no obstante se ha añadido una nueva letra e) al apartado tercero del art. 8, que establece un conjunto de reglas específicas sobre el período de 48 meses anteriores a la situación legal en el que deben realizarse las cotizaciones que se tendrán en cuenta a la hora de determinar la duración de la prestación. Concretamente, respecto de los trabajadores autónomos del REMAR, se señala que los períodos de veda obligatoria aprobados por la autoridad competente, “no se tendrán en cuenta para el cómputo del período de 12 meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese de actividad”. Con esta norma se evitan los efectos negativos que podrían tener las vedas de cara a obtener la prestación y de calcular su duración; pues una situación de veda bien podría suponer la paralización de la actividad, y consecuentemente el cese de la cotización.

Esta regla no está exenta de dificultades interpretativas, y entre ellas podemos señalar el problema de la existencia de diferentes caladeros (nacionales y pertenecientes a otros países, sean de la UE o ajenos a la misma), de manera que los buques de pesca puedan actuar en diferentes caladeros y no todos estar sujetos a un período de veda. De otro lado, dada la generalidad del precepto, podemos plantearnos que las vedas decretadas por autoridades no españolas serían tenidas en cuenta de igual manera que las vedas nacionales. De otro lado, el hecho de que se haya decretado una veda, puede referirse a una especie concreta o a un caladero concreto; por lo que hemos de plantearnos si pudiendo seguir realizando la actividad pesquera sobre otras especies o en otros caladeros, sería de aplicación lo dispuesto en esta letra e) del art. 8.3. Desde nuestro punto de vista, parece que pudiendo realizar otra actividad pesquera no debería ser aplicable dicha regla.

Por otra parte, esta misma norma aclara que los períodos de veda no se tendrán en cuenta a los efectos del cómputo de los 12 meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese de actividad (que sirven para el cálculo de la duración de la prestación), siempre y cuando durante estos períodos de veda no se haya percibido la prestación por cese de actividad. Si ha existido un período de veda coincidente con los 12 meses señalados, ese período se tratará como si no existiera, de manera que se facilita el cumplimiento de la exigencia de haber cotizado los 12 meses continuados e inmediatamente anteriores al cese de actividad (dado que hay veda, lo lógico es que no se trabaje y no se pueda cotizar). Ahora bien, no se tiene en cuenta ese período, siempre y cuando durante la veda no se haya percibido prestación por cese. Como sabemos, forma parte de la acción protectora la cotización durante el percibo de la prestación; de ahí que en este caso el período de veda si se tenga en cuenta. Por lo tanto, la literalidad de la norma nos conduce a entender que la prestación por cese de actividad genera nueva prestación, pues se computa a los efectos de cumplir con los 12 meses continuados e inmediatamente anteriores a la prestación.

⁵⁹ Vid. BLASCO LAHOZ, J.F.: “Las prestaciones (...)", op. cit., página 154; CAVAS MARTINEZ, F.: “La protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos”, *Aranzadi Social* nº 15 de 2010, página 6; CERVILLA GARZON, M.J.: Op. cit., páginas 100 y 101; LUJAN ALCARAZ, J.: en AA.VV., “La prestación por cese de los trabajadores autónomos: antecedentes, ámbito subjetivo y objeto de la protección”, *Aranzadi Social* nº 9 de 2012, página 11.

Recordemos, por último, que para la duración de la prestación no sólo debe tenerse en cuenta el período cotizado, sino el descuento por la solicitud fuera del plazo legal (recuérdese el art. 7.3 Ley 32/2010 –art. 337.3 Borrador LGSS–)⁶⁰.

En cuanto a la cuantía de la prestación económica, su cálculo, en la actualidad, es idéntico a la regulación anterior; tan sólo existe una modificación, introducida por la Ley 35/2014, que nuevamente afecta a los autónomos del REMAR y que está relacionada, nuevamente con las situaciones de veda: una vez que el art. 9 afirma que la base reguladora de la prestación económica es el promedio de las bases por las que se ha cotizado durante los doce meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese, se añade que en el caso de los trabajadores del REMAR, la base reguladora se calculará sobre la totalidad de la base de cotización por esta contingencia, sin aplicación de los coeficientes reductores de cotización⁶¹, y además, los períodos de veda obligatoria aprobados por la autoridad competente no se tendrán en cuenta para el cómputo del período de 12 meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese de actividad, siempre y cuando durante estos períodos de veda no se hubiese percibido prestación por cese de actividad. Por lo tanto, a la hora de calcular la base reguladora, se tomará el promedio de los últimos doce meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación de cese, salvo que los trabajadores del REMAR se hayan visto afectados por una veda impuesta por la autoridad competente. En estos casos la situación de veda se considerará como un período en blanco, de manera que los doce meses de cotización que se tienen en cuenta serán los inmediatamente anteriores al cese, saltando los períodos de veda que no se tendrán en cuenta y volviendo a tener en cuenta las cotizaciones anteriores a la veda hasta completar esos doce meses. No obstante, si durante la veda se ha percibido prestación por cese, se computará lo cotizado a los efectos del cálculo del promedio que integra la base reguladora.

6. RÉGIMEN FINANCIERO: COTIZACIÓN Y RESERVAS

6.1. Cotización: la relevancia del equilibrio financiero

Uno de los ámbitos donde se ha producido una muy profunda reforma ha sido en el de la financiación de esta prestación. En todo caso, lo que no se ha alterado en modo alguno es que seguimos estando ante una prestación de carácter contributiva, de modo que la financiación es a través de cotizaciones de los propios trabajadores autónomos protegidos por esta prestación. Más aún, el punto de partida del sistema de financiación, tanto bajo la regulación original, como con la regulación actual, es que la protección por cese de actividad se financia exclusivamente con cargo a la cotización por esta contingencia (art. 14.1 Ley 32/2010 –art. 344.1 Borrador LGSS–).

Bajo la regulación anterior se establecía un sistema en el que la base de cotización aplicable se correspondía con la base general de cotización elegida por el autónomo (caso del

⁶⁰ Sobre esta cuestión vid. lo señalado por la Sentencia de 8 de julio de 2014, del Juzgado de lo Social nº 3 de San Sebastián, AS\2014\3274.

⁶¹ Sobre los coeficientes reductores debemos recordar que en la regulación sobre bases de cotización en el REMAR, el art. 52 del RGC 2064/1995, se establece la aplicación de coeficientes correctores a tales bases de cotización, establecidos por el Ministerio de Empleo. Tales coeficientes se encuentran regulados por la Orden de 22 de noviembre de 1974.

RETA); o bien la que le corresponde al autónomo protegido por el REMAR según la propia regulación que en materia de cotización se establece para este régimen. Es decir, desde el punto de vista de la base de cotización acudimos a las reglas generales de cada uno de los dos regímenes. En cuanto al tipo de cotización, se establecía inicialmente en el 2,2%, si bien con el objetivo de mantener la sostenibilidad financiera de la prestación, se establecía que sería concretado anualmente por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, de conformidad con los estudios actuariales. Es decir, en materia de tipo de cotización se fijaba un tipo inicial, que es evidentemente mucho más bajo que en caso de la prestación por desempleo; si bien, si fuese necesario a los efectos de garantizar el equilibrio financiero (que el coste de la prestación para la entidad gestora no fuese superior a las cotizaciones recaudadas), dicho tipo podría ser aumentado. Debe tenerse en cuenta que si bien la cotización por esta prestación supone un incremento de los costes de Seguridad Social para los autónomos, en cierta medida el incremento real es menor al 2,2%, pues la Disposición Adicional 2^a de la Ley 32/2010 (art. 309.2 Borrador LGSS) establece que los autónomos que se acojan a la protección por cese de actividad tenderán derecho a una reducción del 0,5% en la cotización por incapacidad temporal derivada por contingencias comunes; luego el incremento de la cotización que supone esta prestación es realmente del 1,7%. Como es evidente, se trata tanto de aliviar la carga financiera que supone para los autónomos esta nueva prestación (lo que supone fomentar la misma⁶²), pues el coste del incremento por cotizaciones que supone esta prestación, se ve, en parte, paliado por una reducción del 0,5% del total de la cotización⁶³. Ahora bien, lo anterior también supone traspasar fondos destinados a las contingencias comunes, a la prestación por cese de actividad⁶⁴; además, implica no cumplir de manera estricta con la regla de financiación exclusiva de la prestación con sus cotizaciones⁶⁵.

Por otra parte, el apartado 4 del art. 14, en su redacción original (que no se ha modificado, salvo que el apartado ha sido reenumerado pasando a ser el actual apartado 5º), establece que las medidas de formación, orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora de los autónomos beneficiarios de la protección por cese de actividad, se financiarán con el 1% de los ingresos obtenidos por cotizaciones⁶⁶. La recaudación la realiza la TGSS (art. 15 Ley 32/2010 –art. 345 Borrador LGSS–).

⁶² RODRIGUEZ CARDÓ, J.A.: Op. cit., página 2269

⁶³ MONEREO PEREZ, J.L. y FERNANDEZ AVILES, J.A.: Op. cit., página 12.

⁶⁴ Tal como señala LASAOSA IRIGOYEN, E.: AA.VV., “La prestación por cese de los trabajadores autónomos: antecedentes, ámbito subjetivo y objetivo de la protección”, Aranzadi Social nº 9 de 2012, página 18; con esta deducción, en vez de establecer directamente un tipo de cotización por cese de actividad del 1,7%, es traspasar fondos destinados a cubrir riesgos comunes a financiar la prestación por cese de actividad. Ciertamente ello cuestiona la regla del art. 14.1 de la Ley 32/2010: que la protección por cese de actividad se financiará exclusivamente con la cotización por esta prestación. En la misma dirección MONEREO PEREZ, J.L. y FERNANDEZ AVILES, J.A.: Op. cit., página 12.

⁶⁵ MONEREO PEREZ, J.L. y FERNANDEZ AVILES, J.A.: Op. cit., página 12.

⁶⁶ Sobre esta cuestión ha de tenerse en cuenta lo previsto por el art. 19.2 del RD 1541/2011, a tenor del cual mensualmente se procederá, por parte de la TGSS a descontar del importe efectivamente ingresado por cotizaciones el porcentaje del 1%; siendo transferido al SPEE, que lo distribuirá a los diferentes SSPPEE de las CCAA y al ISM, que son los encargados de gestionar este tipo de actividades de formación, orientación profesional y promoción. Los arts. 23 y ss. del citado RD 1541/2011 regula la distribución de fondos y la devolución de remanentes.

En cuanto a las modificaciones que se introducen con la Ley 35/2014, de entrada nos encontramos con una puramente formal: del apartado primero del art. 14 ha debido eliminarse toda referencia a la necesidad de cobertura de los riesgos profesionales. Este precepto mantiene la regla general de que el cese de actividad se financie exclusivamente con cargo a la cotización por esta contingencia. Respecto de esta cuestión ha de tenerse en cuenta que se mantiene la regla de la Disposición Adicional 2^a (art. 309.2 Borrador LGSS): los autónomos que opten por la protección por cese de actividad se benefician de una reducción del 0,5% de la cotización por incapacidad temporal por contingencias comunes.

En cuanto a las modificaciones de carácter sustancial, se ha planteado un nuevo sistema de cálculo de la cotización. De entrada, la base de cotización se mantiene al igual que bajo la regulación original; sin embargo, el tipo aplicable sufre una importante reforma. De entrada, la nueva regulación del art. 14.3 se remite a lo previsto por el art. 16.1 LGSS (art. 19 Borrador LGSS): los tipos serán los que se establezcan cada año por la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Pero, al margen de esta realidad, se reitera la necesidad de mantener la sostenibilidad financiera del sistema de protección, por lo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado debe establecer el tipo aplicable en cada ejercicio de conformidad a las reglas que prevé el propio art. 14.3 de la Ley 32/2010 en su nueva redacción (art. 344.3 Borrador LGSS). Este precepto establece la siguiente fórmula para el cálculo del tipo: $TCt = G/BC * 100^{67}$, que parece, según algún sector doctrinal, inspirada en la establecida sobre el factor de sostenibilidad⁶⁸ y que implica un cálculo anual del tipo imponible. Con ello se plantea un tipo de cotización cambiante o móvil que escapará a la decisión del poder político, pues deberá aplicarse un tipo que procederá de la fórmula regulada y no de la concreta decisión política de subir o bajar el tipo de cotización. Ciertamente el anterior sistema también preveía la posibilidad de una revisión anual del tipo, pero era un sistema evidentemente mucho más estable⁶⁹. Aparentemente la fórmula plantea un incremento del tipo de la cotización, pues el gasto por la prestación se ha incrementado, pues con el paso del tiempo desde que fue regulada, los autónomos ya han podido acumular cotización suficiente para acceder a la misma; de otro lado, al mantenerse la situación de crisis económica, se incrementa las situaciones de cese de actividad y la necesidad de acceder a la prestación. Por otra parte, tal como hemos señalado, en buena medida la reforma de 2014 ha significado una suavización o simplificación de los requisitos para acceder a la prestación, lo que supondrá, en buena lógica, un incremento del gasto y desde luego ahora mismo no estamos en situación de poder valorar si esta facilitación supondrá un incremento de los cotizantes que pueda paliar el incremento del gasto por esta prestación⁷⁰.

⁶⁷ A tenor de lo previsto por el propio precepto, t equivale al año en al que se refieran los Presupuestos Generales del Estado durante el que estará en vigor el tipo de cotización. TCt significa el tipo de cotización aplicable al año t. G será la suma del gasto por prestaciones de cese de actividad de los meses comprendidos desde el 1 de agosto del año t-2 hasta el 31 de julio del año t-1. BC por su parte es la suma de las bases de cotización por ceses de actividad de los meses comprendidos desde el 1 de agosto del año t-2 hasta el 31 de julio del año t-1.

⁶⁸ LOPEZ GANDIA, J.: "La reforma de la regulación (...)", op. cit., página 201. De igual manera LOPEZ GANDIA, J. y TOSCANI GIMENEZ, D.: *La reforma de las mutuas*, Bomarzo, Albacete 2015, página 247.

⁶⁹ TALENS VISCONTI, E.E.: Op. cit., página 105. De hecho, durante 2015 (año en el que sigue siendo de aplicación la regulación originaria sobre tipo de cotización, se sigue manteniendo el tipo del 2,20 % tal como señala el art. 35.3 de la Orden ESS/68/2015, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social.

⁷⁰ En similares términos TALENS VISCONTI, E.E.: Op. cit., página 106.

A tenor de la fórmula anterior la cotización de cada año dependerá de cuál sea la suma del gasto por prestaciones de cese de actividad de los meses comprendidos entre el período que va desde el 1 de agosto de dos años anteriores a aquel para que se establece el tipo, y hasta el 31 de julio del año anterior a aquel para que se establece el tipo (es decir, para fijar el tipo aplicable el año 2015 se tomaría el gasto en esta prestación desde el 1 de agosto de 2013 y hasta el 31 de julio de 2014). Una vez que se tiene dicha cuantía económica se procede a dividir por la suma de las bases de cotización por cese de actividad del mismo período antes señalado. El resultado será multiplicado por 100. Con ello lo que se pretende es establecer un tipo que esté directamente vinculado a cuál sea la evolución financiera de la prestación durante el período inmediatamente anterior. Por otra parte, ha de recordarse que a tener de la nueva redacción del art. 70.1 LGSS (art. 84 Borrador LGSS) la TGSS (que es quien recauda las cuotas ex art. 15 de la Ley 32/2010 –art. 345 Borrador LGSS–), entregará a las Mutuas las cuotas por cese de actividad ingresadas por los autónomos.

No obstante lo anterior, se establece que no será de aplicación el tipo resultante de esta fórmula, sino el tipo ya vigente en el momento en que se realice el cálculo operación, con motivo de la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio), cuando el resultado suponga un incremento del tipo de cotización vigente en ese momento de menos de 0,5 puntos porcentuales; o cuando el resultado suponga reducir el tipo de cotización vigente en cada momento en menos del 0,5 puntos porcentuales; o bien cuando siendo la reducción del tipo mayor al 0,5%, y las reservas de esta prestación (reguladas en el art. 16.2) previstas para el año anterior para el que se realiza el cálculo del tipo, no superen el gasto presupuestado por la prestación de cese de actividad para el año en que se realiza el cálculo del nuevo tipo aplicable.

Parece evidente que el sentido de esta regla es que no se produzcan cambios en el tipo, cuando el resultado de la actualización anual que se realice suponga, hacia arriba o hacia abajo, una alteración cuantitativamente reducida, pues son asumibles financieramente por el sistema. No obstante, si partimos de un tipo del 2,2% que era el existente antes de la reforma, resulta que el porcentaje, aparentemente pequeño del más o menos 0,5% supone una horquilla de un punto en total, casi de la mitad del tipo inicial; o si se quiere, el medio punto supone casi un 20%, de más o de menos, respecto del tipo inicial del 2,2%.

En todo caso la regla general sigue siendo respetar la sostenibilidad financiera del sistema, pues es evidente que la posibilidad de un tipo variable en función de cuál sea el equilibrio financiero del sistema busca justamente esta finalidad. En este sentido obsérvese cómo la regla que acabamos de describir (ante una variación de escasa entidad –hasta el 0,5%– no hay que modificar los tipos) tiene especial sentido cuando la variación es ascendente, pues no se modifica el tipo al alza por ser asumible el gasto en prestaciones por el sistema; pero cuando el tipo es descendente, al mantenerse lo que ocurre es que hay un menor gasto, pero se mantiene el tipo para generar un ahorro en el sistema financiero.

Ha de tenerse en cuenta la existencia de topes máximos y mínimos: en todo caso el tipo de cotización a fijarse anualmente no podrá ser inferior al 2,2%, ni superior al 4%. Es decir, el resultado de todo el conjunto de operaciones que acabamos de describir ha de respetar escrupulosamente unos porcentajes mínimo y máximo. Los dos son realmente interesantes: el mínimo es el 2,2%; es decir, el único existente en la regulación original. Por lo tanto, al tener este carácter mínimo, lo que nos traslada el legislador es que el resultado de

la reforma es una previsión de incremento del tipo de cotización, pues no puede existir un tipo de cotización inferior al 2,2%; o es igual o crecerá. Ello pone el punto de mira sobre uno de los principales problemas que planteaba la regulación original y no era otro que la escasa cuantía que iba a suponer la cotización por esta prestación, que queda muy lejos del tipo ordinario en la prestación por desempleo. Lógicamente la escasa recaudación, consecuencia de lo reducido del tipo (más el hecho de la tendencia del autónomo a elegir una base de cotización lo más ajustada posible), suponía desde el principio que las prestaciones debían ser de escasa cuantía; lo que unido a las exigencias de carencia y de carencia específica, dan como resultado el escaso o nulo interés por parte del autónomo respecto de esta prestación. En todo caso, también debe tenerse en cuenta las dificultades de lograr un cierto equilibrio entre la necesidad de protección y la capacidad económica que pueden tener los autónomos, pues son estos los que de manera exclusiva son los obligados a cotizar.

En cuanto al tipo máximo, no podrá superar el 4%, evidencia que el planteamiento es un tipo de cotización al alza, pero con un límite que no permite un incremento excesivo de la cotización; aún cuando en términos cualitativos se plantea la posibilidad de incrementar hasta en un 80% el tipo original del 2,2%. En todo caso, este tipo del 4% queda lejos del tipo ordinario del desempleo (en caso de contratación indefinida es el 7,05%), e incluso de la aportación que realizan los empresarios al desempleo en estos casos (en el supuesto anterior es del 5,50%, a un punto y medio del máximo legalmente previsto por el legislador). Ha de recordarse que la Disposición Adicional 2^a de la Ley 32/2010 (art. 309.2 Borrador LGSS) no ha sido modificada por la Ley 35/2015, por lo que sigue aplicándose a los autónomos que optan por la protección por cese de actividad, la reducción del 0,5% en la cotización por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes. La cuestión es si con este tipo máximo fijado por el legislador, podrá financiarse en el futuro un sistema que tenga éxito (es decir, un sistema que interese mayoritariamente al autónomo, de manera que le impela a incluirse en el ámbito de protección).

Pues bien para responder a esta pregunta hemos de tener en cuenta la última de las reglas que se establecen en la nueva redacción del art. 14.3 de la Ley 32/2010 (art. 344.3 Borrador LGSS). A tenor de lo dispuesta por el último párrafo de dicho precepto, cuando el tipo de cotización a fijar según las reglas anteriores, supere el 4%, se procederá “necesariamente a revisar al alza todo los períodos de carencia previstos en el apartado 1 del art. 8 de la presente Ley”. Dicha revisión se establecerá en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y dicha revisión “será al menos de dos meses”.

Si bien el tope máximo del 4% no puede superarse, dado que es necesario respetar el principio de sostenibilidad financiera, el legislador “encarece” la prestación por la vía de exigir un mayor período de carencia para tener derecho a la misma. O dicho de otra manera, que cuando el tipo máximo del 4% no sea suficiente para poder mantener el equilibrio financiero, en vez de elevar el tipo, la solución es recaudar más por la vía de hacer la prestación más “contributiva”, al exigirse una mayor contribución, como consecuencia de un período de carencia más amplio. Probablemente la lógica de utilizar otra vía para conseguir esa sostenibilidad en vez del incremento de tipo, es por el hecho de considerar que un tipo más elevado no haría mínimamente interesante para los autónomos esta prestación, pues la encarecería excesivamente; de ahí que se prefiera otro sistema lograr más ingresos con los que soportar los costes de la prestación.

Obsérvese que el legislador, además, no solo ha previsto un tipo móvil o actualizable cada año, lo cual entra en la lógica de la regla general del art. 16.1 LGSS (art. 19 Borrador LGSS), sino que facilita otro instrumento menos habitual: el período de carencia, que salvo reformas de la normativa legal sobre prestaciones, no es una cuestión que suela alterarse. De este modo, lejos de configurarse el período de carencia como un requisito de contributividad para acceder a la prestación, se está utilizando en la práctica como un instrumento directo de gestión del coste financiero de la prestación; cuya utilidad, lejos de concebirse como un elemento estructural en el régimen jurídico de la prestación, consiste en ser un mecanismo dirigido a incidir directamente en los ajustes financieros anuales y en la actualización del propio sistema de financiación de esta prestación.

Por otra parte, si es necesario el ajuste de los períodos de carencia ante un equilibrio financiero, el legislador incluso establece cuál ha de ser el incremento mínimo del período de carencia: dos meses. Sin embargo, no regula en modo alguno un máximo global, ni un máximo anual de incremento de la carencia.

Tampoco se ha regulado qué ocurre ante un incremento del tipo que supere el 4% respecto de aquellos autónomos que se encuentren cerca de obtener el período de carencia legal, y a los que se sorprende con un incremento del período de carencia. En la práctica ello supone que todos aquellos que accedan a la prestación inmediatamente después de la concreción del período de carencia por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, corren el peligro de no poder acceder a la prestación, pues de un día para otro se habrá incrementado el período de carencia. No hay, por tanto, régimen transitorio que favorezca la posición de estos autónomos.

De otro lado, tampoco se explica qué ocurre cuando una vez que se haya procedido a incrementar los períodos de carencia, en años posteriores el tipo se reduzca del 4% por alcanzarse una situación de equilibrio financiero. Parecería lógico en estos casos que se reduzca el período de carencia, pues su incremento obedecía a las necesidades de lograr la sostenibilidad financiera. Sin embargo, no existe obligación legal de proceder a esa reducción.

Para terminar, hay que tener en cuenta que este nuevo régimen jurídico sobre financiación entrará en vigor para el cálculo del tipo de cotización correspondiente al ejercicio 2016 (Disp. Adic. 6^a Ley 35/2014). Por lo tanto, durante el año 2015, sigue siendo de aplicación la regulación anterior, de manera que a la base reguladora se aplica un tipo de cotización del 2,2%.

En definitiva, el eje central sobre el que pivota la regulación sobre cotización en esta prestación, es indudablemente la sostenibilidad financiera, de manera que el sistema de Seguridad Social en su globalidad no deberá aportar recursos para financiar esta prestación, que deberá sostenerse exclusivamente con fondos procedentes de los propios autónomos protegidos.

Ahora bien, ¿qué ha de entenderse por sostenibilidad financiera? Curiosamente esta cuestión, que es tan trascendente para el desarrollo de la prestación, no se define en momento alguno; o, por lo menos, no se establece de manera expresa una delimitación cuantitativa de cuándo se está en dicha situación de sostenibilidad, o cuando no. Aparentemente podría entenderse que la sostenibilidad financiera se produce cuando los ingresos son suficientes

para hacer frente a los costes de la prestación, de manera que ingresos y costes están balanceados. Por lo tanto, parece que la sostenibilidad se alcanza si la variación anual del gasto o coste de esta prestación no es superior a los ingresos que puedan obtenerse por cotizaciones. Ello supone una situación de equilibrio que impide que haya déficit, pero también superávit. Si bien lo primero es aceptable, lo segundo no tiene ninguna lógica, pues es evidente la posibilidad de crear reservas económicas, justamente para usarlas en aquellos momentos en que se rompa el equilibrio financiero; más aún, recordemos que a tenor del art. 14.3 en aquellos casos en los que la reducción del tipo de cotización fuera inferior al 0.5%, no se alteraría el tipo de cotización, lo cual generaría ahorro económica; sin embargo, tal como acabamos de señalar, esta situación iría en contra de la lógica interpretación de qué ha de entenderse por sostenibilidad financiera.

En todo caso, ante la falta de una delimitación clara de qué ha de entenderse en estos casos como sostenibilidad financiera, debemos acudir a la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Esta regulación establece en su art. 4.2 que “Se entenderá por sostenibilidad financiera la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea”. A tenor de esta literalidad, cabría la posibilidad de respetar el principio de sostenibilidad, incluso cuando hay situación de déficit, si bien dentro de los límites que se fijen. Ahora bien, el principio de sostenibilidad financiera al que alude la Ley 32/2010 hace referencia, desde mi punto de vista, a la concreta prestación de cese de actividad y no a la sostenibilidad financiera general a la que alude el señalado art. 4.2 y que desarrolla el art. 13 de la LO 2/2012. Por lo tanto, entiendo que la interpretación de qué ha de entenderse por sostenibilidad financiera debe dirigirse a estimar la necesidad perentoria del equilibrio entre ingresos y gastos generados en la gestión de esta prestación, lo cual supone, lógicamente, una interpretación mucho más rígida de lo que se deduciría de aplicar el mencionado art. 4.2. En este sentido, es inequívoca la dicción del actual art. 14.4 de la Ley 32/2010 (art. 344.4 Borrador LGSS): en este precepto se establece la intervención de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, respecto de “la sostenibilidad financiera del sistema de protección por cese de actividad”. Es evidente que este precepto se refiere a una sostenibilidad no de los compromisos de las Administraciones Públicas en general, sino de la sostenibilidad concreta de la prestación por cese de actividad.

Cabe señalar, por último, que, tal como acabamos de ver el art. 14.4 a la hora de determinar el tipo de cotización, otorga un importante papel a la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, entidad de Derecho Público dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que ejerce sus funciones con autonomía e independencia funcional respecto de las Administraciones Públicas. Regulada a través de la LO 6/2013, de 14 de noviembre, tiene como objetivo garantizar el cumplimiento efectivo por las Administraciones Públicas del principio de estabilidad presupuestaria previsto en el artículo 135 de la Constitución Española, mediante la evaluación continua del ciclo presupuestario, del endeudamiento público, y el análisis de las previsiones económicas (art. 2). Esta entidad ejerce sus funciones a través de la elaboración de informes, opiniones y estudios; que a tenor del art. 14.4 Ley 32/2010 en su actual redacción deben dirigirse a favorecer el mantenimiento del principio de sostenibilidad financiera. En todo caso estas opiniones no son vinculantes, tal como puntualiza el art. 5.2 LO 6/2013, pudiendo apartarse de las mismas la

Administración a diferencia de lo que ocurre con los informes. Se trata de un mecanismo dirigido a garantizar la aplicación del mencionado principio de sostenibilidad.

Desde otro punto de vista, también es posible plantearse que la sostenibilidad financiera ha de juzgarse desde otra perspectiva complementaria: que el equilibrio entre ingresos y gastos por esta prestación no suponga un tipo aplicable tan elevado que en la práctica desincentive la afiliación pues los autónomos sean incapaces de absorber económicamente el incremento de costes generados por un ascenso más o menos continuado del tipo aplicable⁷¹. Lo que ocurre es que el margen de maniobra puede ser realmente reducido si no hay aportación del Estado, si se quiere que el tipo no sea muy elevado, y que la prestación económica sea suficientemente atractiva para los autónomos. Es evidente que facilitar que la prestación sea atractiva para los autónomos es un elemento enormemente importante para esta ecuación financiera que se plantea con la necesidad de respetar el equilibrio y la sostenibilidad financiera.

6.2. Reservas

Desde el punto de vista del régimen financiero de la prestación, hemos de tener en cuenta también lo regulado en el art. 16 en materia de formación de reservas por parte de las Mutuas. Se trata de una cuestión que también ha sido profundamente modificado por la Ley 35/2014. Concretamente la redacción originaria de esta prestación establecía en su art. 16.2 de la Ley 32/2010, que los excedentes anuales obtenidos por las Mutuas en su gestión de la prestación deben afectarse a la constitución de las reservas que reglamentariamente se determinen. De igual manera ha de establecerse reglamentariamente el destino que ha de darse al exceso de excedentes que resulte, una vez cubiertas las reservas. Por lo tanto, la regulación legal prácticamente nada señalaba, siendo esta cuestión desarrollada por el RD 1541/2010. Teniendo en cuenta la relevancia de este tema, hubiese sido conveniente una regulación legal más desarrollada y no una mera habilitación al desarrollo reglamentario.

En cuanto al desarrollo reglamentario, se establece por el art. 21.2 del RD 1541/2010 que el resultado positivo obtenido de la gestión se destinará exclusivamente a la constitución de reservas: en primer lugar, una reserva de estabilización que se creará en cada Mutua (a la que se destinará a la misma el 80% del resultado positivo obtenido en cada ejercicio presupuestario cerrado) que tiene como finalidad garantizar la viabilidad financiera de la gestión de la protección por cese de actividad en cada Mutua; en segundo lugar, se constituirá una reserva por cese de actividad en la TGSS destinada a garantizar la suficiencia financiera del sistema de protección por cese de actividad de los autónomos (constituida con el resultado positivo que determine en la orden de cotización cada año el Ministerio de Empleo, referido a cada ejercicio presupuestario cerrado, sin que en ningún caso pueda ser superior al 20%). Con ello se establecen dos reservas diferentes, una por cada Mutua y una central en la TGSS, de manera que el resultado positivo se destine “exclusivamente” a la constitución de las mismas, sin que pueda revertir dicho resultado positivo sobre las Mutuas. No obstante, aún cuando la dicción del art. 21.2 del RD 1541/2011 plantea que el resultado positivo de la gestión de la prestación por las Mutuas ha de destinarse exclusivamente a la constitución de reservas, a tenor de la redacción del precepto cabe señalar qué existe la

⁷¹ CERVILLA GARZON, M.J.: Op. cit., página 107.

posibilidad de que haya remanentes sobrantes una vez que se haya procedido a la dotación den las reservas, pues el 20% que se aplica para la dotación de la reserva por cese de actividad que se constituye en la TGSS es un porcentaje máximo, pudiendo el Ministerio, anualmente, establecer o fijar porcentajes inferiores.

La actual regulación de esta cuestión (art. 16.2 Ley 32/2010 –art.346.2 Borrador LGSS–, así como el art. 75.2 c) LGSS –art. 95.2.c Borrador LGSS–) establece que el resultado positivo anual⁷² que obtengan las Mutuas por la gestión del sistema de protección ha de destinarse a la constitución de una Reserva de Estabilización. En principio, hay una coincidencia entre la regulación actual y la anterior en cuanto a la denominación de la reserva. Al igual que ocurre con la regulación reglamentaria, dicha reserva se formaliza en cada Mutua.

Donde hay diferencias es en lo relativo a la determinación de la cuantía que ha de aportarse a la reserva: con la regulación actual no se establece ya un porcentaje determinado sobre los resultados positivos, sino que se concreta en una dotación mínima equivalente al 5% de las cuotas ingresadas durante el ejercicio por la contingencia de cese de actividad. Dicha cuantía podrá incrementarse voluntariamente hasta alcanzar, como máximo, el 25% de las mismas cuotas (por lo tanto, cada Mutua ha de determinar si se acoge a la dotación mínima o a una superior, que especificará, sin que pueda superarse el 25%).

Aparentemente la nueva regulación es simple, pero debe analizarse con un poco de atención, pues es un tanto engañosa y el legislador debería, a mi juicio, haberla perfilado mejor: parece que anualmente las Mutuas deben destinar el 5% de lo recaudado como cuotas a la Reserva; pero no es así. En realidad, las Mutuas deben destinar de los excedentes como mínimo, aquella cuantía X que permita que la Reserva alcance cada año el porcentaje del 5% calculado sobre las cuotas ingresadas en ese concreto ejercicio. Por lo tanto, no deben ingresar de los excedentes un porcentaje fijo, sino que el porcentaje se refiere a cuál ha de ser, como mínimo, la cuantía de los fondos con que cuenta la Reserva cada año, que se calcula sobre las cuotas ingresadas en ese ejercicio.

Los porcentajes que acabamos de señalar resultan de aplicación cuando existe un resultado positivo, pues tal como señala el art. 16.2 “El resultado positivo” será destinado a la constitución de la reserva de estabilización).

De otro lado, también hay diferencias en cuanto a la finalidad de la reserva: la regulación reglamentaria establece que el objetivo es garantizar la viabilidad financiera de la gestión de la protección por cese de actividad; mientras que la nueva regulación legal, de manera mucho más clara establece que la finalidad es atender los posibles resultados negativos futuros que se produzcan en la gestión de la prestación. Entendemos preferible la nueva regulación legal, mucho más concreta, que la abstracta regulación reglamentaria. De otro lado, tal como ha señalado la doctrina laboral, se evidencia la autonomía de esta prestación dentro de la gestión de los diferentes mecanismos de protección que tienen

⁷² Téngase en cuenta a estos efectos lo señalado por la nueva redacción del art. 75.1 LGSS (modificado por la Ley 35/2014), a tenor del cual el resultado económico patrimonial se determinará anualmente por la diferencia entre los ingresos y los gastos imputables a la gestión de la protección por cese de actividad. En un futuro inmediato vid. art. 95.1 Borrador LGSS.

atribuidos las Mutuas, pues se dota una Reserva exclusivamente con fondos procedentes de la cotización de esta prestación y la Reserva tiene como objetivo exclusivamente atender los déficits que puedan generarse en la gestión de esta prestación y sin que puedan destinarse los fondos a paliar otros posibles desequilibrios de la Mutua⁷³.

En segundo lugar, el nuevo art. 16.2 de la Ley 32/2010 (art. 346.2 Borrador LGSS) establece que una vez dotada con cargo al cierre del ejercicio la reserva de estabilización, el excedente que resulte (es decir, tan sólo en el caso de que exista excedente) será ingresado en la TGSS para la dotación de una Reserva Complementaria de Estabilización por Cese de Actividad. La finalidad de esta Reserva es la cancelación de los déficits que puedan generar las Mutuas después de aplicar su reserva de cese de actividad, así como la reposición de la reserva de estabilización de las Mutuas al mínimo antes señalado del 5%, de conformidad con lo establecido por el art. 75.4 LGSS (art. 95.4 Borrador LGSS). Con ello se respeta el esquema general que ya se establecía en el RD 1541/2011, pues se reconoce una segunda reserva, ésta de carácter general y dependiente de la TGSS. No obstante existen diferencias. De entrada, la regulación reglamentaria determinaba que anualmente el Ministerio concretaría cuál era el porcentaje que de los resultados positivos se destinaban a dicha reserva, fijando un tope máximo en el 20%; mientras que en la regulación actual se establece que una vez cumplida la obligación de dotar la Reserva de Estabilización en la Mutua, el excedente ha de ingresarse en la TGSS. Por lo tanto no se refiere la norma legal vigente a un porcentaje, sino a la totalidad del excedente que queda tras la dotación de la Reserva de Estabilización. En este sentido es especialmente clara la nueva dicción del art. 75.2 c) LGSS ex Ley 35/2014 (art. 95.2.c Borrador LGSS): “La cuantía (se refiere el precepto a la dotación de la Reserva Complementaria) se corresponderá con la diferencia entre el importe destinado a la Reserva de Estabilización por Cese de Actividad y la totalidad del resultado neto positivo”.

De otro lado la finalidad de la Reserva Complementaria no es, como de manera abstracta señalaba el art. 21.2 b) del RD 1541/2011, “la suficiencia financiera del sistema”; sino “la cancelación de los déficits que puedan generar las Mutuas después de aplicada su reserva de cese de actividad y la reposición de la misma al nivel mínimo”; es decir, de una manera mucho más clara se establece la creación de un fondo común que servirá para paliar que alguna Mutua entre en situación deficitaria al gestionar esta prestación, debiendo paliarse no sólo dicha situación con esta Reserva, sino recuperar también el nivel mínimo de dotación de la de la Reserva de Estabilización de la concreta Mutua afectada por el déficit; actuando esta Reserva Complementaria una vez que la aplicación de la Reserva Específica sea insuficiente. En este sentido es especialmente clara, de nuevo, la nueva redacción (ex Ley 35/2014) del art. 75.4 LGSS (art. 95.4 Borrador LGSS): “4. El resultado negativo de la gestión de las prestaciones por cese en la actividad se cancelará aplicando la Reserva específica constituida en las Mutuas y, en caso de insuficiencia, se aplicará la Reserva Complementaria de Estabilización por Cese de Actividad constituida en la Tesorería General de la Seguridad Social hasta extinguir el déficit y reponer hasta su nivel mínimo de dotación aquella Reserva, en los términos que se establezcan reglamentariamente”. En cuanto a la regulación reglamentaria que se acaba de señalar, se encuentra en el art. 22 del RD 1541/2011.

⁷³ En este sentido TALENS VISCONTI, E.E.: Op. cit., página 107.

Dos últimas cuestiones deben señalarse sobre el tema de las Reservas: en primer lugar, que la nueva redacción del art. 16.2 de la Ley 32/2010 señala que no resulta de aplicación a la protección por cese de actividad, el sistema de responsabilidad mancomunada establecido para los autónomos asociados. Este se regula el art. 75 ter apartado 4º. En realidad se trata de una norma aclaratoria, pues este último precepto sólo establece la responsabilidad mancomunada de los asociados para ciertos casos expresamente recogidos en la norma, entre los que no se encuentra los déficits o excesos de gasto por la prestación de cese de actividad. Se trata de una exclusión lógica, al tratarse la protección por cese de actividad de una prestación voluntaria, por lo que sería ilógico que se acudiese a una responsabilidad mancomunada de la totalidad de los asociados, aún cuando no tengan cubierta esta contingencia. En segundo lugar, e íntimamente relacionado con lo anterior: el legislador no ha establecido expresamente qué hacer cuando las Reservas (la de Estabilización y la Complementaria) sean insuficientes. Parece que el legislador lo fía todo al juego del principio de sostenibilidad financiera, y en su caso al incremento del tipo o el incremento del período de carencia.

7. MODIFICACIONES EN MATERIA DE GESTIÓN

Ya hemos señalado cómo la gestión de esta prestación correspondía a las Mutuas, por la vinculación que se había establecido entre esta prestación por cese de actividad y la protección por riesgos profesionales; si bien la Disposición Adicional 4ª establece, para el caso de trabajadores que no tenían cubierta la protección por riesgos profesionales a través de Mutuas, que la gestión de esta prestación correspondería al ISM o al SPEE. Pero bajo la actual regulación hemos de tener en cuenta que la necesaria vinculación entre riesgos profesionales y cese de actividad ha desaparecido. Ello podría suponer una reconfiguración en materia de gestión de esta prestación: con carácter general, ya no es necesario mantener la apuesta del legislador por la gestión a través de las Mutuas, pues se produce una absoluta desvinculación entre cese de actividad y protección de riesgos profesionales, vínculo que justificaba la gestión por parte de las Mutuas; sin embargo, el legislador ha decidido mantener la gestión de las Mutuas, otorgándole así un nuevo campo de actuación. Por otra parte, ya no tiene sentido ni señalar que la gestión corresponderá a la Mutua con la que el trabajador autónomo tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales (art. 16.1 Ley 32/2010 en su redacción original), ni acudir a la posibilidad alternativa regulada en la Disposición Adicional 4ª para aquellos que tengan cubierta la protección por riesgos profesionales con una entidad gestora (INSS o ISM). En este sentido, se ha modificado lo dispuesto por el art. 16.1 Ley 32/2010 (art. 346.1 Borrador LGSS) a través de la Ley 35/2014, de manera que en la actualidad establece que la gestión de las funciones y servicios derivados de la protección por cese de actividad corresponde a las Mutuas, sin perjuicio de la competencia en materia de infracciones y sanciones y las competencias de dirección y tutela atribuidas a la Ministerio.

Junto con la anterior regulación hemos de tener en cuenta lo que señala el art. 72.1 c) LGSS en su actual redacción dada por la Ley 35/2014 (art. 83.1 c Borrador LGSS): “c) Los trabajadores comprendidos en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos deberán formalizar la gestión por cese de actividad, regulada en la Ley 32/2010, de 5 de agosto, con la Mutua a la que se encuentren adheridos mediante la suscripción del Anexo correspondiente al documento de adhesión, en los términos que establezcan las normas reglamentarias que regulan la colaboración. Por su parte, los trabajadores autónomos

comprendidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar formalizarán la protección con la Entidad Gestora o con la Mutua con quien protejan las contingencias profesionales”.

A tenor de esta regulación cabe señalar las siguientes conclusiones:

- En primer lugar, en el caso de autónomos del RETA la gestión de esta prestación corresponderá, salvo aspectos puntuales⁷⁴ a las Mutuas. Además, a tenor del art. 72.1.c) LGSS los autónomos que estén asociados a una Mutua, a la hora de suscribir la protección por cese de actividad, han de adherirse a la misma Mutua, sin que sea posible estar asociado a dos Mutuas diferentes según el ámbito de protección que se pretenda.

- Una segunda cuestión es la relativa a la gestión de la prestación en caso de autónomos del REMAR: en este caso, tal como señala el art. 72.1.c) LGSS formalizarán la protección “con la Entidad Gestora o Mutua con quien protejan las contingencias profesionales”. Recordemos que el propio art. 72.1.b) LGSS señala que “Los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar podrán optar por proteger las contingencias profesionales con la Entidad Gestora o con una Mutua Colaboradora con la Seguridad Social (...); de ahí que la letra c) de este mismo precepto plantea la posibilidad de acudir a la protección del cese de actividad a la Mutua o al ISM. De esta manera, pese a la reforma de 2014 y la desvinculación entre riesgos profesionales y cese de actividad, sigue teniendo sentido y aplicación lo dispuesto por la Disposición Adicional 4^a de la Ley 32/2010 (art. 346.3 Borrador LGSS).

- Donde no tiene sentido ya mantener la dicción de la Disposición Adicional 4^a es en lo relativo a los autónomos del RETA, pues a partir de la reforma de 2014 la gestión ha de realizarse, tal como hemos señalado, a través de las Mutuas, sin que quepa gestión a través del SPEE (tal como se deduce de la literalidad de los arts. 16.2 Ley 32/2010 y 72.1.c) LGSS, ambos en su nueva redacción). Ahora bien, el legislador nada dice respecto de aquellos autónomos que antes de la reforma habían acudido al SPEE para la cobertura de esta prestación, al no tener protegidos los riesgos profesionales a través de una Mutua. Desde mi punto de vista hay que entender que en estos casos, tal entidad gestora seguirá gestionando la prestación por cese de actividad de dichos trabajadores, pues no existe norma alguna que prevea la necesaria migración de la gestión a las Mutuas.

⁷⁴ Recordemos que la recaudación corresponde a la TGSS, las facultades sancionadoras recaerán sobre la administración correspondiente, las competencias de dirección y tutela al Ministerio de Empleo y la formación, orientación y promoción de la actividad emprendedora a los Servicios Públicos de Empleo de las CCAA.

*¿Es necesario reformular el art. 7 de la LGSS ante la decadencia del criterio de la ley del pabellón como criterio de conexión de los sistemas de Seguridad Social de la gente de mar?**

Is it necessary to reform the art. 7 of the Spanish Social Security General Law taking into account the law of the flag connecting factor decline?

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO

*PROF. T.U. DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA*

Resumen

Este trabajo pretende llamar la atención sobre la deriva que el TJUE está tomando en relación con el principio hegémónico de la ley del pabellón como criterio de conexión extraterritorial de la relación jurídico-laboral con el sistema de protección social del país que otorga su nacionalidad a la nave. A la vista de la evolución interpretativa seguida por el Tribunal de Luxemburgo, todo parece indicar que nos encontramos en la antesala del abandono de este principio clásico también en materia de protección social, lo que a su vez debe llevarnos a abrir el debate sobre la necesidad de repensar nuestra propia legislación interna al respecto.

Abstract

This paper aims to draw attention to the drift that the ECJ is taking in relation to the flag of law principle as a conflict law criteria to connect maritime employment relationship with the social protection system of the State designated by the ship's nationality. In view of the interpretative evolution followed by the Luxembourg Court, it appears that we are on the verge of abandoning the classic principle also in terms of social protection. This situation should lead us to open a debate on the need to rethink the existence and application of this principle in our own internal legislation.

Palabras clave

Seguridad social, conflictos de leyes, ley del pabellón, gente de mar.

Keywords

Social protection, conflicto of laws, law of the flag, seafarers'.

1. INTRODUCCIÓN

El análisis del sistema de protección social de los trabajadores del mar constituye un ámbito de reflexión de enorme envergadura, no en vano el conjunto de trabajadores que presta servicios en el marco de las actividades marítimo-pesqueras es lo suficientemente amplio y diverso como para requerir de un estudio y aproximación particular e

* Trabajo realizado en el contexto del proyecto de investigación financiado por el MINECO titulado “*Problemas actuales y perspectivas de futuro del desplazamiento de trabajadores transnacional: el caso de los trabajadores del transporte*” (Ref. DER2013-43423-R), cuya IP es la que esto suscribe. Este estudio se ha realizado durante una estancia de investigación en la Universidad de Nantes en el contexto del Proyecto ERC-2013-AdG 340770-Human Sea: *The development of human activities at sea-What legal Framework? For a new maritime law*, que dirige el Prof. Chaumette (Universidad de Nantes) para lo cual la prof. Fotinopoulou ha recibido una ayuda para la estancia y desplazamiento de la Convocatoria de 2014 para la movilidad y divulgación de resultados de investigación en la Universidad del País Vasco.

individualizada a los problemas que en este marco se originan¹. Siendo bastante más modestos, nuestro objetivo a lo largo de las siguientes páginas es llamar la atención sobre la deriva que el TJUE está tomando en relación con el principio hegemónico de la ley del pabellón como criterio de conexión extraterritorial de la relación jurídico-laboral con el sistema de protección social del país que otorga su nacionalidad a la nave. Y ello así, porque todo parece indicar que nos encontramos ante una erosión interpretativa del citado principio, lo que a su vez debe llevarnos a abrir el debate sobre la necesidad de repensar nuestra propia legislación interna al respecto.

Como es bien sabido, la inclusión de la gente de mar embarcada a bordo de buques bajo el ámbito de aplicación de nuestro sistema de protección social pende de la regla general contenida en el art. 7 de la LGSS, de acuerdo con la cual, quedan sometidos a nuestro sistema de protección social los trabajadores que hayan ejercido su actividad en territorio español, entendiéndose que ello se produce cuando la nave en la que navegan enarbola bandera española. Se trata, como es visible, de la aplicación de una metáfora de extraterritorialidad cuya validez se ha mantenido incólume prácticamente hasta nuestros días, a diferencia de la progresiva erosión que este criterio conflictual lleva soportando en su aplicación para la determinación de la ley aplicable al contrato de embarque².

Ahora bien, ¿debemos seguir manteniendo y sosteniendo la aplicación de este criterio de extraterritorialidad en el campo de la seguridad social, máxime cuando el pabellón no es sino un criterio de vinculación artificial de la relación laboral con un Estado con el que la conexión socio-económica es inexistente o muy débil?. Desde el punto de vista normativo la respuesta parece sencilla, dado que la ley del pabellón se sigue manteniendo como pilar estructural de muchos sistemas de seguridad social, incluido evidentemente el nuestro, pero también reflejado, sin ir más lejos, en el propio Reglamento 1408/71 de coordinación de sistemas de seguridad social, donde sin perjuicio de alguna fisura que actúa a modo excepción, esta regla general se contiene en el art. 13.2.c) de este instrumento jurídico; circunstancia ésta que se reitera sin variaciones en el art. 11.4 del Reglamento 883/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la misma cuestión.

Si bien ello es así, desde el punto de vista interpretativo parece que el deterioro de esta regla general es una realidad ya palpable, incluso para el ámbito de la protección social, lo cual se ha hecho visible en un pronunciamiento reciente del TJUE, fechado el 19 de marzo de 2015, Asunto C-266/13, Caso KIK³. En este asunto, el órgano jurisdiccional comunitario reacciona contra la regla citada, incluyendo bajo el ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los

¹ Cuestión ésta que por cierto se encuentra muy bien asistida en España, ya que contamos con estudios muy relevantes sobre la materia, como así lo atestiguan los trabajos del Prof. CARRIL VÁZQUEZ, X: *Seguridad social de los trabajadores del mar*, editorial Civitas, Madrid, 1999 y de la Prof. VICENTE PALACIO, A: *El régimen especial de seguridad social de los trabajadores del mar*, Aranzadi editorial, Pamplona, 2004.

² Al respecto, sobre el análisis de la sentencia Voogsgaerd, Asunto C-384/10, FOTINOPOLU BASURKO, O: "De nuevo sobre la ley aplicable al contrato de embarque", *Revista de Derecho Social* nº 58, 2012, pp. 121-153. Pero también CHAUMETTE, P: "Du lieu habituel de travail d'un marin", *Droit Maritime français* nº 734, 2012, pp. 219-233; JAULT-SESEKE, F: "Loi applicable aux salariés mobiles. La Cour de justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome", *Revue de Droit du Travail* nº 2, 2012, pp. 115-119.

³ Comentado por CHAUMETTE, P: "De l'affiliation sociale des gens de mer en droit européen: extension vers les marins ressortissants européens, expatriés sous pavillon tiers?" en <http://humansea.hypotheses.org/193>

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 por el Reglamento (CE) nº 118/97, del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, reformada a su vez por el Reglamento (CE) nº 307/1999 del Consejo, de 8 de febrero de 1999] a un trabajador nacional de un Estado miembro que trabaja en un buque colocador de tuberías que enarbola pabellón de Panamá y que navega por distintos lugares del mundo. Esta decisión pone de manifiesto la necesidad de repensar qué criterio o criterios de conexión son los más adecuados para regular la aplicación de uno u otro ordenamiento jurídico por lo que respecta –también– a la protección social de los trabajadores del mar, en la medida en que la ley del pabellón deviene insuficiente como elemento vertebrador de la conexión de la relación de trabajo con el sistema de protección social tradicionalmente indicado de acuerdo al citado criterio.

2. EL ASUNTO KIK O EL CASO DEL TRABAJADOR DEL MAR QUE REHÚYE LA PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL NEERLANDÉS

El Sr. Kik es un nacional neerlandés, residente en los Países Bajos, que trabajó en un buque colocador de tuberías que enarbola pabellón panameño durante el año 2004. Hasta el 31 de mayo de ese año prestó servicios para una sociedad establecida en los Países Bajos y estuvo sujeto al régimen general de la seguridad social de dicho Estado miembro. A partir del 1 de junio, comenzó a ejercer la misma actividad para una sociedad establecida en Suiza. Su salario siguió estando sujeto al impuesto neerlandés sobre la renta. Ahora bien, de acuerdo al derecho neerlandés, la afiliación al régimen general de la seguridad social de los Países Bajos finaliza si la persona trabaja durante un período de cuando menos tres meses consecutivos fuera de los Países Bajos y para un empresario que está establecido fuera de dicho Estado miembro.

La cuestión central del asunto es determinar, si de acuerdo al Reglamento nº 1408/71, el Sr. Kik está obligado al pago de cotizaciones al régimen neerlandés de seguridad social con respecto al período comprendido entre el 1 de junio y 24 de agosto de 2004. Y ello así, porque durante este período, el buque en el que trabajaba se encontró, sucesivamente, a la altura de la plataforma continental adyacente a un Estado tercero, en aguas internacionales y a la altura de la plataforma continental adyacente a determinados Estados miembros; en concreto los Países Bajos y el Reino Unido. En este contexto, hay que referirse a la posición del propio trabajador, cuya pretensión es la de rehuir la aplicación del régimen neerlandés de seguridad social, sosteniendo que de acuerdo al Reglamento comunitario, él no se encuentra sometido al sistema de protección social mencionado. En su empeño por evitar la aplicación del citado ordenamiento y, por tanto, de estar sometido a algún sistema de seguridad social europeo, va a interponer un recurso de casación ante el TS de los Países Bajos contra la sentencia de última instancia que lo declaraba obligado al pago de cotizaciones al régimen neerlandés de seguridad social con respecto al período de referencia.

Este órgano jurisdiccional es el que eleva la petición prejudicial interrogando al TJUE si el Reglamento se aplica exclusivamente a los trabajadores migrantes y, si de acuerdo al mismo, el Sr. Kik puede considerarse como tal, teniendo en cuenta que ejerció su actividad en régimen de itinerancia. Dicho de una manera más clara, se pretende conocer si un trabajador residente en los Países Bajos, nacional neerlandés, asegurado previamente con carácter obligatorio en los Países Bajos, que presta servicios como trabajador del mar para

una empresa establecida en Suiza y ejerce su actividad a bordo de un buque colocador de tuberías que enarbola pabellón panameño fuera del territorio de la UE (períodos en plataforma continental adyacente a los Países Bajos y Reino Unido y luego en aguas internacionales), pero que queda sujeto al impuesto de la renta neerlandés se encuentra en el ámbito de aplicación personal y territorial del Reglamento nº 1408/71. La interrogante principal, por tanto, es saber si un trabajador en estas circunstancias presta servicios o no en el territorio de un Estado miembro, ya que el Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social sólo sería aplicable en caso de respuesta afirmativa. A su vez, y ya en segundo lugar, se va a preguntar –en el supuesto de que el citado Reglamento sea aplicable–, cuál es la legislación aplicable en su caso.

3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL DEL REGLAMENTO N° 1408/71 EN EL CASO DE LOS TRABAJADORES QUE PRESTAN SU ACTIVIDAD EN LA PLATAFORMA CONTINENTAL ADYACENTE A LOS ESTADOS MIEMBROS

La cuestión controvertida principal es, como se ha anunciado, conocer si un trabajador del mar está comprendido o no en el ámbito de aplicación personal y, fundamentalmente territorial del Reglamento nº 1408/71. De acuerdo a lo dispuesto en el art. 2.1 del citado instrumento jurídico, éste se aplica a los trabajadores por cuenta ajena que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros y que sean nacionales de un Estado miembro; elementos todos ellos que concurren en la situación que presenta el Sr. Kik en este caso. Ahora bien, la cuestión nuclear que se presenta es saber si el trabajo realizado a bordo de un buque colocador de tuberías, cuando dicho buque se encuentra a la altura de la plataforma continental adyacente a un Estado miembro, se asimila o no al trabajo efectuado en dicho Estado miembro.

El TJ, para dar respuesta a esta interrogante, recurre al análisis del CMB-Convenio de Montego Bay (Convención sobre el Derecho del Mar de 1982) para establecer si la plataforma continental adyacente puede considerarse como territorio o no a los efectos de la aplicación del Reglamento 1408/71. A la vista del contenido de este instrumento internacional, se ha de señalar que de acuerdo con el art. 79.4 del CMB, se reconoce a los Estados ribereños jurisdicción sobre los cables y tuberías construidos o utilizados en relación con la exploración de su plataforma continental o con la explotación de los recursos de ésta, pero dicha jurisdicción no se extiende a los buques que se ocupan de colocar esos cables o tuberías. Además, estas naves no pueden asimilarse, de acuerdo a lo preceptuado en el art. 80 CMB a “islas artificiales”, “instalaciones” o “estructuras” situadas sobre la plataforma continental. La aproximación que el TJ realiza al CMB con la finalidad de conocer el alcance de la soberanía y jurisdicción de los Estados sobre los distintos espacios marítimos y, en concreto, sobre la plataforma continental adyacente para determinar si el trabajador efectúa o no su actividad laboral en el territorio de la UE, no es novedosa.

En efecto, ésta no es la primera vez que el TJ expresa su parecer en relación con el trabajo ejecutado en la plataforma continental adyacente a los Estados miembros y su caracterización o no como territorio de la UE. Desde esta perspectiva, el Tribunal de Luxemburgo tuvo la ocasión de pronunciarse sobre este extremo en el supuesto conocido

como Weber⁴ y en el que el TJCE debía determinar el juez competente, a través de la interpretación de la noción de “*lugar habitual de trabajo*” en el marco de la resolución de un contrato de trabajo que se desenvuelve en la plataforma continental adyacente a los Países Bajos y, posteriormente, a bordo de un buque-grúa que construía un puente en las aguas territoriales de Dinamarca, esto es, en un supuesto de sucesión de lugares de trabajo. En aquel caso, el TJ declaró que el art. 5.1 del entonces vigente Convenio de Bruselas debía interpretarse en el sentido de que el lugar en el que se desempeña habitualmente su trabajo, a efectos de esta disposición, es el lugar en el cual o desde el cual, habida cuenta de todas las circunstancias del caso de autos, cumpla de hecho lo esencial de sus obligaciones con respecto a su empresa. De este modo, y por lo que respecta a la consideración o no como territorio de la plataforma continental adyacente a los Países Bajos, el TJ va a acabar por realizar una ficción jurídica de extraterritorialidad, señalando que “*el trabajo realizado por un trabajador por cuenta ajena en instalaciones fijas o flotantes situadas en o sobre la plataforma continental adyacente a un Estado contratante, en el marco de la exploración y/o explotación de sus recursos naturales, debe considerarse como un trabajo realizado en el territorio de dicho Estado a los efectos de la aplicación del art. 5.1 CB*⁵”. Esta sentencia, pionera en este ámbito, ha sido criticada desde el Derecho Internacional Público⁶, no en vano realiza una interpretación extensiva de la noción de territorio, incompatible con la formulación de los espacios marítimos contenido en el CMB. Aún así, es un litigio que pone de manifiesto que el establecimiento de criterios para conectar las actividades laborales que se desempeñan en los distintos espacios marítimos con algún ordenamiento jurídico europeo presenta enormes obstáculos en la práctica.

⁴ STJCE C-37/00, Weber, Rec. p. I-2013. Este asunto trae causa en un litigio que se plantea entre el Sr. Weber, domiciliado en Alemania, y la empresa escocesa con domicilio social en Aberdeen (Reino Unido) que le contrató como cocinero para prestar servicios en una plataforma petrolífera desde 1987 a 1993, para posteriormente desenvolver su actividad –durante un breve período de tres meses (entre septiembre y diciembre de 1993) a bordo de un buque-grúa en las aguas territoriales danesas; momento a partir del cual la empresa decide prescindir de sus servicios despidiéndole. El Sr. Weber disconforme con el acto extintivo, demanda por despido improcedente ante los Tribunales holandeses. Los Tribunales holandeses ante los cuales se interpone la reclamación correspondiente, elevan varias cuestiones prejudiciales orientadas a interrogarse acerca de si el trabajo realizado a bordo de una plataforma continental adyacente a los Países Bajos, debe considerarse como territorio de un país contratante a los efectos de determinar el *locus laboris* del art. 5.1 CB [actual art. 19.2.a) RB]. Para una crítica de la solución adoptada por el TJCE desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, y que asimismo comparto, GONZALEZ VEGA, J.A: “Instalaciones offshore y competencia judicial: el Convenio de Bruselas de 1968, el TJCE y la <obsesión por el territorio>”, *La Ley-Unión Europea*, nº 5556, mayo de 2002, pp. 1-6. También, véase el comentario a esta sentencia hecha por MOREAU en *Droit Maritime Français* nº 628, 2002, pp. 632-648. También CHAUMETTE, P: “Conflit de jurisdictions pour un travail effectué dans les eaux territoriales et sur le Plateau continental de deux Etats membres de l’Union européenne”, *Neptunus e-review*, vol. 8/2, 2002, <http://www.droit.univ-nantes.fr/>. Finalmente, se muestra interesante el trabajo que desde la mirada del DºI.Pr. ha realizado ADRIÁN ARNAÍZ, A.J: “Nuevas dificultades para determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer del contrato individual de trabajo en la Unión Europea (Algunas reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 2002 en el asunto Weber)”, *Información Laboral* nº 4, 2002, pp. 5-22. Sobre la misma cuestión, vid. comentario de una experta en estas cuestiones, ZABALO ESCUDERO, MºE: “Sucesión de lugares de trabajo y competencia judicial internacional: nuevos problemas planteados ante el TJCE”, *Revista de Derecho comunitario Europeo*, nº 14, 2003, pp. 225-239. Asimismo, GÓRIZ, C: “Competencia judicial internacional y trabajo marítimo. (A propósito de la STJCE de 27 de febrero de 2002: Weber vs. Universal Odgen Services Ltd.)”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XX, 2003, pp. 307-332.

⁵ Considerando 36 de la Sentencia.

⁶ GONZALEZ VEGA, J.A: “Instalaciones offshore y competencia judicial..., loc. cit. pp. 2 y ss.

Estas dificultades a las que hemos hecho apenas referencia han dado lugar a que el TJ haya realizado una construcción sobre los elementos que deben tenerse en cuenta para conectar las actividades ejercidas sobre la plataforma continental y la aplicación del Derecho de la UE, esto es, para determinar cuándo la plataforma continental es, funcional y limitadamente, territorio de la UE⁷. A este objetivo se va a dirigir la sentencia *Salemink*⁸, donde lo que se dilucidaba era la aplicación del Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social a un trabajador de una empresa neerlandesa, residente en España, que presta servicios en una plataforma de gas situada en la plataforma continental adyacente a los Países bajos. El Tribunal de Luxemburgo va a declarar, en lo que a nosotros ahora concierne, que un trabajo efectuado sobre las instalaciones fijas o flotantes situadas en la plataforma continental en el marco de las actividades de exploración y/o de explotación de recursos naturales, debe ser considerado, a los efectos de la aplicación del Derecho de la UE como realizado en el territorio de dicho Estado. Claro está que en esta sentencia, el Tribunal de Luxemburgo va a recoger un criterio de funcionalidad, según el cual para considerar que esos ámbitos son territorio de la UE es necesario que exista una relación entre el beneficio de las prerrogativas económicas de exploración y/o explotación de los recursos ejercidos sobre la parte de la plataforma continental que es adyacente a los países miembros y el Derecho de la UE.

Como quiera que a diferencia del caso *Salemink*, el Sr. Kik no realizaba una actividad dirigida a la exploración y/o explotación de los recursos naturales situados en las aguas concernidas, el TJ va a rechazar que sobre la vía de aplicación de las normas de Derecho Internacional Público y, en concreto, del CMB, el trabajo realizado pueda entenderse realizado en el territorio de algún Estado miembro de la UE.

4. LA EXTENSIÓN DEL REGLAMENTO DE COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EUROPEO CUANDO LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SE REALIZA EXTRAMUROS DEL TERRITORIO DE ALGÚN ESTADO MIEMBRO: LA TEORÍA DE LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS CON LA UE

De acuerdo a lo apenas señalado, el trabajador implicado en el asunto que tratamos se encontraría fuera del ámbito de aplicación territorial del Reglamento comunitario. Ahora bien, este planteamiento inicial del TJ queda, sin embargo, en suspenso cuando el tribunal atrae al asunto que nos entretiene otro mecanismo ya empleado con anterioridad para conectar las relaciones jurídico-laborales que se ejecutan extramuros del territorio europeo con el Derecho de la UE. Se trata de la teoría de la existencia de una vinculación estrecha entre la relación laboral en cuestión y el territorio de la UE, establecida para los casos en los que el trabajador ostenta su residencia en algún Estado miembro y ha sido contratado por una

⁷ En este sentido, se pronuncia también el TJ en la Sentencia de 29 de marzo de 2007, Asunto C-111/05, *Aktiebolagetet*.

⁸ Sentencia de 17 de enero de 2012. Asunto C-347/10. Comentario realizado por CHAUMETTE, P: “Du travail sur les plates formes gazières et pétrolières du Plateau continental”, *Droit Social* nº 4, 2012, pp. 436-438. También, GONZÁLEZ VEGA, J: ¿A vueltas con la “obsesión por el territorio”? el TJ, la plataforma continental y la aplicación espacial del Derecho de la UE (Comentario a la Sentencia TJUE de 17 de enero de 2012. A *Salemink c. Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknehmersverzekeringen*. Asunto C-347/10), *Revista General de Derecho Europeo* nº 30, 2013.

empresa, establecida en otro Estado miembro, para la cual ejerce sus actividades. En efecto, el TJUE ha recurrido en diversas ocasiones a esta teoría integradora, explicitando en el contexto de la aplicación del principio de no discriminación en el marco de la libre circulación de trabajadores que la aplicación del Derecho de la UE se produce en los supuestos en los que exista la citada conexión, aunque el trabajador preste servicios en el territorio de un tercer Estado.

Se suele citar al Asunto *Boukhalfa*⁹, como muestra paradigmática de este tipo de pronunciamientos, aunque sus orígenes pueden rastrearse en sentencias previas. Pues bien, este caso ponía fin a la petición de una cuestión prejudicial planteada ante el tribunal comunitario por una nacional belga que prestaba servicios en la embajada alemana en Argel, lugar donde además residía con anterioridad de forma permanente. La actora demandaba la aplicación de la normativa alemana aplicable a los agentes locales, sosteniendo la posible vulneración de la prohibición de no discriminación enunciada en el art. 48.2 TCEE y en los apartados 1 y 4 del artículo 7 del Reglamento nº 1612/68 relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. Para la resolución del conflicto planteado, el tribunal se interrogaba sobre si el Derecho comunitario está vinculado por el principio de territorialidad, puesto que en caso afirmativo no sería posible extender su aplicación más allá de las fronteras comunitarias. No obstante, el TJCE llega a la conclusión de que la normativa comunitaria no está sujeta a un principio semejante. Para ello se ampara por un lado en distintas disposiciones del Tratado que niegan el alcance territorial limitado de sus disposiciones, así como y lo que es más importante, fundamentando la justificación de aplicación extraterritorial de su normativa sobre la noción de “*vínculo de conexión suficientemente estrecho con dicho territorio*”. Así, el tribunal comunitario viene a recomendar a los jueces *a quo* el empleo de una serie de elementos o haz de indicios que en cada caso particular le permitan dar contenido suficiente y efectivo a este criterio aplicativo. Entre los elementos sugeridos por el tribunal a esos efectos se encuentran tanto los elementos relativos a la propia configuración de la relación laboral¹⁰, como aquellos otros relacionados con la imposición de obligaciones de carácter público; donde destacan tanto la afiliación del trabajador a un régimen de seguridad social como al régimen impositivo de un Estado miembro¹¹. Si bien es cierto que el tribunal no ha establecido una clasificación diferenciada

⁹ Ingrid Boukhalfa contra Bundesrepublik Deutschland, Asunto C-214/94, sentencia del TJCE de 30 de abril de 1996, Recopilación, 1996-I, pp. 2253-2280.

¹⁰ Apartado 46 de la sentencia anotada. Entre los que allí se señalan, se encuentran los siguientes: relación laboral establecida entre un trabajador comunitario y una empresa de otro Estado miembro; contratación de dicho trabajador comunitario en otro Estado miembro; trabajador comunitario establecido en un Estado miembro en el momento de su contratación; establecimiento del empresario en el Estado miembro del que sea nacional; sometimiento del empresario al ordenamiento jurídico de un Estado miembro; sometimiento de la relación laboral al Derecho del Estado miembro de que sea nacional el empresario; trabajador comunitario que ejerza sus actividades por cuenta de la empresa que lo emplea, aun cuando éstas se ejerzan en un país tercero.

¹¹ Apartado 46 de la sentencia Boukhalfa. En ambos casos, el TJCE se refiere a estos elementos que vincularían la relación de trabajo con un Estado miembro siempre que el trabajador sea comunitario, así como la sujeción de éste al régimen de seguridad social o tributario del que sea nacional la empresa que lo emplea. Si bien esto es así, en cuanto a que el trabajador tenga que ser necesariamente nacional comunitario para que se le aplique extraterritorialmente el Derecho comunitario parece desmentirse en la sentencia *Bozkurt*, en la que el tribunal comunitario confirma la postura mantenida por la sentencia *Boukhalfa*, si bien el trabajador implicado en aquella controversia lo era de un tercer Estado (Turquía). Por su parte, y en lo que se refiere a la sujeción del trabajador al régimen de Seguridad Social y al sistema tributario del que sea nacional la empresa que lo emplea, debemos señalar que ni la sujeción de un trabajador a un sistema de Seguridad ni a un sistema tributario se corresponde (...)

entre unos y otros, limitándose más bien a establecer una enumeración sin propósito de exhaustividad de lo que aquél considera como datos fácticos que permiten deducir la existencia de un vínculo de conexión suficientemente estrecho de una relación laboral con el territorio de la UE, y en consecuencia aplicar extraterritorialmente la normativa comunitaria a aquéllas; sí que se puede deducir –como constante– la querencia por parte de este tribunal en hacer prevalecer los indicios relacionados con las cargas de carácter público que pesan sobre la relación laboral¹² sobre los elementos configuradores de la relación laboral.

La teoría de la vinculación más estrecha a la que hacemos referencia ha sido empleada no solamente en el caso de ejecución de la prestación laboral en el territorio de terceros Estados, sino también cuando se presta servicios a bordo de naves, aunque –eso sí– con una sensible diferencia con respecto al caso que nos ocupa, ya que el trabajador del mar implicado prestaba servicios en un buque de pabellón de un Estado miembro de la UE. Me refiero al supuesto que contempla la sentencia *Lopes da Veiga*¹³, donde la cuestión prejudicial en aquel momento planteada versaba sobre si un marinero portugués que trabajaba con carácter permanente para una empresa neerlandesa, a bordo de buques con pabellón neerlandés en navegación internacional, podía invocar las disposiciones sobre no discriminación por razón de nacionalidad establecidos en los artículos 7 y ss del Reglamento 1612/68. En este supuesto, el TJCE va a considerar que existe un vínculo entre la relación laboral y la Comunidad, puesto que, entre otras circunstancias, además de que el trabajador prestara servicios en un buque de bandera neerlandesa, a éste se le efectuaban retenciones de impuestos de su salario en los Países Bajos y cotizaba a la Seguridad Social neerlandesa.

necesariamente al mismo que sea nacional la empresa que lo emplea. En efecto, la afiliación a un sistema de seguridad social, por ejemplo al español, determina su carácter vitalicio, por lo que la variación del sujeto empleador a otro no perteneciente a la misma nacionalidad no variará esta circunstancia, sino que dará lugar a la aplicación de las normas internacionales de Seguridad Social, sean reglamentos comunitarios o los Convenios internacionales de seguridad social correspondientes según los Estados que se encuentren implicados en la relación de Derecho público con el trabajador. Asimismo, la aplicación de un determinado sistema tributario se establece dependiendo del lugar donde se realiza el hecho imponible y no con el sistema tributario del que sea nacional la empresa que emplea al trabajador, de tal manera que si con ello quedan afectados dos o más Estados (pongamos por caso en el mismo año impositivo), habrá de estarle a los tratados de doble imposición con el fin de evitar una doble carga fiscal.

¹² En efecto, si atendemos a alguna de las sentencias que sobre esta cuestión ha dictado el TJCE, podemos observar que el Tribunal recurre en numerosas ocasiones a la circunstancia o bien de la afiliación del trabajador a un sistema de seguridad social o el sometimiento de éste al Impuesto sobre la renta de las personas físicas de un Estado miembro. Así ocurre, por ejemplo, en el asunto *Prodest* (Asunto 237/83, de 12 de julio de 1984. Rec. 1984-7, pp. 3153 y ss) que versaba sobre la aplicación del principio de no discriminación a un nacional que empleado por una sociedad de un segundo Estado miembro pretendía la conservación de sus derechos de seguridad social en el ejercicio temporal de su actividad laboral en el territorio de un tercer Estado. En este supuesto, el TJCE en el apartado 7 de esta sentencia sosténía como vínculo más estrecho que “*un tel rattachement peut être trouvé dans la circonstance que le travailleur communautaire a été engagé par une entreprise d'un autre État membre et, de ce fait, a été affilié au régime de sécurité sociale de cet État et qu'il exerce toujours ses activités pour le compte de l'entreprise communautaire même son détachement dans le pays tiers*”. En el mismo sentido que el mantenido en la sentencia *Prodest* se mueven las consideraciones emitidas por el TJCE en el asunto *Aldewereld* (Asunto C-60/93, de 29 de junio de 1994, Rec. 1994-6, pp. 2991 y ss). Un paso importante que confirma esta orientación jurisprudencial fue la determinada en el asunto *Bozkurt* (Asunto C-434/93, de 6 de junio de 1995, Rec. 1995-6, pp. 1475 y ss) en el que el Tribunal ratifica la existencia de los vínculos más estrechos tomando en consideración, entre otros, que el trabajador estaba cubierto por el sistema de seguridad social neerlandés. Finalmente, y en el asunto *Boukhalfa*, el TJCE en el apartado 5 de la sentencia citada, señala que esta trabajadora cotiza a la Caja de Pensiones legal alemana y se halla sujeta, por sus ingresos procedentes de los fondos públicos nacionales, a un impuesto limitado a sus ingresos, con arreglo a las disposiciones alemanas.

¹³ Asunto 9/88, de 27 de septiembre de 1989, Rec. 1989-8, pp. 2989 y ss.

Algo similar ocurre en un caso más reciente, fechado en el año 2012, donde también el trabajador afectado prestaba servicios a bordo de un buque de nacionalidad de un país europeo. Me refiero al Asunto Bakker¹⁴ que versaba sobre un marino de nacionalidad neerlandesa, residente en España, que presta servicios para una empresa establecida en los Países Bajos y realiza su actividad a bordo de dragas que navegan bajo pabellón neerlandés en las aguas territoriales chinas y de Emiratos Árabes Unidos. Las dragas estaban inscritas en el Registro neerlandés de buques marítimos (Antillas neerlandesas), que no es sino un registro abierto. Lo interesante de este asunto, desde la perspectiva que abordamos es que el TJ va a aplicar la normativa europea y, en concreto, la conexión de la ley del pabellón contenida en el art. 13.2.c) del Reglamento 1408/71, irrumpiendo en la formulación clásica y tradicional de los espacios marítimos, donde se considera que las aguas territoriales son parte del territorio del Estado ribereño.

A diferencia de estos supuestos, en el caso que comentamos y que da pie a la sentencia Kik, la prestación de servicios se desenvolvía en un buque de nacionalidad panameña, lo que da lugar a dificultades añadidas para lograr vincular la relación jurídica con la normativa comunitaria de coordinación de sistemas de seguridad social. Para la consecución de tal objetivo, el TJ va a proceder, en primer lugar, a flexibilizar los elementos que se han de tomar en consideración para extender la normativa de seguridad de la UE a las relaciones de trabajo ejecutadas extramuros del ámbito espacial-territorial europeo. En segundo lugar, y de ahí el enorme interés de este asunto es que procede a descartar de manera abierta el recurso al empleo tradicional de la ley del pabellón como criterio de vinculación de la relación laboral con el sistema de seguridad social proyectado a través de esta ficción de extraterritorialidad.

Así, por una parte, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un litigio en el marco de los sistemas de coordinación de los sistemas de seguridad social, el TJ va a utilizar como presupuesto esencial para conectar la relación jurídica con el espacio geográfico de la UE el hecho de que el trabajador en cuestión estuviera sometido al sistema impositivo-tributario neerlandés. Esto es, los elementos de la teoría de la vinculación antes mencionados se aligeran enormemente, puesto que a diferencia de los casos anteriores, aquí es suficiente que exista una carga fiscal para que la conexión con territorio europeo pueda producirse. Por otra parte, y en un grado de importancia no inferior al apenas mencionado, el TJ va a aplicar la teoría de la vinculación más estrecha anunciada, extendiendo la aplicación del Reglamento nº 1408/71 a un trabajador del mar haciendo caso omiso, por la vía interpretativa descrita, a la aplicación de la ley del pabellón como criterio para determinar la inclusión o exclusión del mismo en el ámbito de aplicación de este instrumento jurídico.

5. HACÍA LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN LOS SUPUESTOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A BORDO DE BUQUES: ENTRE RESIDENCIA Y ESTABLECIMIENTO CONTRATANTE

Como es visible, el TJ asume que la ley del pabellón como criterio tradicional para vincular las relaciones jurídico-laborales a bordo de buques con el Estado que otorga su

¹⁴ Asunto C-106/11, de 7 de junio de 2012.

nacionalidad, no es un criterio que tenga que continuar aplicándose para la determinación de la aplicación o inaplicación del texto comunitario de protección social a este colectivo de trabajadores. Una vez establecida la premisa básica, el TJ se enfrenta a un segundo escalón dentro de este contexto, y que tiene por objeto determinar los criterios que permiten vincular una relación jurídico-laboral que se desenvuelve extramuros del territorio europeo con algún sistema de protección social del mismo ámbito geográfico.

Huelga decir que el Tribunal comunitario va a desechar el recurso al art. 13.2.c) del Reglamento 1408/71, que designa para los trabajadores del mar la aplicación de la ley del pabellón como criterio de conexión, para clarificar este extremo. Poco sentido tendría que descartado el principio general de la ley del pabellón a los efectos de la aplicabilidad de la norma comunitaria, el propio tribunal poco después acudiera al mismo para determinar qué legislación de seguridad social es la aplicable, puesto que nos llevaría a la aplicación de la legislación panameña. A la vista de estas circunstancias, el TJ va a buscar otros criterios que permitan vincular la relación jurídica con el sistema de protección social de algún Estado miembro. Y para ello, se va a servir de las consideraciones que ha ido poco a poco elaborando con anterioridad, y que –en esencia– consisten en excepcionar el criterio de “*lex loci laboris*” como criterio general de conexión entre la relación jurídico laboral entablada y el sistema de seguridad social designado mediante esta formulación, lo que para el caso de los trabajadores del mar supone desvirtuar –insisto– la aplicabilidad de la ley del pabellón tradicionalmente empleada por analogía al criterio de ley del lugar donde con carácter habitual el marino presta servicios.

Pues bien, esta escalada interpretativa a la que hacemos alusión tiene, entre otros asuntos a los que se ha hecho referencia anteriormente, un punto de inflexión en el asunto Aldewereld¹⁵, donde además de dirimir, en sentido afirmativo, la aplicabilidad de las disposiciones del Derecho comunitario a las actividades profesionales ejercidas fuera del territorio europeo por la existencia de una vinculación estrecha entre la relación laboral y el espacio europeo, el TJ va a hacer depender la determinación de la ley aplicable bien del país donde se encuentre la residencia del trabajador, bien del lugar donde se sitúe el establecimiento del empresario. Con respecto a la residencia, el propio tribunal va a señalar su aplicación accesoria, en la medida en que la legislación designada por el criterio de residencia tenga alguna vinculación con la relación laboral¹⁶. De este modo, en el supuesto de que el trabajador no resida en el territorio de algún Estado miembro en el que ejerce su actividad, lo normal es que se le aplique la legislación de la sede o domicilio del empresario¹⁷, de igual modo que se dispone en el art. 14.2.a) del Reglamento que analizamos para los trabajadores en itinerancia, cuya actividad no pueda vincularse a un lugar concreto.

Sin perjuicio de que el/los criterio/s de vinculación empleado/s para determinar la ley aplicable en materia de seguridad social (sede o domicilio del empresario y de manera accesoria la residencia) sean compartidos o no por quien esto suscribe (no en vano considero que debe ser objeto de una reflexión profunda y no exclusivamente anudada al marco estricto

¹⁵ Asunto C-60/93, Caso Aldewereld, Rep. 1994, I-2991. Este asunto versaba sobre un trabajador holandés que es contratado por empresa alemana que, a su vez, desplazada al trabajador a Tailandia.

¹⁶ Es precisamente el criterio de residencia el que se descarta en la sentencia Bakker supra mencionada.

¹⁷ Considerando 58 de la sentencia Kik.

de la protección social), una cosa parece indudable: para el TJ el criterio conflictual de la ley del pabellón debe considerarse relegado a un plano secundario o subsidiario, también por lo que respecta a la protección social de los trabajadores del mar. Desde aquí celebramos la postura del TJ, que queda perfectamente clara a juzgar por lo que señala en el considerando 60 de la sentencia, donde expresamente se dice que la situación de los trabajadores del mar que prestan servicios fuera del territorio de la UE a bordo de un buque que enarbola pabellón de un Estado tercero es comparable a la de las personas que ejercen su trabajo en itinerancia, “*dado que ni el estado del pabellón ni el lugar de trabajo tiene vinculación con la legislación de los Estados miembros*”.

6. CONCLUSIÓN

A resultas de lo apenas descrito, considero que es perfectamente factible deducir una conclusión principal. El TJ, gracias a su labor interpretativa, se muestra decidido a buscar el ordenamiento jurídico del Estado con el que realmente la relación jurídica de los trabajadores del mar tiene una conexión o vinculación socio-económica real, buscando el o los criterios que posibiliten alcanzar esa finalidad. Se esté o no de acuerdo con los criterios que emplea para lograrlo, lo cierto es que es difícil no compartir su visión en cuanto al fondo. En efecto, parece evidente que continuar manteniendo la ley del pabellón, como principio de aplicabilidad de los sistemas de seguridad social a los trabajadores del mar no se corresponde con la realidad subyacente en la que la inmensa mayoría de este colectivo de trabajadores presta servicios. Solamente por ello, deberíamos interrogarnos sobre la necesidad de repensar el art. 7 de la LGSS en un futuro próximo¹⁸.

Esa reformulación debería venir acompañada por una necesaria reflexión acerca de la noción de territorio y de su afectación sobre la aplicación de las normas laborales en el espacio también por lo que atiene a la seguridad social. Y es que en el trasfondo de la evolución interpretativa seguida por el TJ en estos supuestos se encuentra el debate sobre la extensión del concepto de territorio europeo con respecto a las actividades laborales que se ejercen en los distintos espacios marítimos¹⁹, ya sea en unas ocasiones basando su apreciación en el CMB, ya sea en otras para apartarse de la misma, como ocurre en el caso Bakker. Sea como fuere, lo que también podemos extraer como enseñanza (o segunda conclusión) es que nos encontramos ante un proceso de modulación de la clásica y tradicional forma de aprehender los espacios marítimos desde la perspectiva del Derecho internacional público con el objeto, muy loable por cierto, de proteger a los trabajadores que prestan servicios en estos ámbitos geográficos. Habrá que ver si estas “pequeñas pistas” que el TJ nos ofrece llegan a formar un conjunto armónico que nos permita construir un cuadro jurídico más respetuoso con respecto a la protección de la gente de mar.

¹⁸ Con el fin de evitar las distorsiones que se produce de su aplicación, tal y como puse de manifiesto en el trabajo titulado “Desempleo tras actividad en buques extracomunitarios”, *Aranzadi Social* nº 6, 2013, pp. 243-262.

¹⁹ GOURITIN, A: “Vers la territorialisation des eaux de l’UE?”, *Sentinelle-SFDI* nº 291, 2012. www.sentinelle-droit-international.fr

Recortes en la duración de la prestación por incapacidad temporal y control de los procesos de baja Short sick-leave duration cutbacks and control over sick leave processes

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

PROFESORA DOCTORA AYUDANTE DOCTORA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

La duración de la incapacidad temporal constituye uno de los temas más conflictivos de esta prestación, pues de un lado se trata de garantizar una suficiente protección al trabajador y de otro lado se pretende cumplir con esos límites temporales que vienen impuestos por la vigente legislación. Sin embargo, y pese a ese catálogo de buenas intenciones, con las últimas reformas legislativas acaecidas desde 2005 a 2013, el legislador española ha restringido, si cabía aun más, la cobertura de protección frente a situaciones de necesidad, para la que se creó nuestro sistema de Seguridad Social. Y es que, con motivo del recorte experimentado en la duración de la incapacidad temporal se han visto afectados aspectos tales como las distintas prórrogas y los procesos de recaídas.

Todas estas reformas son fiel reflejo de la intención clara del legislador de proteger la prestación ante el miedo al fraude, en lugar de amparar al trabajador ante una situación de necesidad. De ahí que, una y otra vez, insista en recortar el tiempo de disfrute del derecho a la incapacidad temporal, al tiempo que sustrae competencias a los facultativos sanitarios habilitados para ello y deja en manos de las entidades colaboradoras y gestoras la responsabilidad del control de la duración de estos procesos.

Palabras clave

duración, prórrogas, incapacidad temporal, recaída, control, Seguridad Social.

Abstract

The short sick-leave and its proper lenght of time is one of the most controversial issues of this benefit. On one hand, it was created to guarantee a good worker protection but, on the other hand, it must try to meet the deadlines established by the current legislation. However, and despite of this statement of good intent, after the legislative reforms which have taken place since 2005 to 2014, the Spanish legislator has restricted, even more, the requirements to access to the protection provided by the Seguridad Social (Spanish National Health Service) benefits. Seguridad Social was originally meant to shelter workers from difficult situations and, nevertheless, the temporary disability period has been shortened, dramatically affecting critical aspects as different stays or relapse processes.

All these reforms are an obvious effort the legislator is carrying out to protect the benefit against what he fears the most, the fraud. Instead of seeking the protection of workers when they need it, the legislator insists once and again on cutting the duration of short sick-leave benefit or taking away competences from medical professionals to hand over them to several hired agencies to act as liaison with the Seguridad Social

Keywords

duration, stays of execution, short sick-leave, relapse, control, Seguridad Social, Spanish National Health Service

1. INTRODUCCIÓN

La duración de la prestación por incapacidad temporal (en adelante IT) ha sido, en los últimos años, uno de los puntos más reformados en materia de Seguridad Social. Actualmente, constituye éste uno de los temas más conflictivos y problemáticos de esta prestación. El encadenamiento de reformas que ha sucedido al Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la

Seguridad Social (en adelante LGSS) desde la aprobación de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de orden Social no ha hecho más que complicar, aún más, el panorama existente al recortar, de una parte, el tiempo de disfrute de la IT y crear, de otra parte, un juego de competencias e intereses contrapuestos entre las distintas entidades que gestionan los servicios sanitarios y que, asimismo, garantizan la cobertura económica¹. Todo ello, sin olvidar, los mecanismos que se han creado para la resolución de las disconformidades entre estos órganos para los sujetos afectados en los mismos. El clima de inseguridad e inestabilidad a la que ha llevado toda esta situación ha motivado que el legislador de nuevo se plantee retocar esta prestación a fin de reducir el coste de la misma y controlar el gasto en los procesos de IT de larga duración². Y es que de nuevo ronda en la cabeza de nuestro legislador la sombra de una posible utilización indebida y, por consiguiente, del fraude en el recurso por parte de los beneficiarios de esta figura³. De ahí que olvidando, en algunos casos, ese fin primordial de protección del interés general que tanto se le confiere al sistema social, el legislador decante la balanza en pro de una constante e indefinida transformación normativa de los esquemas ya fijados para el control y la gestión de la IT de larga duración, complicándose así de una manera relevante la panorámica existente.

De manera general, y sin perjuicio de su análisis detenido posterior, pueden citarse las siguientes normativas: Ley 42/1994, de 30 de diciembre; RD 575/1997, de 18 de abril; Ley 66/1997, de 30 de diciembre; Ley 24/2001, de 27 de diciembre; Ley 30/2005, de 29; Ley 40/2007, de 4 de diciembre; Ley 26/2009, completada por el RD 1430/2009; Ley 35/2010, de 17 de septiembre; la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 y la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Todas ellas, en un momento o en otro, han modificado el articulado de la LGSS en el que se recoge la duración de la incapacidad temporal.

2. DURACIÓN INICIAL

Prevé el artículo 128.1 letra a) de la LGSS para las situaciones de enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, una duración inicial de 365 días. Antes de la reforma operada por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, no se hacía referencia a la duración máxima de la IT por días, sino que la misma se hacía por meses, esto es, en donde dice ahora 365 días eran antes 12 meses. Esta transformación a simple vista no ha comportado ningún problema, salvo en lo que respecta a las prórrogas⁴.

¹ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia, Tiran Lo Blanch, 2011, página 210.

² BEJARANO HERNÁNDEZ, A: "La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración", *Revista doctrinal Aranzadi Social*, nº 9, 2010, página 55.

³ Léase el interesantísimo ensayo que ha publicado la profesora Carmen Jover Ramírez, en JOVER RAMÍREZ, C: "Incapacidad Temporal y reducción del absentismo injustificado", *Temas Laborales*, nº 106, 2010, páginas 39 a 66.

⁴ ARADILLA MARQUÉS, Mº J: "Alcance de las últimas reformas en materia de prestaciones de la Seguridad Social (al hilo de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre)", *Actualidad Laboral*, nº 10, 2010, página 2.

Las bajas por IT son concedidas durante este periodo por el personal médico del Servicio Público de Salud (en adelante SPS) o por la Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (MCSS)⁵ siempre que, en éste último caso, la contingencia sea debida a causas profesionales. Y es que en el caso de que se traten de contingencias comunes serán competentes los facultativos sanitarios del SPS⁶. Dicho de otra manera, la MCSS podrá asumir la gestión de la IT en su integridad y en colaboración con la Seguridad Social para los riesgos profesionales (partes de baja y alta, confirmación de baja, subsidio, asistencia sanitaria y recuperación), pero no podrá cargar con la cobertura sanitaria para las contingencias comunes, si en cambio con las económicas siempre que el empresario hay concertado la cobertura de los riesgos de su empresa con estas entidades privadas (Disposición Adicional 11^a de la LGSS)⁷.

Una vez finalizado ese periodo de 365 días establece, a continuación, la LGSS en su artículo 128.1 a) que: “...el Instituto Nacional de la Seguridad Social⁸, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente, será el único competente reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social”¹⁰. Por tanto, en los procesos de larga duración será el INSS el órgano que se encargue del control y la gestión de la IT¹¹. De tal manera, que sumadas la duración inicial

⁵ Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (BOE núm. 314 de 29 de diciembre de 2014), las hasta ahora denominadas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social pasan a denominarse como Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.

⁶ BEJARANO HERNÁNDEZ, A: “La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración”... op.cit., páginas 59 y 60.

⁷ Disposición Adicional undécima redactada por el apartado dos del artículo único de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social («B.O.E.» 29 diciembre). De manera resumida, esta nueva ley modifica la disposición adicional undécima de la LGSS, en donde quedan regulas las particularidades de esta prestación. La nueva regulación articula distintos mecanismos existentes para elevar los niveles de coordinación y eficacia con los Servicios Públicos de Salud, a quienes corresponde dispensar la asistencia sanitaria en estos casos. A tal efecto se facilita a las Mutuas la facultad de realizar las actividades de control y seguimiento desde la baja médica. Por otro lado, se mejora la coordinación antes mencionada, mediante la figura de la propuesta de alta médica, debidamente fundamentada, estableciéndose un procedimiento de plazos breves para obtener una respuesta más ágil. Esta coordinación se concretará asimismo en la articulación de procedimientos de incorporación de la información clínica generada por las Mutuas a la historia clínica electrónica de los pacientes atendidos, a los efectos de evitar duplicidades y generar sinergias con los Servicios Públicos de Salud.

VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (DIRECCIÓN y COORDINACIÓN): *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*, Volumen I, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2008, páginas 712 y 713.

⁸ O en su caso el Instituto Social de la Marina para los trabajadores del mar.

⁹ Párrafo que ha sido introducido por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. No obstante tal previsión viene ya recogida en el artículo 131.1 bis de la LGSS (modificado por la Ley 35/2010) como causa de extinción de la prestación. Se da de esta manera fin a la tan compleja “alta médica a los exclusivos efectos económicos por incapacidad temporal”.

¹⁰ Redacción dada al art. 128.1 a) párrafo segundo de la LGSS gracias a la DF 5º de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (BOE de 28 de diciembre).

¹¹ Medida introducida tras la aprobación de la Ley 30/2005.

y esa primera prórroga de 180 días, la IT podrá comprender una duración máxima de 545 días. No obstante, existen también otros tramos o períodos de tiempo de la IT que sumados en su conjunto no podrán superar los 730 días de baja.

El proceso de IT durará lo que se prolongue la situación de necesidad¹². Ahora bien, dado que se trata de una prestación sujeta al imprescindible requisito de asistencia sanitaria¹³, está claro que en el momento en que el trabajador recupere su capacidad para trabajar cesará el disfrute de este mecanismo protector¹⁴. Por supuesto, se debe tener en cuenta cual es el estado de necesidad, ya que su permanencia en el tiempo no es la misma para los procesos de IT derivados o no de accidente laboral y enfermedad profesional o común, que para las bajas médicas por observación por enfermedad profesional. En este último caso, la duración máxima es de seis meses prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad (artículo 128.1 b) de la LGSS).

3. DURACIÓN MÁXIMA DE LA PROTECCIÓN: LAS DISTINTAS PRÓRROGAS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Haciendo un largo recorrido por las distintas etapas que ha pasado la incapacidad temporal para el trabajo se puede comprobar cómo, antes de la reforma por ley 42/1994, la duración de esta prestación (junto con la de invalidez provisional) era de seis años¹⁵. A juicio de la doctrina, este periodo de duración total (en que ya se incluían las prórrogas) resultaba bastante excesivo dado que se trata de una prestación temporal y por tanto limitada en el tiempo¹⁶.

Con la promulgación de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y de Orden Social¹⁷, finalmente, se refunden ambas prestaciones (la antigua incapacidad laboral transitoria y la invalidez provisional) en una sola, la ahora llamada incapacidad temporal, al tiempo que se desliga de la maternidad¹⁸. Y en lo que respecta a la duración máxima de la IT se reduce enormemente este periodo de tiempo hasta los 30 meses (2 años y 6 meses) de manera excepcional. Sin embargo, el efecto suspensivo de la relación laboral podía perdurar hasta cuatro años y medio, transcurridos los cuales el trabajador debía

¹² VIDA SORIA, J: “La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y laboral*, nº61, 1996, página 13.

¹³ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas 211 y 212.

¹⁴ DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: “El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción”, *Tribuna Social* nº 44/45, agosto-septiembre 1994, página 62.

¹⁵ GARCÍA VALVERDE, M.D: “El subsidio de incapacidad temporal: Cuantía y dinámica”, *Revista de Derecho Privado*, número 2, Marzo 2003, página 9.

¹⁶ FERNÁNDEZ PRATS, C: “La nueva regulación de la incapacidad temporal y su duración”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La incapacidad temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, página 259.

¹⁷ BOE de 31 de diciembre de 1994. Ver estudio del magistrado del Tribunal Supremo, Antonio Martín Valverde, en MARTÍN VALVERDE, A: “Incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional: legislación y jurisprudencia”, *Revista Actualidad Laboral*, nº39, Tomo III, 1994, páginas 601 y siguiente.

¹⁸ Véase exposición de motivos de la Ley 42/1994: “Se introducen, además, modificaciones en la acción protectora de la Seguridad Social, para reunir en las actuales prestaciones por incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional en una única prestación por incapacidad temporal, al tiempo que se configura como contingencia específica, desligada de la incapacidad laboral transitoria, la de maternidad”.

reincorporarse a su puesto de trabajo por alta médica o, en otro caso, ser declarado en Incapacidad Permanente en el grado que corresponda (artículo 36 de la Ley 42/1994)¹⁹.

Tras la reforma de 1994 la estructura era básicamente la siguiente: 1) una duración inicial de doce meses, 2) transcurridos los cuales si el trabajador seguía precisando asistencia médica, por no ser definitivas las lesiones, se prorrogaba la situación seis meses más²⁰ hasta un total de dieciocho meses. Agotado ese periodo, al que se denominó de “prórroga de efectos de la situación de incapacidad temporal”²¹, se procedía entonces a evaluar el estado del incapacitado a efectos de su declaración como inválido permanente. Finalmente, 3) si el trabajador continuaba necesitando tratamiento médico podía prorrogarse durante tres meses más la situación de incapacidad hasta su calificación definitiva como inválido permanente, si es que correspondía (con un total de veintiún meses)²² o, en su caso, 4) alargarse la situación hasta doce meses más, con un límite máximo de treinta meses si la situación clínica del interesado hiciese aconsejable esta demora y siempre que, no pudiese el mismo prescindir de la asistencia sanitaria. En cualquier caso, a partir de los dieciocho meses de baja (segundo tramo señalado), el trabajador dejaba de cotizar a la Seguridad Social²³, de forma que, desde ese momento quedaba abierto un período de transitorio en el que el trabajador se encontraba en situación de invalidez provisional pero con los rasgos de la IT. Ahora bien, una vez que se alcanzaban los 30 meses de duración máxima de la IT debía de concedérsele al trabajador el alta médica por curación o la incapacidad permanente en cualquiera de sus grados²⁴.

En virtud del art. 7.3 del RD 575/1997, de 18 de abril²⁵, se vino a incrementar estos requisitos legales desde el momento en que nacía la prórroga excepcional. Por lo que, de acuerdo con esta regulación, una vez que se alcanzaban los dieciocho meses máximos de IT²⁶

¹⁹ FERNÁNDEZ PRATS, C: “La nueva regulación de la incapacidad temporal y su duración”... op.cit., página 259. GARCÍA VALVERDE, M.D: “El subsidio de incapacidad temporal: Cuantía y dinámica”... op.cit., página 9.

²⁰ Era necesario para proceder a esta prórroga de seis meses, que se dictase previo dictamen médico de la Entidad Gestora o MATEP, o en su caso, empresa autorizada para colaborar en la gestión de aquella. Ahora bien, se ha seguido aquí una interpretación flexible más que una formalista en el sentido de entenderse que, bastaba con el mantenimiento de la prestación y con el dato de que siguiesen emitiéndose los correspondientes partes de confirmación de baja para entenderse prorrogada la situación de IT. Ver en este sentido, GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, página 25 y 26. DUEÑAS HERRERO, L.J: “La contingencia de Incapacidad (Laboral) Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales: revista crítica de derecho y teoría*, nº 1, 1996, página 388.

²¹ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2006, página 1347.

²² La intención aquí no era otra, que la de acortar la situación hasta la declaración de la invalidez permanente, que con la anterior regulación se prolongaba indefinidamente por largos períodos de tiempo hasta su resolución definitiva.

²³ BARRIOS BAUDOR, G: “Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima (Comentario a la STSJ Navarra 31 de diciembre de 1997)”, *Aranzadi Social*, nº 5, 1997, páginas 707 a 715.

²⁴ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas 226 y 227.

²⁵ Aunque también debe observarse la Orden de 19 de junio de 1997, que desarrolla este Real Decreto.

²⁶ Como bien expone Celia Fernández Prats, ha existido gran discusión doctrinal en torno al significado de “prórroga excepcional”. Por un lado, se pensaba que esta prórroga excepcional podía ser la de los doce meses, agotados los dieciocho primeros o podía ser la de seis meses. No obstante la discusión quedó finalmente zanjada posteriormente, con la publicación de la Ley 40/2007, pues al periodo al que se refiere el artículo 7.3 de la Orden 575/1997, es al del 131 bis. 2 de la LGSS: “Cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo de (...)

para que pudiera prolongarse por más tiempo el disfrute de la misma, resultaba necesario que junto al parte de confirmación de la baja del SPS o de las mutuas le acompañase otro informe médico emitido por los facultativos sanitarios del INSS.

Desde la promulgación de esta normativa el control por parte del INSS en los procesos de IT de larga duración fue creciendo progresivamente en detrimento de las competencias que le eran atribuidas a los SPS y a las mutuas.

Posteriormente, en virtud de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social²⁷, se estableció otra modificación del artículo 131 bis. 1 de la LGSS que permanece, a día de hoy, sin alterar en nuestra legislación laboral. Concretamente en ésta se señaló, que la incomparecencia injustificada del beneficiario a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos señalados por los médicos del INSS²⁸ o de la MCSS, supondrá causa de extinción automática del derecho al subsidio por incapacidad temporal. En este mismo sentido, se mantiene la nueva Ley 35/2014 (la cual modifica el apartado 5 de la Disp. Adicional Undécima de la LGSS).

Ahora bien, la más drásticas de las reformas constituyó, sin lugar a dudas, la operada por Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006²⁹. Motivada dicha ley por la necesidad de contener el gasto en la prestación de la IT³⁰, se redujo considerablemente la duración de la prestación de la IT de 30 a 24 meses. De esta forma, se eliminó aquella prórroga especial de doce meses que, en términos generales, nos recordaba a la desaparecida invalidez provisional³¹ y que, además, era de escasa aplicación práctica³² para, en su lugar, sustituirla por otra de seis meses a la que se denominó de

dieciocho meses fijado en el párrafo primero de la letra a) del apartado 1 del artículo 128...". Ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 236.

En este sentido GARCÍA NINET, J.I: "La incapacidad temporal", en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A: *La incapacidad temporal...* op.cit., página 33; TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal*, Madrid, Mapfre, 1996, página 36. En contra, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2005, páginas 193 y 194.

²⁷ Ver en particular su artículo 34.4 de esta ley.

²⁸ En este mismo sentido se pronuncia el art. 128.1 a) párrafo 2 de la LGSS, tras la entrada en vigor de la DF 5º de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (BOE de 28 de diciembre).

²⁹ Ver los ensayos de MARTÍNEZ-GUJÓN MACHUCA, M.A: "Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)"... op.cit., páginas 1350 a 1352. DE ALCÁNTARA y COLÓN, J.M: "De la doctrina jurisprudencial relativa a la superación del plazo máximo de duración de la prestación de incapacidad temporal", *Información Laboral*, nº 3, 2007, páginas 2 a 7. MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R: "Novedades legislativas en la prestación por incapacidad temporal", Revista Aranzadi Social nº 10-08, Octubre 2008, página 106. BEJARANO HERNÁNDEZ, A: "La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración", *Revista doctrinal Aranzadi Social*, nº 9, 2010, páginas 55 y siguientes.

³⁰ BEJARANO HERNÁNDEZ, A: "La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración" ... op.cit., página 55 y siguientes.

³¹ ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas 18º, 2006, página 273, en su nota al pie 25. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas 228 y 229.

³² TORTUERO PLAZA, J.L: "Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006", en VV AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, Mº.N: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, página 814.

“incapacidad permanente no definitiva”³³. Esta reforma no fue para nada bien acogida por la doctrina, ya que entendía que con ello se había creado una especie de estado intermedio entre la IT y la incapacidad permanente (IP) que ni siquiera se encontraba completamente definido³⁴. El problema principal era que se estaba calificando como de incapacidad permanente un periodo de tránsito prestacional en el que el trabajador se encontraba todavía recibiendo tratamiento médico por no ser definitivas las lesiones incapacitantes. Por lo que a efectos conceptuales, resultaba bastante absurdo denominar como “incapacidad permanente definitiva” cuando aun se percibía la prestación por IT³⁵. Además de ello, este nuevo cambio originó una importante consecuencia más y es que durante el tiempo en el que se prolongaba la IP no definitiva el trabajador no percibiría la prestación por IT, sino la de incapacidad permanente. Por lo que, a efectos prácticos, ello podía conllevar una notoria disminución de la cuantía de la prestación (dependiendo del grado de IP) en comparación con lo que se percibía durante la IT³⁶. Aparte de que no se podía calificar ese periodo como de IT, sino como de incapacidad permanente aunque, eso sí, con las características propias de la incapacidad temporal³⁷.

No obstante, esta ley mantuvo la prórroga de tres meses durante la cual debía calificarse la situación de IP, una vez agotados los dieciocho meses de duración de la IT³⁸.

Otra de las medidas que se adoptaron consistía en la intensificación de los controles del INSS tras los doce meses de duración de la prestación (artículo 128.1 letra a) de la LGSS). De esta forma, se acortaba la duración de la prestación al atribuirsele ahora al INSS competencias para decidir: 1) el reconocimiento o no de la prórroga de seis meses cuando se presuma que durante ellos el trabajador pueda ser dado de alta por curación, 2) la incoación

³³ Disposición Adicional Cuadragésima Octava de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado, para el año 2006.

³⁴ VIDA SORIA, J: “La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo. (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)”... op.cit., página 14. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”... op.cit., página 1346 a 1348, quien define a este período de tránsito “*como una especie de subcontingencia de naturaleza híbrida, en cuanto que puede finalmente devenir en incapacidad permanente o constituir una nueva prórroga de la situación de incapacidad temporal*”.

³⁵ Se trata de una “cuasi-contingencia, sin nombre” según expone el profesor José Luis Tortuero Plaza, en TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”... op.cit., página 358. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas 230 y 231.

³⁶ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página 232.

³⁷ VIDA SORIA, J: “La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo. (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)”... op.cit., página 14. TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., página 816. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas 232 y 233.

³⁸ Ver artículo 131 bis.2 en su redacción por la Ley 30/2005: “Cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo máximo fijado en el párrafo primero del apartado a) del número 1 del artículo 128, plazo de doce meses o, en su caso, hasta de dieciocho meses, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado que corresponda, como inválido permanente”.

del expediente para el otorgamiento de una IP, o 3) la emisión “del alta médica a los efectos de la prestación económica por IT”³⁹.

Con la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 7 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social, completada por el RD 1430/2009, de 11 de septiembre⁴⁰ y la Ley 26/2009 de 23 de diciembre de Presupuesto Generales del Estado del 2010, se da un giro atrás con respecto a la ley del 2005, pues tratan de corregir los defectos por ésta cometidos⁴¹. No obstante, se aprovechó el recorte que en la duración máxima de la prestación, fijada ahora en veinticuatro meses, manteniéndose intacta. Otras de las novedades importantes fueron la de supresión del periodo transitorio de “incapacidad permanente no definitiva”, que tanta confusión había generado y la de creación de un procedimiento, en mi opinión complejo, de resolución para los beneficiarios de las decisiones relativas a las altas y bajas entre las distintas entidades implicadas en la gestión y control de la prestación por IT⁴².

Por último, la Ley 35/2010 de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, suprimió la referencia al “alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica” de los artículos 128.1 a) y 131 bis de la LGSS⁴³. Se trataba ésta de una situación compleja por la cual el trabajador quedaba en un estado de indefensión, pues aunque seguía en situación de IT no percibía por este periodo ningún tipo de prestación económica⁴⁴.

Tras conocer a grandes rasgos las principales modificaciones que ha experimentado la incapacidad temporal desde el momento en que se agotaba esa duración inicial de 365 y comenzaban, si es que el estado del trabajador así lo requería, las diferentes prórrogas. Conviene ahora hacer alusión al actual régimen jurídico que para esta prestación prevé la normativa vigente en esta materia.

El artículo 128.1 letra a) de la LGSS le reconoce al trabajador de baja por IT, con independencia del riesgo que lo ha originado y a excepción de los periodos de observación por enfermedades profesionales, una primera prórroga ordinaria de 180 días cuando se

³⁹ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”... op.cit., páginas 1350 a 1352. DE ALCÁNTARA Y COLÓN, J.M: “De la doctrina jurisprudencial relativa a la superación del plazo máximo de duración de la prestación de incapacidad temporal”... op.cit., página 6.

⁴⁰ Normativa que 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.

⁴¹ BEJARANO HERNÁNDEZ, A: “La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración ”... op.cit., página 57.

⁴² Ver LÓPEZ INSUA, B. de. M.: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2012, Capítulo V.

⁴³ Ver con detenimiento el análisis pormenorizado y estudio crítico que realiza José Luis Tortuero Plaza, en TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., páginas 808 a 810. En este mismo sentido, SIRVENT HERNÁNDEZ, N: “Nuevas medidas de control en la gestión de los procesos de incapacidad temporal introducidas a raíz de la ley 35/2010, de 17 de septiembre”, *Actualidad Laboral*, nº 16, 2011, páginas 1875 y 1876.

⁴⁴ TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., página 810.

entienda que durante ellos pueda ser éste dado de alta por curación⁴⁵. De acuerdo con la LGSS, en un principio, la duración máxima que podría estar disfrutando el trabajador incapacitado temporalmente es de 545 días, si bien, como indica el apartado segundo de ese mismo artículo, se computarán dentro de este tiempo máximo las recaídas y los períodos de observación⁴⁶.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, como ya se ha indicado, la duración de la IT era de 12 meses prorrogables por otros seis meses más (duración máxima 18 meses). Y aunque aparentemente la temporalidad es la misma, con la salvedad de que se ha cambiado la palabra “meses” por “días”, en realidad, esta modificación trae más complicaciones de las que parece. Así pues, seis meses no tienen por qué equivaler a 180 días, podrían ser perfectamente 181, 182, 183 o 184, según los períodos del año que en los que se suceda⁴⁷. La doctrina ha acogido bastante bien este cambio de palabras, ya que entiende que dado que se trata de un subsidio diario⁴⁸, resultará pues más acorde que también su duración sea por días.

Mayores dudas suscita el determinar quién va a ser la entidad gestora competente para declarar esa prórroga de 180 días, ya que durante los 12 primeros meses de baja los responsables son tanto el Servicios Público de Salud, como las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social⁴⁹. Sin embargo, no se olvide que desde la entrada en vigor de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, la única competente para conocer de los procesos de larga duración por incapacidad temporal es el INSS a través de los Equipos de Valoración de Incapacidades (EVI)⁵⁰. Es decir, desde el inicio hasta los 365 días de duración de la IT serán

⁴⁵ “Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presume que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación” (artículo 128.1 a) de la LGSS).

⁴⁶ Ver artículo 128.2 de la LGSS: “A efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal que se señala en el apartado a) del número anterior, y de su posible prórroga, se computarán los de recaída y de observación”.

⁴⁷ ARADILLA MARQUÉS, Mª. J: “Alcance de las últimas reformas en materia de prestaciones de la Seguridad Social (al hilo de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre)”... op.cit., página 2.

⁴⁸ ARADILLA MARQUÉS, Mª. J: “Alcance de las últimas reformas en materia de prestaciones de la Seguridad Social (al hilo de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre)”, *Actualidad Laboral*, nº 10, 2010, página 2. Por contingencias comunes, a partir del cuarto día de baja hasta el vigésimo día de baja, le corresponde al trabajador el 60% y desde el vigésimo primero en adelante el 75%. Y por contingencias profesionales se percibirá la prestación económica al día siguiente al de la baja médica, correspondiéndole el 75%.

⁴⁹ Para el caso de que el empresario tenga concertado con estas entidades la cobertura de los riesgos que sufran los trabajadores de su empresa.

⁵⁰ Ver la Disposición Adicional Cuadragésima Octava de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 y el número dos de la disposición final quinta de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. Esta posición se ha mantenido con posterioridad con las sucesivas reformas hasta día de hoy. Así pues, se dice: “Agotado el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días previsto en el párrafo anterior, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. De igual modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se produzca en un plazo de ciento ochenta (...)

competentes para emitir los partes de baja, confirmación de la baja y alta médica, el SPS y las MCSS y, de ahí en adelante, el único competente será el INSS.

El hecho de que el INSS decidiera desde ese momento la declaración de una IP, el alta médica por curación o la prórroga de la IT, supone atribuirle a este órgano no sólo la gestión económica, sino también la sanitaria. De este modo se están recortando en competencias que inicialmente le correspondían a los SPS y a los médicos de las MCSS⁵¹. Además, para el caso de que se manifiesten discrepancias de los beneficiarios en cuanto a la resolución adoptadas, señala el artículo 128.1 a) de la LGSS que: “...podrá el interesado, en el plazo máximo de cuatro días naturales, manifestar su discrepancia ante la inspección médica del servicio público de salud, la cual, si discrepara del criterio de la entidad gestora, tendrá la facultad de proponer, en el plazo máximo de siete días naturales, la reconsideración de la decisión de aquélla, especificando las razones y fundamento de su discrepancia”.

Llegados a este punto podrían ocurrir dos cosas⁵²: a) que se pronuncie el INSS mediante resolución expresa por la que manifieste su conformidad con la decisión adoptada, o b) que no conteste en los once días que dispone. Con independencia de lo que ocurriese, en ambos casos, la alta médica adquirirá plenos efectos⁵³. Y es que, durante ese espacio de tiempo que transcurre entre la fecha de la alta médica y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos se considerará prorrogada la situación de incapacidad temporal (artículo 128.1 a) LGSS).

Pienso que con esta medida lo único que se está produciendo es una invasión de competencias en materia que les corresponden estrictamente a los Servicios Públicos de Salud, tales como las materias sanitarias. Favoreciéndose así el conflicto entre estas entidades, ya que ese recurso a una segunda revisión que, seamos realistas, en la mayoría de los casos se deniega por silencio negativo, lo único que nos conduce es a la colocar al trabajador en una situación de absoluta indefensión, pues pende totalmente desde ese momento de un único órgano, que ni siquiera ha seguido desde el principio su evolución. Además de que durante ese periodo de espera se alarga la incapacidad temporal. Efectivamente, se debe concentrar en un único órgano las distintas prórrogas, pero también deben evitarse situaciones de conflicto entre estas entidades. Por ello entiendo que debería dejarse en manos de quienes deciden el inicio de la IT las competencias sobre su duración y extinción⁵⁴.

días posteriores a la antes citada alta médica por la misma o similar patología, con los efectos previstos en los párrafos siguientes”.

⁵¹ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005) ... op.cit., páginas 1350 y 1351. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 220.

⁵² Ver artículo 128.1 a) LGSS: “Si la inspección médica se pronunciara confirmando la decisión de la entidad gestora o si no se produjera pronunciamiento alguno en el plazo de los once días naturales siguientes a la fecha de la resolución, adquirirá plenos efectos la mencionada alta médica”.

⁵³ A contar desde que dicte la resolución expresa o a partir de los once días naturales que según señala la ley dispone el INSS para responder.

⁵⁴ En esta línea ver VILLAR CAÑADA, I.M: “La gestión de la incapacidad temporal a la luz de las últimas reformas: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, nº 20, 2006, página 5 a 9. En contra, FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas 219 y 220, al señalar que (...)

Acto seguido, indica el artículo 131 bis apartado 2 de la LGSS que: “*Cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo de 545 días fijado en el párrafo primero de la letra a) del apartado 1 del artículo 128, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda*”. Como ya se ha indicado, este periodo fue introducido por el legislador de 1994 para sustituir a la extinguida invalidez provisional y frenar así, los largos periodos de duración hasta la declaración definitiva de la incapacidad permanente en los que se prorrogaba ésta con la anterior legislación⁵⁵.

Esta segunda prórroga, o como algún autor denomina “fase puente hacia la incapacidad permanente”⁵⁶, solamente puede producirse si la Entidad Gestora de la prestación, es decir, el INSS a través del EVI⁵⁷, entiende que no existe posibilidad de mejoría, pues de lo contrario habría de recurrir a la segunda opción que establece el artículo 131 bis apartado 2 de la LGSS⁵⁸. Por lo que en total, sumadas la duración inicial, la prórroga ordinaria y esta fase puente, daría una duración máxima de la IT de 635 días⁵⁹.

Durante todo ese periodo el trabajador se encontrará en situación asimilada a la de la invalidez provisional, lo que a efectos de Seguridad Social va a suponer que no cotice aunque el subsidio económico⁶⁰ que perciba sea el de IT⁶¹. Y una vez que sea calificada la

“... la reforma puede valorarse positivamente, pues centraliza en una única Entidad Gestora el reconocimiento de las prórrogas, independientemente de la contingencia que origina la prestación de incapacidad temporal y de la entidad responsable de la misma, evitándose posibles desigualdades en el trato dispensado por los facultativos de la MATEP y los de los Servicios Públicos de Salud”.

⁵⁵ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 222.

⁵⁶ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas 222 a 225.

⁵⁷ TORTUERO PLAZA, J.L: “Nuevamente la Incapacidad Temporal a debate”, Revista de Derecho de la Seguridad Social, nº 1, 4º Trimestre, 2014, página 36.

⁵⁸ En este artículo se dice, que si hubiese posibilidad de mejoría podrá prorrogarse la prestación como límite máximo hasta los 730 días de duración. En esta línea, véase con detenimiento a BARCELÓN COBEDO, S: *El tránsito entre Prestaciones del Sistema de Seguridad Social*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2002, página 103.

⁵⁹ Entiendo pues, que como la ley no especifica aquí por días, sino por meses, cada mes cuenta como 30 días, lo cual no se corresponde con el número de días reales que tienen cada uno de los distintos meses (28, 30 y 31). Por lo que en general, los trabajadores no llegan a disfrutar verdaderamente del número de días que están de baja.

⁶⁰ A este respecto señala la Disposición Adicional quinta de la Ley 1300/1995, de 21 de julio , que desarrolla en materia de incapacidades laborales del Sistema de Seguridad Social, la Ley 42/1994, que en: “*los supuestos de agotamiento, por el transcurso de plazo máximo, de la incapacidad temporal, en los términos previstos en el artículo 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social, durante la prórroga de efectos de la prestación, ésta correrá a cargo, con efectos desde el día siguiente a aquél en que se haya producido la extinción de dicha situación, de la Entidad gestora competente cuando la incapacidad derive de contingencias comunes, o de la Entidad gestora o de la correspondiente Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, si la incapacidad tiene su origen en contingencias profesionales*”.

⁶¹ Ver nota al pie número 49 de ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social...* op.cit., página 256. BARCELÓN COBEDO, S: *El tránsito entre Prestaciones del Sistema de Seguridad Social...* op.cit., página 135.

Como bien expone José Vida Soria, “... durante esos plazo (y en casos de alta médica en cualquier momento con declaración de Invalidez permanente), se estará ante una especie de “prórroga” de la situación de Incapacidad Temporal (a efectos por ahora de Seguridad Social)”. Ver VIDA SORIA, J: *La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo. (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)*... op.cit., página 14.

situación de incapacidad permanente (en cualquiera de sus grados) pasará entonces éste a percibir esta prestación, lo que producirá sus efectos desde el momento en que recaiga la correspondiente resolución⁶², de lo contrario se pospondrá esta calificación hasta un máximo de 24 meses de duración o 730 días⁶³.

Ahora bien, ¿qué sucede en el caso de que no se pronunciara la Entidad Gestora sobre la posible calificación de la IP y se agoten los 635 días? La doctrina científica ya se ha pronunciado sobre este particular interrogante entendiendo pues la existencia de una doble posibilidad, una restrictiva y otra extensiva. En la primera de estas opciones, los efectos de la prestación solo podrán ser prorrogados durante los plazos máximos que dispone el EVI para calificar el estado de incapacidad que se trate. Mientras que, en la segunda de las líneas, los efectos económicos se entenderán prorrogados más allá de ese plazo de tres meses, hasta su calificación como IP, sin límite temporal alguno⁶⁴. Y es que, en el artículo 131 bis apartado tercero, no se concretan hasta cuándo podrá prolongarse el subsidio económico, sino hasta que plazo dispone el INSS, a través del EVI para calificar la situación de IP⁶⁵.

Por todo ello, parece más acorde inclinarse por la segunda y más amplia de estas alternativas⁶⁶, ya que un incumplimiento tardío de la Entidad Gestora en cuanto a los plazos que fija la ley para declarar o no una incapacidad permanente, no debe en absoluto comportar consecuencias negativas para el trabajador⁶⁷. De lo contrario, el trabajador quedaría totalmente desprotegido al no percibir el subsidio correspondiente y tampoco poder incorporarse a trabajar en la empresa, debido a que todavía carece de capacidad para el desempeño de su profesión habitual.

⁶² BARRIOS BAUDOR, G: "Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima (Comentario a la STSJ Navarra 31 de diciembre de 1997)", *Aranzadi Social*, nº 5, 1997, página 710.

⁶³ TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal...* op.cit., página 36.

⁶⁴ FERNÁNDEZ PRATS, C: "La nueva regulación de la incapacidad temporal y su duración", en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La incapacidad temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, página 257. TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal...* op.cit., página 36. BARRIOS BAUDOR, G: "Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima (Comentario a la STSJ Navarra 31 de diciembre de 1997)"... op.cit., página 711. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página 178. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas 224 y 225.

⁶⁵ Ver artículo 1 letra g) de la Ley RD 1300/1995, de 21 de julio por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social: "Será competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social, cualquiera que sea la Entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate: ... g) Declarar la extinción de la prórroga de los efectos económicos de la situación de incapacidad temporal, a que se refiere el apartado 3 del artículo 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en el momento en que recaiga la correspondiente resolución por la que se reconozca o deniegue el derecho a prestación de invalidez".

⁶⁶ BARRIOS BAUDOR, G: "Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima (Comentario a la STSJ Navarra 31 de diciembre de 1997)"... op.cit., página 712. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 225.

⁶⁷ CASTÍNEIRA FERNÁNDEZ, J: "Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las leyes 24/1997, de 17 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, y 66/97 de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1998, página 386. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página 121. En este mismo sentido, la STS de 23 de mayo de 2012.

No obstante a lo anterior, en aquellos casos en los que agotados los 545 días (365 días iniciales más los 180 de prorroga) continuasen las necesidades de tratamiento médico, ya sea por la expectativa de la recuperación del trabajador o por la mejora de su estado de salud con vistas a su reincorporación laboral, se podrá demorar la citada calificación. Ahora bien, fija la ley el límite temporal de que en ningún caso podrá rebasarse los 730 días (24 meses) siguientes desde la fecha en que se inició la incapacidad temporal (artículo 131 bis apartado 2 de la LGSS).

La doctrina se ha cuestionado si esta tercera prorroga debe sumarse a la anterior de tres meses (545 días más 180 días entre la fase puente y esta última prorroga) lo que daría un total de seis meses o, si por el contrario, debe ésta sustraerse de la anterior prorroga de tres meses de duración⁶⁸. Ambas prorrrogas constituyen dos períodos de tiempo con distintas finalidades y, que por tanto, se abren en momentos distintos. Es por ello que, en principio, no deban sumarse⁶⁹. Así pues mientras que la primera de las prorrrogas, como ya se ha expuesto, solamente procede en el caso de que los servicios médicos de la Entidad Gestora entiendan que el trabajador no va a experimentar una mejoría, debiéndose una vez agotado dicho plazo de tres meses calificar su estado en el grado de IP que corresponda. En la segunda de estas se presume, por el contrario, que si podrá el trabajador, antes de que se agoten los 730 días máximos de duración de la prestación, recuperar su capacidad íntegra para trabajar. Ahora bien, si esta última posibilidad no se produjese habrá igualmente de evaluarse el estado del trabajador a efectos de su declaración en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

Para finalizar con este apartado, me voy a referir ahora a la prorroga de seis meses prevista por la ley para los períodos de observación por enfermedades profesionales (artículo 128.1 b) de la LGSS)⁷⁰. La competencia para resolver acerca de la procedencia o no de ese alargamiento en la duración de la IT hasta los 545 días, reside en el INSS a propuesta de los Equipos de Valoración de Incapacidades (EVIs)⁷¹, pudiéndose únicamente conceder cuando se presuma que durante dicho periodo el trabajado va a superar su estado de incapacidad⁷², de lo contrario, ésta prorroga no podrá ser concedida.

Se trata de una prolongación de la IT que debe instarse en el plazo de los veinte últimos días del periodo de observación por enfermedades profesionales⁷³ y, en la cual, han de figurar los datos que se formulan en la disposición adicional segunda del RD 1300/1995, de 21 de julio, esto es, los datos identificativos de la Entidad Colaboradora que haya iniciado el procedimiento, los del trabajador y la empresa o empresas en las que se encuentre dado de

⁶⁸ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., página 239. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 239.

⁶⁹ A favor, FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 239. En contra BEJARANO HERNÁNDEZ, A: "La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración "... op.cit., página 63.

⁷⁰ Señala este artículo que: "Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad".

⁷¹ Ver artículo 1.1 c) y 3.1 g) del RD 1300/1995, de 21 de julio.

⁷² JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., páginas 61 y 62.

⁷³ Ver procedimiento que señala la Orden de 18 de enero de 1996, para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social.

alta, haciéndose constar la fecha en que se haya iniciado el período de observación, posible enfermedad profesional y razones que justifican la solicitud de prórroga. Además de que a esta solicitud deberá acompañarla un informe del médico que tenga sujeto al trabajador a observación.

En el momento en que finalice la duración máxima del periodo de observación por enfermedades profesionales, doce meses en total⁷⁴, el trabajador pasará entonces a ser calificado en algunas de estas tres posibilidades: 1) como incapaz permanente; 2) en alta siempre que se verifique la inexistencia de una enfermedad profesional, o en último caso, 3) en situación de incapacidad temporal, tal y como se deduce del artículo 128.2 de la LGSS, descontándosele por ese periodo el tiempo de permanencia en observación⁷⁵.

4. LA RECAÍDA

Actualmente, la recaída viene ocupando un papel especialmente importante pues, en torno a esta figura, sobrevuelan una vez más los problemas relativos al fraude y al absentismo laboral. Tal vez por ello, haya sido esta figura retocada nuevamente mediante la Ley 30/2005 con la intención de reducir aún más las dudas existentes. No obstante, permanecen todavía abiertos algunos interrogantes y van de hecho surgiendo otros nuevos debido, quizás, a la falta de desarrollo reglamentario⁷⁶.

Esta figura aparece regulada en los artículos 128.2 de la vigente LGSS⁷⁷ y también en el 9.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967⁷⁸ por la que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria (incapacidad temporal) en el Régimen General de la Seguridad Social. Aparte, habrá de tener también en cuenta la previsión que recoge el número 131 bis apartado 1 de la LGSS⁷⁹. Y es que, el dilema sobre cuando se entiende que existe una recaída y cuando un nuevo proceso de IT o, dicho con otras palabras, si las diferentes bajas son acumulables a efectos de calcular la

⁷⁴ Seis meses iniciales prorrogables por otros seis (artículo 128.1 b) de la LGSS).

⁷⁵ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página 176. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 246.

⁷⁶ TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., página 811.

⁷⁷ Tal y como se señala en este artículo: “A efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal que se señala en el apartado a) del número anterior, y de su posible prórroga, se computarán los de recaída y de observación”.

⁷⁸ En donde se señala que: “El subsidio por incapacidad temporal se abonará mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social, estando impedido para el trabajo por un período de duración máxima de dieciocho meses, prorrogables por otros seis, si también se hubiese prorrogado dicha asistencia, incluyéndose para el cómputo de estos períodos los de observación y recaída”.

“Si el proceso de incapacidad temporal se viera interrumpido por períodos de actividad laboral por un tiempo superior a seis meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad”.

⁷⁹ Tras la nueva redacción que ofrece la Ley 30/2005, se dice ahora que: “En el supuesto de que el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del plazo máximo establecido en el apartado a) del número 1 del artículo 128 y el trabajador hubiese sido dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente, sólo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología si media un período de actividad laboral superior a 180 días o si el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica incapacidad temporal”.

duración máxima de la prestación o, por el contrario, cada periodo de incapacidad abre una nueva incapacidad temporal, se convierte en el principal escollo sobre el cual debe iniciarse toda esta ardua temática.

Según expresa el Diccionario de la Real Academia Española, recaer consiste en “*caer nuevamente enfermo de la misma dolencia el que estaba convaleciente o había recobrado su salud*”⁸⁰, sin embargo, esta definición que aquí se ofrece merece algunos matices más precisos. Como se deduce del tenor literal del artículo 128.2 de la LGSS, para que exista una recaída debe tratarse de una enfermedad⁸¹, ya que resulta imposible volver a recaer cuando la causa sea un accidente. Por esa razón, se entiende que si el origen de esta segunda IT es un accidente de trabajo o un accidente no laboral, no hay recibida, sino que nace una nueva incapacidad temporal⁸². Ahora bien, otra cosa es que tras ser dado de alta, ulteriormente y antes de que transcurran seis meses desde la primera baja, se reproduzcan las secuelas del accidente o la enfermedad, entonces si cabría hablar de una recaída por las mismas dolencias⁸³. Además, añade el artículo 9.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967 a este concepto un elemento más, esto es, el temporal. Y es que se necesita que medie entre la primera y la segunda baja un periodo de actividad laboral no inferior a seis meses, de lo contrario, se entenderá que nace una IT autónoma respecto de la anterior⁸⁴.

⁸⁰ Ver STS de 1 de abril de 2009 (RJ 2009/2879) en su fundamento tercero.

⁸¹ En lo que respecta al periodo de 12 días iniciales a cargo del empresario en el supuesto de que se trate de una enfermedad común, el hecho de que se vuelva a caer nuevamente enfermo no supone que deba abrirse nuevamente ese periodo de 12 días, sino que habrá de verificarse si esa segunda patología se corresponde o no con la que originó la vez primera. GARCÍA NINET, J.I: “Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes. Algunas reflexiones”... op.cit., páginas 60 y 61.

⁸² JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., página 70. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 248.

⁸³ Señala a este respecto el profesor José Ignacio García Ninet, que: “...la recaída no es sólo predictable de la enfermedad, sea ésta común o profesional, aunque será lo más frecuente, sino que puede derivar de cualquier proceso patológico, pues tras ser dado de alta es posible que, ulteriormente y dentro de los seis meses inmediatamente siguientes, el proceso o las secuelas del accidente o de la enfermedad, pudieran reproducirse”. Ver GARCÍA NINET, J.I: “Sobre la interpretación extensiva de las recaídas en la incapacidad temporal”, *Tribuna Social*, nº 53, 1995, página 5.

⁸⁴ GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A: *La incapacidad temporal...* op.cit., página 34. VIDA SORIA, J: “La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)”... op.cit., página 14. GARCÍA VALVERDE, M.D: “El subsidio por incapacidad laboral temporal: Cuantía y dinámica”... op.cit., página 9. Ver también LÓPEZ INSUA, B. M: “La problemática de la recaída en incapacidad temporal y el alcance de las competencias del INSS para emitir una nueva baja, a la vista de las últimas reformas operadas ¿cuál ha sido su finalidad? Comentario a la STS (Sala de lo Social, Sección 1), de 8 de julio de 2009 (RJ 2009/4686). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3536/2008”, *Temas Laborales, revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 108, 2011, página 239 y siguientes.

En el caso de la República de Italia el elemento temporal resulta ser bastante menor, en comparación con lo que sucede en España. Así pues, para que exista una recaída deben transcurrir 30 días como máximo entre la primera y la recibida por la misma o similar patología, pues de lo contrario, se entiende que nace un nuevo proceso de IT. Como ya se ha señalado anteriormente en otra nota al pie, computan dentro del periodo máximo de IT los tiempos de recaída, por lo que en total, sumadas todas ellas y las distintas prórrogas, no podrán superar los 180 días por año natural. Ahora bien, si la enfermedad por recaída surge al año siguiente al de la primera baja y no han transcurrido 30 días, se debe entonces volver a computar los 180 días máximos en ese nuevo año, de modo que podría ocurrir que un trabajador agotase 179 días en un año y consuma otros 180 más en el siguiente. Del mismo modo, si se trata de una IT no interrumpida y que continúa al año siguiente, computan al comienzo del nuevo año otra vez los 180 (...)

Si bien, resulta bastante discutible el supuesto de que un trabajador vuelva a enfermar por las mismas o distintas dolencias a las que originaron la vez primera y no hayan transcurrido más de seis meses. A este respecto, existen dos posturas enfrentadas, de una parte está la opinión de los que mantienen que procede la acumulación de procesos de IT y, de otra parte, están la de los que postulan que tan sólo es posible aunar ambos procesos cuando la enfermedad sea debida a la misma enfermedad⁸⁵.

Para causar el derecho a la prestación económica de la IT tras una recaída es imprescindible estar en alta o situación asimilada al alta y haber cotizado un periodo previo de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores (cuando se traten de contingencias comunes, ya que para las profesionales no es exigible este último requisito –artículo 130 a) y b) LGSS–)⁸⁶. Por esta razón, se plantea ¿qué ocurriría cuando el trabajador no reuniese alguno de estos dos requisitos en el momento de la primera baja, pero si en el de la recidiva?, ¿podría entonces el trabajador generar el derecho a la prestación en esa segunda baja?

Nuestros Tribunales han mantenido, que si no cabe el reconocimiento del derecho cuando sobrevino la IT inicial por falta de periodo de carencia no se podrá en la recaída subsanar los defectos cometidos en la primera, ya que el percibo del subsidio nace en el momento en que el trabajador cumplan con todos los requisitos que exige la ley⁸⁷.

días. Ver PUNZI, C.N: “Sezione II. Il sostegno del reddito durante il rapporto di lavoro”, en VV.AA, SGROI, A (a cura di), *Il sistema di previdenza sociale dei lavoratori privati*, Italia, Torino, 2010, página 332.

⁸⁵ FERNÁNDEZ PRATS, C: “Incapacidad temporal y recaída (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 8 de mayo de 1995)”, *Tribuna Social*, nº 62, 1996, páginas 46 y 47.

⁸⁵ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., páginas 179 y 180. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., página 71. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 249. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2012, páginas 106 y 107.

⁸⁶ Por lo que para este último supuesto, contingencias profesionales, el enlace entre una y otra situación de IT es relativamente fácil. Ver en este sentido, MARTÍNEZ-GUÍÓN MACHUCA, M.A: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005) ... op.cit., página 1353.

⁸⁷ Véase la STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2011 (número 12/2012) en su fundamento de derecho único y STS de 24 de noviembre de 1998 en su fundamento de derecho número tres: “... Conceptualmente, la situación de incapacidad temporal viene determinada (artículo 128 L.G.S.S.) por encontrarse el trabajador impedido para trabajar y recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social, exigiéndose, además, para que el beneficiario tenga derecho a la prestación económica, el requisito general de encontrarse en situación asimilada al alta y, caso de enfermedad común, haber cumplido un periodo de cotización de 180 días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores (artículo 130 L.G.S.S.). Todos estos requisitos concurren en el hoy actor, y la única razón de la desestimación, es que, como en la primera baja por la misma dolencia ocurrida en 1992, no tenía derecho a la prestación por falta de periodo de carencia, la posterior baja, acaecida en 1995, cuando sí cumple el periodo mínimo de cotización, no “subsana” el primer defecto, en cuanto el hecho causante de la última “recaída” es el sobrevenido en 1992.

A juicio de la Sala, la sentencia recurrida confunde dos supuestos diferentes, cuales son el de reconocimiento del derecho y el de duración del mismo. El primero viene sometido a la concurrencia de sus requisitos legitimadores: asistencia sanitaria de la Seguridad Social, impedimento para trabajar existiendo posibilidad de sanación y cumplimiento del periodo de carencia. El segundo, que presupone el reconocimiento del derecho, lo que persigue es que la situación reconocida inicialmente no se prolongue indefinidamente en el tiempo, estableciendo, al efecto, los índices temporales correctores, a los que se refieren los artículos 128.1.a) L.G.S.S. -doce meses, prorrogados por otros seis meses, sin perjuicio de la prórroga especial del artículo 131 bis.2- y 9.º1 de la O.M. de 13 de octubre de (...)

A *sensu contrario*, si el trabajador cumple con todos los requisitos en el momento de la primera baja, pero no en el de recaída y siempre que no hayan transcurrido más de seis meses de actividad laboral, el Tribunal Supremo establece que si cabe reconocer el derecho a la prestación temporal, puesto que como se trata de un mismo proceso deben permanecer intactos los mismo requisitos exigidos en la recidiva⁸⁸. Se trata éste de un criterio difícil de sostener, pues no se puede sustituir unas rentas que ya no existe por no encontrarse el trabajador en alta o situación asimilada. De lo contrario, se estaría beneficiando económicamente al trabajador por causa de su enfermedad⁸⁹, salvo que procediera de una incapacidad temporal “técnica” por encontrarse el trabajador en desempleo y por tanto, en situación asimilada al alta⁹⁰.

El último de los interrogantes que se plantean es el relativo a quién es el órgano responsable de decidir sobre una nueva baja por IT cuando sea debida a distintas afecciones respecto de la inicial. El artículo 128.1 a) de la LGSS precisa en todo momento, que para que haya una recaída la patología debe ser “la misma o idéntica” que ocasionó la vez primera, siendo el INSS el único competente para decidir sobre esta recidiva. De acuerdo con esta idea, cuando el trabajador sufra otras dolencias que no traigan su causa en la primera de las enfermedades y no hayan aún pasado seis meses, el competente para decidir sobre esta

⁸⁸ 1967- sobre acumulación de períodos o no según se trate de una misma o diferente dolencia, con el límite, en todo caso, de seis meses de actividad laboral posterior a la fecha de alta médica, dado que transcurrido este plazo, incluso idéntica enfermedad abre un nuevo período de incapacidad temporal.

Conforme a lo antes expuesto, cabe reconocer la situación de incapacidad temporal pretendida, a partir de la fecha de baja, que se produjo en 19 de marzo de 1995; momento en que el recurrente reunía todos los requisitos para el acceso a la prestación litigiosa, y, será a partir de esta fecha, en su caso, cuando se plantearían las cuestiones referentes a la duración de la prestación reconocida. Distinción e interpretación que sería más conforme al artículo 41 de la Constitución Española y al principio de eficacia y utilidad de las cotizaciones realizadas en orden al reconocimiento de las prestaciones sustitutorias de rentas de la Seguridad Social. Resultaría contrario a este principio y al de proporcionalidad, consagrar una doctrina expresiva de que, denegada una prestación de incapacidad temporal por no reunir en el momento de la primitiva baja por enfermedad común el requisito de carencia o alta, tal defecto inicial se prolonga indefinidamente en el tiempo futuro sin posibilidad para el beneficiario de acceso al reconocimiento de la situación y prestación económica una vez cumplido los requisitos habilitantes, máxime cuando tratándose de Seguridad Social Pública, los preceptos que puedan restringir derechos individuales, deben ser interpretados de forma restrictiva (S. T.S. de 9 de junio de 1997), y, en el caso examinado, ninguna norma existe que prohíba acceder al reconocimiento de una situación de incapacidad temporal, a quien en la fecha de la última baja por enfermedad que le origina impedimento para trabajar, cumple con el requisito de carencia que no cubrió en una anterior fecha de baja por la misma dolencia. Debe añadirse, finalmente, que, al margen del hecho causante, la fecha de efectividad de la prestación (S. T.S. de 26 de enero de 1998) opera solamente a partir del acto administrativo de reconocimiento. Acto que, precisamente, debe dictarse cuando se acredite la concurrencia de las condiciones exigidas en forma general por el artículo 124 de la Ley General de la Seguridad Social”.

En esta misma línea véase, FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 253.

⁸⁹ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., páginas 76 y 77. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 254. En contra BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., páginas 108 y 109, quien declara, que “en cuanto a la exigencia de reunir nuevamente los requisitos, en principio parecería de lógica jurídica que no se requiriesen de nuevo, ya que se trata de una mera reanudación de una prestación ya concedida y no parece equitativo que un trabajador temporal carezca del subsidio en la recaída si en ese momento ya no tenía contrato en vigor”.

⁹⁰ Ver nota al pie número 138 en BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página 109.

⁹⁰ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 254.

segunda baja es el SPS cuando se traten de contingencias comunes o la Mutua si el origen es profesional. No obstante, el problema mayor está aquí en concretar quien va a ser el órgano que decida si se trata de la misma o distinta dolencia, el INSS, el SPS o la MCSS, ya que es más que evidente que el conflicto entre ellos está servido. Así pues, de acuerdo con la actual regulación, el único competente para aclarar el origen de esta segunda situación de necesidad es el INSS⁹¹. Se rompe con esta novedad de 2005, el procedimiento unitario que hasta entonces se había seguido por parte del SPS⁹². Además de que, para el caso de que exista disconformidad por parte del interesado sobre la resolución adoptada, se establece un procedimiento a seguir que ciertamente anima bastante esta disputa⁹³.

En mi opinión debe tratarse de eliminar estas situaciones de controversia entre uno y otro órgano, concediéndosele únicamente a los SPS la competencia para decidir sobre las recaídas y las nuevas bajas, pues lo que debe prevalecer ante todo es el diagnóstico inicial y la situación real del beneficiario, pero no crear situaciones de indefensión para el trabajador. Y es que, a fin de cuenta, de nuevo la sombra de un posible fraude perjudica a los trabajadores al dejar bajo la autoridad exclusiva del INSS la competencia para pronunciarse y resolver (en caso de desacuerdo) sobre una cuestión en la que no ha estado presente desde un inicio⁹⁴. A mi modo de ver, esto es un gran error que debería modificarse y volver al sistema establecido anteriormente a esta ley.

Con redacción que ofrece la ley 30/2005 al artículo 131 bis. 1 de la LGSS, se consigue dar un vuelco a la doctrina que venía proclamando desde el 2002 el Tribunal Supremo ante la falta de claridad de la ley y se asientan, de una manera definitiva, las bases

⁹¹ Siguiendo la redacción dada por la Ley 30/2005.

⁹² TORTUERO PLAZA, J.L: "Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006"… op.cit., página 811.

⁹³ Ver artículo 128.1 a) de la LGSS: "*En los casos de alta médica a que se refiere el párrafo anterior, frente a la resolución recaída podrá el interesado, en el plazo máximo de cuatro días naturales, manifestar su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud, la cual, si discrepa del criterio de la entidad gestora, tendrá la facultad de proponer, en el plazo máximo de siete días naturales, la reconsideración de la decisión de aquélla, especificando las razones y fundamento de su discrepancia.*

Si la inspección médica se pronunciara confirmando la decisión de la entidad gestora o si no se produjera pronunciamiento alguno en el plazo de los once días naturales siguientes a la fecha de la resolución, adquirirá plenos efectos la mencionada alta médica. Durante el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha de la alta médica y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos se considerará prorrogada la situación de incapacidad temporal.

Si, en el aludido plazo máximo, la inspección médica hubiera manifestado su discrepancia con la resolución de la entidad gestora, ésta se pronunciará expresamente en el transcurso de los siete días naturales siguientes, notificando la correspondiente resolución al interesado, que será también comunicada a la inspección médica. Si la entidad gestora, en función de la propuesta formulada, reconsiderara la alta médica, se reconocerá al interesado la prórroga de su situación de incapacidad temporal a todos los efectos. Si, por el contrario, la entidad gestora se reafirmara en su decisión, para lo cual aportará las pruebas complementarias que fundamenten aquélla, sólo se prorrogará la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución".

⁹⁴ En contra, Celia Fernández Prats, quien afirma: "En todo caso, ya que tras las últimas reformas el INSS se erige en juez y parte en reconocimiento de la incapacidad temporal cuando se produce una recaída, quizás, como propuesta de "leye ferenda", plantearía menos problemas que fuera el propio INSS el competente para expedir cualquier parte médica de baja dentro de los seis meses siguientes al anterior alta, se trata o no de la misma o similar patología". Ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas 260 y 261.

para el régimen jurídico de esta prestación⁹⁵. De modo que el derecho al subsidio se extinguía por el transcurso de 545 días, pudiendo únicamente generarse un nuevo proceso de IT por la misma o similar patología cuando medie un periodo de actividad de 180 días o si el INSS, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica incapacidad temporal.

A diferencia del caso anterior, el trabajador ha superado los dieciocho meses máximo y ha vuelto a caer en las mismas afecciones que la vez primera, sin embargo, la pregunta que durante mucho tiempo se estuvo debatiendo es la siguiente, ¿hay o no recaída? El Alto Tribunal vino reiterando⁹⁶, si bien sobre hechos acaecidos con anterioridad a 2006⁹⁷, que no debe aplicarse para la regulación establecida en la recaída (artículo 9.1 de la Orden de 1967), sino que debe seguirse las reglas previstas en el artículo 130 de la LGSS, esto es, reconocer la prestación por IT siempre que el trabajador cumpla con los requisitos de alta y cotización ordinarios (180 días dentro de los cinco años anteriores). Por lo que, de esta manera, deja el TS sin efecto la previsión del artículo 131 bis 1 de la LGSS al razonar que dicho artículo sólo se refiere al periodo máximo establecido para cada proceso, “... pero no a procesos colaterales o posteriores que tendrán, a su vez, en cada caso aquella duración”⁹⁸, de forma que no distingue si se trata de una nueva IT o una recaída en la misma enfermedad anterior transcurridos los 545 días⁹⁹. Aunque se trataba ésta de una regulación tendiente a encadenar distintas bajas y, por tanto, limitar su duración al entender que el problema no residía en la cuestión de la carencia, que ya sabemos que se iba a exigir siempre que se caía enfermo¹⁰⁰, sino en determinar el inicio o no de una nueva IT. El TS no lo reconoce expresamente, pero aplica el régimen previsto para la recaída¹⁰¹, aunque no se trata de una recaída, ya que olvida el elemento temporal que lo diferencia de una nueva baja, es decir, haber superado los 545 días (artículo 128.2 de la LGSS) y, en su lugar, crea una especie de proceso único cerrado

⁹⁵ Con la anterior regulación a 2005, el artículo 131 bis 1 de la LGSS se encontraba redactado de la siguiente manera: “*El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate; por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente; por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; o por fallecimiento.*

Sin perjuicio de las competencias que correspondan a los Servicios Públicos de Salud, los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social y en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

⁹⁶ Ver el comentario que realiza el Magistrado de lo Social y Profesor TEU de la Universidad CLM, Antonio Barba Mora, a las sentencias de 20 de febrero de 2002 y 30 de abril de 2004 en BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., páginas 109 a 114.

⁹⁷ De hecho la última de las sentencias que se encuentra data en fecha de 15 de enero de 2008.

⁹⁸ Ver Fundamento de Derecho cuarto de la STS de 20 de febrero de 2002 (RJ 2002, 4535).

⁹⁹ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página 182. TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., página 817.

¹⁰⁰ En este mismo sentido, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página 182.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 257.

que posteriormente se vuelve a abrir¹⁰². Lo más razonable y beneficioso para el trabajador es que se hubiera abierto una nueva incapacidad temporal que perdurase en el tiempo hasta los dieciocho meses máximo¹⁰³, siempre que el trabajador reuniese los requisitos de alta y cotización¹⁰⁴.

Con la actual redacción del artículo 131 bis.1 de la LGSS se da finalmente por despejada esa confusa doctrina que había sido impulsada con anterioridad por la doctrina del TS y se afirma, que para estos casos nace una nueva IT en la que resulta competente el INSS. A diferencia del precepto anterior, aquí si se precisa que debe el trabajador haber realizado una actividad laboral en el periodo de los 180 días posteriores a aquellos previos dieciocho meses. No obstante, ambos comparte la similitud de que en la enfermedad debe ser debida a “la misma o similar” que motivo la primera.

Con la redacción de este nuevo artículo 131 bis.1 de la LGSS¹⁰⁵ los conflictos que anteriormente se planteaban entre el INSS, el SPS y las MCSS de nuevo se vuelven a repetir. Ahora bien, en lo que respecta al tema de la duración de la recaída, el artículo 128.1 a) de la LGSS establece que el trabajador no dispone de un nuevo cómputo, sino que deben computarse aquí los días que le restasen hasta un total de 545 días (según recoge el artículo 128.2 LGSS). En cambio para el artículo 131 bis.1 LGSS, la explicación debe ser justamente la contraria, es decir, el trabajador comenzará *ex novo* el disfrute de una nueva IT¹⁰⁶.

Aclarado esto, conviene precisar seguidamente el dilema en torno a si la posibilidad que se atribuye a la Entidad Gestora para emitir esta nueva baja (tras agotar el período máximo de IT, incluida en su caso la prórroga) “constituye una facultad omnímoda de aquélla, que no está sujeta a regla alguna, o si, por el contrario... el INSS viene obligado a tener en cuenta el estado del trabajador para decidir en función de ello”¹⁰⁷.

¹⁰² TORTUERO PLAZA, J.I.: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., páginas 817 y 818.

¹⁰³ En esta línea, Muñoz Molina, critica esta misma doctrina emanada del TS y reflexiona: La Sala, con una doctrina confusa, parece entender que las reglas contenidas en los artículos 128.2 TRLGSS y 9.1 OLT, no alcanzan a aquellos procesos de IT que ya han finalizado, por lo que la nueva baja médica es una contingencia autónoma con derecho a prestación. Con esta interpretación, el artículo 128.2 del TRLGSS pierde en parte su razón de ser, ya que el mismo trata de impedir que se perpetúe en el tiempo una prestación transitoria, y viene a hacerse de peor condición a quien recae enfermo de la misma enfermedad, sin haber agotado el plazo máximo, que al que lo había agotado y recae de nuevo enfermo. Por su parte, opina Fernández Prats, que tal vez hubiese sido más apropiado que el TS recurriese a la prórroga excepcional del artículo 131 bis.2 de la LGSS, pues se trata de una misma enfermedad. Ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página 256.

¹⁰⁴ TORTUERO PLAZA, J.I.: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., página 817.

¹⁰⁵ Debe tenerse en cuenta también aquí la nueva redacción que da a este precepto la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

¹⁰⁶ De acuerdo con esta opción, ver BEJARANO HERNÁNDEZ, A: “La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración”... op.cit., páginas 68 y 69. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página 263.

¹⁰⁷ Ver F.Jº. 3º de la STS 8 de julio de 2009 (RJ 2009/4686).

Como pone de manifiesto el Tribunal Supremo¹⁰⁸: “... la interpretación ha de resolverse en el segundo de los sentidos apuntados, y ello no sólo porque el INSS, como ente público que es, viene constitucionalmente obligado (art. 9 y 103 de la Ley Fundamental (RCL 1978, 2836) a someter a la legalidad, evitando cualquier decisión arbitraria, sino además porque la propia norma que comentamos le impone adoptar, o no, la medida de referencia “a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad...”. O lo que es igual... parece incuestionable que la existencia de “la misma o similar patología” no puede constituir por sí misma el fundamento de que el subsidio se deniegue, sino que ésta decisión –como su antónima de reconocimiento– habrá de depender de otras razones, y muy singularmente de la incidencia de la patología sobre la capacidad de trabajo, de manera que la denegación por simple identidad o similitud de procesos morbosos se presenta –dado el tenor de los preceptos– causa de justificación insuficiente y decisión incursa en arbitrariedad”.

Con esta nueva ordenación no cabe duda de que se tratan de evitar situaciones fraudulentas al dejar en manos el INSS el control en estos supuestos¹⁰⁹.

Por último, el artículo 131 bis.3 de la LGSS se refiere a una segunda posibilidad por la que se puede extinguir el subsidio por IT y es cuando el INSS, a través de las EVIs, considere que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral y para ello emita “la baja médica a los exclusivos efectos de la prestación económica”¹¹⁰. Este concepto para nada es nuevo, sino que se remonta al ya extinguido RD 575/1997, de 18 de diciembre sobre la prestación económica por incapacidad temporal. Si bien es cierto, que se trata una figura muy criticada y problemática, la cual fue eliminada del artículo 128.1 a) de la LGSS (gracias a reforma operada por la Ley 26/2009 de PGE para el año 2010) en lo que se refería al “alta a los exclusivos efectos económicos de la prestación por IT”¹¹¹. Sin embargo, el artículo 131 bis 3 de la LGSS no corrió la misma suerte, pues todavía sigue aludiendo a la “baja médica a los exclusivos efectos de la prestación económica”. Según esta previsión, reside en el INSS aclarar si la nueva baja médica obtenida por el trabajador produce o no efectos económicos¹¹². Esta previsión, sin lugar a dudas, resulta absurda, ya que entiendo que o se

¹⁰⁸ Ver comentario a la STS 8 de julio de 2009, en LÓPEZ INSUA, B.M: “La problemática de la recaída en incapacidad temporal y el alcance de las competencias del INSS para emitir una nueva baja, a la vista de las últimas reformas operadas ¿cuál ha sido su finalidad? Comentario a la STS (Sala de lo Social, Sección 1), de 8 de julio de 2009 (RJ 2009/4686). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3536/2008 ”... op.cit., páginas 243 a 249.

¹⁰⁹ TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., páginas 818 y 819.

¹¹⁰ Precepto que se mantiene inalterado a pesar de la reforma operada por la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de PGE para el año 2014. Ver apartado 3 del art. 131 bis 3 de la LGSS.

¹¹¹ Tal y como el artículo 1 en su apartado cuarto del RD 575/1997, de 18 de diciembre, ello venía a significar que: “*El alta médica expedida por el facultativo adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a los exclusivos efectos económicos, determinará la extinción de la prestación económica por incapacidad temporal y el consiguiente derecho del trabajador de incorporarse a la empresa, sin perjuicio de que el Servicio Público de Salud continúe prestando al trabajador la asistencia sanitaria que, sin requerir una nueva baja médica, aconseje su estado*”.

¹¹² FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página 263.

tiene o no se tiene derecho al subsidio¹¹³, por no hablar de la completa situación de indefensión en la que se deja al trabajador. Por supuesto, el TS afirma que el INSS debe pronunciarse sobre el estado del trabajador fundamentando este razonamiento de manera objetiva (STS de 8 de julio de 2009 antes mencionada), procurando así de evitar la discrecionalidad¹¹⁴. No obstante, creo esta medida no favorece para nada el camino hacia una mejor y mayor protección del trabajador ante situaciones de necesidad que, de hecho, constituye la base misma por la que nace esta prestación. A día de hoy, está claro que las nuevas reformas legislativas otorgan al INSS (y también a las MCSS) el absoluto control en esta materia con la única intención de endurecer y recortar la duración de la IT ante la posible existencia de un fraude.

¹¹³ TORTUERO PLAZA, J.L: "Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006"... op.cit., página 819.

¹¹⁴ A favor, ver TORTUERO PLAZA, J.L: "Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006"... op.cit., páginas 819 a 821.

El derecho a la Asistencia Sanitaria de los extranjeros en situación irregular

The right to health care of migrants in an irregular situation

VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN

BECARIA DE INVESTIGACIÓN FPU. DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

Son muchos los elementos definidores del sistema sanitario que han quedado afectados por la última reforma sanitaria. En efecto, la lucha por la contención del gasto sanitario público ha implicado la reformulación de buena parte del catálogo de prestaciones sanitarias, de su financiación –copago– y del ámbito subjetivo de cobertura. Este artículo está dedicado precisamente a esta última cuestión. En concreto, en las líneas que siguen se aborda la controvertida restricción operada en el acceso a los servicios sanitarios de los inmigrantes en situación irregular. Dicha restricción amenaza con destruir uno de los principios fundamentales de nuestro Sistema Nacional de Salud como es la universalidad de las prestaciones. Se propone, así, una reflexión jurídico-crítica sobre las consecuencias de esta polémica medida y su cuestionamiento a la luz del derecho social fundamental a la protección de la salud y de los valores característicos del Estado social de Derecho.

Abstract

Last reforms in Spain have affected a lot of aspects of the Spanish Healthcare system. The fight against public debt has involved the reformulation of great part of the catalogue of health services, the financing system and the health care coverage. This latter issue will be precisely the object of this article. In particular, we will focus on the controversial restrictions on irregular immigrants' free access to the Health care system. These restrictions threaten the universality as one of the cardinal principles of the system. We will also assess the effects of this measure and question it in the light of the social fundamental right to health protection and the characteristic social values of the Welfare State.

Palabras clave

Inmigración irregular, salud, universalidad, justicia social, tarjeta sanitaria.

Keywords

Irregular immigration, health, universality, social justice, health card.

1. LA REFORMA SANITARIA Y SU INCIDENCIA EN EL COLECTIVO DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR

Uno de los elementos más característicamente ensalzados en la evolución del sistema sanitario en España había estado referido a la ampliación del ámbito subjetivo de cobertura, desde la ruptura con el principio contributivo clásico. Una ampliación que había permitido consolidar un sistema prácticamente universal, a falta de reducidos colectivos de población. La reforma sanitaria de 2012 supuso mucho más que un alto en el camino hacia la consecución de la plena universalización del modelo. Supuso un paso atrás en esos avances históricos, alejando al sistema de la meta a la que la asistencia sanitaria está llamada desde el plano constitucional (art. 43) y legal (art. 3.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad –en adelante, LGS–, art. 2.b. de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud –en adelante, LCC– y Disposición adicional sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública). Y lo hizo a partir de lo que

puede estimarse una evidente declaración de intenciones, al reemplazar la noción de *titularidad del derecho a la protección de la salud* por la de *aseguramiento*.

A consecuencia de la reforma operada, el abanico de individuos con acceso gratuito a las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social se ha visto reducido en gran medida, fundamentalmente mediante la introducción de un límite de edad (veintiséis años) para que los descendientes puedan ostentar la condición de beneficiarios de la asistencia sanitaria, la exclusión de los parados que se desplazan al extranjero por un periodo superior a noventa días y, muy significativamente, la de los extranjeros en situación administrativa irregular. La exclusión de este último colectivo merece, por su significación, entidad e implicaciones, particular atención.

El tercer apartado del art. 1 del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (en adelante, RD-ley 2012) introdujo un art. 3 ter en la LCC, que regula el acceso a las prestaciones sanitarias en lo que denomina “situaciones especiales”. En concreto, el precepto establece que los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España puede recibir asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: “a) De urgencia por enfermedad grave (referencia imprecisa donde las haya, sin que el texto legal entre a delimitar los supuestos en ella encuadrables) o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica¹; b) de asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”. A sensu contrario, los extranjeros en situación irregular, mayores de edad, quedan compelidos al pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial para acceder a los servicios sanitarios². Convenio por el que a cambio de la correspondiente cuota (cuota mensual de 60 euros, si el suscriptor tiene menos de sesenta y cinco años, y de 157 euros, si tiene sesenta y cinco o más años), se accede a las prestaciones exclusivamente de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, quedando fuera las propias de la cartera común suplementaria y la de servicios accesorios, lo que no parece ajustado al mandato contenido en el art. 3.5 LCC (“aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la *prestación de asistencia sanitaria* mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota

¹ A falta de mayor precisión normativa, es difícil interpretar la referencia al “alta médica”, esto es, si ha de entenderse en el sentido de que se alcance la finalización del tratamiento y total recuperación, lo que puede requerir prestaciones de las incluidas en la Cartera común suplementaria o la Cartera común de servicios accesorios, que no necesariamente han de ser prestadas por los servicios de urgencias; o bien ha de entenderse que el precepto incluye exclusivamente las prestaciones médicas hasta la salida de los medios hospitalarios, considerándose el “alta médica” como sinónimo de “alta hospitalaria”. Véase LOMAS HERNÁNDEZ, V.: “De ciudadano a asegurado o el tránsito inacabado hacia la universalización de la asistencia sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, pág. 51.

² Son requisitos para la suscripción del Convenio especial los establecidos en el art. 3 del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio: a) acreditar la residencia efectiva en España durante un periodo continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial; b) estar empadronado, en el momento de presentar la solicitud de suscripción del convenio especial, en algún municipio perteneciente al ámbito territorial al que extienda sus competencias la administración pública competente para su suscripción; c) no tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título, ya sea por aplicación de la normativa nacional, de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que en dicha materia hayan sido suscritos por España con otros países.

derivada de la suscripción de un convenio especial”). Las Comunidades Autónomas pueden, en todo caso, suplir esta deficiencia de contenido, incorporando en el convenio especial otras prestaciones asistenciales propias de sus carteras de servicios complementarias.

Tal y como se desprende de lo anterior, el reconocimiento del derecho a la cobertura sanitaria exige que los extranjeros sean titulares de una autorización para residir en territorio español (art. 3.3 LCC), no siendo suficiente el empadronamiento, único requisito formal que se había venido exigiendo desde la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx). Asistimos, por tanto, a un notorio retroceso, en este caso, al régimen precedente a dicho texto legal, quedando redactado su art. 12 del modo que sigue: “los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”.

El panorama jurídico existente con carácter previo al RD-ley 2012 había alcanzado una *cuasi universalización*, pues, en ausencia de requisitos de residencia legal, se consideraba suficiente el empadronamiento en algún municipio español. Criterio que se flexibilizaba aún más en los supuestos de menores, mujeres embarazadas y asistencia sanitaria de urgencia, donde la exigencia del requisito formal de la inscripción en el padrón desaparecía. En particular, se reconocía el derecho de los extranjeros que se encontrasen en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tuvieran su domicilio habitual, a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles³. Por tanto, desde el año 2000, los extranjeros empadronados, “legales” o “ilegales”, accedían a los servicios sanitarios y, al hacerlo en igualdad de condiciones que los nacionales, habían de ostentar un título que les habilitase para ello: bien por afiliación al sistema de la Seguridad Social, bien mediante debida acreditación de insuficiencia de recursos económicos. No se tenía en cuenta, pues, criterio alguno atinente a la situación administrativa de residencia. La LOEx supuso, en este sentido, un verdadero hito ya que, por primera vez en nuestra historia, se reconocía el derecho a la asistencia sanitaria del extranjero, en igualdad de condiciones que el nacional. Por ello, la aprobación del RD-ley 2012 y, con él, la exigencia de residencia legal supone un paso atrás que aleja aún más de la plena universalización instada constitucionalmente. Lo cierto es que, hasta entonces, el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros inmigrantes había destacado por ser uno de los que gozaba de mayor estabilidad, en tanto en cuanto no había estado sujeto a los intensos vaivenes de que fueron objeto muchos otros derechos sociales en las diversas reformas de la LOEx⁴.

Ahora bien, cabe precisar que en la actualidad se sigue reconociendo la asistencia sanitaria de urgencia a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España (art. 3 ter LCC), respetándose fielmente lo que establecía la anterior redacción del art. 12 LOEx. Y ello resulta lógico, asumido que la situación irregular del extranjero en

³ Determinadas normas autonómicas fueron aún más ambiciosas y supusieron un importante impulso en la universalización sanitaria. Señaladamente, la Ley Foral 2/2000, de 25 de mayo, de modificación de la Ley Foral 10/1990, de 23 de Noviembre, de Salud, extendió la cobertura de asistencia sanitaria navarra a todos los ciudadanos residentes en la Comunidad Autónoma con independencia de su situación legal o administrativa. Con anterioridad, el Decreto valenciano 26/2000, de 22 de febrero, había proclamado el derecho a la asistencia sanitaria de los ciudadanos extranjeros en la Comunidad Valenciana y creado la denominada Tarjeta Solidaria.

⁴ Véase TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012, págs. 313-327.

ningún caso puede suponer un obstáculo en la protección del derecho a la vida de toda persona (art. 15 CE)⁵.

Por su parte, la situación con respecto a los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentran en España (art. 3 ter in fine) también persiste tras la reforma sin modificación alguna, pues se mantiene el reconocimiento de asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, con independencia de su situación legal o no, tal y como indicaba la anterior redacción del art. 12 LOEx. El fiel respeto de lo previsto entonces se muestra coherente con el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, cuyo apartado primero dispone que “los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”, estableciendo la letra b) del segundo que “los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños”. En términos constitucionales, el art. 39.4 de la Carta Magna señala que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, mientras que a nivel legal el art. 10 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero preceptúa que “tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España”.

El RD-ley 2012, con buen criterio, tampoco perturbó la regulación de la asistencia sanitaria de las extranjeras embarazadas, quienes siguen ostentando derecho de acceso gratuito a los servicios sanitarios concretados en el seguimiento del embarazo, parto y postparto, de igual forma que el anterior tenor literal del art. 12 LOEx. Se respeta, así, el art. 24.2.d) de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual, los Estados Partes “adoptarán las medidas apropiadas para asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”.

La principal modificación introducida afecta, en definitiva, a los inmigrantes mayores de edad en situación irregular, quienes quedan privados de asistencia sanitaria, excepción hecha de la atención de urgencia y, en el caso de embarazadas, la asistencia durante el embarazo, parto y postparto. Mediante la controvertida reforma introducida por el RD-ley 2012, los extranjeros irregulares fueron formalmente despojados de un derecho que les había sido garantizado y que habían ejercido desde el año 2000. Es, por tanto, notorio que la norma supuso una flagrante ruptura con el panorama político-jurídico previo. Ahora bien, conviene resaltar que lo cuestionable tras esta norma, lejos de radicar en la ausencia de una neta universalización (pues con anterioridad a su entrada en vigor tampoco existía, y mucho menos antes de la LOEx)⁶, viene referido a la restricción de derechos conquistados en el camino a un sistema sanitario de todos y para todos. En este sentido, se ha afirmado que “renunciar a

⁵ Al respecto, KAHALE CARRILLO, D. T.: “Los beneficiarios extracomunitarios de la asistencia sanitaria en la Ley de extranjería”, *Temas Laborales*, núm. 88, 2007, pág. 112.

⁶ Recuérdese que la Ley General de Sanidad, en su Disposición Transitoria quinta, insta al logro de la universalización “de forma progresiva”.

derechos que ya se tienen es mucho más dramático y doloroso que no seguir progresando en algo que todavía no se tiene”⁷. Si el derecho a la asistencia sanitaria no constituye una “opción del legislador sino una exigencia constitucional”⁸, no hay motivos para descartar que el RD-ley 2012, que realiza unas limitaciones subjetivas de las características apuntadas, pueda resultar inconstitucional. El paso atrás operado por dicha norma deviene, pues, en aún más lejana la consecución de una plena universalización que dote de efectividad al derecho a la protección de la salud de “todos” reconocido en el art. 43 CE.

2. CUESTIONAMIENTO DE LA RESTRICCIÓN SUBJETIVA EN CLAVE JURÍDICO-SOCIAL, SANITARIA Y ECONÓMICA

Al inicio del año 2012, las únicas críticas que cabía realizar en el ámbito subjetivo de cobertura de las prestaciones sanitarias residían en diversos elementos que quedaban pendientes en la consecución de un modelo de sistema sanitario netamente universalizado, al persistir colectivos formalmente excluidos del mismo así como sectores con ciertas particularidades en su régimen sanitario. Sin embargo, la aprobación del Real Decreto-ley de 2012 supuso, como se viene sosteniendo, un marcado retroceso en el nivel subjetivo de cobertura sanitaria conseguido hasta la fecha, principalmente (aunque no es el único supuesto controvertido, según se ha advertido) con la exclusión de los inmigrantes en situación irregular. La norma pronto emergió en un nuevo obstáculo a salvar en el camino hacia la consecución de una real universalización del derecho a las prestaciones sanitarias, al tiempo que implícitamente potenciaba los seguros privados de asistencia sanitaria, abriendo la puerta a sistemas de aseguramiento diferenciados según grupos de población y, con ello, a dos sistemas sanitarios distintos según niveles económicos de los ciudadanos⁹. Los cuestionamientos constitucionales de la norma no son pocos si se tiene en cuenta que nuestra Carta Magna se refiere a “todos” y la universalización aparece reiteradamente como objetivo a alcanzar en los textos legales que desarrollan el art. 43 CE.

Asimismo, desde el punto de vista técnico-jurídico, parece cuestionable el uso de un Real Decreto-ley para adoptar las medidas referidas, sin que pueda afirmarse con seguridad que concurre el presupuesto habilitante para el empleo de dicha norma. A este respecto, la reforma del año 2012 se limita a alegar de modo bastante vago e impreciso el impacto de la crisis económica y la consiguiente necesidad de reducir el gasto sanitario, sin llegar a identificar y cuantificar los términos del pretendido ahorro. Siendo ésta la finalidad perseguida, e introduciéndonos en el debate propio de medios y fines, cabe poner en entredicho el propósito de esta restricción subjetiva. En concreto, la finalidad formal de la reforma acometida por el RD-ley 2012 reposa en el sostenimiento y viabilidad financiera del Sistema Nacional de Salud. Y, ciertamente, parece que simples criterios de racionalización y

⁷ CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Las políticas sanitarias de carácter regresivo: ¿qué niveles de protección ofrece nuestro ordenamiento jurídico?”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 23, núm. 2, 2013, pág. 115.

⁸ MENÉNDEZ REXACH, A.: “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas”, *Revista Derecho y Salud*, Volumen 11, Número Extraordinario, mayo de 2003, pág. 26.

⁹ BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2012 (Westlaw BIB 2012/940). En el mismo sentido, SÁNCHEZ BAYLE, M.: “Comienza la contrarreforma sanitaria”, *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 27, 2012, págs. 177-178.

eficiencia en la gestión del gasto sanitario no son suficientes para justificar la exclusión del colectivo inmigrante en situación irregular respecto del ámbito de un derecho social fundamental como la asistencia sanitaria. Dicho de otra forma, la solución a la crisis económica no puede, no debe, venir de la mano de la reducción del alcance de la protección de uno de los derechos humanos más básicos de la persona, consolidando un estatuto jurídico diferenciado y precario para este colectivo, para los *margizens*, en términos de MARTINIELLO¹⁰. En este tratamiento discriminatorio se advierte un claro incumplimiento de la obligación básica que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales estableció en la Observación General N° 14 (2000) en la consecución de niveles esenciales de salud, aludiendo en concreto a la garantía del derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud “sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados”.

Asistimos en este ámbito a la reproducción de la tendencia frecuentemente denunciada consistente en habilitar la superposición del plano económico sobre el social, sometiéndose la lógica de los derechos sociales a la racionalidad del orden económico¹¹. La estrategia en cuestión resulta más que controvertida, ya que la sostenibilidad del SNS no puede consolidarse a costa del detrimento del ámbito subjetivo de la protección social sanitaria como el que representa la reforma que se analiza. Esto es, cuando del ámbito de un derecho tan básico como la salud se trata, ningún criterio económico puede primar en la definición de sus titulares. Al contrario, se ha de lograr una adecuada sintonía que garantice la viabilidad y sostenibilidad financiera en el marco de una sanidad tendencialmente universal en cuanto es ésta una nota constitucionalmente preservada.

En coherencia con lo anterior, los postulados que emanan de la protección de la salud como un derecho fundamental constitucionalmente reconocido exigen que la solución al problema que pone en jaque financiero a nuestro modelo sanitario se localice en coordenadas diferentes a la reducción de su grupo de destinatarios. A este respecto, cobra todo su sentido el principio de prohibición del retroceso social¹² que, en combinación con el deber de progresividad del Derecho internacional¹³, reconoce y asienta buena parte del constitucionalismo latinoamericano como el principal instituto de garantía de los derechos sociales fundamentales frente a las medidas adoptadas por los poderes públicos, susceptibles de ser particularmente perniciosas en coyunturas de crisis económica como la actual.

¹⁰ MARTINIÉLLO, M.: *Leadership et pouvoir dans les communautés d'origine immigrée*, L'Harmattan, Paris, 1992, pág. 291. El autor identifica este colectivo con las personas que quedan excluidas de la comunidad política, social y económica.

¹¹ Sobre la subordinación del Derecho social (razón jurídico-social) al Derecho de la economía (razón jurídico-económica), y la instrumentalidad, en fin, de los derechos fundamentales a las exigencias del orden económico, consultese MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, págs. 190-213.

¹² Un profundo análisis del concepto y su fundamento jurídico-constitucional en WOLFGANG SARLET, I.: “Posibilidades y desafíos de un derecho constitucional común latinoamericano. Un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición de retroceso social”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, 2009.

¹³ El art. 2.1 PIDESC dispone que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Lógicamente, el principio carece, *per se*, de la fuerza necesaria para compelir las maniobras jurídico-políticas al respecto¹⁴, si bien, puede servir para construir una dogmática jurídico-constitucional comprometida con la efectividad de la universalidad que prácticamente se hallaba culminada a comienzos de siglo. Universalidad de la que hace el art. 43 CE una seña de identidad de la vertiente sanitaria de nuestro modelo de protección social y que, como tal, ha de ser preservada desde el mismo cuerpo normativo que desarrolla precisamente el precepto constitucional que la consagra.

Por tanto, la contención del gasto para asegurar la viabilidad del sistema público sanitario bajo la que se ampara la restricción subjetiva efectuada, con ser necesaria, no alcanza a respaldar el marcado retroceso que se advierte en la realización del contenido del derecho social fundamental a la protección de la salud en su vertiente individual. Si bien no se obvia el condicionamiento económico que acompaña ineludiblemente a la realización de todo derecho social, lo cierto es que aquél no puede ser empleado a modo de carta blanca en la definición de la política sanitaria, hasta el punto de justificar un vaciamiento de la misma esencia del derecho a la asistencia sanitaria como el que la exclusión del colectivo extranjero irregular sin duda representa. Ello contradice las mismas orientaciones internacionales al respecto¹⁵. Procede superar, pues, la tendencia actual de relegar los derechos sociales a derechos de mera disponibilidad político-legislativa, y ello se ha de hacer oponiendo el decidido carácter de fuerza normativa vinculante de las previsiones constitucionales al respecto.

Es ésta una espléndida oportunidad para darle toda la virtualidad que merece, y posee de forma directa, el texto constitucional. La cuestión radica en determinar si la asistencia sanitaria constituye un derecho que se predica de la persona y no del ciudadano. Y, en este sentido, parece evidente que la ciudadanía política no opera como criterio en la articulación de la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria. Dicha inoperancia obedece al hecho de que el derecho en concreto representa, como ningún otro, un insigne correlato de la dignidad inherente al ser humano, la cual, a su vez, supone el presupuesto antropológico de la configuración del Estado social y democrático de Derecho. Ya se sabe que los dos principios esenciales que rigen la articulación de la asistencia sanitaria en cuanto canon de cohesión social se concretan tanto en la universalidad como en la igualdad y no discriminación. Si el derecho a la protección de la salud pertenece a la persona, dada la intrínseca relación entre éste y el valor humano de la dignidad, resulta irrefutable que las prestaciones sanitarias han de resultar accesibles a toda la sociedad¹⁶.

¹⁴ A diferencia de otras Cortes constitucionales que, como la colombiana, ha establecido en varias sentencias la prohibición de regresividad de derechos, el Tribunal Constitucional español no ha acogido el criterio de irreversibilidad de los derechos. NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: “La reforma constitucional española de 2011: el principio de estabilidad presupuestaria y el fin del Estado social”, en AA. VV.: *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 231.

¹⁵ “Todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”. Observación General N° 3 (1990), párrafo noveno, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁶ Véase INTRAND, C. ET SIMMONOT, N.: “L’Europe et les sans-papiers - Politique de santé ou politique d’immigration?”, *Revue Hommes et Migrations*, num. 1282, noviembre-diciembre 2009.

Parece oportuno reiterar las palabras del Tribunal Constitucional cuando sostuvo que “la dignidad de la persona, como «fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1 CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes”¹⁷. Lo cierto es que resulta tarea compleja la identificación de un derecho más intrínsecamente enlazado a la dignidad humana que el derecho a la protección de la salud, toda vez que el goce de este bien jurídico representa una dimensión fundamental de todo individuo y de su inclusión social. Con acierto, se ha afirmado que “el derecho a la asistencia sanitaria pública, como un corolario lógico del derecho a la protección de la salud lo ostenta toda persona, por el mero hecho de serlo. Y si esto es así, como lo es, resulta obligada la universalización de la asistencia sanitaria pública”¹⁸.

Asimismo, conviene recurrir a la cláusula del art. 10.2 CE, la cual, a modo de canon interpretativo, remite al fructífero Derecho internacional de Derechos Humanos, tal y como confirma el Tribunal Constitucional¹⁹. Y se le adjetiva como fructífero porque son abundantes los Tratados que inciden en el derecho a la protección de la salud de toda persona, Tratados que incorporan compromisos jurídicos a los que España, desde su ratificación, queda vinculada (ex. art. 96.1 CE)²⁰. Se confirma, pues, que la asistencia sanitaria es concebida en el doble enfoque internacional y regional europeo como un derecho inherente al ser humano, sin restricción alguna derivada de la condición jurídico-política o jurídico-administrativa del mismo. Y si éste es el espíritu que está llamado a inspirar la interpretación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, cabe concluir que la articulación de la asistencia sanitaria como un derecho de ciudadanía política se evidencia contraria al espíritu constitucional. Es sabido que la Constitución “obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades”²¹. Teniendo en cuenta lo anterior, la interpretación del derecho de acceso al sistema público sanitario conforme a unos instrumentos internacionales que aluden reiteradamente a “toda persona”,

¹⁷ STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3.

¹⁸ BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales”, en AA. VV.: *Derecho y salud en la Unión Europea*, PÉREZ GÁLVEZ, J. F. y BARRANCO VELA, R. (Dirs.), Comares, Granada, 2013, pág. 99.

¹⁹ SSTC 61/2013, de 14 de marzo (FJ 5), y 136/2011, de 13 de septiembre (FJ 12): “Tanto los Tratados y acuerdos internacionales, como el Derecho comunitario derivado pueden constituir valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce”.

²⁰ Baste destacar al efecto los arts. 25.1 DUDH (“*toda persona* tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”), 12.1 PIDESC (“los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de *toda persona* al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”), 13.1 de la Carta Social Europea (“para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes Contratantes se comprometen a velar por que *toda persona* que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlas de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado”) o, en el ámbito de la Unión Europea, el art. 35 CDFUE (“*toda persona* tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria”).

²¹ SSTC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 5) y STC 36/1991, de 14 de febrero (FJ 5).

se opone al condicionamiento adicional que el legislador ha establecido en la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria respecto de los inmigrantes en situación irregular.

Los instrumentos internacionales coadyuvan a la delimitación de un contenido mínimo, irreducible del derecho social fundamental a la salud. Así, en la Observación General N° 3 (1990), se puso de manifiesto que “para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”. En igual sentido, diez años más tarde, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales se reafirmaría en esta idea, al establecer en la Obervación General N° 14 (2000) que “al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”. En la regulación española que se analiza en este artículo, bien puede afirmarse que se han introducido reformas del todo restrictivas sin emplear justificaciones suficientes ni convincentes, desatendiendo lo instado desde el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Concluido, como se acaba de hacer, que la reforma operada en la normativa española resulta manifiestamente contraria a la concepción internacional de este derecho y, en consecuencia, a la interpretación constitucional que se ha de acometer en virtud del art. 10.2 CE, procede advertir que aquélla constituye, a su vez, un marcado distanciamiento de la senda promovida a nivel supranacional. En efecto, la segregación del colectivo inmigrante respecto del ámbito subjetivo de cobertura de la asistencia sanitaria se desvía, y mucho, de lo instado desde la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 67/81, de 12 de diciembre de 2012, la cual encomienda a los países avanzar hacia una cobertura sanitaria universal. La Resolución reconoce “la importancia de que los sistemas nacionales de salud tengan una cobertura universal, especialmente por medio de mecanismos de atención primaria de la salud y protección social, a fin de proporcionar acceso a los servicios de salud a todos, en particular a los sectores más pobres de la población”, señalando expresamente que “la cobertura universal de salud implica que toda persona tiene acceso sin discriminación a un conjunto de servicios médicos básicos de promoción, prevención, cura y rehabilitación así como a medicamentos esenciales, seguros, asequibles, efectivos y de calidad, velando por que la utilización de esos servicios no exponga a los usuarios a graves dificultades económicas, con especial hincapié en los segmentos pobres, vulnerables y marginados de la población”.

Resulta cuando menos paradójico que, mientras desde el plano internacional se impulsa la consolidación de la universalización sanitaria, determinadas normativas internas como la española asumen la dirección contraria restringiendo el derecho de acceso a un considerable sector de la población, precisamente uno de los más vulnerables y desprotegidos.

En este sentido, desde diversas instancias internacionales se ha puesto de manifiesto la contradicción entre la proyección universalista de los compromisos internacionales

asumidos por España y las más recientes reformas restrictivas en materia sanitaria²². Significativamente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus Observaciones finales de 6 de junio de 2012²³, recomienda al Estado español asegurar que, de conformidad con la Observación General Nº 14 (2000) del Comité sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 PDESC) y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, las reformas adoptadas no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, “cualquiera sea su situación legal”. En la misma línea, también el Comité Europeo de Derechos Sociales, en las Conclusiones XX-2 relativas a la observancia por parte de España de lo establecido en los arts. 3, 11, 12, 13 y 14 de la Carta Social Europea, publicadas en enero de 2014, afirma que la exclusión de los extranjeros mayores de dieciocho años del acceso a los servicios sanitarios resulta contraria al art. 11 de la Carta Social Europea²⁴. A este respecto, recuerda que, al suscribir la Carta de 1961, las Partes “han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de condiciones aptas para asegurar el ejercicio efectivo de un cierto número de derechos, especialmente el derecho a la salud, el derecho a la Seguridad Social, el derecho a la asistencia social y médica, y el derecho a los servicios sociales”, concluyendo sobre esta base que “la crisis económica no debe traducirse en una reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta. Los Gobiernos deben por tanto adoptar todas las medidas necesarias para conseguir que esos derechos sean efectivamente garantizados en el momento en el que la necesidad de protección se hace sentir más”²⁵. El Comité Europeo de Derechos Sociales sostiene, en definitiva, que la crisis económica no puede servir como pretexto para la restricción o denegación del acceso a los servicios sanitarios, afectando a la esencia misma del derecho a la protección de la salud.

En todo caso, si el telón de fondo de la restrictiva reforma objeto de análisis reside en una ambiciosa estrategia de contención del gasto sanitario, la opción político-jurídica finalmente acogida dista mucho de revelarse como la más efectiva. Antes al contrario, han sido abundantes los estudios que han demostrado que el inmigrante no es el colectivo que registra una mayor frecuentación de los servicios públicos sanitarios²⁶. A su vez, emergiendo

²² Con carácter sectorial, el Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia de 6 de junio de 2013, A/HRC/23/56/Add.2, tras poner de relieve que los inmigrantes, especialmente los indocumentados, siguen siendo objeto de discriminación en ámbitos como el acceso a la salud, recomienda que “se revisen las reformas sanitarias adoptadas en el marco de la crisis económica actual para garantizar que los inmigrantes tengan acceso a los servicios de atención médica sea cual sea su situación migratoria”. Apartados 34 y 72. También el Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal al que se sometió España a inicios de 2015 ha mostrado su preocupación por las reformas restrictivas acometidas por nuestro país en materia sanitaria. A/HRC/WG.6/21/L.5, vigésimo primera sesión, 19-30 de enero de 2015.

²³ E/C.12/ESP/CO/5. 48º período de sesiones. Apartado 19.

²⁴ En todo caso, el CEDS admite que, dado que estas reformas tienen lugar después del periodo de referencia de tales conclusiones (2008-2011), no puede tenerlas en cuenta en las mismas. Si bien advierte que de mantenerse esta legislación restrictiva, se concluirá en el próximo periodo de control su incompatibilidad con el texto de la CSE.

²⁵ GENOP-DEI y ADEDY c. Grecia, Reclamaciones nº 65/2011 y nº 66/2011, decisiones de fondo de 23 de mayo de 2012, § 12 y § 16.

²⁶ Véase GIMENO-FELIU, L. A.; Macipe-COSTA, R. M.; DOLSAC, I.; MAGALLÓN-BOTAYA, R.; LUZÓN, L.; PRADOS-TORRES, A. y GARCÍA-CAMPAYO, J.: “Frequentación de la población inmigrante versus autóctona en atención primaria: ¿quién consume más servicios?”, *Revista Atención Primaria*, Vol. 43, núm. 10, 2011, págs. 544-550. Se concluye que la población inmigrante tanto pediátrica como adulta tuvo una menor frequentación que la autóctona en cualquier tramo etario. En el mismo sentido, consultese VALL-LLOSERA CASANOVAS, L.; SAURINA CANALS, C. y SAEZ ZAFRA, M.: “Inmigración y salud: necesidades y utilización de los servicios de atención primaria por parte de

(...)

la vía de urgencias en el único resquicio a su disposición para acceder al sistema público de salud, resulta evidente que se producirán situaciones de colapso que no harán sino acarrear mayor número de indeseables dificultades de tipo organizativo y económico, asumido el mayor coste aparejado a los servicios de urgencias.

Conviene señalar, por otra parte, que la privación de atención sanitaria a los inmigrantes irregulares puede implicar una puesta en peligro de la salud de toda la población, ya que gran proporción de los mismos son potenciales portadores de enfermedades infectocontagiosas que quedan al margen de toda prevención y detección temprana²⁷. Se constata, así, que la incidencia en una cuestión de salud individual, puede devenir en un problema de salud pública, asumida la unidad completa que conforma la protección de la salud como un bien jurídico integrador, conformado por dos entrelazadas vertientes: una individual y otra colectiva.

Asistimos, por las razones apuntadas, a un palpitante desafío jurídico-social, pues, si la protección de la salud, en cuanto derecho social y, con él, elemento de la ciudadanía, supone una premisa esencial para la integración y participación en el Estado democrático, resulta notorio que la restricción subjetiva operada se aproxima arriesgadamente a los contornos de la exclusión social. Pero también se trata de una contienda de tipo ético, toda vez que la regulación vigente coloca al personal sanitario en una problemática situación, y es que la inatención a los integrantes del colectivo inmigrante irregular contradice los postulados de su código deontológico.

3. DESAFÍOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL REPARTO COMPETENCIAL EN LA DEFINICIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE COBERTURA DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS

El reto que plantea la restrictiva reforma que se viene analizando resulta, asimismo, de índole competencial²⁸, en tanto en cuanto son abundantes los Estatutos autonómicos que, contrariamente a lo establecido en ella, aluden a una protección de la salud “universal” o “para todas las personas”²⁹, extendiendo a partir de tales proclamaciones estatutarias el

la población inmigrante en la región sanitaria girona”, *Revista Española de Salud Pública*, Vol. 83, núm. 2, 2009, págs. 291-307.

²⁷ Es por ello que el CISNS aprobó el 18 de diciembre de 2013 un documento relativo a la intervención sanitaria en situaciones de riesgo para la salud pública, con el fin de paliar los problemas de salud pública derivados de estas medidas de exclusión cuando se constate que hay personas con enfermedades que pueden poner en riesgo la salud del resto de la población y que no tienen reconocido el derecho a la asistencia sanitaria. Al respecto, consultese CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias públicas”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 24, núm. extraordinario XXIII Congreso, 2014, pág. 125.

²⁸ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “Sanidad reformada y movilidad de personas: el acceso a la protección de la salud de comunitarios y extracomunitarios en cuestión”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 376, 2014, págs. 41 y 42.

²⁹ Señaladamente, el art. 23 del Estatuto de Autonomía de Cataluña enumera que “todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad y gratuitad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública”; el Estatuto de Autonomía de Andalucía, en su art. 22, proclama que “se garantiza el derecho constitucional previsto en el art. 43 de la Constitución Española a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal”; el art. 14 del Estatuto de Autonomía de Aragón establece que “todas las personas tienen derecho a acceder a los servicios públicos de salud, en condiciones de igualdad, universalidad y calidad”.

ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias en sus respectivos territorios³⁰. Es ésta una de las razones por las que varias Comunidades Autónomas han promovido conflictos de competencia e interpuesto recursos de inconstitucionalidad contra la controvertida medida estatal ante el Tribunal Constitucional³¹.

En efecto, descendiendo al terreno propio de las reacciones, lo cierto es que la reforma ha provocado el rechazo de un considerable porcentaje de la sociedad española, así como, a nivel institucional, de no pocas Comunidades Autónomas. Ello arroja un panorama ciertamente fragmentado y diverso, con diferencias sustanciales, pues concurren administraciones sanitarias que han optado por una respuesta de insumisión a la norma estatal, mientras que otras la han acatado introduciendo ciertas modulaciones, todo ello en base a muy distintos instrumentos jurídicos que varían desde las normas con rango legal hasta las instrucciones, circulares y órdenes de servicio. Los resultados son, como cabe imaginar, muy dispares, poniendo en riesgo la equidad territorial entre unas Comunidades Autónomas y otras. En concreto, Comunidades como Asturias, Navarra, País Vasco y Andalucía siguen reconociendo el derecho a la atención sanitaria en condiciones iguales al resto de la población residente³²; Aragón, Canarias, Cantabria, Cataluña, Extremadura, Galicia y la Comunidad Valenciana articulan programas específicos para el colectivo de personas no aseguradas ni beneficiarias sin recursos³³; mientras que Madrid, Islas Baleares, Castilla y León, Murcia, y La Rioja han definido condiciones de acceso a la atención médica en determinados supuestos (por ejemplo, los enfermos crónicos que contaban ya con un proceso abierto antes del 31 de agosto de 2012 pueden recibir seguimiento médico de su especialista en Madrid y Murcia, al tiempo que las personas con enfermedades mentales graves pueden ser atendidas en Baleares y Madrid³⁴). Estos programas especiales o supuestos excepcionales en ningún caso puede decirse que contribuyan a consolidar la universalidad

³⁰ Art. 11 de la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra y art. 9.2 de la Ley 6/2008, de 2 de junio, de la Generalitat, de Aseguramiento Sanitario del Sistema Sanitario Público de la Comunitat Valenciana.

³¹ Providencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2012, por la que se acuerda la admisión a trámite del conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno Vasco contra los artículos 4, 5, 6, 7 y 8 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto. Recurso de inconstitucionalidad nº 433-2013 promovido por el Gobierno de Canarias, entre otras disposiciones, contra el art. 1 del RD-ley 2012 (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2013). Recurso de inconstitucionalidad nº 414-2013 promovido por el Gobierno de Cataluña contra el art. 1 del RD-ley 2012, entre otros preceptos (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2013).

³² Significativamente, la Circular de la Subdirección de Gestión y Evaluación de Resultados en Salud, dependiente de la Dirección General de Asistencia Sanitaria del Servicio Andaluz de Salud, de 3 de septiembre de 2012, pone de manifiesto que “se seguirán atendiendo de la misma forma que hasta el momento actual a los inmigrantes por humanidad, porque así lo recoge el Estatuto de Autonomía y porque el control sanitario de la población evita problemas posteriores de salud pública y la proliferación de enfermedades ya erradicadas en la Comunidad”.

³³ Valga citar, a título de ejemplo, la Resolución de 31 de agosto de 2012, de la Secretaría General Técnica de la Consellería de Sanidad, por la que se acuerda la publicación de la Instrucción de 31 de agosto de 2012 sobre la prestación de asistencia sanitaria en Galicia a las personas que no tienen la condición de asegurado o de beneficiario reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina.

³⁴ Consultense las Instrucciones de la Viceconsejera de asistencia sanitaria de la Comunidad de Madrid, de 27 de agosto de 2012, sobre la asistencia sanitaria a prestar por el Servicio madrileño de salud a todas aquellas personas que no tengan la condición de asegurada o beneficiaria.

del sistema sanitario. Castilla-La Mancha, por su parte, es la única Comunidad que se ajusta al RD-ley 2012 en sus estrictos términos³⁵.

El País Vasco aprobó el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en el que, desoyendo la reforma operada, sigue manteniendo la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. En concreto, reconoce el acceso a las prestaciones sanitarias contenidas en la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud a las personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del SNS por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo³⁶. Frente a dicha norma, el Gobierno de la Nación interpuso conflicto positivo de competencia al entender que el Decreto vasco incurría en una inconstitucionalidad mediata, por vulneración de la normativa básica estatal que desarrolla las competencias estatales previstas en los apartados 1, 16 y 17 del art. 149.1 CE a partir de la modificación operada en la condición de beneficiario de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos prevista por la norma estatal.

Aunque aún no ha recaído sentencia al respecto, sí que el Tribunal Constitucional emitió el Auto 239/2012, de 12 de diciembre, por el que levanta la suspensión que pesaba desde la admisión de dicho conflicto sobre la vigencia de aquellas disposiciones del Decreto vasco atinentes al ámbito subjetivo de cobertura de la asistencia sanitaria. Entre las razones esgrimidas por el Tribunal para proceder a dicho levantamiento, se argumenta que el ejercicio de la competencia autonómica no impide o bloquea el ejercicio de la competencia estatal, que actúa definiendo los titulares del derecho a la asistencia sanitaria gratuita, luego “esta definición no es desvirtuada por la normativa autonómica, que sencillamente amplía las previsiones básicas estatales, habrá que ver en la solución del conflicto de fondo si de forma respetuosa o no con el contenido de la legislación básica”. Luego nos situaríamos en la lógica de las competencias compartidas y la consiguiente capacidad autonómica de ampliar, mejorándola, la regulación mínima estatal.

El Auto es contundente y de suma oportunidad, dado que viene a confirmar todos los motivos que se han invocado en las líneas precedentes en aras de demostrar la improcedencia de la restricción operada con ocasión de la reforma analizada. En concreto, el Tribunal

³⁵ *Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo*. Informe de Médicos del Mundo, Madrid, abril de 2014, págs. 13-16.

³⁶ El art. 2 de la norma exige el cumplimiento simultáneo de los siguientes requisitos: empadronamiento en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de Euskadi en el que tengan su domicilio habitual, por un periodo continuado de, al menos, un año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud de reconocimiento de la asistencia sanitaria; ser persona perceptora de prestaciones económicas integradas en el Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inclusión o tener ingresos inferiores a la cuantía correspondiente a la renta básica para la inclusión y protección social de acuerdo a su normativa reguladora; así como no tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título. En todo caso, para los inmigrantes que llevasen menos de un año empadronados, a los que hasta entonces se les daba una tarjeta sanitaria provisional (puesto que el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza no puede emitir tarjetas sanitarias nuevas), se han emitido documentos “temporales y revisables” *ad hoc*, con validez hasta que se cumpla el año de empadronamiento, que reconocen el derecho a la asistencia sujeto a una comprobación del arraigo laboral o social de la persona que solicita asistencia sanitaria en el País Vasco, de forma que se evite el “efecto llamada” de personas inmigrantes residentes en Comunidades Autónomas que sí acatan y cumplen el Real Decreto-Ley de exclusión de los inmigrantes en situación irregular.

Constitucional recalca la función que compete a los poderes públicos en el sentido de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, añadiendo que la indubitable importancia (“importancia singular”, en términos del Tribunal) del derecho a la protección de la salud en su vertiente individual y colectiva en el marco constitucional “no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”. Debe prevalecer, pues, conforme se ha venido exponiendo a lo largo de este artículo y tal y como reitera ahora el máximo intérprete de la Constitución, la protección del bien jurídico salud sobre cualquier estrategia de contención del gasto público. Y es que la exclusión subjetiva del sector inmigrante irregular, según el mencionado Auto, “repercutiría no sólo en su estado de salud individual sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto-contagiosas, afectando seriamente a la salud de toda la sociedad”.

El caso del País Vasco no ha sido aislado. Por su parte, la Comunidad Foral de Navarra aprobó el Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, por el que se modifica el Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, por el que se establece el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del Régimen de Universalización de la Asistencia Sanitaria Pública en la Comunidad, norma cuya vigencia y aplicación fue objeto de suspensión a raíz de un conflicto positivo de competencia también promovido por el Gobierno de la Nación³⁷. La norma exigía en su artículo único la residencia habitual en un municipio de Navarra con una antigüedad mínima de un año, al tiempo que imponía la contribución a su financiación con una cuota de participación de 764,46 euros al año, para las personas de hasta 64 años de edad, y de 2.675,62 euros, para las personas de 65 y más años de edad.

Más tarde, con objeto de aportar mayor seguridad jurídica, se aprobaría la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra, contra la que se interpuso recurso de inconstitucionalidad. Esta norma derogó el Decreto Foral 640/1996, arriba referido, así como sus modificaciones y disposiciones de desarrollo, entendiéndose incluido entre éstas el Decreto Foral 117/2012. El texto legal de 2013, tras proclamar en su Exposición de Motivos que pretende “dejar proclamado, reconocido y garantizado en Navarra el derecho de acceso de todos los residentes en Navarra, cualquiera que sea su situación legal o administrativa, a la asistencia sanitaria pública y gratuita que presta el sistema sanitario público de la Comunidad Foral de Navarra”, dispone en su artículo único que todas las personas con residencia en Navarra tienen derecho de forma gratuita a la asistencia sanitaria primaria o especializada, prestada por el sistema sanitario público de la Comunidad Foral de Navarra, con cargo a los Presupuestos Generales de Navarra, cualquiera que sea su edad, nacionalidad o situación legal o administrativa³⁸. Aportada la documentación que acredite la residencia, la Administración sanitaria expide, gratuitamente y sin más dilación, a las personas que no dispongan de la Tarjeta Sanitaria Individual del Sistema Nacional de Salud, un documento de identificación de acceso al régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en Navarra. Nótese, por tanto, que dicho documento de identificación únicamente, y como no podía ser de otra forma, brinda acceso

³⁷ BOE núm. 29 de 2 de febrero de 2013.

³⁸ La citada Ley entiende por “residencia” el hecho de acreditar, por cualquier medio admitido en Derecho, incluido el empadronamiento, que el domicilio de la persona está en un municipio de Navarra, sin atención a tiempo alguno.

al servicio de salud propio de la Comunidad navarra, sin que pueda ser empleado para disfrutar de prestaciones sanitarias en servicios autonómicos distintos.

Lo cierto es que la norma legal referida muestra plena coherencia con el art. 11 de la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra, en el que se enuncia que la asistencia sanitaria pública, de cobertura universal, se extiende a todas las personas que residan en los municipios de la Comunidad Foral de Navarra, reconociendo expresamente que “también se extiende a los inmigrantes que residan en los municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa”. Frente a la Ley Foral 8/2013 se interpuso recurso de inconstitucionalidad por parte del Presidente del Gobierno estatal³⁹. A la espera de sentencia que lo resuelva, de momento el Tribunal Constitucional ha acordado en Auto 114/2014, de 8 de abril, levantar la suspensión de las disposiciones relativas a la ampliación subjetiva de la asistencia sanitaria, esgrimiendo prácticamente las mismas argumentaciones que ya empleó en el anterior ATC 239/2012, de 12 de diciembre⁴⁰.

4. UNA PRETENDIDA RECTIFICACIÓN: EL ACCESO CIRCUNSCRITO A LA ATENCIÓN PRIMARIA

Desde el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad se ha anunciado muy recientemente que los extranjeros en situación administrativa irregular recuperarán el derecho de acceso al nivel de atención primaria. Esta pretendida rectificación es del todo desacertada desde el punto de vista técnico-jurídico, ya que desatiende el principio de reserva de ley contenido en el art. 43 CE, al remitirse a un ulterior acuerdo en el CISNS, sin prever ninguna modificación a nivel jurídico-legal al respecto.

Además, se trata de una medida a todas luces insuficiente, pues sigue privando a dicho colectivo social de la tarjeta sanitaria, luego los inmigrantes en situación administrativa irregular continúan sin ver reconocido el derecho de acceso gratuito a las prestaciones propias de la atención médica especializada o a los medicamentos, en manifiesta incongruencia con el carácter integral que en este trabajo de investigación ya se ha señalado que define el bien jurídico de la salud. Conviene hacer constar que la universalidad no sólo supone garantizar el acceso a toda la población, sino también conlleva hacerlo en condiciones de igualdad. Esto es, la asistencia sanitaria universal, además de referirse a la condición subjetiva de los destinatarios, lo hace muy señaladamente a los concretos términos en que se ejerce dicha posición (art. 3 LGS). Tan importante es proclamar el acceso de todas las personas a una asistencia sanitaria “suficiente” o “de calidad” como asegurar que ésta sea idéntica para unos y otros. Los servicios públicos sanitarios dispensados deben ser, en definitiva, los mismos. Ésta es la auténtica garantía del componente igualitario que reposa en el contenido esencial del derecho a la asistencia sanitaria y, aunque constituye un enfoque poco referido de la universalidad, es el que, sin duda, le dota de mayor significación. Sólo así se cristaliza la

³⁹ Recurso nº 7089/2013. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 17 de diciembre de 2013, acordó su admisión a trámite.

⁴⁰ Señaladamente, sostiene el Tribunal Constitucional que el mantenimiento de la suspensión consagraría en el tiempo la limitación del acceso al derecho a la salud para determinados colectivos vulnerables por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias (FJ 8).

cohesión social como valor inspirador de la asistencia sanitaria, emergiendo la universalización en la más patente muestra de la dimensión solidaria de nuestro sistema sanitario.

El continuar privando a los extranjeros en situación irregular de la tarjeta sanitaria individual es mucho más que una cuestión meramente formal. En cuanto documento acreditativo del derecho de acceso al sistema sanitario, representa una notoria quiebra en el principio de igualdad consustancial a la salud como factor de necesidad social básico. Es preciso, pues, recuperar la universalidad del derecho a la asistencia sanitaria, entendiéndola, como hace DE LUCAS respecto de todos los derechos humanos, no sólo como la seguridad en el reconocimiento y satisfacción de las necesidades básicas de todos, sino como “la exigencia de inclusión plural, de reconocimiento de igualdad compleja”⁴¹.

No está de más recordar que en la Decisión relativa a la Reclamación nº 67/2011, *Médecins du Monde – International c. Francia*, decisión de fondo de 11 de septiembre de 2012, el Comité Europeo de Derechos Sociales entendió que los Estados Partes en la Carta Social Europea tienen obligaciones positivas en materia de acceso a la asistencia sanitaria con respecto a los migrantes, se encuentren o no en situación irregular. Ello es coherente con lo sostenido en la Decisión a la Reclamación nº 14/2003, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme c. Francia*, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004, en la que se tuvo ocasión de remarcar que la atención sanitaria constituye condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana y que esta última representa un valor fundamental que se sitúa en el núcleo del Derecho europeo positivo en materia de derechos humanos, luego los Estados deben garantizar a toda persona el derecho de acceso a la asistencia sanitaria y el sistema de salud debe ser accesible a toda la población. De ahí que se concluya que una legislación o práctica nacional que niega el derecho a la atención médica a los extranjeros en situación irregular resulta contraria a la Carta. Supuesto en el que se inscribe a la perfección la normativa española vigente.

5. LA UNIVERSALIZACIÓN Y SU SIGNIFICACIÓN EN TÉRMINOS DE COHESIÓN SOCIAL

La universalización del campo subjetivo de cobertura es uno de los principios técnico-jurídico definidores de nuestro sistema de Seguridad Social, constituyendo la asistencia sanitaria su más laureada expresión. Como mandato constitucional derivado de los arts. 41 y 43 CE⁴², la universalización es enunciada a lo largo y ancho de las diversas normas reguladoras de la asistencia sanitaria. En concreto, el art. 3.2 LGS señala que “la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española”, al tiempo que precisa que “el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva”. Por su parte, la LCC establece el aseguramiento universal y público por parte del Estado como principio básico a informar el texto legal (art. 2.b.).

⁴¹ DE LUCAS, J.: “Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos”, en AA. VV.: *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 101.

⁴² El título jurídico material utilizado en el art. 43 (“todos”) resulta más ambicioso que el jurídico formal al que alude el art. 41 (“todos los ciudadanos”). Consultese al respecto MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008, pág. 393.

La importancia del principio de universalización se justifica al concluir que sólo de su mano se puede alcanzar un nivel óptimo de cohesión social, ya que representa un presupuesto indispensable para la materialización del principio de solidaridad, principio que participa insigneamente en la función de integración propia del Estado social. En efecto, la participación de todos los individuos en la sociedad como reclamo de la justicia social carece de efectividad si el Estado garantiza las prestaciones sanitarias únicamente a los integrantes de un determinado y reducido círculo de ciudadanos o bien algunos de ellos sólo acceden a tratamientos incompletos con respecto a los demás.

La universalización aparece así como una consecuencia coherente con el sustrato en el que reposa el derecho social a la protección de la salud, orientado a la equidad. Se trata de atender a los supuestos de pérdida de salud de los individuos, asumida la imposibilidad por parte de los mismos de afrontarlos desde un plano exclusivamente individual. Y, precisamente, tal propósito de satisfacción de las necesidades más esenciales de la existencia humana se ha de proclamar respecto de todos los miembros de la sociedad, con espíritu integrador, pues lo contrario sería de todo punto incompatible con la actividad promocional del Estado en la efectividad de la libertad y la igualdad de los individuos a la que alude el artículo 9.2 CE.

Si la protección estatal ante supuestos de enfermedad encuentra su fundamento en la dignidad que toda persona intrínsecamente posee, resulta coherente que dicha actividad promocional se garantice respecto de la totalidad de la sociedad. Ciertamente, el Estado, erigido en máxime garante de las condiciones esenciales de la vida humana, ha de ejercer esta función para todos los individuos, a través del enfoque integrador propio de la Seguridad Social. La estructura sociopolítica, al asentarse sobre los valores superiores que encarnan la solidaridad y la igualdad, hace viable la realización social de la dignidad humana.

Proclamar la dignidad inherente a la condición humana supone, por su parte, afirmar de inmediato el principio de igualdad de todos los individuos, determinante éste de la política social propia de los Estados del Bienestar en cuanto inspirador de la ciudadanía social. Sin conformarse con una mera proclamación teórica de la justicia, el Estado social promueve la consecución de la misma mediante la garantía de la igualdad, en coherencia con la teoría de los derechos. No basta, pues, la mera proclamación del acceso de todos los individuos, sino que tal acceso ha de ser adjetivado como igualitario, es decir, ha de dispensarse a los miembros de la población igual protección. Sólo de esta manera se puede reconocer una efectiva igualdad material como modeladora de la homogeneidad social a la que aludía HELLER como presupuesto de la democracia⁴³.

Como consecuencia del principio de igualdad, el cual ha de relacionarse a estos efectos no sólo con el artículo 14 de la Constitución sino también y principalmente con el 9.2, las prestaciones sanitarias deben ser dispensadas con el único techo de las posibilidades técnicas alcanzadas en la sociedad. La protección contra la enfermedad no puede limitarse a los integrantes de determinados sectores sociales. Antes al contrario, se ha de garantizar a todas las personas un acceso en condiciones de igualdad a las prestaciones sanitarias. Si a todos compete la financiación del sistema sanitario, resulta coherente que todos queden

⁴³ Véase HELLER, H.: *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pág. 257 y ss.

integrados en el ámbito subjetivo de cobertura, conectando fielmente la noción de “contribuyentes” con la de “destinatarios de las prestaciones”.

6. CONCLUSIONES

La exclusión de los extranjeros en situación irregular del acceso gratuito a los servicios de salud rompe con la universalidad como principio cardinal de nuestro sistema sanitario, afectando a uno de los colectivos más vulnerables y precisamente más necesitados de protección. De ahí que dicha medida regresiva pueda, en consecuencia, ser cuestionada desde un amplio enfoque.

En primer lugar, se ha de acometer un cuestionamiento de la misma *a la luz de la Constitución española*. Y es que tanto el art. 41 CE, aludiendo a “todos”, como el 43 CE, en su referencia a “todos los ciudadanos”, propugnan la universalidad como una de las señas de identidad del sistema de Seguridad Social, en general, y de las prestaciones sanitarias, en particular. De lo que se desprende que las normas legales que desarrollen la letra constitucional al respecto deben preservar la universalidad como premisa de la configuración del sistema prestacional sanitario. La titularidad del derecho a la asistencia sanitaria no es dependiente de la condición de ciudadano, sino de la de persona. Dicho de otra forma, la ciudadanía política no puede operar como criterio de definición de los titulares del derecho a la asistencia sanitaria, consustancial a la dignidad humana.

La reforma en el ámbito subjetivo de cobertura de las prestaciones sanitarias merece también ser cuestionada *a la luz del Derecho internacional de los Derechos Humanos*. A estos efectos, conviene poner el acento en una cláusula cuya potencialidad no es infortunadamente tan aprovechada como debería ser. Se trata del canon interpretativo que contiene el art. 10.2 CE en remisión a los instrumentos de derechos humanos, que contienen comúnmente una formulación universalista, esto es, un reconocimiento del derecho fundamental a la protección de la salud respecto de “toda persona” (señaladamente, los arts. 25.1 DUDH, 12.1 PIDESC, 13.1 CSE y 35 CDFUE). De lo que se sigue que, siendo éste el sentido en el que están llamados a ser interpretados los derechos contenidos en la Constitución, bien puede concluirse que la reforma sanitaria y la restricción que opera en la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria sobre la base de la situación jurídico-administrativa de la persona, tiene sobradas tachas de inconstitucionalidad. En efecto, la reforma operada por el RD-ley 2012 deriva en un resultado manifiestamente contrario a la concepción internacional del derecho y, en consecuencia, a la interpretación que exige hacer el art. 10.2 CE. Esta denunciada oposición entre la medida restrictiva española y el Derecho internacional ha sido precisamente confirmada desde muy diversas instancias internacionales.

Asimismo, la ruptura con la universalidad del sistema es susceptible de ser cuestionada *a la luz de su impacto económico y sanitario*. No existen razones concluyentes para presumir que aquélla consiga el propósito de reducción del gasto público sanitario bajo cuya justificación fue adoptada. En este sentido, está demostrado que no es el colectivo extranjero irregular el que hace un mayor uso del sistema sanitario. A su vez, al quedar la atención de urgencias como el único nivel de atención con acceso gratuito para este sector poblacional, queda condenado a una (todavía) mayor presión en la demanda de sus servicios, cuya financiación resulta por otra parte más costosa que los de tipo preventivo. En clave

sanitaria, además, conviene hacer constar que esta restricción en el control sanitario de un colectivo potencialmente portador de enfermedades infecto-contagiosas puede devenir en un riesgo para el conjunto de la población, convirtiéndose una cuestión de salud individual en un problema de salud pública.

El conjunto de cuestionamientos que se viene haciendo puede concluirse reflexionando ahora *a la luz del reparto competencial en materia sanitaria*. Y es que, también en este extremo, la exclusión de los extranjeros en situación irregular presenta efectos controvertidos. La recepción de la medida no ha sido en modo alguno pacífica en las Comunidades Autónomas responsables de la gestión de los distintos servicios autonómicos de salud. De manera que del análisis del panorama que actualmente presenta la aplicación de la medida en el conjunto del territorio nacional, el resultado no puede hallarse más fragmentado: desde aquellas Comunidades que han optado por aplicarla en sus estrictos términos, hasta aquellas que se han rebelado manteniendo la provisión universal de los servicios sanitarios en ellas instalados, pasando por aquellas otras que han decidido modular en ciertos aspectos la reforma estatal.

La exclusión de determinados colectivos del derecho a la asistencia sanitaria supone hoy, en definitiva, un palpitante desafío de amplias dimensiones. En este sentido, no despliega consecuencias exclusivamente en el ámbito de la protección de la salud, pues también tiene efectos devastadores en términos de cohesión social. La introducción de criterios discriminatorios (señaladamente la exigencia de regularidad en la situación administrativa) en el acceso a los servicios de salud no es coherente con el enfoque integrador característico de nuestro modelo de Estado Social y con una de las principales exigencias de la justicia social, concretada en la satisfacción de determinadas necesidades básicas en la vida de todos los seres humanos, procurando su plena integración y participación en la sociedad. Teniendo en cuenta que la protección social en general, y la sanitaria en particular, encuentra su fundamento en la dignidad inherente al ser humano, no resulta costoso colegir que la atención a la salud debe promocionarse respecto del conjunto de la sociedad en condiciones de igualdad.

La pretendida rectificación anunciada recientemente desde el Ministerio de Sanidad y proclamada como un restablecimiento de la asistencia sanitaria a los extranjeros irregulares en ningún caso puede calificarse como tal. Y ello porque, desde el punto de vista material, se muestra a todas luces insuficiente al habilitar el acceso de este colectivo exclusivamente al nivel de atención primaria, continuando privado del acceso a la atención médica especializada y a los medicamentos, frustrando cualquier posible continuidad de tratamiento. Al tiempo, la medida es del todo inadecuada desde el punto de vista técnico-jurídico. Desatendiendo el principio de reserva de ley contenido en el art. 43 CE, se remite a un ulterior acuerdo en el CISNS, sin que se prevea ninguna modificación a nivel jurídico-legal al respecto.

Así las cosas, se propone desde estas líneas (re)instaurar efectivamente la titularidad universal del derecho a la asistencia sanitaria, solucionando las disfunciones advertidas entre los términos de la última reforma y las opciones asentadas en la base política y jurídica de nuestro modelo sanitario. La solución pasa, pues, por proceder a la efectiva realización, dar operatividad plena a los principios formulados en el texto constitucional, en los instrumentos internacionales de derechos humanos e incluso en normas básicas de la regulación sanitaria

(LGS). Siendo la salud una de las necesidades más elementales de todo ser humano, no resulta admisible otro título de acceso a los servicios sanitarios que el de *persona*. Ésta y no otra es la interpretación coherente con un derecho fundamental y universal que es correlato de la dignidad inherente al ser humano, la cual constituye a su vez el presupuesto antropológico de la configuración del Estado social y democrático de Derecho. En coherencia con ello, se impone necesario restituir el derecho de los inmigrantes irregulares a la tarjeta sanitaria, aboliendo el requisito de la situación administrativa regular y restableciendo su derecho de acceso al conjunto de las prestaciones sanitarias en todos los niveles de atención, y no exclusivamente en el propio de atención primaria. Es ésta la propuesta más coherente con la consideración del derecho a la asistencia sanitaria como un auténtico derecho fundamental de la persona.

Estudios de Doctrina Judicial

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL

Compatibilidad entre Protección por Desempleo y Trabajos Agrícolas por Cuenta Propia orientados al Autoconsumo Familiar

Compatibility Between Unemployment Protection and Agricultural Self-employment for Household Consumption

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

El ordenamiento español dispone que son absolutamente incompatibles la prestación por desempleo, contributiva o asistencial, y la realización de trabajos por cuenta propia, incluso cuando éstos no son determinantes de encuadramiento en un régimen de seguridad social. La jurisprudencia ha precisado que la incompatibilidad actúa con independencia del volumen de ingresos que depare la realización de dicha actividad. Recientemente, sin embargo, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha admitido que puedan simultanearse la prestación por desempleo y la obtención de rendimientos procedentes de un cultivo familiar, de escaso importe, íntegramente destinados a autoconsumo familiar.

Abstract

Spanish law provides that unemployment benefit and self-employment are absolutely incompatible with each other, even when it is not determinative of framing in social security. It has been held that the incompatibility acts independently of the volume of revenues that the self-employment produces. Recently, however, the Supreme Court has admitted that may be simultaneous unemployment benefits and obtaining income from a family culture of little value, entirely intended for family consumption.

Palabras clave

Desempleo, protección social, trabajo por cuenta propia, agricultura, autoconsumo

Keywords

Unemployment, social protection, self-employment, agriculture, consumption.

1. LA INCOMPATIBILIDAD DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLÉO CON EL TRABAJO POR CUENTA PROPIA: LA REGLA Y SU EXCEPCIÓN COMO TÍMIDA MEDIDA DE FOMENTO DEL AUTOEMPLEO JUVENIL

Habida cuenta de la finalidad que la protección por desempleo persigue (subvenir al estado de necesidad generado por la carencia de rentas salariales derivadas de la pérdida o carencia de empleo) y del conocidísimo carácter limitado de los recursos financieros del sistema, el ordenamiento jurídico ha venido incorporando toda una serie de cuantías máximas de las prestaciones, limitaciones temporales a la duración, requisitos para el devengo y/o percepción del subsidio, controles de la puesta a disposición por parte del parado, exigencias sobre el umbral de necesidad económica e incompatibilidades. Todo ese –en general, explicable– arsenal de cautelas, sin embargo produce algunos entrecruzamientos y dudas interpretativas que provocan continua litigiosidad, como viene comprobándose sobradamente.

Como regla general, la percepción de las prestaciones por desempleo, tanto en su nivel contributivo como asistencial, resulta incompatible con la realización de cualquier

trabajo, sea éste asalariado o por cuenta propia. La regla —que conoce excepciones— es coherente con la expresada caracterización jurídica de la prestación por desempleo como renta sustitutoria del salario que se deja de percibir tras la pérdida forzosa del trabajo.

Así, el artículo 221.1 LGSS —modificado por RDL 20/2012— establece que la prestación y el subsidio por desempleo son incompatibles con la realización del trabajo por cuenta propia, con independencia del número de horas que se dediquen a la actividad y de los resultados económicos obtenidos, aunque no implique inclusión obligatoria en algún régimen de la Seguridad Social; también existe incompatibilidad con el trabajo por cuenta ajena, salvo cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación —o subsidio— la parte proporcional al tiempo trabajado. Asimismo, existe incompatibilidad con las situaciones asimiladas al trabajo por cuenta ajena que supongan la inclusión en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social, aunque no se cotice por esta contingencia [art. 15.1 b) 2º RD 625/1985, modificado por RD 200/2006, de 17 febrero]. En estos supuestos, la incompatibilidad se refiere tanto al trabajo efectivo como a las vacaciones y otros descansos retribuidos [art. 15.1 e) 2º RD 625/1985].

Precisamente por el juego de dicha incompatibilidad, la norma [art. 212.1.d) LGSS] ha dispuesto la suspensión de la prestación por desempleo mientras el perceptor lleve a cabo trabajos por cuenta ajena o por cuenta propia de duración inferior a: 1) un año de duración, en el caso de trabajos por cuenta ajena; 2) veinticuatro meses de duración, en el supuesto de trabajos por cuenta propia, período de suspensión que puede extenderse hasta los sesenta meses en el supuesto de trabajadores por cuenta propia menores de treinta años que causen alta inicial en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

No obstante, cuando así lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo, se podrá compatibilizar la percepción de la prestación o del subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, en cuyo caso la entidad gestora abonará la prestación, en la cuantía y duración que se determinen, sin incluir la cotización a la seguridad social (art. 228.4 y 6 LGSS).

Actualmente, la compatibilidad de la prestación por desempleo con la realización de un trabajo por cuenta propia se admite únicamente para los beneficiarios de la prestación contributiva que se constituyan como trabajadores por cuenta propia, siempre que concurran los siguientes requisitos: a) ser menores de 30 años en el momento de iniciar la actividad económica; b) no tener trabajadores a su cargo y c) que la compatibilidad se solicite dentro del plazo de 15 días desde la fecha del inicio de la actividad, sin perjuicio de que la fecha de efectos se retrotraiga a esta fecha. La compatibilidad en este caso tendrá una duración máxima de 270 días y por el tiempo que les reste por percibir. De no solicitarse expresamente la compatibilidad, la prestación por desempleo que se viniera disfrutando quedará en suspenso hasta un máximo de sesenta meses [art. 212.1.d) LGSS]. Durante la situación de compatibilidad no se le exigirá al trabajador que cumpla con las obligaciones como demandante de empleo y las derivadas del compromiso de actividad (art. 3 Ley 11/2013).

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha emitido varios criterios sobre el alcance y contenido de esta regla que establece la incompatibilidad entre la protección por desempleo y el desarrollo de actividades profesionales por cuenta propia:

- La incompatibilidad existe, en el caso de los trabajadores por cuenta propia, con independencia de la cuantía de los ingresos percibidos por la actividad (STS 4-11-1997 [RJ 1997, 8026]; STS 29-1-2003 [RJ 2003, 3043]; 1 febrero 2005 (RJ 2005, 2962), si bien, como veremos más adelante, esta doctrina ha sido recientemente matizada por la Sala Cuarta en la sentencia que propicia este comentario).
- La prestación por desempleo es incompatible con el trabajo por cuenta propia que se presume, *iuris tantum*, al titular de un negocio abierto al público, de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas (STS 13 octubre 1998 [RJ 1998, 8666]).
- La incompatibilidad opera mientras no se demuestre por el beneficiario de las prestaciones de desempleo que, aunque figure de alta en el IAE, no presta servicios retribuidos ni realiza actividades por cuenta propia (STS de 30 abril 2001 [RJ 2001, 5128]). Así ocurre con el abogado que, tras ser despedido de una Mutua, se da de baja en el IAE para el ejercicio de la profesión pero sigue de alta en el Colegio de Abogados (STS 12-7-2004 [RJ 2004, 7635]).
- La mera condición de socio de las sociedades mercantiles personalistas o de las sociedades civiles no da lugar a la aplicación del art. 222.1 LGSS; así será si los socios no realizan ninguna actividad de gestión de la misma, lo que hace compatible la condición de beneficiario de prestación por desempleo con la de socio capitalista de sociedad civil (STS 18-4-2007 [RJ 2007, 5003]).
- La modificación operada en el art. 213.1.d) LGSS, en relación con la extinción de las prestaciones de desempleo por la realización de trabajos por cuenta propia por tiempo igual o superior a 24 meses, es aplicable retroactivamente a las prestaciones reconocidas bajo el imperio de la norma antigua, únicamente si el beneficiario lleva más de dos años trabajando por cuenta propia desde que entró en vigor la Ley 45/2002 cuando solicita la reanudación de la prestación (SSTS de 18 octubre 2006 [RJ 2006, 6619] y 29 marzo 2007 [RJ 2007, 3973]).

2. HECHOS LITIGIOSOS Y CUESTIÓN A RESOLVER EN LA STS, 4^a, DE 25 ABRIL 2015

La aplicación del art. 221.1 LGSS ha generado numerosos problemas interpretativos. Uno de los de mayor trascendencia, al menos cualitativa, es el relativo a los efectos de la declaración de incompatibilidad en el sector agrario, por la frecuencia con la que en este medio y en determinadas zonas geográficas (Andalucía, Extremadura, Castilla-La Mancha...) se producen supuestos de realización de trabajos agrícolas por cuenta propia que pueden calificarse como marginales, esporádicos u ocasionales, trabajos de breve duración, de carácter no principal, como pueden ser los realizados en una explotación agrícola de la que su titular obtiene frutos destinados al autoconsumo o unos ingresos de escasa cuantía¹. La realización de las labores agrícolas por cuenta propia puede ser anterior a la constitución

¹ PIQUERAS Piqueras, M. C.: "Breve comentario al criterio jurisprudencial sobre la incompatibilidad de la protección por desempleo (prestación y subsidio) con el trabajo por cuenta propia", en *Revista de Derecho Social*, núm. 8 (1999), pág. 184.

de la situación legal de desempleo y mantenerse después de ésta, de modo que cuando el trabajador pierde el empleo que venía realizando y solicita la prestación, sea en el nivel contributivo o asistencial, puede encontrarse con una resolución del SEPE denegándosela por entender que es incompatible con la realización de un trabajo por cuenta propia, al margen de que, como afirma la norma, dicho trabajo no dé lugar a la inclusión en algún régimen de la Seguridad Social (destacadamente, el RETA), de la cuantía de los ingresos o de otras circunstancias que pudieran concurrir en el supuesto (sobre las que la ley guarda absoluto silencio). Otras veces, se tratará de un trabajador que está percibiendo la prestación o el subsidio por desempleo y que, por pasar a realizar una actividad agrícola por cuenta propia, aunque ésta no revista carácter empresarial ni constituya medio fundamental de vida, ve extinguido su derecho a la protección por desempleo y, además, se encuentra con que la entidad gestora le reclama como indebidas las prestaciones disfrutadas durante el tiempo que simultaneó el cobro de la prestación o el subsidio con la realización de dichos trabajos.

Este segundo supuesto es, precisamente, el que da soporte a la doctrina ofrecida por el Tribunal Supremo en la Sentencia 1773/2015, de 27 de abril, que aquí se comenta. Aborda la sentencia un supuesto en el que el SPEE extingue el subsidio por desempleo para mayores de 52 años que una trabajadora venía percibiendo desde el año 2008, con reclamación como indebida de la prestación cobrada entre el 16 de marzo de 2011 y el 30 de enero de 2012 (cuyo importe asciende a 4.473 euros), por no haber comunicado aquélla la realización de labores agrícolas en una explotación de su propiedad en el año 2011, ni haber presentado factura de los ingresos obtenidos por la realización de dichas labores dentro de los quince días hábiles posteriores al cobro, a fin de proceder a la suspensión del derecho al subsidio durante los días que se realizaron dichos trabajos. Está acreditado que la trabajadora vendió su cosecha de aceituna en una almazara por 906,75 euros, si bien no percibió ingreso alguno en efectivo porque adquirió, en la propia almazara, aceite por valor de 910 euros, destinado a autoconsumo familiar, con lo que se compensaron ambas facturas.

El Juzgado de lo Social de Albacete anuló la resolución de la entidad gestora, siendo confirmada su sentencia por la del TSJ Castilla-La Mancha de 28 febrero 2014. Contra esta sentencia formula recurso de casación para la unificación de doctrina el SEPE, denunciando infracción del artículo 221 LGSS y aportando como sentencia de contraste la STS de 4 noviembre 1997 (rcud 212/97).

Procede, por tanto, decidir si la prestación por desempleo, contributiva o asistencial, es compatible con la realización de una actividad por cuenta propia en el sector agrícola, no determinante de encuadramiento en el RETA, cuando, además, aquella proporciona unos rendimientos en cuantía no elevada.

Para alcanzar una solución definitiva al respecto, lo que en correcta técnica procesal se impone es verificar, en primer término, si existe entre las sentencias contrastadas la divergencia doctrinal que precisa el RCUD para ser viable, esto es, si de conformidad con lo establecido en el art. 219 LRJS, la sentencia recurrida y la del TS que se aporta como contradictoria contienen pronunciamientos diversos e incompatibles entre sí respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales.

A tal efecto, la Sala, tras reproducir el contenido del mandato legal que establece la incompatibilidad absoluta de la prestación o el subsidio por desempleo con el trabajo por

cuenta propia, cualquiera que sea la dedicación al mismo y aunque su realización no suponga la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social (RETA, REM), pasa a exponer la doctrina que vino a fijar en su sentencia de 4 de noviembre de 1997, a fin de constatar si la misma, reiterada en pronunciamientos posteriores de la Sala, resulta o no de aplicación al caso decidido por la STSJ de Castilla-La Mancha objeto de recurso.

3. COMPATIBILIDAD DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO CON LA REALIZACIÓN ESPORÁDICA DE ACTIVIDADES AGRÍCOLAS ORIENTADAS AL AUTOCONSUMO FAMILIAR

En relación a la posibilidad de simultanear la obtención de ingresos procedentes de la realización de labores agrarias por cuenta propia y el percibo de la prestación o el subsidio por desempleo, la STS de 4 noviembre 1997 (RJ 1997, 8026) sostiene que la norma –art. 221 LGSS– es clara y que el sentido propio de sus palabras –primer canon de interpretación según el art. 3.1 CC– no se opone a su espíritu y finalidad. La cuestión sometida a unificación en esta sentencia es fácilmente resumible: determinar si la obtención de ingresos netos por debajo del 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, derivados del trabajo por cuenta propia, constituye motivo para impedir la percepción del subsidio. En esencia, los preceptos que concurren y generan la duda razonable son dos:

- 1) Por un lado, requisito general para acceder a cualquiera de los supuestos o modalidades del subsidio asistencial por desempleo es que el beneficiario, debidamente inscrito como demandante de empleo, carezca de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias².
- 2) De otra parte, en previsión común a la prestación asistencial y a la contributiva, se instaura su incompatibilidad con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto en el caso de realización a tiempo parcial, deduciéndose entonces del importe de la prestación la parte proporcional al tiempo trabajado.

Nos encontramos, pues, con una previsión general de incompatibilidad entre prestaciones por desempleo y trabajo por cuenta propia, así como con otra especial que admite la percepción de rentas inferiores a determinado umbral cuando se percibe el subsidio. ¿Es posible percibir rendimientos derivados del trabajo por cuenta propia y que no rebasen ese nivel de rentas admisible?

En otras ocasiones, la jurisprudencia ha considerado como normal la existencia de unos pequeños ingresos, a pesar de que el sujeto estuviera percibiendo una prestación asistencial, y la atención, precisamente, se ha dedicado a depurar el modo en que debían de contabilizarse; lo que sucede es que no procedían de la propia actividad productiva. En tal sentido se actuó al determinar que las rentas o intereses fruto de la inversión financiera o bancaria de la indemnización percibida por el desempleado deben computarse dentro del

² Así lo dispone el vigente art. 215.1.1 LGSS 1994.

umbral de rentas que permiten o impiden el nacimiento del derecho al subsidio³, o al afirmar que serán objeto de cómputo las rentas de capital mobiliario del año o ejercicio anterior al de la solicitud, al no poder ser conocidas en su totalidad hasta el final de cada ejercicio⁴.

En esta ocasión, sin embargo, la Sala Cuarta interpretará que existe una absoluta imposibilidad de compatibilizar el trabajo por cuenta propia (al margen de la entidad de los ingresos que el mismo genere) y la percepción del subsidio, por las siguientes razones:

- El tenor del art. 221.1 LGSS es inequívoco: imposibilita la simultánea percepción de prestaciones por desempleo y de trabajo por cuenta propia.
- La excepción del trabajo a tiempo parcial –marginal o no– sólo juega para el trabajo por cuenta ajena, sin que pueda extrapolarse al trabajo marginal autónomo por la propia dificultad de su control; la LGSS no extiende la excepción a las tareas marginales por cuenta propia.
- El precepto, recalando esa idea, advierte de la incompatibilidad aunque se trate de tareas que no den lugar a la inclusión en el sistema de Seguridad Social, lo que, cabalmente, acaece con las labores agrarias que no constituyan medio fundamental de vida ni se realicen de forma habitual⁵.
- Es lógico que se establezca un régimen de incompatibilidades más restrictivo para el trabajo por cuenta propia que para el trabajo por cuenta ajena, por la propia dificultad de establecer un control que delimite los supuestos de trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial.

La posición de la Sala Cuarta en este punto parece formalmente impecable, pero en el fondo deja un poso de insatisfacción que, de haberse compartido, podría haber llevado a realizar una interpretación conjunta de los preceptos, en línea de concordar los rendimientos del trabajo por cuenta propia con el umbral de ingresos tolerado. Algo de peso puede haber tenido, en su adopción, el propósito de que las exigencias normativas en orden al disfrute del subsidio se observen de manera escrupulosa, evitando cualquier fraude; pero sabido es que el fraude no puede presumirse y que si los ingresos acreditados están por debajo del tope permitido para otras fuentes, la sensación de incomodidad intelectual puede persistir⁶.

Un atisbo de interpretación flexibilizadora de tan rigurosa doctrina, propiciada ciertamente por el contundente tenor normativo, parece asomar en la STS de 13 de marzo de 2000 (RJ 2000, 3420). En esta ocasión, la Sala consideró compatible la prestación por

³ SSTS 22 y 23 diciembre 1994 (RJ 1994, 511 y 512); 31 enero 1995 (RJ 1995, 678); 13 y 27 marzo 1995 (RJ 1995, 1765 y 2344); 5 abril 1995 (RJ 1995, 3030); 5 y 8 mayo 1995 (RJ 1995, 3748 y 3754); 1, 2 (2) y 6 junio 1995 (RJ 1995, 4744, 4748, 4750 y 4762); 4 julio 1995 (RJ 1995, 5475).

⁴ STS 23 marzo 1995 (RJ 1995, 2181).

⁵ El art. 2º del Decreto 2123/1971, de 23 de julio, dispuso la inclusión en el Régimen Especial Agrario (REA) de quienes “en forma habitual y como medio fundamental de vida realicen labores agrarias”; en el mismo sentido, los arts. 2º y 5º del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento General del REA. La disolución del REA se ha producido en dos fases: 1) una primera, a partir del 1 de enero de 2008, en que se produjo la integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (Ley 18/2007); 2) una segunda fase, con la integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social, a través de un sistema especial, con efectos desde el 1 de enero de 2012 (Ley 28/2011).

⁶ SEMPERE NAVARRO, A.-V.: *Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina*, Noviembre 1997, Aranzadi Social, 1998, pág. 48.

desempleo con los reducidos ingresos (414.110 ptas. en 1995) obtenidos de unas pequeñas propiedades rústicas. El argumento determinante será que no se reputa equivalente a “trabajo por cuenta propia” la simple titularidad dominical, con unos hermanos, de ciertas propiedades rústicas adquiridas por vía hereditaria, administradas por una hermana del perceptor, y cuyos escasos rendimientos, muy inferiores al salario mínimo interprofesional, no constituyen su medio de sustento principal.

La STS de 29 enero 2003 (RJ 2003, 3043) recuperará la doctrina que estableciera la Sala en su sentencia de 1997, aplicándola al supuesto de un desempleado que trabaja como apicultor, por cuenta propia, aunque obteniendo ingresos inferiores al 75% del SMI. Además de explicar por qué ha de considerarse incompatible la prestación o subsidio por desempleo con la percepción de tan exiguos ingresos y de diferenciar el supuesto de otros (excepcionales) en que sí se ha admitido la compatibilidad, la Sala Cuarta critica la solución normativa por su falta de elasticidad; hay en ella cierta “incongruencia” por cuanto los ingresos (trabajando) quedan por debajo de los que el desempleo habría proporcionado, “pero la vinculación al principio de legalidad” y las previsiones de la LGSS impiden acceder a otra solución más razonable (la propia de las pensiones no contributivas: abonar como desempleo el diferencial correspondiente).

En la misma línea, la STS de 1 febrero 2005 (RJ 2005, 2962) resolverá el caso de un delineante que, tras ser despedido improcedentemente, accede a la prestación por desempleo y obtiene unos pequeños ingresos como agricultor por cuenta propia; una vez más, se sostiene la total y absoluta incompatibilidad entre las prestaciones por desempleo y un trabajo por cuenta propia, con independencia de los ingresos que el mismo reporte al interesado. También ahora se reitera la incongruencia de una norma que impide acceder a prestaciones superiores a los ingresos obtenidos, pero la sujeción a la legalidad conduce a que haya de respetarse escrupulosamente los arts. 215 y 221 LGSS.

Lo que con esta construcción se hace, desde luego, es penalizar las rentas derivadas del trabajo por cuenta propia, al imposibilitar en todo caso su concurrencia con la prestación por desempleo, en tanto que la regla no es absoluta cuando el origen de los ingresos sea otro. Visto el tenor de la doctrina unificada y la imperfección del precepto legal, mucho mejor sería que el mismo se reformulase para aludir –en lugar de al trabajo– a las *rentas derivadas del trabajo por cuenta propia*, significado que al cabo posee el precepto.

Asimismo, al delimitar los requisitos exigidos para acceder al subsidio por desempleo, más claras quedarían las cosas si el art. 215.1.1 LGSS advirtiera que hay que carecer de “rentas de cualquiera naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional” (fórmula actual) o (adición) “de rentas derivadas del trabajo por cuenta propia de cualquier importe”.

* * *

La sentencia de 27 abril 2015 representa una nueva excepción a la regla de absoluta incompatibilidad de la protección por desempleo con el trabajo por cuenta propia en el sector agrario. Reconoce la Sala que, en un plano teórico, la doctrina contenida en su sentencia de 1997 podría alcanzar también al supuesto ahora debatido, dado que aquella considera irrelevante el montante de los ingresos obtenidos en el desempeño de la actividad por cuenta propia, pero acto seguido justifica su inaplicación en el presente caso, argumentando que las

afirmaciones realizadas en aquella sentencia no deben sacarse del contexto en el que fueron hechas. Y es que, para la Sala, no son comparables la obtención de 906,75 euros por la venta de una cosecha de aceituna, fruto de una dedicación esporádica y ocasional a este cultivo de carácter familiar, con la realización de una actividad agraria que depara el trabajador unos ingresos sustancialmente superiores (455.961 pesetas en 1994 y 976.808 pesetas en 1995), aunque por debajo del umbral económico que determina el acceso al subsidio por desempleo. Se incide, además, en el hecho de que la beneficiaria del subsidio reclamado por el SEPE no llegó a percibir ingresos en metálico por las labores agrarias realizadas, sino que canjeó su cosecha en la almazara por un valor equivalente en aceite (910 euros); y si bien puede estimarse que tales importes exceden de las normales exigencias de autoconsumo de un grupo familiar estricto (cuya composición no consta en los autos), tampoco pueden calificarse de auténtico “rendimiento económico”, que es presupuesto sobreentendido de la incompatibilidad que el art. 221 LGSS establece entre la prestación o el subsidio por desempleo y el trabajo por cuenta propia. La comparación con los rendimientos agrícolas obtenidos en sentencias posteriores a la de 1997, que asimismo abrazaron la tesis de la incompatibilidad, tampoco es posible por la misma razón, su superior importe: la STS de 29 enero 2013 se refería a unos ingresos anuales de 755.939 pesetas en 1996, 1.946.577 pesetas en 1997 y 478.502 pesetas en 1998; y la de 1 febrero 2005 contemplaba ingresos de 3.272,8 euros en 2001.

Concluye la Sala que su interpretación del art. 221.1 LGSS conserva validez y es aplicable “a todos los casos de actividades agrarias que merezcan tal nombre”, aunque no den lugar –por ausencia de habitualidad y no integrar medio fundamental de vida– a la inclusión en el Régimen Especial Agrario –ahora, en el Régimen Especial de Autónomos–, pero en manera alguna puede alcanzar a unas labores orientadas al autoconsumo [las aceitunas cosechadas en el caso se limitaron a compensar el aceite previamente adquirido en la almazara], “que carecen del menor atisbo de profesionalidad” y que incluso pueden considerarse, como razonablemente entendió la sentencia de instancia, “trabajos residuales y esporádicos de mera administración y conservación de un pequeño patrimonio agrícola, que de otro modo se vería malbaratado y perdido por dejar de prestarse los cuidados mínimos imprescindibles, que incluyen la recogida del fruto”.

En definitiva, pues, la incompatibilidad a la que se refiere el art. 221.1 LGSS presupone “no solamente una apariencia de la referida profesionalidad, sino la existencia de una explotación agraria –cuálquiera que sea su entidad y grado de organización– orientada a la producción de bienes con básicos fines de mercado”, por lo que no concurre tal incompatibilidad “cuando la labor agraria se concreta (...) a un reducido cultivo para consumo familiar, en términos tan limitados que excluyan palmariamente la posibilidad de fraude”. Entiende la Sala que “sostener lo contrario comporta desconocer una realidad sociológica y lleva –como en el caso ahora debatido– a consecuencias desproporcionadas y poco acordes a la equidad”.

4. CONCLUSIÓN

La solución a la que se accede en el supuesto analizado no puede ser más razonable, pues ningún impacto o muy escaso ha de tener sobre la situación económica del perceptor de la prestación por desempleo, sea ésta contributiva o asistencial, la realización de una actividad por cuenta propia de la que ha obtenido unos frutos destinados al autoconsumo

familiar por tan magro importe. No parece que la finalidad de la protección por desempleo quede desvirtuada admitiendo la compatibilidad de tales rendimientos con el disfrute de la correspondiente prestación.

Con todo, ocurre a menudo –y este es el caso– que lo que se gana en justicia y equidad se pierde en seguridad jurídica, pues frente a la certidumbre del criterio, apegado a la letra de la norma, que proclama la absoluta incompatibilidad de la protección por desempleo y el trabajo por cuenta propia, aunque éste no reúna las notas de habitualidad y profesionalidad determinante de encuadramiento en un régimen de seguridad social⁷, surge la incertidumbre de determinar, caso por caso, dónde acaba la actividad de autoconsumo personal o familiar sin fin de lucro y dónde comienza la actividad de explotación profesional. ¿Debe exigirse sin fisuras, para sortear la norma de la incompatibilidad, que todo lo cosechado se destine a autoconsumo, sin posibilidad de colocar en el mercado el sobrante, por exiguo que éste sea? ¿Qué tan reducido ha de ser el rendimiento económico del cultivo familiar y qué otros parámetros han de considerarse para que no se entiendan sobrepasados los límites razonables del autoconsumo?

Por razones que exceden de la problemática a la que hemos dedicados estas páginas, ha llegado la hora de regular definitivamente el trabajo autónomo a tiempo parcial –por difícil que tal operación se presente– y equiparar su tratamiento al trabajo por cuenta ajena del mismo carácter, a los efectos previstos en el art. 221.1 LGSS.

⁷ Sobre las notas delimitadoras del trabajo autónomo a efectos de Seguridad Social, LÓPEZ ANIORTE, M.^a.C.: “El difuso concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo. De la eventual cuantificación económica de la habitualidad al reconocimiento del trabajo autónomo a tiempo parcial”, en *Relaciones Laborales*, núm. 9 (2013), pp. 67-100.

Revalorización y actualización de pensiones: Alcance de la STC 49/2015, de 5 de marzo de 2015

Revaluation and pension update: STC 49/2015 scope of 5 march 2015

JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ BERNAT

PROFESOR ASOCIADO DOCTOR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

La suspensión de la actualización de las pensiones en su modalidad contributiva para 2012 planteaba la duda de su encaje en el conjunto de garantías constitucionales. Sin embargo, la STC 49/2015, de 5 marzo ha avalado la constitucionalidad del RDLey 28/2012 que dejó sin efecto la actualización de las pensiones en relación con el Índice de Precios al Consumo pese a que los arts. 48 TRLGSS y 27 del Real Decreto 670/198 lo garantizaban. A juicio del TC, cuando se dictó el RDLey 28/2012 los pensionistas sólo tenían una mera expectativa de derecho a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto. Se trata de una decisión cuando menos polémica ya que, por el contrario, cabe postular que cuando se aprueba el art. 2.1 RDLey 28/2012 el derecho a la actualización de las pensiones estaba consolidado e integrado en el patrimonio individual de los sujetos beneficiarios.

Abstract

The suspension of updating its contributory pensions in 2012 raised the question of its place in the set of constitutional guarantees. However, the STC 49/2015 of 5 March has endorsed the constitutionality of RDLey 28/2012 which annulled the update of pensions in relation to the Consumer Price Index although the arts. 48 TRLGSS and 27 of the Royal Decree 670/198 guaranteed. According to the TC, when the RDLey 28/2012 was issued pensioners had only mere expectation right to receive the difference between the actual inflation and the inflation forecast. It is a controversial decision at least because, on the contrary, it is postulated that when is approved art. 2.1 RDLey 28/2012 the right to update pensions was consolidated and integrated into the individual assets of the subject beneficiaries.

Palabras clave

Seguridad Social, Pensiones, Revalorización, Actualización, Irretroactividad, Expectativas de derechos, Derechos adquiridos

Keywords

Social Security, Pensions, Revaluation, Update, retroactivity, future entitlements, acquired rights

1. LA REVALORIZACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE PENSIONES: SU SUSPENSIÓN

Una de las cuestiones más relevantes que afecta a la cuantía de las pensiones es la revalorización. Teniendo en cuenta que las pensiones, al menos las de naturaleza contributiva, constituyen una renta de sustitución de las personas cuando finalizan su vida profesional activa (en el caso de la jubilación), lo deseable es que el perceptor de aquellas pueda mantener un nivel de vida similar al que tenía cuando estaba trabajando. Si una vez calculada la pensión, ésta permanece inalterada durante todo el tiempo de su percibo, la depreciación monetaria incidirá en su valor adquisitivo y se producirá un alejamiento del salario al que sustituyen. Precisamente, los mecanismos de revalorización de la cuantía de las prestaciones causadas y reconocidas tratan de evitar el deterioro de la capacidad de compra

de los sujetos beneficiarios que se produce con el paso del tiempo debido a una posible erosión provocada por la inflación.

El establecimiento de técnicas de revalorización no sólo respondería a exigencias de índole técnico-económico, esto es, de mantenimiento de la intensidad protectora y del poder adquisitivo, tal y como se ha apuntado, sino que además se debe subrayar una razón de justicia social como justificante de su existencia en nuestro ordenamiento jurídico, pues en el aumento del nivel de vida de un país interviene el esfuerzo de las distintas generaciones¹. En esta línea se manifiesta el art. 65.10 del Convenio núm. 102 OIT en el que se señala que los pagos periódicos atribuidos a la vejez, por la invalidez y por la muerte del sostén de la familia serán revisados cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida.

Por lo demás, la necesidad de la figura de la revalorización en nuestro país se conecta con el mandato del artículo 50 CE de garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Y también con lo previsto en el artículo 41 del mismo texto, que establece para los poderes públicos la obligación de garantizar a todos los ciudadanos, asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad. De ahí que la previsión legal de actualización es el desarrollo de un preciso mandato constitucional de garantizar la suficiencia económica de las pensiones. Aunque es cierto que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (TC), el legislador ordinario ostenta un amplio margen de discrecionalidad al tratarse (en el caso de la Seguridad Social) de derechos de estricta configuración legal², ello no debe interpretarse en el sentido de que aquél ostente una libertad plena e ilimitada.

Las fórmulas de revalorización de las pensiones pueden diseñarse en función de distintos criterios. La más utilizada es aquella que toma como referencia la evolución del coste de la vida. Para ello, se opta por la variable del Índice de Precios al Consumo (IPC), al considerarla representativa del deterioro monetario de la renta disponible dedicada a la compra de los productos de consumo por efecto de la inflación. También nuestro legislador se ha decantado por dicho criterio como forma de actualización de las pensiones hasta la actualidad. Fue la Ley 26/1985 la que incorporó el criterio de vinculación de la revalorización de las pensiones al IPC y posteriormente la Ley 24/1997 la que introdujo la previsión de corrección, en su caso, de la desviación de la revalorización inicial. Esta última norma fue la plasmación de lo que se recogía en la Recomendación número 11 del Pacto de Toledo de 1995, donde se afirmaba que debía garantizarse el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones mediante la revalorización automática de las mismas, en función de la evolución del índice de precios al consumo y a través de fórmulas estables de contenido similar a la aplicada el presente año. Con anterioridad a la aprobación de la Ley 24/1997, el Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social de 1996 contemplaba la revalorización de las pensiones de Seguridad Social en su modalidad

¹ GARCÍA VALVERDE, M^a, “Revalorización e importes máximos y mínimos de pensiones”, en VV.AA. (MONEREO PÉREZ, J. L. y GARCÍA NINET, J. I., dirs.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Granada, Comares, 2004, p. 792.

² Por todas, STC 37/1994, 10 febrero (RTC 1994, 37).

contributiva en función del índice de precios al consumo para cada año, así como compensación o absorción para los casos de variación entre el índice previsto y el real.

La revalorización o recuperación del valor perdido de las pensiones de Seguridad Social se regula en el artículo 48 TRLGSS para las de carácter contributivo y en el artículo 52 del mismo texto legal para las de modalidad no contributiva. Hasta la aprobación de la Ley 23/2013 la revalorización se efectuaba, de forma automática, al comienzo de cada año, en función del índice de precios al consumo previsto para dicho año, lo que incluía igualmente a las pensiones mínimas. Por otro lado, se preveía que en el caso de que las previsiones de inflación hubieran quedado por debajo de la inflación real (correspondiente al periodo comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización) se procedía a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que estableciese la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado. Ello se materializaba abonando la diferencia, en un pago único, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, antes del 1 de abril del ejercicio siguiente. En cuanto al régimen de revalorización previsto para las pensiones de invalidez y jubilación no contributivas, el artículo 52 del TRLGSS sigue estableciendo que serán actualizadas en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, al menos, en el mismo porcentaje que dicha ley establezca como incremento general de las pensiones contributivas de la Seguridad Social.

Por otro lado, en lo que se refiere a las pensiones a cargo del Régimen de Clases Pasivas del Estado, éstas tienen una regulación propia, contenida en el artículo 27 del Real Decreto 670/1987, de 30 de abril, y hasta la Ley 23/2013 se contemplaban los mismos criterios previstos en el art. 48 TRLGSS para las prestaciones contributivas. Según este artículo, las pensiones de clases pasivas, incluido el importe de la pensión mínima y los haberes reguladores que se aplican para determinar la cuantía de las pensiones, se revalorizarán al comienzo de cada año, en función del índice de precios al consumo previsto para dicho año. Además, si el índice de precios al consumo acumulado correspondiente al periodo comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico al que se refiere la revalorización , resulta superior al índice previsto, se procederá a su actualización conforme establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. A tales efectos, se abonará a los pensionistas la diferencia, en un pago único, antes del uno de abril del siguiente ejercicio. Esta ley adopta, por tanto, el mismo criterio de revalorización de pensiones que el mencionado en el artículo 48 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

La fórmula diseñada hasta la aprobación de la Ley 23/2013 ha desempeñado un papel importantísimo en la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas. Es ésta la finalidad que busca atender el art. 48 TRLGSS que lo contempla (como el art. 27 del RD 670/1987): tratar de que los pensionistas afronten mejor los aumentos del coste de la vida. No en vano se considera que con dicho instrumento se lucha contra el riesgo de pobreza de la población pensionista. Este aspecto es el que explica que en nuestro país las revalorizaciones representen una parte sustancial del importe de la nómina de las pensiones. Con ello se pretende que un colectivo débil, con una media de ingresos bajos, sin posibilidad de generar recursos de otro tipo, pueda hacer frente a la variación del índice del coste de la vida.

Pese a la importancia que representa el mecanismo de la revalorización entre los pensionistas, ello no ha impedido que en los últimos años se proceda a actuar sobre el mismo con la finalidad de atenuar sus efectos, como una medida más dentro de la política de austeridad adoptada por nuestro país. Así, en el año 2010 se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, suspendiendo, de forma excepcional para el año 2011, la revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social, excepto para las pensiones mínimas, las pensiones del extinguido SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas. Al año siguiente, el RDLey 20/2011, de 30 de diciembre, estableció, en su artículo 5 que las pensiones que abona el sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva, así como de Clases Pasivas del Estado, se incrementarían en un 1 por 100 para el año 2012. En la misma línea, el RDLey 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social dejó sin efecto para 2012 la actualización con el IPC de las pensiones, en los términos previstos legalmente, con la excepción de las pensiones mínimas, las del SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas. En la adopción de estas medidas se deja ver la influencia que ejerce tanto el mandato del art. 135 CE que pretende situar la estabilidad presupuestaria por delante de cualquier otro deber o compromiso de los poderes públicos como el art. 11.5 Ley 2/2012 en el que se establece que las Administraciones Públicas de Seguridad Social mantendrán una situación de equilibrio o superávit presupuestario.

La suspensión de la actualización de las pensiones conforme a lo previsto en el art. 2.1 RDLey 28/2012 constituía una decisión ciertamente polémica si se atiende a dos aspectos fundamentales. El primero de ellos se conecta con razones de oportunidad política, ya que apenas cinco meses atrás la Ley 2/2012, en desarrollo de lo previsto por el RDLey 20/2011, contempló que las pensiones subirían un 1 por 100, lo que implícitamente incluía también la compensación de la ya entonces más que previsible desviación de esa cifra respecto de la evolución del IPC desde noviembre de 2011 al mismo mes de 2012. Finalmente, el dato de la inflación de referencia fue del 2,9 por 100, por lo que los pensionistas se quedaban sin el abono en un pago único de la diferencia existente: un 1,9 por 100 de la cuantía de la pensión³.

El segundo de los elementos controvertidos cabe situarlo en el plano jurídico ya que la adopción de dicha medida planteaba importantes dudas de constitucionalidad. De hecho, se planteó de forma inmediata un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 2.1 RDLey 28/2012 el cual, una vez admitido a trámite, constituye el objeto de análisis y resolución por parte del TC en la sentencia que examinamos. Con anterioridad a la decisión del máximo intérprete de la Constitución han recaído algunas sentencias de los Juzgados de lo social que han entrado a resolver demandas planteadas con el objetivo de que se reconozca el derecho al abono de la paga única compensatoria por el desvío del IPC durante el año 2012 y, de otro, que se declare el derecho a que la revalorización correspondiente al año 2013 se aplique

³ Al respecto, ampliamente SUÁREZ CORUJO, B., *El sistema público de pensiones. Crisis, reforma y sostenibilidad*, Valladolid, Lex-Nova, 2014, p. 234.

sobre una pensión incrementada en un 2,9 por 100 en lugar de un 1 por 100⁴. También en suplicación ha recaído algún pronunciamiento entrando a resolver estas cuestiones⁵.

2. LOS PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 2.1 RDL 28/2012

La suspensión de la actualización de las pensiones en su modalidad contributiva para 2012 planteaba la duda de su encaje en el conjunto de garantías constitucionales. El primero de los problemas de constitucionalidad se conectaba con una eventual vulneración del art. 86.1 CE ya que se podría llegar a apreciar la falta de concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad para poder dictar el RDLey 28/2012. Otra de las cuestiones que podían servir para declarar la inconstitucionalidad de aquella medida se centraba en el incumplimiento del principio de suficiencia económica conforme a los arts. 41 y 50 CE. El tercero de los interrogantes en materia constitucional se vinculaba con la posible infracción de los tres principios consagrados en el art. 9.3 CE. Finalmente, el cuarto de los motivos de inconstitucionalidad de la suspensión de la actualización de las pensiones era la posible existencia de una discriminación indirecta por razón de la edad conforme a lo previsto por el art. 14 CE.

En el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el art. 2.1 RDLey 28/2012 únicamente se ha optado por hacer valer el tercero de los motivos expuestos, esto es, el relativo al problema de la interdicción de la irretroactividad de las normas jurídicas contenida en el art. 9.3 CE. De forma derivada, también se aduce la infracción del art. 33 CE. Del resto de los problemas, los recurrentes han optado por mantenerse al margen. Y es que en el primer caso, aquel que se refiere a una posible vulneración del principio de legalidad, no parece fácil su admisión ya que el TC viene defendiendo que el control sobre el uso abusivo de la facultad legislativa otorgada al Gobierno consiste en verificar la conexión entre el presupuesto habilitante –la extraordinaria y urgente necesidad– y la adopción de la medida legal concreta –el RDLey–. Y sobre este particular el propio TC ya ha tenido ocasión de pronunciarse al estudiar la constitucionalidad de la reducción de las retribuciones de los funcionarios legitimando la existencia de la situación de extraordinaria y urgente necesidad de este tipo de recortes en base a la crisis económica. En efecto, conforme al Auto de fecha 13 de diciembre de 2011, el TC considera que “(...) siendo el objetivo principal de la norma –el RDL 8/2010– introducir determinadas medidas urgentes y extraordinarias para la contención y reducción del déficit público, es evidente que la reducción de las dos principales partidas del gasto público corriente de la de Ley de Presupuestos –los salarios de los empleados públicos y las pensiones públicas– guarda la necesaria conexión de sentido con la situación de urgencia definida, tal y como ha sido exigida por la doctrina constitucional”⁶.

Tampoco los recurrentes aducen en sus motivos de inconstitucionalidad el principio de suficiencia económica. Ello no resulta extraño si tenemos en cuenta que desde sus inicios el TC viene postulando que de los arts. 41 y 50 CE no se desprende que la CE “obligue a que

⁴ Ha reconocido dichos derechos la SJS núm. 4 San Sebastián 6 junio 2013 (AS 2013, 1755). En contra, entre otras, las SSJS núm. 2 Palma de Mallorca 11 marzo 2014 (AS 2014, 790) y núm. 31 Madrid 11 de julio 2013.

⁵ STSJ Castilla La-Mancha 25 noviembre 2014 (AS 2015, 291).

⁶ ATC 179/2011, 13 diciembre 2011 (RTC 2011, 179).

se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual”⁷. Ahora bien, al producirse en el año 2012 una congelación de todas las pensiones sin distinción, incluidas las más bajas y las mínimas, no resulta tan insólito plantearse la duda sobre si tal medida erosiona el principio de suficiencia ya que se podría entrar a examinar si en este caso la situación de déficit público serviría para justificar la no revalorización de todas las pensiones o, por el contrario, se tenían que haber actualizado las más bajas, ya que de no optarse por tal medida no se garantizaría el poder adquisitivo de aquellos cuya pensión es su único ingreso o el más importante y sin ella estarían bajo el umbral de la pobreza⁸.

Por lo demás, el recurso tampoco hace referencia al principio de igualdad en su pretensión de considerar inconstitucional el art. 2.1 RDLey 28/2012, centrando su atención en el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras de derechos individuales (art. 9.3 CE), en relación con el mandato constitucional de actualización periódica de las pensiones a los efectos de asegurar su suficiencia económica (art. 50 CE).

2.1. Principio de irretroactividad ex art. 9.3 CE: derechos adquiridos o expectativas de derechos

El problema de la interdicción de la irretroactividad de las normas jurídicas contenida en el art. 9.3 CE se constituye en el verdadero dilema a resolver respecto a la incidencia que en este punto presenta la medida de suspensión de la actualización de las pensiones decretada por el Gobierno. En otras palabras, la estimación o desestimación de la constitucionalidad de dicha decisión se apoya en un concreto motivo, a saber, la negación (o no) del carácter retroactivo del art. 2.1 RDLey 28/2012. Y sobre este particular conviene detenerse brevemente sobre las características fundamentales de aquel principio para comprobar finalmente si se produce una vulneración del precepto constitucional citado.

Y así, se puede destacar, en primer lugar, conforme a reiterada doctrina constitucional, que el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el art. 9.3 CE no es un principio general sino que está referido exclusivamente a las leyes ex post facto sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Por tanto, lo que la Constitución veda es la retroactividad de las normas, es decir, la proyección de sus efectos hacia el pasado, no impidiendo, en este sentido, la eficacia inmediata de la norma hacia el futuro a partir de la entrada en vigor de la misma. Lo que se prohíbe es la retroactividad auténtica, pero no así la denominada retroactividad impropia, que depende de otras circunstancias conectadas con la seguridad jurídica y la previsibilidad de actuación futura de cada sujeto en atención al principio de protección de la confianza legítima. La invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisible petrificación del ordenamiento jurídico⁹. Aplicada esta doctrina a los derechos sociales, no cabría, en este sentido, una irreversibilidad absoluta de éstos, dado que el legislador no podría adoptar medidas regresivas respecto a una situación anterior, lo que supondría el sacrificio de otros

⁷ STC 134/1987, 21 julio (RTC 1984, 134).

⁸ En esta línea, TOSCANI, D., “La revalorización de las pensiones en la Ley 23/2013 y su constitucionalidad”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2014.

⁹ SSTC 27/1981, de 20 de julio (RTC 1981, 27) y 6/1983, de 4 de febrero (RTC 1983, 6), entre otras.

valores constitucionales. Ahora bien, reconocida la citada irreversibilidad, ésta no supone el reconocimiento al legislador de una libertad omnímoda al respecto.

En segundo lugar, la alusión que el art. 9.3 CE hace a la restricción de derechos individuales debe equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerar que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (Título I CE) o en la esfera general de protección de la persona¹⁰. Hay que tener en cuenta que cuando se alude al ámbito objetivo de los derechos amparados por la garantía de la irretroactividad constitucional, no cabe restringir aquél exclusivamente al ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas contempladas entre los arts. 14 y 29 CE, sino que su alcance es mucho mayor, lo que incluiría al conjunto de los derechos individuales. Así, el TC asienta el criterio de que esos derechos individuales abarcan otros derechos adicionales a los fundamentales¹¹.

Por último, el tercer presupuesto habilitante del principio de irretroactividad es la exigencia de que la retroactividad prohibida no incida sobre una mera expectativa de derecho, sino que afecte en todos sus términos a un derecho plenamente adquirido y, por tanto, perfectamente incorporado al patrimonio jurídico de la persona perjudicada por la restricción de derechos contemplada en la norma reformadora. En efecto, lo que el art. 9.3 CE prohíbe es la incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad¹². Al respecto, la asentada jurisprudencia constitucional determina que la eficacia y protección del derecho individual dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas¹³. De forma más específica, y en el ámbito concreto de los derechos de Seguridad Social, es doctrina asentada del TC que no puede hablarse de derechos adquiridos a que se mantenga un determinado régimen regulador de unas prestaciones a obtener en el futuro, ni existe retroactividad cuando una norma afecta a situaciones en curso de adquisición, pero aún no consolidadas por no corresponder a prestaciones ya causadas¹⁴.

Sobre el primero de los elementos caracterizadores del principio de irretroactividad, cabe entender que ningún problema suscita desde el punto de vista constitucional la suspensión de la revalorización decretada para el siguiente ejercicio económico (año 2013). Se aplicaría, entonces, la doctrina del TC en la que se subraya que la incidencia de la nueva normativa en los derechos no produce ninguna irretroactividad en cuanto a su proyección en el futuro ya que en el caso concreto de las pensiones no se tiene un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las futuras, es decir, de las pensiones respecto a las cuales no se ha

¹⁰ SSTC 104/2000, 13 abril (*RTC* 2000, 104); 131/2001, 7 junio (*RTC* 2001, 131); 112/2006, 5 abril (*RTC* 2006, 112); 89/2009, 20 abril (*RTC* 2009, 89); 90/2009, 20 abril (*RTC* 90, 2009) y 100/2012, 8 mayo (*RTC* 2012, 100).

¹¹ SSTC 65/1987, 21 mayo (*RTC* 1987, 65) y 99/1987, 11 junio (*RTC* 1987, 99).

¹² STC 42/1986, 10 abril (*RTC* 1986, 42).

¹³ SSTC 99/1987, 11 junio (*RTC* 1987, 99) y 178/1989, 2 noviembre (*RTC* 1989, 178).

¹⁴ STC 97/1990, 24 mayo (*RTC* 1990, 97).

producido el hecho que las causa¹⁵. Hay que tener en cuenta que entra dentro del haz de facultades del Gobierno el tomar la decisión sobre las revalorizaciones a efectuar, no pudiendo existir ningún principio de irretroactividad en la decisión de convenir una revalorización fija para el ejercicio 2013, cuestión que también apareció en la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013 (arts. 39 y ss)¹⁶.

Cuestión distinta es la previsión legal contenida en el art. 2.1 RDLey 28/2012, ya que lo que se deja de atender es la obligación de actualizar las pensiones ya percibidas, las que corresponderían al año 2012. La norma tendría efectos hacia el pasado, contemplando una retroactividad auténtica, por cuanto lo que prevé el art. 48 TRLGSS y el art. 27 del Real Decreto 670/1987, de 30 de abril es un derecho a una actualización de la pensión del ejercicio presupuestario 2012, es decir, respecto de cantidades que ya deberían haberse percibido. Por tanto, la decisión de no atender el derecho a la actualización según el IPC real para el año 2012 fue realizada ex post y tuvo carácter restrictivo, ya que supuso una pérdida efectiva de poder adquisitivo del 1,9 por 100, sustrayendo a los pensionistas una cantidad que les correspondía por un período pasado, el ejercicio 2012¹⁷.

Una vez advertida la primera nota característica del principio de irretroactividad, habría que indagar sobre si la medida legal adoptada de suspender la actualización para el año 2012 afecta a un derecho individual. Y sobre este particular cabría decir que lo que contempla el art. 48.1.2 TRLGSS es un derecho de titularidad individual el cual fue suprimido para el año 2012. Así, la suspensión adoptada trajo como consecuencia la eliminación de un derecho previamente reconocido por el ordenamiento jurídico el cual se erige, junto con el incremento previsto al comienzo de cada año (art. 48.1.1 TRLGSS), en un doble mecanismo de revalorización de las pensiones dirigido a garantizar el mantenimiento de su poder adquisitivo como plasmación legal del mandato constitucional del art. 50 CE. Por tanto, la restricción del Gobierno no afectaba a un derecho genérico, sino a un derecho subjetivo constitucionalmente tutelado¹⁸.

Finalmente, tocaría en último término abordar el tercer elemento a considerar para la aplicación del principio de irretroactividad de las normas jurídicas. En concreto, habría que indagar si la suspensión decretada incidía en una mera expectativa de derecho o, por el contrario, afectaba en todos sus términos a un derecho plenamente adquirido y, por tanto, perfectamente incorporado al patrimonio jurídico de la persona perjudicada por la restricción de derechos prevista en la regla del art. 2.1 RDLey 28/2012. Y en este punto es donde surgen

¹⁵ STC 134/1987, 21 julio (*RTC* 1984, 134).

¹⁶ TALENS VISCONTI, E. E., “Problemas constitucionales del RDLey 28/2012, 30 de noviembre, y revalorización de las pensiones. SJS nº 2 Palma de Mallorca 11 marzo 2014 (AS 2014, 790)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 169, 2014, p. 4.

¹⁷ A tal conclusión llegan los autores del recurso de inconstitucionalidad, los cuales consideran que el art. 2.1 RDLey 28/2012 establece una retroactividad auténtica, una retroactividad de grado máximo a todos los efectos.

¹⁸ A esta conclusión llegan los magistrados que emiten un voto particular a la STC 49/2015, 5 marzo, considerando que la regla jurídica establecida en el art. 2.1 RDLey 28/2012, “consistente en dejar sin efecto la actualización de pensiones durante el año 2012 prevista en los arts. 48.1.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y 27.1, del texto refundido de Clases Pasivas del Estado (LCPE), constituye una medida limitativa de un derecho individual del que eran titulares todas las personas que, a fecha 31 de diciembre de 2011, tenían causadas bien pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social bien pensiones cubiertas por el régimen de Clases Pasivas del Estado (CPE)”.

las discrepancias entre lo defendido por los recurrentes y los propios magistrados que emiten un voto particular a la STC 49/2015 y la decisión final del máximo intérprete de la CE. En el primer caso, se postula la existencia de un derecho subjetivo incorporado ya al patrimonio jurídico del pensionista, plenamente consagrado y agotado. En el segundo, se niega tal condición a lo contemplado por el art. 48.1.2 TRLGSS ya que los pensionistas sólo tienen una mera expectativa de derecho.

Y así, para los recurrentes existen tres razones para sirven de base para justificar que el derecho a la actualización de las pensiones públicas habría llegado a consolidarse en el momento de la entrada en vigor del RDLey 28/2012. En primer lugar, consideran que la pensión se percibe periódicamente y, específicamente, se va incorporando al patrimonio jurídico de su titular cada mes, en términos tales que tanto el abono de las pagas extraordinarias como el pago único para actualización conforme a la inflación efectiva constituye una mera postergación en el pago de un derecho que se adquiere plenamente mes a mes. El incremento del pago único viene referenciado a cada uno de los meses en los que el pensionista ha venido percibiendo la misma a lo largo de todo el año 2012; por tanto, el hecho causante de la norma se produce día a día, conforme transcurre el año de referencia y el pensionista sigue reuniendo los elementos configuradores del hecho causante. De este modo, puede afirmarse que con el pago único lo que se hace es abonar una parte de meses vencidos que se ha ido retrasando en el pago hasta la constatación matemática de cuál ha sido el incremento del índice de precios al consumo de noviembre de 2011 a noviembre de 2012, de modo que esas cantidades se adeudan por períodos de tiempo ya transcurridos, es decir, por deudas de pasado, que no de futuro.

En segundo lugar, los recurrentes señalan un segundo elemento a considerar como es la diferencia que cabe establecer entre el momento de consolidación del derecho en el patrimonio del pensionista y el momento formal del surgimiento del deber del devengo de dicha cantidad por parte de la Seguridad Social. Aun cuando el propio art. 48 TRLGSS y el art. 27 del Real Decreto 670/1987, de 30 de abril remiten expresamente a la respectiva Ley de Presupuestos, esta remisión debe interpretarse únicamente a efectos contables ya que la obligación está plenamente asumida por el sistema público y obligatorio de protección. La remisión a la Ley de Presupuestos del año siguiente tiene su única explicación en la circunstancia de que contablemente el abono del pago único se ha de efectuar en el primer trimestre del ejercicio presupuestario siguiente, pero lo relevante es que se ha de efectuar para dar cumplimiento a una deuda pendiente de pago, correspondiente al ejercicio precedente, con la única particularidad de que se devenga al siguiente. Y lo relevante a estos efectos es que cuando la citada Ley de Presupuestos procede a incorporar la correspondiente partida de abono del pago único, ésta carece por completo de margen de valoración política o de discrecionalidad jurídica alguna, pues todos los elementos determinantes del pago se encuentran perfectamente determinados. Lo anterior se corrobora con lo ocurrido hasta el 2012 con las sucesivas Leyes de Presupuestos aprobadas, las cuales han dado cumplimiento material al mandato legal contenido en el TRLGSS y en el Real Decreto 670/1987.

Por último, los autores del recurso de constitucionalidad contra el art. 2.1 RDLey 28/2012 señalan un tercer aspecto a considerar: el caso concreto de pensionistas que han fallecido a lo largo del correspondiente ejercicio presupuestario. Y es que éstos han ido consolidando la parte del pago único correspondiente al período de tiempo transcurrido entre el 1 de enero del correspondiente año y la fecha en la que se produjo el fallecimiento. Prueba

de ello es que la Seguridad Social cuando ha procedido en el pasado al abono de este pago de actualización de la pensión, también lo ha realizado a favor de los herederos de los fallecidos en el año precedente y lo ha hecho justamente en relación a la parte proporcional del año transcurrido hasta el momento preciso del fallecimiento.

En la misma línea que los recurrentes, los magistrados autores del voto particular a la STC 49/2015 sostienen que cuando se aprobó el RDLey 28/2012 existía ya una relación consagrada o agotada incorporada al patrimonio del pensionista. Para éstos, los arts. 48.1.2 TRLGSS y el art. 27.1 del Real Decreto 670/1987 contemplan una estructura jurídica que responde a la noción más canónica y ortodoxa de la regla jurídica: un supuesto de hecho al que se aplica una consecuencia jurídica. Y así, aconteciendo el supuesto de hecho –como así ocurrió, al sobrepasar el índice de precios acumulado correspondiente al período comprendido entre el 1 de diciembre (2011) y el 30 de noviembre del año posterior (2012) al índice previsto por la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2012– debió aplicarse la consecuencia jurídica, esto es, la de actualizar las pensiones. Al cumplirse la condición se debía haber activado el mandato de mantenimiento de las pensiones en lo referente a la actualización, adquiriendo desde entonces los beneficiarios de pensiones ya causadas con anterioridad al inicio de cada ejercicio económico el derecho a la actualización.

A favor de esta tesis, los magistrados subrayan varias razones. De un lado, consideran que el art. 2.1 RDLey 28/2012 actuaba sobre situaciones jurídicas ya consolidadas si atendemos al tenor literal del mismo ya que la declaración que dicho precepto realiza –“se deja sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en los términos previstos (...)”– no ofrece dudas al respecto: dejar algo sin efectos presupone necesariamente reconocer la existencia de ese algo. En segundo lugar, la interpretación que cabe realizar de la remisión que se realiza a la Ley de Presupuestos no es la de que se produzca un desplazamiento a dicha norma de la facultad de reconocer o de abolir la actualización de pensiones. El sentido de esta remisión es muy diferente, a juicio de los magistrados discrepantes, ya que para éstos estaríamos únicamente ante un diferimiento a dicha norma de la consignación de los créditos para hacer frente “a la correspondiente actualización”, siempre y cuando se hubiere cumplido la condición para que la misma opere de conformidad con los criterios establecidos en los arts. 48 TRLGSS y 27 del Real Decreto 670/1987. En tercer lugar, se insiste en un elemento aportado por los propios recurrentes: el reconocimiento y el abono a los derechohabientes de los pensionistas fallecidos a lo largo del correspondiente ejercicio anual, titulares de pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de ese mismo ejercicio, de la parte proporcional de la cuantía de la actualización de pensiones que el causante hubiere recibido en caso de no haberse producido el óbito. Dicho abono se debe al modo como se integra la actualización de pensiones en el patrimonio jurídico de los pensionistas; a saber, una vez cumplida la condición estipulada por los preceptos legales encargados de garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, los efectos de ese cumplimiento se retrotraen al 1 de enero del año en el que se produce el fallecimiento, madurando su cuantía de forma progresiva a lo largo de ese año.

Pese a los argumentos esgrimidos de un lado –recurrentes– y de otro –voto particular–, el TC en su sentencia de 5 marzo opta por considerar en este punto que cuando se dictó el RDLey 28/2012 los pensionistas sólo tenían una mera expectativa de derecho a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto. La principal objeción que realiza el máximo intérprete de la CE a lo postulado hasta aquí acerca de la existencia de derechos consolidados

cuando se aprobó aquella norma es la referida a la remisión que los arts. 48.1.2 TRLGSS y 27.1 del Real Decreto 670/1987 realizan a la Ley de Presupuestos. Y así, a juicio del TC, dicha remisión no debe entenderse como un mero apunte contable, de manera que la citada Ley debe limitarse a aprobar el crédito presupuestario correspondiente para hacer frente al pago de la diferencia del IPC en el ejercicio económico siguiente. A juicio del TC, si esto fuera así no hubiera sido necesario hacerlo constar expresamente en la Ley, pues la necesidad de aprobar la correspondiente partida de gastos en los presupuestos del Estado se deriva de la obligación de pago antes del 1 de abril del ejercicio económico siguiente. Luego si en este caso el legislador se remite expresamente a ella es porque ha querido otorgar a esa remisión unos efectos que van más allá de la mera obligación de consignar en la misma la correspondiente partida de gastos. La remisión, según el TC, supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes.

Para corroborar lo anterior, el TC aduce que el eventual devengo de la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto tendría lugar el 31 de diciembre, siendo la Ley de Presupuestos el instrumento para determinar el quantum de esa actualización. El período de generación de dicha actualización es el año natural, coincidiendo con el ejercicio presupuestario y con el período a que se refiere tanto la pensión como su eventual revalorización y actualización, pero sin poder confundir ese período con la regla de cálculo que prevé la norma (de noviembre del ejercicio anterior a noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización). Sólo en ese momento podría hablarse de un derecho adquirido a la actualización de la revalorización de las pensiones realizada en los términos previstos en la Ley de Presupuestos. Por ello, cuando se dictó el RDLey 28/2012 los pensionistas sólo tenían una mera expectativa a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, expectativa que debiendo ser concretada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio, para el año 2012 quedó sin efecto por haberse suspendido con anterioridad a su consolidación.

2.2. Vulneración del art. 33 CE

Otro de los motivos de inconstitucionalidad del art. 2.1 RDLey 28/2012 era la posible vulneración del art. 33 CE al considerarse por los recurrentes que se había procedido a una expropiación. Así, el citado precepto dispone que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes”. Conforme a la doctrina del TC, “sólo son expropiables y, por tanto, indemnizables, la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas. Más aún, la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales”¹⁹.

Pues bien, de lo anterior se deduce que para que se produjera la infracción pretendida por los recurrentes, esto es, que la norma impugnada tuviera contenido expropiatorio,

¹⁹ STC 108/1986, 29 julio (RTC 1986, 108).

resultaba necesario interpretar con carácter previo que cuando se aprobó el RDLey 28/2012 existía una relación consagrada o agotada. En efecto, la garantía expropiatoria del art. 33 CE no resulta aplicable si entendemos, como así lo hace el TC, que lo que hace el art. 2.1 de la norma es privar a los pensionistas de una expectativa de derecho y no de un derecho actual consolidado. Por ello, a juicio de nuestro más alto tribunal, la privación no tiene naturaleza expropiatoria al recaer sobre una expectativa.

2.3. El principio de discriminación ex art. 14 CE

La decisión de dejar sin efecto el mecanismo de actualización de las pensiones del art. 48.1.2 TRLGSS y del equivalente art. 27 del Real Decreto 670/1987 podía llegar a suponer una eventual discriminación indirecta. Es éste un aspecto que no aparece en el recurso de inconstitucionalidad y que por tanto el TC no examina, pero que, aunque sea brevemente, merece la pena detenerse ya que la doctrina jurídica sí que ha planteado esta posibilidad. De este modo, no resulta descartable que el art. 2.1 RDLey 28/2012 suponga una vulneración del art. 14 CE por discriminación indirecta por razón de edad ya que tratándose de una medida legal legítima no se han tenido en cuenta sus efectos negativos en el colectivo de pensionistas. De entrada, nada impediría utilizar el criterio de la edad como un elemento diferenciador a la hora de configurar regímenes jurídicos particulares, pero para ello resulta imprescindible que concurran razones objetivas justificadas y proporcionadas²⁰.

Respecto de la existencia de una justificación objetiva y razonable para proceder a la no actualización de las pensiones, se ha cuestionado que los efectos de la crisis económica a los a que alude el RDLey 28/2012 pudieran servir por si solos para tomar aquella decisión. Siendo indiscutibles dichos efectos, lo cierto es que el Estado disponía de otras alternativas que podía haber utilizado con objeto de no hacer recaer sobre el colectivo de los pensionistas una medida que suponía agravar su situación de vulnerabilidad²¹.

En la misma dirección, tampoco esta decisión de no actualizar las pensiones tuvo carácter proporcional. La congelación de las pensiones de forma lineal suponía una pérdida significativa de poder adquisitivo para todos los pensionistas, pero especialmente para perceptores de las más bajas, donde en la mayoría de los casos, para sus titulares son su única fuente de ingreso o el más importante y sin ella caerían bajo el umbral de la pobreza²². Esta medida aplicable al conjunto de pensiones contributivas del sistema, sin diferenciar por clases ni cuantías, desvirtúa el contenido de la garantía constitucional de suficiencia. Como ya se ha señalado, la jurisprudencia del TC hace especial hincapié en señalar que se pueden limitar las pensiones más elevadas en aras de garantizar la suficiencia de las mínimas. Lo anterior remite a otra de las posibles tachas discriminatorias predicables el art. 2.1 RDLey 28/2012: el de perjudicar seriamente al colectivo de mujeres, produciéndose una discriminación indirecta por razón de género. No en vano hay un mayor número de mujeres perceptoras de las pensiones más bajas.

²⁰ STC 63/2011, 16 mayo (RTC 2011, 63).

²¹ SUÁREZ CORUJO, B., *El sistema público...*, op. cit., p. 239.

²² TOSCANI, D., “La revalorización...”, op. cit., p. 4.

3. VALORACIÓN DE CONJUNTO: LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

Tal y como se ha destacado, la STC 49/2015, de 5 marzo ha avalado la constitucionalidad del RDLey 28/2012 que dejó sin efecto la actualización de las pensiones en relación con el Índice de Precios al Consumo pese a que los arts. 48 TRLGSS y 27 del Real Decreto 670/198 lo garantizaban. La decisión jurisdiccional tiene enorme relevancia, al menos en dos aspectos fundamentales. De un lado, rechaza la tesis de los recurrentes de que el derecho a la actualización de las pensiones se vaya consolidando mes a mes. Al contrario, considera el TC que el eventual devengo de la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto tendría lugar el 31 de diciembre. El período de generación de dicha actualización es el año natural coincidiendo con el ejercicio presupuestario y con el período a que se refiere tanto la pensión como su eventual revalorización y actualización, pero sin poder confundir ese período con la regla de cálculo que prevé la norma (de noviembre del ejercicio anterior a noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización). Es decir, la referencia de noviembre a noviembre es una mera regla de cálculo por razones presupuestarias, pero la eventual actualización de la revalorización se devengaría y, por tanto, se consolidaría, el 31 de diciembre de cada ejercicio. De otro lado, también el TC descarta el argumento de los recurrentes de que la remisión que el TRLGSS y el Real Decreto 670/198 hacen a la Ley de Presupuestos es una mera remisión a los efectos de que esta Ley habilite la correspondiente partida del gasto presupuestario. Para aquél supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes.

Los argumentos esgrimidos por el TC nos parecen poco rigurosos y como señalan los magistrados discrepantes en su voto particular pueden traer consigo unas consecuencias devastadoras para la adquisición de derechos de las personas. En nuestro caso, compartimos la opinión de los recurrentes de que cuando se aprueba el art. 2.1 RDLey 28/2012 el derecho a la actualización de las pensiones estaba consolidado e integrado en el patrimonio individual de los sujetos beneficiarios ya que la pensión se va percibiendo periódicamente y se va incorporando al patrimonio jurídico de su titular cada mes. Conviene resaltar, en este sentido, que la revalorización debe entenderse como un elemento más de la fijación de la pensión, incorporándose a la misma, de ahí su integración en el brazo contributivo y su financiación interna por los Presupuestos de la Seguridad Social. Dicho mecanismo, por tanto, es esencial (indisponible) en la configuración del derecho constitucional a la pensión, no existiendo una diferenciación entre la pensión y su posterior actualización, ya que la actualización no es sino un nuevo cálculo del importe inicial en línea con lo exigido por el art. 65.10 del Convenio 102 de la OIT que establece “(l)os montos de los pagos periódicos en curso atribuidos para la vejez (...), para la invalidez y para la muerte del sostén de familia serán revisados cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida”²³.

²³ LÓPEZ GANDÍA, J., “La dimensión constitucional de la reforma de las pensiones”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2014, p. 42.

Mayores reparos presenta, incluso, el razonamiento del TC acerca de la funcionalidad de la norma presupuestaria en este asunto. No se puede estar de acuerdo con la idea de que la remisión que los arts. 48 TRLGSS y el art. 27 del Real Decreto 670/198 realizan a la Ley de Presupuestos pueda interpretarse en el sentido de que dicha norma tenga la capacidad tanto de reconocer como de cercenar el derecho a la actualización, una vez se ha producido el desfase entre el IPC real y el IPC previsto. En línea con los magistrados que emiten un voto particular a la sentencia, si nos atenemos a lo que hasta ahora han ido recogiendo las sucesivas normas presupuestarias se comprueba cómo éstas han venido incorporando una regla de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones que básicamente responde, en su estructura, a la lógica propia de las cláusulas que proceden a la consignación de créditos o deudas ya causados y consolidados a resultas de lo establecido en otras leyes sustantivas. No parece, al menos hasta ahora, que la Ley de Presupuestos pudiera tener esa función de modular de tal modo el derecho de actualización de las pensiones que conllevara la facultad de eliminar o dejar sin efecto tal derecho.

Sobre este último aspecto, los efectos de la sentencia puedan resultar letales ya que las leyes de presupuestos pueden llegar a asumir como facultad la transformación de simples expectativas de derechos en derechos adquiridos. Si se mantiene la interpretación de la sentencia, se estará reconociendo que no es obligatoria constitucionalmente la actualización en todas las pensiones, puesto que no constituye esta prerrogativa un derecho subjetivo, sino una expectativa de derecho, que queda supeditada a criterios selectivos y diferenciados²⁴. De modo que, como se ha podido apuntar, cuando una Ley conceda algo “a bombo y platillo” si va acompañado de la muletilla “de acuerdo con lo que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado” tendremos que saber, parafraseando al bíblico Job, que lo que el primer legislador te da, el legislador anual de los presupuestos podrá quitártelo, pues como el TC nos alerta ahora, “supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad”²⁵. Desde luego, como el propio TC advierte, el reconocimiento de dicha libertad del legislador encuentra límites. Y además, dicho margen para hacer frente a la actualización de las pensiones se materializa teniendo en cuenta las posibilidades económicas del sistema, ya que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales.

Sin embargo, si se admite que lo que reconoce una norma sustantiva se hace depender de lo establecido por la correspondiente norma presupuestaria, el problema de constitucionalidad se produce por la vía del principio de seguridad jurídica que emana del art. 9.3 CE. Ya se dijo más arriba que resulta difícil defender la existencia de una diferencia esencial entre la pensión de jubilación y su posterior actualización, ya que la actualización no es sino un nuevo cálculo del importe inicial. Pues bien, parece evidente que una modificación como la que estamos comentando –la suspensión del mecanismo de actualización para el 2012– tiene una influencia decisiva en la posición de los pensionistas, que en modo alguno han tenido tiempo suficiente como para adaptarse a una más que previsible pérdida de poder adquisitivo. En este punto entraría en juego del mismo modo el

²⁴ BLÁZQUEZ AGUDO, E. M., “Desde el principio de garantía de la suficiencia de las prestaciones a la necesidad de garantizar la viabilidad del sistema”, *Información Laboral*, núm. 5, 2015 (BIB 2015/1864).

²⁵ RAMÓN CHAVES, J., “El Tribunal Constitucional respalda que el legislador viaje en el tiempo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 903, 2015 (BIB 2015/1292).

principio de confianza legítima como derivación del de seguridad jurídica con el que se protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles. De ahí que no tenga sentido que se garantice por la Constitución el derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, si este se puede burlar tan fácilmente y de manera permanente. Un cambio sobrevenido, como es el que tiene que ver con la medida adoptada, con los efectos ya descritos quiebra la expectativa legítima que los pensionistas tenían.

La prestación de jubilación anticipada y la acreditación del grado de discapacidad

The provision of early retirement and accreditation degree of disability

MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ

PROFESOR TITULAR DE UNIVERSIDAD DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE JAÉN

Resumen

El art. 161 bis LGSS prevé bajo el término de "jubilación anticipada" una serie de situaciones de la prestación por jubilación, las cuales se singularizan en torno a la edad de acceso y el contraste que presenta respecto de la edad prevista de forma general para ser beneficiario de aquella. Sin embargo, dentro de las mismas habría que diferenciar las que en sí son situaciones de jubilación anticipada y las que en realidad constituyen supuestos de adelanto de la edad de jubilación (como son los dos previstos en el apartado primero de tal precepto en orden a la condición personal de trabajador discapacitado de grado alto (el 65 por ciento o más de grado de discapacidad), o para el trabajador, con uno igual o superior al 45 por ciento, aun cuando sólo respecto de concretas enfermedades, disfuncionalidades o dolencias).

Ambas alternativas previstas se hacen pivotar sobre la condición personal del trabajador.

Ellas encuentran su desarrollo reglamentario en los RD 1539/2003, de 5 de diciembre, y 1851/2009, de 4 de diciembre, respectivamente, exigiéndose que el grado de discapacidad se acredite mediante certificación del órgano correspondiente que tenga atribuidas las competencias en la materia.

En tal sentido, se valora el alcance de la valoración judicial sobre el grado de discapacidad reconocido al interesado y la competencia sobre los elementos constitutivos del derecho a la pensión de jubilación anticipada –grado de discapacidad– que pretende el beneficiario.

Palabras clave

Jubilación anticipada, Seguridad Social, discapacidad, prueba judicial, certificación administrativa.

Abstract

The art. 161 bis LGSS it expected under the term "early retirement" a number of situations retirement benefit, which will single out around the age of access and contrast in relation to the expected age to be generally beneficial of that. However, within the same it should distinguish which themselves are situations early retirement and actually make assumptions in advance of the retirement age (as they are both mentioned in the first paragraph of that provision in order to personal status of disabled worker high grade (65 percent or more of degree of disability), or worker, one equal to or greater than 45 percent, even if only for specific diseases, dysfunctions or infirmity).

Both alternatives provided are pivoted on the personal status of the worker.

They find its regulatory development in RD 1539/2003, of December 5, and 1851/2009, of December 4, respectively, requiring that the degree of disability is proved by the corresponding certification body with appropriate powers in the matter.

As such, the scope of judicial assessment of the degree of disability recognized by interested and competition on the constituent elements of the right to early retirement pension –Degree of disability–intended beneficiary is valued.

Keywords

Early retirement, Social Security, disability, legal evidence, administrative certification.

1. APROXIMACIÓN GENERAL A LA PRESTACIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA

El art. 161 bis del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), viene a prever bajo el término de “*jubilación anticipada*” una serie de situaciones de la prestación por jubilación, las cuales se singularizan en torno a la edad de acceso y el contraste que presenta respecto de la edad prevista de forma general para ser beneficiario de aquella.

No obstante, hay que advertir que aunque aparentemente pudiera llevar a pensar que con esta previsión se agota dentro del ordenamiento de la Seguridad Social la regulación de los supuestos en los que se puede anticipar el acceso a la pensión de jubilación antes de la edad general prevista en el art. 161.1.a LGSS, sin embargo, es necesario hacer a este respecto una serie de consideraciones.

En tal sentido, en primer término, se prevén otros preceptos que recogen situaciones o supuestos que se deben de incluir dentro de los que se podría agrupar bajo la denominación de “jubilación anticipada”. Y ello se mantiene en relación a la jubilación parcial, la cual, en buena parte de las situaciones, es uno de los casos en los que estamos en presencia de una situación de anticipación de la jubilación. Sin embargo, obligado es destacar que hay otras situaciones en las que concurre la jubilación parcial sin que ésta sea a la misma vez anticipada. Es por ello que con el fin de ofrecerse una regulación única de los supuestos de parcialidad en la jubilación, se venga a regular la misma en un precepto diferenciado –art. 166 LGSS– de aquél que prevé la jubilación anticipada. Aun así, esta formulación normativa no debe llevar a desconocer que haya que afirmar, en orden a que ambas previsiones comparten o se asemejan en sus fundamentos, finalidades y funcionalidades, una conexión entre los planteamientos de la jubilación parcial y de la jubilación anticipada¹.

De igual modo, existe otro supuesto de jubilación anticipada no previsto en el mencionado art. 161 bis LGSS y que está motivado por la reforma que llevó a incrementar, a partir de enero de 2013, de manera progresiva la edad general de jubilación prevista hasta el momento. Así, el supuesto que aquí destacamos es el recogido en el art. 161.1.a) LGSS, el cual lo que viene a prever es la posibilidad de un acceso a la pensión de jubilación aun cuando no se cuente con la edad general prevista para ello, exigiéndose a tal fin un tiempo previo de cotización caracterizado por ser dilatado (Disposición Transitoria Vigésima de la LGSS, con efectos desde el 1 de enero de 2013, y que fue introducida por el art. 4.2 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social). De este modo, tomando en consideración el año en curso, 2015, para aquellos trabajadores que cuenten con una carrera de cotización amplia en el tiempo, se podrán jubilar a los 65 años si cuentan y acreditan períodos cotizados que computen un total de 35 años y nueve meses o más, sin tenerse en cuenta en ellos la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias, o, como es más conocida, la parte que corresponde a los denominados “días cuota”; o bien, si no alcanza esta cuantía, la edad que

¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “*La jubilación anticipada: valoración y posibles propuestas de reconfiguración de su régimen jurídico*”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1/2013, pág. 1.

daría acceso a la pensión de jubilación sería la de 65 años y tres meses. Períodos de cotización que se irán incrementando hasta el año 2027, en el que para anticipar la edad de jubilación por la vía de este supuesto legal a la edad de 65 años, se exigirá que se haya cotizado al menos 38 años y seis meses, y, por el contrario, si no se llega a contar con esta carrera de seguro, todo aquel que cuente con menos de 38 años y seis meses de cotización se podrá jubilar a partir de haber cumplido los 67 años de edad.

Teniendo, por tanto, en consideración el que el art. 161 bis LGSS no es el único precepto que determina en nuestro ordenamiento de Seguridad Social los supuestos en los que es viable jurídicamente el acceso a la prestación de jubilación cuando se cuente con una edad que no es la general prevista a tal efecto para ello en el art. 161.1.a) LGSS, y tomando los dos supuestos que acabamos de destacar, las situaciones que se prevén para la jubilación anticipada son:

- a. Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador o involuntaria, del art. 161 bis, apartado 2º, letra A), de la LGSS.
- b. Jubilación anticipada por voluntad del trabajador interesado, del art. 161 bis, apartado 2º, letra B), de la LGSS.
- c. Jubilación anticipada en los supuestos previstos en la Disposición Transitoria Tercera de la LGSS.
- d. Jubilación anticipada por las causas previstas en el art. 161 bis, apartado 1º, de la LGSS.

De todos estos supuestos, sin embargo, y si nos centramos en este último contrastando su fundamentación y finalidad jurídicas, hemos de hacer una salvedad en tanto que no casa de manera precisa con las que mantienen los tres supuestos que lo acompañan en tal precepto, debiendo, a tal efecto, y en aras a la corrección técnico-jurídica diferenciar los elementos del tipo normativo que los distancia, y cuáles son los que hace permanecer bajo un mismo supuesto legal.

En tal sentido, nos estamos refiriendo a un debate doctrinal, con un largo y dilatado recorrido, que se ha centrado destacar que no todos los supuestos en los que se posibilita legalmente que se adelante la edad de jubilación respecto de la prevista de manera general en el sistema jurídico de Seguridad Social se pueden ahormar bajo lo que se considera como jubilación anticipada.

Cuando se habla de jubilación anticipada, se hace en todo momento en relación a una lógica de comparación entre la edad que de forma general se establece para que una persona pueda acceder a la prestación de jubilación y la edad en la que de manera específica esa persona es beneficiario de aquélla, siendo ésta última anterior a la edad general de jubilación. En tales términos, y dada la excepcionalidad de esta situación, normativamente se establece una serie de condicionamientos para poder cursar este derecho a la anticipación de la edad de jubilación, de tal modo que se concretan una serie de requisitos ligados a la edad máxima para la anticipación de la jubilación, así como la ampliación de los períodos de cotización y/o de carencia, y estableciendo una penalización sobre la cuantía económica de la pensión resultante.

Sin embargo, y tal como ha destacado la doctrina², nos encontraríamos con una situación diferente en los supuestos para los que se habla de manera inapropiada de jubilación anticipada, debiendo calificarse tales situaciones como “adelanto de la edad de jubilación”, en tanto que la lógica jurídica de tales previsiones se establece en que la edad del sujeto para poder acceder a la prestación, aun cuando es diferente a la normal, no obstante, para el colectivo o grupo al que pertenece se establece una edad diferente –y menor– que la general prevista en la LGSS. La razón de política jurídica para esta diferenciación estriba en circunstancias que tienen relación con las condiciones de trabajo que singularizan la actividad profesional de estas personas, o bien con caracteres subjetivos de los mismos.

A estas situaciones de adelanto de la edad de jubilación se refiere el art. 161 bis, apartado primero, de la LGSS, diferenciando tres realidades de causas diferenciadas:

1. El adelanto de la edad de jubilación por trabajos que se desarrollan en actividades penosas, peligrosas o arriesgadas y que, en consecuencia, llevan una evidente carga de nocividad para la salud de estos trabajadores.
 - En tal sentido, el art. 161 bis, apartado 1º, primer párrafo, de la LGSS, establece una habilitación al Gobierno para la determinación de aquellas profesiones, actividades o sectores de actividad que deban ser consideradas como peligrosas o penosas.
 - Esta determinación se puede calificar como azarosa y envuelta en una evidente inseguridad, además de subjetividad y arbitrariedad, jurídica, puesto que se consideraron así, y por los más diversos motivos, sólo los trabajos en la minería, en el sector marítimo, aéreo, ferroviario, de bomberos y de los integrantes del cuerpo de la policía autónoma vasca.
 - Es por ello que se introdujese por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, una nueva Disposición adicional en la LGSS, la cuadragésima quinta, por la que se vino a prever –nuevamente, especialmente, en su finalidad– la necesidad de determinar un marco general y unitario acerca de las actividades y de los grupos profesionales que podrían ser beneficiarios del derecho al adelanto de la edad de jubilación.
 - De nuevo se incumplió este mandato legal, lo que determinó que se recogiese una nueva previsión en tal sentido –la representada por la Disposición adicional vigésima tercera de la Ley 27/2011– y adicionando a la referida disposición adicional de la LGSS junto a los factores de penosidad del trabajo, los ligados a la turnicidad, trabajo nocturno, sometimiento a ritmos de producción, la toxicidad, la peligrosidad del trabajo y la incidencia en los procesos de incapacidad temporal. Derivado de tal mandato, se aprobó el RD 1698/2011, de 18 de noviembre, a través del cual se regula el régimen jurídico y el procedimiento para establecer los coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el Sistema de Seguridad Social.

² Así, vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La jubilación anticipada: valoración y posibles propuestas de reconfiguración de su régimen jurídico”, *op. cit.*, pág. 3.

- En tales términos, se establece como criterio para determinar las actividades que dan derecho a un adelanto de la edad de jubilación el que las mismas impliquen un “excepcional” índice de peligrosidad, penosidad, insalubridad o toxicidad, así como las que se haya comprobado unos índices elevados de morbilidad, mortalidad o de incidencia de enfermedades profesionales (art. 2.a del RD 1698/2011).
- Los arts. 10 y ss. del RD 1698/2011, determinan el procedimiento concreto que ha de seguirse para el reconocimiento de las actividades o trabajos que justifican el adelanto de la edad de jubilación, pudiéndose iniciar el mismo tanto a instancia de las empresas y trabajadores a través de sus organizaciones representativas, o bien de oficio, desembocando todo ello en un Real Decreto de reconocimiento expreso de tal circunstancia.
- De éste quedan excluidos los colectivos que ya los tuvieran reconocidos (trabajadores ferroviarios, de la minería no incluidos en el Régimen Especial de la Minería del Carbón, personal de vuelo, bomberos y miembros del cuerpo de la Ertzaintza), sin perjuicio de que les resulte de aplicación cuando se pretenda modificar los términos en los que fueron aprobados sus decretos reguladores.
- Esta régimen se aplica tanto a los trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia que estén incluidos en cualquier régimen de la Seguridad Social, que presten o hayan prestado trabajo en sectores o actividades en las escalas, categorías o especialidades comprendidas en el supuesto habilitante para el acceso a este tipo de anticipo de la edad de jubilación, cual es que estén sometidas a un excepcional índice de penosidad, insalubridad o toxicidad, habiéndose constatado elevados índice de morbilidad o mortalidad o la incidencia de enfermedades profesionales.

Además, para esta situación, el art. 2 del RD 1698/2011 prevé que de igual modo se tendrá en cuenta la mortalidad y morbilidad por enfermedad y su relación directa con el trabajo y la incapacidad permanente derivada de enfermedades del trabajo (art. 115.1.e LGSS).

En tales supuestos, para las actividades que queden comprendidas en los mismos, la edad de jubilación podrá ser reducida de manera indirecta mediante la aplicación de coeficientes reductores, los cuales llevan a crear la ficción de que el beneficiario alcanza de manera efectiva la edad de jubilación bonificándose artificialmente la que realmente tiene, y sin que por ello se penalice el cálculo del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación. Este régimen general, no obstante, se excepciona si el interesado se encuentra en régimen de pluriactividad, siendo una de las actividades realizadas una no bonificada, lo que conlleva a que los coeficientes reductores se aplican de manera exclusiva a la actividad bonificada (arts. 3.1 y 6.1 RD 1698/2011).

2. La anticipación de la edad de jubilación por imposibilidad del desempeño del trabajo en orden a los requerimientos físicos y psicológicos del mismo, lo cual motiva la inviabilidad de la prestación laboral cuando se alcanza una edad.
 - Esta segunda causa de adelanto de la edad de jubilación se fundamenta en las exigencias de índole física o psicológica del puesto de trabajo que

llevan a hacer inexigible la prestación laboral comprometida en orden a motivaciones ligadas a la seguridad en el trabajo.

- También aquí, el hecho causante se vincula a la manifestación de tales situaciones respecto de los índices de siniestralidad –en este caso a partir de cierta edad–, así como la morbilidad y la mortalidad y su relación con la incapacidad permanente con una influencia superior a la media. Para la determinación de estas actividades se ha de seguir un procedimiento similar al destacado para la anterior causa, debiendo el RD que la reconozca determinar la edad mínima a la que se puede acceder a la prestación, y contando en todo caso como límite el de la edad de 52 años. Se puede afirmar que esta segunda situación de adelanto de la edad de jubilación se ha dado para casos marginales, quedando prácticamente sin resultados reales de aplicación.
- Igualmente se exige un tiempo de trabajo efectivo en cualquiera de las actividades, escalas, categorías o especialidades que posibiliten esta anticipación de la edad de jubilación, que es de quince años como mínimo (art. 3.2.2º RD 1698/2011). Esta previsión resulta en buena lógica distorsionadora de la propia identidad jurídica y técnica de la presente causa de adelanto de la edad de jubilación, en tanto que la misma gira en torno a la preservación de la integridad física y/o psicológica del trabajador dada las especiales características –de contenido potencialmente lesivo– que presenta la actividad que desempeña. Es por ello que requerir un período de carencia tan amplio y sin modulaciones posibles no hace más que desvirtuar la propia medida de política social que la misma presenta, pudiendo haberse articulado otras alternativas como la toma en consideración de las cotizaciones en otras actividades, el desempeño de la referida actividad con carácter profesional e inmediato a la solicitud de la prestación, etc.³
- Es importante también resaltar las alternativas que cabrían a esta situación de adelanto de la edad de jubilación y sus implicaciones para con las empresas en las que se produjese el hecho habilitante para tal adelanto, por cuanto cabría plantear la oportunidad de la aplicación obligatoria de la necesaria adaptación o cambio del puesto de trabajo para aquellos trabajadores que se encontrasen en tales situaciones por las que los requerimientos físicos y psicológicos del mismo motiva la inviabilidad de la prestación laboral, destacando así, de nuevo, la estrecha interrelación que debería darse entre los ordenamientos jurídicos de prevención de riesgos laborales y el de Seguridad Social.
- Para estas situaciones, la edad de jubilación se anticipa por el establecimiento de una edad mínima de acceso a la jubilación, inferior, por tanto a la fijada para la jubilación ordinaria. En este caso, el tiempo que de forma efectiva se reduce de la edad de jubilación se computa como cotizado para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora

³ Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “*La jubilación anticipada: valoración y posibles propuestas de reconfiguración de su régimen jurídico*”, *op. cit.*, pág. 5.

de la pensión (y no para el cumplimiento del período de carencia), y siempre que se haya permanecido en alta en la escala, categoría o especialidad, hasta la fecha del hecho causante de la pensión, o, percibiendo la prestación por desempleo o por cese de actividad en los dos años o en los doce meses anteriores al momento de causar el derecho. Tal como prevén los arts. 3.2 y 6.2 RD 1698/2011, tales beneficios se mantendrán para quienes habiendo alcanzado la edad mínima de jubilación por el desarrollo de actividades penosas, tóxicas peligrosas o insalubres, cesen en dicha actividad pero permanezcan en alta por realizar una actividad laboral diferente, y con independencia del régimen en el que se encuentren encuadrados.

— Un último elemento a destacar es el de la posibilidad de que los coeficientes reductores o la edad mínima de cotización fijada por el RD que los haya reconocido podrán ser modificados o eliminados cuando las circunstancias y causas que motivaron su reconocimiento hayan variado. A tal efecto, se exige que se realice igual procedimiento que el previsto para su reconocimiento, no perjudicando ello a los trabajadores que hubiesen desarrollado su actividad con anterioridad a la modificación (art. 9 RD 1698/2011).

3. Por último, se prevé en el art. 161 bis.1 LGSS, el adelanto de la edad de jubilación motivado por la condición personal de trabajador discapacitado de grado alto (el 65 por ciento), de modo que se considera que el desarrollo de un trabajo por una persona con estas condiciones conlleva un incremento de la peligrosidad o de la penosidad. Y, en la misma línea de política jurídica, se prevé además una minoración sobre el porcentaje de discapacidad que presenta el trabajador, fijado en uno igual o superior al 45 por ciento, aun cuando sólo respecto de concretas enfermedades, disfuncionalidades o dolencias, que hayan sido reglamentariamente determinadas, y en las que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable se produzca una reducción de la esperanza de vida de estas personas.

— Estas dos alternativas previstas en el art. 161 bis.1 LGSS encuentran su desarrollo reglamentario en los RD 1539/2003, de 5 de diciembre, y 1851/2009, de 4 de diciembre.

— En ambas situaciones, y a diferencia de las referidas con anterioridad, se hace pivotar la motivación de tales previsiones en la condición personal del trabajador: una, la primera de las destacadas, porque lleva a que la prestación de trabajo adquiera para él, y en base a tales condicionantes personales, el carácter de penosa en su ejecución; otra, porque hay una evidente posibilidad para que el trabajador no pueda alcanzar la edad normal de jubilación, o, si la alcanzare, para disfrutar algunos años de ella.

— Por tanto, en estas situaciones lo que prima es la dimensión subjetiva del trabajador, futuro beneficiario de la prestación, aunque aplicándosele la lógica de los supuestos en los que se valoraba en mayor medida la penosidad, desde una dimensión objetiva, de los trabajos comprometidos.

— Las condiciones de acceso a la jubilación para estas personas comparten, en consecuencia, los parámetros que hemos destacado para los dos anteriores supuestos.

- En tal sentido, respecto de los trabajadores discapacitados que acrediten un grado de discapacidad que se significa por su entidad, esto es, igual o superior al 65 por ciento, los requisitos y el régimen jurídico aplicable es⁴:
- a) El trabajador ha de acreditar un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, el cual habrá de justificarse mediante certificación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales u órgano correspondiente de la respectiva comunidad autónoma a la que se hayan transferido las competencias, funciones y servicios en esta materia (arts. 1 y 2 RD 1539/2003).
 - b) Será de aplicación a todos los trabajadores discapacitados que presten servicios por cuenta ajena, incluyéndose tanto los del Régimen General como los de los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón y Trabajadores del Mar (art. 1 RD 1539/2003).
 - c) El coeficiente reductor por edad aplicable depende del grado de discapacidad acreditado durante el período efectivo de trabajo. En tal sentido, se aplicará como coeficiente el del 0'25 por ciento para las situaciones en las que el grado de discapacidad que se acredite sea del 65 por ciento; y será del 0'50 por ciento para cuando se acredite un grado igual o superior al 65 por ciento, además de necesitar el concurso de una tercera persona para la realización de los actos esenciales para la vida ordinaria (art. 3 RD 1539/2003).
 - d) Para el cómputo del tiempo efectivamente trabajado con el grado de discapacidad acreditado, se han de excluir todas las faltas al trabajo, a excepción de las que vengan motivadas por bajas médicas por contingencias profesionales y/o comunes, las causadas por la suspensión del contrato por maternidad, adopción, acogimiento y riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural y licencias, permisos u otras ausencias retribuidas, y autorizadas por disposición legal (art. 4 RD 1539/2003).
 - e) En cuanto al cálculo de importe de la pensión de jubilación, se computará como cotizado, a efectos de proceder a determinar el porcentaje aplicable a aquélla, el período de tiempo en que resulte reducida la edad ordinaria de acuerdo a la aplicación de los mencionados coeficientes reductores.
 - f) Por último, en cuanto al posible acceso de estos trabajadores a la jubilación anticipada, bien por la vía de la Disposición Transitoria 3^a.1.2^a LGSS, o bien por la del art. 161 bis.2 LGSS, se establece que les será de aplicación los coeficientes reductores determinados en el art. 3 del RD 1539/2003, a los efectos de concretar el coeficiente reductor de la cuantía de la pensión de jubilación correspondiente a cada caso, teniéndose en cuenta a todos los efectos la edad real del trabajador (Disposición Adicional única RD 1539/2003).

⁴ Vid. VV.AA.: *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*, MARTÍN VALVERDE, A. Y GARCÍA MURCIA, J. (Dirs. y Coords.), Tomo I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, págs. 949 y ss.

— En cuanto a los trabajadores discapacitados que acrediten que su grado de discapacidad es igual o superior al 45 por ciento, tratándose de discapacidades que hayan sido determinadas reglamentariamente por concurrir en las mismas evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida, prevista en el art. 161 bis.1 LGSS, y desarrollada por el RD 1851/2009, de 4 de diciembre, su régimen jurídico se concreta en los siguientes términos⁵:

- a) Se aplicará a todos los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, incluidos en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, que acrediten haber prestado servicios a lo largo de su vida laboral durante un tiempo que equivalga, cuanto menos, al período mínimo de cotización exigible para acceder a la pensión de jubilación –esto es, quince años–, y que cuenten con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 45 por ciento, además de padecer algunas de las discapacidades que se recogen en el RD 1851/2009:
 - i. Discapacidad intelectual.
 - ii. Parálisis cerebral.
 - iii. Anomalías genéticas (Síndrome de Down, Síndrome de Prader Willi, Síndrome de X frágil, Osteogénesis imperfecta, Acondroplasia, Fibrosis quística y Enfermedad de Wilson).
 - iv. Trastornos de espectro autista.
 - v. Anomalías congénitas secundarias a Talidomida.
 - vi. Secuelas de polio o Síndrome de Postpolio.
 - vii. Daño cerebral adquirido (traumatismo craneoencefálico, secuelas de tumores del Sistema Nervios Central, infecciones o intoxicaciones).
 - viii. Enfermedad mental (Esquizofrenia y Trastorno bipolar).
 - ix. Enfermedad neurológica (Esclerosis lateral amiotrófica, Esclerosis múltiple, Leucodistrofias, Síndrome de Tourette y Lesión medular traumática).
- b) El trabajador ha de acreditar dicho grado de discapacidad y padecer algunas de las reseñadas, mediante una certificación expedida por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales u órgano correspondiente de la respectiva comunidad autónoma a la que se hayan transferido las competencias, funciones y servicios en esta materia.
- c) Se establece como edad para el acceso a la pensión de jubilación, la de 56 años.
- d) Se requiere el que el trabajador se halle en alta o situación asimilada al alta en la fecha en la que se produzca el hecho causante.
- e) Para el cómputo del tiempo efectivamente trabajado se han de excluir todas las faltas al trabajo, a excepción de las que vengan motivadas por bajas médicas por enfermedad común o profesional, o por accidente, sea o no de trabajo; las causadas por la suspensión del contrato por

⁵ Vid. VV.AA.: *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social, op. cit.*, págs. 950 y ss.

maternidad, adopción, acogimiento y riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural; así como las licencias, permisos u otras ausencias retribuidas, y autorizadas por disposición legal.

- f) En cuanto al cálculo de importe de la pensión de jubilación, se computará como cotizado, el período de tiempo en que resulte reducida la edad ordinaria, a los exclusivos efectos de determinar el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora.
- g) Por último, si estos trabajadores también se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del RD 1539/2003, de 5 de diciembre, esto es, cuentan con una discapacidad igual o superior al 65 por ciento, podrán optar por la aplicación de la norma que les sea más favorable para generar la pensión de jubilación.

2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 18 de febrero de 2015 (JUR\2015\130275), resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina que interpuso el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 31 de enero de 2014, por la que se desestimó el recurso de suplicación planteado por el INSS frente a la resolución del Juzgado de lo Social nº. 4 de Pontevedra, y en el que se venía a reconocer a la demandante la aplicación de un coeficiente reductor, por discapacidad, del 0'50 por ciento.

En tal sentido, de los hechos probados hay que destacar que la actora ha venido prestando servicios para la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), como vendedora. Tiene reconocida una minusvalía del 79 por ciento, por deficiencia visual severa, (agudeza visual igual o inferior a 1/10 de la escala de Wecker, obtenida con la mejor corrección óptica posible), presentando una falta de visión de ambos ojos, la cual tiene carácter de definitiva e irreversible, y sin posibilidad de mejoría.

Con fecha de 14 de septiembre de 2009, solicitó ante el INSS la pensión de jubilación, dictando ésta resolución por la que se le reconoce tal prestación.

Frente a ella, con fecha 5 de junio de 2010, la actora solicitó la revisión de la base reguladora de su pensión, una vez conocida las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2004 y de 28 de noviembre de 2005. A la vista de tal petición, el INSS dicta nueva resolución, de fecha de 3 de septiembre de 2010, en la cual acuerda modificar la base reguladora de la prestación, pero no procede a modificar la bonificación por minusvalía, ya que se considera que está calculada según lo previsto en el artículo 3.a del RD 1539/2003, de 5 de diciembre, además de no justificarse suficientemente por la solicitante la necesidad de ayuda de tercera persona, por lo que ratifica que le corresponde un coeficiente del 0'25, y no el pretendido del 0,50.

Ante tal resolución, la solicitante, el 15 de octubre de 2010, interpone reclamación previa contra la mencionada resolución del INSS de 3 de septiembre de 2010, al entender que está mal calculado el porcentaje de la base reguladora, en tanto que considera que no se ha aplicado adecuadamente los coeficientes de reducción de edad y bonificación previstos en

el RD 1539/2003, además de estar de acuerdo con la fecha de efectos económicos de la resolución, y de entender que tiene derecho a cobrar las diferencias de pensión devengadas desde la fecha de efectos de la jubilación, por mayor base reguladora.

Con fecha 17 de noviembre de 2010 el INSS dictó resolución desestimando la reclamación previa.

Frente a ella presentó demanda la cual fue resuelta por sentencia de fecha 17 de marzo de 2011, del Juzgado de lo Social nº. 4 de Pontevedra, cuya parte dispositiva declaró el derecho de la actora a que “*se compute en el cálculo de su pensión de jubilación el porcentaje aplicable para calcular su importe el período que resulte de aplicar al tiempo efectivamente trabajado un coeficiente del 0,50%, condenando al INSS al abono de la citada prestación en la cuantía, forma y efectos económicos correspondientes, absolviendo a la TGSS y la ONCE*”.

El INSS muestra su desacuerdo con este fallo, e interpone recurso de suplicación frente al mismo, el cual se resuelve por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 31 de enero de 2014, en la que se resuelve nuevamente a favor de la actora confirmando la sentencia de instancia y, en consecuencia, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el INSS.

Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del INSS, recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Galicia de fecha 6 de julio de 2012, así como la infracción de lo dispuesto en el art. 161.bis.1 de la LGSS, y los arts. 2 y 3 del RD 1539/2003, de 5 de diciembre.

3. EL ALCANCE DE LA VALORACIÓN JUDICIAL Y LA COMPETENCIA SOBRE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DERECHO –GRADO DE DISCAPACIDAD–

En la sentencia que se analiza la cuestión sobre la que se centra el debate es el alcance que pueda tener la valoración del órgano jurisdiccional respecto de uno de los elementos constitutivos del derecho de la prestación que se solicita, como es el de la determinación del grado de discapacidad.

En tal sentido, por parte del INSS se alega que se produce la infracción de lo previsto en el art 161 bis.1 de la LGSS, y de los arts. 2 y 3 del RD 1539/2003, en los que se establecen los coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un elevado grado de discapacidad (grado igual o superior al 65 por ciento), y ello dentro de los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Empleo y Seguridad Social.

En cumplimiento de tal facultad de desarrollo normativo, el art 2 del mencionado RD 1539/2003, establece que “*...la existencia de la minusvalía, así como del grado correspondiente, se acreditarán mediante certificación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o del órgano correspondiente de la respectiva Comunidad Autónoma que haya recibido la transferencia de las funciones y servicios de aquél*”.

Cuando no sea posible la expedición de certificación por los órganos antes mencionados, por tratarse de períodos anteriores a la asunción de competencias en la materia por éstos, la existencia de la minusvalía podrá acreditarse por certificación o acto administrativo de reconocimiento de dicha condición, expedido por el organismo que tuviese tales atribuciones en cada momento, y, en su defecto, por cualquier otro medio de prueba que se considere suficiente por la entidad gestora de la Seguridad Social".

Partiendo de tales previsiones, lo que se viene a conformar como el nudo de la cuestión litigiosa es el hecho de que no conste el que la actora hubiere aportado la certificación acreditativa del grado de discapacidad, que tal como se prevé en el mencionado art. 2 del RD 1593/2003, ha de ser expedida por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano correspondiente de la respectiva Comunidad Autónoma, y que, no obstante, se recoja en el último párrafo del segundo fundamento de derecho de la sentencia frente a la que se plantea el presente recurso de casación, el que "*dada la relación fáctica y las afirmaciones de hecho contenidas en la fundamentación jurídica, que no resultan alteradas, resulta que la actora posee una minusvalía del 79% por déficit visual severo (hecho probado 5º) y necesita el concurso de otra persona para las necesidades de la vida diaria (FJ 2º) después de la valoración realizada por la Magistrada de instancia...*".

En consecuencia, del proceder de los órganos jurisdiccionales, tanto el de instancia –en su valoración fáctica– como el del propio TSJ de Galicia –por la ratificación de aquel actuar en la instancia–, se desprende que consideran que el requisito de necesitar el concurso de tercera persona puede considerarse acreditado por la mera ponderación que de la situación efectúa la propia Juez de instancia en el procedimiento de jubilación planteado, obviando la necesidad del concurso dentro del mismo del repetido certificado administrativo, que constituye, según la dicción literal del precepto reglamentario, el medio normativamente establecido de demostrar su existencia y, por tanto, que excluye, en principio, cualquier otro al respecto.

No obstante, sí que se prevé en el propio precepto reglamentario una situación de excepcionalidad por la que no se hace necesario el concurso del certificado expedido por el órgano administrativo competente en la materia. Es el supuesto en el recogido en el párrafo segundo del art. 2 del RD 1593/2003, que se refiere a situaciones en las que no procediera el actuar de tales órganos administrativos "...*por tratarse de períodos anteriores a la asunción de competencias en la materia por éstos...*", en cuyo caso se establece reglamentariamente una serie de alternativas posibles para salvar los problemas de acreditación que se le puedan plantear a los interesados: "...*acreditarse por certificación o acto administrativo de reconocimiento de dicha condición, expedido por el organismo que tuviese tales atribuciones en cada momento, y, en su defecto, por cualquier otro medio de prueba que se considere suficiente por la entidad gestora de la Seguridad Social".*

En consecuencia, ni en el supuesto normal previsto en la norma para la acreditación del grado de discapacidad a fin de lucrar la pensión de jubilación anticipada recogida en el art. 161 bis.1 LGSS, ni en las alternativas previstas para las situaciones de imposibilidad de acreditación ordinaria recogidas en el art. 2.2 RD 1539/2003, se puede afirmar que se prevea una competencia específica al órgano jurisdiccional para integrar la carencia de la mencionada acreditación por parte de quien se pretenda titular de la misma y beneficiario de los derechos que le son inherentes a ella. Esto es, ni el órgano jurisdiccional, ni la propia

entidad gestora de la Seguridad Social, puede entrar a resolver sobre el mayor o menor grado de discapacidad ya declarado por el órgano administrativo competente, cuando tal declaración tenga el carácter de definitiva y firme.

Y, en tal sentido, aunque referido al ámbito competencial de un órgano administrativo como es el INSS, lo cual no obsta a que se pueda extender tales apreciaciones al actuar de los órganos jurisdiccionales, el Tribunal Supremo trae a colación su sentencia de 21 de febrero de 2008 (RJ 2008\3031) en la que se afirma que *"lo que en este proceso se discute no es ni la competencia en el período administrativo ni la atribución al orden social de jurisdicción del conocimiento de la impugnación de aquella decisión, sino si el INSS en vía administrativa de reconocimiento de una prestación no contributiva y posteriormente el orden social en vía de conocimiento de un recurso contra la decisión del INSS pueden entrar a resolver sobre el mayor o menor grado de discapacidad ya declarado por el órgano administrativo competente con carácter definitivo y firme...En estos casos, por lo tanto, la declaración de un determinado grado de incapacidad efectuada por el órgano administrativo competente juega como hecho condicionante del derecho a la prestación, correspondiendo al INSS y al posterior control jurisdiccional de su decisión a partir de aquella apreciación, quedando limitado el cometido de ambos a controlar si se cumplen los demás requisitos legales que condicionan el reconocimiento de la prestación reclamada. No se trata en definitiva de una cuestión prejudicial en la que el órgano judicial pueda entrar "incidenter tantum", sino de una cuestión previa a la que hay que estar una vez decidida por el órgano competente para ello, la cual, como se ha dicho, pudo ser recurrida ante el orden social en proceso independiente pero no por esta vía perifrástica"*.

Por tanto, no cabe más que estar con el posicionamiento manifestado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de febrero de 2015, en tanto que concurren, cuanto menos, tres órdenes de motivaciones que llevan a tener que afirmar el proceder inadecuado de los órganos jurisdiccionales de la instancia, pues, de un lado, contravienen lo preceptuado de manera indubitable en el texto de la norma (art. 2 en relación al art. 3 del RD 1539/2003), puesto que exige que la acreditación de la discapacidad se realice por los órganos administrativos que tienen reconocidas legalmente las competencias en la materia; de otro, porque de admitirse la procedencia del actuar judicial se estaría conculcando de manera flagrante los principios de seguridad jurídica y de legalidad –de sujeción de todos los poderes públicos al ordenamiento jurídico– (art. 9.1 y 3 CE), sin poder arrogarse competencias y facultades que no les vengan reconocidas por aquél; y, en fin, por los efectos que pueda tener este actuar en cuanto al reconocimiento de otros derechos, ya que si se admitiera la viabilidad jurídica del reconocimiento de un grado concreto de discapacidad y la necesidad de concurso de terceras personas para realizar los actos esenciales de la vida diaria, ello podrá tener repercusiones –directas y colaterales– respecto del reconocimiento de otros derechos, en tanto que tal declaración no se puede entender sólo en un sentido –respecto de la pensión de jubilación anticipada que solicita–, sino en relación a todas las situaciones, prestaciones y derechos que se puedan derivar de tal declaración.

4. REFLEXIÓN FINAL

Como hemos analizado, en nuestro sistema de Seguridad Social se prevé una regulación específica de determinadas situaciones que conllevan el adelanto de la edad de jubilación, como son los dos casos previstos en el art. 161 bis.1 LGSS, y que se realizan en

orden, bien a la condición personal de trabajador discapacitado de grado alto, esto es, que tenga reconocido un 65 por ciento o más de grado de discapacidad, o bien para el trabajador, con uno igual o superior al 45 por ciento, aun cuando sólo respecto de concretas enfermedades, disfuncionalidades o dolencias.

Ambas alternativas encuentran su desarrollo reglamentario en los RD 1539/2003, de 5 de diciembre, y 1851/2009, de 4 de diciembre, respectivamente. Y en ambos se recoge una previsión similar en cuanto a la exigencia de que el grado de discapacidad se acredite mediante certificación del órgano correspondiente –de ámbito territorial estatal o autonómico– que tenga atribuidas las competencias en la materia.

En tal sentido, hemos tenido la oportunidad de analizar el pronunciamiento que, en unificación de doctrina, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de emitir en orden a valorar el alcance que pueda reconocerse a los Tribunales sobre el grado de discapacidad del interesado y la competencia que pueda tener sobre los elementos constitutivos del derecho a la pensión de jubilación anticipada –grado de discapacidad– que pretende el beneficiario.

El Tribunal Supremo viene a reiterar que no concurriendo los elementos normativos habilitantes previstos tanto para el supuesto normal recogido en la norma reglamentaria para la acreditación del grado de discapacidad a fin de lucrar la pensión de jubilación anticipada recogida en el art. 161 bis.1 LGSS, ni las situaciones alternativas previstas para las situaciones de imposibilidad de acreditación ordinaria recogidas en el art. 2.2 RD 1539/2003, en ningún caso se puede afirmar que se prevea una competencia específica al órgano jurisdiccional para integrar la carencia de la mencionada acreditación por parte de quien se pretenda titular de la misma y beneficiario de los derechos que le son inherentes a ella. Tanto el órgano jurisdiccional, como la propia entidad gestora de la Seguridad Social, tienen vedada la posibilidad de entrar a resolver sobre el mayor o menor grado de discapacidad ya declarado por el órgano administrativo competente, cuando tal declaración tenga el carácter de definitiva y firme; y más cuando existen previsiones que, a la luz de los términos utilizados en la misma, no cabe plantearse dudas interpretativas, pues el mandato legal y la atribución de competencias en la materia quedan manifiestamente expuestos. No a otra consecuencia se podría llegar más que a la necesaria sujeción del actuar de los Tribunales a lo prevenido por el propio ordenamiento jurídico, salvaguardando el principio de seguridad jurídica, el cual lleva implícito tanto la obligada certeza sobre las normas que conforman el ordenamiento jurídico, como la previsibilidad de la interpretación y aplicación de las mismas por parte de los poderes públicos –también, por tanto, el judicial–, sin por ello caer en una visión dogmática y formalista del mismo.

El principio de igualdad de trato y no discriminación y Seguridad Social en el espacio europeo

Comentario a la STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-523/13,
Asunto Walter Larcher

The beginning of equality of treatment and not discrimination
and National Health Service in the European Space

MARÍA ANTONIA PÉREZ ALONSO

PROFESORA TITULAR DE UNIVERSIDAD

UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Resumen

Se trata de un supuesto en el que se pide una pensión de vejez tras un trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación. El conflicto se plantea entre la normativa alemana y la norma austriaca.

Se discute si el tiempo parcial previo a la jubilación es equivalente al de la legislación austriaca con la legislación alemana. Ciertamente, el caso es interesante, puesto que las legislaciones son distintas pero muy semejantes en principios y consecuencias. Así, la legislación alemana exige que la reducción de jornada mediante tiempo parcial se efectúe al 50% mientras que la reducción de jornada en la norma austriaca permite una reducción entre el 40 y el 60%. El TJUE resuelve el problema mediante el principio de igualdad de trato.

Abstract

It is a question of a supposition in the one that asks for an old age pension himself after a part-time work before the retirement. The conflict appears between the German regulation and the Austrian norm.

It is discussed is if the partial time before the retirement is equivalent to that of the Austrian legislation with the German legislation. Certainly, the case is interesting, since the legislations are different but very similar in beginning and consequences.

This way, the German legislation demands that the reduction of day by means of partial time is effected to 50 % whereas the reduction of day in the Austrian norm allows a reduction between 40 and 60 %. The TJUE solves the problem by means of the beginning of equality of treatment.

Palabras clave

Jubilacion, Tiempo Parcial, Totalizacion de Cotizaciones,
Igualdad de Trato, Seguridad Social

Keywords

Retirement, Time Parcial, Totalizacion of Prices,
Equalities of Social Treatment, Safety

1. SUPUESTO DE HECHO Y MARCO JURIDICO DE LOS DISTINTOS ESTADOS MIEMBROS

Se trata de un supuesto en el que se pide una pensión de vejez tras un trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación. El conflicto se plantea entre la normativa alemana y la norma austriaca. Se trataba de un nacional austriaco y domiciliado en Austria que había prestado servicios en Alemania durante más de 29 años. Se plantea una decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Bundessozialgericht (Alemania).

A efectos de clarificación del supuesto de hecho, el caso se asemeja mucho a la jubilación parcial con contrato de relevo que existe en España y donde lo que se discute es si el tiempo parcial previo a la jubilación es equivalente al de la legislación austriaca con la legislación alemana. Ciertamente, el caso es interesante, puesto que las legislaciones son distintas pero muy semejantes en principios y consecuencias. Así, la legislación alemana

exige que la reducción de jornada mediante tiempo parcial se efectúe al 50% mientras que la reducción de jornada en la norma austriaca permite una reducción entre el 40 y el 60%.

El TJUE resuelve el problema mediante el principio de igualdad de trato, no obstante, antes de ver las soluciones pasemos, en un intento de sintetizar, a describir sucintamente las dos regulaciones que han sido objeto de controversia.

Así, en cuanto a la legislación alemana, se prevé la posibilidad de acceder a la pensión de jubilación cuando los asegurados hayan nacido antes de 1 de enero de 1952 y cumplan la edad de 60 años y se cumplan otras condiciones, entre las que se encuentra, que hayan reducido su tiempo de trabajo previo a la jubilación al menos durante 24 meses; Las prestaciones se concederán a trabajadores si se cumplen los siguientes requisitos: que hayan cumplido los 55 años tras el 14 de febrero de 1996; con arreglo a un convenio con el empresario que debe cubrir al menos el período hasta la fecha en que puede solicitarse una pensión de vejez, hayan reducido su tiempo de trabajo a la mitad de la jornada semanal que se venía trabajando hasta entonces y estén empleados con alta en el seguro de desempleo obligatorio (trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación). El artículo 4 del Código de Seguridad Social alemán, prevé el pago de una subvención pública por la Oficina de empleo al empresario en concepto de cargas económicas soportadas debido al trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación de un trabajador. El pago de la referida subvención supone que el puesto de trabajo liberado se ocupe nuevamente por un trabajador inscrito como desempleado en la oficina de empleo o por un trabajador que haya concluido su formación y que el empresario haya pagado al trabajador en régimen de tiempo parcial previo a la jubilación un aumento de retribución. Para el pago de dicho aumento carece de pertinencia que el puesto de trabajo liberado mediante el tiempo parcial previo a la jubilación se haya ocupado efectivamente.

Por su parte, la norma austriaca, el tiempo parcial previo a la jubilación es objeto de un acuerdo contractual que debe establecer una reducción del tiempo de trabajo en un porcentaje comprendido entre el 40 % y el 60 % del tiempo de trabajo normal.

En cuanto al supuesto de hecho, el trabajador era nacional de Austria y acreditaba más de 29 años cotizados en Alemania. Desde el año 2000 comenzó a trabajar en Austria y en el año 2004 acordó con su empresa una reducción de jornada previa a la jubilación equivalente al 40%. En 2006, el trabajador solicitó a Alemania una pensión de vejez tras un trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación, la cual fue denegada al considerar que no había tenido una reducción de tiempo de trabajo normal en un 50% como exige la normativa alemana sino del 40% de dicho tiempo.

Se aduce por la Seguridad Social alemana que no se puede aplicar el art. 45.1. del Reglamento 1408/71, dado que no es controvertido el cálculo del período de seguro sino la toma en consideración del tiempo parcial previo a la jubilación como condición previa a la existencia de un derecho a pensión y se considera que no existe discriminación indirecta en el sentido del artículo 3.1. del Reglamento 1408/71, ni obstáculo a la libre circulación de trabajadores.

2. MARCO JURIDICO DE LA UNION EUROPEA

Se toman en consideración los siguientes artículos del Reglamento nº 1408/71:

- El artículo 2, apartado 1, dispone: «El presente Reglamento se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y a los estudiantes, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros y que sean nacionales de uno de los Estados miembros, o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, así como a los miembros de su familia y a sus supervivientes.»
- El artículo 3, apartado 1, del mismo Reglamento: «Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento, estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en el presente Reglamento.».
- El artículo 4, apartado 1, del mismo Reglamento: se aplicará a todas las legislaciones relativas a las ramas de seguridad social relacionadas, particularmente con las prestaciones de vejez y las prestaciones de desempleo.
- El artículo 45, apartado 1, del Reglamento nº 1408/71 dispone: «Cuando, en virtud de un régimen que no sea un régimen especial de acuerdo con los apartados 2 o 3, la legislación de un Estado miembro subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de que hayan sido cumplidos determinados períodos de seguro o de residencia, la institución competente de dicho Estado miembro tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro o de residencia cumplidos de acuerdo con la legislación de cualquier otro Estado miembro, ya sea en un régimen general o especial, aplicable a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia. Para ello, tendrá en cuenta dichos períodos como si se tratara de períodos cumplidos de acuerdo con la legislación que aplique.»

3. ALEGACIONES DEL ORGANO JURISDICCIONAL REMITENTE Y CUESTIONES PREJUDICIALES

El trabajador alega que la interpretación que hace la Seguridad Social alemana es contraria a la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad y al principio de libre circulación de trabajadores y existe una discriminación indirecta no justificada. Se considera que se debe aplicar el artículo 5 b del Reglamento nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2009, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social. Por consiguiente, procede equiparar el trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación que se ha ejercido de conformidad con el Derecho austriaco al trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación previsto en la normativa alemana.

El órgano jurisdiccional remitente alega que el TJUE, no se ha pronunciado sobre la toma en consideración, como condición para reconocer una pensión de vejez, de un trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación que se haya ejercido en un Estado miembro distinto de aquel en que se ha presentado la solicitud de pensión. Así, el requisito lo cumplen sin ningún problemas los trabajadores no desplazados, si bien los trabajadores desplazados y que han prestado servicios en distintos Estados miembros es probable que se vean penalizados, cuando invocan su derecho a pensión , debido a las diferencias existentes entre las

normativas que le son aplicables, en comparación con los jubilados cuya carrera se ha desarrollado en un solo Estado miembro y el contenido de las disposiciones en torno al tiempo parcial previo a la jubilación puede variar de un Estado miembro a otro y sin que coincidan las disposiciones de los distintos Estados miembros.

Las cuestiones prejudiciales que se presentan son dos:

1º.- Referida dilucidar si se opone al principio de igualdad de trato del artículo 45, apartado 2 del TFUE y artículo 3.1 del Reglamento 1408/71 en virtud del cual la pensión de vejez posterior a un trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación presupone que se haya desempeñado dicho trabajo a tiempo parcial previo con arreglo a las disposiciones nacionales de este Estado miembro y no en virtud de las de otro Estado miembro.

2º.- En caso de respuesta afirmativa, ¿qué exigencias impone el principio de igualdad de trato en cuanto a la equiparación del trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación realizado conforme a las disposiciones legales del otro Estado miembro en cuanto requisito para obtener una pensión de vejez con arreglo a la normativa nacional? ; y, en este sentido, ¿se requiere un examen comparativo de los requisitos del trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación?; En caso de respuesta afirmativa, ¿basta con que en ambos Estados miembros el trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación esté regulado, en su esencia, de modo idéntico en cuanto a su función y estructura?; ¿O deben los requisitos del trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación estar regulados de modo idéntico en ambos Estados miembros?.

4. RESOLUCION DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES POR EL TJUE

Para responder a la primera cuestión prejudicial, ha de recordarse que, por lo que atañe a la libre circulación de los trabajadores, el principio de no discriminación sentado en el artículo 45 TFUE ha sido concretado en materia de seguridad social de los trabajadores migrantes por el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1408/71.

El artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1408/71 tiene por objeto garantizar, con arreglo al artículo 45 TFUE , la igualdad en materia de seguridad social sin distinción de nacionalidad, suprimiendo toda discriminación a este respecto que resulte de las legislaciones nacionales. Asimismo es jurisprudencia reiterada que el principio de igualdad de trato, tal como está enunciado en el artículo 3, apartado 1, prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles, basadas en la nacionalidad de los beneficiarios de los regímenes de seguridad social, sino también toda forma encubierta de discriminación que, por aplicación de otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado.

En este sentido, la STJUE de 22-6-2011, C-399/09, considera que “deben considerarse indirectamente discriminatorios los requisitos de derecho nacional que, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad afecten fundamentalmente o en su mayor parte a los trabajadores migrantes, así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes, o incluso los que puedan perjudicar en especial a éstos últimos”. Una vez constatada la vulneración del principio de igualdad de trato la consecuencia necesaria es adoptar las medidas que resulten precisas para restituir dicho principio, de tal forma que se deberá garantizar a las personas perjudicadas las mismas ventajas que las personas con

categoría privilegiada (STJUE de 22-6-2011, C-399/09). Así, el artículo 45 del TFUE supone la supresión de los obstáculos a la libre circulación de trabajadores entre los Estados miembros (STJUE 16-5-2013, C-589/10).

El TJUE ha declarado que, a menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido, una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los nacionales de otros Estados miembros que a sus propios nacionales e implique por consiguiente el riesgo de perjudicar, en particular, a los primeros.

No es necesario comprobar, a este respecto, si la disposición controvertida afecta, en la práctica, a un porcentaje considerablemente mayor de trabajadores migrantes. Basta con que se aprecie que dicha disposición puede producir tal efecto. En el caso de autos, ha quedado acreditado que las disposiciones nacionales controvertidas en el litigio principal se aplican con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados o de su lugar de residencia y no contienen ninguna cláusula relativa a una estancia obligatoria en el territorio nacional. Por lo tanto, las referidas disposiciones no establecen, por sí mismas, ninguna diferencia ostensible de trato entre los trabajadores nacionales y los originarios de otro Estado miembro.

No obstante, el TJUE (STJUE de 18-12-2014. C-523/13), con base en las alegaciones del Abogado General, considera que las disposiciones, en la medida en que prevén que el trabajador que pretende beneficiarse de una pensión de vejez posterior al trabajo a tiempo parcial, previo a la jubilación, debe haber estado en régimen de tiempo parcial previo a la jubilación, exclusivamente, en virtud del Derecho alemán, pueden perjudicar más concretamente a los trabajadores migrantes que han hecho uso de su derecho a la libre circulación. De tal forma que dicha normativa sitúa a un trabajador migrante que, tras haber desarrollado la mayor parte de su carrera en un Estado miembro, ejerce un trabajo en otro Estado miembro donde se beneficia de un trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación, en una situación menos favorable que la de los trabajadores que han desarrollado toda su carrera profesional en un solo Estado miembro y se benefician en él del trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación.

Pero, además el TJUE analiza si dicha normativa puede estar justificada; en este sentido, la normativa de que se trata tiene por objeto, por una parte, garantizar a los trabajadores que lo soliciten una transición hacia la jubilación en las mejores condiciones posibles y, por otra parte, promover la contratación de parados o aprendices. En este sentido, el Abogado General considera que estos objetivos constituyen objetivos legítimos de política social, pero se ha de comprobar, además, si las medidas nacionales son adecuadas para garantizar su alcance y no exceden de lo que es necesario para alcanzar los referidos objetivos.

Pues bien, el TJUE considera que aun siendo adecuadas dichas medidas para garantizar la consecución de los objetivos perseguidos, procede declarar que dichas medidas exceden del objetivo, dado que sólo se aplica la legislación alemana, en la consideración del trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación.

Por lo tanto, el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1408/71 se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal si se interpreta y aplica de la manera descrita por el órgano jurisdiccional remitente, en particular, en la primera cuestión. Además, recuerda el TJUE que el órgano jurisdiccional nacional y las autoridades administrativas están obligadas a interpretar el Derecho nacional, en la medida de lo posible, de manera conforme con el Derecho de la Unión a fin de garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelve el litigio de que conoce (véase en este sentido, particularmente, la sentencia Pfeiffer y otros).

Así, el TJUE respondiendo a la primera cuestión prejudicial considera que el principio de igualdad de trato del artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1408/71 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.

Sobre la segunda cuestión prejudicial, el TJUE recuerda que el sistema establecido por el Reglamento nº 1408/71 constituye únicamente un sistema de coordinación, que determina cuál o cuáles serán las legislaciones aplicables a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que ejercitan, en distintas circunstancias, su derecho a la libre circulación y, que es inherente, a ese sistema que los requisitos a los que se sujeta el beneficiario de una pensión de jubilación difieran según el Estado miembro. Sin embargo, al establecer los referidos requisitos, los Estados miembros están obligados a garantizar lo mejor posible la igualdad de todos los trabajadores que desarrollan sus actividades en su territorio, así como a no penalizar a los que ejerciten su derecho a la libre circulación.

De tal modo que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1408/71, se opone a que un Estado miembro deniegue sistemáticamente la toma en consideración, a los efectos de otorgar una pensión de jubilación en su territorio, de un trabajo a tiempo parcial, previo a la jubilación, que se ha desarrollado con arreglo a las disposiciones normativas de otro Estado miembro, aunque dicha disposición no obligue a ese primer Estado a reconocer automáticamente dicho tiempo parcial, previo a la jubilación, como equivalente al previsto en su normativa nacional. Así, dado que el Reglamento comunitario es una norma de coordinación cada Estado es libre de fijar los requisitos de acceso de las prestaciones, pero esa libertad no puede impedir la libre circulación de trabajadores exigiendo que los requisitos que establecen otros Estados miembros se correspondan a los suyos; así, la libertad del Estado en la fijación de las condiciones debe realizarse sin penalizar a aquellos que ejercitan o han ejercitado su derecho a la libre circulación.

La comparación entre ambas legislaciones se deberá realizar en cuanto a la identificación de los objetivos perseguidos en los distintos regímenes de Seguridad Social, pero el TJUE considera que las diferencias menores, al no una tener influencia considerable sobre la consecución de los objetivos perseguidos, no puede tenerse en cuenta para negar la equivalencia del tiempo parcial desarrollado en virtud de disposiciones normativas de otro Estado miembro, a un tiempo parcial, previo a la jubilación nacional. En esta línea, el TJUE considera que la regulación de ambas legislaciones (alemán y austriaca) persiguen los mismos objetivos, a saber, garantizar a los trabajadores una buena transición hacia la jubilación, así como fomentar la contratación de parados o aprendices, y que las condiciones

de aplicación de dichos regímenes son muy similares, puesto que la reducción del tiempo de trabajo previsto en el marco del régimen alemán es del 50 % y la prevista en el marco del régimen austriaco está comprendida entre el 40 % y el 60 %. Por lo tanto, una diferencia del 10 % en la cuantía del horario de trabajo no tiene suficiente entidad.

5. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACION

En esta STJUE se trata de una cuestión bastante importante cuál es la diferencia de regulación de los distintos sistemas de seguridad social y la necesaria coordinación entre todos ellos en aras de evitar la discriminación por razón de nacionalidad que pueden sufrir los trabajadores migrantes cuando ejercen su derecho a la libre circulación entre los distintos Estados miembros.

En este sentido, conviene recordar que los instrumentos normativos comunitarios en materia de Seguridad Social se caracterizan por facilitar la libre circulación de trabajadores, pilar sobre el que se apoya todo el sistema comunitario y que persiguen evitar los inconvenientes que para los trabajadores migrantes pudieran derivarse del sucesivo sometimiento a dos o más regímenes de Seguridad Social. En esta línea, el artículo 48 del Tratado de Roma¹ indica que el Consejo adoptará las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de trabajadores creando un sistema que permita a los trabajadores y a sus familiares: 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; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en territorio de los Estados miembros².

Estas medidas de coordinación se llevan a cabo por los Reglamentos comunitarios 1408/71 y 574/72, que junto con el Convenio europeo y el Convenio 157 de la OIT se consideran la normativa internacional más importante en materia de coordinación de legislaciones sobre derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes³; si bien, en estos momentos, habrá que considerar al Reglamento nº 883/2004, de 20 de abril (reglamento de base) y Reglamento nº 987/2009, de 16 de septiembre (reglamento de aplicación)⁴ que han venido a sustituir respectivamente a los Reglamentos 1408/71 y 574/72.

¹ Vid. sobre este tema MANCINI, F.G.: *La libre circulación de trabajadores por cuenta ajena en la Jurisprudencia Comunitaria*. Estudios jurídicos internacionales y europeos. Universidad de Granada; COLINA ROBLEDO, M., RAMIREZ MARTINEZ, J.M. SALA FRANCO, T.: *Derecho social comunitario*. Valencia, 1991, p. 136; SEAN VAN RAEPENBUSCH: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo*. Madrid, 1982, p. 317 y ss.; RAMIREZ MARTINEZ, J.M.: “*La Seguridad Social en la CEE*”, en *El espacio social europeo*. Centro de Documentación Europea. Valladolid. Editorial Lex Nova. 1991, pp. 123 y ss.; PEREZ ALONSO, Mª. Antonia: “*La libre circulación de trabajadores y la protección de los derechos de Seguridad Social*”, en *Revista de Tribuna Social* nº 36/1993, pp. 13 y ss.

² STSJ de Castilla-La Mancha de 11-10-2013, rec. 413/2013.

³ HERRERO, C.: *El convenio europeo de Seguridad Social y el Reglamento CEE 1408/71*”, en *Revista de Seguridad Social* nº 39/1988.

⁴ Hay que tener en cuenta que el Reglamento nº 883 es del año 2004 no entró en vigor hasta tanto no se elaboró el Reglamento nº 987/2009 y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de mayo de 2010, fecha de entrada en vigor del Reglamento de aplicación y consiguientemente del reglamento de base, pasando desde entonces a la sustitución formal de los Reglamentos 1408/71 y 574/72. También hay que tener en cuenta que el Reglamento nº 998/2009 modificó el Reglamento nº 883/2004, en el sentido de Cuando la legislación de un Estado miembro supedite el (...)

La finalidad de los reglamentos comunitarios 1408/71 y 574/72 y, también los actuales nº 883/2004 y nº 987/2009⁵, no es la de unificar las legislaciones de los Estados miembros, ni sustituye su regulación⁶, sino que pretende coordinar las normas de los distintos Estados miembros (STJUE de 4 de julio de 2013, C-233/12; STJUE de 26-2-2015, C-623/13)⁷, de manera que la diversidad legislativa no constituya un obstáculo importante para la libre circulación de trabajadores⁸; se pretende con la coordinación que se pueda ejercer la libre circulación entre los trabajadores migrantes sin cortapisas, pues lo contrario, haría inviable y de peor condición al trabajador migrante y, ello, iría contra uno de los pilares básicos del derecho de la Unión Europea, como es la libre circulación de trabajadores y, en consecuencia, contra el principio de igualdad de trato y no discriminación.

La aprobación de los reglamentos comunitarios determinó que los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social existentes entre los Estados quedara neutralizada por dichos reglamentos comunitarios de coordinación, salvo los convenios de la OIT (art. 6 y 7 del Reglamento nº 1408/71 y art. 8 del Reglamento nº 883/2004⁹), si bien, con el paso del tiempo el TJUE admitió la aplicación con carácter supletorio de convenios en materia de Seguridad Social que aplicasen beneficios al trabajador más favorables que los fijados por la normativa comunitaria. Esta sustitución de convenios de Seguridad Social por la normativa comunitaria, no impide la posibilidad de que los Estados pudieran celebrar otros

derecho al seguro voluntario o facultativo continuado a la residencia en dicho Estado miembro o a una actividad previa como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, la letra b) del artículo 5 únicamente se aplicará a las personas que en un momento cualquiera en el pasado hayan estado sujetas a la legislación de ese Estado miembro por haber ejercido una actividad por cuenta ajena o propia.»; A su vez, se debe tomar en consideración el Reglamento nº 465/2012, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 883/2004 y el Reglamento (CE) nº 987/2009, (Texto pertinente a efectos del EEE y para Suiza; igualmente, hay que tener en cuenta el Reglamento nº 1231/2010, del Parlamento europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004 y el Reglamento (CE) nº 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos; vid. STSJ Galicia de 27 de mayo de 2014, rec.3497/2012; STSJ de Murcia de 15-7-2013, rec. 1298/2012.

⁵ Vid. un comentario de estos reglamentos en GARRIDO PEREZ, E.: La pensión de jubilación de los trabajadores migrantes. Editorial Bomarzo, 2005.

⁶ RAMIREZ MARTINEZ, J.M.: "Pensiones de jubilación y reglamentos coordinatorios en materia de Seguridad Social de la Unión Europea", en Libro Homenaje al profesor Vicente Cuñat. Estudios de Derecho del Mercado financiero. Editorial Tirant Lo Blanch 2010.

⁷ La coordinación de las legislaciones entre los distintos Estados miembros es calificada por algunos tribunales como labor compleja, vid. STSJ de Galicia de 23-3-2012, rec. 2662/2008;

⁸ GARCIA MURCIA, J.: "La reforma laboral y la Unión Europea", en La dimensión social de la Unión Europea a partir del Tratado de Lisboa (Coordinador Joaquín García Murcia). Gobierno del Principado de Asturias. 2011, p. 72 y ss, indica que la Unión Europea se construye con vistas a la creación de un mercado común, con circulación libre de todos los factores de producción, incluido el factor de trabajo y siendo el principio de libre circulación de trabajadores el más relevante, a tales efectos; RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Los derechos sociales en la dimensión europea", en El espacio social europeo. Centro de Documentación Europea. Valladolid. Editorial Lex Nova. 1991, que el Derecho del trabajo comunitario es un derecho social de apoyo y garantía a la libre circulación de trabajadores (arts. 48 a 52 del Tratado), pp. 41 y ss GARRIDO PEREZ, E.: La pensión de jubilación de los trabajadores migrantes. Editorial Bomarzo, 2005, p. 6; SERRANO GARCIA, JA.M.: Trabajadores comunitarios y Seguridad Social, Altaban Ediciones, 2005, p. 29.

⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Coordenadas de la Seguridad Social comunitaria: el Reglamento 883/2004", en Revista Doctrinal de Aranzadi nº 4/2004, p.24.

convenios^{10,11}, siempre que se amparasen en el espíritu y principios del reglamento comunitario de coordinación (art. 8 del Reglamento nº 1408/71).

En otro orden de cosas, en los reglamentos comunitarios anteriormente citados se articulan una serie de principios básicos que tratan de conseguir los mencionados objetivos de coordinación y de libre circulación de trabajadores. Los principios básicos establecidos para la consecución de la coordinación de las distintas legislaciones en materia de Seguridad Social están formado por los siguientes: determinación de la legislación aplicable (STJUE de 18-4-2013, C-548/11); totalización o cómputo de cotizaciones (STJUE de 3-10-2002, C-347/2000; STCE de 3-10-2002, C-347/2000 referido a períodos de cotización ficticios); la prorrata temporis (STJUE de 21-2-2013, C-282/11); el principio de exportación de prestaciones; el principio de no acumulación de prestaciones (STJUE de 7-3-2013, C-127/11; STJUE de 16-3-2013). De entre los principios destaca el principio de igualdad de trato, el cual se eleva a categoría principal y sobre él que giran todos los demás principios de los reglamentos de coordinación de seguridad social¹² (art. 3 del Reglamento nº 1408/71).

El principio de igualdad de trato se recoge en el artículo 51 del TFUE y aparece configurado como uno de los pilares en los que se sustenta los reglamentos comunitarios citados¹³. Se trata de una pieza fundamental de todo el sistema comunitario y abarca tanto lo referido al acceso de las prestaciones de Seguridad Social en igualdad de condiciones, con independencia de la nacionalidad del trabajador migrante, como, igualmente, impera en lo referido al distinto tratamiento entre hombres y mujeres en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social¹⁴. En este sentido, se ha dicho¹⁵ que la libre circulación de trabajadores se articula a través de dos principios, el principio de libertad y el principio de igualdad. De tal modo que no sería admisible restricciones por parte de la normativa a sujetos no residentes en un determinado Estado miembro y en el que se le ofrezca mejores ventajas sociales (STJUE de 30-1-2007¹⁶) o beneficios fiscales (STJCE de 9-11-2006, C- 520/2004¹⁷; STJUE

¹⁰ ASIN CABRERAS, M.^aA.: La dimensión exterior de la coordinación en materia de Seguridad Social de la UE y su impacto en los acuerdos bilaterales concluidos por España con terceros estados africanos”, en Revista de Documentación Laboral nº 103/2015, pp. 239 y ss; RODRIGUEZ CARDÓ, J.A.: “Los nacionales de terceros Estados y la coordinación comunitaria de regímenes de Seguridad social”, en Viscitudes de la aplicación del Derecho comunitario en España. (Dirección Sánchez Rodas, c.). 2007.

¹¹ Vid. STJCE de 28-4-2004, C-373-02, sobre convenio de Asociación CEE-Turquía; STCE de 12 de febrero de 2003, C-23/2002, sobre Acuerdo de cooperación CEE-Marruecos; STJCE de 17-4-2007, C- 276/2006; STCE de 12 de noviembre de 2009, C-351/2008, sobre acuerdo de libre circulación de personas CE-Suiza.

¹² Vid. sobre estos principios a RAMIREZ MARTINEZ, J.M.: “La Seguridad Social en la CEE”, en El espacio social europeo. Centro de Documentación Europea. Valladolid. Editorial Lex Nova. 1991, pp. 134 y ss;

¹³ En este sentido, vid. GARRIDO PEREZ, E.: La pensión de jubilación de los trabajadores migrantes. Editorial Bomarzo, 2005, p. 9.

¹⁴ BALLESTER PASTOR, M.^aA.: “El principio de igualdad de trato y no discriminación en el contexto de la Unión Europea”, en La dimensión social de la Unión Europea a partir del Tratado de Lisboa. (Coordinador Joaquín García Murcia). Gobierno del Principado de Asturias. 2011, p. 53 y ss.

¹⁵ ADRIAN ARNAIZ, A.: “La libre circulación de trabajadores”, en El espacio social europeo. Centro de Documentación Europea. Valladolid. Editorial Lex Nova. 1991, pp. 66 y ss; en idéntico sentido, CASAS BAAMONDE, M.^a. E.: “Desplazamientos temporales de trabajadores en el interior de la Comunidad Europea y libertades comunitarias de los empresarios”, en El espacio social europeo. Centro de Documentación Europea. Valladolid. Editorial Lex Nova. 1991, pp. 89 y ss

¹⁶ Se implica el convenio germano-austriaco más favorable.

¹⁷ Vulneración del derecho de libre circulación y de residencia porque la normativa nacional impone una tributación más elevada a los jubilados residentes en otro Estado miembro que para los que residen en el Estado miembro.

de 28-6-2012, C-172/11¹⁸) o una tributación más elevada para los jubilados no residentes (STJUE de 9-11-2006, C-520/2004), o gravámenes sobre los rendimientos de patrimonio (STJUE de 26-2-2015, C-623/13), o restricciones de cualquier tipo que pueda restringir la libre prestación de servicios (STJUE de 4-7-2013¹⁹); o no computar como período asegurado determinados períodos para la jubilación por no acreditar la residencia en ese Estado miembro (STJUE de 18-4-2013).

El objetivo principal del principio de igualdad de trato deviene en la consecución de la igualdad de los trabajadores migrantes con independencia del Estado donde han prestado servicios y con independencia de su nacionalidad, de tal modo que trata de evitar que ni la residencia, ni la nacionalidad supongan cortapisas a la libre circulación de trabajadores que contempla en el artículo 48 del TFUE.

El principio de igualdad de trato o principio de no discriminación²⁰, pretende alcanzar un tratamiento igual para todos los trabajadores, tanto si han hecho uso de la libre circulación como si no la han realizado porque no se han visto abocados a ella^{21,22}. Este principio pretende eliminar tratamientos evidentes como disimulados y discriminaciones encubiertas, respecto de trabajadores no nacionales, en los que se exija a los trabajadores migrantes requisitos distintos de los nacionales para acceder a las prestaciones de Seguridad Social (STJUE de 4 de julio de 2013, C-233/12)²³. En esta línea, se afirma que la igualdad de trato que consagra el Reglamento nº 1408/71 y que aparece implícita en el art. 3 del mismo Reglamento consiste en una concepción global de la reciprocidad y supone la asimilación del

¹⁸ Sobre impuesto sobre la renta; STJUE de 26-2-2015, C-62/2013.

¹⁹ En la que no se permite transferir los períodos de empleo que un nacional de la Unión había generado en una organización internacional situada en el territorio de otro Estado miembro, concretamente, se trata de la organización internacional de patentes europeas.

²⁰ CASAS BAAMONDE, M. E.: “Desplazamientos temporales de trabajadores en el interior de la Comunidad Europea y libertades comunitarias de los empresarios”, en El espacio social europeo. Centro de Documentación Europea. Valladolid. Editorial Lex Nova. 1991, pp. 89 y ss; VIVES CABALLERO, M.: Seguridad Social y Constitución europea: Presente y futuro”, en Aspectos y cuestiones actuales de Seguridad Social. Cuadernos de Derecho judicial. CGPJ. 2005, p.30.

²¹ Vid. MANCINI, G.F.: ob. Cit, p. 22, considera que la igualdad de trato beneficia incluso a los trabajadores nacionales, pues la igualdad de trato evita que a los trabajadores migrantes se les ofrezca salarios por debajo de los ofrecidos a los nacionales.

²² El principio de igualdad de trato también se analiza desde otros prismas, como lo es a través de las directivas comunitarias; en este sentido destaca la Directiva 79/7/CEE, referida a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, vid. en este sentido, la STJUE de 14-4-2015, C-527/13, en la que se ha declarado no discriminatoria la integración de lagunas en los supuestos de pensiones de Incapacidad Permanente en los supuestos de tiempo parcial; vid. la Directiva 2000/78/CE, de igualdad de tato en el empleo y la ocupación, en su art. 2 entiende por principio de igualdad de trato, la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos del art. 1; tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por razón de religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual y la ocupación, con el fin de que los Estados apliquen el principio de igualdad de trato. No obstante, esta directiva admite que los Estados adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1, vid. sobre este particular la STJUE de 21-1-2015, C-529-13; también esta directiva admite la diferencia de trato por motivos de edad que no constituyan discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, vid. en este sentido STJUE de 26-2-2015, C-515/13.

²³Precisamente, en esta sentencia se plantea el problema de poder trasvasar la cotización realizada por el trabajador en la oficina europea de patentes, como consecuencia de la libre circulación; finalmente, el tribunal lo admite porque lo contrario sería penalizar a los trabajadores que ejercen su profesión en un organismo público situado en otro Estado miembro, como consecuencia de la libre circulación de trabajadores.

extranjero al nacional en cuanto al conjunto de las instituciones de Seguridad Social²⁴; no obstante, esta asimilación no siempre es fácil, de una, porque los reglamentos comunitarios sólo armonizan y, de otra, viene motivada por la gran movilidad y transformación de tales legislaciones en los distintos Estados²⁵.

El principio de igualdad de trato se configura como complementario al derecho de libre circulación y significa que el trabajador tiene derecho a trabajar en otro Estado miembro o a trasladarse a él para buscar empleo y, en definitiva, a no ser objeto de discriminación en materia de Seguridad Social²⁶. En este sentido, el art.4 del Reglamento nº 883/2004 resume el alcance básico del principio de no discriminación en el sentido de indicar que las personas comprendidas en su ámbito de aplicación estarán sometidas a las obligaciones de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del propio Reglamento y ello impide, por ejemplo, que se pueda denegar una prestación por el solo hecho de no residir en el territorio del Estado en el que se encuentra la institución responsable del pago²⁷.

Como apoyo al principio de igualdad de trato se encuentra el principio de asimilación de hechos, situaciones y prestaciones, el cual permite que determinadas situaciones ocurridas en otro Estado miembro tengan los mismos efectos que si se hubiera producido en el Estado miembro afectado (STJUE de 28-4-2004, C-373/02-Asunto Sakir Ozturk)²⁸. La asimilación se debe aplicar con carácter general sin que la asimilación suponga identidad absoluta ni modificación de las disposiciones del Reglamento que establecen las competencias de los Estados miembros en orden al reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social (art. 1 Reglamento nº 1408/71). En este sentido, Sempere Navarro²⁹, indica que las reglas sobre la igualdad de trato consagradas por el artículo 3.1 del Reglamento nº 883/2004 prohíben no sólo las discriminaciones ostensibles, fundadas en la nacionalidad de los beneficiarios de los régimenes de Seguridad Social, sino también cualquier manifestación encubierta que, mediante la toma en consideración de otras circunstancias, conduzca de hecho al mismo resultado. No obstante, cabe excepcionalmente, que el derecho a circular pueda desaparecer por razones de interés público, seguridad y salud pública³⁰, de tal modo que, fuera de los

²⁴ Vid. GONZALO GONZALEZ, B.: Introducción al Derecho internacional español de Seguridad Social. CES. Colección de estudios. Madrid, 1995, p. 53, considera que el principio de igualdad de trato exige otorgar al trabajador migrante un trato más beneficioso que a las personas a las que sólo se aplica las leyes nacionales, es lo que se denomina en materia de seguridad social por libre circulación de trabajadores, discriminación a la inversa.

²⁵ GONZALO GONZALEZ, B.: Introducción al Derecho internacional español de Seguridad Social. CES. Colección de estudios.

²⁶ GARRIDO PEREZ, E.: La pensión de jubilación de los trabajadores migrantes. Editorial Bomarzo, 2005, p. 9.

²⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Coordenadas de la Seguridad Social comunitaria: el Reglamento 883/2004”, en Revista Doctrinal de Aranzadi nº 4/2004, p.26.

²⁸ Vid. un comentario de esta sentencia y de otras cuestiones en VIVES CABALLERO, M.: Seguridad Social y Constitución europea: Presente y futuro”, en Aspectos y cuestiones actuales de Seguridad Social. Cuadernos de Derecho judicial. CGPJ. 2005, pp. 32 y ss.

²⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Coordenadas de la Seguridad Social comunitaria: el Reglamento 883/2004”, en Revista de Aranzadi social nº 4/2004, p.22.

³⁰ Vid. MANCINI, G.F.: ob. Cit, p. 26.

supuestos expresamente previstos por el Tratado, no está justificado ningún obstáculo a la libre circulación de trabajadores (STJUE de 3-3-2011, C-440/09)³¹.

De otro lado, la traslación legislativa de este principio de igualdad de trato se refleja además del propio artículo 3 del Reglamento nº 1408/1971 y artículo 4 del Reglamento nº 883/2004, también encuentra su cobertura, por ejemplo, en el artículo 45 del Reglamento nº 1408/71, en el que se indica que cuando “la legislación de un Estado subordine la adquisición, conservación o recuperación de un derecho a las prestaciones al requisito de que hayan sido cumplidos determinados períodos de seguro o de residencia, la institución competente de dicho Estado miembro tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro o de residencia cumplidos de acuerdo con la legislación de cualquier otro Estado miembro (...). Para ello, tendrá en cuenta dichos períodos como si se tratara de períodos cumplidos de acuerdo con la legislación que aplique”. De este modo, se asimila los períodos acreditados en un Estado a los exigidos en otro Estado. El artículo 45 del Reglamento nº 1408/71 es reflejo del principio de igualdad de trato de los nacionales de un Estado miembro con otros Estados miembros evitando así, distinto tratamientos según la legislación de que se trate y, a la vez, representa la coordinación de los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros que tiende a garantizar que el ejercicio del derecho a la libre circulación de trabajadores que confiere el Tratado no tenga como efecto privar a un trabajador de las ventajas de haber prestado servicios en un único Estado, pues lo contrario podría disuadir al trabajador comunitario de ejercer su derecho a la libre circulación y, constituiría, por lo tanto, un obstáculo para dicha libertad (STJUE de 20-1-2005, C-306/03; STJUE de 3-10-2002, C-347/2000)³².

6. REFLEXION

Pese, al tenor literal del artículo 45 del Reglamento nº 1408/71, tan claro en sus términos, tanto para las instituciones de Seguridad Social como para los órganos jurisdiccionales, resulta muy difícil la asimilación de este principio básico y necesario para la circulación de los trabajadores migrantes, dada la disparidad de legislaciones entre los distintos Estados miembros. La falta de un acercamiento entre las distintas legislaciones, la hemos visto en la STJUE comentada, en el que en ambos países se ofrecía a los trabajadores la posibilidad de optar por un trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación; en el caso de Alemania con una reducción de jornada del 50% y en el caso de Austria con una reducción de entre el 40 y el 60%, y, sencillamente la desviación de un 10% de la jornada realizada a tiempo parcial, supuso el no reconocimiento de un trato igual cuando prácticamente las

³¹ Vid. STSJ de Cantabria de 30-4-2008, rec.300/2008, al considerar que el trabajador emigrante en Europa, no puede ser de peor condición que el que permaneció en España e, incluso, nada impide que pueda ser tratado de mejor forma por esa circunstancia.

³² Vid. STSJ de Islas Canarias de 5-7-2007, rec. 1568/2004, considera que el artículo 45 del Reglamento comunitario nº 1408/71, se computa los períodos de seguro o residencia cumplidos con arreglo a las legislaciones a que haya estado sujeto el trabajador para la adquisición, conservación o recuperación. Así, no existe un sistema de Seguridad Social comunitario, como algo distinto de los estados miembros, sino que el Reglamento comunitario tiene por finalidad, conforme al artículo 51 del Tratado de la CEE, la totalización de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, a fin de facilitar la libre circulación de trabajadores; en similares términos, STSJ de Cataluña de 18-2-2003, rec.6269/2002; S JS de 26-2-2002, rec. 750/2001; TSJ de Castilla-La Mancha de 11-10-2013, rec. 413/2013; STSJ de Andalucía/Málaga de 16-1-2003, rec. 2076/2002.

legislaciones eran muy similares y ambas funcionaban como políticas de fomento al empleo de trabajadores desempleados o aprendices.

En suma, en la práctica será necesario una visión mucho más amplia que la que se está dando y que pueda permitir una verdadera circulación de trabajadores migrantes máxime teniendo en cuenta el flujo migratorio que se está produciendo en toda Europa con la nueva crisis económica que afecta a distintos Estados miembros de la vieja Europa, pues las restricciones en los criterios interpretativos más amplios por parte de los tribunales chocan con las normas de los Reglamentos comunitarios y del Tratado Fundacional cuyo pilar básico reside en la libre circulación de trabajadores, sin que los derechos de los trabajadores en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social puedan ser mermados, precisamente, por el hecho mismo de haber ejercido la libre circulación de trabajadores. Quizás, el freno a una equiparación de las legislaciones lo constituyen las propias normas de Seguridad Social que son de coordinación y no de unificación.

En esta línea, la STJUE de 3-3-2011, C-440/09, reitera que los Estados, pese a las normas de coordinación en materia de Seguridad Social, siguen siendo competentes para definir los requisitos necesarios para la concesión de las prestaciones de Seguridad Social (art.1 r, Reglamento nº 1408/71), siempre que los requisitos no impliquen ninguna discriminación manifiesta o encubierta entre los trabajadores comunitarios. Así, los Estados al fijar los requisitos están obligados a respetar los derechos de la Unión y en particular los objetivos perseguidos por el Reglamento nº 1408/71 y los principios sobre los que se basa. En este sentido, la doctrina del TJUE (STJUE de 3-3-2011, C-440/09; STJCE 20-1-2005, C-306/03: Salgado Alonso; STJCE de 12-7-1989) considera que los Estados son libres en la determinación de los períodos cotizados para el acceso a las prestaciones de Seguridad Social siempre que se tomen en consideración los períodos acreditados en otros Estados en la mismas condiciones como si se hubiesen cubierto conforme a la legislación nacional³³. Esta línea de interpretación se plasmó en el asunto Salgado Alonso: STJUE de 20-1-2005, C-306/03, por el que sólo los trabajadores que hubieran hecho uso de la libre circulación se veían perjudicados en el acceso al derecho a las prestaciones de Seguridad Social.

No obstante, pese a lo dicho en torno al principio de igualdad de trato y las interpretaciones del TJUE para favorecerla, cabe destacar que la aplicación de dicho principio no resulta fácil por los tribunales ordinarios, dada la disparidad existente entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros, dando como resultado la permanente intervención del TJUE a la hora de unificar y coordinar las distintas legislaciones. En este sentido, puede verse, por ejemplo la STSJ de Galicia de 24-2-2011, donde se le computa a un trabajador español las cotizaciones reales que acredita en España desde 1-1-1967 y se le deniega el cómputo de las cotizaciones ficticias acreditadas en el Reino Unido, argumentándose que no se ha hecho preciso la concesión de la pensión “a prorrata temporis” y sin, se pueda asimilar el período de trabajo en el Reino Unido como equivalentes a cotizaciones ficticias, a los efectos de poder aumentar el porcentaje

³³ En esta sentencia se dilucida el computo de años entre Polonia y la República de Checoslovaquia en relación con el cálculo del período en relación con un 1/3 de período no contributivo que no se calcula adecuadamente, dado que se debería haber computado para el cálculo del 1/3 el período cotizado en el otro Estado como si se hubiera cotizado en la legislación nacional.

aplicable a la base reguladora y consiguientemente repercutir en la cuantía de la pensión. El argumento esgrimido por el tribunal fue considerar que no existía norma interna ni internacional que así lo reconociera y, dicha afirmación, no deja de sorprender atendiendo a las interpretaciones que se han expuesto en páginas anteriores, pues ciertamente, las cotizaciones ficticias del Reino Unido fácilmente se asemejan a las existentes, también ficticias, del Mutualismo laboral.

De otro lado, cabría plantearse cuál será la interpretación de los tribunales españoles tras la STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-523/2013, dado que el tiempo parcial previo a la jubilación, caso de nuestra pensión de jubilación con contrato de relevo, la reducción de jornada se sitúa entre el 25 y el 75%³⁴ con lo que dista mucho del 50% de la legislación alemana; en suma, la coordinación es muy complicada por la disparidad de legislaciones de Seguridad Social, que responden, cada una de ellas a una historia y a diversas conquistas sociales, por lo que constantemente, los tribunales deben plantear cuestiones prejudiciales al TJUE.

³⁴ Vid. sobre la pensión de jubilación parcial a SÁNCHEZ-URAN, Y.: “Interdependencia genética entre jubilación parcial y contrato de relevo: efectos jurídicos”, en AS nº 1/2004, pp. 3068 y ss.; Balance y perspectivas de reforma en materia de Seguridad Social, en especial, desempleo y jubilación”, en Revista Derecho del Trabajo. Civitas nº 15/2013.

Derecho
comparado y
Derecho
Extranjero en
Seguridad
Social y
materias
conexas



Las estructuras normativas del derecho inglés de la Seguridad Social

The statutory structures of the english Social Security law*

ALBERTO ARUFE VARELA

CATEDRÁTICO ACREDITADO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

Resumen

La falta de codificación del sistema de fuentes normativas inglesas de seguridad social, unida a las continuas modificaciones que dicho sistema de fuentes sufre, convierte en una tarea especialmente ardua el estudio del Derecho inglés de la seguridad social. En este trabajo, se parte de la ineludible premisa metodológica de poder tener a mano versiones consolidadas de las fuentes normativas que integran la estructura del Derecho inglés de la seguridad social. Estas fuentes normativas estructurales, reductibles a 6, se han agrupado en este trabajo en dos grandes apartados. En primer lugar, el relativo a las Leyes sustantivas estructuradoras del sistema inglés de fuentes reguladoras del Derecho de la seguridad social, que son en lo esencial 3 Leyes. En segundo lugar, el relativo a las Leyes procedimentales y procesales estructuradoras de ese mismo sistema de fuentes, que son igualmente otras 3 Leyes.

Abstract

The no codification of the English normative sources system on social security, together with the continuous modifications such a system suffers, makes the study of the English social security Law a specially hard task. This paper is based on an avoidable methodologic step of having at hand consolidated versions of the normative sources constituting the structure of the English social security Law. These structural normative sources, up to a number of 6, have been classified in this work in two great groups. Firstly, the one relating to substantive structural Acts of the English normative sources system on social security, which in its essentials are 3 Acts. Secondly, the one relating to proceeding and procedure Acts structuring that same sources system, which are likewise 3 Acts.

Palabras clave

Derecho comparado de la seguridad social, Gran Bretaña, Metodología comparatista, Fuentes normativas sustantivas, Fuentes normativas procedimentales y procesales

Keywords

Comparative social security Law, Great Britain, Comparatist methodology, substantive normative sources, proceeding and procedure normative sources

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

1. Con carácter preliminar, creo que resulta ineludible justificar la utilización de la expresión «Derecho inglés de la seguridad social», que conforma –en parte– el título de este trabajo. En nuestro caso, ese topónimo «inglés» es, con claridad, sólo una parte que pretende también aludir al todo, aunque este último no sea el Reino Unido, sino sólo Gran Bretaña (esto es, Inglaterra, Gales y Escocia), que es sin duda la parte más relevante de las cuatro Naciones que integran el Reino Unido. Se trata de un matiz obligado, por cuanto las

* Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal DER2012-38745, otorgado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

seis Leyes estructurales de seguridad social que analizaremos a lo largo de este trabajo excluyen sistemáticamente, aunque con sus matices, de su ámbito de aplicación (en un precepto rotulado «Extensión [Extent]», que analizaremos luego, en sus respectivas seis sedes), a Irlanda del Norte. Como se sabe, se trata de una Nación con una historia convulsa reciente, cuyo Parlamento fue incluso suprimido por la «Ley de la Constitución de Irlanda del Norte» de 1973 (promulgada por el Parlamento inglés, cuya «soberanía» nadie discute en el Reino Unido, especialmente tras el fenomenal y clásico libro sobre Derecho constitucional del catedrático Albert Venn DICEY)¹, expresamente mencionada por una de las Leyes estructurales de seguridad social analizada más abajo². Es cierto que yo podría haber optado por hablar de Derecho «británico» de la seguridad social, con muy sólidos apoyos doctrinales³. Pero el uso (y quizá incluso, la inercia) del laboralismo español parece caminar justamente por otro sentido, cuando procede a abordar asuntos de Derecho del trabajo en el Reino Unido⁴. En cualquier caso, sí quiero poner de relieve que Irlanda del Norte es solamente una pequeña fracción en el conjunto del Reino Unido (1.800.000 habitantes, frente a los 58.000.000 de habitantes de Gran Bretaña).

2. Esto despejado, creo que merece igualmente algún comentario la expresión «estructuras normativas» que completa el título de este escrito. Con ella, pretendo aludir únicamente a 6 Leyes del Parlamento inglés (en inglés jurídico, «*Acts*», esto es, actos de dicho Parlamento, con sede en Westminster). En mi opinión (y también, en la de la generalidad de tratadistas británicos más recientes sobre Derecho de la seguridad social)⁵, se trata –en un contexto de absoluta falta de codificación, a diferencia de lo que sucede en Francia o Alemania⁶– de normas que actúan al modo de «troncos», que poseen luego multitud de ramas, hojas y brotes. Hubiese resultado extraordinariamente fácil relacionar estos últimos (por ejemplo, los «Decretos Legislativos [*Statutory Instruments*]», promulgados por el Gobierno, en desarrollo de aspectos más genéricamente tratados por la «Ley»). Pero puestos a optar de nuevo, he hecho aquí mía la máxima de que los árboles dejases ver el bosque (en inglés coloquial, «*you can't see the forest for the trees*»), especialmente teniendo en cuenta la complejidad (en ocasiones, repelente) de las seis Leyes en cuestión. Tres de ellas conforman un bloque bastante homogéneo, al referirse a las estructuras normativas «sustantivas» del Derecho inglés de la seguridad social (más en

¹ Al respecto, clásico sobre la «soberanía del Parlamento», véase DICEY, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 3^a ed., Macmillan and Co. (Londres, 1889), págs. 37 y ss.

² Véase *infra*, apartado 2.3.

³ Véase ALONSO OLEA, M., *Leyes sindicales británicas. Estudio preliminar, traducción y notas*, Consejo Social de la Organización Sindical Española (Madrid, 1961), 87 págs., del que su autor llegó a realizar una segunda edición [ALONSO OLEA, M., *Leyes sindicales británicas. Estudio preliminar, traducción y notas*, 2^a ed., Instituto de Estudios Sindicales, Sociales y Cooperativos (Madrid, 1967), 100 págs.]. Más recientemente, véase CABEZA PEREIRO, J., «Sobre la compensación económica de las vacaciones no disfrutadas. El difícil diálogo entre la jurisprudencia británica y el Tribunal de Justicia de la Unión. Comentario a la Sentencia de la House of Lords *Stringer*, de 10 junio 2009», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. II (2010), págs. 22 y ss.

⁴ Especialmente, desde la publicación de la monografía clásica y fundamental de GALIANA MORENO, J.M., *El contrato de trabajo en el Derecho inglés*, Bosch (Barcelona, 1978), 302 págs.

⁵ Por ejemplo, véase PARTINGTON, M., *Social security law in the United Kingdom*, Kluwer Law International (Alphen aan den Rijn, 2012), págs. 33 y ss.

⁶ Sobre el tema, véase ARUFE VARELA, A., «La regulación del accidente de trabajo en dos ordenamientos novísimos y codificados de seguridad social: Francia y Alemania», *CEF. Trabajo y Seguridad Social*, núms. 305-306 (2008), págs. 133 y ss.; y ARUFE VARELA, A., «Dos modelos contrastantes de codificación de la legislación de seguridad social: el continental europeo y el norteamericano», *Revista de Derecho Social*, núm. 44 (2008), págs. 121 y ss.

concreto, se trata de la Ley de Cotizaciones y Prestaciones de Seguridad Social de 1992⁷, de la Ley de Demandantes de Empleo de 1995⁸ y de la Ley de Planes de Pensiones de 1993⁹. Las tres restantes se refieren, en cambio, a las estructuras normativas «procedimentales y procesales» del Derecho inglés de la seguridad social [más en concreto, se trata de la Ley de la Administración de Seguridad Social de 1992¹⁰, de la Ley de Cotizaciones de Seguridad Social (Transferencia de Funciones, etc.) de 1999¹¹ y de la Ley de Tribunales, Cortes y Exigencia del Cumplimiento de 2007¹²].

3. Dadas las continuas enmiendas que padece el contenido de estas seis Leyes (no sólo en lo tocante a sus artículos o «secciones [*sections*]¹³, sino también en lo referido a sus numerosas y, a veces, gigantescas «disposiciones extravagantes [*schedules*]¹⁴», ha resultado crucial para poder concluir este trabajo el acceso a versiones consolidadas, completamente puestas al día, de las seis Leyes en cuestión. Al respecto, resulta completamente inútil el sitio oficial en Internet del Gobierno del Reino Unido, ubicado en www.legislation.gov.uk, para la difusión gratuita de la legislación del propio Reino Unido, puesto que no contiene la versión consolidada (en realidad, sólo una versión parcialmente consolidada) de las Leyes que precisaba manejar¹⁵. Existe, sin embargo, una útilísima publicación *on-line* del propio Gobierno del Reino Unido, titulada *The Law Relating to Social Security*, donde sí constan todas las Leyes y todos los Decretos Legislativos sobre Derecho de la Seguridad Social vigentes, en todo o en parte, con su redacción totalmente puesta al día. Ahora bien, los ingleses siguen siendo siempre ingleses (sin euro, sin sistema métrico decimal, conduciendo por la izquierda, etc.), también en lo relativo al manejo de esta espléndida base de datos oficial, especializada sólo en Derecho de la Seguridad Social. La clave, para quien pretenda manejarla, está en seguir los tres pasos siguientes, a saber: 1) acceder a la referida base de datos, ubicada en la dirección <http://lawvolumes.dwp.gov.uk>; 2) averiguar la página del volumen en que se encuentra la Ley en cuestión, accediendo al enlace «*The Law Relating to Social Security*», para utilizar en él el vínculo «*list of statutes*» (las Leyes se encuentran aquí ordenadas cronológicamente); y 3) añadir a la dirección anterior el número de la página de la Ley en cuestión (por ejemplo, en el caso de la citada Ley de Cotizaciones y Prestaciones de Seguridad Social, el número de página es «2.2501»), con la siguiente secuencia: dirección anterior + /docs/a + número de la página (teniendo en cuenta que los dos dígitos deben separarse con un guion) + .pdf (de manera, siguiendo con el ejemplo de la Ley de Cotizaciones y Prestaciones de Seguridad Social, que su dirección de acceso sería: <http://lawvolumes.dwp.gov.uk/docs/a2-2501.pdf>).

⁷ Véase *infra*, apartado 2.1.

⁸ Véase *infra*, apartado 2.2.

⁹ Véase *infra*, apartado 2.3.

¹⁰ Véase *infra*, apartado 3.1.

¹¹ Véase *infra*, apartado 3.2.

¹² Véase *infra*, apartado 3.3.

¹³ Crítica y comparativamente (con otros sistemas oficiales de difusión del Derecho a través de Internet, incluido el español), véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado del Trabajo, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2^a ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 11 y ss.

2. LAS ESTRUCTURAS NORMATIVAS SUSTANTIVAS

2.1. La Ley de Cotizaciones y Prestaciones de Seguridad Social de 1992

4. La expresión «Ley de Cotizaciones y Prestaciones de Seguridad Social 1992 [*Social Security Contributions and Benefits Act 1992*]» es sólo la denominación oficial breve de una Ley con un nombre oficial mucho más largo (literalmente, «Una Ley para consolidar ciertas promulgaciones relativas a cotizaciones y prestaciones de seguridad social con enmiendas para dar efecto a las recomendaciones de la Comisión de Derecho y la Comisión Escocesa de Derecho»), promulgada el 13 febrero 1992. Se trata de una norma gigantesca, que formalmente consta de 177 secciones (precisamente, la última sección de la Ley se rotula, en parte, «Denominación breve [Short title]») y 13 disposiciones extravagantes, aunque esta numeración ordinal suya resulte engañosa, pues tanto muchas de sus secciones como muchas de sus disposiciones extravagantes tienen numeración duplicada e, incluso, triplicada, aparte el hecho de que algunas otras secciones han sido derogadas y están, en consecuencia, privadas de contenido (a estos efectos, quizás el caso más notorio sea el de las secciones 25 a 30 de la Ley, sobre «Prestaciones por desempleo», cuyo contenido ha pasado a integrarse en otra Ley distinta, de la que trataré luego)¹⁴. Se trata, además, de una Ley típicamente británica, aplicable sólo –en principio– en Inglaterra, Gales y Escocia. Lo confirma la citada última sección de la misma (rotulada, también en parte, «extensión [extent]»), donde se afirma que «salvo lo previsto en esta sección, esta Ley no se extiende a Irlanda del Norte»¹⁵. Desde un punto de vista estructural, las secciones de la Ley aparecen formalmente agrupadas en 13 Partes, dotadas de numeración ordinal romana, aunque materialmente son 16 Partes (a continuación de la Parte XII, rotulada «Paga legal por maternidad [*Statutory maternity pay*]»¹⁶, aparece insertada la Parte XII ZA, rotulada «Paga legal de parterñad [*Statutory paternity pay*]»¹⁷; la Parte XII ZB, rotulada «Paga legal por adopción [*Statutory adoption pay*]»¹⁸; y la Parte XII A, rotulada «Incapacidad para el trabajo [*Incapacity for work*]»¹⁹).

5. Dejando a un lado el esqueleto formal de la Ley –tan retocado–, las recién mencionadas 16 Partes de la misma pueden agruparse, en realidad, en sólo tres apartados. El primero estaría integrado únicamente por la Parte I de la Ley, cuyo rótulo lo dice todo, puesto que trata monográficamente de las «cotizaciones [*contributions*]»²⁰, de las que existen hasta seis tipos distintos²¹. El segundo lo integra asimismo únicamente la Parte XIII y última de la Ley, secamente rotulada «Generalidades [*General*]»²², cuyo contenido podría haberse trasvasado incluso a las disposiciones extravagantes de la propia Ley, dado que sus 6 secciones tratan de la interpretación de la Ley, de su desarrollo reglamentario y de los ya mencionados ámbito de aplicación territorial y denominación breve, así como de la fecha de

¹⁴ Véase *infra*, apartado 2.2.

¹⁵ Apartado (6).

¹⁶ Secciones 164 a 171.

¹⁷ Secciones 171ZA a 171ZK.

¹⁸ Secciones 171ZL a 171ZT.

¹⁹ Secciones 171A a 171G.

²⁰ Secciones 1 a 19A.

²¹ Legalmente denominados, Clase 1, Clase 1A, Clase 1B, Clase 2, Clase 3 y Clase 4.

²² Secciones 172 a 177.

entrada en vigor de la misma. El tercer grupo está integrado por las 14 Partes restantes, todas ellas relativas a las prestaciones de seguridad social reguladas por la Ley. Desde el punto de vista comparatista español, quizás lo más llamativo en relación con estas últimas sea el hecho de que la Ley distingue tres grandes categorías de prestaciones de seguridad social, a saber: 1) las «prestaciones contributivas [*contributory benefits*]»²³, entre las que se incluyen las pensiones de incapacidad permanente, las pensiones de jubilación y las prestaciones por muerte y supervivencia²⁴; 2) las «prestaciones no contributivas [*non-contributory benefits*]»²⁵, relativas a muy diversos subsidios por cuidado de menores, incapaces e invalidos, así como de mayores; y 3) las «prestaciones relacionadas con la renta [*income-related benefits*]»²⁶, de las que varias de ellas tienen naturaleza jurídico-fiscal.

6. Si mirada esta Ley con perspectiva histórica, a un laboralista le llama especialmente la atención la Parte V de la misma, por referirse monográficamente a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (su rótulo es «Prestación por lesiones industriales [*Benefit for industrial injuries*]»)²⁷. Su conexión con la historia (y además, bien linajuda) la explicita la última de las 18 secciones que componen esta Parte, referida monográficamente a la vieja regulación histórica del tema, aludida con su vieja denominación histórica («*Workmen's compensation etc.*», que nosotros hemos traducido en alguna ocasión como «indemnización por accidente de trabajo»)²⁸, precedida por la expresión –que lo dice todo– «casos viejos [*old cases*]». La singularidad (e incluso, excentricidad) de esta regulación, desde el punto de vista continental europeo, la pone de relieve el hecho de que –de acuerdo con ella– no merecen ser objeto de protección los llamados accidentes de trabajo *in itinere*, salvo que ocurran en un vehículo de transporte contratado por el empresario [literalmente, con la típica redacción endiablada de las Leyes inglesas, «Un accidente ocurrido cuando el trabajador, con el permiso expreso o implícito de su empresario, está viajando como pasajero de un vehículo a o desde su lugar de trabajo, con independencia de que no tenga obligación respecto de su empresario de viajar en ese vehículo, se considerará ocurrido con ocasión o por consecuencia de su trabajo, si- (a) el accidente se hubiese considerado así, de haber ocurrido si hubiese estado bajo dicha obligación; y (b) en el momento del accidente, el vehículo- (i) está siendo conducido por o en nombre de su empresario o de alguna otra persona que lo ha suministrado en cumplimiento de acuerdos estipulados con su empresario; y (ii) no está siendo conducido en la realización ordinaria de un servicio de transporte público»]²⁹.

²³ Secciones 20 a 62.

²⁴ Las prestaciones por incapacidad temporal, en cambio, aparecen reguladas en la Parte XI de la Ley, bajo el rótulo «Pago legal por enfermedad [*Statutory sick pay*]» (secciones 151 a 163).

²⁵ Secciones 63 a 79.

²⁶ Secciones 123 a 137.

²⁷ Secciones 94 a 111. Las secciones 108 a 110 tratan de las enfermedades profesionales, bajo el rótulo «Enfermedades industriales prescritas etc. [*Prescribed industrial diseases etc.*]».

²⁸ Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., «La regulación del accidente de trabajo en el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, federal y estatal, y en el Derecho de la Unión Europea, “ad extra” y “ad intra”», *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, vol. 9 (2008), págs. 261 y ss.

²⁹ Cfr. sección 99, significativamente rotulada «Trabajador viajando en transporte del empresario [*Earner travelling in employer's transport*]».

2.2. La Ley de Demandantes de Empleo de 1995

7. Esta segunda Ley trazadora de las estructuras normativas sustantivas del Derecho inglés de la seguridad social, que entró en vigor el 28 junio 1995³⁰, se ajusta a los mismos patrones formales que la Ley de Cotizaciones y Prestaciones de Seguridad Social, a la que deroga en parte. En efecto, al igual que ella, tiene también un nombre oficial breve (esto es, «Ley de Demandantes de Empleo 1995 [Jobseekers Act 1995]») y otro mucho más largo (literalmente, «Una Ley para dotar de un subsidio al demandante de empleo y para realizar otra disposición que promueva el empleo del desempleado y la asistencia a personas sin un modo de vida arreglado»). Además, tampoco se aplica en Irlanda del Norte, pues «salvo esta sección, la sección 39 y los apartados 11 a 16, 28, 67 y 68 de la disposición adicional 2, esta Ley no se extiende a Irlanda del Norte [*this Act does not extend to Northern Ireland*]»³¹. En fin, igualmente se subdivide su contenido en secciones (formalmente son 41, aunque materialmente sean 49, dado que la numeración de alguna de ellas se encuentra duplicada o triplicada) y disposiciones extravagantes (que son 4, resultando que la número 3 procede a derogar los preceptos de la Ley de Cotizaciones y Prestaciones de Seguridad Social de 1992 relativos a las prestaciones por desempleo), apareciendo formalmente agrupadas las primeras en sólo tres Partes. De ellas, sin duda, la más crucial es su Parte I, secciones 1 a 25, genéricamente rotulada «El subsidio del demandante de empleo [*The jobseeker's allowance*]».

8. Esta Parte I de la Ley, honrando la denominación oficial de la misma, viene a ser –desde el punto de vista comparatista español– la suma de nuestra Ley 56/2003, de 16 diciembre, de Empleo, más el Título III de nuestra vigente Ley General de la Seguridad Social³². En efecto, lo relativo a la política activa de empleo aparece concentrado en las secciones 6 a 11 de esta Parte I, agrupadas bajo el rótulo genérico «Buscar un puesto de trabajo [*Jobseeking*]», abordando temas como, por ejemplo, la «disponibilidad para el empleo [*availability for employment*]»³³, «buscar activamente empleo [*actively seeking employment*]»³⁴ o el compromiso de actividad (denominado en inglés «*the jobseeker's agreement*»)³⁵, habiendo sido luego reforzados estos preceptos –tras una importante reforma de la Ley operada en 2009³⁶– mediante la inserción de tres nuevas secciones (más en concreto, se trata de las secciones 17A, 17B y 17C), agrupadas con la sección 18 bajo el rótulo genérico «Planes “trabajate tu prestación” etc. [*“Work for your benefit” schemes etc.*]», cuya aplicación viene suscitando una gran polémica judicial en el Reino Unido³⁷. Por

³⁰ Al respecto, véase VIZCAÍNO RAMOS, I., «La regulación de la protección por desempleo en Europa y en los Estados Unidos. Un estudio de Derecho comparado», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 4 (2015), págs. 212-213.

³¹ Cfr. sección 41, apartado (6).

³² Nuestra visión de ambas normas, en MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 3^a ed., Atelier (Barcelona, 2014), págs. 33 y ss.; y en MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 3^a ed., Netbiblo (A Coruña, 2013), págs. 169 y ss.

³³ Cfr. sección 6.

³⁴ Cfr. sección 7.

³⁵ Cfr. sección 9.

³⁶ Sobre ella, véase LARKIN, P.M., «The legislative arrival and future of welfare: the Welfare Reform Act 2009», *Journal of Social Security Law*, núm. 18-1 (2011), págs. 11 y ss.

³⁷ Al respecto, véase ARUFE VARELA, A., «Trabajar gratis como medida pública de fomento de la empleabilidad: ¿una nueva forma de esclavitud?», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160 (2013), págs. 153 y ss.

su parte, lo relativo a la política pasiva de empleo aparece concentrado en las secciones 1 a 5 de la Ley, agrupadas bajo el rótulo «Tener derecho [*Entitlement*]», que regula los requisitos de acceso a las dos prestaciones básicas a que tienen derecho los desempleados británicos, esto es, el subsidio del demandante de empleo «basado en cotizaciones [*contributions-based*]»³⁸ y el subsidio del demandante de empleo «basado en la renta [*income-based*]»³⁹, de algún modo equivalentes a nuestras prestaciones de desempleo y a nuestros subsidios de desempleo, respectivamente.

9. Originariamente, esta Ley era no sólo una norma sustantiva, sino también una norma adjetiva de seguridad social, dado que su Parte III (rotulada «Generalidades y complementos [*Miscellaneous and supplemental*]») contenía dos importantes preceptos orientados a prevenir el fraude en el cumplimiento de la Ley, respectivamente relativos a «Inspectores [*Inspectors*]»⁴⁰ y a «Infracciones [*Offences*]»⁴¹. Pero estos preceptos fueron luego sucesivamente derogados en dos momentos. En primer lugar, a través de la Ley de la Administración de la Seguridad Social (Fraude) [*Social Security Administration (Fraud) Act*] de 1997, que derogó parcialmente los mismos, trasvasando parte de su contenido a la más importante norma administrativa de seguridad social, de la que trataremos luego⁴². En segundo lugar, a través de la Ley de Apoyo a la Infancia, Pensiones y Seguridad Social (*Child Support, Pensions and Social Security Act*) de 2000, que completó la faena derogatoria y de trasvase de contenidos a esa misma sede⁴³. En este concreto punto de las infracciones y sanciones administrativas de seguridad social, la Ley de Demandantes de Empleo de 1995 ha dejado de ser una Ley extravagante en el conjunto del sistema inglés de seguridad social, pues las derogaciones y trasvases recién citados suponen, en realidad, una vuelta a sus orígenes (esto es, a la promulgación de la Ley de Cotizaciones y Prestaciones de Seguridad Social de 1992), que ni reguló originariamente ni tampoco sigue regulando ahora el tema de las infracciones y sanciones administrativas correspondiente a sus preceptos sustantivos, uniformemente tratado en una Ley coetánea a la misma, cuyo contenido abordaremos en su sede⁴⁴.

2.3. La Ley de Planes de Pensiones de 1993

10. Esta tercera norma sustantiva de seguridad social debe ser catalogada, por su tamaño, más como una norma faraónica que meramente gigantesca. Como es usual en la legislación de seguridad social que venimos manejando, su denominación oficial larga (literalmente, «Una Ley para consolidar ciertas promulgaciones relativas a planes de pensiones con enmiendas para dar efecto a las recomendaciones de la Comisión de Derecho y de la Comisión Escocesa de Derecho») ha precipitado en una denominación oficial breve, muy breve incluso, que es «Ley de Planes de Pensiones 1993 [*Pension Schemes Act 1993*]»⁴⁵. Aunque –al igual que sucede en España⁴⁶– regula un tema extramuros de la

³⁸ Cfr. sección 2.

³⁹ Cfr. sección 3.

⁴⁰ Cfr. sección 33.

⁴¹ Cfr. sección 34.

⁴² Cfr. su disposición adicional 2, e *infra*, apartado 3.1.

⁴³ Cfr. la Parte VI de su disposición adicional 9, así como *infra*, apartado 3.1.

⁴⁴ Véase *infra*, apartado 3.1.

⁴⁵ Cfr. sección 193.

seguridad social en sentido estricto, la preocupación de la Administración británica de seguridad social sobre este asunto era tan evidente, que la reforma de la legislación anterior a su promulgación, ocurrida el 5 noviembre 1993, fue promovida por el propio Ministerio de Seguridad Social del Reino Unido⁴⁷, apareciendo incluso la versión consolidada de la misma en el ya citado y utilísimo repertorio *The Law Relating to Social Security*. Al igual que sucede en España con los sucesivos Reales Decretos (y sus enmiendas) aprobando las sucesivas versiones del Reglamento de planes y fondos de pensiones⁴⁸, esta Ley británica (junto con todo el entramado normativo que la rodea, también de carácter reglamentario) sirve a la transposición de las dos Directivas de la Unión Europea sobre el tema, esto es, la Directiva 98/49/CE del Consejo de 29 junio 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad, y la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 junio 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo. Quizá por ello mismo, la cláusula exceptiva de su aplicación a Irlanda del Norte tiene una redacción sumamente peculiar, puesto que la regla general de inaplicación a dicha Nación («esta Ley no se extiende a Irlanda del Norte [*this Act does not extend to Northern Ireland*]»)⁴⁹ cuenta con una multitud de importantes excepciones, expresamente mencionadas y relacionadas en la Ley⁵⁰.

11. Desde un punto de vista estructural, se trata de una Ley que consta formalmente de 193 secciones y 6 disposiciones extravagantes, muchas de ellas divididas y subdivididas en apartados y subapartados múltiples, con el resultado de que su lectura resulte en general poco grata. El articulado de la Ley se agrupa formalmente en 12 Partes, aunque materialmente sean 14, al haberse insertado a continuación de la Parte III (rotulada «Certificación de planes de pensiones y efectos sobre la situación de los partícipes de los derechos y deberes del plan [*Certification of pension schemes and effects on members' state scheme rights and duties*]»)⁵¹ la Parte IIIA (rotulada «Derechos salvaguardados [*Safeguarded rights*]»)⁵², y a continuación de la Parte IV (rotulada «Protección de la disposición anticipada [*Protection for early leavers*]»)⁵³ la Parte IVA (rotulada «Exigencias relativas a la prestación de crédito de pensión [*Requirements relating to pension credit benefit*]»)⁵⁴. Lógicamente, toda esta regulación está montada sobre una peculiar clasificación de los planes privados de pensiones (llamadas «categorías de planes de pensiones [*categories*

⁴⁶ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª ed., cit., págs. 293 y ss.

⁴⁷ Al respecto, véase GOODE, R. (Pres.), *Pension Law reform. The report of the Pension Law Review Committee*, HMSO (Londres, 1993), 306 págs.

⁴⁸ Esclarecedor siempre, véase MONEREO PÉREZ, J.L., «El marco de referencia: los planes de pensiones en el proceso de reforma del sistema de protección social», en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE y M.N. MORENO VIDA (Directores), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Comares (Granada, 2003), págs. 1 y ss.; y MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo. Un estudio técnico de la experiencia negociadora*, Comares (Granada, 2004), págs. 2 y ss.

⁴⁹ Cfr. sección 192, apartado (3).

⁵⁰ *Ibidem*, apartado (2). Además, véase su sección 187 (rotulada «Ley de la Constitución de Irlanda del Norte de 1973; "materias reservadas" [*Northern Ireland Constitution act 1973; "reserved matters"*]»).

⁵¹ Secciones 7 a 68.

⁵² Secciones 68A a 68D.

⁵³ Secciones 69 a 101AI.

⁵⁴ Secciones 101A a 101Q.

of pension schemes»), que son el «plan de pensiones de empleo [occupational pension scheme]»⁵⁵, el «plan de pensiones personal [personal pension scheme]»⁵⁶ y el «plan de pensiones del servicio público [public service pension scheme]», teniendo en cuenta que este último –en lo esencial– es «un plan de pensiones de empleo establecido por o al amparo de una promulgación o de la prerrogativa Real o de una carta Real [an occupational pension scheme established by or under an enactment or the Royal prerogative or a Royal charter]»⁵⁷.

12. El hecho de que esta Ley forme parte del sistema británico de seguridad social lo acredita el propio articulado de la misma (lo mismo podría predicarse de sus disposiciones extravagantes), con sus referencias continuas a Leyes británicas de seguridad social en sentido estricto. En este sentido, sus referencias o remisiones a la ya citada Ley de Cotizaciones y Prestaciones de Seguridad Social de 1992 son múltiples, apareciendo contenidas, por ejemplo, en sus secciones 12⁵⁸, 13⁵⁹, 41⁶⁰, 42⁶¹, 46⁶², 48⁶³, 48A⁶⁴, 124⁶⁵, 167 y 181, teniendo en cuenta que esta última (rotulada «Interpretación general [General interpretation]») procede a definir auténticamente multitud de expresiones legales, por remisión a las realizadas en otras Leyes del sistema, incluida la Ley de Cotizaciones y Prestaciones de Seguridad Social, aunque –reflejando una vez más el carácter británico de la norma– también indique que las «referencias al Reino Unido incluyen la referencia a las aguas territoriales del Reino Unido [references to the United Kingdom include reference to the territorial waters of the United Kingdom]»⁶⁶, y que la «referencia a Gran Bretaña incluye la referencia a las aguas territoriales del Reino Unido adyacentes a Gran Bretaña [reference to Great Britain include reference to the territorial waters of the United Kingdom adjacent to Great Britain]»⁶⁷. La citada y crucial sección 167 (rotulada «Aplicación de las disposiciones generales relativas a la Administración de la seguridad social [Application of general provisions relating to administration of social security]») remite igualmente a otra norma crucial del sistema, pero ahora de carácter adjetivo (comienza afirmando que «las Ley

⁵⁵ Acerca de su definición, véase sección 1, apartado (1), párrafo primero.

⁵⁶ *Ibidem*, párrafo segundo. Sobre los planes de algún modo equivalentes a estos, pero en España, véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Los planes de pensiones en el sector público*, Thomson-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2008), págs. 72 y ss.

⁵⁷ Cfr. sección 1, apartado (1), párrafo tercero.

⁵⁸ Rotulada «Determinación de la base sobre la cual se subcontrata el plan [Determination of basis on which scheme is contracted-out]».

⁵⁹ Rotulada «Pensiones mínimas para los beneficiarios [Minimum pensions for earners]».

⁶⁰ Rotulada «Cuantías reducidas para cotizaciones de clase 1 [Reduced rates of Class 1 contributions]».

⁶¹ Rotulada «Revisión y alteración de cuantías de cotizaciones aplicables al amparo de la sección 41 [Review and alteration of rates of contributions applicable under section 41]».

⁶² Rotulada «Eficacia del derecho a pensiones mínimas garantizadas sobre el pago de prestaciones de seguridad social [Effect of entitlement to guaranteed minimum pensions on payment of social security benefits]».

⁶³ Rotulada «Prestaciones reducidas cuando se realizaron pagos mínimos o cotizaciones mínimas [Reduced benefits where minimum payments or minimum contributions paid]».

⁶⁴ Rotulada «Pensión adicional y otras prestaciones [Additional pension and other benefits]».

⁶⁵ Rotulada «Obligación del Secretario de Estado de pagar cotizaciones no pagadas a los planes [Duty of Secretary of State to pay unpaid contributions to schemes]».

⁶⁶ Cfr. apartado (5), letra (a).

⁶⁷ *Ibidem*, letra (b).

de la Administración de Seguridad Social 1992 se aplicará como si ... [*the Social Security Administration Act 1992 shall apply as if ...]*]»⁶⁸, de la que pasamos a tratar inmediatamente.

3. LAS ESTRUCTURAS NORMATIVAS PROCEDIMENTALES Y PROCESALES

3.1. La Ley de la Administración de Seguridad Social de 1992

13. Desde un punto de vista adjetivo, la norma clave para el beneficiario es la recién citada Ley de la Administración de Seguridad Social de 1992, denominación breve de otra oficial bastante más larga –como es usual– que es la de «Una Ley para consolidar ciertas promulgaciones relativas a la administración de seguridad social y materias relacionadas con enmiendas para dar efecto a las recomendaciones de la Comisión de Derecho y de la Comisión Escocesa de Derecho», promulgada exactamente el mismo día que la Ley sustantiva de Cotizaciones y Prestaciones de Seguridad Social (esto es, el 13 febrero 1992). Como también es usual, su sección 192 (rotulada «Denominación corta, comienzo [de su vigencia] y extensión [*Short title, commencement and extent*]») afirma que «excepto en lo previsto en esta sección, esta Ley no se extiende a Irlanda del Norte [*except as provided by this section, this Act does not extend to Northern Ireland*]»⁶⁹. Su tamaño es equivalente al de la Ley sustantiva de la que constituye su *pendant* procedural, pues consta formalmente de más de 190 secciones y de casi una docena de disposiciones extravagantes, apareciendo agrupado ese cúmulo de secciones en hasta 16 Partes. El grueso de esta regulación se refiere a la pluralidad de procedimientos administrativos conducentes a que el beneficiario de las prestaciones de seguridad social acabe cobrando las mismas, estando presidida esta regulación por la regla de que «nadie tendrá derecho a ninguna prestación salvo que ... realice la solicitud de ella en el modo, y dentro del tiempo, prescritos en relación con esa prestación por normas al amparo ... de esta Ley [*no person shall be entitled to any benefits unless ... he makes a claim for it in the manner, and within the time, prescribed in relation to that benefit by regulations under ... this Act*]»⁷⁰. Además de esta multitud de procedimientos administrativos, tienen singularidad propia dos concretas Partes de la Ley.

14. Una de ellas es la Parte VI de la Ley (rotulada «Exigencia del cumplimiento [*Enforcement*]»), secciones 109A a 121DA, que –como dijimos antes– resulta integralmente aplicable también a los demandantes de empleo y a sus subsidios. De entre este cúmulo de preceptos, resultan claves los que aparecen agrupados bajo el rótulo genérico «Inspección e infracciones [*Inspection and offences*]», los cuales giran alrededor de la actuación de una persona que la norma –por paradójico que pueda resultar– elude llamar «inspector», denominándola «‘funcionario autorizado’ [*authorised officer*]»⁷¹. En realidad, se trata de inspectores específicos, que conforman un cuerpo distinto y separado del de Inspectores de Trabajo en sentido estricto⁷², resultando estar expresamente autorizados para «averigar en relación con cualquier caso si una prestación es o fue pagable en ese caso de conformidad

⁶⁸ Apartado (1).

⁶⁹ Apartado (6).

⁷⁰ Cfr. sección 1, apartado (1), letra (a).

⁷¹ Cfr. sección 121DA, apartado (2).

⁷² Al respecto, véase ARUFE VARELA, A., Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2007), pág. 112.

con cualquier disposición de la legislación relevante de seguridad social [*ascertaining in relation to any case whether a benefit is or was payable in that case in accordance with any provision of the relevant social security legislation*]»⁷³, para «investigar las circunstancias en que cualquier accidente, lesión o enfermedad que haya dado lugar, o pueda dar lugar, a una solicitud ... de prestaciones de lesión industrial, o ... de prestaciones al amparo de cualquier disposición de la legislación relevante de seguridad social, ocurrió o puede haber ocurrido [*investigating the circumstances in which any accident, injury or disease which has given rise, or may give rise, to a claim for ... industrial injuries benefit, or ... any benefit under any provision of the relevant social security legislation, occurred or may have occurred*]»⁷⁴; asimismo, para «averiguar si las disposiciones de la legislación relevante de seguridad social están siendo, han sido probablemente serán incumplidas [*ascertaining whether provisions of the relevant social security legislation are being, have been or are likely to be contravened*]»⁷⁵; y por último, para «prevenir, detectar y asegurar pruebas de la comisión ... de infracciones sobre prestaciones [*preventing, detecting and securing evidence of the commission ... of benefit offences*]»⁷⁶.

15. Tiene (o más propiamente, tenía) igualmente singularidad propia la Parte II de la Ley, rotulada «Resolución [Adjudication]», relativa a la conclusión del procedimiento administrativo correspondiente de solicitud de prestaciones, aunque resulta que esta Parte (que comprendía las secciones 17 a 70 de la Ley) fue derogada por la Ley de Seguridad Social (*Social Security Act*) de 1998. En consecuencia, el tema aparece tratado ahora en la Parte I de esta última Ley, en la que se afirma que las resoluciones administrativas en cuestión son «decisiones del Secretario de Estado [*decisions of the Secretary of State*]», aunque luego aclare que «cualquier decisión, determinación o valoración que corresponda ser realizada, o certificación que corresponda ser emanada, por el Secretario de Estado ... puede ser realizada o emanada ... por un funcionario del mismo que actúe bajo su autoridad [*any decision, determination or assessment falling to be made or certificate falling to be issued by the Secretary of State ... may be made or issued ... by an officer of his acting under his authority*]»⁷⁷, e incluso, «por una computadora de cuyo manejo dicho funcionario sea responsable [*by a computer for whose operation such an officer is responsible*]»⁷⁸. Regula, además, los recursos administrativos frente a los actos administrativos firmes que acabamos de mencionar, siempre en su Parte I, bajo el rótulo genérico «Recursos [Appeals]», secciones 12 a 15A, indicando qué concretos tribunales administrativos (en inglés, «tribunals») se encargarán de resolver tales recursos, aunque de este tema trataremos más adelante, al hilo de la Ley británica reguladora de los tribunales administrativos en cuestión⁷⁹.

⁷³ Cfr. sección 109A, apartado (2), letra (a).

⁷⁴ *Ibidem*, letra (b).

⁷⁵ *Ibidem*, letra (c).

⁷⁶ *Ibidem*, letra (d).

⁷⁷ Sección 2, apartado (1).

⁷⁸ *Ibidem*, letra (b).

⁷⁹ Véase *infra*, apartado 3.3.

3.2. La Ley de Cotizaciones de Seguridad Social (Transferencia de Funciones, etc.) de 1999

16. Tradicionalmente, el modelo inglés de gestión de la seguridad social era un modelo integral de gestión unificada (lo mismo cabe predicar del modelo norteamericano de gestión de su seguridad social)⁸⁰, en la medida en que un solo órgano administrativo adoptaba todas las decisiones en materia de gestión, tanto en lo tocante a la gestión de prestaciones como en lo relativo a la gestión instrumental (esto es, con terminología española, lo que también podría denominarse gestión recaudatoria de la seguridad social)⁸¹. Ahora bien, a partir del año 1999, Gran Bretaña comienza a apartarse de dicho modelo de gestión, pasando a tener (a diferencia de lo que sigue ocurriendo en los Estados Unidos) un modelo de gestión disgregada de la seguridad social, aunque esta disgregación no sea tan escandalosa como la que caracteriza, por ejemplo, los modelos de gestión español, francés o alemán⁸². Lo ocurrido en Gran Bretaña, a partir de 1999, fue que la gestión instrumental se desgajó administrativamente de la gestión de prestaciones, de manera que el tan citado «Secretario de Estado» competente en materia de seguridad social retuvo el grueso de la gestión de prestaciones (en consecuencia, sigue dictando la generalidad de «decisiones sobre prestaciones [*benefit decisions*]»), pero perdiendo –además de una parte económicamente pequeña de sus competencias sobre gestión de prestaciones– la potestad de dictar las «decisiones sobre cotizaciones [*contribution decisions*]», que fue confiada a otros órganos administrativos distintos. Como veremos dentro de un momento, estos últimos órganos administrativos son los que forman el conglomerado del fisco británico, lo que –por cierto– no extraña de todo, puesto que la asimilación de las cotizaciones sociales a impuestos es un tema que casi todo el mundo aborda en el continente europeo, cuando pretende despejarse la naturaleza jurídica de las cotizaciones sociales⁸³. La norma que operó ese trasvase de competencias es la segunda norma estructural adjetiva de la seguridad social británica, de la que pasamos a tratar inmediatamente.

17. La denominación breve de esta Ley no es tan breve (literalmente, «Ley de Cotizaciones de Seguridad Social (Transferencia de Funciones, etc.) 1999 [*Social Security Contributions (Transfer of Functions, etc.) Act 1999*]»)⁸⁴, aunque sea desde luego muchísimo más breve que su denominación larga (literalmente, «Una Ley para transferir desde el Secretario de Estado a los Comisionados de Rentas Interiores o al Tesoro ciertas funciones relativas a cotizaciones del seguro nacional, el Fondo del Seguro Nacional, el pago legal por

⁸⁰ Al respecto, véase MCCORMICK, H.L., *Social security claims and procedures*, vol. I, 6^a ed., West-Thomson Reuters (New York, 2009), §10:1 y ss.; y CCH INCORPORATED, *Social security explained*, Wolters Kluwer (Chicago, 2013), págs. 446 y ss.

⁸¹ Al respecto, véase MOMPALAR CARRASCO, M.A., *La recaudación de los recursos de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2001), págs. 17 ss.; también, MADRID YAGÜE, P., *La recaudación ejecutiva de la Seguridad Social*, Lex Nova (Valladolid, 2001), págs. 25 y ss.; y ARUFE VARELA, A., «La posición procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social en pleitos sobre gestión de prestaciones», *Tribuna Social*, núm. 178 (2005), págs. 16 y ss.

⁸² Sobre el modelo alemán, véase 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), págs. 383 y ss.

⁸³ Al hilo de la tributación y cotización del salario en especie, véase FERNÁNDEZ PROL, F., *El salario en especie*, Tirant lo blanch (Valencia, 2005), págs. 300 y ss.

⁸⁴ Cfr. sección 28, apartado (1).

enfermedad, el pago legal por maternidad o planes de pensiones y ciertas funciones asociadas relativas a prestaciones; para posibilitar funciones relativas a esas materias con respecto a Irlanda del Norte, a ser transferidas al Secretario de Estado, los Comisionados de Rentas Interiores o el Tesoro; para hacer disposiciones adicionales, en conexión con las funciones transferidas, en relación con los poderes de los Comisionados de Rentas Interiores, la adopción de decisiones y recursos; para prever que las devoluciones pagables con respecto a partícipes de planes de pensiones subcontratados con la compra de dinero puedan pagarse por el Fondo de Seguro Nacional; y para objetivos conexos»). Se trata de nuevo de una Ley típicamente británica, que comenzó a entrar en vigor el 25 febrero 1999⁸⁵, con la coletilla usual de que –en principio– «esta Ley no se extiende a Irlanda del Norte [*this Act does not extend to Northern Ireland*]»⁸⁶. Si comparada con las otras cuatro Leyes estructuradoras de la seguridad social británica tratadas antes, es una Ley extraordinariamente breve, pues sólo consta de 28 secciones (aunque una de ellas está actualmente privada de contenido)⁸⁷ y de 10 disposiciones extravagantes, apareciendo agrupado su articulado en 3 Partes.

18. En cuanto a su contenido (por lo demás, aunque sorprenda, bastante grato de leer), en la Parte I (rotulada «Generalidades [General]»), la afirmación clave es la de que «los Comisionados de Renta y Aduanas de Su Majestad [esto es, la nueva denominación del fisco británico, a partir de 2005] serán los responsables de recaudar y gestionar las cotizaciones [*the Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs shall be responsible for the collection and management of contributions*]»⁸⁸, aclarándose luego en la propia Ley que «“cotizaciones” significa cotizaciones al amparo de la Parte I de la Ley de Cotizaciones y Prestaciones de Seguridad Social de 1992 [“contributions” means contributions under Part I of the Social Security Contributions and Benefits Act 1992]»⁸⁹. En la Parte II (rotulada «Decisiones y recursos [Decisions and appeals]»), además de otras cuestiones (por ejemplo, la adopción de decisiones sobre prestaciones de corta duración⁹⁰, la posibilidad de adoptar decisiones conjuntas con el Secretario de Estado⁹¹ o los plazos y trámites para poner en marcha los recursos frente a estas y otras decisiones⁹²), la norma clave –como es lógico– es la relativa a la adopción de decisiones sobre gestión recaudatoria, a cuyo efecto la sección correspondiente dispone –en parte– que los citados Comisionados son competentes: 1) «para decidir, a efectos de las Partes I a V de la Ley de Cotizaciones y Prestaciones de Seguridad Social de 1992, si una persona es o ha sido perceptor de ingresos y, supuesto que lo sea, la categoría de perceptores de ingresos en la que está o tenía que estar incluida [*to decide whether for the purposes of Parts I to V of the Social Security Contributions and Benefits Act 1992 a person is or was an earner and, if so, the category of earners in which he is or was to be included*]»⁹³; 2) «para decidir si una persona está o estuvo empleada en un empleo del perceptor de ingresos empleado, a efectos de la Parte V de la Ley de Cotizaciones y Prestaciones de Seguridad Social de 1992 (lesiones industriales) [*to decide whether a person*

⁸⁵ Sobre el tema, con todos sus matices, véase sección 28, apartados (2) y (3).

⁸⁶ Cfr. sección 28, apartado (7).

⁸⁷ Se trata de la sección 7.

⁸⁸ Cfr. sección 3, apartado (1).

⁸⁹ Cfr. sección 27.

⁹⁰ Cfr. sección 11.

⁹¹ Cfr. sección 17.

⁹² Cfr. secciones 11, 12, 13 y 14.

⁹³ Cfr. sección 8, apartado 1, letra (a).

is or was employed in employed earner's employment for the purposes of Part V of the Social Security Contributions and Benefits Act 1992 (industrial injuries)]»⁹⁴; 3) «para decidir si una persona es o era responsable de pagar cotizaciones de cualquier clase en particular y, supuesto que lo sea, la cuantía de que él es o era responsable de pagar [to decide whether a person is or was liable to pay contributions of any particular class and, if so, the amount that he is or was liable to pay]»⁹⁵; 4) «para decidir si una persona tiene o tenía derecho a pagar cotizaciones de cualquier clase que no es o no era responsable de pagar y, supuesto que lo tenga, la cuantía que él tiene o tenía derecho a pagar [to decide whether a person is or was entitled to pay contributions of any particular class that he is or was not liable to pay and, if so, the amount that he is or was entitled to pay]»⁹⁶; y 5) «para decidir si las cotizaciones de una clase en particular han sido pagadas en relación con cualquier período [to decide whether contributions of a particular class have been paid in respect of any period]»⁹⁷. Esta misma Parte II, como precipitado de su regulación de los recursos administrativos, contiene multitud de remisiones implícitas (aunque la clave es la contenida en su sección 19) a la Ley de que trataremos seguidamente, que cierra el marco de las estructuras adjetivas del sistema británico de seguridad social.

3.3. La Ley de Tribunales, Cortes y Exigencia del Cumplimiento de 2007

19. Tradicionalmente, las decisiones del citado «Secretario de Estado» competente en materia de seguridad social debían ser recurridas ante muy diversos órganos quasi-jurisdiccionales (denominados en Gran Bretaña «Tribunales [Tribunals]», que no formaban parte del poder judicial en sentido estricto)⁹⁸. A esta caótica multiplicidad de «Tribunales» competentes en materia de seguridad social puso fin la citada Ley de Seguridad Social de 1998, la cual procedió –de un lado– a crear los llamados Tribunales de Apelación Unificados de Seguridad Social (*Social Security Unified Appeal Tribunals*), suprimiendo –de otro lado– hasta cinco «Tribunales» distintos sobre asuntos de seguridad social, que dicha Ley detallaba [literalmente, «con sujeción a los preceptos de esta Ley, se traspasan por la presente a los tribunales de apelación constituidos al amparo de los preceptos subsiguientes de este Capítulo: (a) las funciones de los tribunales de apelación de seguridad social y de los tribunales médicos de apelación constituidos al amparo de la Parte II de la Ley de la Administración [de la Seguridad Social de 1992]; (b) las funciones de los tribunales de apelación de apoyo a la infancia establecidos al amparo de la sección 21 de la Ley de Apoyo a la Infancia; (c) las funciones de los tribunales de daños por vacunación establecidos por los reglamentos dictados al amparo de la sección 4 de la Ley de Pago de Daños por Vacunación de 1979»]⁹⁹. A su vez, estos «Tribunales unificados» fueron luego suprimidos en 2007, con la promulgación de la norma estructural adjetiva de cierre del sistema británico de seguridad

⁹⁴ *Ibidem*, letra (b).

⁹⁵ *Ibidem*, letra (c).

⁹⁶ *Ibidem*, letra (d).

⁹⁷ *Ibidem*, letra (e).

⁹⁸ Al respecto, véase SAINSBURY, R., «Social Security Decision Making and Appeals», en N. HARRIS, *Social Security Law in Context*, Oxford University Press (Oxford-Nueva York, 2000), págs. 207 y ss.

⁹⁹ Cfr. sección 4, apartado (1). Todavía quedaron fuera de la unificación los Tribunales de Apelación de Pensiones, competentes en materia de pensiones de guerra. Acerca del contencioso de los planes y fondos privados de pensiones de Seguridad Social, que sigue sus propias vías quasi-jurisdiccionales, véase JENKINS, M., POORE, M., DOODS, H., BAIG, A., HAINSWORTH, K., BYERS, K., BRABBS, D., ABEYSEKERA, P. y DON, D., *Blackstone's Guide to the Pensions Act 2004*, Oxford University Press (Oxford-Nueva York, 2005), págs. 29-30.

social, cuya denominación breve –la larga es ciertamente larguísima– es «Ley de Tribunales, Cortes y Exigencia del Cumplimiento 2007 [Tribunals, Courts and Enforcement 2007]»¹⁰⁰, promulgada el 19 julio de este último año.

20. Se trata de una Ley a la vez orgánica y procedural, cuyas 149 secciones (tiene asimismo 23 disposiciones extravagantes) aparecen agrupadas en 3 Partes, de las cuales sólo interesa considerar –desde el punto de vista del Derecho de la seguridad social– la Parte 1 (rotulada «Tribunales y actuaciones [Tribunals and inquiries]»), que comprende las secciones 1 a 49. Según esta Parte, la palabra «Tribunal» comprende en realidad cuatro Tribunales distintos, que son –actuando como primera instancia– el «Tribunal de Primer Nivel [First-tier Tribunal]» y el «Tribunal de Empleo [Employment Tribunal]», y además –actuando como segunda instancia revisora– el «Tribunal Superior [Upper Tribunal]» y el «Tribunal de Apelación de Empleo [Employment Appeal Tribunal]»¹⁰¹. Lógicamente, no nos interesa considerar aquí los «Tribunales de Empleo», que son competentes en asuntos laborales¹⁰², sino los otros dos tipos distintos de «Tribunales» mencionados. Sobre la base de que estos últimos están integrados por una pluralidad de «Salas [Chambers]» especializadas por razón de la materia litigiosa¹⁰³, los «Tribunales de Primer Nivel» son competentes para revisar, entre otros muchos asuntos, las «decisiones» adoptadas, bien por el Secretario de Estado competente en materia de seguridad social, bien por los Comisionados de Renta y Aduanas de Su Majestad¹⁰⁴, teniendo en cuenta que las resoluciones de estos «Tribunales» pueden ser revisadas, a su vez, por el «Tribunal Superior»¹⁰⁵. En fin, agotado este contencioso quasi-jurisdiccional de seguridad social, se abre la vía revisora propiamente jurisdiccional con la intervención de las «Cortes [Courts]» de Derecho común –verdadero poder judicial en sentido estricto, aunque los citados «Tribunales» también se caractericen por su «independencia [independence]»¹⁰⁶–, que es un tema sólo incoado por esta Ley.

21. Respecto de este contencioso judicial, el precepto clave es la sección 13 de la Ley (rotulada «Derecho a recurrir ante la Corte de Apelación etc. [Right to appeal to Court of Appeal etc.]»), en la que se especifica cuál es la «Corte de Apelación relevante [relevant Appellate Court]», indicando que en el caso de Inglaterra y Gales es la «Corte de Apelación

¹⁰⁰ Cfr. sección 149. Su denominación larga es, literalmente, «Una Ley para realizar disposiciones sobre tribunales y actuaciones; para establecer una Justicia Administrativa y el Consejo de Tribunales; para enmendar el Derecho relativo a los nombramientos judiciales y a los nombramientos de la Comisión de Derecho; para enmendar el Derecho relativo a la exigencia del cumplimiento de fallos y deudas; para realizar disposiciones adicionales sobre gestión y pago de deudas; para realizar disposiciones que protejan bienes culturales de embargos e incautaciones en circunstancias determinadas; para enmendar el Derecho relativo a la toma de posesión de tierra afectada por una compra obligatoria; para alterar los poderes de la Alta Corte en solicitudes de revisión judicial; y para propósitos conexos».

¹⁰¹ Cfr. sección 2, apartado (4).

¹⁰² Desgranando sus competencias, desde un punto de vista hiperpráctico, véase BOWERS, J., BROWN, D. y MANSFIELD, D., *Employment Tribunal. Practice & Procedure*, vol. 2, 4^a ed., Sweet&Maxwell (Londres, 2002), págs. 1 y ss.; e INNS OF COURT SCHOOL OF LAW (CITY UNIVERSITY, LONDON), *Employment Law in Practice*, 6^a ed., Oxford University Press. (Oxford, 2004), págs. 16 y ss. Antes se denominaban Tribunales Industriales. Sobre estos últimos, véase GREENHALGH, R., *Industrial Tribunals, Law and Employment Series* (Londres, 1992), págs. 15 y ss.

¹⁰³ Cfr. sección 7.

¹⁰⁴ Cfr. sección 9.

¹⁰⁵ Cfr. sección 10.

¹⁰⁶ Cfr., especialmente, sección 1.

[*Appellate Court*]], en el caso de Irlanda del Norte también la «Corte de Apelación [Appellate Court]», y en el caso de Escocia la «Corte de Sesión [Court of Session]»¹⁰⁷. Lógicamente, la intervención de estas Cortes de Derecho común, subordinadas a la máxima instancia jurisdiccional del Reino Unido (que es, como se sabe, la «Corte Suprema del Reino Unido [United Kingdom Supreme Court]», que reemplazó a la Cámara de los Lores en 2009)¹⁰⁸, es un tema de Derecho procesal común, pero no de Derecho adjetivo de la seguridad social. Aunque materialmente sea posible que un asunto de seguridad social, tanto relativo a la gestión de prestaciones como relativo a la gestión recaudatoria, pudiese acabar recalando en la Corte Suprema del Reino Unido, estoy convencido de que se trata de una posibilidad más bien teórica (por razones de fondo, pero también por razones procesales), habiéndolo explicado «con absoluto y descarnado desparpajo, Lady Brenda HALE, Baronesa Hale de Richmond, cuando era Juez de la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales (en la actualidad, es Vicepresidenta de la Corte Suprema del Reino Unido), en el caso *Cooke v. Secretary of State for Social Security* (2001), afirmando que el Derecho de Seguridad Social no le parecía ni Derecho común ni materia en la que un abogado británico debiera ocuparse, por causa del carácter aplastante de la legislación reguladora del mismo (literalmente, según ella, “ésta es un área del Derecho altamente especializada con la que muchos abogados –y verdaderamente supongo que la mayor parte de los abogados– raramente se encuentran en la práctica [*this is a highly specialized area of law which many lawyers –indeed, I would suspect most lawyers– rarely encounter in practice*]”»¹⁰⁹.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO OLEA, M., *Leyes sindicales británicas. Estudio preliminar, traducción y notas*, Consejo Social de la Organización Sindical Española (Madrid, 1961).
- *Leyes sindicales británicas. Estudio preliminar, traducción y notas*, 2ª ed., Instituto de Estudios Sindicales, Sociales y Cooperativos (Madrid, 1967).
- ARUFE VARELA, A., «Dos modelos contrastantes de codificación de la legislación de seguridad social: el continental europeo y el norteamericano», *Revista de Derecho Social*, núm. 44 (2008).
- «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).
- «La posición procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social en pleitos sobre gestión de prestaciones», *Tribuna Social*, núm. 178 (2005).

¹⁰⁷ Cfr., especialmente, apartados 6, 12 y 13.

¹⁰⁸ Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., Fundamentos de Derecho comunitario y comparado del Trabajo, 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., pág. 53.

¹⁰⁹ Véase ARUFE VARELA, A., El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español, Atelier (Barcelona, 2014), págs. 33-34.

- «La regulación del accidente de trabajo en dos ordenamientos novísimos y codificados de seguridad social: Francia y Alemania», *CEF. Trabajo y Seguridad Social*, núms. 305-306 (2008).
- «Trabajar gratis como medida pública de fomento de la empleabilidad: ¿una nueva forma de esclavitud?», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160 (2013)
- *El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier (Barcelona, 2014).
- *Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2007)
- BOWERS, J., BROWN, D. y MANSFIELD, D., *Employment Tribunal. Practice & Procedure*, vol. 2, 4^a ed., Sweet&Maxwell (Londres, 2002).
- CABEZA PEREIRO, J., «Sobre la compensación económica de las vacaciones no disfrutadas. El difícil diálogo entre la jurisprudencia británica y el Tribunal de Justicia de la Unión. Comentario a la Sentencia de la House of Lords *Stringer*, de 10 junio 2009», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. II (2010).
- CCH INCORPORATED, *Social security explained*, Wolters Kluwer (Chicago, 2013).
- DICEY, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 3^a ed., Macmillan and Co. (Londres, 1889).
- FERNÁNDEZ PROL, F., *El salario en especie*, Tirant lo blanch (Valencia, 2005).
- GALIANA MORENO, J.M., *El contrato de trabajo en el Derecho inglés*, Bosch (Barcelona, 1978).
- GOODE, R. (Pres.), *Pension Law reform. The report of the Pension Law Review Committee*, HMSO (Londres, 1993)
- GREENHALGH, R., *Industrial Tribunals*, Law and Employment Series (Londres, 1992).
- INNS OF COURT SCHOOL OF LAW (CITY UNIVERSITY, LONDON), *Employment Law in Practice*, 6^a ed., Oxford University Press. (Oxford, 2004).
- JENKINS, M., POORE, M., DOODS, H., BAIG, A., HAINSWORTH, K., BYERS, K., BRABBS, D., ABEYSEKERA, P. y DON, D., *Blackstone's Guide to the Pensions Act 2004*, Oxford University Press (Oxford-Nueva York, 2005)
- LARKIN, P.M., «The legislative arrival and future of workfare: the Welfare Reform Act 2009», *Journal of Social Security Law*, núm. 18-1 (2011)
- MADRID YAGÜE, P., *La recaudación ejecutiva de la Seguridad Social*, Lex Nova (Valladolid, 2001).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., «La regulación del accidente de trabajo en el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, federal y estatal, y en el Derecho de la Unión Europea, “ad extra” y “ad intra”», *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, vol. 9 (2008).

- *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 3^a ed., Atelier (Barcelona, 2014).
- *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado del Trabajo, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2^a ed., Netbiblo (A Coruña, 2010).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 3^a ed., Netbiblo (A Coruña, 2013).
- McCORMICK, H.L., *Social security claims and procedures*, vol. I, 6^a ed., West-Thomson Reuters (New York, 2009).
- MOMPARLER CARRASCO, M.A., *La recaudación de los recursos de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2001).
- MONEREO PÉREZ, J.L., «El marco de referencia: los planes de pensiones en el proceso de reforma del sistema de protección social», en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE y M.N. MORENO VIDA (Directores), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Comares (Granada, 2003).
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo. Un estudio técnico de la experiencia negociadora*, Comares (Granada, 2004).
- *Los planes de pensiones en el sector público*, Thomson-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2008).
- PARTINGTON, M., *Social security law in the United Kingdom*, Kluwer Law International (Alphen aan den Rijn, 2012).
- SAINSBURY, R., «Social Security Decision Making and Appeals», en N. HARRIS, *Social Security Law in Context*, Oxford University Press (Oxford-Nueva York, 2000).
- VIZCAÍNO RAMOS, I., «La regulación de la protección por desempleo en Europa y en los Estados Unidos. Un estudio de Derecho comparado», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 4 (2015).

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

MIEMBRO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ANDALUCÍA

1. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. GESTIÓN INFORMATIZADA.- ORDEN ESS/1222/2015, DE 22 DE JUNIO, POR LA QUE SE REGULA EL TABLÓN DE ANUNCIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 24-6-15)

La Orden TIN/831/2011, de 8 de abril, reguló el tablón de edictos y anuncios de la Seguridad Social, pero resultó posteriormente afectada por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, que implantó un tablón edictal único y gratuito a través del «Boletín Oficial del Estado», con efectos a partir del 1 de junio de 2015. En consecuencia se deroga la Orden TISS/831/2011, de forma que el tablón de edictos y anuncios de la Seguridad Social pasa a ser nuevamente un tablón de anuncios que se regula por esta Orden ESS/1222/2015, en cuanto a su objeto, características, gestión y funcionamiento.

La Orden ESS/1222/2015 establece que el tablón de anuncios de la Seguridad Social servirá como medio de publicación de anuncios, acuerdos, resoluciones y comunicaciones emitidas por la Administración de la Seguridad Social y de cualquier otra información de interés general de dicha Administración. Tendrá carácter complementario respecto a aquellos actos en que una norma exija su publicación por otros medios.

Dicha publicación tendrá la consideración de oficial y auténtica. Será único para toda la Administración de la Seguridad Social, y tendrá formato digital.

2. ORDEN ESS/1221/2015, DE 11 DE JUNIO, POR LA QUE SE CREA LA UNIDAD ESPECIAL DE INSPECCIÓN EN MATERIA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO (BOE 24-6-15)

En cumplimiento de la DF 2^a del RDL 4/2015, se crea la Unidad Especial de Inspección en materia de formación profesional para el empleo, que dependerá orgánica y funcionalmente de la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y tendrá un ámbito de actuación nacional.

Entre sus funciones estará desarrollar anualmente el programa de inspección en materia de FP para el empleo, así como la ejecución y coordinación de las actuaciones inspectoras para la vigilancia y control de la normativa.

3. INCAPACIDAD TEMPORAL.- ORDEN ESS/1187/2015, DE 15 DE JUNIO, POR LA QUE SE DESARROLLA EL REAL DECRETO 625/2014, DE 18 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULAN DETERMINADOS ASPECTOS DE LA GESTIÓN Y CONTROL DE LOS PROCESOS POR INCAPACIDAD TEMPORAL EN LOS PRIMEROS TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO DÍAS DE SU DURACIÓN (BOE 20-6-15)

Esta Orden es consecuencia de las modificaciones introducidas por el RD 625/2014, de 18 de julio, que han afectado principalmente a la expedición de los partes médicos de baja, de confirmación y de alta, de forma que se ahorren trámites burocráticos y se adapte la emisión de los partes a la duración estimada del proceso y para ello el RD 625/2014 prevé que se cuente con unas tablas de duración óptima basadas en el diagnóstico, la ocupación y la edad del trabajador. Por otro lado, la norma pretende también la mejora de los mecanismos de comunicación, coordinación y colaboración entre las distintas entidades que intervienen

en la gestión de la IT, así como las posibilidades de control de la prestación. La aplicación de dicho RD requiere la puesta en práctica de diferentes mecanismos instrumentales, básicamente los nuevos modelos de partes médicos de baja/alta y de confirmación en los procesos de IT.

La Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, establece dichos modelos de partes médicos de baja/alta y de confirmación de la IT y desarrolla el RD 625/2014 respecto a su expedición y tramitación y sobre el control de la IT.

Además, la Disposición Adicional 2^a de esta Orden precisa que el subsidio de IT durante la jubilación parcial será abonado, en todo caso, en régimen de pago directo.

También se indica, en la Disposición Final 2^a que, en el supuesto de que el trabajador sea dado de alta sin IP, tendrá derecho a percibir el subsidio correspondiente al día de alta.

4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.- REAL DECRETO 417/2015, DE 29 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL (BOE 20-6-15)

A través de este Real Decreto, se adapta la norma reglamentaria a los cambios operados en la Ley 14/1994, en cuanto al régimen de autorización administrativa para el desarrollo de la actividad, en concreto respecto a la validez y eficacia de la autorización, la autoridad administrativa competente, y el plazo para resolver la solicitud.

Además, en la norma se contempla, para las autoridades administrativas y para las empresas, la utilización obligatoria de medios electrónicos tanto para los trámites del procedimiento de autorización así como, posteriormente, para el cumplimiento de las obligaciones de información. No obstante, se prevé un régimen transitorio.

Por otro lado, también se establece que parte de la información existente en los Registros de Empresas de Trabajo Temporal se incorporará a una base de datos central gestionada por la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (art. 14).

5. ORDEN ESS/1680/2015, DE 28 DE JULIO, POR LA QUE SE DESARROLLA EL REAL DECRETO 417/2015, DE 29 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL (BOE 8-8-15)

Desarrollando el nuevo Reglamento de las empresas de trabajo temporal, esta Orden, con entrada en vigor el 9 de septiembre de 2015, determina la forma de asignación del número de autorización administrativa de las ETT y establece los modelos oficiales del contrato de puesta a disposición y de la relación de contratos celebrados que debe ser remitida mensualmente por las empresas a la autoridad laboral competente.

6. NEGOCIACIÓN COLECTIVA.- RESOLUCIÓN DE 15 DE JUNIO DE 2015, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO, POR LA QUE SE REGISTRA Y PUBLICA EL III ACUERDO PARA EL EMPLEO Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA 2015, 2016 Y 2017 (BOE 20-6-15)

Se establecen los criterios que habrán de seguirse en la Negociación Colectiva durante los años 2015, 2016 y 2017.

7. RECAUDACIÓN.- RESOLUCIÓN DE 13 DE MAYO DE 2015, DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 16 DE JULIO DE 2004, SOBRE DETERMINACIÓN DE FUNCIONES EN MATERIA DE GESTIÓN RECAUDATORIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 24-6-15)

La Resolución de la TGSS de 16 de julio de 2001 establecía la competencia para resolver las solicitudes relativas al establecimiento de plazos reglamentarios para el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas: la competencia correspondía a las Direcciones Provinciales de la TGSS para el período hasta un máximo de 36 meses; y las Subdirecciones Generales de Procedimiento Ejecutivos y Especiales de Recaudación de la TGSS para todo el período de 37 a 60 meses.

La actual Resolución de 13 de mayo de 2015 modifica dicha atribución competencial, de modo que pasan a ser competentes exclusivamente las Direcciones Provinciales de la TGSS para todo el período hasta los 60 meses.

Esta modificación se justifica en dicha Resolución por el objetivo de evitar el retraso en la tramitación más eficaz, rápida y de menor coste.

8. ASEGURADORAS.- LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO, DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS (BOE 15-7-15)

El texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el RD-Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, hasta ahora vigente, integró de forma ordenada y armonizada en un único texto las disposiciones contenidas en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, y las reformas que posteriormente se introdujeron en dicha norma, motivadas bien por la incorporación de normas de derecho comunitario, bien por la necesidad de adaptarla a la constante evolución de la actividad aseguradora. Con posterioridad, dicho texto refundido ha sido modificado por sucesivas leyes en estos últimos años.

Por otro lado, es necesario llevar a cabo la incorporación del derecho comunitario de seguros y la adaptación normativa al desarrollo del sector asegurador, que recoge aquellas disposiciones de la Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo 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 (conocida como Directiva Solvencia II) que requieren ser incorporadas a una norma de rango legal, al tratarse de importantes modificaciones en el esquema de supervisión de la actividad aseguradora. La citada Directiva ha sido a su vez objeto de modificación por la Directiva 2014/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por

la que se modifican las Directivas 2003/71/CE y 2009/138/CE y los Reglamentos (CE) n.º 1060/2009, (UE) n.º 1094/2010 y (UE) n.º 1095/2010 en lo que respecta a los poderes de la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación) y de la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados) (Directiva Ómnibus II).

La magnitud de todos estos cambios ha aconsejado sustituir el texto refundido vigente por una nueva Ley que integre, de forma similar a la refundición de normativa comunitaria llevada a cabo por la Directiva Solvencia II, las disposiciones que continúan vigentes, el nuevo sistema de solvencia y otras normas que se ha considerado necesario introducir, teniendo en cuenta la evolución del mercado asegurador. No obstante, se advierte que la transposición de la Directiva no se termina en esta Ley, ya que algunas de sus disposiciones se incorporarán a la normativa española a través de un reglamento, en el que se desarrollarán algunas previsiones contenidas en esta Ley, sin perjuicio de las medidas de ejecución que dicte la Comisión Europea.

En particular, el título II de la Ley regula las condiciones para la obtención de la autorización administrativa como requisito previo para el acceso al ejercicio de la actividad aseguradora o reaseguradora en términos similares a los de su precedente legislativo. También regula el régimen jurídico de las mutuas de seguros, cooperativas de seguros y mutualidades de previsión social. No obstante, para estas entidades se mantiene en vigor el régimen contenido en el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por RD-Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, hasta que se acometa una regulación específica de las mutuas y, en particular, de su régimen jurídico de disolución, transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo.

En relación con las condiciones de ejercicio, esta Ley regula en el título III la exigencia de un eficaz sistema de gobierno de las entidades. Esta es una de las novedades de la Directiva Solvencia II, que supone el reconocimiento de que algunos riesgos sólo pueden tenerse debidamente en cuenta a través de exigencias en materia de gobierno de las entidades y no a través de los requisitos cuantitativos. El sistema de gobierno incluye las funciones fundamentales de gestión del riesgo, cumplimiento, auditoría interna y actuaria.

Dentro de las Disposiciones Finales, entre otras modificaciones, se reforma el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones para mejorar la regulación de los fondos de pensiones abiertos, ampliando sus posibilidades operativas, para favorecer las economías de escala y la diversificación de las políticas de inversión y de la gestión de inversiones. Se aborda también la regulación de la comisión de control del fondo abierto de empleo, y se establece que en las Mutualidades de Previsión Social que actúen como sistema alternativo al alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, no se podrán hacer efectivos los derechos económicos de los productos o seguros utilizados para tal función en los supuestos de liquidez previstos

En la Ley también se precisan efectos sobre los contratos de trabajo en caso de liquidación de una aseguradora por el Consorcio de Compensación de Seguros.

9. INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.- LEY 23/2015, DE 21 DE JULIO, ORDENADORA DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (BOE 22-7-15)

Esta Ley se inserta, como expresa su Exposición de Motivos, en el conjunto de medidas adoptadas por el Gobierno para la racionalización, simplificación y modernización de las Administraciones Públicas. Se establece un modelo de inspección basado en unos principios ordenadores comunes.

Se crea el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como organismo autónomo de los previstos en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, lo que sitúa a los servicios de Inspección en el ámbito de la Administración Institucional, permitiendo así la ejecución en régimen de descentralización funcional. Se instituye también la Autoridad Autonómica de la ITSS, designada por cada Gobierno autonómico, para consolidar y reforzar la presencia de las Comunidades Autónomas. También se sustituyen y se crean órganos de participación institucional y de cooperación entre Administraciones. La Ley pretende establecer mecanismos de cooperación más ágiles y ejecutivos, a través de un modelo organizativo compartido para evitar duplicidades, ineficacias y sobrecostes.

La Ley regula el régimen jurídico de los funcionarios del Sistema de Inspección en su conjunto, de manera complementaria al contenido en la Ley 7/2007, de 12 de julio, del Estatuto Básico del Empleado Público. Se otorga la consideración de Nacionales a los Cuerpos de Inspección para evitar disfunciones y pérdida de eficacia, pérdida de visión general de la empresa, duplicidad de visitas, posibles contradicciones, etc.

El Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social pasa a denominarse de Subinspectores Laborales, y se crean dentro de él dos escalas: la escala de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social y la nueva escala de Subinspectores de Seguridad y Salud Laboral, con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales. De este modo, las funciones relativas a la comprobación de las condiciones materiales de trabajo u otras análogas en materia preventiva, que actualmente desarrollan los inspectores, podrán ser también desempeñadas por los Subinspectores, bajo la coordinación y dirección de un Inspector.

Se aumenta la eficacia y la seguridad jurídica de los procedimientos iniciados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social mediante la extensión de la colaboración de las distintas Administraciones Públicas con la Inspección. Así, se reconoce que los hechos presuntamente constitutivos de trabajo no declarado y empleo irregular que se comuniquen a la ITSS por funcionarios públicos que tengan la condición de agentes de la autoridad, podrán ser aducidos válidamente como prueba en los procedimientos iniciados por la Inspección y serán tenidos por ciertos, salvo prueba en contrario de los interesados.

Por otro lado, la Ley actualiza la regulación de las garantías de la actuación de los funcionarios del Sistema, explicitando la protección frente a cualquier clase de violencia, coacción, amenaza o influencia indebida.

La Ley actualiza igualmente los cometidos, funciones y medios de actuación de la Inspección.

Una cuestión importante es que se consagra como principio general que orienta el Sistema de ITSS, el de unidad de criterio técnico interpretativo. Se considera, en este sentido, que, dado que la legislación cuya aplicación y vigilancia es la misma en todo el territorio, también deben ser los mismos los criterios técnicos e instrucciones dictados para garantizar esa homogeneidad normativa, de modo que no se introduzcan por esta vía diferencias territoriales.

Se modifica el art. 48 LISOS, en materia de atribución de competencias sancionadoras, si bien el nuevo régimen no se aplicará mientras no exista desarrollo reglamentario.

Finalmente, y para garantizar la mayor efectividad en las actuaciones inspectoras, se establece la utilización de medios tecnológicos y de comunicaciones, y la consideración de su papel como medio de cohesión del Sistema. El tratamiento de la información del Sistema deberá realizarse con una base de datos unitaria e integrada, que consolide la información en el conjunto del Estado.

10. GESTIÓN FINANCIERA.- ORDEN ESS/1250/2015, DE 25 DE JUNIO, POR LA QUE SE REGULA LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA, POR PARTE DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DE LOS FONDOS DEPOSITADOS EN LA CUENTA ESPECIAL DEL FONDO DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 27-6-15) (CORRECCIÓN DE ERRATAS EN BOE 9-7-15)

Como se sabe, el artículo 75 bis.1.a) de la LGSS, en la redacción dada al mismo por el artículo único de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica la LGSS en relación con el régimen jurídico de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, establece que el excedente que resulte después de dotar la Reserva de Estabilización de Contingencias Profesionales se ingresará en un 80 por ciento en la cuenta especial del Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social, abierta en el Banco de España a nombre de la Tesorería General de la Seguridad Social y a disposición del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Dicho ingreso se efectuará con anterioridad al 31 de julio de cada ejercicio en la citada cuenta especial. El referido Fondo ha sucedido sin solución de continuidad al anterior Fondo de Prevención y Rehabilitación, cuya extinción ha establecido la Disposición Transitoria 4^a de la citada Ley 35/2014, de 26 de diciembre, tras la integración en el Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social de la totalidad del metálico, saldo, valores y demás bienes muebles e inmuebles existentes en él o resultantes de las inversiones procedentes de sus fondos.

Conforme al artículo 75 bis.1.a) de la LGSS, el nuevo Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social estará integrado por el metálico depositado en la cuenta especial, por los valores mobiliarios y demás bienes muebles e inmuebles en que aquellos fondos se inviertan y, en general, por los recursos, rendimientos e incrementos que tengan su origen en el excedente de los recursos de la Seguridad Social generado por las mutuas. Los rendimientos y gastos que produzcan los activos financieros y los de la cuenta especial se

imputarán a la misma, salvo que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social disponga otra cosa.

Como consecuencia de la nueva regulación legal expuesta, esta Orden se dicta al objeto de fijar las condiciones y el procedimiento para la disposición por parte de la TGSS de los recursos depositados en la cuenta especial del Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social, con carácter transitorio, en virtud de las atribuciones conferidas al efecto por el artículo 75 bis.1.a) de la LGSS; es decir, en orden a atender tanto a los fines propios del sistema establecidos en el art. 2.2 LGSS (en concreto al pago de las prestaciones económicas a que se refiere el art. 86.2), como a las necesidades o desfases de tesorería que pudieran producirse en cada ejercicio.

11. LIQUIDACIÓN DE CUOTAS.- REAL DECRETO 708/2015, DE 24 DE JULIO, POR EL QUE SE MODIFICAN DIVERSOS REGLAMENTOS GENERALES EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA LA APLICACIÓN Y DESARROLLO DE LA LEY 34/2014, DE 26 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS EN MATERIA DE LIQUIDACIÓN E INGRESO DE CUOTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Y DE OTRAS DISPOSICIONES LEGALES (BOE 25-7-15)

La Disp. Final 1^a de la Ley 34/2014, de 26 de diciembre, de medidas en materia de liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social, encomienda al Gobierno proceder al desarrollo reglamentario del nuevo sistema de liquidación directa de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, cuya regulación legal se contiene básicamente en la LGSS, tras las reformas introducidas en él por la ley antes citada.

En cumplimiento de dicho mandato legal, mediante este Real Decreto se realizan las adaptaciones que dicho desarrollo reglamentario exige en la regulación contenida en los Reglamentos generales sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (RD 84/1996, de 26 de enero); sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (RD 2064/1995, de 22 de diciembre); de recaudación de la Seguridad Social (RD 1415/2004, de 11 de junio); y de gestión financiera de la Seguridad Social (Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto); que constituyen el conjunto normativo unitario sobre las materias por ellos reguladas, en las que incide el nuevo modelo de liquidación de cuotas.

Las modificaciones efectuadas están dirigidas a conseguir una mayor simplificación y uniformidad en la gestión de los actos de encuadramiento de empresas y trabajadores en los distintos régímenes de la Seguridad Social, y a dar una nueva regulación a los distintos trámites relativos a la liquidación de cuotas y a su impugnación, así como a diferentes aspectos de su gestión recaudatoria, con la finalidad de que las previsiones al respecto de estos dos últimos reglamentos, actualmente limitadas al sistema de autoliquidación de cuotas y, en determinados aspectos puntuales, al de liquidación simplificada de las mismas, se extiendan, de una manera clara y uniforme, a los tres modelos de liquidación de cuotas que van a coexistir como consecuencia de las medidas adoptadas mediante la Ley 34/2014, de 26 de diciembre.

Mediante las modificaciones efectuadas en el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad

Social, dirigidas a establecer la obligatoriedad de comunicación del código de convenio colectivo aplicable a las empresas y a sus trabajadores, se pretende facilitar la aplicación del nuevo sistema de liquidación directa de cuotas y se da también cumplimiento al mandato legal establecido a tal efecto en el apartado 1.d) de la Disp. Adic. 2^a del RD-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

Además de estas reformas, también se aprovecha para, en aplicación del principio de jerarquía normativa, modificar otros de los preceptos de estos Reglamentos que se han visto afectados por diversas medidas legales adoptadas con posterioridad a su aprobación.

Por otra parte, se fijan en 4 años los plazos para la conservación de los documentos relativos a la inscripción, la afiliación y las altas, bajas y variaciones de datos (equiparándose así expresamente al fijado como límite para cumplir tal obligación a efectos de considerar producida la infracción leve sobre la misma materia tipificada por el art. 21.1 del texto refundido de la LISOS), para la devolución de las cuotas indebidamente ingresadas en caso de afiliaciones indebidas y para la reclamación de las cuotas en caso de bajas indebidas (que se acomodan así expresamente a los plazos de prescripción del derecho a esa devolución y para exigir el ingreso de las cuotas, conforme a los arts. 23 y 21 de la LGSS).

También se introducen modificaciones en cuanto al Régimen Especial de los Trabajadores del Mar y en materia de colaboración del Instituto Social de la Marina en la gestión recaudatoria. Modificaciones derivadas de la reforma introducida por la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, conforme a la cual el requisito de hallarse al corriente en el pago de la cotización ya no resulta exigible para autorizar el despacho de buques.

Asimismo, por razones de conveniencia para la gestión, se procede a modificar el art. 52.3 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, referente a la aplicación de coeficientes correctores en la cotización al Régimen Especial de los Trabajadores del Mar; los apartados 2 y 3 del art. 9 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, regulador de las notificaciones en materia de gestión recaudatoria; y los arts. 87.4 y 122.6 del mismo reglamento, relativos a la restitución de sobrantes derivados de las actuaciones de ejecución forzosa en vía de apremio.

Finalmente, se reforma el art. 7 del Reglamento general de la gestión financiera de la Seguridad Social, en el que se regulan los movimientos financieros de los fondos del sistema de la Seguridad Social, para concretar las competencias de la TGSS para realizar operaciones de tesorería y posibilitar alternativas de gestión al actual depósito de esos fondos en el Banco de España.

12. MUFACE.- RESOLUCIÓN DE 30 DE JUNIO DE 2015, DE LA MUTUALIDAD GENERAL DE FUNCIONARIOS CIVILES DEL ESTADO, POR LA QUE SE APRUEBAN LOS MODELOS NORMALIZADOS DE SOLICITUDES DE AFILIACIÓN, ALTAS, BAJAS Y VARIACIONES DE DATOS, PARA MUTUALISTAS Y BENEFICIARIOS (BOE 9-7-15)

Se aprueban los nuevos modelos normalizados, con entrada en vigor el 10 de julio de 2015.

13. SISTEMA NACIONAL DE GARANTÍA JUVENIL.- RESOLUCIÓN DE 29 DE JULIO DE 2015, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL TRABAJO AUTÓNOMO, DE LA ECONOMÍA SOCIAL Y DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS, POR LA QUE SE AMPLÍA EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE GARANTÍA JUVENIL (BOE 30-7-15)

De acuerdo con lo establecido en la Disposición Final 12^a.4 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, se amplía la edad máxima de acceso al Sistema Nacional de Garantía Juvenil a los mayores de 25 años y menores de 30, que cumplan con los requisitos recogidos en la Ley 18/2014. Esta medida se justifica por el legislador por la grave tasa de desempleo para este colectivo, que se situó en 29,77 puntos de acuerdo con los datos de la EPA del cuarto trimestre de 2014.

14. MUTUAS.- RESOLUCIÓN DE 30 DE JULIO DE 2015, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE ESTABLECEN LOS TÉRMINOS PARA LA APLICACIÓN A LAS MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS COEFICIENTES PARA LA GESTIÓN DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE CONTINGENCIAS COMUNES DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA DE LAS EMPRESAS ASOCIADAS (BOE 8-8-15)

En esta Resolución se recogen las instrucciones sobre los requisitos y condiciones para el acceso a los coeficientes del 0,055 y 0,033 cuando concurre “la situación de insuficiencia financiera por circunstancias estructurales” a que se refiere el art. 24.1 de la Orden ESS/86/2015, de 30 de enero, y se establecen las normas de procedimiento a que han de ajustarse las solicitudes que a tal efecto formulen las mutuas antes del 16 de septiembre de 2015.

15. PREPARA.- RESOLUCIÓN DE 30 DE JULIO 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 REQUALIFICACIÓN PROFESIONAL DE LAS PERSONAS QUE AGOTEN SU PROTECCIÓN POR DESEMPLEO PRORROGADO POR EL REAL DECRETO-LEY 1/2013, DE 25 DE ENERO (BOE 14-8-15)

Mediante esta Resolución se establece una nueva Prórroga del Programa PREPARA hasta el 15 de febrero de 2016. Además, se recoge como anexo el nuevo modelo de solicitud de la ayuda económica de acompañamiento.

16. TRABAJADORES AUTÓNOMOS. ECONOMÍA SOCIAL.- LEY 31/2015, DE 9 DE SEPTIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA Y ACTUALIZA LA NORMATIVA EN MATERIA DE AUTOEMPLEO Y SE ADOPTAN MEDIDAS DE FOMENTO Y PROMOCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DE LA ECONOMÍA SOCIAL. BOE 10-9-15

El objetivo de esta Ley es dar respuesta a la necesidad de actualización y sistematización de la normativa existente en materia de autoempleo y en el ámbito de la Economía Social, tras los sucesivos cambios normativos que se han producido y la constatación, por el transcurso del tiempo desde la aprobación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo y de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, y la aplicación en la práctica de sus preceptos, de la existencia de diversos aspectos cuya regulación es ineficaz o susceptible de mejora o desarrollo.

La Ley pretende sistematizar el marco vigente de incentivos al trabajo autónomo y a la Economía Social, reuniendo en un solo texto las medidas e incentivos establecidos en favor de estos colectivos, mejorando, armonizando y ampliando los ya existentes, e implementando otros nuevos.

1. En el ámbito específico del Trabajo Autónomo, se introducen nuevos incentivos y bonificaciones en la cotización al RETA, se mejoran algunos de los ya existentes y se unifican y sistematizan en un único texto legal los incentivos de autoempleo. Además, se garantiza que las medidas que puedan establecerse con posterioridad y estén vinculadas al fomento del trabajo autónomo queden integradas en la misma Ley, evitando así la dispersión normativa. Todo ello con la finalidad última de garantizar mayor transparencia y mayor seguridad jurídica.

-Así, se modifica, para dotarla de mayor claridad, la cuota a ingresar por el trabajador autónomo en aquellos supuestos en los que durante el inicio de su actividad, se acoja a la denominada «Tarifa Plana para autónomos», fijándola no como un porcentaje, sino como una cantidad fija y estable, que permita al profesional conocer en todo momento la cuantía a satisfacer, sin hacerla depender de las posibles modificaciones en las bases y los tipos de cotización durante el disfrute de esta medida. Además, se prevé la posibilidad de actualización de esta cifra a través de las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado.

-Además, se modifican las medidas de fomento del autoempleo a través de la prestación por desempleo, para facilitar al trabajador por cuenta propia el inicio de la actividad y para garantizarle también que, en caso de la no viabilidad de su empresa profesional, dispondrá de la protección por desempleo que dejó de percibir al causar alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social:

a) En primer lugar, se amplía el colectivo de beneficiarios de trabajadores por cuenta propia de la prestación por desempleo que podrá capitalizar el 100 por cien de su prestación para destinarla a la inversión necesaria para el ejercicio de la actividad, al eliminar la barrera de edad existente hasta la fecha.

b) En segundo lugar, se elimina también la barrera de edad existente hasta ahora que impide la compatibilización de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia durante un periodo determinado, con la finalidad de ayudar al profesional al inicio de su actividad, cuando los ingresos suelen ser más reducidos. En ambos casos, además, se adoptan las precauciones necesarias para evitar un uso fraudulento de las medidas.

c) Por último, se amplía el periodo de suspensión de la prestación por desempleo en aquellos supuestos en los que se realice una actividad por cuenta propia, con la finalidad de evitar que la cercanía de la fecha en la que se extinguiría la prestación por desempleo por superar los plazos de suspensión previstos legalmente le condicionen a la hora de mantener su actividad en aquellos casos en los que puedan existir dudas sobre su viabilidad.

-Respecto de los Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes, se les autoriza para la contratación de trabajadores por cuenta ajena en aquellos supuestos en los que la interrupción de la actividad por causas vinculadas a la conciliación de su actividad profesional con su vida familiar pudiese ocasionar la resolución del contrato con su cliente.

Se pretende con ello subsanar la falta de protección existente respecto a aspectos relativos a la conciliación de la vida profesional y personal de este colectivo de profesionales, permitiendo en estos casos la continuidad en la relación entre el Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente y su cliente, frente a la regulación anterior que permitía resolver el contrato suscrito entre ambos, por voluntad del cliente, en supuestos de maternidad y paternidad del trabajador por cuenta propia, siempre y cuando supusiese un perjuicio importante para el cliente. Se trata de una posibilidad específica para situaciones excepcionales, tasadas en la Ley. Considera el legislador que esta medida contribuirá también a resaltar la capacidad auto-organizativa del Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente, clarificando su diferenciación respecto al trabajador por cuenta ajena y eliminando los posibles espacios de difícil delimitación entre ambas categorías. Por ello, la Ley establece que en estos supuestos, el Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente tendrá el carácter de empresario, conforme al art. 1.2 del ET y que, en lo no previsto expresamente en esta Ley, la contratación del trabajador por cuenta ajena se regirá por lo previsto por el artículo 15.1.c) del ET.

Solamente se permitirá la contratación de un único trabajador por cuenta ajena aunque concurran dos o más de los supuestos previstos y se establecen medidas pertinentes para evitar una indeseada concatenación de contratos temporales que afectasen a la estabilidad en el empleo.

2. En el ámbito de la Economía Social se establecen también diversas medidas de promoción y apoyo:

-Se reconocen las Empresas de Inserción y los Centros Especiales de Empleo como entidades prestadoras de Servicios de Interés Económico General (conforme a la declaración de la Comisión Europea que considera la inclusión social y laboral como Servicios de Interés Económico General). Ello supone que las subvenciones concedidas se someten al Reglamento 360/2012, de la Comisión, pudiendo por tanto alcanzar los 500.000 euros en un período de 3 años (frente a los 200.000 euros que podían alcanzar hasta ahora).

-Se extiende la posibilidad de reserva en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos –que hasta ahora tenían reconocida los Centros Especiales de Empleo respecto a personas con discapacidad– a las Empresas de Inserción respecto a los colectivos referidos en su normativa reguladora, modificando la Disp. Adic. 5^a del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RD-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

-Se crea un nuevo incentivo a la contratación de personas que, por su situación, tengan un menor índice de acceso al mercado laboral, para facilitar el tránsito desde el empleo protegido a la empresa ordinaria. Este nuevo incentivo va dirigido a la contratación de personas en situación de exclusión social por empresas que no tengan la condición de empresas de inserción ni de centros especiales de empleo, cuando dichos trabajadores han prestado sus servicios para una empresa de inserción.

-Además, se unifican en esta norma las distintas medidas de capitalización de desempleo y bonificación en contratos de interinidad previstos para sujetos de la Economía Social.

-Se modifica la Disp. Adic. 2^a de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, relativa a las bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para los trabajadores en período de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad, dándole nueva redacción.

17. CESE DE ACTIVIDAD.- RESOLUCIÓN DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2015, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE ESTABLECE UN PLAZO DE OPCIÓN POR LA COBERTURA DE LA PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD, PARA LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS, DURANTE EL AÑO 2015. BOE 19-9-15

La modificación por la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, de la LGSS en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, dio lugar, a su vez, a la modificación (Disp. Final 2^a de dicha Ley) de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

Entre dichas modificaciones destaca la referida al régimen jurídico de la misma, de forma que la cobertura de dicha prestación pasa a ser de carácter voluntario.

Sin embargo, la Ley 35/2014 no fija un plazo para que los autónomos en alta a fecha de 1 de enero de 2015 opten por mantener o renunciar a la cobertura del cese de actividad, ahora de carácter voluntario.

Esto es lo que viene a hacer esta Resolución: determinar un plazo único para todos los trabajadores por cuenta ajena para ejercer dicha opción durante 2015.

La Resolución es aplicable a los trabajadores por cuenta propia o autónomos en situación de alta que ya se encontraran en alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar el 31 de

diciembre de 2014 y tuvieran concertada en esa fecha la cobertura por cese de actividad de forma obligatoria.

Dichos trabajadores, siempre y cuando no hayan ejercido ya el derecho de opción durante el año 2015, podrán optar por renunciar a la cobertura por cese de actividad hasta el 30 de septiembre de 2015, fijándose como fecha de efectos el día primero del mes siguiente a la fecha de solicitud. Las solicitudes presentadas a partir de 1 de octubre de ese mismo año tendrán como fecha de efectos del cambio de cobertura el 1 de enero de 2016.

Se prevé también, previa solicitud del interesado, la devolución de las cuotas ingresadas en concepto de prestación por cese de actividad en aquellos casos en que el trabajador acredite que la fecha de la solicitud es anterior a la entrada en vigor de esta Resolución. La devolución se referirá al período comprendido entre la fecha de efectos de la renuncia conforme a lo previsto en esta Resolución y el día primero del mes siguiente a la entrada en vigor de esta resolución.

Crónica de Doctrina Judicial y Novedades Bibliográficas

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA*

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.

STC núm. 49/2015, de 5 de marzo de 2015 (BOE núm. 29, de 3 de febrero de 2015)

Recurso de inconstitucionalidad 1114-2013. Interpuesto por más de cincuenta diputados respecto del artículo 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social.

Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones. Voto particular.

Declara el TC en su Fundamento de Derecho cuarto lo siguiente:

De acuerdo con la doctrina expuesta, resulta ineludible determinar con carácter previo si en el momento en que se dictó el Real Decreto Ley 28/2012, de 30 de noviembre (RCL 2012, 1635), de medidas de consolidación y garantía del Sistema de la Seguridad Social, los pensionistas tenían una mera expectativa de derecho a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC estimado para el año 2012 o, por el contrario, tenían un derecho consolidado, asumido e integrado en su patrimonio.

A estos efectos, consideran los recurrentes que el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012 (RCL 2012, 1635) establece una retroactividad auténtica, pues lo que se deja de atender es la obligación de actualizar las pensiones ya percibidas, o sea, las correspondientes al año 2012. Sin embargo, para el Abogado del Estado la actualización de las pensiones conforme al IPC del año en curso no constituye un derecho consolidado integrado en el patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa de derecho y, como mucho, un derecho condicionado a la fijación de su contenido por la Ley general de presupuestos del año siguiente si existe diferencia entre el IPC previsto y el acumulado a noviembre del ejercicio económico correspondiente.

La revalorización de las pensiones obedece a la necesidad de garantizar su poder adquisitivo en consonancia con el mandato constitucional, en virtud del cual los poderes públicos deberán garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50 CE [RCL 1978, 2836]), así como —prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (art. 41 CE [RCL 1978, 2836]). De acuerdo con la interpretación que este Tribunal ha hecho de esta materia debemos tener en cuenta que:

a) —Corresponde al legislador determinar el alcance del derecho de los ciudadanos a obtener y la correlativa obligación de los poderes públicos de otorgar una pensión durante la tercera edad, estableciendo los requisitos y condiciones que se precisen para hacer efectivo ese derecho (STC 114/1987, de 6 de julio [RTC 1987, 114], FJ 3);

b) el art. 50 CE (RCL 1978, 2836) tiende —a erradicar situaciones de necesidad, que habrán de ser determinadas y apreciadas, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse, por ello, que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 127/1987, de 16 de julio [RTC 1987, 127], FJ 4);

c) este precepto constitucional, no obliga a que todas y cada una de las pensiones ya causadas experimenten un incremento anual. La garantía de actualización periódica, no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superan ese límite el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones (STC 134/1987, de 21 de julio [RTC 1987, 134], FJ 5);

d) y, por último, la limitación de la actualización de la capacidad adquisitiva de las pensiones más altas, —en tanto se encuentra fundada en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad, goza de una justificación objetiva y razonable (STC 100/1990, de 30 de mayo [RTC 1990, 100], FJ 3).

Como hemos señalado en el FJ 2, el art. 48.1 LGSS (RCL 1994, 1825) y el art. 27.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (RCL 1987, 1305, 1691) contenían dos mandatos diferentes:

-Por un lado, la revalorización de las pensiones al comienzo de cada año en función del correspondiente índice de precios al consumo previsto para dicho año (art. 48.1.1 LGSS [RCL 1994, 1825] y 27.1 párrafo primero de la Ley de Clases Pasivas del Estado [RCL 1987, 1305, 1691]). Para el año 2012 esa revalorización fue del 1 por ciento;

-Y, por otro, la actualización de dicha revalorización, de manera que, que en el supuesto de que el IPC acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio

anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización fuese superior al índice previsto, —se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la Ley de presupuestos generales del Estado (arts. 48.1.2 LGSS [RCL 1994, 1825] y 27.1 de la Ley de Clases Pasivas del Estado [RCL 1987, 1305, 1691]). El art. 2.1 del Real Decreto Ley 28/2012, de 30 de noviembre (RCL 2012, 1635), dejó sin efecto esta regla para el año 2012, lo que a juicio de los recurrentes vulnera el art. 9.3 CE (RCL 1978, 2836).

Pues bien, los arts. 48.1.2 LGSS (RCL 1994, 1825) y 27.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (RCL 1987, 1305, 1691) no proceden a reconocer de forma automática a los pensionistas el derecho a recibir la diferencia entre el IPC estimado y el IPC real, sino que se remiten a la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Esta remisión es entendida por los recurrentes como un mero apunte contable, de manera que la Ley de Presupuestos, a su juicio, deberá limitarse a aprobar el crédito presupuestario correspondiente para hacer frente al pago de la diferencia del IPC en el ejercicio económico siguiente. Sin embargo, si esta hubiera sido la intención del legislador no hubiera sido necesario hacerlo constar expresamente en la ley, pues la necesidad de aprobar la correspondiente partida de gastos en los presupuestos del Estado se deriva de la obligación de pago antes del 1 de abril del ejercicio económico siguiente. En efecto, la Ley General de Presupuestos es un instrumento a través del cual se consigna la previsión de ingresos y habilitación de gastos para un determinado ejercicio con la finalidad de hacer frente a las consecuencias económicas derivadas de la aplicación de otras leyes. Pero para que esto sea así no es necesario que dichas leyes contengan una remisión expresa a la Ley de Presupuestos. Luego si en este caso el legislador se remite expresamente a ella es porque ha querido otorgar a esa remisión unos efectos que van más allá de la mera obligación de consignar en la misma la correspondiente partida de gastos.

La expresión —de acuerdo con lo que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado supone reconocer al legislador un cierto margen para hacer frente a la actualización de las pensiones en función de las posibilidades económicas del Sistema, sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales (STC 134/1987, de 21 de julio [RTC 1987, 134], FJ 5). La remisión que la LGSS (RCL 1994, 1825) y la Ley de Clases Pasivas del Estado (RCL 1987, 1305, 1691) hacen a la Ley de Presupuestos Generales del Estado no es, por tanto, una mera remisión a los efectos de que esta Ley habilite la correspondiente partida del gasto presupuestario, sino que supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes, todo ello con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del Sistema de Seguridad Social. Sobre la base de la doctrina constitucional anteriormente expuesta, el legislador no ha hecho sino reconocer que la actualización de la revalorización de las pensiones efectuada al principio del ejercicio pueda ser modulada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en función de las circunstancias socioeconómicas concurrentes y, por ello, habilita a la Ley de Presupuestos para que decida cuál es el alcance de la actualización.

De este modo, el eventual devengo de la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto tendría lugar el 31 de diciembre, siendo la Ley de Presupuestos Generales del Estado el instrumento para determinar el quantum de esa actualización. El período de generación de dicha

actualización es el año natural, coincidiendo con el ejercicio presupuestario y con el período a que se refiere tanto la pensión como su eventual revalorización y actualización, pero sin poder confundir ese período con la regla de cálculo que prevé la norma (de noviembre del ejercicio anterior a noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización). Es decir, la referencia de noviembre a noviembre es una mera regla de cálculo por razones presupuestarias, pero la eventual actualización de la revalorización se devengaría y, por tanto, se consolidaría, el 31 de diciembre de cada ejercicio. Sólo en ese momento podría hablarse de un derecho adquirido a la actualización de la revalorización de las pensiones realizada en los términos previstos en la Ley de Presupuestos. Por ello, cuando se dictó el Real Decreto-ley 28/2012 (RCL 2012, 1635) los pensionistas sólo tenían una mera expectativa a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, expectativa que debiendo ser concretada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio, para el año 2012 quedó sin efecto por haberse suspendido con anterioridad a su consolidación.

En consecuencia, dado que cuando se aprobó el Real Decreto-ley 28/2012 (RCL 2012, 1635) no existía una relación consagrada o agotada incorporada al patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa, hemos de rechazar que la norma cuestionada haya incurrido en un supuesto de retroactividad auténtica o de grado máximo prohibido por el art. 9.3 CE (RCL 1978, 2836).

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

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

STJUE de 14 de abril de 2015, Asunto C-527/13. Caso Lourdes Cachaldora Fernández contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TJCE 2015/15).

Procedimiento prejudicial — Trabajadores y trabajadoras — Igualdad de trato en materia de seguridad social — Directiva 79/7/CEE — Artículo 4 — Directiva 97/81/CE — Acuerdo marco UNICE, CEEP y CES sobre el trabajo a tiempo parcial — Cálculo de las prestaciones — Sistema de integración de lagunas de cotización — Trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

- 1) *El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de*

diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que, si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo, no se aplica tal reducción.

2) El Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998, debe interpretarse en el sentido de que no entra dentro de su ámbito de aplicación una normativa de un Estado miembro que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo no se aplica tal reducción.

6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL:

6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

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 2 de diciembre de 2014. RCUD 573/2014 (RJ 2015\35)

Prestaciones por incapacidad temporal. El subsidio debe abonarse al beneficiario, hasta la fecha de la notificación de la resolución administrativa con declaración de alta

médica por agotamiento del plazo, que es cuando el trabajador debe reincorporarse a su puesto de trabajo y comenzará a lucrar el correspondiente salario y no se extingue en la fecha de la resolución.

STS de 10 de diciembre de 2014. RCUD 3138/2013.

Derivada de accidente de trabajo 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.

STS de 4 de febrero de 2015. RCUD 202/2014 (RJ 2015\890)

Incapacidad permanente total derivada de Enfermedad Profesional por silicosis. La responsabilidad corresponde al INSS, pese a que la declaración de IP es posterior a la entrada en vigor de la L 51/2007. Reitera doctrina.

En el caso, el trabajador estuvo a lo largo de su vida laboral sometido al riesgo de enfermedad profesional por silicosis, y el aseguramiento correspondió al INSS hasta el 31/12/2007 y a la Mutua aseguradora en el mes de febrero de 2008 y en los 18 días de enero de 2008 a otra aseguradora, de ahí que la Sala de suplicación condene a la Mutua de las contingencias profesionales al abono de la pensión correspondiente. En casación unificadora, la cuestión suscitada es si esa responsabilidad también le es exigible respecto de declaraciones de IP por EP declaradas con posterioridad a aquella fecha, pero cuya génesis se corresponde con períodos en los que el aseguramiento de la contingencia de IP por EP correspondía en exclusiva al INSS. La Sala IV declara que la responsabilidad corresponde al INSS, pese a que la declaración de IP es posterior a la entrada en vigor de la DF octava de la L 51/2007, argumentando que en el periodo en el que se produjo la enfermedad éste era el responsable de la prestación, por aplicación de la doctrina mantenida de forma reiterada para los accidentes de trabajo: "Se mantiene en aquella inicial decisión –y en las muchas que la reiteran– que la responsabilidad corresponde a quien asegurase la contingencia en la fecha del accidente, porque la cobertura se establece en función del riesgo asegurado, aunque proteja el daño indemnizable derivado de éste, el cual puede manifestarse con posterioridad al siniestro".

STS de 3 de marzo de 2015. RC 48/2014 (JUR 2015\106432)

Rcud. Incapacidad permanente. Validez –a los efectos de tener por agotada la vía administrativa ante el INSS–, de una segunda reclamación previa con contenido y pretensión igual a la demanda posterior. Existencia de contenido casacional. Estimación del recurso, con declaración de nulidad de la sentencia recurrida y reposición de los autos al momento anterior a ser dictada la sentencia, para que se dicte una nueva resolviendo sobre la cuestión de fondo planteada en la demanda.

STS de 4 de marzo de 2015. RCUD 1307/2014 (RJ 2015\1434)

Recargo (30%) de prestaciones (IT) de Seguridad Social por accidente de trabajo en el que se apreció falta de medidas de seguridad. Determinación de la responsabilidad del pago, empresa o entidad gestora, en función de las circunstancias concurrentes en el caso examinadas de oficio por la sentencia de suplicación. Dicha responsabilidad corresponde, en todo caso, a la empresa. Reitera doctrina.

STS de 14 de abril de 2015. RJ 2015/1527 (RJ 2015\1527)

SEGURIDAD SOCIAL: Prestaciones: intereses de capitalización asociados al concepto de capital-coste de recargo en relación con una prestación de incapacidad permanente absoluta que había de abonar la empresa como consecuencia de su previa declaración de responsabilidad en el hecho causante de dicha prestación por incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo: no surgen de un retraso en su ingreso, sino que forman parte del propio capital-coste en su actualización al momento del hecho causante: efectos: *dies a quo* para su cálculo: desde la fecha de efectos de la prestación reconocida al trabajador, no desde la fecha en que se notifica por la TGSS la reclamación de la deuda.

RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA (LJCA/1998): Fundamento: unidad de doctrina.

STS de 11 de mayo de 2015, RCUD 244/2014 (RJ 2015\2427)

Accidente de trabajo. Imputación de responsabilidades. De la Mutua que cubría el riesgo cuando ocurrió el segundo siniestro que agravó la lesión causada por otro accidente anterior del que el trabajador fue dado de alta por curación con secuelas diez años antes. Sigue la doctrina de la STS de 26 de mayo de 2003/1846/2002).

STS de 20 de mayo de 2015, RCUD 2675/2014 (RJ 2015\2458)

COMPETENCIA SOCIAL. Resolución del INSS dictada en un procedimiento de reclamación por la empresa (SERMAS) del importe de las deducciones, que se dicen indebidas, de la prestación de incapacidad temporal (IT) satisfecha por la misma a una trabajadora en pago delegado.

STS de 25 de mayo de 2014, RCUD 2163/2014 (JUR 2015\189450)

Accidente *in itinere*. No procede cuando no consta a donde se dirigía el trabajador cuando ocurrió el siniestro, aunque existiera relación remota con el trabajo (recogida parte de baja) pero no destino laboral concreto.

STS de 6 de julio de 2015, RCUD 2990/2013 (JUR 2015\205182)

Accidente de trabajo.- El barco como centro de trabajo y como domicilio del trabajador durante todo el periodo que dura el embarque: incidencia en la calificación de accidente de trabajo.- Lesión sufrida "por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena": ocasionalidad relevante.- Lesión, consistente en afectación del nervio tibial superior/peroneal en pierna derecha, que el trabajador, patrón de pesca, embarcado en el buque sufrió al levantarse de la cama.- Reitera doctrina, en especial, SSTS/Social 12-febrero-1981 y 6-octubre-1983 y SSTS/IV 24-febrero-2014 (rcud 145/2013), 16-julio-2014 (rcud 2352/2013) y 4-febrero-2015 (rcud 197/2014).

STS de 7 de julio de 2015, RCUD 703/2014 (JUR 2015\189347)

Incapacidad Temporal. Exigencia de solicitud. No aplicación del principio de oficialidad cuando se discute la existencia misma de una prestación laboral de servicios en una IT.

STS de 8 de julio de 2015, RCUD 3995/2015 (JUR 2015\196123)

Asunto en que demanda la MUTUA GALLEGA DE ACCIDENTES DE TRABAJO al INSS, TGSS, SERGAS y FRIVIPESCA CHAPELA SA, declarando la sentencia que la IT de la trabajadora deriva de contingencias comunes. La MUTUA insta ejecución contra el INSS para que le reintegre la cantidad satisfecha a la trabajadora por IT derivada de contingencias profesionales. La sentencia dictada en suplicación entiende que procede la ejecución. No cabe ejecución ya que se trata de una sentencia meramente declarativa, que se limita a establecer que la contingencia de la IT de la trabajadora deriva de contingencias comunes.

STS de 15 de julio de 2015, RCUD 1594/2014 (JUR 2015\205298)

Accidente laboral. Agravación enfermedad preexistente. Es A.T. la agravación de la enfermedad degenerativa hasta entonces silente.

6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad**STS de 10 de febrero de 2015. RCUD 25/2014 (RJ 2015\673)**

Prestación de maternidad. Acceso desde situación asimilada al alta por estar en situación de excedencia por cuidado de hijo previo

La sentencia comentada reconoce el acceso a la prestación de maternidad a una mujer que disfrutó excedencia en su trabajo por cuenta ajena para el cuidado de su quinto hijo, y desde esa situación, se dio de alta en el RETA para ejercer una actividad cuyas ?características, ubicación, horario, etc. (le) permitían el fin esencial de conciliar el cuidado del menor?, y al tener otro hijo solicita la prestación en liza. El INSS se la reconoce en el RETA pero le niega en el Régimen General, régimen en el que se la reconoce también la Sala al entender que se encuentra en situación asimilada al alta, puesto que la excepción indicada en la norma se refiere al caso en que se haya superado el período considerado como de cotización efectiva, lo que no ocurría en el caso de autos. Entiende la Sala que debe

estarse a la compatibilidad del trabajo en el RETA con el adecuado cuidado del menor, compatibilidad que sí ha sido alegada y probada en este caso, pues no hay referencia a la ?exclusividad? en el art. 180 LGSS.

STJUE de 21 de mayo de 2015, Asunto C-65/14. Caso Charlotte Rosselle contra Institut national d'assurance maladie-invalidité (INAMI) y Union nationale (JUR 2015\136007)

Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 92/85/CEE — Medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia — Artículo 11, puntos 2 y 4 — Funcionaria que se acoge a una excedencia por interés particular al objeto de comenzar a trabajar por cuenta ajena — Denegación de una prestación de maternidad por no acreditar, como trabajadora por cuenta ajena, el período mínimo de cotización que da derecho a ciertas prestaciones sociales.

El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

El artículo 11, punto 4, párrafo segundo, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro deniegue a una trabajadora una prestación de maternidad por el hecho de que, en su condición de funcionaria que ha obtenido una excedencia por interés particular con el fin de ejercer una actividad como trabajadora por cuenta ajena, ésta no haya efectuado, en el marco de esa actividad por cuenta ajena, el período mínimo de cotización exigido por el Derecho nacional para poder acceder a dicha prestación de maternidad a pesar de haber trabajado más de doce meses inmediatamente antes de la fecha prevista para el parto.

STJUE de 16 de julio de 2015, Asunto C-222/14 (JUR 2015\183862)

Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 96/34/CE — Acuerdo marco sobre el permiso parental — Cláusula 2, apartado 1 — Derecho individual a un permiso parental por motivo del nacimiento de un hijo — Normativa nacional que priva del derecho a tal permiso al funcionario cuya esposa no trabaja — Directiva 2006/54/CE — Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y ocupación — Artículos 2, apartado 1, letra a), y 14, apartado 1, letra c) — Condiciones de trabajo — Discriminación directa.

El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

Las disposiciones de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 97/75/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, así como las de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual se priva a un funcionario del derecho a un permiso parental si su esposa no ejerce una

actividad laboral o profesional, salvo que, debido a dolencia o enfermedad grave, se la considere incapacitada para hacer frente a las necesidades de cuidado del hijo.

6.3. Jubilación

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.

STS de 14 de enero de 2015. RCUD 463/2014 (RJ 2015)\440

Jubilación parcial. Responsabilidad de la empresa. Extinción (por despido colectivo) de los contratos del relevado y del relevista. Contratación posterior del relevista pero respecto de otro trabajador. Reitera doctrina.

La empresa demandante contrató a un trabajador en concepto de relevista para cubrir la jornada liberada por un trabajador jubilado a tiempo parcial, con duración prevista hasta el 22/12/2011. Con posterioridad, la empresa llevó a cabo la extinción autorizada de los contratos de parte de la plantilla (46 trabajadores), incluyendo a los dos afectados por el relevo cuyo cese se produjo el 07/01/2011. El 07/02/2011 la demandante celebró nuevo contrato de relevo con el mismo relevista para sustituir a otro trabajador parcialmente

jubilado. El INSS comunicó a la empresa el 06/06/2011 la exigencia de responsabilidad en el pago de la prestación de jubilación parcial satisfecha al trabajador cuyo contrato fue extinguido en virtud del ERE. La sentencia que se examina estima el RCUD del INSS y declara la responsabilidad de la empresa siguiendo la doctrina de la Sala, según la cual la DA 2ª RD 1131/2002 obliga al empresario a contratar a un nuevo trabajador relevista hasta que el relevado alcance la edad de jubilación o deje de percibir las prestaciones por jubilación anticipada, lo que no es el caso de autos. Añade la sentencia que tampoco estamos en el caso de que el contrato del jubilado parcial se extinga por despido colectivo que afecte además a la totalidad de la plantilla, supuesto en el que la Sala no atribuye ninguna responsabilidad empresarial.

STS de 12 de mayo de 2015, RCUD 2664/2014 (RJ 2015\2050)

Competencia funcional. Reclamaciones de Seguridad Social. Pensión de jubilación. No cabe recurso cuando se reclaman diferencias económicas en la pensión que no exceden de 3.000 € y tampoco existe afectación general.

La sentencia comentada reitera doctrina sentada, entre otras, en la STS 17-2-15 Rec 811/14, denegando la posibilidad de interponer recurso de suplicación frente a la sentencia que desestima la demanda de reclamación de diferencias en la pensión de jubilación reconocida al actor, al no alcanzar las mismas los 3000 € anuales y no acreditarse que concurra la afectación general. Al tratarse de una cuestión que afecta a la competencia funcional de la propia Sala IV, puede abordarse de oficio y al margen de la concurrencia o no de la contradicción entre sentencias.

6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

STS de 9 de febrero de 2015. RCUD 2288/2014 (JUR 2015\99310)

Pensión de viudedad: se deniega. Constitución formal de la pareja de hecho. Sólo se admite inscripción en registro de parejas de hecho o documento público, tras STC 40/2014, de 11 de marzo y SSTS (Pleno), 22-09-2014.

La Sala IV reitera, siguiendo lo dispuesto en las SSTS (Pleno) 22-09-2014 (Rec. 1958/2012) en la que se cita la STC 40/2014, de 11 de marzo, y que a su vez sigue la jurisprudencia tradicional de la Sala sobre la cuestión, que la existencia de la pareja de hecho se constituye únicamente mediante los mecanismos a que refiere el art. 174.3 LGSS: inscripción en el registro correspondiente de parejas de hecho, o documento público en que conste dicha constitución, sin que sea posible acudir a otros mecanismos probatorios, puesto que los requisitos legales de existencia de pareja de hecho” y “convivencia estable y notoria”, son distintos, pudiendo acreditarse dicha “convivencia estable y notoria”, sin embargo, por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

STS de 27 de marzo de 2015. RCUD 1821/2014 (RJ 2015\1498)

Prestaciones a favor de familiares. Hija que cuida de sus padres y que no tiene medios de vida propios. Imprescriptibilidad del derecho a solicitar la prestación. El art. 176.2 LGSS no exige que no existan familiares obligados a prestar alimentos.

La actora, soltera y sin hijos, que convivía con sus padres y a su cargo, siendo el padre pensionista de jubilación y único que obtenía ingresos en la familia, solicitó prestación a favor de familiares que le fue denegada por el INSS por existir familiares con obligación de prestarles alimentos, como es la madre beneficiaria de pensión de viudedad. Tras el fallecimiento de la madre solicita nuevamente la prestación, que le es denegada, por entender que la petición ya fue resuelta y no queda desvirtuada por el cambio de circunstancias familiares. En suplicación se reconoce el derecho de la actora. La Sala IV confirma la sentencia de suplicación, por entender que a la fecha del hecho causante (fallecimiento del padre), la actora reunía los requisitos legalmente exigidos para causar derecho a la pensión, pues carecía de medios propios de vida, y el art. 176.2 LGSS no exige el requisito de que no queden familiares con obligación de prestarles alimentos según la legislación civil y que está prevista para supuestos completamente diferentes, por lo que al ser imprescriptible el derecho a solicitar la prestación, procede su reconocimiento.

STS de 17 de junio de 2015, RCUD 3175/2014 (JUR 2015\196099)

DEBATE: Pensión de viudedad para pareja de hecho formalizada menos de dos años antes del óbito. **DOCTRINA:** 1) Reitera que aun después de la STC 40/2014, para la acreditación de la existencia de pareja de hecho sólo se admite inscripción en Registro de parejas de hecho o documento público. (SSTS [Pleno] de 22 septiembre 2014). 2) Aprecia FALTA DE CONTRADICCIÓN porque en el caso medió inscripción en el Registro de parejas de hecho y ello no sucede en el de contraste, siendo diverso el debate. **SENTIDO DEL FALLO:** Confirma la STSJ Madrid de 22 mayo 2014, por ausencia de contradicción.

STS de 20 de julio de 2015, RCUD 3078/2014 (JUR 2015\196009)

Pensión de viudedad: Pareja de divorciados que siguen conviviendo tras la sentencia de divorcio como pareja de hecho —no volvieron a casarse entre sí—, sin que la convivencia en tal situación de pareja de hecho alcance la duración de cinco años exigida por el art. 174.3, párrafo cuarto. Se estima el Rcd. del INSS y se confirma la sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda. Se sigue doctrina de TS de 30/09/14 (rcud. 2516/13), que reitera otras muchas anteriores de la Sala.

6.5. Prestaciones familiares

STJUE de 23 de abril de 2015, Asunto C-382/13. Caso Franzen y Otros contra Raad van Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank. (TJCE 2015\121)

Procedimiento prejudicial — Seguridad social de los trabajadores migrantes — Reglamento (CEE) nº 1408/71 — Artículos 13, apartado 2, y 17 — Trabajo eventual en un Estado miembro distinto del Estado de residencia — Legislación aplicable — Denegación de la concesión de prestaciones familiares y reducción de la pensión de vejez por el Estado de residencia.

El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1) El artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus

familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, modificado por el Reglamento (CE) nº 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, debe interpretarse en el sentido de que el residente de un Estado miembro, que está comprendido en el ámbito de aplicación de ese Reglamento y que trabaja durante varios días al mes en virtud de un contrato de trabajo eventual en el territorio de otro Estado miembro, está sometido a la legislación del Estado de empleo tanto durante los días en los que ejerce una actividad por cuenta ajena como durante los días en que no la ejerce.

2) El artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento nº 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento nº 118/97, modificado por el Reglamento nº 1992/2006, puesto en relación con el apartado 1 del mismo artículo, debe interpretarse en el sentido de que, en las circunstancias de los litigios principales, no se opone a que un trabajador migrante, sometido a la legislación del Estado miembro de empleo, perciba en virtud de una legislación nacional del Estado de residencia las prestaciones correspondientes al régimen de seguro de vejez y las prestaciones familiares de ese último Estado.

6.6. Desempleo

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.

STS de 2 de marzo de 2015. RCUD 903/2014 (JUR 2015\99457)

Desempleo. Incompatibilidad entre los salarios de tramitación y las prestaciones por desempleo reconocidas. Obligación del trabajador que obtiene primero desempleo y después esos salarios por sentencia, de comunicar la nueva situación al SPEE.

La sentencia anotada reitera doctrina según la cual, si bien incumbe al trabajador la obligación de poner en conocimiento de la Entidad Gestora la existencia de un título en virtud del cual se declara el derecho al cobro de los salarios de tramitación (en el supuesto enjuiciado una sentencia por la que se declara la improcedencia del despido y el derecho al percibo de salarios de tramitación), la consecuencia de dicho incumplimiento no debe extenderse a la devolución íntegra de la totalidad de la prestación cuando durante el percibo de la misma existía una situación de desempleo protegida no incompatible; es decir, sólo cabría la devolución de lo percibido indebidamente desde la fecha de notificación de la sentencia por la que se condenó al pago de salarios de tramitación. La argumentación de la Sala es que el despido en sí mismo determina la existencia de situación de desempleo y derecho al percibo de la correspondiente prestación, y si después del reconocimiento inicial del derecho a la prestación, se plantea demanda por despido que termina con una sentencia o acta de conciliación en la que se obliga al pago de salarios de tramitación, el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo no se produce una vez finalizado el periodo a que corresponden los salarios de tramitación, sino desde el despido, sobre la que se deben proyectar las vicisitudes que puedan surgir con posterioridad, y que llevan a que la devolución sólo proceda respecto de los períodos incompatibles.

STS de 27 de abril de 2014. RCUD 1881/2014 (RJ 2015\1715)

Beneficiaria de subsidio por desempleo que realiza actividades agrícolas orientadas al autoconsumo. El SPEE extingue el subsidio por incompatibilidad.

Aborda la sentencia un supuesto en el que el SPEE extinguió el subsidio por desempleo a la actora, quien al tiempo de su percibo había realizado actividades para autoconsumo familiar relacionadas con la explotación de un olivar de su propiedad, con un rendimiento anual de 906,75 euros. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto contra la sentencia que había dejado sin efecto la resolución de la Entidad Gestora, declarando que la absoluta incompatibilidad con el trabajo por cuenta propia que proclama el

art. 221.1 de la LGSS no alcanza a esporádicas actividades agrícolas orientadas al autoconsumo familiar como el caso ahora debatido, al carecer del menor atisbo de profesionalidad, y realizarse en términos tan limitados que excluyen palmariamente la posibilidad de fraude. Concluyendo que no son comparables los rendimientos agrícolas del presente caso, 906,75 euros, en que fue valorada la cosecha de aceituna, con los obtenidos en el caso de la sentencia de contraste, que comportaron 455.961 pesetas en 1994 y 976.808 pesetas en 1995, por lo que no media la exigible contradicción.

STS de 12 de mayo de 2015, RCUD 2683/2014 (RJ 2015\2054)

Beneficiario de subsidio por desempleo que en el IRPF declara ingresos por actividades agrícolas referidas a la venta de almendra, por 285,66 €. El SPEE suprime el subsidio por incompatibilidad. Aborda la sentencia un supuesto en el que el SPEE impuso al actor una sanción consistente en la supresión de la prestación de desempleo por compatibilizar –sin aviso de esa circunstancia– dicha percepción con la actividad agrícola familiar residual de recogida y venta de almendra por valor de 285,66 € en el año 2011. El TS, tras citar la STS de 27-04-15 (R. 1881/14) que trata de un caso semejante, desestima el recurso interpuesto por la Entidad Gestora contra la sentencia que mantenía el derecho al subsidio de desempleo reconocido, al apreciar falta de contradicción. Tal conclusión se sustenta en que la sentencia de contraste acoge la existencia de infracción porque en la incompatibilidad detectada se trataba realmente de una actividad por cuenta propia, en la que el beneficiario, como titular de 150 colmenas en los años 1996 y 1997, acreditó rendimientos anuales agrícolas por importes brutos respectivos de 755.939 ptas y 1.946.577 ptas y en 1998 la cantidad anual ascendió a 478.502 ptas; situación muy diferente a la descrita en la sentencia recurrida –y ahora analizada– donde la actividad agrícola ha comportado uno exiguos 285,66 € correspondientes a dos modestas ventas de la cosecha de almendras, extraídas de propiedades rústicas compartidas con una hermana.

STS de 13 de mayo de 2015, RCUD 2785/2014 (JUR 2015\183624)

Percepción de subsidio por desempleo e inicio de trabajo incompatible sin comunicarlo. DOCTRINA: La aplicación de los tipos sancionadores debe respetar los criterios de Derecho Sancionador Público: legalidad, tipicidad, evitación de la analogía. Desempleado que trabaja sin haberlo comunicado previamente pero no llega a simultanear salario y prestación (suspendida por el SPEE). Alcance de los arts. 25.3 y 26.2 LISOS: no se compatibilizan ambas percepciones (art. 26.2) pero sí se infringe el deber de comunicar (art. 25.3). FALLO: confirma la STSJ Castilla y León (Burgos).

STS de 14 de mayo de 2015, RCUD 82/2014 (JUR 2015\165100)

Incompetencia funcional. Falta de cuantía y de afectación general. Reclamación de base reguladora de prestación por desempleo que no alcanza los 3.000 euros anuales. Al actor se le reconoció el derecho a la prestación por desempleo en cuantía de 105,88 euros diarios, interesando que la base reguladora fuera de 107,52 euros diarios, pretensión desestimada en instancia y suplicación. La Sala IV, tras sistematizar la jurisprudencia en relación a que no es necesario invocar sentencia de contraste para resolver una cuestión de competencia funcional por razón de la cuantía, y la posibilidad de aplicación de la jurisprudencia en relación a la incompetencia funcional aplicable estando en vigor la LPL a la nueva LRJS, declara la

nulidad de la sentencia de suplicación por falta de competencia funcional por razón de la cuantía al no alcanzar lo reclamado los 3000 euros anuales.

STS de 20 de mayo de 2015, RCUD 2382/2014 (RJ 2015\2615)

Cálculo de prestación por desempleo en supuestos de TTP. Porcentaje de parcialidad. DOCTRINA.- Bajo la redacción del artículo 211.3 LGSS anterior al RDL 20/2012, el porcentaje de parcialidad ha de calcularse atendiendo al tipo de jornada (parcial, completa) existente durante todo el tiempo tomado en cuenta para determinar la prestación (seis años) y no solo el más específico (seis meses) que determina el importe de la base reguladora. NOTA.- Aplicación del criterio de STS 20 diciembre 2002 (rec. 2859/2001).

STS de 23 de junio de 2015, RCUD 1911/2014 (JUR 2015\189251)

Recurribilidad de la sentencia. Determinación de la base reguladora para la prestación por desempleo, cuando se cobra el salario y se cotiza por meses de 30 días, con independencia del número real de días que estos tengan.

STS de 23 de junio de 2015, RCUD 1940/2014 (JUR 2015\189257)

Extinción subsidio de desempleo por falta grave (superación de rentas). Devolución prestación indebida por 1.452,22 euros. La sentencia recurrida aprecia falta de cuantía y de competencia funcional. Se estima el recurso, por cuanto la pretensión excede de una reclamación económica. Reitera doctrina (STS 5-mayo-2004, rcud. 3871/2002, entre otras).

6.7. Prestaciones Sanitarias

STS de 27 de enero de 2015. RCUD 138/2014 (RJ 2015\755)

Recurso de suplicación. Acceso del reintegro de gastos médicos aunque no se alcance el límite de cuantía

La sentencia comentada, reiterando doctrina previa sobre la consideración de la asistencia sanitaria como prestación, anula actuaciones reconociendo el acceso a suplicación de la pretensión de autos, pese a no alcanzar la cuantía prevista en la ley, y ello porque tratándose de la reclamación del derecho al reintegro del importe de los gastos originados por la prestación de asistencia sanitaria, realizada con medios ajenos a la Seguridad Social, se está reclamando el derecho a una prestación, y como tal debe regirse a efecto de recurso.

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

STS de 19 de enero de 2015. RECUS 677/2014 (RJ 2015\452)

Seguridad Social complementaria. Complemento de pensión de jubilación que establece el art. 37 del Convenio Colectivo de la Banca Privada y los Acuerdos de prejubilación siguen el *iter* de la pensión reconocida por la SS.

La cuestión que se suscita en la sentencia anotada es la de determinar si el trabajador —prejubilado del Banco de Santander—, tiene derecho a que la entidad bancaria le abone, como complemento pactado con el banco, la diferencia económica resultante de la minoración que la Seguridad Social ha efectuado en su pensión de jubilación al concurrir una pensión de viudedad y aplicarle el tope máximo establecido legalmente, dando el TS a tal incógnita una respuesta negativa. Se funda esta decisión en un pronunciamiento anterior que cita y reproduce parcialmente, señalando que al reducirse la pensión de jubilación debido a la aplicación del tope de la pensión de viudedad, no entraña que necesariamente deba incrementarse por el banco el importe del complemento pactado, porque implicaría entender que la empresa se habría comprometido a sufragar las reducciones que en el importe de la pensión ha de llevar a cabo por imperativo legal el INSS, consecuencia totalmente ilógica, al no poderse soslayar mediante pactos privados la aplicación de las medidas legales en los supuestos de concurrencia de pensiones que superen el tope máximo legal de la jubilación correspondiente.

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 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 GARCÍA, B.: *Derecho de la protección social. Derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales*, Madrid, Civitas, 2^a ed., 2015.

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.

BALLESTER LAGUNA, F.: Lecciones y prácticas de Seguridad Social, Cinca, 2015.

BAYLOS GRAU, A., CABEZA PEREIRO, J., CRUZ VILLALÓN, J., VALDÉS DAL-RÉ, F. (Coords.): *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, Madrid, La Ley, 2015, 1004 páginas.

BENAVIDES VICO, A.: *Desempleo, incapacidad, jubilación y viudedad/orfandad. Prestaciones de la Seguridad Social*, Navarra, Lex Nova, 3^a ed., 2015, 1018 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.

GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Legislación laboral y de Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 23^a ed., 2015, 2456 páginas.

GIERKE, OTTO VON.: La función social del Derecho privado y otros estudios, trad. por José M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, “La teoría jurídica y social de Otto von Gierke: teoría del Derecho Social y de las personas colectivas” (pp. IX-LXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2015, LXI + 80 págs.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, L., GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: Lecciones de Seguridad Social, Madrid, Tecnos, 5^a ed., 2015.

GRAU PINEDA, C., RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones*, Valencia, Tirant lo Blahch, 2015, 114 págs.

ROJO TORRECILLA, E. (Coord.): *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Barcelona, Huygens, 2015, 402 páginas.

- RODRÍGUEZ INIESTA, G., SEMPERE NAVARRO, A.V. (Eds.): *Código de la Seguridad Social*, 20^a ed., Navarra, Aranzadi, 2015, 2308 págs.
- ROMERO RÓDENAS, M.J.: *El accidente de trabajo en la práctica judicial*, Albacete, Bomarzo, 2015, 152 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.
- SICRE GILABERT, F.: *Accidentes de trabajo. La responsabilidad del empresario en los órdenes administrativo, penal, civil y laboral*, Madrid, Sepin, 2015, 714 págs.
- 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.
- VV.AA.: *Memento Práctico Seguridad Social 2015*, Francis Lefebvre, 2015, 1809 páginas.

2. OBRAS ESPECÍFICAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

- ARIAS DOMÍNGUEZ, A., SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Accidentes laborales de tráfico*, Navarra, 3^a ed., Aranzadi, 2015, 279 páginas.
- BLASCO LAHOZ, J.F.: *Las prestaciones económicas del Régimen Especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Albacete, Bomarzo, 2015, 192 páginas.
- DEL ÁGUILA CAZORLA, O.: *Trabajadores autónomos y Seguridad Social*, Paraná, editorial Juruá, 2015, 185 páginas.
- LÓPEZ GANDÍA, J., TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de las Mutuas*, Albacete, Bomarzo, 2015, 266 páginas.
- MANZANO BAYÁN, P., ESCOLANO MARTÍNEZ, D., CID BARBASTRO, C.: *Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. La nueva regulación y su acción protectora*, Navarra, Lex Nova, 2015, 347 páginas.
- PANIZO ROBLES, J.A., PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: *La pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social. Guía Práctica*, Navarra, Lex Nova, 2^a ed., 2015, 507 páginas.
- PÉREZ ALONSO, M.A.: *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 369 págs.
- PÉREZ DEL PRADO, D.: *La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 141 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)

No existen obras relevantes en esta materia.

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social



Reformas Paramétricas del Sistema Público de Pensiones Español (II): Efectos sobre la Contributividad y la Equidad de la ley 23/2013

Parametric Reforms of Spanish Public Pension System (II): Contributory and Equity Effects of the law 23/2013

CARLOS OCHANDO CLARAMUNT

PROFESOR TITULAR DE UNIVERSIDAD DE ECONOMÍA APLICADA

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

CONCHA SALVADOR CIFRE

PROFESORA TITULAR DE UNIVERSIDAD DE ECONOMÍA APLICADA

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Resumen

El presente trabajo se centra en el análisis de la contributividad de las últimas reformas del sistema público de pensiones en España. Se destacan cuatro medidas que suponen un importante cambio cualitativo en el sistema de cálculo de la pensión de jubilación: 1) la modificación del procedimiento de cálculo del porcentaje de pensión (Ley 27/2011); 2) la ampliación del período de cálculo de la Base reguladora (Ley 27/2011) (Parte I) 3) el Factor de Sostenibilidad (Ley 23/2013) y 4) el nuevo índice de revalorización de las pensiones (Ley 23/2013) (Parte II). El objetivo es analizar esas medidas y cuestionar la interpretación del criterio de contributividad desde la óptica de la justicia distributiva.

Palabras clave

reforma de la seguridad social, pensión de vejez, solidaridad social, igualdad de trato, equidad

Abstract

This paper focuses on the analysis of the contributory of the recent reforms of the public pension system in Spain. Four measures involving major qualitative change in the system for calculating the pension are: 1) the modification of the method of calculating the rate of pension (Law 27/2011); 2) the extending the period of calculating the regulatory basis (Law 27/2011) (Part I) 3) Sustainability Factor (Law 23/2013) and 4) the new index adjustment of pensions (Law 23/2013) (Part II). The objective is to analyze these measures and question the interpretation of the criterion of contributory from the viewpoint of distributive justice.

Keywords

Reform of Social Security, Old Age Pension, Social Solidarity, Equal Treatment, Equity

1. INTRODUCCIÓN

La primera parte del trabajo ha tenido como principal objetivo el análisis de los efectos de la reforma del gobierno del PSOE (Ley 27/2011) encaminada a reforzar el carácter contributivo del sistema público de pensiones. Concretamente, se han analizado las consecuencias de la modificación del cálculo del porcentaje de pensión (Medida 1) y la ampliación del período de cálculo de la Base Reguladora (Medida 2), poniéndose de manifiesto los efectos negativos que comportaran dichas modificaciones para el bienestar de los perceptores de este tipo de prestaciones sociales.

En esta segunda parte del trabajo se analizan las consecuencias y los efectos de la última reforma de pensiones acometida por el gobierno conservador del PP en 2013 (Ley 23/2013). Esta reforma se ha basado, básicamente, en la introducción de dos nuevos índices: el Factor de sostenibilidad (Medida 3) y el nuevo Índice de revalorización de las pensiones (Medida 4).

2. MEDIDA 3: EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD

El denominado Factor de sostenibilidad (FS) es un instrumento cuyo fin es vincular, de forma automática a través de una fórmula predeterminada, el importe de las pensiones de jubilación a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas, ajustando las cuantías que percibirán aquéllos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes.

También se ha denominado Factor de Equidad Intergeneracional puesto que su objetivo principal es, según sus defensores, tratar de manera igual a personas de distintas generaciones que se jubilan con la misma edad y con el mismo historial laboral pero con distinta esperanza de vida, de modo que, si ésta aumenta, el FS ajuste las pensiones a la baja en la medida en que sus perceptores se beneficien del cobro de pensiones durante más años.

De acuerdo con la Ley 23/2013 reguladora del Factor de Sostenibilidad (FS) del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social, éste es un índice que se aplicará para calcular la pensión inicial de quienes causen alta a partir de 1/1/2019, añadiéndose como elemento adicional en la fórmula de cálculo de la pensión (véase Cuadro 3).

Cuadro 3. Fórmula de cálculo de la pensión incluyendo el Factor de Sostenibilidad (Ley 23/2013)

El importe inicial de la pensión de jubilación ordinaria, en el momento en el que se produce el alta, se estima (desde 2019):

$$\text{PENSIÓN } \text{JO} = p \times BR \times FS$$

Donde, $FS_t = FS_{t-1} \times e^{*}_{67}$

$$e^{*}_{67} = \left[\frac{e^{t-7}_{67}}{e^{t-2}_{67}} \right]^{1/5}$$

Por tanto, e^{*}_{67} es un valor calculado cada cinco años. Representa la variación interanual, en un periodo quinquenal, de la esperanza de vida a los 67 años, obtenida ésta según las tablas de mortalidad de la población pensionista de jubilación del sistema de la Seguridad Social. Así:

$$e^{*}_{67} (\text{aplicable al FS}_{2019-2023}) = [e^{2012}/e^{2017}]^{1/5}$$

$$e^{*}_{67} (\text{aplicable al FS}_{2024-2028}) = [e^{2017}/e^{2022}]^{1/5} \text{ y así sucesivamente}$$

Siendo:

FS = Factor de Sostenibilidad

$FS_{2018} = 1$

t = Año de aplicación del FS, que tomará valores desde el año 2019 en adelante

i = Primer año de cada periodo quinquenal iniciado en 2019 (por tanto, 2019-2023, 2024-2028...), en el que se localiza t

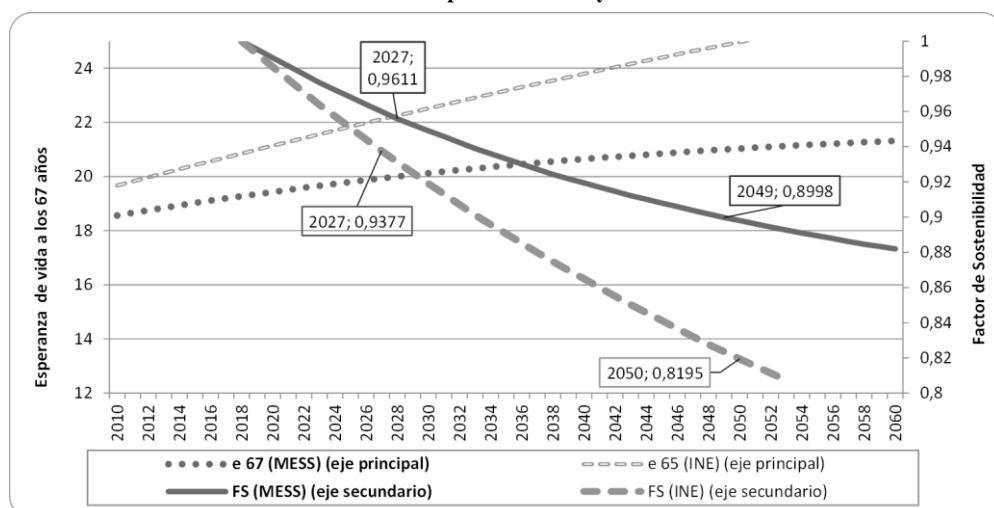
Cr x a = en caso jubilación anticipada, el resultado de multiplicar el coeficiente reductor por el número de trimestres de anticipación.

El FS se calcula anualmente teniendo en cuenta la variación interanual de la esperanza de vida a los 67 años y ésta se estima para un periodo de cinco años para dotarla de mayor estabilidad. Finalmente, el FS se obtiene cada año de forma recurrente, multiplicando el del año anterior por el índice de variación interanual de la esperanza de vida, que se mantendrá fija durante cinco años (Cuadro 3).

Por tanto, el FS es función inversa de la variación interanual de la esperanza de vida, de modo que si la esperanza de vida crece, como es previsible, el FS será inferior a la unidad. El FS a partir de la evolución de la e^{67} , proyectada por del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, se sitúa entre el 0,9953 para 2019 y el 0,9573 para 2028.

Una primera cuestión técnica que es susceptible de discusión es sobre los datos de evolución de la esperanza de vida escogidos para el cálculo del Factor de sostenibilidad. De acuerdo con la Ley 27/2011, la esperanza de vida a los 67 años es la que corresponde a la población pensionista [$e^{67}(\text{MESS})$] y no de toda la población, de modo que los resultados dan lugar a una corrección inferior a la que resultaría de aplicar la esperanza de vida estimada por el INE [$e^{67}(\text{INE})$], que es la recomendada por el COMITÉ DE EXPERTOS (2013) y utilizada en su informe (Gráfico 12)¹.

Gráfico 12. Evolución de la esperanza de vida y del Factor de sostenibilidad



Fuente: Elaboración propia a partir MESS (2013) y Comité de Expertos (2013)

Por otro lado, CCOO (2013) opina que la elección de los 67 años como edad de referencia para estimar la variación de la esperanza de vida, es una convención que poco

¹ Véase las estimaciones de la propuesta del COMITÉ DE EXPERTOS (2013), elaborada a partir de los datos del INE, de la que resultan coeficientes significativamente inferiores. Además, la formulación del FS del citado Comité parte de la hipótesis de los 65 años y que el año inicial de aplicación es 2014 (año base), frente los 67 años y 2018 como año de inicio, aplicados finalmente en la Ley 23/2013. Evidentemente, cuanto más se anticipa el año base, mayores son las reducciones de las futuras pensiones derivadas de la aplicación del FS (véase los resultados del estudio de HOYO, 2014, pág. 87 y 88)

tiene que ver con la edad real de jubilación, ya que la mayoría de las personas se seguirán jubilando antes en los próximos años (en jubilación ordinaria o anticipadamente) o después, en el marco de jubilación gradual y flexible². Se trata de una imprecisión, indica el citado sindicato, puesto que la esperanza de vida entre los 60 y los 70 años es distinta y evoluciona también de forma diferenciada. Los resultados podrían ser diferentes en caso de haber elegido otra edad de referencia.

Por último, en cuanto a aspectos técnicos se refiere, señalar que, en opinión de HOYO (2014, pág. 109), la aplicación del FS durante el período transitorio de la Ley 27/2011, por tanto, 2019-2027, supone aplicar varios gravámenes dirigidos al mismo objetivo. El citado autor explica que, la transitoriedad implica que las condiciones de acceso (edad y período de cotización) van cambiando, y que no se consideran en la determinación del FS, en detrimento de los que se jubilen con posterioridad.

2.1. Los efectos de la aplicación del Factor de Sostenibilidad

La aplicación del FS reduce el porcentaje de la pensión (tasa de sustitución) de los nuevos pensionistas, como función inversa de la evolución positiva de la esperanza de vida (Gráfico 12). Aceptando las previsiones de evolución demográfica presentados en las proyecciones, se aprecia que la longevidad, que ha servido para retrasar la edad de jubilación (Ley 27/2011), se utiliza ahora para recortar la pensión inicial.

El propio COMITÉ DE EXPERTOS (2013, pág. 13) reconoce que las pensiones pueden recortarse en un 5% cada 10 años debido a la aplicación del Factor de sostenibilidad. El sindicato CCOO (2013, pág. 6), estima que la pensión inicial descenderá entre un 4% y un 7% en función de si la evolución de la esperanza de vida se asemeja a las proyecciones de la Seguridad Social o del INE entre un 2018 y 2028, mientras que entre 2018-2038 el descenso estaría entre un 3% y un 6% respectivamente.

Cuadro 4. Aplicación del Factor de Sostenibilidad en función de las estimaciones de la Seguridad Social

Año de reconocimiento de la pensión	Factor de Sostenibilidad $FS_t = FS_{t-1} \times e^{*_{67}}$			<i>Diferencia con pensión Ley 27/2011</i>
	FS _{t-1}	$e^{*_{67}}$	FS _t	
2018	1		1	
2019	1	0,9953	0,9953	-0,5%
2020	0,9953	0,9953	0,9906	-0,9%
2021	0,9906	0,9953	0,9859	-1,4%

² En relación a esta cuestión, téngase en cuenta que la edad real de jubilación en España se ha situado, desde 2012, en torno a los 64 años. HOYO (2014, pág. 88 a 91) plantea las disfunciones actuariales derivadas de la elección de la edad de 67 como único referente para el cálculo del FS, frente a la existencia de jubilaciones anteriores y posteriores a dicha edad. Según su propuesta, el FS debería observar, en cada caso, la edad de acceso en el momento de su reconocimiento. Su aplicación supondría, en caso de jubilaciones anticipadas, una reducción adicional a la aplicada para quienes se jubilan a la edad ordinaria y, para las jubilaciones demoradas, una menor reducción o, incluso, una mejora en la pensión.

2022	0,9859	0,9953	0,9813	-1,9%
2023	0,9813	0,9953	0,9767	-2,3%
2024	0,9767	0,9960	0,9728	-2,7%
2025	0,9728	0,9960	0,9689	-3,1%
2026	0,9689	0,9960	0,9650	-3,5%
2027	0,9650	0,9960	0,9611	-3,9%
2028	0,9611	0,9960	0,9573	-4,3%
...				

Siendo, e^{*}_{67} = variación interanual en un periodo quinquenal de la esperanza de vida a los 67 años, según las tablas de mortalidad de la población protegida por la Seguridad Social. Según las estimaciones de la Seguridad Social (MESS, 2013)

$FS_{2019...2023}$ se calcula a partir de $e^{*}_{67} = [e^{2012}/e^{2017}]^{1/5} = 0,9953$

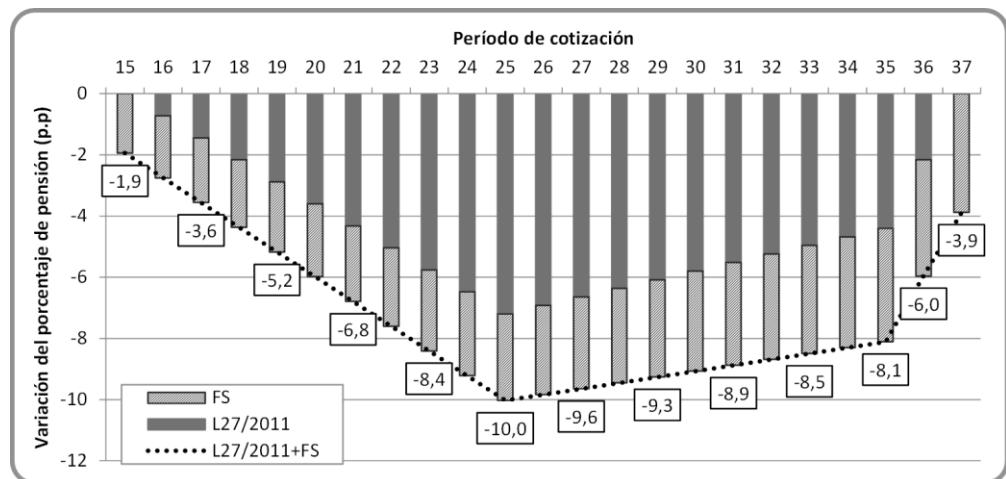
$FS_{2024...2028}$ se calcula a partir de $e^{*}_{67} = [e^{2017}/e^{2022}]^{1/5} = 0,9960$

Fuente: Elaboración propia a partir de MESS (2013)

Según las estimaciones realizadas a partir de los datos del MESS, el FS va a reducir las pensiones en el 0,5% el primer año de aplicación (2019), e irá aumentando cada año situándose en -4,3% en 2028 (Cuadro 4).

Si nos situamos en 2027, año en el que finaliza el período transitorio de la Ley 27/2011, es posible estimar la reducción conjunta del porcentaje de pensión derivado de la aplicación de la Ley 27/2011 y del FS. Los resultados se muestran en el Gráfico 13.

Gráfico 13. Variación Porcentaje de pensión para las altas en 2027, derivado de la aplicación Ley 27/2011 y del FS



Fuente: Elaboración propia a partir de la Ley 27/2011 y de la Ley 23/2013

El FS de 2027 genera una reducción del 3,9% de la tasa de sustitución de la pensión, que se añade a la reducción derivada de la linealidad establecida en la Ley 27/2011. El efecto

conjunto supone pensiones reducidas entre 1,9 p.p. para períodos de cotización de 15 años, y un máximo de 10 p.p. que afecta a quienes han cotizado 25 años. Se observa claramente que los más perjudicados siguen siendo quienes han tenido una vida laboral intermedia y que la reducción afecta a todos los nuevos jubilados, incluso a los que tienen una carrera laboral completa (37 años o más de cotización).

La aplicación del FS no implica que la pensión inicial tenga que ir disminuyendo para las generaciones sucesivas, dice el COMITÉ DE EXPERTOS (2013, pág. 12). Evidentemente, el resultado final sobre las pensiones de las nuevas altas dependerá también de cómo evolucione el número de años cotizados y la base reguladora sobre la que se calcula la pensión, pero para que el resultado no sea negativo estas variables deberán crecer lo suficiente (después de la aplicación de la Ley 27/2011) para compensar las reducciones del FS.

Si se estima el impacto de las reducciones, considerando la distribución de las altas de pensión según su período de cotización (datos de 2013), puede apreciarse en el Cuadro 5 que la reducción conjunta del porcentaje de pensión en 2027, resultante de la linealidad de la Ley 27/2011 y de la aplicación del FS, será en términos medios de 7,7 p.p., si se considera a la población cuyo período de cotización ha oscilado entre 16 y 36 años (32,5%). El resultado medio para todas las altas de jubilación es de 5,1 p.p.

Cuadro 5. Reducción en el porcentaje de pensión por aplicación de la Ley 27/2011 y del FS en 2027, según PC

Período de cotización	Altas 2013	Reducción en puntos porcentuales			Reducción porcentual		
		Ley 27/2011	FS	Ley 27/2011 + FS	Ley 27/2011	FS	Ley 27/2011 + FS
16-20	6,6%	-2,2	-2,2	-4,4	-3,6%	-3,7%	-7,3%
21-25	6,0%	-5,8	-2,6	-8,4	-7,7%	-3,6%	-11,3%
26-30	7,4%	-6,4	-3,1	-9,5	-7,4%	-3,6%	-11,0%
31-34	8,5%	-5,1	-3,5	-8,6	-5,4%	-3,7%	-9,1%
35-36*	4,0%	-3,3	-3,8	-7,0	-3,3%	-3,8%	-7,0%
subtotal	32,5%	-4,7	-3,0	-7,7	-5,7%	-3,7%	-9,3%
Total	100%	-1,5	-3,6	-5,1	-1,8%	-3,8%	-5,6%

Notas: Se compara el porcentaje de pensión derivado de la aplicación de la Ley 27/2011 con el que se obtenía con la anterior normativa. Se ha aplicado suponiendo constante la distribución de las altas según el PC en 2013.

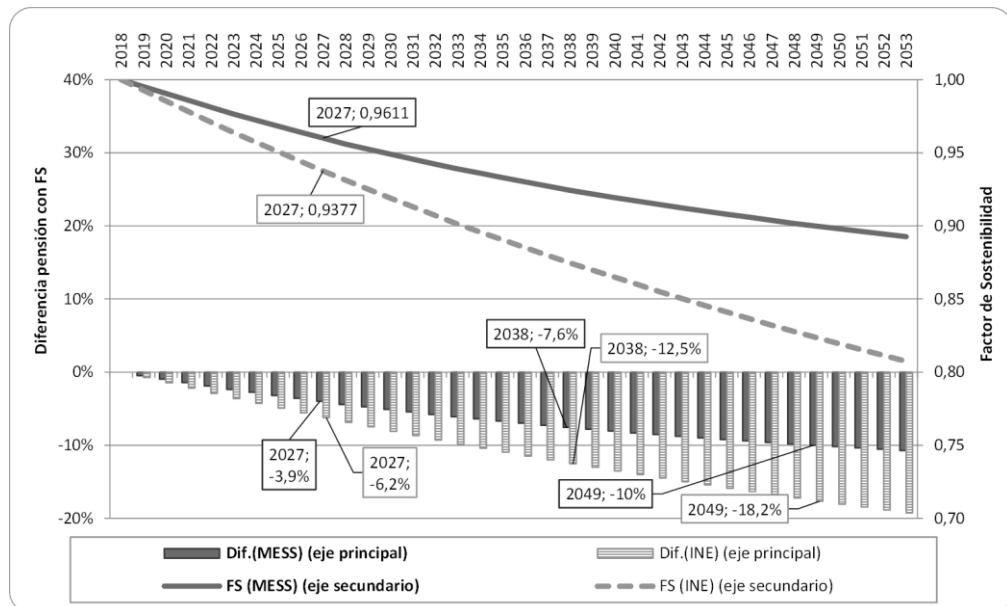
* Porcentaje de altas estimado.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social. Informe Económico Financiero. Ejercicio 2015.

Evidentemente, el proceso de reducción producido directamente por el FS, estimado entre el 0,5% y el 4,3% para el período 2019-2028 (Cuadro 4), continuará si la esperanza de vida sigue aumentando. Los españoles han ganado y seguirán ganando años a la muerte, según indican las proyecciones, salvo que la crisis y los recortes en sanidad y dependencia,

modifiquen la tendencia, de modo que el proceso de descenso de la pensión inicial seguirá aumentando. De mantenerse la evolución prevista de la esperanza de vida (siguiendo las previsiones del MESS), el descenso de la pensión inicial, podría ser del 10% en un periodo de 30 años (2019 a 2049) (Gráfico 14).

Gráfico 14. Evolución del Factor de sostenibilidad y diferencia en la pensión



Fuente: Elaboración propia a partir MESS (2013) y Comité de Expertos (2013).

2.2. El factor de sostenibilidad como criterio de justicia intergeneracional

El fundamento del Factor de sostenibilidad es la equidad intergeneracional. De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley 23/2013 que lo regula, *el factor de sostenibilidad ajusta la pensión inicial de jubilación de manera que el importe total que perciba a lo largo de su vida un pensionista que acceda al sistema de pensiones dentro de un cierto número de años, y que previsiblemente tendrá mayor esperanza de vida, sea equivalente al que perciba el que se jubile en un momento anterior.*

La esperanza de vida es una variable utilizada por la técnica actuarial en las operaciones de seguro. Recurrir a ella para el cálculo de las pensiones públicas, es una argucia. Si bien es una opción política, no debe presentarse como el único criterio posible, ni como el mejor de los criterios, puesto que ni siquiera debe considerarse un criterio de equidad.

La equivalencia actuarial no es un criterio de justicia distributiva, ya que compara cantidades y no la situación de las personas. Cuando el COMITÉ DE EXPERTOS (2013, pág. 13) se refiere al FS como factor de equidad intergeneracional, indica que su objetivo es tratar de manera igual a personas que, como consecuencia del aumento de la esperanza de vida, van a percibir prestaciones del sistema de pensiones durante un número de años muy distinto. Sin

embargo, su aplicación no supone un trato igual de las personas sino la igualación de las cantidades que van a percibir. El FS implica reducir las pensiones anuales de quienes van a cobrarlas durante más años, por tanto, disminuir la calidad de vida de los futuros jubilados.

El supuesto criterio de justicia intergeneracional, que utiliza la esperanza de vida de las distintas generaciones en la determinación del importe de la pensión (justicia actuarial), no es un criterio de equidad, puesto que no compara las situaciones de las distintas generaciones en relación a la garantía del mantenimiento del nivel de vida.

El criterio actuarial es un criterio de justicia conmutativa, con un efecto distributivo intergeneracional desfavorable para las generaciones con mayor índice de supervivencia, en relación a las anteriores. Si el objetivo es un sistema con prestaciones vitalicias de segundo nivel y suficientes, las generaciones sucesivas van perdiendo poder adquisitivo. Interpretar la equidad entre generaciones en función de la esperanza de vida, es una discriminación por edad, en términos similares, podría decirse, a la que supondría considerar las diferencias de género en la determinación de los importes de las pensiones³.

Además, como la esperanza de vida no es homogénea para los individuos que integran una generación, la reducción perjudicará en mayor medida a los grupos de pensionistas que tengan una esperanza de vida más corta: los varones, por ejemplo, para los que se estima una esperanza de 4,3 años inferior a la de las mujeres. Se encuentra aquí, por tanto, un impacto de género adverso para los varones⁴ y también para los que tienen peores niveles educativos y de rentas, puesto que suelen vivir menos años.

Asimismo, tampoco se tiene en cuenta cómo interactúa este factor con el retraso de la jubilación. Quienes se jubilan después de los 65 años, por imperativo legal o porque deciden retrasar su jubilación, perciben pensiones inferiores durante menos tiempo. Lo cual entra en contradicción con el planteamiento de justicia intergeneracional defendido por los artífices del FS. Esta regla, aparentemente más equitativa, resulta inapropiada en un período en el que también se ha modificado la edad de jubilación, puesto que el FS amplifica el efecto producido por el retraso en la edad de jubilación⁵.

³ Al respecto, convine recordar el fallo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que impide calcular las primas de los seguros diferenciándolas en función de los diferentes niveles de riesgo asociados a cada sexo (asunto C-236/09: Test-Achats). A fin de conseguir la igualdad de trato entre hombres y mujeres, después de un largo recorrido para salvar los impedimentos establecidos por las aseguradoras, el Tribunal prohíbe definitivamente, a partir del 21/12/2012, que las empresas aseguradoras utilicen el criterio del sexo en el cálculo del precio de las primas, cualquier que sea la contingencia protegida.

⁴ Sorprendentemente la *Memoria de impacto normativo* señala que el Factor de Sostenibilidad no tiene ningún impacto por razón de género, justificándolo en que su formulación se efectúa en función de la evolución de la esperanza de vida para los pensionistas del sistema de la Seguridad Social, sin diferenciación por razón de género. En cualquier caso, esta diferenciación no es discriminatoria si el objetivo no es equipar la suma de pensiones recibidas sino garantizar una pensión vitalicia.

⁵ Según HOYO (2014, pág. 93-96), el retraso de la edad de jubilación operado por la reforma de 2011 produce el mismo efecto que la aplicación del FS, de modo que, el objetivo de reducción del importe total de la pensión, ya está conseguido; de hecho, el aumento de la edad de jubilación de 65 a 67 años, en un período transitorio que abarca desde 2013 a 2027, coincide con el incremento de la esperanza de vida correspondiente a ese mismo período.

3. MEDIDA 4: EL INDICE DE REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES

La reforma de 2013 ha supuesto modificar el mecanismo de revalorización de las pensiones, a partir de la sustitución del IPC como indicador de referencia, por el Índice de Revalorización, construido a partir de un conjunto de variables relacionadas con la solvencia financiera del sistema de pensiones. Este nuevo sistema, que se aplica desde 2014 sobre todas las pensiones del sistema al inicio de cada año, se dice que ha sido el principal objetivo (velado) de la Ley 23/2013.

El nuevo índice de revalorización (IR) determina el crecimiento anual de la pensión a partir de una formulación elaborada teniendo en cuenta los determinantes presentes y futuros de los ingresos y de los gastos del sistema de Seguridad Social y la condición de su equilibrio presupuestario. Además, la revalorización tienen lugar entre un suelo mínimo del 0,25% (cuando los ingresos no sean suficientes para financiar los gastos) y un techo máximo de la variación del IPC más 0,50% (si el sistema público de pensiones tiene superávit)⁶. La formulación concreta de revalorización viene recogida en Cuadro 6.

Cuadro 6. **Formulación del nuevo Índice de Revalorización (Ley 23/2013)**

Importe anual de la pensión de jubilación, al inicio de cada año natural (desde 2014):

$$\text{PENSIÓN}_{t+1} = \text{PENSIÓN}_t \times \text{IR}_{t+1}$$

Donde,

$$\text{IR}_{t+1} = g_{t+1} = (g_{I,t+1} - g_{P,t+1} - g_{S,t+1}) + \alpha^*[(\bar{I}_{t+1}^* - \bar{G}_{t+1}^*) / \bar{G}_{t+1}^*] = [0'25\%, \text{variación IPC}_t + 0'5\%]$$

El resultado de esta fórmula se topará con un techo (variación del IPC +0,50%) y un suelo (0,25%)

Siendo:

$t+1$ = Año para el que se calcula la revalorización

$\text{IR}_{t+1} = g_{t+1}$ = Índice de *Revalorización* de las pensiones (expresado en tanto por uno con 4 decimales)

$g_{I,t+1}$ = Variación de los ingresos del Sistema (media móvil aritmética centrada en $t+1$, de 11 valores de la tasa de variación en tanto por uno)

$g_{P,t+1}$ = Variación del número de pensiones contributivas (media móvil aritmética centrada en $t+1$, de 11 valores de la tasa de variación en tanto por uno)

$g_{S,t+1}$ = Efecto sustitución pensiones (media móvil aritmética centrada en $t+1$, de 11 valores de la tasa de variación en tanto por uno). Se define como la variación interanual de la pensión media del sistema de un año en ausencia de revalorización en dicho año.

α = Parámetro que tomará un valor situado entre 0,25 y 0,33. Estos límites del parámetro pretenden equilibrar el sistema y se revisarán cada cinco años.

I_{t+1}^* =Media móvil geométrica centrada en $t+1$ de once valores del importe de los gastos del sistema de la S.S.

G_{t+1}^* = Media móvil geométrica centrada en $t+1$ de once valores del importe de los gastos del sistema de S.S.

$[(\bar{I}_{t+1}^* - \bar{G}_{t+1}^*) / \bar{G}_{t+1}^*]$ = Cociente del saldo presupuestario relativo Seguridad Social, obtenido a partir de los ingresos (I) y gastos (G) del sistema (medias móviles geométricas centradas en $t+1$, de 11 valores de la tasa).

Variación IPC_t= variación porcentual del índice de precios de consumo en el periodo anual anterior a diciembre del año t

⁶ En una primera propuesta, el techo máximo era el IPC más 0,25%.

El nuevo IR tiene en cuenta: 1) el importe de los ingresos y los gastos del sistema de Seguridad Social y su incremento o descenso anual en los cinco años anteriores, el ejercicio en curso y las previsiones para los cinco posteriores; 2) la tasa de variación anual del número de pensiones contributivas (calculando una media móvil de los cinco años anteriores, el año en curso y las previsiones de los cinco posteriores); 3) la evolución del efecto sustitución (variación interanual de la pensión media del sistema de cada año antes de aplicar la revalorización) y 4) una velocidad de ajuste, es decir, el número de años en los que cada gobierno puede trasladar el esfuerzo presupuestario, según haya déficit o superávit.

3.1. La intensa asimetría del Índice de revalorización y su muy probable impacto negativo sobre el poder adquisitivo

El Consejo Económico y Social, en su Dictamen sobre el IR (CES 2013), considera que este índice, que busca ser un mecanismo automático que permita la adecuación de las cuentas públicas del sistema de la Seguridad Social, produce una pérdida de poder adquisitivo de las pensiones en un contexto de crisis que, en principio, no llegará a recuperarse. El efecto del IR puede ser devastador. Numerosos estudios han confirmado estimaciones muy negativas. A continuación se citan algunos.

Según datos de la memoria del anteproyecto de la reforma remitida por el gobierno al Consejo Económico y Social (MESS, 2013), con la última reforma propuesta en Septiembre del 2013 (que elimina la revalorización automática de las pensiones según el IPC), el Gobierno puede “ahorrar” unos 32.939,95 millones de euros entre 2014 y 2022, suponiendo un incremento de la inflación del 1%. Si suponemos una inflación del 2% el recorte podría suponer los 70.000 millones de euros y si la inflación es del 3% (promedio de la inflación en España desde que circula la moneda única) el recorte podría suponer unos 110.000 millones. Con este último dato, la devaluación de las pensiones sería en torno del 22% respecto a la pensión actual. Si suponemos una tasa de inflación media anual del 2%, la pérdida de poder adquisitivo acumulada en seis años por los pensionistas será del 10% o lo que es lo mismo unos 1.500 euros anuales menos respecto a la pensión media. Según el sindicato CCOO, esta reforma supondrá una pérdida del poder adquisitivo de las pensiones entre un 14,8% y un 28,3% en los próximos 15 años. Por supuesto, lo que en realidad es un recorte de las pensiones, el gobierno lo presenta como “ahorro” y, por tanto, con una connotación positiva. Sí, un ahorro de gasto público y de necesidad recaudatoria, y en consecuencia, un aumento de la capacidad económica de quienes debieran pagar impuestos a costa de la disminución de capacidad de los pensionistas.

La estimación realizada en el trabajo de ZUBIRI (2013, pág. 105) del impacto del factor de revalorización indica que, “incluso suponiendo una inflación promedio cauta del 2%, los pensionistas perderían un promedio anual real del 1,75%. Al cabo de 10 años, esto supondría casi un 20% de pérdida real. Al final de su vida más del doble. En promedio, por tanto, se perdería en torno a un 20%”.

La razón de este devastador panorama es que, en cualquier escenario plausible en el corto plazo, el crecimiento de las pensiones más la parte del déficit acumulado que se debe eliminar en los próximos años será mayor que el crecimiento de los ingresos. Esto implica un índice negativo de crecimiento de las pensiones en los próximos años, que explica la incorporación en la normativa del límite inferior (suelo). Ahora bien, el límite del 0,25%

establecido como mecanismo de compensación es de una eficacia ridícula, que muestra la cicertería de un gobierno que lo ha estipulado como precio de propaganda de una campaña en la que se dice que las pensiones no bajarán (en términos nominales, claro).

Dada la situación actual, dice RUESGA (2014), podemos admitir que al menos hasta el año 2018 las pensiones se revalorizaran nominalmente a lo sumo un 0,25%. En el supuesto de que la variación media del IPC durante esos años sea del 2%, se produciría una caída del 1,75% por año, y una pérdida acumulada próxima al 8,45% en el período 2014-2018. Si en 2019 comenzase la recuperación y la Seguridad Social registrase superávit, suponiendo que el IR se situase en su valor máximo ($2\%+0,5\%=2,50\%$), haría falta llegar a 2036 para recuperar el poder adquisitivo de 2013. Nótese que por cada año de aplicar el “suelo” hace falta 3,5 años de “techo”, de modo que, en este caso, el pensionista de 2014 necesitaría vivir al menos 23 años más (Cuadro 7).

Cuadro 7. Hipótesis de revalorización anual de las pensiones con el IR desde 2014

Año	Evolución IPC	IR	Ganancia (+) ó pérdida (-)	Índice 2013=100	Ganancia (+) ó pérdida (-) acumulada
2014	2%	0,25%	-1,75%	98,25	-1,75%
2015	2%	0,25%	-1,75%	96,53	-3,47%
2016	2%	0,25%	-1,75%	94,84	-5,16%
2017	2%	0,25%	-1,75%	93,18	-6,82%
2018	2%	0,25%	-1,75%	91,55	-8,45%
2019	2%	2,50%	0,50%	92,01	-7,99%
2020	2%	2,50%	0,50%	92,47	-7,53%
2021	2%	2,50%	0,50%	92,93	-7,07%
2022	2%	2,50%	0,50%	93,40	-6,60%
2023	2%	2,50%	0,50%	93,86	-6,14%
2024	2%	2,50%	0,50%	94,33	-5,67%
2025	2%	2,50%	0,50%	94,80	-5,20%
2026	2%	2,50%	0,50%	95,28	-4,72%
2027	2%	2,50%	0,50%	95,75	-4,25%
2028	2%	2,50%	0,50%	96,23	-3,77%
2029	2%	2,50%	0,50%	96,71	-3,29%
2030	2%	2,50%	0,50%	97,20	-2,80%
2031	2%	2,50%	0,50%	97,68	-2,32%
2032	2%	2,50%	0,50%	98,17	-1,83%
2033	2%	2,50%	0,50%	98,66	-1,34%
2034	2%	2,50%	0,50%	99,16	-0,84%
2035	2%	2,50%	0,50%	99,65	-0,35%
2036	2%	2,50%	0,50%	100,15	0,15%

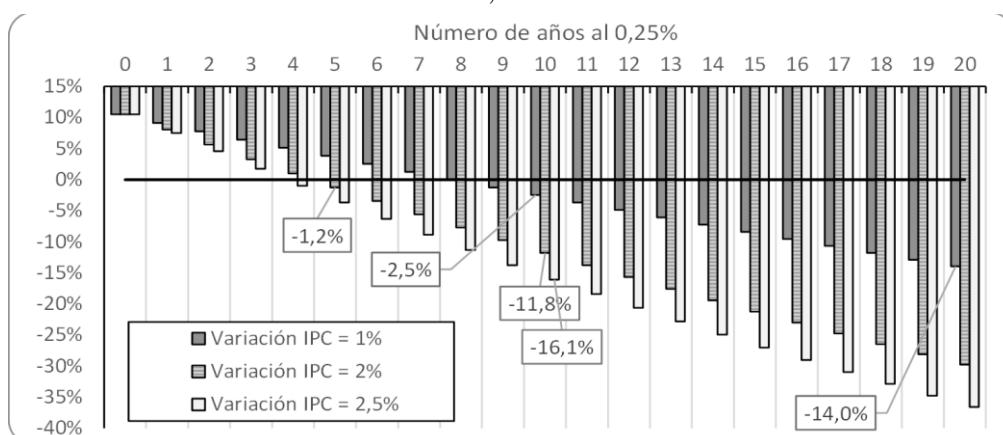
Notas: Se supone que la variación anual del IPC es el 2%, que se aplica el IR (suelo) en 2014-2018 y el IR (techo) en 2019-2036

Fuente: Ruesga (2014, pág. 13) y elaboración propia.

Se trata, por tanto, de un multiplicador que los años malos no garantiza el poder adquisitivo de las pensiones y que impide que la recuperación económica revierta en la correspondiente compensación, dada su alta sensibilidad a los años malos.

Por otro lado, la aplicación de la fórmula genera una mayor asimetría a medida que la tasa de variación del IPC crece. Evidentemente, si el aumento de precios es mayor la pérdida de poder adquisitivo sería más abultada. El Gráfico 15 muestra el impacto en el poder adquisitivo de una pensión tras 20 años de aplicación de la nueva fórmula de revalorización, en distintos escenarios de inflación, según el número de años que ésta se sitúa en el límite inferior y suponiendo que el resto de años lo hace al límite superior⁷.

Gráfico 15. Impacto del IR sobre el poder adquisitivo de una pensión de 20 años, según número de años al 0,25%



Nota: Se ha supuesto que el número de años en que la pensión no se actualiza al 0,25, se hace al límite superior.

Fuente: CCOO (2013) y elaboración propia

La aplicación de la fórmula lleva al recorte del poder de compra de la pensión. En la previsión intermedia de inflación, con 5 años que se aplique el límite inferior en un periodo de 20 años, no se recuperará el valor adquisitivo (-1,2%), ni siquiera será suficiente que los 15 años restantes estén en el límite superior. Con la mitad de los años buenos, la pérdida sería cercana al 12%, con inflación del 2%, y más del 16% si fuera del 2,5%. En cualquier caso, si la inflación fuese del 1%: la pérdida en 20 años aparecería después de aplicar el suelo de revalorización durante 8 años; se perdería el 2,5% de pensión con 10 años en el límite inferior y del 14% después de resultados en 20 años en el límite inferior.

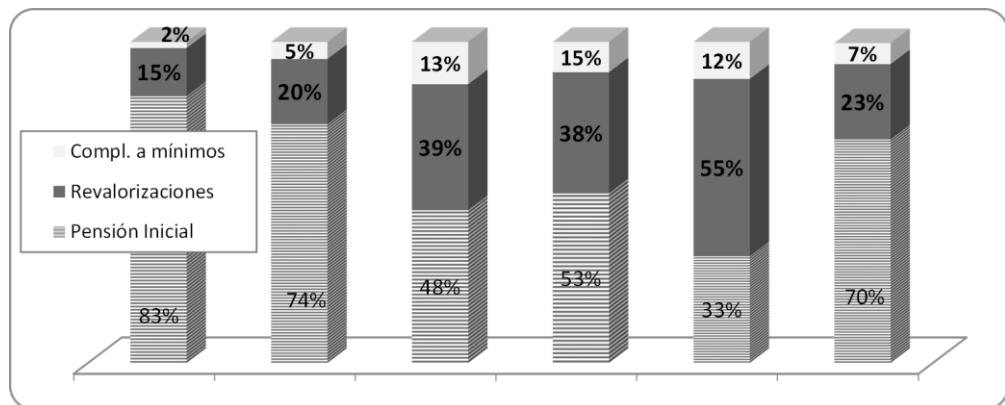
⁷ Este análisis se hace siguiendo el de CCOO (2013), ampliando el plazo de aplicación de la pensión (de 15 a 20 años) y revisando al alza el techo de la revalorización, de acuerdo al cambio derivado de la tramitación parlamentaria del Anteproyecto. Como hace CCOO, se mantiene la utilización del supuesto de tasas de inflación del 1% (Previsión del Gobierno en la Memoria del Anteproyecto), del 2% (objetivo del BCE) y del 2,5% (media de los 10 últimos años).

3.2. La importancia de la revalorización de las pensiones públicas

Al analizar el impacto de la medida debe tenerse en cuenta que la revalorización es un factor muy importante en la determinación del gasto en pensiones y de su evolución, lo que explica que haya sido el principal objetivo de la última reforma. Aunque se presenta como una reforma para garantizar la sostenibilidad a largo plazo, esencialmente busca, en relación a la aplicación del IR, la obtención de resultados a corto plazo, ya que se trata de una medida cuya aplicación afecta a todos los pensionistas⁸.

El mecanismo de revalorización de las pensiones a partir del IPC explica buena parte del gasto público en pensiones. Según los datos de su distribución por conceptos, el 23% del gasto total en 2014 es debido a la revalorización anual automática (Gráfico 16)⁹, que hasta 2011 se ha realizado garantizando el poder adquisitivo de todos los pensionistas.

Gráfico 16. Importe de las pensiones por conceptos (distribución %). Agosto 2014



Fuente: Elaborado a partir de los Presupuestos de la Seguridad Social, IEF 2015

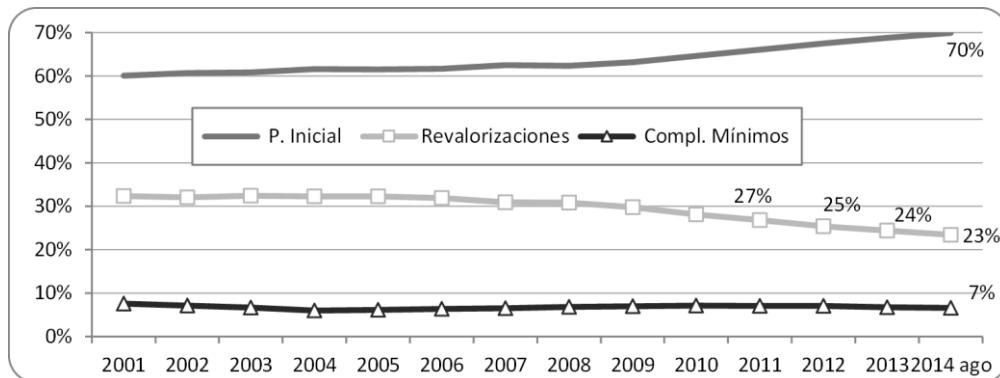
También es interesante observar la alta sensibilidad del peso de las revalorizaciones a los cambios normativos. Nótese que la proporción que representan las revalorizaciones en el total del gasto presenta una evolución decreciente, en respuesta, básicamente, a la suspensión de la revalorización automática llevada a cabo desde 2011 (Gráfico 17). De hecho, el IR puede

⁸ RUESGA (2014), miembro del Comité de expertos, afirma que la justificación de la que dio lugar a la reforma de 2013, no deja de ser una falacia, en tanto que, apuntando explícitamente hacia la sostenibilidad a largo plazo, lo esencial de la misma trata de buscar resultados a corto, dejando a un lado los efectos sociales. De hecho, sigue diciendo, la revalorización es un tema que aparece en la mesa del Comité, con una formulación bastante acabada, sin que tal cuestión estuviera contenida en el RDL 5/2013 (DA 9º), al amparo del cual se crea el mencionado Comité. La aplicación de este nuevo instrumento se postulaba ya como inmediato, con la finalidad de obtener un rápido efecto sobre la dinámica del déficit de las cuentas públicas; no se aplicaría sólo a los nuevos pensionistas sino a todos los jubilados, por lo que el monto de recursos afectados sería sustancialmente más elevado que en el caso del FS, el único referenciado en la Ley de 2011.

⁹ Puede apreciarse en el Gráfico 16 que las revalorizaciones son más significativas en las pensiones de supervivencia, puesto que las pensiones pueden proceder de otra pensión o se trata de pensiones que se perciben durante más tiempo. De modo que, la modificación va a afectarles en mayor medida.

considerarse como una formulación explícita de la suspensión de la revalorización automática, que tuvo lugar desde 2011 hasta 2013.

Gráfico 17. Evolución de la distribución de las pensiones por conceptos



Fuente: Elaborado a partir de los Presupuestos de la Seguridad Social, IEF 2015 y anteriores.

3.3. La aplicación de la fórmula depende de la estimación del comportamiento de variables difícilmente predecibles

Como recientemente ha valorado un documento de CCOO (2013), el Gobierno debe prever anualmente la evolución de sus componentes en los próximos 6 años (ingresos, número de pensiones, efecto sustitución y gastos). Las previsiones jugarán un papel fundamental en el resultado de la aplicación de los factores. Aunque la evolución del número de pensiones puede ser predecible, puesto que puede haber cierta coincidencia sobre las predicciones, las estimaciones sobre la variación de los ingresos y de los gastos del sistema, así como de la pensión media, presentan mayor controversia.

En opinión de RUESGA (2014, pág. 8), cabe pensar que errores en las previsiones de un año pueden ser corregidas en el siguiente (no siempre), pero entretanto el conflicto social generado puede ser importante. No es de extrañar, comenta al hilo de lo anterior, que en algunas fórmulas de factores de sostenibilidad, como en el caso sueco, se hayan evitado incluir previsiones y las referencias siempre se relacionan con datos ya oficializados.

Las tendencias que se apuntan de la senda de revalorización de las pensiones medias sobre el resultado de la aplicación del factor suenan tan optimistas, dice RUESGA (2014, pág. 8), que incluso uno se pregunta si no habría sido más estabilizador dejar el sistema de revalorización en los términos actuales, ligada a la evolución del IPC. Sin embargo, cuestiona, como miembro del Comité de Expertos, la ausencia de trabajos de simulación que contemplen todos los parámetros del sistema, para tener una visión consistente de lo que podría acontecer en el futuro con la aplicación de tales factores, imprescindible para la elaboración de una propuesta de la envergadura económica, política y social, como la que contiene el Informe del Comité.

3.4. La fórmula no determina de manera automática el índice

Queda al arbitrio de los gobiernos la decisión, cada cinco años, del valor asignado al factor de asimilación del saldo relativo de las cuentas públicas (α). Como recientemente ha valorado un documento de CCOO (2013), el que la aplicación de la fórmula no sea automática, ni fácilmente predecible, dificulta las previsiones de ahorro que los trabajadores y trabajadoras tienen que hacer de cara a su jubilación.

Sobre esta arbitrariedad, revela RUESGA (2014, pág. 9) su perplejidad. Dice el citado autor que, la formulación aprobada por el Comité, se contradice con la obsesión inicial compartida mayoritariamente de argumentar el funcionamiento automático del FS y del IR en la necesidad imperiosa de sustraer la dinámica del equilibrio financiero a las decisiones políticas de las instituciones¹⁰.

En cualquier caso, el automatismo de una formula tampoco exime a quienes deciden aplicarla de la política. Una ecuación, configurada a partir de determinadas variables y determinantes, y no de otros, conlleva implícita una posición sobre los criterios de distribución de ingresos y gastos públicos. La reforma del sistema público de pensiones no ha sido una cuestión técnica, sino una cuestión política. A pesar de lo cual, la reforma responde a un proceso unilateral llevado a cabo por el gobierno del PP, efectuado en ausencia total del consenso político.

3.5. El índice no toma como referencia la variación del IPC ni la de otros indicadores del nivel de vida

Aunque se afirma que el IR no pierde la referencia al IPC y que este indicador sigue jugando un papel esencial en la misma, la afirmación no es más que una trampa. Obsérvese que la inflación no condiciona positivamente al IR, tan sólo juega el papel de limitar su importe, cuando los otros indicadores del índice resultan favorables.

El IR sustituye al anterior IPC de referencia, de ahí que se hable de desindexación. La compensación del impacto de la inflación sobre las pensiones durante la jubilación resulta esencial para que sea posible mantener el poder adquisitivo. Dicha indexación se ha incorporado en base a los precios, aunque en ocasiones se hace en relación a los salarios o una combinación de ambos. En ausencia de algún tipo de compensación, dicen BARR y DIAMOND (2012, pág. 220-221) resulta evidente que se trata de una mala práctica política. Además de indexar las prestaciones durante la jubilación, también se indexan los historiales de contribución, tomando como referencia la inflación o la evolución de los salarios, para determinar la prestación inicial y evitar los impactos de la inflación sobre el valor real de las prestaciones iniciales.

¹⁰ En cuanto al proceso de gestación de la reforma, RUESGA (2014, pág. 9) afirma que se ha utilizado una excesiva retórica antipolítica por parte de los expertos, en pro del automatismo de determinados tecnicismos, en pro de liberar al sistema de los riesgos de la actuación incompetente de los políticos, extrayendo del ámbito de su competencia el futuro de las pensiones. Las consecuencias de esta dinámica pueden ser perversas. La postura de los expertos resulta, explica RUESGA, democráticamente peligrosa, en cuanto que la falta de credibilidad en las instituciones conlleva, en pro de la eficiencia, a la apuesta ideológica por dejar la economía en manos de los mercados.

La mayoría de los países de la OCDE reajustan las pensiones de acuerdo con la inflación o con la evolución de los salarios. En el primer caso, las pensiones varían de acuerdo con el nivel de precios y su valor real se mantiene invariable. Esto significa que sus pensiones no pierden si la economía se desacelera y, también, que no participan en ningún aumento de la productividad que se produzca desde su jubilación (mantienen su posición absoluta). Según el BANCO MUNDIAL (1994, p. 180), el argumento a favor de la indexación según los precios es que pensionistas tienen menor capacidad que los jóvenes para adaptarse a la disminución de la renta real y se preocupan menos por el aumento porque sus hábitos de consumo son más estables.

Por tanto, hacer depender el índice de revalorización de la evolución en la recaudación, y del ciclo económico, hará que las pensiones disminuyan en épocas de crisis, con lo cual se perderá la potencia anticíclica de las pensiones, como gastos de consumo que potencian la recuperación.

Al respecto, el CES recuerda que, el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2011 (recomendación 2^a)¹¹, defiende el mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas, y, por ello, considera que deben establecerse medidas que complementen a las reformas proyectadas tendentes a la recuperación del poder adquisitivo cuando las circunstancias lo permitan, en el medio o largo plazo.

Por otra parte, resulta conveniente estudiar, como indica el CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2011, pág. 79) la posibilidad de utilizar otros índices de revalorización basados, entre otros, en el crecimiento de los salarios, la evolución de la economía o el comportamiento de las cotizaciones a la Seguridad Social, siendo recomendable que se tengan en cuenta los efectos que dichos índices han tenido sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones en los países de nuestro entorno.

La indexación en función del IPC garantiza el poder adquisitivo de la pensión inicial, sin embargo, no garantiza a los pensionistas que puedan mantener el nivel de vida del país en el que viven. Si la revalorización no se liga a la evolución de los salarios, el pensionista irá retrocediendo en su nivel de vida con la edad. Por tanto, si el objetivo es mantener el nivel de vida de los pensionistas, no es suficiente con la revalorización en función de la inflación.

Es evidente que estas reformas aumentarán la dualidad, al no contemplar la participación de los pensionistas en el posible crecimiento económico del futuro. La no consideración en el mismo de variables tales como la evolución de los salarios, el crecimiento del PIB, impide que el incremento del gasto en pensiones que acarree la mayor esperanza de vida sea financiado, en su caso, con el crecimiento de la renta y la riqueza del país.

Si las pensiones se ligan a los salarios, los jubilados comparten la suerte de los asalariados (mantienen su posición relativa). Este criterio es más equitativo en términos intergeneracionales, tanto en cuanto a que reparte entre cotizantes y pensionistas las consecuencias de la evolución de la renta como porque suaviza las diferencias entre las pensiones de las generaciones sucesivas. Parece lógico que las pensiones deberían tener

¹¹ Véase CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2011, pág. 78).

relación con la variación experimentada en los ingresos de los cotizantes, de modo que la sostenibilidad del sistema no recaiga exclusivamente sobre los trabajadores, sin perjuicio de excluir a las pensiones más bajas en momentos de crisis.

Es importante introducir mecanismos autorreguladores que conecten la financiación de las pensiones no sólo con variables demográficas, sino con las magnitudes que miden el crecimiento económico (renta por habitante, productividad...). Lo que se pretende es la defensa de rentas dignas en la jubilación, en base al crecimiento económico (otro garantizado por el crecimiento en la recaudación derivado del crecimiento de la población cotizante).

4. REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIONES

Las reformas de 2011 y 2013 tendrán unas consecuencias muy negativas sobre la cobertura e intensidad de las prestaciones y, por consiguiente, sobre los niveles de bienestar de la ciudadanía, en este caso, de las personas mayores de 65 años. Estas medidas reducirán la cuantía de las nuevas pensiones, lo que se traducirá en un mayor empobrecimiento de la población mayor en situación de dependencia.

Según las estimaciones realizadas puede decirse que las nuevas pensiones en 2027 serán, en términos medios, un 20,4% más bajas que las actuales, afectando, en mayor medida a quienes presentan carreras laborales incompletas (períodos de cotización discontinuos e incompletos) y, por el comportamiento del mercado laboral, a las mujeres en mayor medida que a los hombres. Por otro lado, se introduce la discriminación por edad, creciente en las generaciones sucesivas y, además, ha roto el compromiso del mantenimiento del poder adquisitivo para todos los pensionistas, afectando, igualmente, a las pensiones ya causadas. Las estimaciones realizadas anuncian la reducción en los próximos años del valor real la cuantía de las pensiones.

Los resultados a más largo plazo, son todavía, más desalentadores. Por ejemplo, RUESGA (2014, pág. 12), estima que a la altura del año 2050 las pensiones medias habrán descendido de un coeficiente de sustitución medio del 80% a un 50%; lo que supondrá que los pensionistas serán en torno a un 40% más pobres con relación al resto de la sociedad. ZUBIRI (2013, pág. 106), indica que efecto final de ambas reformas (2011 y 2013) puede alcanzar una reducción promedio de más del 50% de las pensiones. Al margen de estas estimaciones paralelas, es denunciable la ausencia de estudios institucionales serios sobre el impacto distributivo de la reforma sobre los futuros pensionistas, que detallen las consecuencias sobre quienes acumulan menos derechos contributivos y las discriminaciones de género y edad que se producen.

En cuanto a sus objetivos declarados, garantizar la viabilidad futura de las pensiones y aumentar la contributividad, son dudosos y cuestionables. Dudosos es que se proponga como única solución de viabilidad futura el mantenimiento del actual sistema de financiación, a cargo exclusivamente de las cotizaciones sociales, y se haga recaer todo el ajuste sobre los pensionistas. Se trata de medidas ineficaces, regresivas y peligrosas.

Por otro lado, las reformas aplicadas entre 2011 y 2013 en España no están justificadas desde el punto de vista demográfico. La evolución de las variables demográficas

no justifica la urgencia en la formulación y aplicación de las reformas. Concretamente, las reformas de 2013 del gobierno del Partido Popular no se han aplicado con diálogo social, ni consenso político, se han realizado al margen del Pacto de Toledo y con la oposición de todos los grupos políticos y la oposición de los sindicatos mayoritarios.

Todo ello denota, la falta de discusión sobre cómo abordar las consecuencias del envejecimiento de la población. Se trata de una cuestión relacionada básicamente con los criterios de distribución que la sociedad pretende. Esa debe ser la cuestión principal, que, sin embargo, se oculta bajo la defensa de los “insuperables” criterios utilizados por los seguros privados, como posición única.

La pretendida exigencia de que el sistema ha de autofinanciarse con las cotizaciones sociales, y que éstas no se pueden modificar, ahoga al sistema de prestaciones en la insuficiencia, dejando al margen la posibilidad de introducir otras fuentes de financiación, acordes con los nuevos tiempos, que graven la capacidad económica de quienes la están aumentando sin cesar. No se trata de introducir la caridad en el sistema contributivo, sino de hacer justicia intergeneracional, haciendo partícipes a los jubilados de la sociedad que han contribuido a crear.

No ha sido así, puesto que el ajuste presupuestario actual y futuro se hace recaer sobre la población jubilada. Ésta ha sido la opción elegida por los gobernantes, lo que ha supuesto, desde 2011 –año en el que se inician las reformas– la transformación paulatina de un sistema de pensión definida en otro de cotización definida, en el sentido de que las prestaciones han dejado de ser inamovibles y son las que deben soportar todo el ajuste.

Si bien las reformas han aumentado la contributividad [sic], se ha elegido modificar sólo aquellos aspectos del principio contributivo que han resultado convenientes para lo que parece ser el único y principal objetivo: la reducción a corto plazo del gasto en pensiones. Podemos preguntarnos por qué, a instancias del mencionado principio, no se equiparan las bases de cotización de los autónomos a sus rentas reales de actividad, lo cual incrementaría la recaudación y evitaría la manipulación de las bases declaradas, o, como propone ZUBIRI (2012, pág. 81 y 82), se incluyen en el sistema a quienes han cotizado menos de 15 años, lo cual beneficiaría, sobre todo, a las mujeres que ahora se quedan fuera. La mayor proporcionalidad ha supuesto la reducción proporcionalmente mayor sobre las pensiones de quienes se benefician más de la redistribución implícita del sistema, es decir, los colectivos con vidas laborales intermedias o carreras intermitentes.

Aunque la apuesta por un sistema de pensiones público de segundo nivel, centrado pues en contribuir al sostenimiento del nivel de vida de los trabajadores, requiera, evidentemente, premiar el esfuerzo contributivo, es infundado disociarlo de la solidaridad que lo caracteriza. Si bien es necesario que se revisen los criterios de distribución, en la medida en que sean considerados inservibles o anticuados, son los aspectos distributivos los que hacen del sistema público un sistema sustancialmente diferente de los seguros privados y que justifican su existencia. Y la opción escogida sólo es legítima si reforma la redistribución indeseada del sistema vigente.

El sentido de un sistema público se fundamenta en la capacidad de aplicar criterios que respondan a los objetivos pretendidos por la colectividad, aunque no parece ser éste el caso.

Así, según la encuesta del CIS (2011), la ampliación del período de cálculo de la base reguladora de la pensión de 15 a 25 años es rechazada por el 70%, siendo la valoración conjunta de la reforma de las pensiones de 2011 un 2,64 sobre 10; los encuestados también opinan (CIS, 2013) que se destina lo justo (31,8%) o muy poco (58,3%) al gasto en pensiones. Este es un indicador del rechazo social a la reforma y de la reivindicación de un sistema público que garantice a los ciudadanos pensiones suficientes para una vida digna en la vejez.

La elección del criterio es una cuestión de contrato social, en la que los ciudadanos deciden, de acuerdo con los principios morales, el criterio o la combinación de criterios que consideran justos, y, en España, la mayor parte de la opinión pública, manifestada en los distintos acuerdos sobre pensiones, estima que la equivalencia actuarial no es criterio a emplear o, al menos, no debe ser el principal y, la reducción del gasto, no es deseable.

Las consecuencias de las reformas ponen de manifiesto que el criterio de distribución utilizado en la determinación de los importes de pensión no es justo desde el punto de vista de la justicia distributiva, en el sentido de que contemple las diferencias personales socialmente reconocidas.

Por un lado, la contributividad [sic], bajo el enfoque del merecimiento, explican MUÑOZ DE BUSTILLO et al. (2011), no es un planteamiento justo en la medida en que la contribución efectiva que diferentes individuos han realizado no se corresponde necesariamente con su contribución potencial, en caso de verse afectados por circunstancias económicas fuera de su control. Su aplicación no permite afrontar las necesidades de una sociedad en la que el núcleo estable de trabajadores permanentes no ha dejado de reducirse, en tanto que aumenta la proporción de personal temporal, precario y a tiempo parcial. ¿Es justo que el sistema más importante de protección imponga como condición principal el esfuerzo contributivo, si disminuye la posibilidad de decidir cuándo y cuánto se trabaja? Además, es una rémora al objetivo de hacer compatible la vida la laboral y familiar. El aumento de la contributividad es un paso en sentido opuesto al objetivo de garantizar la seguridad económica y la mejora del bienestar de los ciudadanos.

Por otro lado, la consideración de la esperanza de vida introduce una grave discriminación por edad, que se agrava en las sucesivas generaciones, en términos similares a la discriminación de género. La garantía de equilibrio del esfuerzo entre las distintas generaciones, como exigencia implícita de compromiso intergeneracional del modelo de reparto, no se consigue haciendo que cada generación perciba lo mismo que la anterior, o que se reparta lo que se recauda (cotización definida), sino a través del acuerdo intergeneracional de cómo repartir el incremento del gasto derivado del envejecimiento entre los jubilados, quienes trabajan y quienes generan riqueza.

Cabe concluir que se trata de unas reformas en las que se vislumbra que el objetivo no es la justicia sino, es su lugar, que no aumenten las exigencias de financiación del sistema, por cuanto que ello requeriría utilizar otras fuentes de financiación distintas a las cotizaciones. La intención prioritaria ha sido reducir de manera inmediata el gasto, aplicando de manera acelerada la reducción de la tasa de sustitución, anticipando de 2027 a 2019 la puesta en práctica del FS y sustituyendo el mecanismo de revalorización automática por un

inesperado IR, haciendo recaer el coste de las reformas exclusivamente sobre los pensionistas actuales y futuros.

Se trata de medidas seudodemocráticas adoptadas con premura, que indican la urgencia por satisfacer pretensiones bien diferentes al interés social y que, según ZUBIRI (2012, pág. 89) –entre otros–, no garantizan la suficiencia financiera. La reforma no está pensada para hacer sostenible el sistema a medio y largo plazo, sino en pro de quienes están obteniendo o pueden obtener ventajas en sus resultados: básicamente, el mercado financiero y sus aledaños.

Es denunciable la ausencia de estudios institucionales serios sobre el impacto distributivo de la reforma sobre los futuros pensionistas, que detallen las consecuencias sobre quienes acumulan menos derechos contributivos y las discriminaciones de género y edad que se producen. Las estimaciones paralelas realizadas anuncian la reducción en los próximos años del valor real la cuantía de las pensiones. Las reformas propuestas ignoran o dejan en un segundo plano los efectos sobre la equidad o la justicia que debe incorporar cualquier reforma del sistema de Seguridad Social. El hecho de que la reforma propuesta no contemple explícitamente un criterio de equidad o justicia, no implica que no tenga efectos redistributivos que no son neutrales y que, a la postre, son claramente regresivos.

A partir de estas reflexiones, apostamos por un criterio de justicia y equidad en el que prime el derecho vitalicio a la seguridad económica de las personas mayores, independiente de las diferencias en la esperanza de vida, que contemple otras contribuciones no monetarias en la valoración del esfuerzo contributivo y el derecho a la garantía de una vida digna.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA EN LA PARTE II

BANCO MUNDIAL: Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento. Oxford University Press, Oxford, 1994.

BARR, N. y DIAMOND, P.: *La reforma necesaria. El futuro de las pensiones*. El Hombre del Tres. Madrid, 2012.

CCOO.: Valoración del Anteproyecto de Ley reguladora del Factor de sostenibilidad (FS) e Índice de Revalorización de las Pensiones (IRP). Propuestas alternativas. Confederación Sindical de Comisiones Obreras, 2013. Disponible en:
<http://www.pensionsimientes.cat/wp-content/uploads/2013/10/Informe-CCOO-20130924-Anteproy.Ley-FS-IRP.pdf>

C.E.S.: Sobre el Anteproyecto de Ley reguladora del Factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social. Dictamen del Consejo Económico y Social, aprobado en el pleno de 26/9/2013. Disponible en:
<http://www.ces.es/documents/10180/631510/Dic072013.pdf>

C.I.S.: *Barómetro de marzo*. Centro de Investigaciones Sociológicas, estudio 2.864. 2011. Disponible en:
http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2860_2879/2864/Es2864.pdf

C.I.S.: *Opinión pública y Política fiscal (XXX)*. Centro de Investigaciones Sociológicas, estudio 2.994. 2013. Disponible en:
http://www.cis.es/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14030&cuestionario=16829&muestra=22387

COMITÉ DE EXPERTOS: Informe del Comité de Expertos sobre el Factor de Sostenibilidad del sistema público de pensiones. Junio, 2013. Disponible en:
http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/groups/public/documents/rev_anexo/rev_032187.pdf.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: *Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo.*
Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011, Madrid.

HOYO LAO, A.: El Factor de Sostenibilidad en el Sistema Público de Pensiones y su entrada en vigor. El Factor de Equidad Intergeneracional “ajustado a la edad de acceso a la jubilación”. *Economía Española y Protección Social*, VI, 2014.

MESS: Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de ley reguladora del factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Seguridad Social. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2013. Disponible en:
<http://www.uv.es/pensiones/docs/factor-sostenibilidad/Memoria.pdf>

MUÑOZ DE BUSTILLO, R., DE PEDRAZA GARCÍA, P., ANTÓN PÉREZ, J. I. Y RIVAS HERRERO, L. A.: Vida laboral y pensiones de jubilación en España: simulación de los efectos de una reforma paramétrica. *Revista Internacional de Seguridad Social*, vol. 64/1, 2011.

NATALI, D.: La reforma de las pensiones en la Unión Europea: cambios en las políticas nacionales y coordinación de la Unión Europea, en Frades, J. (Coord.: *El sistema de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas*. Fundación Francisco Largo Caballero y Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2011.

RUESGA BENITO, S.M.: En recuerdo de los trabajos del Comité de Expertos para la elaboración del factor de sostenibilidad de las pensiones públicas. La visión de un Experto perplejo. *Relaciones Laborales*, nº 5, 2014.

ZUBIRI ORIA, I.: Reforma y sostenibilidad del sistema de pensiones: una valoración crítica. *Economía Española y Protección Social*, IV, 2012.

ZUBIRI ORIA, I.: El sistema de pensiones en la encrucijada: reformulación o liquidación. *Documentación Social*, nº 170, 2013.

6. BIBLIOGRAFÍA COMPLETA

ALONSO SAN ALBERTO, D. Y PAZOS MORÁN, M.: Equidad y eficiencia en el sistema español de pensiones: una revisión crítica. *Papeles de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, 4/10, 2010

BANCO DE ESPAÑA: *La reforma del sistema de pensiones en España*. Dirección General del Servicios de Estudios, 2010.

BANCO MUNDIAL: Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento. Oxford University Press, Oxford, 1994.

BARR, N. Y DIAMOND, P.: *La reforma necesaria. El futuro de las pensiones*. El Hombre del Tres. Madrid, 2012.

BOADO PENAS, M.C. Y LANOT, G.: Impacto redistributivo y solvencia ante reformas en el sistema de pensiones español. Una aproximación a partir de la muestra continua de vidas laboral. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, FIPROS, 2012.

BRAVO FERNÁNDEZ, C.: Criterios y alternativas para abordar una nueva reforma del sistema público de pensiones en el marco del Diálogo Social. *Informes de la Fundación 1º de Mayo*, Madrid, 2010.

BRAVO FERNÁNDEZ, C. Y MARÍN-SERRANO, E.: Las reformas de pensiones en Europa: alternativas negociadas vs. el modelo del Libro Blanco. *Lan Harremanak* 26, 2012, pp: 75-94.

BUDIA ALDANA, P.J.: La escala de porcentajes de la Ley 27/2011: un enfoque actuarial para un nuevo modelo sostenible. *Economía Española y Protección Social* nº 6, 2014.

CCOO.: Valoración del Anteproyecto de Ley reguladora del Factor de sostenibilidad (FS) e Índice de Revalorización de las Pensiones (IRP). Propuestas alternativas. Confederación Sindical de Comisiones Obreras, 2013. Disponible en:
<http://www.pensionsimentides.cat/wp-content/uploads/2013/10/Informe-CCOO-20130924-Anteproy.Ley-FS-IRP.pdf>

C.E.S.: Sobre el Anteproyecto de Ley reguladora del Factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social. Dictamen del Consejo Económico y Social, aprobado en el pleno de 26/9/2013. Disponible en:
<http://www.ces.es/documents/10180/631510/Dic072013.pdf>

C.I.S.: *Barómetro de marzo*. Centro de Investigaciones Sociológicas, estudio 2.864. 2011. Disponible en:
http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2860_2879/2864/Es2864.pdf

C.I.S.: *Opinión pública y Política fiscal (XXX)*. Centro de Investigaciones Sociológicas, estudio 2.994. 2013. Disponible en:
http://www.cis.es/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14030&cuestionario=16829&muestra=22387

COMITÉ DE EXPERTOS: Informe del Comité de Expertos sobre el Factor de Sostenibilidad del sistema público de pensiones. Junio, 2013. Disponible en:
http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/groups/public/documents/rev_anexo/rev_032187.pdf

CONDE-RUIZ, J. I. Y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, C. I.: Reforma de pensiones 2011 en España, *Hacienda Pública Española*, 204, 2013.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: *Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011, Madrid.

DE LA FUENTE MORENO, A. Y DOMENECH VILARIÑO, R.: El impacto sobre el gasto de la reforma de las pensiones: una primera estimación. *Colección de Estudios Económicos* 03, FEDEA, 2011.

DEVESA CARPIO, J.E, DEVESA CARPIO, M., DOMÍNGUEZ FABIÁN, I., ENCINAS GOENECHEA, B., MENEU GAYA, R. Y NAGORE GARCÍA, A.: Sobre las inequidades del Sistema contributivo de jubilación en España: ¿se han impuesto los ideólogos a los actuarios? *Economía Española y Protección Social*, IV, 2012.

- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. M.: La reforma de las pensiones en España: una aproximación económica. *Documento de Trabajo* 02/2012. Instituto Universitario de Análisis Económico y Social. Universidad de Alcalá de Henares.
- DURÁN HERAS, A. Y QUÍLEZ FELEZ, M.T.: Sistemas de pensiones en Europa. FUNCAS, *Cuadernos de información Económica*, 251, 2010.
- FEDEA: La reforma de las pensiones, 2010. Disponible en:
<http://www.crisis09.es/pensiones/pensiones.pdf>.
- FERNÁNDEZ CORDÓN, J. A.: Demografía y reformas del sistema de pensiones. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extraordinario, 2010.
- GARCÍA RUBIO, D., GORDO MORA, E. Y MANRIQUE SIMÓN, M.: Reforma de los sistemas de pensiones en algunos países de la UEM. *Boletín Económico del Banco de España* Julio-Agosto, 2011.
- GONZÁLEZ CALVET, J.: Notas sobre el sistema de pensiones, en *Por un sistema de pensiones público sostenible*. Colección Informes nº 6. Fundación Rafael Campalons, Barcelona, 2010.
- HOLZMANN, R.: Sistemas de pensiones en el mundo y sus reformas: factores, tendencias y desafíos mundiales. *Revista Internacional de la Seguridad Social*, vol. 66/2, 2013.
- HOYO LAO, A.: El Factor de Sostenibilidad en el Sistema Público de Pensiones y su entrada en vigor. El Factor de Equidad Intergeneracional “ajustado a la edad de acceso a la jubilación”. *Economía Española y Protección Social*, VI, 2014.
- JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A.: ¿Es urgente reformar las pensiones? *El País* 11-Julio-2013.
- JIMÉNEZ MARTÍN, S., NICODEMO, C. Y RAYA, J. M.: El diferente impacto del género en el sistema de pensiones español. Ministerio de Trabajo e Inmigración, FIPROS 2009/13, 2009. Disponible en:
<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/143935.pdf>
- MARTIN, J. P. Y WHITEHOUSE, E.: Reforming Retirement-Income Systems: Lessons from the Recent Experiences of OECD Countries. *OECD Social, Employment and Migration Working Papers* nº 66, 2008.
- MENEU GAYA, R. Y ENCINAS GOENECHEA, B.: Valoración de la reforma del sistema de pensiones español de 2011 desde la óptica de la viabilidad financiero-actuarial. Un análisis a través de la MCVL. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, FIPROS. Madrid, 2012.
- MESS: Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de ley reguladora del factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Seguridad Social. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2013. Disponible en:
<http://www.uv.es/pensiones/docs/factor-sostenibilidad/Memoria.pdf>
- MTI.: Memoria Económica del Anteproyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social. Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011. Disponible en:
http://www.uco.es/ugt/v2/images/stories/Ficheros/110219_MEMORIA_ECONOMICA_ALEY_SEG_SOCIAL.pdf

MUÑOZ DE BUSTILLO, R. (Dir.): La cuantía de las pensiones a medio plazo, sus efectos sobre el sistema de pensiones y el estudio de alternativas. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, FIPROS, 2007. Disponible en:

<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/106349.pdf>

MUÑOZ DE BUSTILLO, R., DE PEDRAZA GARCÍA, P., ANTÓN PEREZ, J. I. Y RIVAS HERRERO, L. A.: Vida laboral y pensiones de jubilación en España: simulación de los efectos de una reforma paramétrica. *Revista Internacional de Seguridad Social*, vol. 64/1, 2011.

NATALI, D.: La reforma de las pensiones en la Unión Europea: cambios en las políticas nacionales y coordinación de la Unión Europea, en Frades, J. (Coord.: *El sistema de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas*. Fundación Francisco Largo Caballero y Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2011.

OCHANDO CLARAMUNT, C.: La reforma del sistema público de pensiones del Gobierno del Partido Popular, en SÁNCHEZ ANDRÉS, A. Y TOMÁS CARPI, J. A. (Dirs.: *Crisis y política económica en España. Un análisis de la política económica actual*. Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona, 2014 a.

OCHANDO CLARAMUNT, C.: La reforma del sistema público de pensiones del gobierno del Partido Popular en España: sus efectos sobre el bienestar. Comunicación 2014 *International Conference The Decline of the Middle Classes Around the World?* Organizada por APPAM, UNED y School of Public Policy, Segovia 28 y 30 de Setiembre 2014 b.

QUÍLEZ FÉLIZ, M.T.: El sistema de pensiones tras la reforma: proyecciones de gasto, efectos y sostenibilidad. *Seminario “La reforma del Sistema de Pensiones en España”*. Santander, 2011.

RUBIO LARA, M. J.: La reforma de las pensiones de jubilación en perspectiva comparada. ¿Del Estado de bienestar al Estado regulador? en DEL PINO MATUTE, E. Y RUBIO LARA, M.J. (Eds.): *Los Estados de bienestar en la encrucijada. Políticas sociales en perspectiva comparada*. Tecnos, Madrid, 2013.

RUESGA BENITO, S.M.: En recuerdo de los trabajos del Comité de Expertos para la elaboración del factor de sostenibilidad de las pensiones públicas. La visión de un Experto perplejo. *Relaciones Laborales*, nº 5, 2014.

SALVADOR CIFRE, C.: La protección de la mujer en la vejez en el sistema de pensiones español. *Revista Internacional de Seguridad Social*, vol. 66/1, 2013.

VARELA DONOSO, J.: Los mecanismos de ajuste automático en la sostenibilidad del sistema de pensiones tras la reforma. ¿Cómo implementar en la práctica el factor de sostenibilidad? Indicadores de sostenibilidad, experiencia de otros países. *Seminario: La reforma del Sistema de Pensiones en España*, Santander, 2011. Disponible en: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/indice/contenidos/Seminario-La-reforma-del-sistema-de-pensiones-en-Espana-Santander-2011.pdf

ZUBIRI ORIA, I.: Reforma y sostenibilidad del sistema de pensiones: una valoración crítica. *Economía Española y Protección Social*, IV, 2012.

ZUBIRI ORIA, I.: El sistema de pensiones en la encrucijada: reformulación o liquidación. *Documentación Social*, nº 170, 2013.

Clásicos de la Seguridad Social

Literatura clásica de la Seguridad Social

SEVERINO AZNAR Y EMBID (1870-1959): Política y Seguridad Social desde el Catolicismo Social

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

Severino Aznar Embid (nace en Tierga, el 10 de febrero de 1870, y fallece en Madrid, el 19 de noviembre de 1959). En su vida fue sobre todo un ideólogo y hombre de acción del catolicismo social, sociólogo, demógrafo, académico y periodista. Toda esta actividad fue puesta al servicio, en su mayor parte, del catolicismo social. Su vocación y todas sus inquietudes fundamentales a lo largo de su larga vida residieron en su interés por los problemas sociales, la política social, la reforma social y la implantación de los seguros sociales en España; y todo ello desde los presupuestos ideológicos de la doctrina social de la Iglesia católica. Los distintos ámbitos de las ciencias sociales donde tránsito habitualmente eran, en el fondo, para él herramientas instrumentales al servicio de esa inquietud principal y de la práctica de la acción social (Ello se refleja perfectamente en su producción, paradigmáticamente, “La función social de la religión”, 1929, 3-43). Su familia era de origen humilde –obrera-. Inició la carrera de sacerdocio en el Seminario de Zaragoza, que abandonó para estudiar Filosofía y Letras en Zaragoza, haciendo el doctorado en Madrid. Ejerció el periodismo y tras asistir en Tarragona (1904) a una intervención del Padre Vicente se consagraría a la tarea del catolicismo social. Había colaborado con el Instituto de Reformas Sociales (creado por Decreto de 23 de abril de 1903) y en 1914 inició su actividad en el Instituto Nacional de Previsión (constituido por Ley el 27 de febrero de 1908), situándose, por tanto, el período fundacional del intervencionismo público en materia social (aunque no fue uno de promotores directos de estos “Institutos”). Fue fundador de la revista *Paz Social*, en 1907. Colaboró también en otras publicaciones como *El Correo Español*, *El Debate*, *La Gaceta* o *ABC*. Se doctoró también en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, en octubre de 1911, versando su tesis doctoral sobre *La conciliación y el arbitraje*. Elección temática que refleja su inmersión y dedicación activa en las cuestiones sociales en esa etapa especialmente fructífera en su producción intelectual. Precisamente sería nombrado Asesor técnico social en el Instituto Nacional de Previsión (1914). También impartió clases en el Seminario de Madrid y en la Academia Universitaria Católica.

Académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas desde 1921, con la medalla 16, donde leyó su conocido y equívoco discurso sobre *La abolición del salariado*. Obtuvo también la Cátedra de Sociología en votación celebrada el 31 de mayo de 1916. Formaba parte del Tribunal Eduardo Sanz y Escartín, vinculado a los inicios del catolicismo social en nuestro país, aunque paradójicamente votaría a José Castillejo (sobre el pensamiento y acción social de Sanz y Escartín, véase exhaustivamente, Monereo Pérez,

J.L., 3 ss., 68 ss., y 116 ss.). En los inicios de la implantación de la Dictadura franquista, fue nombrado Director General de Previsión, y desde ese cargo impulsaría la instauración de los subsidios familiares y otras formas de aseguramiento social. Fue Director del Instituto Balmes de Sociología desde su creación y hasta su fallecimiento (1943-1959); allí desplegó una labor relevante para la implantación de la sociología y el desarrollo de otras ciencias sociales. Y ello a pesar de que Severino Aznar no tuvo como centro neurálgico de su actividad profesional precisamente los estudios estrictamente sociológicos. Significativamente, la publicación más importante del Instituto Balmes de Sociología fue la Revista Internacional de Sociología, publicada a partir de 1943, por él fundada y bajo la dirección ininterrumpida del propio Severino Aznar hasta el número 68, de octubre a diciembre de 1959. Le sucedería en la dirección Carmelo Viñas y Mey, discípulo suyo. El Instituto Balmes llevaría a cabo numerosas publicaciones sobre sociología internacional, historia social, estudios demográficos, problemas agrarios (tanto en cuestiones relativas a la reforma agraria como al aseguramiento social en la agricultura), Jurados de Empresa, etcétera. Tendría varios discípulos relevantes, como Antonio Perpiña Rodríguez, Carmelo Viñas y Mey, Luis Legaz Lacambra, Jesús María Vázquez y el jesuita Florentino del Valle (Iglesias Ussel, 2001, 116 ss., el cual relativiza la vocación y las aportaciones a la sociología propiamente dicha de Severino Aznar, concluyendo que “no fue ni el precursor ni el fundador que hubiera necesitado la sociología española entre 1916 y 1940”).

Pero, al mismo tiempo, fue un hombre de acción política, siendo uno de los fundadores de la Democracia Cristiana en España y del Partido Social Popular, fundado en 1922, durante un breve periodo previo a la imposición de la Dictadura de Primo de Rivera. Transcurrido el tiempo, con la instauración de la Dictadura de Francisco Franco tras la Guerra (in)Civil, fue designado Director General de Previsión (ya desde el Gobierno de Burgos en 1938). Asume plenamente el ideario y los valores del franquismo y se acentúa en su pensamiento la siempre presencia del “tradicionalismo” (en la postguerra civil ya habla abiertamente de “comunión tradicionalista”; “Las encíclicas “Rerum Novarum” y “Quadragesimo Anno””, 1941, 157-169, con referencia a las instituciones del nuevo régimen franquista y con apoyo en pensadores tradicionalistas como Juan Donoso Cortés, Juan Manuel Ortí y Lara, Juan Vázquez de Mella). Severino Aznar refuerza así su comunión con el tradicionalismo dejando atrás gran parte del ideario más avanzado y abierto de la democracia cristiana. No es de extrañar que su hijo, Agustín Aznar, llegase a ser una personalidad eminente del movimiento falangista. No obstante su adhesión originaria al franquismo, su vida estuvo muy marcada por la perdida durante la Guerra Civil de tres de sus siete hijos (de los cuatro varones, tres murieron), le sobrevivió su hijo Agustín Aznar (1911-1984), personalidad de la Falange y que se casaría con Dolores Primo de Rivera.

No se puede olvidar la preocupación innegable en su pensamiento originario por la defensa y protección de la institución de la familia cristiana frente a las nuevas orientaciones y política familiares y las políticas de control de la natalidad (que él aprecia, de modo simplificador, como una suerte de “neomalthusianismo” social). Por lo demás, la política familiar en España, a la cual Aznar aportó buenos servicios, estaba puesta al servicio de la ideología integrista y legitimadora del régimen franquista a través de una orientación confesional del Estado (el cual debería garantizar los valores religiosos y la preeminencia de la Iglesia Católica) y de protección de la “raza” (subsidios familiares; premios de natalidad, el “plus familiar”; doctrina del “salario familiar”, legislación protectora de las familias numerosas, seguro de maternidad, mutualidades escolares, etcétera). Ello suponía en la

práctica una aplicación empírica y política sesgada y desvirtuadora de gran parte del ideario del “Código Social de Malinas” en cuya elaboración estuvo directamente implicado. En buena medida, se puede decir que su compromiso político con el régimen de la dictadura supuso una claudicación respecto de la defensa de los valores de la democracia cristiana: claudicación respecto al compromiso con la democracia, el sindicalismo libre y separado entre sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales, defensa de un tradicionalismo rancio, etcétera (En contraposición se encontraban los demócratas cristianos de Italia, como Toniolo y de otros países europeos que resistieron frente a la instauración de los gobiernos antidemocráticos de la época de entre las dos guerras mundiales y defendieron la democracia parlamentaria). Adviértase que todavía en el Prólogo (intitulado “El pensamiento social de Mella”), al Volumen XXIV de las “Obras Completas de Juan Vázquez de Mella y Fanjul, de 20 de junio de 1934, todavía podría afirmar que “Ese régimen corporativo [defendido por Mella], hacia el cual vuelven los Estados modernos los ojos como hacia una tabla de salvación, es un fragmento del viejo programa carlista; y por ello Mella lo defendía cuando nadie pensaba en él” (LXXXIV). Pero añadía después: “Se advierte un movimiento favorable a la autarquía de la Familia, de la Corporación, de la Universidad, del Municipio y la Región. Nadie luchó por ella con más fortuna intelectual que Vázquez de Mella. Las dos grandes corrientes que amenazan anegar hoy el mundo son el Comunismo y el Fascismo. Y ninguna de las dos es muy respetuosa con la soberanía social, porque las dos son absolutistas. Pero esas corrientes aunque son, como las inundaciones, devastadoras y difícilmente refrenables, como las inundaciones, son también efímeras. Y pasan” (CXII, párrafo que ponen fin al extenso Prólogo).

Pese a todo, Severino Aznar, como otras personalidades (Joaquín Azpiazu, Florentino del Valle, Ángel Herrera Oria, etcétera), acabaron comprometiéndose con el nuevo régimen y pusieron un catolicismo social desvirtuado y sesgado al servicio legitimador del régimen de la Dictadura de Franco. El modelo de catolicismo social se vencería hacia la dirección tradicionalista, integrista, confesional tanto en la vertiente política (con la defensa de la “democracia orgánica”) como en la vertiente sindical (corporativista vertical; organización sindical corporativista de Derecho público, mixta y obligatoria; el llamado “sindicato vertical”), en notoria contraposición con el ideario originario *predominante* del “Grupo de la Democracia Cristiana” que había sido impulsado y fundado por el propio Severino Aznar. La política de seguros sociales (previsión social, primero, y después Seguridad Social) sería utilizada como una arma de legitimación del régimen franquista con el centro de gravedad ideológico de defensa de la familia y de la paz social y la armonía entre las clases y su traslado al “comunitarismo de empresa” (prontamente, la Ley de 14 de diciembre de 1942 crea el seguro obligatorio de enfermedad; al mismo tiempo que se van aprobando un conjunto de normas que desmantelan los derechos fundamentales y los derechos colectivos y sindicales de los trabajadores). Adviértase que el régimen de Franco adopta en 1939 dos decisiones importantes en el plano internacional abiertamente contrarias al ideario del Grupo de la Democracia Cristiana: abandonar la presencia de nuestro país en la OIT y en la Sociedad de Naciones.

Severino Aznar fue un reformador social comprometido con la instauración de los seguros sociales, desde la ideológica del catolicismo social como corriente de pensamiento e inicialmente desde los postulados políticos de la democracia cristiana (aunque no se le puede considerar como uno de los fundadores originarios del Instituto Nacional de Previsión, como sí es el caso de personalidades como José Maluquer y Salvador (1863-1931) (sin duda el

gran fundador) o Álvaro López Nuñez (1865-1936), éste último discípulo de Maluquer (López Nuñez tendría, a su vez, otros grandes discípulos como Luís Jordana de Pozas). A su interés por cuestiones relativas a la demografía, a la agricultura, a la familia campesina, al seguro social, subyacía su preocupación por la defensa de la institución familiar como célula fundamental de la sociedad y su ideario de catolicismo social. Con este enfoque orientó su actividad como sociólogo, demógrafo, periodista, escritor y académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Se incorporó al INP, de composición ideológicamente muy plural, pero con una fuerte presencia de pensadores adscritos al catolicismo social, que pretendían poner en práctica el ideario de la doctrina social de la Iglesia. 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). Fue un escritor particularmente prolífico reflejándose en varios libros y numerosos artículos; una gran parte sobre problemas sociales y seguros sociales. Esta preocupación por la cuestión social no le impidió en ningún momento crucial tener acceso a las élites políticas y a los gobiernos (Bajo la Dictadura de Primo de Rivera, de cuya Asamblea Nacional formó parte como representante de la Cultura; o del franquismo; o con conexiones desde 1938 con José María Escrivá de Balaguer y el Centro de Estudiantes Dya, precedente del Opus Dei) (Iglesias de Ussel, J., 2001, 104-105). Por lo demás, Severino Aznar se integró plenamente en régimen de la Dictadura de Franco, siendo Procurador en las Cortes franquistas –en representación de la Organización Sindical– en la segunda legislatura, defendió sus bases fundamentales establecidas en las llamadas “Leyes Fundamentales” del régimen y justificaría el sindicato vertical, corporativo, mixto y de afiliación obligatoria, por contraposición a su visión originaria anterior a la Guerra Civil.

Fue técnico del Instituto de Reformas Sociales (creado en 1903 a iniciativa de José Canalejas, y en el que trabajó con José Maluquer y Salvador, Álvaro López Nuñez, Gumersindo de Azcárate, Adolfo G. Posada, Adolfo Buylla, y Pedro de Sangro y Ros de Olano, entre otras personalidades del reformismo plural presente en dicha institución) y el Instituto Nacional de Previsión. Aunque no tenía la condición de jurista, se ocuparía de la legislación social de índole estrictamente laboral y de previsión y Seguridad Social; las cuestiones demográficas y la economía social vinculadas a los problemas sociales y de reforma social. Ello le permitió intervenir en la preparación de las primeras leyes laborales y de protección social pública. 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. Fue fundador y Director de la revistas *La Paz Social* (1907); Profesor de Problemas Sociales en el Seminario de Madrid, y de Economía Social en la Academia Universitaria Católica; de una importante Colección de Libros, “Ciencia y Acción”, del editor Saturnino Calleja, y Secretario general de la Comisión Permanente de las Semanas Sociales (impulsadas por él mismo a través de su contacto con H. Lorin, iniciador de las mismas en 1904 y Presidente de las Semanas Sociales de Francia (Iglesias Ussel, J., 2001, 107). Por lo demás, mantiene estrechas conexiones con el movimiento del catolicismo social europeo, siendo *uno de los redactores del Código Social de Malinas*, que constituyó un documento fundamental de la doctrina social católica de su época

El ideario de Severino Aznar es el propio del catolicismo social, y como hombre de acción participó de manera determinante como impulsor directo 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 Álvaro López Nuñez, Inocencio Jiménez y Maximiliano Arbolea Martínez. Su programa estaba intensamente penetrado por la ideología del catolicismo social y de inspiración en la filosofía neotomista. El Grupo de la Democracia Cristiana planteó el problema social y asociativo y de elaboración de las leyes sociales como una alternativa también de carácter “defensivo”, pues refiriéndose a los socialistas el propio Severino Aznar señaló que “saben que no hay revolución si hay sindicalismo católico antirrevolucionario” (Aznar, S., 1919; Monereo Pérez, J.L., 2010, 27).

Estuvo particularmente influenciado en su vocación por el Padre Antonio Vicent (1837-1912) y sus conocidos Círculos; el Padre Vicent, muy influido por la Encíclica *Rerum Novarum* (1891) sienta las bases del catolicismo social en España. Su libro más significativo fue *Socialismo y Anarquismo. La Encíclica de S.S. León XIII. “De conditione opificum, y los Círculos de obreros católicos* (1893). Bajo su penetrante influencia S. Aznar dedicó prácticamente toda su obra principal a la política social y la instauración de los seguros sociales en España. Para él los seguros sociales (la Seguridad Social y en general la política social) encarnaban los ideales del catolicismo social, el espíritu de solidaridad social y comunión entre los miembros de la sociedad. Es con esa vocación e identificación de su destino y vocación como se explica la fundación del movimiento de las Semanas Sociales y la revista *La Paz Social* (1907, dirigida por Severino Aznar, y en cuya fundación participarían Inocencio Jiménez y Salvador Minguijón); y como, en la misma secuencia ideológica, impulsa la fundación del “Grupo de la Democracia Cristiana” y del “Partido Social Popular” (1922). Para Severino Aznar, existía una incompatibilidad, en términos de principio, entre la doctrina social católica y el socialismo (paradigmáticamente, su trabajo “Catolicismo y socialismo”, 1934, 91 ss.), el único punto de proximidad podría encontrarse en la lógica del institucionalismo reformista social y pluralista que inspiraba y subyacía a los dos grandes Institutos (el IRS y el INP), de composición ideológica muy pluralista, pero encaminados a llevar a cabo una acción de reforma de la sociedad en un sentido más integrador entre las clases sociales y orientado hacia la realización de la “justicia social” o “legal” más allá de la caridad (que se mueve una diversa perspectiva sobre el tratamiento de los problemas sociales) y, obviamente, del paternalismo social. Para ello apuesta tanto por la acción directa de los católicos organizados (sindicalismo católico; partido de la democracia cristiana, etc.), como a través de la legislación estatal protectora de los derechos de las clases trabajadores y más ampliamente de las clases más desfavorecidas.

Dada su implicación y compromiso con la política social, reforma social y los seguros sociales, no sólo intervino activamente en el IRS y en 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, los Congresos de Política Social y las Conferencias Internacionales del Trabajo y sobre seguros sociales obligatorios). En el IRS desplegó una importante labor, permaneciendo en él hasta su disolución (“refundición” en lenguaje oficial, elusivo, de la Dictadura) impuesta en 1924 por el régimen de la Dictadura de Primo de Rivera, siendo absorbido institucionalmente en el Ministerio de Trabajo, y con ello suprimiendo la participación directa de las representaciones plurales que había caracterizado a la vida y estructura interna del IRS (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 la Dictadura del General Primo de Rivera, S. Aznar fue uno de los muchos integrantes del IRS

y del INP que continuarían su labor bajo el nuevo régimen de la Dictadura; a pesar de que durante la misma se alcanzase nada más que a una retórica expansión de los seguros sociales obligatorios, pues el avance de estos fue realmente modesto, primándose más los instrumentos asistenciales de protección social (técnicas de ayuda), que los instrumentos de previsión (técnica de previsión o aseguramiento 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.

Pero, aparte de la preocupación por los seguros sociales y, dentro de ellos, por el seguro familiar (cuya instauración fue siempre una obsesión de Severino Aznar, especialmente desde que lo propusiera en la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra en 1935), seguro de vejez, seguro de maternidad, etcétera, Severino Aznar se ocupó de los problemas de la familia y de la infancia, de la abolición del salariado y su sustitución por el accionariado obrero, las cooperativas de crédito y de consumo, las cajas de ahorros, los problemas demográficos, el sindicalismo católico, los problemas agrarios, la función social de la propiedad, y un largo etcétera dentro de su copiosa producción científica y periodística.

2. PENSAMIENTO SOCIAL, POLÍTICO Y JURÍDICO

La fuente de inspiración fundamental de Severino Aznar 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 en el compromiso político activo a través de su incorporación en el Grupo de la Democracia Cristiana. A partir de ahí el doble compromiso social y político caminarían juntos en su vida.

2.1. En la perspectiva social, destaca su labor en materia de previsión social, la cual le permitió afrontar la atención de las personas más desfavorecidas y necesitadas (niños, personas en situación de pobreza, ancianos, y un largo etcétera). Son muy relevantes y numerosas las publicaciones que hiciera sobre esta materia...

Él pretendía superar la exclusiva atención al individualismo liberal y enriquecerla con la idea social configurada en términos de solidaridad y justicia social en el campo de la previsión y, en general, de la acción social. (Reténgase aquí que para Aznar la solidaridad social nada tiene que ver con la “solidaridad obrera”, pues, en su opinión, “la solidaridad obrera es la guerra de clases que la enloquece y arruina”; cfr. “La función social de la religión”, 1929, 29). Estuvo particularmente implicado en la instauración de los seguros obligatorios. 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). Desde la aceptación de los presupuestos ideológicos de la doctrina social de la Iglesia, Severino Aznar 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.

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”) y el “intervencionismo científico” del Estado. A ellas se unían también la regeneracionista republicana y “costista” (José Maluquer y Salvador) y la socialista (Entre otros, 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, y Ricardo Oyuelos y Pérez, gran civilista e interesado en el estudio de la cuestión social y el aseguramiento público de los accidentes de trabajo).

Es de realzar que 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, colaboración entre las clases en la solución de los problemas sociales, etc.), pero sin cuestionar las estructuras básicas del orden establecido.

Los rasgos principales del “Instituto” fueron los siguientes: 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., 130, reeditado en 2003, 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.

Ciertamente, 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 (aunque, evidentemente, con más limitaciones) 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, pues la composición del INP fue objeto de depuración de todo vestigio de ideología republicana o socialista. 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.

La reforma social en España tuvo un proceso de Institucionalización basado en algunos pilares fundamentales: 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 del Trabajo y de la Seguridad Social.

La actividad del INP estaba dominada por 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.

Ahora bien, detrás del planteamiento técnico de los reformadores de la previsión social se tenía la preocupación por la paz social, la estabilización del sistema y la exigencia de 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 Severino Aznar, aprecia esa fundamentación político-jurídica de la creación de la legislación social. Se hacía notar que no habrá paz en el mundo si perduran estas ingentes masas de hombres privados del derecho a una vida digna (Véase Hatzfeld, H., 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., 1890; y la conocida e importante obra de George, H., 2007; Monereo Pérez, J.L., 2003). Se reclamaba la eficacia moralizadora, integradora y pacificadora de la previsión social (López Nuñez, A., 1920/1943, 128-131; y el mismo *Código Social de Malinas. Esbozo de una síntesis social católica*, 1928, 88-90; Aznar, S., "Prólogo a la Edición Española" del "Código Social", 1928, 5-12).

2.2. Desde el punto de estrictamente político, el nombre de Severino Aznar va unido a los inicios de la Democracia Cristiana en España, como se indicó. Fue precisamente uno de los fundadores del Grupo de la Democracia Cristiana, junto a Maximiliano Arboleya y Álvaro López Nuñez. 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 una política social y en singularmente 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 abriría 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, el propio 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 Adolfo”, Adolfo Álvarez Buylla y Adolfo G. 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 regeneracionista-democrática y del católico-social) y los conservadores reformistas liberales (Dato, José Canalejas...). Dentro de ese amplio espectro Severino Aznar tuvo un particular influencia en lo que se refiere la protección familiar en el sistema de previsión social en España. Hay que señalar, en tal sentido, que en la época de la dictadura franquista dentro del sistema de previsión social la protección familiar y el subsidio familiar tuvo cierta relevancia, aunque no exenta, desde luego, de un exceso de retórica propagandística propia del régimen (Y sin embargo, y de modo harto significativo, la protección de la familia no encontró una cobertura estatal plenamente satisfactoria en la praxis jurídica).

Dentro de la corriente del catolicismo social en el INP, cabe añadir a Álvaro López Nuñez, Inocencio Jiménez (que sucedió por enfermedad a José Maluquer en 1923), y, especialmente en la postguerra, a Luís Jordana de Pozas (discípulo de Inocencio Jiménez y de Álvaro López Nuñez), Severino Aznar 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 originaria 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 publicificación de los seguros imponiendo legalmente su carácter obligatorio.

Como lo expresaba el propio Severino Aznar, el Grupo de la Democracia Cristina, incorporó *en su programa* el Código Social de Malinas (Aznar, S., “Prólogo a la Edición Española del Código Social de Malinas”, 1928, 11). Señalando el Código Social de Malina ha tenido una gran acogida y “es al mismo tiempo una prueba del interés que los católicos ponen en los problemas sociales y una contribución –y no leve– para la solución de los mismos” (*ibid.*, 12). La Unión de Estudios Sociales fue fundada en Malinas en 1920, representaron a España, Severino Aznar y el canónigo Morán. En el “Prólogo” original a la publicación del Código Social de Malinas afirma M. Defourny, Secretario de la Unión y catedrático de la Universidad de Lovaina: que el Código Social deja ver en sus disposiciones

“la doctrina común que la penetra; al lado de las ideas cristianas de justicia y caridad, sin desconocer el valor de la iniciativa personal, y reconociendo al Estado su función legítima, puede advertirse la preocupación de disciplinar los individuos y las naciones, más por las corporaciones de que forman parte –asociaciones libres, familia, profesión, Sociedad de Naciones, Iglesia– que por la acción directa y coercitiva del poder político. Estado doctrina, sin entrar en parte alguna formalmente expresada, es la base implícita de todos los artículos de este Código” (Defourny,M., 1928, 26-27). En el Código se critica el individualismo (29 ss.), se apuesta por la moralización de la economía (32), se defiende a la Sociedad de las Naciones, reflejo de la unión de los pueblos (33), la familia como el soporte de la sociedad e “institución directamente emanada de la naturaleza” (35 ss.), el papel del Estado en la ordenación de la vida cívica, cuya autoridad tiene por función la gerencia del bien común de los miembros que la componen (43 ss.), y “gerente del bien común, la autoridad debe, en primer lugar, proteger y garantizar los derechos de los individuos y de las colectividades que comprende. Porque la violación de estos derechos tiene una repercusión profunda y nefasta en el bien común que el Estado tiene a su cargo” (49-40), se apuesta por “la organización cristiana de las clases” de manera que “la clase se organiza sobre bases legítimas cuando se subordina al interés general, cuando procede como uno de los elementos constitutivos de la organización más general de la sociedad y cuando tiende *a la unión con las demás clases*” (40); la economía debe estar al servicio del hombre (59-60), el trabajo no es una mercancía (“El trabajo no es una fuerza instrumental, una mercancía, que se compra y se vende, que se transporta a voluntad. Es como dice León XIII (Encíclica “*Rerum Novarum*”), “personal, porque la fuerza activa es inherente a la persona. Por tanto, el trabajo debe ser tratado como algo humano, necesario al hombre para su subsistencia, y no como un artículo de comercio”; 67-68); en este sentido, “el capital es el factor instrumental de la producción. Por naturaleza, el capital es el producto de un trabajo pasado que se convierte en instrumento de un trabajo futuro”; 68); la propiedad privada es legítima pero siempre que asuma una función social (69 ss.); las empresas deben una justa remuneración a los trabajadores, con asignación de subsidios familiares (74).

Por otra parte, en el *Código Social* se defiende la organización profesional y los sindicatos, y con ello de los sindicatos de patronos y de los sindicatos de obreros, pero señalando que “la profesión comprende a todos los que cooperan al ejercicio de una profesión”; al mismo tiempo se apuesta por los “contratos colectivos de trabajo” que permiten defender sus respectivos intereses y organizar una estabilidad de su colaboración, “necesaria para el ordenamiento pacífico de la vida profesional”; ello no obstante, se defiende la constitución de sindicatos cristianos, sin perjuicio de la legitimidad de otros tipos de sindicatos de inspiración distinta (74 ss.); respecto a la gestión de las empresas se postula la participación de los trabajadores y el accionariado de trabajo, por lo demás “la cogestión puede realizarse por otros medios útiles, como las delegaciones del personal en los consejos directivos, especialmente en las empresas como servicio público” (77 ss.); la huelga es legítima si está “justificada en su fin y en sus medios” y respeta el interés general, aunque es un “arma peligrosa” (78 ss.); las condiciones de trabajo tienen que ser equitativas y basadas en el “justo valor, justo precio”, evitando los abusos; es condonable la usura del particular y del Estado y en general las actividades meramente especulativas (80 ss.).

Particular relevancia presenta el *Código Social* cuando defiende un orden salarial justo (salario vital; salario mínimo; pero teniendo en cuenta que la noción dada salario vital (que comprende la subsistencia del trabajador y de su familia, y el seguro contra los riesgos

de accidente, enfermedad, vejez y paro) se deduce dos consecuencias: a) La institución llamada de los subsidios familiares, siendo la atribución del subsidio incorporada a todos los contratos, así individuales como colectivos, entre patronos y obreros; b) Tiende a generalizarse el *régimen legal de los seguros sociales*. Es preciso que así sea, y conviene instituir con preferencia Cajas profesionales de seguros, es decir, Cajas alimentadas y administradas conjuntamente por los patronos y los obreros de cada profesión, bajo la fiscalización y con el apoyo de los poderes públicos" (89-90); una reforma tributaria en nombre la justicia social, como ideal es preferible el impuesto único y progresivo sobre la renta ("progresional"), (90-92); el Estado tiene gerente del bien común tiene que ejercer una acción positiva sobre la vida económica (incumbe al Estado imprimir una dirección de conjunto a la economía nacional instituyendo a dicho efecto un Consejo económico-nacional, que permita a los poderes públicos obrar en relación estrecha con los representantes calificados y competentes de todas las ramas de la producción) y sobre las relaciones laborales, pues dicha "acción concierne, ante todo, a la protección de la vida humana; a este primer punto se refieren *las leyes llamadas "de protección obrera"* sobre duración del trabajo diario, la prohibición del trabajo nocturno, el descanso dominical, la higiene y la seguridad del trabajo" (92-95); la vida económica depende de la justicia y de la caridad: aquí entra en juego la *justicia social o legal, que es la que procura el bien común*, del que la autoridad es gerente, y que todo individuo miembro del cuerpo social está obligado a servir y a acrecentar" (95); en la vida internacional se afirma la existencia de una sociedad natural entre las naciones, las cuales son interdependientes: ello da lugar a "un derecho internacional anterior y superior a todo convenio" o tratado (97 ss.); lógicamente la paz es preferible a la guerra en el orden internacional: la guerra debe ser un medio eficaz para obtener el fin que la justifica, es decir, el restablecimiento del orden; y, en relación a todo ello, se apoya la creación y finalidad de la Sociedad de las Naciones y muestra su adhesión: "con fecha 30 de septiembre de 1925, la Unión Internacional de Estudios Sociales votó el texto de un Mensaje a la Sociedad de las Naciones. A petición del ministro de Negocios extranjeros de Bélgica, dicho texto fue oficialmente comunicado al Consejo de Sociedad de las Naciones el 7 de diciembre de 1925"; "la Sociedad de las Naciones, instituida por los Tratados de 1919, responde a dos necesidades: al deber de reconstrucción que se impone a nuestro tiempo, y al deber de transformar, de potencia en acto, el derecho internacional" (99-101); y, por último, se hace una defensa del catolicismo, que no es un sistema político, ni tampoco un sistema científico ni económico; es una religión que quiere penetrar en todas las conciencias individuales y en todas las organizaciones colectivas con sus doctrinas y su "moral santa": "la familia tiene sus derechos, el Estado tiene sus derechos, la profesión tiene sus derechos, la Sociedad de las Naciones tiene sus derechos, la Iglesia tiene sus derechos. Pero todos esos derechos debe ser respectado"; la Iglesia, que sirve a un fine eterno, sostenida en su camino por las sociedades naturales restauradas y ennoblecidas; por la familia, la profesión, la agrupación política y la sociedad internacional (103-107).

Esta constatación de los presupuestos ideológico-políticos y jurídicos permite comprender el pensamiento singular de Severino Aznar, al menos en su mayor parte, porque ciertamente en su etapa madura no sería consecuente con alguno de ellos como señaladamente: la defensa de la democracia parlamentaria; el sindicalismo libre; la plena separación de la Iglesia y el Estado, pues el sistema democrático no admite un Estado de tipo pretendidamente confesional como el que se instaló con la Dictadura del General Franco en nuestro país a partir de la postguerra civil. Figuras significativas de ese grupo de la democracia cristiana se adhieren al ideario político-social del nuevo régimen autoritario tanto

de la Dictadura de Primo de Rivera, como de la Dictadura franquista. Así, Pedro Sangro y Ros de Olano, Severino Aznar, Inocencio Jiménez y Luis Jordana de Pozas, acabaron por defender –con manifiesta contradicción en sus propios términos– una suerte de “democracia cristiana” sin “democracia” política y dentro de un enfoque autoritario en lo político y corporativo en lo social (Y en contraste evidente con los planteamientos de Arboleya Matínez, M., 1947). Pensadores como Severino Aznar tienden a “refugiarse” en las cuestiones sociales y con amplias remisiones al pasado (V.gr., Aznar, S., 1946; 1949) (Monereo Pérez, J.L., 2010, 34).

Del mismo modo que otros ideólogos de la democracia cristiana de su tiempo (Álvaro López Nuñez...), Severino Aznar 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. Todo ello se inscribe en el ideal armonizador y superador de sistema de clases sociales y de la lucha de clases que propicia, que defendía el “*Grupo de la Democracia Cristiana*”.

El Grupo democristiano se mantendría, pero figuras destacadas del mismo participarían en la fundación del *Partido Social Popular* (fundado el 20 de diciembre de 1922) (Severino Aznar, Inocencio Jiménez, Luís Jordana de Pozas, etc.), primer partido político en España de inspiración en la ideología de la Democracia Cristiana y en el neocatolicismo, aunque su composición era más heterogénea, pues su fundación surgiría de distintos sectores de la derecha política en el declive del modelo canovista de la Restauración borbónica. Ello explica que formaran parte personalidades como José Larraz López, Salvador Minguijón, Genero Pozo, Ángel Ossorio y Gallardo, Victor Pradera, José María Gil Robles, José Moneva y Puyol, M. Sancho Inquierdo, J. Ibañez Martín, Luis Díez del Corral, Francisco Barrachina. Como el Partido Social Popular, como el mismo Grupo de la Democracia Cristiana que concurrió a su creación, tenía la mirada puesta en el modelo de “Partido Popolare Italiano”, fundado en 1919. Luigi Sturzo (1871/1959), fue uno de sus fundadores. Este partido fue antecedente ideológico-político de la democracia cristiana. Tras el ascenso del fascismo, en 1924, Sturzo se exilió a Londres y luego a Nueva York. Regresaría a Italia en 1946 después de la guerra, con el derrocamiento del fascismo. Fue designado senador vitalicio, y fuente de inspiración del Partido Democratacristiano. Las vicisitudes políticas del Partido Popular Italiano fueron también complejas. Basta reparar en el hecho de que varios miembros del partido participaron en el primer gobierno de Benito Mussolini en 1922, dividiendo al partido entre los favores y desfavorables de ello, uniéndose los primeros finalmente al Partido Nacional Fascista. El Partido Popular

Italiano fue declarado ilegal por el régimen fascista en 1925; sus líderes fueron encarcelados por éste y muchos se vieron obligados a exiliarse.

El nuevo partido mantenía un doctrina de fuerte impronta corporativista (desconfiaba y tenía cierta ambigüedad respecto al modelo liberal de representación parlamentaria) y se dotó de un programa de regeneración política y de reforma social a través de la puesta en práctica de los postulados del catolicismo social; pretendía luchar contra el caciquismo mediante la representación proporcional, el voto secreto, el voto femenino y el voto corporativo. El nuevo partido de la derecha católica no alcanzó a ser –a lo que aspiraba– un partido de masas. El Partido Social Popular desaparece con la instauración del Directorio militar, aunque formalmente se mantiene hasta 1924, fecha en la que cierra su sede en Madrid y se disuelve de *facto* (Alzaga, 1973, 296; Tusell, 1986, 115; Iglesias Ussel, 2001,113). Pero no así el Grupo de la Democracia Cristina que se mantuvo hasta los inicios de la Guerra Civil en 1936. La mayoría de sus figuras relevantes participaron activamente en la Dictadura de Primo de Rivera (“los colaboracionistas” fue la corriente dominante en la asamblea del PSP celebrada el 19 de diciembre), con alguna excepción significativa (la más importante, sin duda, fue la de Ángel Ossorio y Gallardo, Moneva y Puyol, Álvarez Ude y Genero Poza; con la iniciativa de Ossorio y Gallardo esta corriente minoritaria abandonó el PSP y crearían después una “Sociedad de Estudios Políticos, Sociales y Económicos”). Severino Aznar fue partidario de la colaboración con la Dictadura y llegaría a formar parte, como representante de la cultura, producción y trabajo, de la Asamblea Nacional creada por Primo de Rivera. Era obvio el fracaso del Partido Social Popular y lo que representativa: la acción política democrática del movimiento católico. 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, 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.

Es lo cierto que la dictadura de Primo de Rivera necesita de una legitimación social y pretendía una regeneración nacional por cauces autoritarios. 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, no 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., 1991, 322, *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, S., 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).

Dicha concepción 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 G. 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., 2010). Y en Severino Aznar explica su adhesión al régimen de la dictadura franquista, incluso instrumentalizando su mismo ideal originario de la democracia cristiana y de la doctrina social de la Iglesia desde planteamientos más integristas y tradicionales, como puede observarse en el discurso de S.Aznar, *Las Encíclicas Rerum Novarum y Quadragesimo Ano, precedentes y repercusiones en España*, pronunciado en la Academia de Ciencias Morales y Políticas el 16-XII-1941. En la época franquista, Aznar afirmaría la compatibilidad del corporativismo y organicismo católico con el sindicalismo vertical y con los valores esencialmente cristianos del nacional-sindicalismo del régimen dictatorial. En definitivo, un catolicismo social integrado políticamente, fiel defensor de las instituciones de la denominada «democracia orgánica».

3. BIBLIOGRAFÍA.

A) OBRAS DE SEVERINO AZNAR Y EMBID (SELECCIÓN)

AZNAR,S.: “El riesgo de enfermedad las sociedades de socorros mutuos”, Madrid, 1914. *La acción social agraria en Navarra*, Pamplona, 1916. *La previsión y los médicos*, Madrid, Sobrinos de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1918. “El Grupo de la Democracia Cristiana”, artículo editorial en *El Debate*, 22-X-1919. *La abolición del salariado*, Discurso de recepción de Severino Aznar Embid en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1921. 2ª edición, contestación de Álvaro López Nuñez, Madrid, RACMP, Imp. de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1921. *El retiro obrero y la agricultura*, Madrid, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1925. *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. (1906). ““El Padre Antonio Vicent. Etapas de una vida religiosa, original de 1912”, reproducido en *Razón y Fé*, núm.123 (1941). *Las Encíclicas “Rerum Novarum” y “Quadragesimo 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 documentos, recogido en *Estudios religioso-sociales*,

Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949. “La función social de la Religión” (1929), recogido en *Estudios religioso-sociales*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949. “Catolicismo y socialismo” (1934), 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. “Abusos del régimen capitalista”, en *RGLJ*, noviembre, 1924. *Algunas acotaciones al nuevo régimen legal de retiros obreros*, Madrid, Sobrinos de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 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. “Prólogo a la Edición Española del Código Social de Malinas”, UNIÓN INTERNACIONAL DE ESTUDIOS SOCIALES: *Código Social. Esbozo de una síntesis social católica*, Prólogo de Severino Aznar, Madrid, Talleres Voluntad, Serrano, 48, 1928. *Despoblación y colonización*, Barcelona, Ed. Labor, 1930. “El pensamiento social de Vázquez de Mella”. Prólogo al vol. XXIV de las *Obras Completas de Juan Vázquez de Mella y Fanjul. Temas Sociales*, Madrid, Junta Homenaje a Mella, Imprenta Subirana, 1934, pp. XI-CXII. *Del salario familiar al seguro familiar*, Santander, Ministerio de Organización y Acción Sindical, 1939. *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. *Estudios económico-sociales*, Prólogo de José Larraz, Ex Ministro de Hacienda, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Colección “Ecos del Catolicismo Social en España”, 1946. *Los Seguros Sociales*, Prólogo de Luis Jordana de Pozas, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Colección “Ecos del Catolicismo Social en España”, 1947. *Estudios religioso-sociales*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, colección “Ecos del Catolicismo Social en España”, 1949. “El P. Antonio Vicent. Etapas de una vida religiosa, original de 1912”, reproducido en *Razón y Fé*, 123 (1941). *Instituto Nacional de Previsión. Recuerdos del tiempo viejo*, Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, 1946. *La revolución española y las vocaciones religiosas*, Madrid, IEP, 1949. “Las Ocho primeras Semanas Sociales de España”, en VV.AA.: *Hacia una más justa distribución de la riqueza*, Ed. Secretariado de la Junta Nacional de Semanas Sociales, 1950. “Promedio diferencial de la natalidad, la mortalidad y reproductividad en las regiones más dispares, entre la población rural y urbana y entre las diferentes clases sociales de Madrid,”, en *Estudios demográficos*, núm. 5 (1962). *La vejez del obrero y las pensiones de retiro*, Madrid, Publicaciones del INP, 1915. *La institución de la familia vista por un demógrafo*, Madrid, Ed. CSIC, Colección Estudio Demográficos, reedición a cargo de Julio Iglesias de Ussel, Madrid, CIS/BOE, 2008.

B) SECUNDARIA SOBRE SEVERINO AZNAR Y EMBID, SU ÉPOCA, EL CATOLICISMO SOCIAL, LOS SEGUROS SOCIALES Y LA REFORMA SOCIAL EN ESPAÑA

ALARES LÓPEZ, G.: *Severino Aznar Embid y el Colegio de Aragón (1945-1959)*: *epistolario*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 2013. 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). ÁLVAREZ JUNCO, J. (ed.): *Historia de la acción social pública. Beneficencia y Previsión*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990. ANDRÉS GALLEGOS,J.: *Pensamiento y acción social de la Iglesia en España*, Madrid, Espasa-Calpe, 1984; ANDRÉS-GALLEGO,J. y M.PAZO,A.: “Cien años (y algo más) de catolicismo social 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. *Pensamiento y acción social de la Iglesia en España*, Madrid, Espasa-Calpe, 1984. 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, precursores 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. “Las democracias (política, social, civil y económica) en el futuro, fundamentales en la doctrina de la Iglesia”, Madrid, Gráficas Ibéricas, 1947. AZNAR GERNER, S.: “La Seguridad Social en Nueva Zelanda”, en *Revista Española de Seguridad Social*, núm. 4 (1948). 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. BOOTH,W., *In Darkest England*

and the Way Out, London, International Headquarters, 1890. 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 *RSS*, 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. -“De la previsión social a la protección social en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 3 (1989). 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. CARBALLO, F.J.: “El catolicismo social de Severino Aznar Embid”, en la *Revista Aportes. Revista de Historia Contemporánea*, núm. 75 (2011). CASTILLO,J.J.: *El sindicalismo amarillo en España. Aportación al estudio del catolicismo social español (1912-1923)*, Madrid, Edicusa, 1977. CASTILLO, S. (Dir.): *Solidaridad, Seguridad, Bienestar. Cien años de protección social en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo E Inmigración, 2008. 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; Íd.: “Estudios sobre el catolicismo social español (1915-1930). Un estado de la cuestión”, en *Studia Historica. Historia Contemporánea*, II, núm.4 (1984) ; “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 Rodríguez*, 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. FERNÁNDEZ CLEMENTE, E. y FORCADELL ÁLVAREZ, C.: “Los orígenes del Catolicismo Social (en Aragón) 1890-1910”, en *Aragón Contemporáneo. Estudios*, Zaragoza, Guara editorial, 1986. FLORENTINO DEL VALLE, P.: *Las reformas sociales en España*, Madrid, Ed. Razón y Fe, 1946; 1FOGARTY,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. GEORGE,H., *Pobreza y Miseria*, Est.prel., de J.L.Monereo Pérez, Ed.Comares, 2007. GÓMEZ MOLLEDA,M^a. D. (dir.): *Los seguros sociales en la España del siglo xx* (3 vols.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988-1989. GÓMEZ NAVARRO,J.L.: *El Régimen de Primo de Rivera*, Madrid, Ed. Cátedra, 1991.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. GUIASOLA,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 (1935-1938)”, en *Revista de Trabajo*, núm. 33 (1971). GIL PECHARROMÁN,J.: *Conservadores subversivos. La derecha autoritaria alfonsina (1913-1936)*, Madrid, Eudema, 1994. LABOA,J.M^a.: *La Iglesia del Siblo XIX. Entre la Restauración y la Revolución*, Universidad Pontificia de Comillas (UPCo), Madrid, 1994. HATZFELD,H., “*Du pauperisme à la sécurité social, 1850-1940*”, París, 1971. HERMET,G.: *Los católicos en la España franquista*, 2 vols., Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 1985. IGLESIAS DE USSEL,J.: “Severino Aznar: Hombre de acción y sociólogo”, en DEL CAMPO, S. (Ed.): *Historia de la sociología española*, Barcelona, Ed. Ariel, 2001. 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 régimen corporativo como sistema de reforma social”, en *Problemas sociales candentes*, Barcelona, Ed. Subirana, 1930. -*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. “Seguridad Social británica”, en *Revista*

Iberoamericana de Seguridad Social, núm. 2 (1953). -“Los Seguros Sociales en el orden internacional”, en *Estudios sobre la unidad económica de Europa*, tomo V, Madrid, 1955. *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. LINZ, J.: “In Memoriam: Severino Aznar, 1870-1959”, en *Kolner Zeitschrift fur Soziologie und Sozialpsychologie*, vol. 2 (1960). LÓPEZ CORIA, Mª.N.: *El pensamiento social de Severino Aznar*, Tesis Doctoral, Madrid, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1986. “Aproximación a la vida y obra de Severino Aznar; un precursor de los estudios sociológicos en España”, en *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 12 (1999). LÓPEZ PENA,I.: “Los orígenes del intervencionismo laboral en España: el Instituto de Reformas Sociales”, en *RT*, núm.25 (1969). LÓPEZ NUÑEZ, Á.: *El código social de Malinas: exposición y comentario*, Madrid, 1928. *Inventario bibliográfico del grupo de la Democracia Cristiana. I. Obras originales*, Madrid, Imp. De Antonio Marzo, 1925. *La ideología de Maluquer*, Madrid, RAJYL, 1932. *Veinte años de legislación social*, Prólogo de M.González Rothvoss, Madrid, Biblioteca Marvá, Juan Ortiz Editor, s/f. (1928); *Ideario de previsión social*, Madrid, 1920 (hay también edición de 1943 publicada por el INP; es una obra básica sobre el tema que tuvo una grandísima influencia en la enseñanza sobre esta materia). *Ideas pedagógicas sobre Previsión*, Madrid, Sucesora Minuesa, 1912. LÓPEZ NUÑEZ,A.y DE HINOJOSA,J.: *Problemas sociales candentes*, Barcelona, Ed. Eugenio Subirana, 1930. 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. 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 extensión*, Madrid, INP, Premio Marvá 1932, 1933. MARTIN GRANIZO,L.: *El Instituto de Reformas Sociales y sus hombres*, Madrid, Patronato de la Escuela Social de Madrid, Impr. F.Domenech, 1947. *Biografía de sociólogos españoles*, Madrid, Servicio de Estudios del Ministerio de Trabajo, 1963. 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 GIRON,J.: *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del derecho español de la Seguridad Social*, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes,

1990. MOLINA CANO, J.: *Epítome de la Política Social*, Murcia, Ed. Isabor, 2007; *La política social en la historia*, Murcia, Ed. Isabor, 2004. 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; 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; "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 Commemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, TORTUERO PLAZA,J.L. (Dir. y Coord.), Madrid, Ministerio 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 Instituto Nacional de Previsión: ubicación histórica, social y político-jurídica", en TORTUERO PLAZA, J.L. (Dir.): *Cien años de protección social en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/Instituto Nacional de la Seguridad Social, 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 Rfos: organicismo y corporativismo social", en *Revista española de derecho del trabajo*, núm.142 (2009). "José Maluquer y Salvador", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm.1 (2014); "Adolfo González Posada", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 2 (2014); "Álvaro López Nuñez", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 3 (2014); "William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de Seguridad Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 4 (2015). 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. MONTOYA MELGAR,A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, 2^a 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. NITTI,F.: *El socialismo católico*, traducido por P.Dorado, Prólogo de Adolfo Buylla, Salamanca, Imprenta de F. Nuñez Izquierdo, 1893. NÚÑEZ ENCABO, M.: *El nacimiento de la sociología en España: Manuel Sales y Ferré*, Editorial Complutense, 1999; *Id.*: “El centenario de la primera Cátedra de Sociología (Sales y Ferré y los orígenes de la Sociología en España)”, *Sistema*, nº. 148 (1999). OSSORIO Y GALLARDO,A.: *Mis Memorias*, Madrid, Ed.Tebas, 1975.PALOMEQUE LÓPEZ,M.C.: *Derecho del trabajo e ideología*, 5^a ed., Madrid, Tecnos, 1995.PAYNE,S.G.: *El catolicismo español*, Barcelona, Ed.Planeta, 1984. PAZOS, A. M. (Coord.): *Un siglo de catolicismo social en Europa (1891-1991). Coloquio Internacional en el centenario de la encíclica Rerum Novarum (Pamplona 16 y 27 de abril de 1991)*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, “Historia de la Iglesia” (22), 1993. PELÁEZ ALBENDEA, M.J.: “Aznar Embid, Serverino (1870-1959)”, Voz en PELÁEZ ALVENDEA,M.J. (Dir.): *Diccionario crítico de juristas Españoles, portugueses y latinoamericanos*, Vol. I, Zaragoza/Barcelona, 2005. 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 Ossorio y Gallardo (En torno a unas misivas)”, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, diciembre de 2009, www.eumed.net/rev/cccsp/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). 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. 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, 5^a ed, 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 Escorialenses, Real Monasterio de El Escorial, 1981. THOMAS,A.: *Historia anecdótica del Trabajo*, cuyo título original es “Lectures historiques”, trad. Rodolfo Llopis, Madrid, Juan Ortiz, 1930. 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*, 2^a ed., Valencia, 1898. VV.AA.: *La vida de un luchador. Homenaje a S. Aznar*, Prólogo de L. Jordana de Pozas, Madrid, Imprenta Altamira, 1950. 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.

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 título de los apartados se recogerá como sigue:

- en negrita, mayúscula los primeros apartados (1.)
- en negrita y minúscula los subapartados (1.1.)
- normal y minúscula los siguientes (1.1.1.; a)...)

En todos los casos, sin punto al final de cada título de apartado. Letra “times new roman” tamaño 12.

9. Texto

Tratamiento de texto microsoft word, utilizando el tipo de letra “times new roman”, editado al cuerpo 12. Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio).

En la medida de lo posible, es deseable que estudio finalice con unas CONCLUSIONES

En las citas de doctrina judicial se utilizarán las referencias propias de la base de datos correspondientes y, en su defecto, se citarán con datos neutros que garanticen su localización (número de recurso, número de Sentencia, etc.).

La citas de Doctrina Judicial: deberán expresar –en todo lo posible– las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, número de recurso, número de Sentencia, etcétera).

Sin perjuicio de los títulos de los epígrafes y subepígrafes en negrita, tal y como se indicó antes, en el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

10. Extensión

A) Para los “*Estudios doctrinales*” y “*Derechos Comparado y Derecho Extranjero*”: la extensión de los trabajos tendrá un mínimo de 15 páginas y un máximo de 25.

B) Para los “*Estudios de doctrina judicial*”: la extensión de los trabajos tendrá un mínimo de 10 páginas y un máximo de 15 páginas.

C) Para “*Crónica legislativa*: la extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

D). Para “*Crónica de Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas*: La extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

E). Para “*Economía de la Seguridad Social*”: La extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

11. Notas y técnica de cita

Siempre que se considere necesaria y de una manera moderada se utilizará la técnica de cita a pie de página.

El texto incluido en ésta ha de ser escrito en “*times new roman*”, tamaño 10, párrafo justificado, espacio de interlineado sencillo.

Los apellidos de los autores citados han de ir en “*times new roman*”, tamaño 10, solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

Ejemplos:

-Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Murcia, Laborum, 2009, págs. 201-242.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, págs. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, SÁNCHEZ RODAS, C. Y ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, págs. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI*, OJEDA AVILÉS, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, págs. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, págs. 145-173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, SEMPERE NAVARRO, A.V. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (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.