

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
ELENA LASAOSA IRIGOYEN
Directores

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
M. BEGOÑA GARCÍA GIL
Coordinadoras

DERECHO VIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

VIII SEMINARIO PERMANENTE DE ESTUDIO Y ACTUALIZACIÓN URJC-AESSS 2023

Autores

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA
MARÍA DEL MAR ALARCÓN CASTELLANOS
JORGE BAQUERO AGUILAR
JACINTO BERZOSA REVILLA
ANA CASTRO FRANCO
SARA GUINDO MORALES

RAFAEL JOSÉ LÓPEZ BEDMAR
SHEILA LÓPEZ VICO
EDUARDO MERINO SAN ROMÁN
CONCEPCIÓN MORALES VÁLLEZ
ALEJANDRO MUROS POLO
POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO
FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS
JOSEFA ROMERAL HERNÁNDEZ
DIEGO VELASCO FERNÁNDEZ

Editorial

FRANCISCO ORTIZ CASTILLO

DIRECTOR EDITORIAL

Consejo Editorial

GUILLERMO RODRÍGUEZ INESTA

DIRECTOR GENERAL DE PUBLICACIONES

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

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ

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

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

Consejo Científico

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

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

MARÍA TERESA DÍAZ AZNARTE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

JESÚS MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III

ANTONIO OJEDA AVILÉS

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

MARGARITA RAMOS QUINTANA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

PILAR RIVAS VALLEJO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
ELENA LASAOSA IRIGOYEN
Directores

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
M. BEGOÑA GARCÍA GIL
Coordinadoras

DERECHO VIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

«VIII Seminario Permanente de Estudio y Actualización AESSS-URJC 2023»

Autores

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	RAFAEL JOSÉ LÓPEZ BEDMAR
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA	SHEILA LÓPEZ VICO
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA	EDUARDO MERRINO SAN ROMÁN
ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA	CONCEPCIÓN MORALES VÁLLEZ
MARÍA DEL MAR ALARCÓN CASTELLANOS	ALEJANDRO MUROS POLO
JORGE BAQUERO AGUILAR	POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO
JACINTO BERZOSA REVILLA	FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS
ANA CASTRO FRANCO	JOSEFA ROMERAL HERNÁNDEZ
SARA GUINDO MORALES	DIEGO VELASCO FERNÁNDEZ

Edita:

Ediciones Laborum, S.L.
Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3^a, Oficina 21
30008 Murcia
Tel.: 968 24 10 97
E-mail: laborum@laborum.es
www.laborum.es

1.^a Edición, © Ediciones Laborum S.L., 2024

ISBN: 978-84-10262-24-9

© Copyright de la edición, Ediciones Laborum, 2024
© Copyright del texto, sus respectivos/as autores/as, 2024

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por el/la autor/a en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de su autor/a con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el/la autor/a, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 o 93 272 04 45).

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
<i>Guillermo Rodríguez Iniesta</i>	
<i>Elena Lasaosa Irigoyen</i>	
UN NUEVO PASO AL FRENTE EN LA PROTECCIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE INCAPACIDAD PERMANENTE Y DISCAPACIDAD: LA IGUALDAD DE TRATO COMO PARADIGMA PARA FUTURAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS.....	13
<i>José Luis Monereo Pérez</i>	
<i>Belén del Mar López Insua</i>	
1. Vaivenes en el concepto de discapacidad desde la perspectiva internacional y comunitaria	13
2. Incapacidad permanente <i>versus</i> discapacidad: cambio de rumbo y criterios interpretativos en la doctrina judicial española.....	20
2.1. Manifestaciones prácticas de las relaciones conflictivas en sede judicial.....	21
2.2. ¿Protección o nuevos interrogantes tras la Ley 15/2022?.....	25
3. Estudio a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024 (C-631/22).....	26
3.1. Hechos conflictivos.....	26
3.2. Adaptación del puesto, derecho al empleo y límites a la extinción del contrato por incapacidad permanente	27
4. Bibliografía	30
PENSIONES DE SUPERVIVENCIA Y DE JUBILACIÓN (ANÁLISIS DE LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO).....	35
<i>Guillermo Rodríguez Iniesta</i>	
I. Pensión de supervivencia	35
1. Pensión de viudedad	35
1.1. Uniones matrimoniales. Enfermedad preexistente. Duración del matrimonio..	35
1.2. Crisis matrimoniales	36
1.2.1. Interpretación requisito ser acreedor de pensión compensatoria	36
1.2.2. Rupturas en parejas de hecho. Excepción a los requisitos exigibles.....	39
1.2.3. Interpretación de la DT. 18 LGSS/1994	40

1.2.4. Cosa juzgada. Violencia de género	42
1.2.5. Pensión de viudedad. Causante autónomo. Requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas.....	43
2. Pensión de orfandad.....	44
2.1. Condiciones de acceso	44
3. Pensión favor familiares.....	46
3.1. Separación de hecho. Equiparación en situaciones de violencia de género.....	46
II. Pensión de jubilación	47
1. Percepción de la pensión de jubilación parcial ¿cobro indebido o cobro incorrecto?.....	47
2. Jubilación anticipada. Discapacidad	48
3. Jubilación activa. Comunero. Autónomos clásicos versus societarios	49
4. Jubilación anticipada. Situación de alta o asimilada para acceso a Incapacidad Permanente.....	51
5. Jubilación parcial. Obligatoriedad o voluntariedad en su aceptación por la empresa.....	52
6. Pensión de jubilación y viabilidad de renunciar a la misma una vez reconocida	53
7. Jubilación anticipada por voluntad del interesado. Complemento de maternidad-brecha de género	54
III. Conclusiones.....	55
IV. Bibliografía	56

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA GRAN INVALIDEZ DICTADA EN EL TERCER MILENIO 59

Andrés Ramón Trillo García

1. Introducción.....	59
2. Situación protegible.....	59
3. La contingencia determinante de la gran invalidez	63
4. Situación asimilada al alta	63
5. Acceso a la gran invalidez desde la situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad	64
6. Periodo de carencia	64
7. Base reguladora.....	65
8. Determinación del complemento de gran invalidez.....	65
9. Complemento de maternidad	66
10. Fecha inicial del devengo.....	66
11. Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene.....	67
12. Revisión de grado	67
13. Compatibilidad de la gran invalidez con el trabajo	68
14. Incompatibilidad de IPT y gran invalidez derivadas ambas de accidente de trabajo en la minería del carbón	69
15. Compatibilidad de dos pensiones de gran invalidez	69
16. Responsabilidad empresarial por falta de cotización	69
17. Convenios internacionales	69
18. Procedimiento.....	70
19. Revisión de actos declarativos en relación con el complemento de gran invalidez.	70
20. Pensión de gran invalidez no contributiva.....	70

LA RECIENTE DOCTRINA JUDICIAL DEL TJUE Y DEL TS CON RELACIÓN A LA COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN POR INVALIDEZ PERMANENTE Y SALARIO	71
<i>María del Mar Alarcón Castellanos</i>	
1. Análisis previo de los grados de incapacidad permanente:	71
1.1. Incapacidad Permanente Parcial para la profesión habitual: IPP.....	72
1.2. Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual e IPT cualificada.....	72
1.3. Incapacidad Permanente absoluta y Gran invalidez	73
2. Compatibilidad de la pensión por incapacidad temporal con el salario según el grado de incapacidad	73
2.1. Compatibilidad de la Incapacidad Permanente Parcial y el salario	73
2.2. Compatibilidad entre la incapacidad permanente total y el salario.....	73
2.3. Compatibilidad la pensión de la Incapacidad Permanente Absoluta/ Gran Invalidez con el salario	74
3. Incidencia de la STJUE 18 de enero 2024 (C-631/22) y del acuerdo de 21 de mayo de 2024 del Consejo de Ministros en materia de compatibilidad entre las pensiones de incapacidad permanente y el salario.....	78
LA LABOR HERMENÉUTICA DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE JUBILACIÓN ACTIVA	83
<i>Jorge Baquero Aguilar</i>	
1. Introducción.....	83
2. El marco regulatorio de la jubilación activa.....	84
3. Dudas interpretativas planteadas para el acceso al 100% en caso de realización de trabajos por cuenta propia	87
4. La labor hermenéutica de la jurisprudencia en materia de jubilación activa: La compatibilidad entre la pensión de jubilación y la condición de administrador de una sociedad laboral profesional	88
5. Conclusiones	93
LA PROTECCIÓN DE LA SALUD MENTAL EN EL ÁMBITO DE LAS CONTINGENCIAS LABORALES.....	95
<i>Jacinto Berzosa Revilla</i>	
1. Recientes medidas de una protección con vocación expansiva	95
2. Un asentamiento en los criterios jurisprudenciales en cuanto a la protección de los riesgos psicosociales como contingencia profesional	99
LA INCAPACIDAD TEMPORAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 1/2023, DE 28 DE FEBRERO	105
<i>Ana Castro Franco</i>	
1. La evolución de la perspectiva de género en la prestación de incapacidad temporal.....	105
2. Análisis de la LO 1/2023	107
2.1. La menstruación incapacitante secundaria.....	108
2.2. La interrupción del embarazo, voluntaria o involuntaria, como situación incapacitante.....	111
2.3. La tutela de la trabajadora durante la semana trigésima novena del embarazo	113
3. Conclusiones	114

EL ACCIDENTE DE TRABAJO DURANTE LA PAUSA DEL BOCADILLO: INTERROGANTE Y PROBLEMAS PRÁCTICOS A LA LUZ DEL CONVENIO COLECTIVO APPLICABLE	117
<i>Sara Guindo Morales</i>	
1. Prefacio: Estado de la cuestión sobre el accidente de trabajo como contingencia profesional protegida por la Seguridad Social	117
2. Análisis de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2023.....	121
2.1. Antecedentes de hecho.....	121
2.2. Fundamentos de Derecho.....	121
2.3. Fallo	124
3. Otro supuesto de determinación de contingencia común o profesional: ¿puede considerarse el suicidio de una persona trabajadora como accidente de trabajo derivado de una situación laboral estresante? A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 27 de febrero de 2023	124
4. Conclusiones	126
5. Bibliografía	127
EL CONCEPTO DE ACCIDENTE <i>IN ITINERE</i> EN EL MARCO DE LA SENTENCIA 433/2022 DE 25 DE NOVIEMBRE DEL JUZGADO DE LO SOCIAL NÚM. 11 DE BILBAO	129
<i>Rafael José López Bedmar</i>	
1. Introducción.....	129
2. El accidente <i>in itinere</i>	131
2.1. Caracterización general de la figura del accidente <i>in itinere</i>	131
2.2. Elementos	133
3. Sentencia del Juzgado de lo Social de Bilbao 433/2022 de 25 de noviembre.....	136
3.1. Hechos.....	136
3.2. Análisis.....	136
4. Conclusiones	137
5. Bibliografía	138
LA PROTECCIÓN JURÍDICO SOCIAL DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES EN EL SIGLO XXI: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA POSIBLE AMPLIACIÓN DEL PERMISO POR NACIMIENTO	141
<i>Sheila López Vico</i>	
1. Planteamiento general: delimitación y problemática de las familias monoparentales en España.....	141
2. El permiso por nacimiento y cuidado del menor en el ordenamiento jurídico laboral español	145
3. La transformación de la doctrina judicial sobre la duración del permiso por nacimiento	147
4. La Sentencia del Tribunal Supremo 783/2023 de 2 de marzo de 2023	148
5. Pronunciamientos jurisprudenciales tras la unificación de doctrina	150
6. Conclusiones	151

ASPECTOS DE SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE RETRIBUCIÓN DE VACACIONES TRAS LA RECENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	153
<i>Eduardo Merino San Román</i>	
1. Introducción.....	153
2. Marco normativo del derecho a vacaciones anuales retribuidas.....	154
2.1. A nivel internacional.....	154
2.2. A nivel comunitario.....	155
2.3. A nivel nacional	156
3. Retribución de las vacaciones: La modulación del derecho por imperativo europeo	157
3.1. Retribución de las vacaciones y despido nulo.....	158
3.2. Retribución de las vacaciones e incapacidad temporal	159
3.3. Retribución de las vacaciones y extinción/suspensión de la relación laboral....	160
4. Impacto en materia de Seguridad Social tras la aplicación de la doctrina del TJUE	163
5. Conclusiones	165
6. Bibliografía	166
 LA CEGUERA LEGAL Y EL NO RECONOCIMIENTO AUTOMÁTICO DE UNA SITUACIÓN DE GRAN INVALIDEZ: LA TESIS SUBJETIVA COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N° 433/2023, DE 14 DE JUNIO.....	169
<i>Concepción Morales Vállez</i>	
1. Datos esenciales de la sentencia comentada	169
2. Comentario crítico	170
2.1. La valoración subjetiva de dolencias a efectos del reconocimiento de la gran invalidez	171
2.2. La valoración objetiva de deficiencias visuales a efectos del reconocimiento de la gran invalidez	172
2.3. El cambio en la doctrina unificada del Tribunal Supremo.....	174
3. Bibliografía	177
 LA PRESCRIPCIÓN DE LA APORTACIÓN ECONÓMICA AL TESORO PÚBLICO EN CASO DE DESPIDO COLECTIVO	179
<i>Alejandro Muros Polo</i>	
1. Configuración general de la aportación económica al Tesoro Público	179
2. Requisitos para el nacimiento de la obligación	180
3. Cálculo de la aportación	181
4. Destino de los fondos recaudados.....	183
5. Procedimiento para la liquidación y pago.....	184
6. Sobre la prescripción: análisis de la STS de 19 de septiembre de 2023 (REC. 37/2023)	185
7. Conclusiones críticas.....	189
 OLAS DE AUTOMATIZACIÓN, REVOLUCIONES DIGITALES Y SEGURIDAD SOCIAL.....	191
<i>Pompeyo Gabriel Ortega Lozano</i>	
1. Prefacio sobre un acuerdo esperado	191

2. Contexto sobre las revoluciones digitales.....	192
3. ¿Y en la Seguridad Social y materias afines? Algunas conclusiones al respecto	196
REVISIÓN DE SENTENCIA POR OBTENCIÓN DE INFORME DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO SOBRE ACCIDENTE DE TRABAJO 203	
<i>Fulgencio Pagán Martín-Portugués</i>	
1. Planteamiento	203
2. Antecedentes	203
3. Demanda de revisión	204
4. La revisión	204
5. El agotamiento de los recursos	205
6. El plazo de presentación	205
7. El motivo revisorio	206
8. Conclusión.....	207
PROTECCIÓN SOCIAL DE LA VIOLENCIA SEXUAL 209	
<i>Josefa Romeral Hernández</i>	
1. Introducción.....	209
2. Derechos laborales.....	211
2.1. Medidas de acción positiva sobre el tiempo de trabajo	212
2.2. Movilidad geográfica o cambio de centro	213
2.3. Suspensión del contrato de trabajo	214
2.4. Extinción del contrato.....	215
3. Derechos de Seguridad Social.....	215
3.1. Beneficios en supuestos de reducción de jornada	215
3.2. Beneficios en los supuestos de suspensión de contrato y extinción de la relación laboral voluntaria.....	216
3.3. Beneficios por cese de actividad de la trabajadora por cuenta propia.....	217
3.4. Beneficio empresarial por sustitución de trabajadora víctima de violencia sexual..	218
4. Conclusiones	218
5. Bibliografía	219
LA RESPONSABILIDAD DE LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL ANTE LA CONTRATACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS 221	
<i>Diego Velasco Fernández</i>	
1. Introducción. Régimen jurídico de la responsabilidad de cotización a la Seguridad Social.....	221
2. Breve referencia a la responsabilidad solidaria y subsidiaria en la cotización a la Seguridad Social.....	222
3. La responsabilidad de la cotización ante la Seguridad Social de contratas y subcontratas para una obra o servicio determinado.....	224
3.1. El concepto de propia actividad.....	225
3.2. La responsabilidad solidaria ante la contratación y subcontratación de obras y servicios	226
3.3. Responsabilidad subsidiaria ante la contratación y subcontratación de obras y servicios.....	228
4. Conclusiones	229
5. Bibliografía	230

PRESENTACIÓN

Bajo el título “Derecho vivo de la Seguridad Social” se presenta esta obra colectiva que recoge los estudios realizados por los docentes y asistentes al VIII Seminario permanente de estudio y actualización “El Derecho de la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia”, así como a la VIII Reunión de noveles investigadores AESSS-URJC que, con motivo del citado seminario, se organizó un año más por la Asociación Española de Salud y Seguridad Social y el Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos.

El Seminario y la Reunión de noveles investigadores se celebraron los días 3 y 4 de julio de 2023 en Madrid, de manera presencial. Se llevaron a cabo con excelente resultado en su desarrollo y con la participación de asistentes de diferentes ámbitos profesionales y universitarios y de distintos orígenes geográficos.

Sirvan estas breves líneas para presentar las colaboraciones de los ponentes y participantes en el VIII Seminario AESSS-URJC, cuyo denominador común es la actualidad del Derecho de la Seguridad Social.

Por parte de los ponentes contamos en primer lugar con la aportación de José Luis Monereo y Belén López Insua, que abordan la relación entre IP y discapacidad y los recientes avances en la protección frente al despido de las personas en situación de IP. Asimismo, con el estudio de la reciente doctrina del Tribunal Supremo en materia de pensiones de jubilación y supervivencia, a cargo de Guillermo Rodríguez Iniesta. Y con el exhaustivo examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de gran invalidez, dictada desde el comienzo de siglo hasta el momento presente, que nos presenta Andrés Trillo García.

Los noveles investigadores aportan a esta obra los siguientes trabajos: Jorge Baquero comenta la labor hermenéutica de la jurisprudencia en materia de jubilación activa; Jacinto Berzosa aborda la protección de la salud mental en el ámbito de las contingencias laborales; Ana Castro analiza la incapacidad temporal con perspectiva de género, tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2023; Sara Guindo se centra en los problemas relativos al accidente de trabajo durante la pausa del bocadillo; Rafael López Bedmar examina el accidente de trabajo in itinere en el marco de la Sentencia 433/2022 del Juzgado de lo social núm. 11 de Bilbao; Sheila López Vico trata en su estudio la protección jurídico social de las familias monoparentales en el siglo XXI, con especial referencia a la posible ampliación

del permiso por nacimiento; Eduardo Merino aborda las cuestiones de Seguridad Social referentes a la retribución de las vacaciones, tras la reciente doctrina del TJUE; Concepción Morales estudia la ceguera legal y el no reconocimiento automático de la situación de gran invalidez, en la Sentencia del Tribunal Supremo 433/2023; Alejandro Muros presenta un trabajo sobre la prescripción de la aportación económica al Tesoro Público en caso de despido colectivo; Pompeyo Ortega aborda la relación entre las revoluciones digitales y la Seguridad Social; Fulgencio Pagán examina la Sentencia del TS de 25 de enero de 2024, que resuelve una demanda de revisión de sentencia firme basada en la obtención de un informe de la Inspección de Trabajo sobre accidente laboral; Josefa Romeral estudia la protección social de la violencia sexual; Diego Velasco aporta un análisis de la responsabilidad de la cotización a la Seguridad Social en los supuestos de subcontratación de obras y servicios; y por último, Mar Alarcón dirige su trabajo hacia la reciente doctrina del TJUE y del TS sobre compatibilidad entre pensión por invalidez permanente y salario.

Como no podría ser de otra manera, corresponde finalizar esta breve presentación agradeciendo muy sinceramente a quienes han hecho posible la publicación de esta obra. En primer lugar a las entidades organizadoras de las referidas actividades académicas, la Asociación Española de Salud y Seguridad Social y la Universidad Rey Juan Carlos. En segundo lugar, a todas las personas que participaron y asistieron al VIII Seminario permanente de estudio y actualización “El Derecho de la Seguridad Social a través de la jurisprudencia”, así como a la VIII Reunión de novatos investigadores AESSS-URJC. En tercer lugar a quienes han colaborado en calidad de autores, por sus extraordinarias y cuidadas aportaciones. Y en último lugar y muy especialmente, a Ediciones Laborum por permitir una vez más que este esfuerzo colectivo vea la luz en forma de publicación. A todos ellos muchísimas gracias.

Madrid/Murcia, junio de 2024

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

ELENA LASAOSA IRIGOYEN

UN NUEVO PASO AL FREnte EN LA PROTECCIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE INCAPACIDAD PERMANENTE Y DISCAPACIDAD: LA IGUALDAD DE TRATO COMO PARADIGMA PARA FUTURAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. Miembro del Comité Ejecutivo de la Junta Directiva de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

“La llamada jurisprudencia de intereses... concibe la interpretación teleológica, principalmente, como una solución metódica de conflictos de intereses, por medio de criterios, valoraciones y actos de prioridad legales. Sin embargo, a pesar de toda esta elasticidad, la idea de la interpretación teleológica sigue necesitando complementación”

ENGISCH, K¹

1. VAIVENES EN EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD DESDE LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA

Refundido de la ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social², constituye en la actualidad la norma que define que la nación española se

¹ ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, (Col. Crítica del Derecho), 2001, pág. 95.

² BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013. Un estudio completo y exhaustivo del marco y régimen jurídico regulador de la discapacidad, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^N.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIENRO, F y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords) et atri.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020. Véase, asimismo, RUIZ SANTAMARÍA, J.L., *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2019.

entiende por discapacidad. Indica el artículo 2 en su letra a) que será discapacidad: "... una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Y serán personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (artículo 4.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013). Conceptos que, en definitiva, atienden a razones de índole social y que se refieren al reconocimiento por parte de la sociedad de las personas que muestran algún tipo de deficiencia³. De este modo, se incorpora al orden español el ansiado modelo social que tanto se venía proclamando a nivel comunitario y que, ciertamente, resulta de interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión⁴.

Sin embargo, esta calificación legislativa aparentemente sencilla se complica cuando se relaciona los conceptos de incapacidad temporal (IT), incapacidad permanente (IP), enfermedad y discapacidad. Ello refleja el carácter evolutivo⁵ y amplio de la definición de discapacidad⁶. En efecto, ya el propio Preámbulo de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad (aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 -DO 2010-) hace referencia a esta idea, de ahí que el artículo 1 otorgue una descripción amplia de discapacidad a saber: "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

³ BLASCO LAHOZ, J.F.: "La protección social de las personas con discapacidad. Las prestaciones de la Seguridad Social como instrumento para su desarrollo", *Revista de Información Laboral*, N°11 de 2018, págs. 1 y 2 en su versión digital.

⁴ Sobre este cambio de paradigma que camina hacia la consideración de los factores sociales y biopsicosociales atendiendo a que se trata propiamente de un *fenómeno multidimensional*, véase MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: "El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006", en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.ª.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIENRO, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords.), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, págs. 42 y sigs. Se ha realizado que "no es correcta la frecuente interpretación del artículo 49 CE que ve en él, al margen de la obsoleta terminología que utiliza, una consagración de una visión meramente reparadora o médica del tratamiento de la discapacidad, ya que en su texto se incluye una protección jurídica desde un enfoque de derechos que puede considerarse como una justificación implícita de una consideración social de la discapacidad, luego reconocida por la normativa internacional de derechos humanos y por la legislación interna que desarrolla el precepto constitucional y esa normativa internacional". Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M: "Artículo 49", en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M y CASAS BAAMONDE, M.E (Dirs) *et altrii., Comentarios a la Constitución española*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, pág. 1405. Para un estudio detenido sobre el artículo 49 CE, véase MONEREO PÉREZ, J.L.y MOLINA NAVARRETE, C.: "El derecho a la protección de las personas con minusvalías (Artículo 49 de la Constitución Española)", en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M.N. (Dirs.) *et altrii., Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, págs.1755-1801.

⁵ Recuérdese que ya el mismo Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York del año 2006 indicaba que: "... la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la aptitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás".

⁶ LÓPEZ INSUA, B.M.: "Despido discriminatorio por razón de discapacidad y transversalidad de género", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 53, 2019. En una perspectiva más amplia, Monereo Pérez, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018, *passim*.

La participación plena y efectiva de todas las personas discapacitadas, en igualdad de condiciones con los demás, se convierte para la ONU en un importante reto a lograr. Por lo que, en sintonía con el artículo 5 de la Directiva 2000/78 /CE⁷, la Convención de la ONU define la discriminación por razón de discapacidad como "... cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables" (artículo 2.4 de la Convención de la ONU). Para la jurisprudencia comunitaria el concepto de discapacidad debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa pretende alcanzar, desde los que debe entenderse que la discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que supongan un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional, pero no incluyendo la enfermedad⁸.

A este respecto, la Directiva 2000/78/CE prohíbe en sus artículos 11, 12, 15 y 31 la discriminación por motivos de discapacidad. Interpretando conjuntamente ambos textos, se trata de asegurar el derecho al empleo y a la adaptación "razonable" del puesto de trabajo para así romper las barreras que dificulten o impidan que los discapacitados puedan participar plena y efectivamente en sociedad. Igualmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (elevada al rango de Tratado de la Unión ex artículo 61 del Tratado de la Unión Europea), en cuyo artículo 21.1 garantiza el principio de no discriminación por razón de discapacidad⁹.

Ahora bien, la cuestión se vuelve problemática cuando atendemos al concepto de discapacidad ya que ni la Directiva comunitaria, ni la Convención de la ONU la definen, lo que le convierte, en cierto sentido y medida, en un concepto jurídicamente indeterminado en el Derecho Internacional y en el Derecho de la Unión Europea. En nuestro ordenamiento interno, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aporta una definición legal instrumental, conforme

⁷ De 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁸ Ver la sentencia del Tribunal de la Comunidad Europea de 11 de julio de 2006, C-13-05, Asunto Chacón Navas.

⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Revista Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Volumen 9, nº 1 de 2019, indicando que "interesa retener asimismo el artículo 24 ("Derecho a protección en caso de despido") de la Carta Social Europea Revisada y el Anexo a la Carta Social Europea (Revisada) relativo a dicho artículo, a cuyo tenor: "3 A efectos de este artículo, no se considerarán motivos válidos para el despido, en particular (...) f) la ausencia temporal del trabajo debida a enfermedad o lesión". Estas garantías de eficacia específicas (o de efectividad del derecho) sobre los motivos injustificados o ilegítimos de despido suponen una mejora importante del sistema de garantías mínimas previsto en el art. 24 CSE de la Parte II de la CSE. Así se protege los derechos fundamentales del trabajo y especialmente el principio de igualdad y no discriminación y señaladamente la protección de la persona en situación de incapacidad temporal (apartado f)". Véase también, en este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L y MALDONADO MOLINA, J.A.: "Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)", en MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L (Dirs y Coords) *et altri*, *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, págs. 573 y 590; CUENCA GÓMEZ, P y DE ASÍS ROIG, R.: "Derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, inclusión y participación en la vida de la comunidad (Artículo 15)", en MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L (Dirs y Coords) *et altri*, *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, págs. 683- 695.

al cual se entiende por discapacidad “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (artículo 2.a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social).

Por ello, el concepto de “*discapacidad*” presenta una textura abierta y ha de entenderse referido a una “*incapacidad cualificada o agravada*” con una dimensión social, que inhabilita a la persona no ya para una actividad profesional, sino para una pluralidad de actividades que cualquier otro ser humano podría llevar a cabo de no padecer dicha incapacidad, impidiendo su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás individuos, incidiendo en su integración en la sociedad¹⁰. En este orden de ideas, no se ha de confundir Incapacidad Temporal con enfermedad de duración incierta, puesto que la incapacidad temporal tiene tasada legalmente su duración.

Precisamente, en esta lógica de superación del modelo médico-asistencial y enfatización del modelo social de igualdad e integración de las personas discapacitadas¹¹ es en donde se mueve la doctrina del TJUE más reciente. La sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016 en el asunto C-395-15, Mohamed Daoudi, precisa que puede existir discriminación en bajas médicas prolongadas que ocasionan una limitación duradera¹². De este modo, el TJUE abre el camino hacia la tutela antidiscriminatoria de la discapacidad de la Directiva 2000/78. El TJUE subraya que, a estos efectos, la “limitación debe ser duradera” y afirma que “en la fecha del hecho discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento”.

A pesar del avance en esta materia, lo cierto es que el TJUE no establece que un despido por motivo de enfermedad revista sin más la consideración de discriminatorio a efectos de la Directiva 2000/78/CE, sino que consagra un criterio de asimilación o equiparación de las enfermedades de larga duración y/o cronificadas (y frecuentemente de pronóstico incierto) a efectos de discapacidad. Por lo que, amplía el concepto de discapacidad a efectos de la tutela antidiscriminatoria a la que se refiere la Directiva. De forma que, le corresponde al Juez Nacional (técnica de reenvío) verificar, a la luz del conjunto de indicios apartados en cada caso, si una enfermedad de larga duración puede ser calificada como de discapacidad¹³.

Rompiendo con la doctrina que hasta ahora se seguía de calificar los despidos producidos durante la IT como de improcedentes, los jueces españoles, a la vista de la jurisprudencia europea pueden ahora declarar como nulos y fraudulentos los despidos

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018.

¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Capítulo 3. La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona”, en RODRÍGUEZ INIESTA, G., ORTIZ CASTILLO, F y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords.) et altri., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación* (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS) celebrado en Madrid, octubre de 2017), Murcia, Laborum, 2017, págs. 870 y siguientes.

¹² MONTOYA MEDINA, D.: “Algunas cuestiones interpretativas asociadas a las cláusulas convencionales reguladoras de las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores por incapacidad permanente”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº28, 2021, págs. 60 y siguientes.

¹³ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018. MONEREO PÉREZ, J.L., “Capítulo 3. La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona”...op.cit., págs. 862 y siguientes.

durante una IT, con la consiguiente obligación de readmisión. Cada supuesto de hecho puede ser valorado con este criterio, que exige diferenciar las situaciones de enfermedad prolongada y duradera de las que no lo son. Los indicadores de una IT “prolongada y de limitación duradera” son indeterminados, lo que conducen siempre a un inevitable juicio casuístico. Además, el carácter duradero y especialmente limitador de una dolencia solo se puede comprobar con el paso del tiempo y es de difícil apreciación en el momento de un despido. El juez valorará el supuesto de hecho tras el transcurso del tiempo, situando a la empresa en una complicada inseguridad jurídica, puesto que el despido fue realizado sin esta comprobación real. Aparte, cabe tener en cuenta que, la legislación de protección de datos impide acceder a la empresa a la realidad médica para actuar en consecuencia¹⁴. Por lo que cobrará *aquí* una enorme relevancia el sentido técnico-jurídico que el juez nacional otorgue al concepto de discapacidad, conforme al artículo 2. A) del Real Decreto Legislativo 1/2013 y la normativa comunitaria. En aplicación del marco normativo y de la doctrina del TJUE (asuntos C-13/05, Chacón Navas; C-335/11 y C-337/11, Ring; C-345/15, Daoudi; y, C-270/16, Ruiz Conejero), el Tribunal Superior de Justicia español concluye en ambas sentencias (de 9 de noviembre de 2018 y 18 de enero de 2019) declarando la nulidad del despido. Por todo ello, a partir de los hechos probados, entiende que hay indicios suficientes para poder afirmar que la situación de las trabajadoras es de discapacidad y no de una enfermedad, por tratarse la causa de la baja, un cáncer de útero (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 18 de enero de 2019) y cáncer de mama (TSJ de Castilla-La Mancha de 9 de Noviembre de 2018), de una limitación duradera de la actividad laboral, “al tratarse de un proceso morboso que no presenta una perspectiva bien delimitada de finalización a corto plazo” y tratamiento cierto (empleando las palabras del TJUE y de los mismos TSJ), sino más bien la necesidad de tratamiento prolongado en el tiempo y con obvias consecuencias en términos de impedir la normal participación de las trabajadoras afectadas en la vida laboral.

La “limitación duradera” de las dolencias queda confirmada, por otra parte, gracias a todos los informes médicos aportados, siendo en sendos casos la situación irreversible. Lo que, en definitiva, lleva a la Sala a concluir que la situación jurídica de las trabajadoras queda incluida en el concepto de discapacidad al que se refiere la Directiva 2000/78/CE.

Finalmente, cabe citar el pronunciamiento del TJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18, caso DW y Nobel Plastiques Iberérica S.A) en donde se resuelve la cuestión prejudicial planteada mediante auto¹⁵, emitido por el Juzgado de lo Social N°3

¹⁴ LAHERA FORTEZA, J.: “Despidos durante la baja médica”, ver en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/02/20/economia/1487611309_151243.html#articulo-comentarios, el cual entiende –como cuestión controvertida– que “este nuevo escenario incierto debe abrir un debate político sobre esta cuestión. Hay que tasar la nulidad del despido por enfermedad a cambio de flexibilizar más el despido objetivo, desde la mera perspectiva funcional de la incapacidad para desarrollar el trabajo convenido. A la vez, hay que distribuir mejor los costes empresariales y públicos durante las bajas médicas, desincentivando este tipo de despidos durante la enfermedad”.

¹⁵ En definitiva, la cuestión prejudicial elevada al TJUE contiene las siguientes preguntas: 1. ¿Deben ser consideradas como personas con discapacidad a los efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, tal como ha sido interpretad[a] por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las personas trabajadoras calificadas como especialmente sensibles a determinados riesgos cuando, por sus propias características personales o estado biológico conocido, son especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, y que por dicha razón no pueden desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas?

Si la respuesta a la primera pregunta es afirmativa, se formulan las siguientes: 2. ¿Constituye un acto de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir

de Barcelona a fecha de 30 de mayo de 2018, y cuyo principal punto radica sobre si una trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo es asimilable al concepto de “discapacidad” a efectos de declarar nulo o no su despido¹⁶.

Se analiza aquí el caso de una trabajadora que había sido declarada como “trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo” y adicionalmente, tras todas sus bajas médicas, se sometía a reconocimientos médicos, declarándose en todos ellos a la trabajadora como “apta con limitaciones”¹⁷. En particular, la trabajadora padecía epicondilitis, que es definida así: “conocida también como codo de tenista, es una lesión caracterizada por dolor en la cara externa del codo, en la región del epicóndilo, eminencia ósea que se encuentra en la parte lateral y externa de la epífisis inferior del húmero. Es provocada por movimientos repetitivos de extensión de la muñeca y supinación del antebrazo, lo que ocasiona microrroturas fibrilares y reparación inadecuada de los tendones de los músculos que se originan en la región del epicóndilo, principalmente del tendón del músculo extensor radial corto del carpo”.

A pesar de los antecedentes que se han señalado, el TJUE vuelve a reiterar aquí su criterio funcional al señalar que debe entenderse por “discapacidad” cuando existe una limitación de la capacidad derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona y suponer un obstáculo para la realización de una actividad profesional. Asimismo, recuerda que la Directiva

a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad, al ser especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, y por ello tiene dificultades para alcanzar los niveles de productividad requeridos para no ser candidata al despido?

3. ¿Constituye un acto de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad, al ser especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, y la decisión se toma, entre otros criterios de afectación, [basándose] en la polivalencia en todos los puestos de trabajo, incluidos los que no puede desempeñar la persona discapacitada?

4. ¿Constituye un acto de discriminación indirecta en los términos [en los] que se define en el artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad y por ello ha sido reconocida como especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, las cuales han provocado largos períodos de tiempo de ausencias o baja médica antes del despido y la decisión se toma, entre otros criterios de afectación, [basándose] en el absentismo de esta persona trabajadora?

¹⁶ Se alega por la demandante que, de acuerdo a la normativa española de prevención de riesgos laborales y a la jurisprudencia del TJUE (asuntos HD Danmark y Daouidi), ya que la trabajadora “... ha estado en situación de incapacidad temporal -y lo estaba en el momento en que fue despedida- debido a dolencias relacionadas con el trabajo desempeñado y porque ha sido declarada “apta con limitaciones”, por lo que tiene una limitación en la capacidad de trabajo duradera, lo cual se pone de manifiesto con la declaración de personal “especialmente sensible”...”

La tesis de la parte demandante es rechazada de plano por la empresa demandada, enfatizando que los criterios eran objetivos y sin ninguna carga peyorativa, en términos jurídicos para ninguna persona trabajadora, y que además, en base a la utilización de tales criterios, se designaban “a personas concretas -y no a los puestos de trabajo que ocupan, ya que los otros tres parámetros (productividad inferior al 95%, menor polivalencia y mayor índice de absentismo) estaban relacionados directamente con las circunstancias y condiciones personales de cada afectado, y desde esta perspectiva tenía sentido seleccionar las personas cuyo rendimiento es inferior a otras”. Recordemos que el primer criterio era que las personas afectadas trabajaran en un determinado departamento en el que se habían implantado mejoras técnicas que implicaban la disminución de personal.

¹⁷ El interés del caso radica en el estado físico de la trabajadora y el impacto que el mismo puede tener, a juicio del juzgador, en la resolución del supuesto si se constata que las largas ausencias por problemas físicos pudieran considerarse como una situación de discapacidad y por tanto ser merecedora de la misma protección que estas frente a decisiones empresariales que pudieran ser calificadas, con arreglo a la normativa comunitaria, de discriminación directa o indirecta.

2000/78 no limita el concepto de discapacidad a aquella que tiene su origen en el nacimiento o en accidentes, sino que debe incluirse también las propias causadas por enfermedades, aunque sean parciales. Ahora bien, no debe olvidarse que esa “discapacidad” debe contener el carácter de “duradera” (que no cabe equiparar necesariamente con “permanente”, ni con “definitiva”, pues puede producirse una “reversión” de la discapacidad), debiéndose valorar la misma en el momento en que se produjo el hecho supuestamente discriminatorio.

Sin embargo, tras repasar el TJUE su doctrina y recordar los concretos hechos de la trabajadora analizada, señala que el hecho de que haya sido calificada como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, no implica *per se* que automáticamente se reconozca la condición de persona con discapacidad en el sentido de la Directiva. Por lo que, concluye el Alto Tribunal europeo subrayando que ha de ser el órgano jurisdiccional nacional quien deba comprobar si se cumplen los requisitos previamente expuestos para determinar la existencia de la discapacidad, trasladando la responsabilidad de dicha calificación jurídica directamente a éste.

Al hilo del despido de un trabajador con discapacidad que realizaba un periodo en prácticas para el *Service public fédéral “Sécurité sociale”* (Servicio Público Federal de la Seguridad Social, Bélgica) el TJUE vuelve a pronunciarse, tratando así de definir el concepto de “discapacidad”, la garantista sentencia del TJUE de 10 de febrero de 2022 (en el asunto C-485/20 -HR Rail-)¹⁸ deja claro que el concepto de “discapacidad” evoluciona, debiendo en todo momento el mismo interpretarse desde una perspectiva teleológica y garantista. Así es, el hecho de que un trabajador que realiza un periodo en prácticas tras su incorporación haya sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa, no le imposibilita a que sea destinado a otro puesto de trabajo para el que esté capacitado, siempre que dicha medida no suponga una carga excesiva para el empresario. Constituye una obligación jurídica ese deber de adaptación y ajuste razonable, con la única excepción de que se acredite la concurrencia de la referida “carga excesiva” para el empresario valoradora en términos que no tienen por qué ser exclusivamente económicos.

Como bien recuerda el TJUE, la Directiva 2000/78/CE se encarga de establecer el marco general para la garantía de una igualdad de trato de todas las personas. Protección que se extiende también al ámbito del “empleo y la ocupación” (tanto por cuenta propia, como por cuenta ajena, formación profesional, orientación profesional, reciclaje de trabajadores... etcétera), buscando así ofrecer una protección eficaz contra todas las discriminaciones, entre las que se encuentra la discapacidad. En efecto, los términos que emplea la Directiva son lo suficientemente amplios como para englobar a los trabajadores discapacitados en periodo en prácticas y ello es así porque, los términos-no exhaustivos-en los que se define la Directiva, deben de entenderse en un sentido general o de *numerus apertus*. En consecuencia, el hecho de que el agente no fuera, en la fecha de su despido, un agente contratado con carácter definitivo, no impide que su situación profesional esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva.

El principio de igualdad de trato deberá erigirse en guía para la consecución de una efectiva y justa aplicación de la Directiva comunitaria del año 2000, toda vez que en ella se contempla la posibilidad de realizar ajustes razonables. En este sentido, los empresarios

¹⁸ Para un conocimiento más exhaustivo véase MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ VICO, S.: “Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables (STJ 3^a de febrero de 2022, as. C-485/20: HR Rail)”, Revista *La Ley Unión Europea*, N°102 de 2022.

han de tomar las medidas adecuadas (ya sean de carácter físico, organizativo o educativo) en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, formar parte en el mismo o progresar profesionalmente o, a fin de que, se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

Es más, la Directiva prevé “medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”. Por todo ello, cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a la aparición de una discapacidad, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada y, en este sentido, un “ajuste razonable” *como medida de flexibilidad interna elusiva del despido* (típica medida, ésta, de flexibilidad externa de salida). Esta interpretación es conforme con dicho concepto, que debe entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

En definitiva, la Directiva no puede obligar a que un empresario adopte medidas que supongan una “carga excesiva” para él, incumbiéndole la carga de la prueba de que existe efectivamente esa “carga excesiva” capaz de exonerarle de llevar a cabo los “ajustes razonables” de *flexibilidad interna*. En este sentido, deberá operar aquí el principio de proporcionalidad, lo que supone tener en cuenta: “... los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda”. En cualquier caso, la obligación jurídica de destinar a una persona discapacitada a otro puesto de trabajo sólo operará cuando exista un puesto disponible o vacante que el mismo pueda ocupar al ser compatible con su situación de discapacidad funcional. Pero teniendo siempre en cuenta que “la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades” (artículo 5, último párrafo, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación).

2. INCAPACIDAD PERMANENTE VERSUS DISCAPACIDAD: CAMBIO DE RUMBO Y CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN LA DOCTRINA JUDICIAL ESPAÑOLA

La discapacidad y la incapacidad son términos que se relacionan, pero que se diferencian desde el punto de vista conceptual y técnico-jurídico¹⁹. Ambas figuras producen cierta confusión, sobre todo cuando se trata de una incapacidad de carácter permanente y ello es porque se ha sustituido la antigua expresión “invalidez” por la de incapacidad permanente que regula el artículo 8.5 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización de la Seguridad Social. Mientras la incapacidad permanente del

¹⁹ La Incapacidad se refiere a la situación que impide desempeñar una actividad laboral (de manera transitoria -sería el caso de la IT- o permanente -hablaríamos de una IP-), mientras que la Discapacidad se relaciona con la dificultad para desempeñar -en la vida cotidiana- un rol en la vida diaria que sería el normal en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales.

Sistema de Seguridad Social gira en torno al componente profesional²⁰, lo que supone una imposibilidad o dificulta el trabajo en algún grado (que puede tener carácter sobrevenido²¹), la discapacidad se refiere a una condición del ser humano que, de forma general, abarca las deficiencias, limitaciones de actividad y restricciones de participación de una persona. El despliegue de la protección legal derivada de las situaciones de incapacidad y de discapacidad se vincula necesariamente a un presupuesto de hecho: que efectivamente se halle constatada la incapacidad o la discapacidad, administrativa o judicialmente.

Antes de entrar en materia cabe distinguir entre la incapacidad permanente de la protección que, en caso de lesiones permanentes no invalidantes recoge el artículo 201 y siguientes del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS). Y es que, aunque ésta última suponga una disminución o alteración de la integridad física del trabajador por una contingencia profesional, lo cierto es que no llega ésta a incapacitar para el desempeño de la actividad profesional, aunque pueda la misma dejar alguna secuela de importancia que implique la percepción de una indemnización tipificada en el baremo correspondiente.

Las diferencias entre discapacidad e incapacidad laboral se evidencian si se analiza la finalidad que persiguen una y otra, ya que la incapacidad permanente se basa en satisfacer una prestación económica sustitutiva de las rentas que no pueden obtenerse por no poder trabajar, valorándose su capacidad profesional mermada de forma sobrevenida por su estado de salud, observando aspectos como “un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia” (sentencia del TSJ de Navarra de 21 de septiembre de 2011), mientras que la discapacidad tiende a procurar la equiparación de oportunidades compensando las desventajas sociales que las situaciones discapacitantes generan valorando a las capacidades de la persona y su relación con el entorno en aras de facilitar su inclusión en la sociedad. Tanto la discapacidad, como la incapacidad permanente tienen que ser reconocidas y declaradas por equipos de valoración que son, en sendos casos distintos²². En el caso de la discapacidad es irrelevante el momento en el que aparece, pudiendo ser de nacimiento o ser sobrevenida; mientras que en la incapacidad permanente se exige su manifestación (o agravamiento) posterior a la afiliación en la Seguridad Social²³.

2.1. Manifestaciones prácticas de las relaciones conflictivas en sede judicial

Las relaciones entre la IP y la discapacidad resultan conflictivas, de ahí que ya el Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2020 (Nº de recurso 156/2020) haya aclarado

²⁰ TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, MªN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIERNO, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords) *et altrii*, *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, págs. 739 a 743.

²¹ Junto al concepto de incapacidad permanente hay otros cercanos al mismo, pero distintos, como son el de persona con discapacidad y el de persona dependiente. Para el concepto de persona dependiente y su delimitación y conexión con la discapacidad, puede remitirse a otro capítulo de esta misma obra. También puede verse Iturri Gárate, J. A., “Incapacidad permanente y personas con discapacidad y dependientes” en Rivas Vallejo, P (Dir.) *et altrii*, *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales: la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008.

²² TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad”..., op.cit., pág. 742.

²³ GARCÍA SABATER, A.: “El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.221, 2019 (BIB 2019\5830).

que el reconocimiento de una incapacidad permanente (ya sea total, absoluta o por gran invalidez) no da derecho al reconocimiento automático de una situación de discapacidad a todos los efectos; pero sí a la *equiparación legal* prevista en el apartado 2 del artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social²⁴.

²⁴ Se trata de la *equiparación instrumental a efectos de tutela protectora* prevista explícitamente en el apartado 2 del artículo 4 (“Titulares de los derechos”) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, conforme al cual: “Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos [rectius a todos los efectos de este RD-Legislativo], tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará [reténgase el imperativo categórico] que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tenga reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos”. Para las consecuencias jurídicas en la tutela protectora y en la titularidad de los derechos de esta asimilación o equiparación *ope legis*, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-critico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, *passim*. Cuestión relevante, por ejemplo, cuando la incapacidad permanente sobreviene durante la vida activa profesional y la persona trabajadora que es declarada incapacitada permanente pretende incorporarse a la empresa de procedencia (en una típica transición de ida y vuelta a la actividad profesional “debilitada” por el grado de incapacidad permanente). Piénsese, por ejemplo, en la operatividad del artículo 35 (“Garantías del derecho al trabajo”), artículo 40 (“Adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo”), en el marco del “Empleo ordinario” del RD-Legislativo 1/2013; o en el artículo 25 (“Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Los ajustes razonables en tales casos impiden que el trabajador que es declarado como afecto de una incapacidad permanente total o absoluta pueda ser despedido por el empleador ex artículo 49.1.e) del ET automáticamente sin que se intente llevar a cabo los ajustes razonables (desde el punto de vista jurídico una IP total no impide realizar otras tareas o puestos de trabajos distintos a los anteriormente desempeñados en la empresa de procedencia), y que, en su caso, aquél acredite la prueba pertinente de que ello le supone una “carga excesiva.” Todos ellos en relación con el artículo 15.1.d) LPRL (adaptación dinámica del trabajo a la persona), que transpone en nuestra legislación el artículo 6.2,d) de la Directiva-Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Véase RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: “La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección del trabajador con discapacidad, en MONEREO PÉREZ, J.L y MÁRQUEZ PRIETO, A. (Dirs) *et alii*, *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, págs. 879-889; *Ibid.*, *Vácos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2019, págs. 43 y sigs., y 195 y sigs.

Por otra parte, la STJUE de 10 de febrero de 2022, as.C-485/20: HR Rail, declara que el concepto de ajustes razonables para las personas con discapacidad recogido en el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación) debe ser interpretado en el sentido de que un trabajador al cual se le reconozca una discapacidad sobrevenida vigente en el trabajo que le impida desarrollar las funciones esenciales del puesto para el cual fue contratado y que venía desarrollando debe ser destinado a otro puesto para el cual se disponga de las competencias, capacidades y la disponibilidad exigidas. Véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ VICO, S.: “Trabajadores con discapacidad: principios de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables (Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2022, as.C-485/20: HR Rail”), *La Ley Unión Europea*, nº. 102, abril, 2022 (Editorial Wolters Kluwer), págs. 1-22.

Previamente, con arreglo al apartado 1 del artículo 4 (“Titulares de los derechos”) del Real Decreto Legislativo 1/2013, se establece estipulativamente que “son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.” Se aprecia aquí la relevancia del modelo social presente en el hecho social de la discapacidad multidimensional, que lógicamente más allá de una específica disfuncionalidad profesional.

Parecía que la cuestión estaba clara, no obstante, la práctica evidenciaba una cierta confusión que ha traído -como consecuencia- una cierta judicialización, así como una constante tira y afloja en sede doctrinal²⁵. Y ello es porque existe un cierto interés de la persona que ha sido declarada en incapacidad permanente en intentar que también se le reconozca discapacitada, para tratar de acceder a ventajas laborales, económicas, fiscales... y, de igual modo, la persona que es declarada discapacitada, si reúne los requisitos exigidos, suele intentar obtener también prestaciones de la Seguridad Social iniciando procedimientos de incapacidad permanente (contributiva y/o no contributiva); y de forma similar, ocurre con la dependencia. No existen, entre ambas figuras, "vasos comunicantes automáticos", aunque sí es importante conocer que hay puntos de conexión²⁶; pero sí "vasos comunicantes legalmente establecidos" como los que infieren expresamente del citado artículo 4, apartado 2 del RD-Legislativo 1/2013. Resulta importante, en este punto, conocer las diferencias y puntos de proximidad entre ambas figuras para así marcar las fronteras o líneas que las separan y los puntos de conexión que les unen. Sin embargo, resulta innegable que la persona trabajadora que es declarada incapacitada permanente sobrevenida tiene derecho al trabajo con los correspondientes ajustes razonables –salvo prueba empresarial de carga excesiva- sin que automáticamente pueda ser objeto de despido ex artículo 49.1.e) del ET. Y ello con amparo no sólo en el RD-Legislativo 1/2013 (en los términos matizados ya indicados aquí), sino también por la preceptiva aplicación del artículo 25 ("Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos") de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

La incapacidad permanente se encuentra regulada en los artículos 193 y siguientes de la LGSS en donde se aclara que: "...es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral". De dicho concepto legal se desprenden cuatro elementos que integran el hecho causante²⁷: 1) Existe una determinación objetiva mediante

²⁵ Por todo ello, cuando se le reconoce a un trabajador una prestación por incapacidad permanente no deberá entenderse sin más que se le ha reconocido automáticamente un certificado de minusvalía del 33% (y por el que se obtiene beneficios adicionales). En efecto, la persona discapacitada deberá ser valorada y evaluada por la Administración conforme al baremo establecido en el Real Decreto 1971/1999 y por el que se regula el porcentaje de discapacidad. En este sentido SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., "La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de derechos", en BLÁZQUEZ PEINADO, M.D. y BIÉL PORTERO, I. (Coords) *et altri*, *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. Ahora bien: sin que sea posible desconocer tampoco la equiparación instrumental que se establece *ope legis* en el apartado 2 del artículo 4 ("Titulares de los derechos") del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que matiza legalmente la afirmación doctrinal de los autores anteriormente citados. Véase lo indicado en la nota 23.

²⁶ RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Incapacidad permanente, incapacidad judicial, discapacidad y dependencia. Las asimilaciones legales entre ellas y su efectividad", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, celebrado en Madrid, octubre de 2017), Murcia, Laborum, 2017, págs. 791-801, que expone claramente las diferentes "pasarelas", y su oportunidad, que pueden relacionar las situaciones de discapacidad, incapacidad laboral, invalidez, dependencia o incapacidad judicial, si bien señala que no son absolutas ni automáticas entre todas ellas (p. 791).

²⁷ Sobre estos elementos puede consultarse más ampliamente, entre otros, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, MªN. y MALDONADO MOLINA, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2023, págs. 276 y sigs.; DE VAL TENA, Á. L., "Capítulo 7. Incapacidad permanente. Concepto...", op.cit., págs. 772-792.

dictamen científico-médico; 2) una reducción de la capacidad para trabajar; 3) las lesiones deben ser permanentes o previsiblemente definitivas y 4) persistencia previsiblemente definitiva de una alteración grave del estado de salud, pese a haber seguido un tratamiento e independientemente del carácter común o profesional de la contingencia.

Resulta especialmente conflictivo el último elemento de cara a la determinación de las fronteras entre la IP y la discapacidad. Y ello es porque, inicialmente, se exigen que las lesiones sean posteriores a la afiliación o al alta en la Seguridad Social, por lo que si dichas lesiones son previas no son evaluables a efectos de incapacidad permanente, considerándose con carácter general sólo protegible la incapacidad sobrevenida al trabajador. Quedan, por tanto, excluidas las lesiones congénitas o adquiridas con anterioridad a tener dicha condición, en aras de evitar lo que se podría considerar una especie de “compra de pensiones” si se permitiese que, a través de la afiliación, el alta y la cotización (durante un período de carencia ostensiblemente menor al requerido para la jubilación) en una fecha posterior a aquella en la que la contingencia protegida (la situación de incapacidad permanente) ya se habría materializado²⁸. Por su parte, el artículo 193 de la LGSS, en su segundo párrafo, realiza una inclusión expresa al prever que: “... las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación”²⁹. En otras palabras, si se produce una agravación de las lesiones preexistentes con efectos invalidantes para el trabajo sí procederá el reconocimiento de la prestación correspondiente, pues la agravación de las dolencias anteriores a la afiliación o el alta es suficiente para producir un efecto invalidante posterior al alta que anule la capacidad laboral que permitió al afectado realizar los trabajos determinantes de su inclusión en la Seguridad Social. De este modo, se protegen situaciones de discapacidad sobrevenida o agravada a la afiliación del trabajador para producir la incapacidad permanente.

En el caso de una gran invalidez resultará necesario que las reducciones anatómicas o funcionales de carácter genético no se hayan producido antes de la afiliación o alta del trabajador, de lo contrario no podrán ser tenidas en cuenta para causar protección por este grado de incapacidad, salvo cuando se traten de personas con discapacidad en las que se hubiera producido el agravamiento que recoge el artículo 193.1, 2º párrafo de la LGSS. Ahora bien, en este último caso, la valoración deberá hacerse partiendo de la capacidad ya reducida que presentaba el propio trabajador. Ciertamente, la doctrina del Tribunal Supremo ha seguido aquí una línea evolutiva que resulta interesante analizar.

²⁸ En ese sentido, PANIZO ROBLES, J.A.: “De nuevo sobre las dolencias previas a la afiliación a la Seguridad Social: si la situación de dependencia existe antes de la afiliación a la Seguridad Social, no cabe lucrar pensión de gran invalidez, salvo agravación de aquélla (Con ocasión de la STS de 19 de julio de 2016. Rcud 3907/2014 [JUR 2016, 193867])”, *Aranzadi digital*, núm.1, 2016, (BIB 2016\4963).

²⁹ La jurisprudencia marcó el origen de este apartado ya que, si bien inicialmente venía negando que esas dolencias previas pudiesen tenerse en cuenta a los efectos de la declaración de la IP, la sentencia del TS de 26 de enero de 1999 (rec. 5066/1997), entre otras, abre una nueva línea jurisprudencial inclusiva que desemboca en la Ley 35/2002, que modificó el entonces artículo 136.1 LGSS.

2.2. ¿Protección o nuevos interrogantes tras la Ley 15/2022?

El 14 de julio de 2022, sale a la luz la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (conocida como Ley Zerolo). En el cuerpo de esta ley ya se establece: 1) que nadie puede ser discriminado por razón de enfermedad (artículo 2.1), 2) que la enfermedad no puede amparar diferencias de trato distintas a las derivadas del ejercicio de algunas actividades o la salud pública (artículo 2.3) y que las disposiciones, actos o cláusulas discriminatorias serán nulas (artículo 26). A pesar de esto, lo cierto es que todavía sigue generando controversia en sede judicial y doctrinal esta temática, sobre todo en materia de incapacidad temporal, lo cual cabe extrapolar también a los supuestos de incapacidad permanente. A buen ejemplo, las sentencias de 24 de enero de 2023 del Juzgado de lo Social de Almería (número de recurso: 710/2022) y la de 15 de febrero de 2023 del Juzgado de lo Social de Granada (número de recurso: 753/2022) en donde se afirma que la causa de despido por incapacidad laboral conlleva la nulidad, aunque no se haya declarado la existencia de una discapacidad. En efecto, la discriminación del trabajador por razón de enfermedad constituye causa suficiente para declarar la nulidad. Por el contra, la sentencia de 14 de febrero de 2023 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (número de recurso: 2636/2022) considera que, la entrada en vigor de la Ley 15/2022 no ha supuesto ningún cambio, pues no ha modificado el contenido del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, como tampoco la jurisprudencia anterior. Por lo tanto, aunque el despido sea discriminatorio, quedará a ojos del juez el declarar la improcedencia (como ya ocurría en la mayoría de los casos) o la nulidad del despido.

Parece que la opción a seguir por los tribunales va a ser, lamentablemente, esta segunda. Y es que, como bien indica la misma exposición de motivos de la Ley 15/2022, “no se pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen”. Queda claro que no se refuerzan, ni garantizan los derechos *per se* que les corresponden a los trabajadores en situación de baja por incapacidad temporal, sino que -por el contrario- se crea un efecto disuasorio que no apacigua el debate existente. No se olvide que el artículo 14 de la Carta Magna reconoce el derecho a la igualdad como un derecho fundamental. Y, de otra parte, el derecho a la salud se configura, dada su equivocada ubicación en el texto constitucional, como un principio rector de la política social y económica (artículo 43 de la Constitución Española) al que se le otorga una debilitada protección que no queda exenta de críticas, toda vez que tenía que haberse configurado como un derecho fundamental en el contenido del Título I de la Constitución Española. Son muchos los vaivenes que, en torno a esta materia, ha protagonizado la doctrina del Tribunal Constitucional. Sin embargo, lo cierto es que, a pesar del constante tira y afloja, el derecho a la salud se ha erigido en pilar fundamental para la construcción de un constitucionalismo democrático-social que pretende dar primacía a los ciudadanos (derecho subjetivo) frente a los intereses económicos y mercantilistas propios de sociedades poco inclusivas. Por todo ello, al derecho a la salud se le otorga y reconoce (tanto en la normativa internacional, como en la comunitaria y en la nacional) el carácter de derecho primario y fundamental vinculado al derecho a la vida, a la integridad física y la dignidad de toda persona³⁰.

En la forma de Estado Social y Democrático de Derecho que establece la Carta Magna se habrá de proteger el derecho a salud, procurando evitar intervenciones restrictivas

³⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La salud como derecho humano fundamental”, *Relaciones Laborales*, nº9, 2014, págs. 1-15 en su versión digital. Del mismo autor, “La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria (I y II)”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Nº 5-6, 2010, págs. 69-94 y 59-86, respectivamente.

de este derecho por parte de los Poderes Públicos. A tal fin, ¿por qué la Ley 15/2022 no ha protegido, como un derecho fundamental, los despidos durante los procesos de baja por IT y por IP? La respuesta a esta pregunta aparece en el mismo encabezado de la Ley 15/2022. En efecto, se trata ésta de una normativa que no tiene rango de ordinaria debido a que el Gobierno no alcanzó la mayoría absoluta que requería para aprobarla como Ley Orgánica. Por lo que, todo apunta a que de nuevo los trabajadores tendrán que litigar y luchar para conquistar derechos que no les reconoce “per se” el legislador³¹. No obstante, en este punto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de Europa de 18 de enero que, a continuación, expondremos, arroja bastante luz y ya vaticina la necesidad de una propuesta de reforma legislativa que afectará de lleno a la Ley del Estatuto de los Trabajadores, pues en todo momento se han de cumplir los estándares normativos comunitarios. Y, todo ello, de acuerdo con los principios de primacía y de jerarquía.

3. ESTUDIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 18 DE ENERO DE 2024 (C-631/22)

El panorama judicial en España ofrece diferencias en función del tribunal que evalúa el caso. Y es que, no existe aún una doctrina uniforme consolidada que proteja al trabajador en situación de incapacidad (tanto temporal, como permanente) frente al despido. Los pasos más relevantes que se han dado en la nación española han sido gracias a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pasito a pasito, se está avanzando en la materia.

3.1. Hechos conflictivos

En este sentido, resulta muy relevante la sentencia del TJUE en su sentencia de 18 de enero de 2024 (C- 631/22), caso J.M.A.R y Ca Na Negreta S.A con intervención del Ministerio Fiscal. Los hechos que describa la sentencia versan sobre un conductor de camión de retirada de residuos que sufrió, en tiempo y horas de trabajo, un accidente que le causó una fractura abierta en el calcáneo del pie derecho. El INSS dictó una resolución poniendo fin a la incapacidad temporal y reconociendo una indemnización por “lesión permanente no invalidante”. A petición del trabajador, la empresa acordó un cambio de puesto de trabajo que le permitía trabajar con sus limitaciones físicas.

El trabajador recurrió judicialmente contra la resolución del INSS que le había denegado la invalidez permanente y, dos años más tarde, fue reconocido en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de conductor de camión de retirada de residuos (sin prever la posibilidad de revisión por mejoría).

La empresa comunicó al demandante su cese en el trabajo después de la sentencia, lo que llevó al demandante a interponer una reclamación judicial alegando despido discriminatorio. Sin embargo, la reclamación fue desestimada por el juzgado porque, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, el reconocimiento de la incapacidad total conlleva la baja en la empresa y no hay obligación legal por parte de la empresa de ubicar al trabajador en otro puesto de trabajo dentro de la misma empresa.

Dados los hechos, el TSJ Baleares formuló dos cuestiones prejudiciales ante el TJUE, a saber:

³¹ LÓPEZ INSUA, B.M.: “La incapacidad temporal desde una perspectiva crítica: ¿Avance o retroceso en los procesos de despido, digitalización o género?”, IUSLABOR, N°2, 2023.

“1) El artículo 5 de la [Directiva 2000/78], a la luz [de] los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la [Carta] y de los artículos 2 y 27 de la [Convención de la ONU], ¿debe ser interpretado en el sentido de que se opone al mismo la aplicación de una norma nacional que contemple como causa automática de extinción del contrato de trabajo la discapacidad del trabajador/a (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual, sin previsión de mejoría), sin previo condicionamiento al cumplimiento por parte de la empresa del mandato de adoptar “ajustes razonables” a la que obliga el referido artículo 5 de la Directiva para mantener el empleo (o justificar la carga excesiva de tal obligación)?

2) Los artículos 2, apartado 2, y 4, apartado 1, de la [Directiva 2000/78], a la luz de los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la [Carta] y de los artículos 2 y 27 de la [Convención de la ONU], ¿deben ser interpretados en el sentido de que la extinción automática del contrato de trabajo de un trabajador por causa de discapacidad (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual), sin previo condicionamiento al cumplimiento del mandato de adoptar “ajustes razonables” a la que obliga el referido artículo 5 de la Directiva para mantener el empleo (o a la previa justificación de la carga excesiva de tal obligación), constituye una discriminación directa, aun cuando una norma legal interna determine tal extinción?”

3.2. Adaptación del puesto, derecho al empleo y límites a la extinción del contrato por incapacidad permanente

El TJUE procede a examinar y responder conjuntamente las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Las Islas Baleares y lo hace apoyándose en la sólida fundamentación ya asentada a nivel europeo. Por lo que tras recordar el contenido de la Directiva 2000/78 en relación al concepto de “discapacidad”, conforme a las disposiciones de la Convención de la ONU, indica que la “discriminación por motivos de discapacidad” se produce cuando ésta tenga: “... el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Este concepto incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”. En efecto, el empresario queda obligado a “... adoptar las medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas, teniendo en cuenta cada situación individual, para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se le ofrezca formación, sin que suponga una carga excesiva para el empresario”.

En este sentido, el TJUE analiza, de un lado, el concepto de “carga excesiva y ajustes razonables” para, acto seguido, estudiar lo dispuesto por la Ley del ET en los supuestos de extinción por incapacidad permanente. Queda claro que el concepto de “ajustes razonables” habrá de realizarlo el empresario, siempre que sea posible y cuando, a causa de la discapacidad del trabajador, no pueda éste realizar sus funciones esenciales en el puesto de trabajo. Por tanto, de lo que se trata es de una adaptación o reubicación en un puesto para el que el trabajador disponga de capacidades y de la disponibilidad exigida. En este sentido, el hecho de que el trabajador (en cuestión) haya sido reubicado durante más de un año, evidencia (más si cabe) las carencias del marco normativo, porque parecía compatible con las limitaciones físicas resultantes de su accidente de trabajo. Motivo por el que afirma que la normativa admite así: “... dispensar al empresario de su obligación

de realizar o, en su caso, mantener, ajustes razonables, como un cambio a otro puesto, aun cuando el trabajador de que se trate disponga de las competencias, capacidades y disponibilidad requeridas para desempeñar las funciones esenciales de ese otro puesto (...). Además, dicha normativa tampoco parece obligar al empresario a demostrar que tal cambio de puesto podría imponerle una carga excesiva (...), antes de proceder al despido del trabajador”.

De acuerdo con esta idea, no entiende el TJUE la relevancia que, a efectos de esta controversia, supone el reconocimiento de una incapacidad permanente total a petición del trabajador y que le dé derecho a una prestación, conservando al mismo tiempo la posibilidad de dedicarse al ejercicio de otras funciones. Especialmente porque si se obliga a un trabajador con discapacidad a “soportar el riesgo de perder su empleo para poder disfrutar de una prestación de seguridad social” se estará “menoscabando el efecto útil del art. 5 Directiva 2000/78, interpretado a la luz del art. 27. 1, de la Convención de la ONU, según el cual se debe salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, y el mantenimiento en el empleo”. Dicho en otras palabras, lo que el TJUE viene a reconocer es que pese a las previsiones que establece el 49.1 e) del Estatuto de los Trabajadores de extinción del contrato en caso de IP, prima aquí el derecho al empleo en igualdad de condiciones y la protección frente a las situaciones de discapacidad reconocidas (tal y como establece la normativa comunitaria), por lo que cabe deducir que el empresario adoptó libre y arbitrariamente la decisión de “despido”.

Por lo tanto, no cabe “asimilar” una “... incapacidad permanente total, que solo afecta a las funciones habituales, al fallecimiento de un trabajador o a una incapacidad permanente absoluta que (...), designa una incapacidad para todo trabajo, dicha normativa nacional es contraria al objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad a que se refiere el artículo 26 de la Carta”, salvo que dicha situación tenga una previsión de mejoría de dos años. En efecto, esta salvedad resulta aquí relevante, pues si la IP pudiera ser objeto de revisión antes de dicho plazo (dos años), no cabría entonces proceder a la extinción del contrato por vía del artículo 49.1 e) del ET, sino que procedería su suspensión (conforme al artículo 482. Del ET).

Ciertamente, el Estado español es el único competente para organizar su sistema de Seguridad Social y determinar los requisitos para la concesión de las prestaciones en materia de seguridad social, lo cual no le exime de respetar el Derecho de la Unión Europea. Claramente aquí, el TJUE está imponiendo al empleador la obligación de intentar la realización de ajustes razonables en otro puesto de trabajo para garantizar, siempre que sea posible, la continuidad en el empleo de una persona trabajadora afectada por una incapacidad permanente³².

En este orden de ideas, se aclara que la extinción del contrato por trabajo por declaración de IP no puede operar de manera automática, pues requiere de una justificación o valoración por parte de empresa al tratarse de una causa de terminación de la relación laboral autónoma y “ajena” por completo a la voluntad o no del trabajador.

³² Indica, de forma literal, el TJUE en su sentencia lo siguiente: “convirtiendo la discapacidad del trabajador en una causa de despido, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 45 de la presente sentencia”.

En definitiva, los argumentos arrojados les lleva al TJUE a afirmar que la facultad extintiva que confiere el artículo 49.1 e) del ET en caso de incapacidad permanente es contraria al artículo 5 de la Directiva 2000/78. No significa ello que cuestione el Alto Tribunal europeo la posible resolución del contrato por incapacidad permanente, pero sí indica que antes de proceder a la extinción habrá que realizar una evaluación para determinar si son posibles ajustes razonables para permitir la conservación del empleo de la persona afectada. En este sentido, es probable que los servicios de prevención deban asumir aquí un papel determinante para hacer esta valoración. Entendemos, por todo ello, que habrá que modificar el artículo 49.1 e) del ET para ajustarlo a la Directiva europea, así como a la normativa internacional. Lo cual refuerza aún más la garantía de protección de las personas en situaciones de incapacidad para trabajar (temporal y permanente), sobre todo en caso de que se declare una discapacidad.

Justamente, en este punto, a fecha de 3 de abril de 2024 el Gobierno (en concreto, el Ministerio de Trabajo) ha sellado un acuerdo junto al presidente del Comité Español de Representación de Personas con Discapacidad (CERMI). Se pretende con este acuerdo, tras la sentencia del TJUE que aquí estudiamos, elevar la protección frente al despido automático de las personas en situación de incapacidad permanente. De aprobarse este anteproyecto de ley, el despido del trabajador quedaría condicionado “a la voluntad de trabajador o a la posibilidad de adaptar su puesto de trabajo a otro puesto compatible con su nueva situación”, lo que exige retocar el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores.

Lamentamos, por otra parte, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no resuelva, quizás por ser una cuestión de legalidad ordinaria interna, la suerte que debe correr la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo en caso de incapacidad permanente sin indemnización alguna, como permite el artículo 49.1 e) del Estatuto de los Trabajadores, que introduce en el mismo saco a la muerte y a la gran invalidez con la incapacidad permanente como válidas causas de extinción del contrato. El TJUE lo califica como una extinción no consentida, y como tal, puede constituir un despido, salvo que se hayan cumplido los resortes de adaptación que la propia sentencia específica. Ampliar el abanico de libertad en los supuestos de enfermedad en el ocaso de la carrera profesional debería permitir también poner fin a la vida laboral si así se desea o lo imponen las condiciones de salud, con la protección de la prestación contributiva de Seguridad Social correspondiente; pero el derecho a una indemnización en estos casos es una decisión de política legislativa todavía a resolver, a la luz, precisamente, de esta decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En consecuencia, la decisión de extinción no es causal -no lo puede ser una mecánica baja ante la Seguridad Social- y en aplicación del artículo 96 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, entendemos, que no se ofrece una justificación objetiva y razonable de la medida adoptada o, en palabras del artículo 4 de la Ley 15/2022, no puede justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla³³.

³³ Sobre este punto el Juzgado de lo Social número 2 de Vigo, a fecha de 19 de enero de 2024, añade un dato importante acerca de la indemnización. Y es que, insiste en que pese a que se declare la nulidad del despido no cabe aquí indemnización por daños morales porque “no [se] puede aplicar de oficio indemnización alguna por la constatada vulneración de derechos fundamentales ya que no se pidió ni en la instancia, ni en el trámite de impugnación al recurso de suplicación, ni siquiera lo ha solicitado en su impugnación al presente recurso de casación para la unificación de la doctrina”.

Empero a lo anterior, con motivo de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22), se encuentra ya en vías de tramitación parlamentaria la Propuesta de Anteproyecto de Ley por la que se pretende modificar el artículo 49.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores. La finalidad de la propuesta de reforma es clara, la de eliminar la automaticidad de la extinción del contrato de las personas que acceden a la situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, al tiempo que se condiciona la decisión empresarial a la voluntad de la persona trabajadora. En efecto, será ésta la que decida adaptar el puesto de trabajo, siempre que no suponga un coste excesivo para la empresa o cuando subsista una vacante compatible con la nueva situación.

En concreto, las modificaciones afectarán a la letra e) del artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores al eliminar la referencia a la extinción automática por “gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio a lo dispuesto en el artículo 48.2” y dejando solamente la extinción por “muerte de la persona trabajadora”.

4. BIBLIOGRAFÍA

CORDERO GORDILLO, V.: *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

CUENCA GÓMEZ, P y DE ASÍS ROIG, R.: “Derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, inclusión y participación en la vida de la comunidad (Artículo 15)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs y Coords) et altri: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.

DE ASÍS, R.: “De nuevo sobre Constitución y discapacidad”, *Universitas*, N°31, 2020.

DE ASÍS, R.: *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid, Dykinson, 2013.

DE DOMINGO, T.: “La *Drittewirkung* de los derechos fundamentales. Una alternativa al conflictivismo”, en MARTÍNEZ-PUJARTE, A.L. y DE DOMINGO, T.: *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2010.

DE VAL TENA, Á. L.: “Capítulo 7. Incapacidad permanente. Concepto, grados y requisitos”, en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.); MALDONADO MOLINA, J. A.; DE VAL TENA, Á. L. (Coords.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo I*, Murcia, Laborum. 2017.

ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001.

FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: “Capítulo 3. Incapacidad permanente y trabajadores de edad avanzada”, en MONEREO PÉREZ, J.L.; MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.) et altri: *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019.

GARCÍA SABATER, A.: “El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.221, 2019 (BIB 2019\5830).

GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: "A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 49/200714, 2007.

ITURRI GÁRATE, J. A.: "Incapacidad permanente y personas con discapacidad y dependientes" en RIVAS VALLEJO, P. (Dir.) et altri: *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales: la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*. Cizur Menor Navarra. Thomson-Aranzadi, 2008.

LAHERA FORTEZA, J.: "Despidos durante la baja médica", ver en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/02/20/economia/1487611309_151243.html#articulo-comentarios.

LLANO SÁNCHEZ, M.: "Trabajadores con discapacidad", en MONEREO PÉREZ, J.L; FERNÁNDEZ BERNAT, J.A y LÓPEZ INSUA, B.M (Dirs y Coords) et altri: *Las políticas activas de empleo. Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Thompson/Aranzadi, 2016.

LÓPEZ INSUA, B.M.: "Despido discriminatorio por razón de discapacidad y transversalidad de género", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº 53, 2019.

LÓPEZ INSUA, B.M.: "La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales", en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^aN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIERNO, F. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords) et alri: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

LÓPEZ INSUA, B.M.: "La incapacidad temporal desde una perspectiva crítica: ¿Avance o retroceso en los procesos de despido, digitalización o género?", *IUSLABOR*, Nº2, 2023.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: "Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 3/2022.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L.: *Derechos Fundamentales y discapacidad*, Madrid, Cinca, 2015.

MONEREO PÉREZ, J.L. y GUINDO MORALES, S.: "Extinción contractual y discapacidad. Soluciones jurídicas como alternativa a la extinción de la relación laboral por incapacidad sobrevenida", en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^aN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIERNO, F. y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords) et alri: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ INSUA, B.M.: "La garantía internacional del derecho a un trabajo decente", *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo*, N°177, 2015.

MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ VICO, S.: “Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables (STJ 3^a 10 de febrero de 2022, as. C-485/20: HR Rail)”, *Revista La Ley Unión Europea*, N°102 de 2022.

MONEREO PÉREZ, J.L y MALDONADO MOLINA, J.A.: “Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)”, en MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L (Dirs y Coords) *et altri:La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L y MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho a la protección de las personas minusválidas (“discapacitadas”) (Artículo 49 de la Constitución Española)”, en MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M.^aN (Dirs y Coords) *et altri: Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L, GORELLI HERNÁNDEZ, J., DE VAL TENA, Á.L (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M (Coord) *et altri.: El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.

MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 8, 2016.

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M.^aN. MÁRQUEZ PRIETO, A., y MALDONADO MOLINA, J. A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos. 2023.

MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.^aN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIERNO, F y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords) *et altri.: La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: “El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.^aN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIERNO, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords) *et altri: La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, págs. 42 y sigs.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho al trabajo en la Carta Social Europa (Artículo 1 de la Carta Social Europea Revisada)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.) *et altri: La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Protección en caso del despido injustificado (Artículo 30)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.) *et altri: La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Capítulo 3. La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona", en RODRÍGUEZ INIESTA, G., ORTIZ CASTILLO, F y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords.) *et altri*, *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación* (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), celebrado en octubre de 2017), Murcia, Laborum, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Revista Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Volumen 9, nº 1 de 2019.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019.

MONTOYA MEDINA, D.: "Algunas cuestiones interpretativas asociadas a las cláusulas convencionales reguladoras de las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores por incapacidad permanente", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº28, 2021.

MORENO PUEYO, M. J.: "Asimilación de la incapacidad permanente a la discapacidad. Alcance y límites", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.220, 2019.

MUÑOZ RUIZ, A.B.: "El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los ciudadanos. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, Coleman y otros, C-303/06", *Temas Laborales*, Nº 101, 2009.

NAVARRO MARTÍNEZ, C.: "Derechos a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación", en ARENAS ESCRIBANO, R y CABRA DE LUNA, M.A (Coords) *et altri*: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, Madrid, La Ley, 2015.

NUSSBAUM, M.C.: *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Barcelona, Paidós, 2012.

PANIZO ROBLES, J.A.: "De nuevo sobre las dolencias previas a la afiliación a la Seguridad Social: si la situación de dependencia existe antes de la afiliación a la Seguridad Social, no cabe lucrar pensión de gran invalidez, salvo agravación de aquélla (Con ocasión de la STS de 19 de julio de 2016. Rcud 3907/2014 [JUR 2016, 193867])", *Aranzadi digital*, núm.1, 2016, (BIB 2016\4963).

PÉREZ BUENO, L.C.: "La configuración jurídica de los ajustes razonables", en PÉREZ BUENO, L. C (Ed) *et altri*: *2003-2012: Diez años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Madrid, Cinca, 2012.

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Incapacidad permanente, incapacidad judicial, discapacidad y dependencia. Las asimilaciones legales entre ellas y su efectividad", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Celebrado en Madrid, octubre 2017)*, Murcia, Laborum. 2017.

ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: "La compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente y el trabajo por cuenta propia: una vía para el emprendimiento de las personas con discapacidad", *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, celebrado en Madrid, octubre, 2017)*, Murcia, Laborum. 2017.

ROQUETA BUJ, R.; FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La incapacidad para trabajar*, Madrid, La Ley, 2014.

RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: "La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección del trabajador con discapacidad, en MONEREO PÉREZ, J.L., y MÁRQUEZ PRIETO, A. (Dirs) et altri: *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, págs. 879-889.

RUÍZ SANTAMARÍA, J.L.: *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/ Aranzadi, 2019.

SEOANE RODRÍGUEZ, J. A.: "La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de derechos", en BLÁZQUEZ PEINADO, M. D. y BIEL PORTERO. I. (Coords) et altri: *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

TOMÁS JIMÉNEZ, N.: "Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad", en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, MªN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIERNO, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords) et altri: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

VICENTE PALACIO, M.A.: "No cabe equiparar incapacidad permanente a la discapacidad (de la sintaxis y la semántica)", *Revista Jurisprudencia Laboral*, Nº6 de 2020.

PENSIONES DE SUPERVIVENCIA Y DE JUBILACIÓN¹

(ANÁLISIS DE LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO)

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

*Profesor Titular de Universidad
[orcid.org/0000-001-5054-8822]*

I. PENSIÓN DE SUPERVIVENCIA

1. PENSIÓN DE VIUDEDAD

1.1. Uniones matrimoniales. Enfermedad preexistente. Duración del matrimonio²

Los hechos objeto de debate fueron los siguientes: a) D.^a Adela, nacida en 1960, solicitó en fecha 5 de marzo de 2018 la prestación de viudedad que le fue reconocida por resolución del I.N.S.S. de 9 de marzo de 2018 con un porcentaje del 52% de una base reguladora de 2857,64 € y fecha de extinción de 31 de octubre de 2019; b) Frente a esta decisión interpuso reclamación previa que sería desestimada en fecha 23 de mayo de 2018; c) Hubo un primer matrimonio que sería disuelto por divorcio en fecha 12 de julio de 2017; d) Consta que D.^a Adela y el fallecido D. Leonardo realizaron en el mes de junio de 2015 un viaje a Italia, pernoctando en el HOTEL EXE OVIEDO CENTRO del 10 al 12 de octubre de 2016 y en el HOTEL NUEVO MADRID del 8 al 29 de agosto de 2016; e) En fecha 28 de junio de 2017 le diagnosticaron a D. Leonardo una grave enfermedad, solicitando D.^a Adela, en fecha 21 de septiembre de 2017 la celebración de matrimonio en peligro de

¹ Texto de la ponencia "Pensiones de supervivencia y de jubilación presentada en el VIII Seminario Permanente de estudio y actualización "El Derecho de la Seguridad Social a través de la jurisprudencia". El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación del Programa Estatal de I+D+i con referencia PID 2022-140298NB-100 "la sostenibilidad del sistema de pensiones en contexto de reformas e inestabilidad económica".

² Sentencia analizada:

STS 857/2022, 26 octubre; Roj: STS 3824/2022; rec. 2059/2019.

Sentencia recurrida:

STS Galicia 29-3-2019, rec. 3880/2018 (confirmatoria de la de instancia), SJS 3 3-9-2018 autos 317/2018 (estimatoria de la demanda).

Sentencia de contraste:

STS 30-9-2014 (rec. 2516/2013).

muerte, constituyéndose la Comisión Judicial el mismo día en el Hospital Universitario de Santiago de Compostela y acordándose la inscripción en el Registro Civil en fecha 24 de octubre de 2017; f) A través de petición en el Juzgado de Paz de O Grove de 7 de noviembre de 2017 interesó la certificación de matrimonio, teniendo esta petición entrada en el Registro Civil de Santiago de Compostela el 6 de marzo de 2018, compareciendo el día 2 del mismo mes en el citado organismo para solicitar la inscripción del matrimonio, que le fue remitida el 6 de marzo de 2018; g) Quedó constancia de que D.^a Adela obtuvo licencia no retribuida por los períodos de 9 de julio a 8 de agosto de 2017 y 10 a 27 de agosto de 2017, falleciendo el Sr. Leonardo en fecha 2 de octubre de 2017, habiendo estado unido en matrimonio anteriormente; h) D. Leonardo que estaba empadronado en Rianxo, donde convivió con la demandante durante más de tres años antes del fallecimiento”.

La cuestión objeto de debate consistió en determinar si se cumplía o no el plazo de convivencia previo exigido por el art. 219.2 LGSS para la percepción de la pensión de viudedad. Además, fueron objeto de análisis dos cuestiones una referida a la acreditación de la convivencia; y la otra relativa a su validez con abstracción de las circunstancias personales y eventual concurrencia de impedimentos para contraer matrimonio.

El TS aplicó su doctrina ya fijada en anteriores ocasiones como en la STS 17-10-2017 (rcud 968/2016) y otras posteriores. Básicamente se limita a recordar los términos literales de la norma (art. 219.2 y art. 221.2 LGSS) que exigen claramente la convivencia como pareja de hecho, por tanto entre “quienes no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona.....”, requisito que, sin embargo, aquí no concurrió hasta el dictado de la sentencia de divorcio del matrimonio anterior, pues la subsistencia del vínculo precedente impide la calificación pretendida de pareja de hecho (en este sentido también se puede ver la STS de 20/7/15, rcud 3078/14) y, correlativamente la convivencia acumulada computable desde el 31.10.2014 no suma el periodo de tiempo requerido, vedando en definitiva el acceso a la prestación demandada.

1.2. Crisis matrimoniales

1.2.1. Interpretación requisito ser acreedor de pensión compensatoria³

En síntesis, los hechos más relevantes fueron los siguientes:

- a) La actora se divorció por sentencia de 13 de enero de 2012. La sentencia de divorcio aprobó la propuesta de convenio regulador en el que:
 - No se estableció pensión compensatoria.
 - Se fijó una pensión de alimentos a favor de los hijos y a cargo del padre en la suma de 1.200 euros mensuales. Uno de los hijos nació en 1986 y el otro en 1990.

³ Sentencia analizada:

STS 252/2023, de 11 abril; Roj: 1632/2023; Rec. 2973/2020.

Sentencia recurrida:

STSJ Cantabria 10-7-2020, rec. 3560/2020 (confirma la sentencia de instancia); SJS 4 Santander 4-3-2020 autos 675/2019 (desestimatoria demanda).

Sentencia de contraste:

STS Canarias 26-7-2017 (rec. 491/2017).

- Entre otros gastos, el padre debía abonar el 50% de la hipoteca que gravaba la vivienda habitual del matrimonio, cuyo uso se atribuía a la esposa.
- b) El causante falleció el día 9 de abril de 2019. Sus hijos tenían 32 y 29 años de edad. Ambos eran económicamente independientes desde 2012.
- c) Se efectuaron los siguientes pagos mensuales:
 - Desde enero de 2012 hasta agosto del mismo año, el padre abonaba 1.730 euros en la cuenta de la demandante al objeto de satisfacer las obligaciones económicas impuestas en la sentencia de divorcio.
 - Desde septiembre de 2012 (cuando el hijo menor tenía 22 años) pasó a ingresar en la misma cuenta X euros mensuales hasta mayo de 2013. A partir de ese mes, transfirió 793 euros hasta su fallecimiento.
- d) Cuando falleció el causante, la cuota del préstamo hipotecario ascendía a 954,26 euros (el 50% eran 477,13 euros) y el causante abonaba en la cuenta de la actora 793 euros. La diferencia entre ambas cantidades asciende a 315,78 euros.

La cuestión objeto de debate era determinar si se cumplía el requisito, en casos de crisis matrimoniales (separación o divorcio), de que el beneficiario haya sido acreedor de pensión compensatoria.

El TS señala que:

- Aunque la sentencia de divorcio no estableció ninguna pensión compensatoria y la cantidad que debía abonar el exesposo se fijó en concepto de pensión de alimentos para los hijos, también se le impuso el pago del 50% de la hipoteca que gravaba la vivienda habitual del matrimonio.
- En la fecha de fallecimiento del causante, los hijos tenían 32 y 29 años de edad y eran independientes económicamente desde hacía varios años. El 50% de cada mensualidad del préstamo hipotecario ascendía a 477,13 euros y el causante abonaba mensualmente en la cuenta de la actora 793 euros. La diferencia entre ambas cantidades ascendía a 315,78 euros.
- La parte recurrente reclamaba una pensión de viudedad en la cuantía de 315,87 euros mensuales, que coincidía con la diferencia entre la cantidad abonada por el exesposo y la mitad de cada mensualidad del préstamo hipotecario.
- El abono mensual de la citada cantidad por parte del exesposo a la demandante revela la persistencia de una dependencia económica en el momento del óbito. Las circunstancias del caso enjuiciado evidencian que no se trataba de una pensión de alimentos (los hijos eran independientes económicamente) sino que tenía la naturaleza de pensión compensatoria aun cuando no se hubiera fijado en la sentencia de divorcio.

De interés también resultan su fundamento de derecho 4 y 5 que recoge una síntesis de sus anteriores criterios:

A) Favorables a considerar la existencia de “pensión compensatoria”:

La demandante percibía periódicamente cantidades económicas de quien había sido su cónyuge, del que se encontraba separada. La sentencia de separación mencionaba que se trataba de “la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos”. Sin embargo, no consta que existieran hijos a cargo y se trataba de una cantidad muy elevada (100.000 pesetas mensuales en el año 1995) fijándose unas bases de actualización en el convenio regulador (sentencia del TS de 3 de febrero de 2015, recurso 3187/2013).

- En la sentencia de separación se atribuyó el uso de la vivienda familiar a la esposa e hijos y el marido estaba obligado a abonar mensualmente a su excónyuge, “en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos para la hija menor la cantidad de 40.000 pts/mes [...] debiéndose igualmente responsabilizarse de los pagos referentes a préstamos, hipotecas y seguros derivados del antiguo hogar familiar” [sentencia del TS 97/2016, de 12 de febrero (rcud 2397/2014)].
- El juzgado había concedido una cantidad a favor de la esposa y la hija para contribuir “a las cargas del matrimonio”. Pese a emanciparse la hija, la demandante continuó percibiendo la pensión hasta el fallecimiento del causante ocurrido más de seis años después [sentencia del TS 135/2016, de 23 de febrero (rcud2311/2014)].
- La sentencia de separación había fijado para la esposa y para la hija común una pensión compensatoria de 40.000 pesetas mensuales. Posteriormente, la sentencia de divorcio aprobó un acuerdo que “mantiene la ayuda de 53.300 pesetas” mensuales para sufragar los gastos ocasionados por la manutención de la hija común. Se pactó que cuando la hija obtuviera un trabajo retribuido la ayuda se reduciría a la mitad. La hija se independizó y comenzó a trabajar y el causante continuó ingresando mensualmente en la cuenta de la actora la cuantía de 320,34 euros al mes bajo el concepto “abonos varios” [sentencia del TS 234/2020, de 11 marzo (rcud 3567/2017)].
- La actora era beneficiaria del abono de una cantidad a cargo del esposo que se había fijado en la sentencia de separación “como contribución a las cargas familiares y alimentos” [sentencia del TS 263/2020, de 5 mayo (rcud 3474/2017)].
- El cálculo de la cuantía de la pensión de viudedad debe incluir las cantidades abonadas por el marido a la esposa para hacer frente a los préstamos que había concertado el matrimonio [sentencia del TS 915/2020, de 14 octubre (rcud 3186/2018)].

El esposo se hizo cargo del préstamo hipotecario adjudicado a la actora para lo cual ingresaba en su cuenta bancaria la pensión de incapacidad que percibía y se abonaba el préstamo hipotecario y los alimentos a la hija [sentencia del TS 405/2021, de 14 de abril (rcud 4997/2018)].

B) Y contrarios a tal consideración, como:

- Cuando no se establece pensión compensatoria a favor de la esposa, pero sí pensión alimenticia en favor de las dos hijas del matrimonio [sentencia del TS 228/2017, de 21 marzo (rcud 2935/2015)].
- En el caso de pensión compensatoria abonada en un único pago [sentencia del TS 537/2017, de 21 junio (rcud 1177/2016)].

1.2.2. Rupturas en parejas de hecho. Excepción a los requisitos exigibles⁴

En la resolución analizada se recogen como hechos probados los siguientes: a) Doña X , soltera, mantuvo una relación sentimental análoga a la marital con convivencia, con Don Rosendo , desde el 4 de mayo de 1993, habiéndose inscrito formalmente como Pareja de Hecho, en fecha 16 de mayo de 2007, en el Registro Municipal de Uniones de Hecho; b) De dicha unión nació y vive una hija llamada María Rosa, la que tiene reconocida una minusvalía psíquica del 52% desde el 25/02/2004; c) La demandante convivió con su expareja Don Rosendo , y la hija en común de ambos hasta el 30 de septiembre de 2010; d) En fecha 19 de septiembre de 2010, Don Rosendo agrede a la demandante (su pareja sentimental por aquel entonces) causándoles lesiones consistentes en “traumatismo costado izquierdo + brazo izquierdo”; e) Como consecuencia de la agresión física y también psíquica que incluso presenció su hija (que era menor de edad), la demandante interpone denuncia por malos tratos en el ámbito familiar/violencia de género; f) El denunciado Don Rosendo reconoce los hechos en su declaración y Doña Ofelia solicita orden de protección. Se celebra Juicio Rápido por Delito en fecha 23 de septiembre de 2010, a las 9.30 en el Juzgado de Instrucción; g) Como consecuencia de la agresión sufrida, y la orden de protección solicitada, cesa la convivencia de la pareja en el domicilio familiar; h) Doña Ofelia manifestó que no desea continuar conviviendo en el mismo domicilio por lo que se produce la separación de la pareja; h) Don Rosendo falleció el 17 de abril de 2017; i) La actora solicitó pensión de viudedad al INSS, en fecha 19 de mayo de 2017, que fue desestimada por Resolución de fecha 8 de junio de 2017 por; “NO MANTENER CONVIVENCIA ININTERRUMPIDA DE AL MENOS CINCO AÑOS INMEDIATAMENTE ANTERIORES AL FALLECIMIENTO COMO PAREJA DE HECHO REGISTRADA CON EL FALLECIDO

La cuestión que se plantea para la unificación de doctrina ya había sido resuelta en un supuesto sustancialmente idéntico, por la STS 908/2020, de 14 de octubre (rcud 2753/2018) y el TS viene a insistir, que:

- Los supuestos en que el otro integrante de la pareja de hecho ejerce la violencia de género contra la mujer con la que convive, la protección de esta mujer lo que precisamente exige es, entre otras muchas cosas, que cese la convivencia con vistas a impedir que siga sufriendo una situación de violencia. En estos casos, la convivencia no solo es imposible e indeseable,

⁴ Sentencia analizada:

STS 272/2023, 13 abril; Roj: 1708/2023; rec. 793/2020.

Sentencia recurrida:

STSJ Canarias 25-10-2019, rec. 654/2019 (revoca la de instancia); SJS 1 Santa Cruz de Tenerife (estimatoria de la demanda)

Sentencia de contraste:

STSJ Asturias 7-7-2017, rec. 172/2017

sino que ha de evitarse a toda costa, por lo que, si se exige y se impone como requisito, no se alcanzaría la finalidad primordial y principal de proteger a la víctima de la violencia de género.

- Y ha de recordarse que la convivencia se rompe, no exactamente por la libre voluntad de la mujer que forma parte de la unión de hecho, sino porque la violencia ejercida sobre esta última hace imposible la convivencia.
- Así las cosas, no es razonable entender que la voluntad de la ley sea la exigir la convivencia en el momento del fallecimiento del causante para acceder a la pensión incluso en el supuesto de que la convivencia haya tenido que cesar con anterioridad por la existencia de violencia de género.
- Aplicación analógica de lo previsto en casos de uniones matrimoniales que finalizan con divorcio o separación mediando violencia de género.
- Es decir aplicación de la perspectiva de género: que conduce a interpretar el artículo 221 LGSS de 2015 (anterior artículo 174.3 LGSS de 1994) en el sentido de que, si cumple todos los demás requisitos, la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho.

1.2.3. Interpretación de la DT. 18 LGSS/1994⁵

El TS parte de los siguientes hechos que considera relevantes: a) El causante contrajo matrimonio en diciembre de 1975, del que nacieron dos hijos; b) Ese primer matrimonio entró en crisis cuando, con fecha 13 de junio de 2001 se produjo la separación conyugal, desembocando en el divorcio de 2 de junio de 2009; c) El segundo matrimonio tuvo lugar el 12 de marzo de 2010; d) El fallecimiento que genera el debate ocurre el 14 de marzo de 2012. En ese momento la ex cónyuge tenía 66 años de edad; e) A consecuencia de lo anterior, la viuda comienza a percibir una pensión mensual de 1.405,03 euros desde abril de 2012; f) La ex cónyuge comienza a percibir pensión no contributiva (PNC) de jubilación con efectos de enero de 2013; g) El 12 de diciembre de 2017 la primera esposa del causante solicita la prestación de viudedad, que el INSS le reconoce; h) La ex esposa renuncia a la PNC y la demandante ve reducida su pensión a la suma de 574,76 € (el 40% de su pensión), conforme acuerda la Resolución del INSS de 27 febrero 2018.

La cuestión objeto de debate era determinar cuál es la regulación de la pensión de viudedad aplicable a la solicitud de pensión formulada por la primera esposa: 1) la propia del momento en que se produjo el óbito del causante (marzo de 2012); 2) la vigente cuando

⁵ Sentencia analizada:

STS 60/2023, 24 enero; Roj: 339/2023; rec. 4564/2019.

Sentencia recurrida:

STSJ Madrid 686/2019, 17 septiembre (estimatoria del recurso interpuesto por el INSS); SJ núm. 39 Madrid 321/2018, 4 octubre, autos 750/2018 (estimatoria demanda)

Sentencia de contraste:

STS 10-2-2017 rec. 1082/2015; y TSJ Madrid 31-10-2017 (rec. 1082/2015).

ejerce su derecho (diciembre de 2017); y 3) una combinación de ambas y en qué medida las sucesivas redacciones de la LGSS inciden sobre ello⁶.

El TS señala que: las pensiones de viudedad derivadas de fallecimiento producido durante la vacatio legis de la Ley 27/2011 no quedan sujetas a sus previsiones intertemporales respecto de personas carentes del derecho a percibir pensión compensatoria; y que las reglas contempladas en el apartado 2 de la Disposición Transitoria 18^a de la LGSS/1994 (13^a de la LGSS/2015) solo se aplican a casos en que el matrimonio duró más de diez años y desde su crisis (separación o divorcio) hasta la muerte no han transcurrido más de diez

⁶ Debe tenerse en cuenta las siguientes versiones de la disposición transitoria decimoctava de la LGSS:
A) Disposición transitoria decimoctava. Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008 (versión Ley 26/2009).

El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:

- a) La existencia de hijos comunes del matrimonio o
 - b) Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.
- La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.
- En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad. En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley.

B) Disposición transitoria decimoctava. Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008 (versión Ley 27/2011 entrada en vigor 1-1-2013):

1. El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:

- a) La existencia de hijos comunes del matrimonio o
 - b) Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.
- La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad. En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley.

2. También tendrán derecho a la pensión de viudedad las personas que se encuentren en la situación señalada en el primer párrafo del apartado anterior, aunque no reúnan los requisitos señalados en el mismo, siempre que se trate de personas con 65 o más años, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a 15 años.

La pensión se reconocerá en los términos previstos en el apartado anterior.

años, siendo innecesario cumplir con los requisitos de hijos comunes o edad al morir el causante⁷.

1.2.4. Cosa juzgada. Violencia de género⁸

Los hechos más relevantes que se recogen en la resolución judicial analizada son:

- a) La demandante, Doña Bárbara, nacida en 1955, contrajo matrimonio con Don Aquilino en fecha 7 de octubre del 1973, matrimonio inscrito en el Registro Civil de Vigo; b) Don Aquilino falleció en fecha 9 de julio de 2016; c) La actora solicitó del INSS en fecha 23 de septiembre de 2016 pensión de viudedad, que le fue denegada; d) La denegación fue confirmada por la sentencia firme dictada en el procedimiento nº 1052/2016 del Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo; e) En el procedimiento, no se solicitó la concesión de la pensión por ser la demandante víctima de violencia de género; f) Solicitud de nuevo en la fecha 20/04/2018 del INSS por Doña Bárbara una pensión de viudedad, alegando expresamente haber sido víctima de violencia de género en el momento de la separación de su matrimonio con Don Aquilino, le fue denegada por resolución del INSS de fecha 13/07/2018 por no tener derecho en el momento del fallecimiento del causante a una pensión compensatoria a la que se refiere el artículo 97 del Código Civil y por transcurrir más de diez años desde la separación y a petición de la pensión, así como por no acreditar ser víctima de violencia de género (expediente administrativo); g) El día 12 de noviembre de 1996 fue dictada sentencia por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Vigo en el procedimiento nº 759/1996, en la que se acordó la separación de Doña Bárbara y de Don Aquilino, separación que aprobó dicha sentencia, sentencia en la que no se estableció pensión compensatoria en favor de Doña Bárbara; h) En el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia citada se indicó que el esposo hacía objeto a la esposa de malos tratos continuados, siendo incluso el esposo condenado por lesiones causadas a la ahora actora; i) En fecha 10 de junio de 1996 fue dictada sentencia en el seno del procedimiento de Juicio de Faltas nº183/1996 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Vigo, en cuyo relato de los hechos probados se indica: "el día 13de abril de 1996, sobre las diez de la noche, Aquilino tuvo una pelea con su mujer Bárbara , al recriminarle ésta por qué llegaba tarde a casa y por qué venía bebido, y la agredió y golpeó

⁷ El propio TS viene a señalar que: *En el momento de producirse el hecho causante, únicamente estaba en vigor el apartado 1 de la DT 18ª LGSS-94 que exigía determinados requisitos para el acceso a la prestación de viudedad que no cumplía la demandante, por lo que la denegación de su solicitud solo puede ser calificada como ajustada a derecho.*

Una elemental aplicación del principio de seguridad jurídica excluye que el mero hecho de reclamar contra una resolución que en origen era ajustada a derecho pueda ser revocada porque los requisitos de acceso a la prestación han cambiado cuando la sala de suplicación examina la impugnación aplicando una previsión normativa que entró en vigor tiempo después del hecho causante a situaciones anteriores a la entrada en vigor de la norma.

Lo contrario sería violentar un mandato legislativo claro que quiso que la modificación normativa que nos ocupa entrase en vigor el 1 de enero de 2013 y no cuando se publicó la Ley. Esta pudo, como hizo con otras previsiones adelantar la entrada en vigor de la modificación de la Disposición Transitoria 18ªLGSS-94, pero no lo hizo, lo que evidencia que la voluntad legislativa fue la de establecer una fecha determinada de entrada en vigor y no adelantar las consecuencias que introducía a situaciones anteriores.

⁸ Sentencia analizada:

STS 886/2022, de 2 noviembre 2022; Roj: STS 4074/2022; rec. 4690/2019.

Sentencia recurrida:

STS Galicia 5487/2019, 18 octubre, rec. 3119/2019 (confirma la sentencia de instancia); SJS, Vigo 2 23-3-2019 autos 778/2018 (estimatoria de la demanda)

Sentencia de contraste:

STS Andalucía 6-6-2018 rec. 105/2018.

repetidamente, causándole lesiones que tardaron cinco años en curar; j) En el Fallo de la sentencia se condenó a Aquilino a la pena de cuatro días de arresto menor.

La cuestión central, objeto de debate, fue determinar si debía apreciarse la excepción de cosa juzgada en un procedimiento judicial de reclamación de pensión de viudedad derivada del fallecimiento del causante en fecha 9 de julio de 2016, en el que la peticionaria alega la condición de haber sido víctima de violencia de género, cuando esa misma pensión ya había sido denegada mediante sentencia firme en un anterior procedimiento judicial en el que no se había invocado específicamente esa condición.

El TS parte de un análisis conjunto de lo dispuesto en el art. 222 y 400 de la LEC., entendiendo que de ambos preceptos se desprende que la cosa juzgada no solo alcanza a los hechos, las pretensiones, alegaciones y fundamentos jurídicos que efectivamente fueron objeto de un anterior procedimiento judicial, sino que igualmente se extiende a los hechos, fundamentos y títulos jurídicos que pudieron ya invocarse en ese primer procedimiento, por más que las partes no los hubieren hecho valer. (en tal sentido cita varios pronunciamientos suyos, por ejemplo la STS 20-1-2022, 4-5-2021, entre otras).

La traslación de esta doctrina al caso de autos evidencia, sin ningún género de dudas, que la demandante ya pudo invocar perfectamente en el proceso judicial seguido en 2016 la condición de víctima de violencia de género, lo que determina que le ha precluido la posibilidad de alegar esta circunstancia en el entablado en el año 2018, concurriendo a estos efectos la cosa juzgada.

El causante de la pensión de viudedad fallece el 9 de julio de 2016, varios años después de la entrada en vigor de la Ley 26/2009, de 24 de diciembre, que incorpora la violencia de género como factor decisivo para el reconocimiento de la prestación, cuando la pareja está separada o divorciada sin pensión compensatoria.

Quedaban de esta forma perfectamente establecidos todos los hechos, fundamentos y títulos jurídicos que la demandante pudo esgrimir para solicitar la pensión de viudedad en el primero de los procedimientos judiciales, que finalizó con sentencia firme desestimatoria, lo que impone que haya de apreciarse la existencia de cosa juzgada cuando pretende hacer valer esas mismas circunstancias en un ulterior procedimiento judicial. Y además recuerda que no hay hechos nuevos, distintos, o de nueva noticia posteriores a la interposición de la demanda, ni datos, fundamentos o títulos jurídicos que no fueran conocidos al tiempo de interponerla.

1.2.5. Pensión de viudedad. Causante autónomo. Requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas⁹

Los hechos más relevantes sobre los que se debatió fueron los siguientes: a) Dª. Consuelo, presentó solicitud de viudedad el 04.03.2016, como consecuencia del fallecimiento de su marido, D. Primitivo, ocurrido el 14.08.2013; b) El INSS dictó Resolución de fecha

⁹ Sentencia analizada:

STS 905/2022, de 15 noviembre; Roj: STS 4188/2022; Rec. 1390/2019.

Sentencia recurrida:

STSJ Cataluña 14-12-2018, rec. 4595/2018 (estimatoria del recurso INSS); SJS 2 Sabadell 9-4-2018 autos 8/2017 (estimatoria).

Sentencia de contraste:

STSJ Cataluña 29-7-2002 (rec. 8819).

08.03.2016, denegando dicha prestación, por no encontrarse el causante, al corriente en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, en el RETA, relacionando los siguientes períodos al descubierto: De 01/2001 a 06/2001, De 07/2002 a 07/2002, De 09/2002 a 09/2002, De 11/2002 a 12/2002, De 11/2003 a 12/2003, De 01/2004 a 12/2004, De 01/2005 a 10/2005.

La cuestión debatida era si para entender cumplido el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas para acceso a una pensión con cargo al RETA, computan las impagadas pero afectadas por la prescripción o no. La exigencia de estar al corriente en el pago de las cotizaciones se vincula a una serie de circunstancias que han de tenerse en consideración: una, que esa situación se valore al momento del hecho causante; otra, que se haya cubierto el periodo de carencia; y, finalmente, que no existan cotizaciones impagadas. Por tanto, en el momento del hecho causante no deben existir deudas que puedan ser objeto de reclamación por impago. Y por tanto no existe deuda cuando, en ese momento, la misma ha prescrito, tal y como dispone el art. 32 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación.

El hecho de que las cuotas debidas al momento del hecho causante, no prescritas, alcancen esa prescripción con posterioridad, como ha venido siempre señalando el TS, no permite tener por cumplido el requisito de estar al corriente en el pago en el momento del hecho causante porque entonces la deuda no estaba extinguida y no puede eludir el solicitante esa exigencia marcando otros momentos que el legislador no ha establecido.

El TS entiende qué si el fallecimiento del causante ocurrió el 14 de agosto de 2013 y los periodos en descubierta afectaban a los años 2001 y 2005, es evidente que aquellos descubiertos estaban prescritos al superar los cuatro años del art. 24.1 b) del citado Reglamento de Recaudación, y que dicha prescripción ocurrió con anterioridad al hecho causante. Y siendo ello así, no existían cuotas exigibles. En consecuencia, la existencia de cuotas prescritas cuando se produce el hecho causante, no impide tener por cubierto el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cotizaciones, al no existir entonces cuotas debidas. Si ello es así, resulta irrelevante que la parte actora hubiera rechazado la invitación al pago que le hizo la entidad gestora porque ese mecanismo no era exigible en ese caso al estar ya al corriente en el pago de las cuotas.

2. PENSIÓN DE ORFANDAD

2.1. Condiciones de acceso¹⁰

Los hechos más relevantes eran los siguientes: a) D. Federico, nacido en 1969, presta servicios como agente vendedor de la ONCE en jornada a tiempo completo con contrato indefinido desde el 7 de enero de 1998, habiéndolo ello con contratos temporales previamente en los siguientes períodos: 1 de julio a 7 de octubre de 1993. 5 de abril a 4 de

¹⁰ Sentencia analizada:

STS 99/2023, 2 febrero; Roj: STS 785/2023; Rec. 4748/2023

Sentencia recurrida:

STSJ Cataluña 26-9-2019 rec. 2856/2019 estimatoria; SJS núm. 20 22-1-2019 autos 269/2018 desestimatoria de pensión orfandad.

Sentencia de contraste:

STJ Andalucía 24-7-1998 rec. 1143/1997.

SSTS 28-4-1999 y 19-12-2000.

octubre de 1994. 3 de julio de 1995 a 2 de enero de 1998; b) Padece un glaucoma bilateral congénito, habiendo realizado trasplante de córnea; c) Presenta desde la infancia una agudeza visual bilateral inferior a 01, con percepción luminosa en ojo derecho y contando dedos a 25 cm en el izquierdo; d) Su padre falleció en fecha 1 de diciembre de 2015; e) Solicitó prestación por orfandad en fecha 6 de julio de 2016, que fue desestimada por resolución de 15 de septiembre de 2016.

La cuestión resuelta analiza la posibilidad de es posible reconocer una pensión de orfandad, desde la situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, cuando las dolencias que llevan a esos grados son anteriores a la vida laboral y si, además, es posible reconocer dicho derecho cuando el beneficiario está prestando servicios en un centro especial de empleo, con contrato indefinido y a tiempo completo, en este caso para la ONCE, como vendedor de cupones.

El TSJ Cataluña estimó el recurso partiendo de que la incapacidad para el trabajo que debe presentar el beneficiario de una pensión de orfandad es la absoluta o gran invalidez, sin que sea necesario que tal situación se encuentre declarada previamente en vía administrativa, debiendo concurrir la misma a la fecha del hecho causante. Tras ello, y con base en los hechos probados, entra a analizar si el demandante está en esa situación de incapacidad llegando a la conclusión de que su situación de ceguera, según la propia doctrina de esta Sala, sería de gran invalidez, sin que a ello obste su actividad laboral para la ONCE ya que se trata de una pensión de servicios en un centro especial de empleo, lo que puede ser considerado como un trabajo residual que no implica tener capacidad para el trabajo, puesto que no tiene una capacidad residual suficiente para desempeñar realmente una profesión en plenitud en el mercado laboral.

Por su parte el TS analiza el régimen jurídico de la pensión de orfandad recogido en los arts. 7.3, 16.1 y 19 de la O. 13-2-1967; y en los diversos textos de LGSS (1966, 1974, 1994 y 2015); así como sus criterios anteriores: STS 28-4-1999, STS 19-12-2000; STS 10-9-2020; y reitera el criterio fijado en STS 10-11-2009. Y sobre el cuestionamiento de aquí la incidencia que puede tener una prestación de servicios para un centro especial de empleo, comparte el calificativo que se otorga en la sentencia recurrida a los servicios así prestados, como residuales -que también recoge nuestra doctrina- aunque formen parte del plan de integración y no exclusión social del colectivo de discapacitado, que además tienen reconocida una prestación de servicios como relación laboral especial, del RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo, en la que es una actividad que atiende a la capacidad de trabajo que resta al beneficiario y que no comprende cualquier profesión u oficio. Es más, y a los efectos que aquí nos ocupan, si la obtención de rentas de trabajo por el huérfano incapacitado no lo impide ser beneficiario de la pensión de orfandad, no es posible restringir el acceso a la pensión por el solo de estar trabajando.

3. PENSIÓN FAVOR FAMILIARES

3.1. Separación de hecho. Equiparación en situaciones de violencia de género¹¹

Los hechos que se entendieron acreditados fueron los siguientes: a) En fecha 30/4/2014 se dicta sentencia por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Granada, en el curso de los autos de diligencias urgentes nº 131/2014 contra Rubén; b) Dicha sentencia declara probado; “Es probado y así se acredita que el acusado casado con Zaida el día 17/2/2014 y durante una discusión en el domicilio sito en la localidad de Jun le exhibió un cuchillo en actitud conminatoria causando en Zaida el lógico temor. Zaida no reclama”; c) Se condena a Rubén responsable de un delito de amenazas previsto y penado en el artículo 171,4, 5 (último párrafo) y 6 de CP, por el que ha sido acusado por el Ministerio Fiscal por haberse conformado con la calificación jurídica realizada por éste y con las penas de: - cuatro meses de prisión e inhabilitación especial para derecho de sufragio pasivo durante la condena -privación del derecho a tenencia y porte de armas por seis meses - doce meses de prohibición de aproximarse a Zaida y a su domicilio o centro de trabajo y lugar en que en todo momento se encuentre a menos de 100 metros, así como prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante el mismo periodo de doce meses; d) En fecha 7/10/2015 se dicta sentencia por el Juzgado de Primera instancia nº 10 de Granada, en el curso de los autos de separación contenciosa 603/2015 y en cuyo fallo consta la estimación parcial de la demanda y la declaración de disolución por divorcio del matrimonio contraído por Rubén y Zaida “.

La cuestión debatida era determinar si debe reconocerse la prestación en favor de familiares a la hija del pensionista de jubilación que en la fecha del hecho causante estaba legalmente casada, aunque se encontraba separada de hecho de su esposo que meses antes fue condenado como autor de un delito de violencia de género, recayendo finalmente la sentencia de divorcio con posterioridad al hecho causante.

En vía administrativa se había denegado por no tener el estado civil de soltería, divorcio o viudez tal y como exige el art. 176.2 b) LGSS.

El TS recuerda que es criterio general de acceso a las prestaciones de la S. Social que los requisitos de acceso deben concurrir al momento del hecho causante (v. STS 251/2023, de 11 de abril, rcud. 2654/2020). Aquí el hecho causante es la muerte que acaeció en 14 noviembre 2014 y la fecha del divorcio en 7 octubre de 2015.

¿Debe tener transcendencia/relevancia de la condición de víctima de violencia de género?

¿Es trasladable la doctrina ya elaborada en relación con la pensión de viudedad a la de favor familiares?¹²

¿Cabe aplicar aquí la perspectiva de género?

¹¹ STS 419/2023, 13 junio. Roj: STS 2612/2023; Rec. 419/2023

Sentencia recurrida:

STS Andalucía 28 enero 2020 rec. 781/2019 estimatoria del recurso INSS; Juzgado de lo Social 7 Granada 22-10-2018, autos 381/2017 (estimatoria de la demanda).

Sentencia de contraste:

STSJ Galicia 22-1-2016 rec. 1289/2015.

¹² Separación de hecho antes del hecho causante a causa de haber sido objeto de violencia de género.

El TS razona en los siguientes términos:

- Aplicando la obligada interpretación de la Ley con perspectiva de género, la conclusión no puede ser otra que la de extender a la prestación en favor de familiares ese mismo criterio ya acuñado respecto a las pensiones de viudedad de las parejas de hecho, que exime el requisito de convivencia cuando la ruptura de la relación obedece a la circunstancia de que la mujer ha sido víctima de violencia de género.
- Eso mismo sucede en el caso del matrimonio cuando la separación de hecho es igualmente consecuencia de una situación de violencia de género, que por ese motivo debe equipararse en estos supuestos a la de la separación legal que la norma contempla como elemento habilitante para el acceso a la prestación en favor de familiares.
- La separación de hecho se produce en este caso con anterioridad a la fecha del hecho causante, por lo que en ese momento ya concurrían todos los requisitos legalmente exigibles para el reconocimiento de la prestación, sin que sea óbice para ello que la sentencia de divorcio hubiere recaído finalmente con posterioridad al fallecimiento del causante.”

II. PENSIÓN DE JUBILACIÓN

1. PERCEPCIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN PARCIAL ¿COBRO INDEBIDO O COBRO INCORRECTO?¹³

Son hechos relevantes que destaca el TS los siguientes: a) El actor era beneficiario de una prestación de jubilación parcial que compatibilizaba con contrato a tiempo parcial que se extinguió el 14 de octubre de 2017; b) El trabajador no solicitó en ese momento la prestación de jubilación ordinaria; pero continuó percibiendo la prestación; c) mediante escrito notificado el 2 de enero de 2018 el INSS informó al actor de que su jubilación parcial finalizó el citado día 14 de octubre de 2017 y le informó de que podía solicitar la jubilación ordinaria; d) Por Resolución de 6 de marzo de 2018, el INSS comunicó al demandante la extinción del abono de la pensión de jubilación parcial, desde el 14 de octubre de 2017, como consecuencia de la extinción de su relación laboral en la empresa”, estableciendo, además, que durante el periodo del 14.10.2017 a 28.02.2018 ha percibido indebidamente 11.621,77 euros, cantidad que está obligado a devolver; e) Por Resolución de 26 de abril de 2018 el INSS reconoció al demandante la pensión de jubilación total, sobre una base reguladora de 2942,79 euros, y efectos del 17 de enero de 2018.

El debate se centró en determinar si un beneficiario de prestación de jubilación parcial, que no solicita inmediatamente la jubilación ordinaria después de la extinción del contrato a tiempo parcial y continua percibiendo aquella pensión, está obligado a reintegrar lo percibido desde que finalizó el contrato hasta la fecha de efectos de la jubilación ordinaria

¹³ Sentencia analizada:

STS 129/2023, 10 febrero; Roj: 429/2023; Rec. 4366/2019. Contiene voto particular

Sentencia recurrida:

STJS Madrid 2-9-20129 (confirma la de instancia) SJS 7 Madrid 31 -1-2018 desestimatoria

Sentencia contraste:

STSI País Vasco 9-11-2010 rec. 2067/2010

teniendo en cuenta además que la entidad gestora comunicó al trabajador la necesidad de solicitar la jubilación ordinaria, a pesar de lo cual continuó abonando la prestación por jubilación parcial. Se trata de decidir si en un supuesto como éste si la percepción de la jubilación parcial hay que considerarla indebida o incorrecta.

El TS parte de las previsiones del artículo 110 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas a tenor del cual “Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”. Estamos ante un precepto que contiene una regla específica para resolver la oposición entre los principios de legalidad y seguridad jurídica, que rige para todos los supuestos de anulación o revocación y determina que, si sobre la base de la buena fe del beneficiario y de la presunción de legalidad del acto administrativo, el transcurso del tiempo -en especial, cuando éste se produce por una demora de la gestora- crea una situación de legítima confianza, la revisión, aunque sea procedente por operar en el marco de la regulación legal, deberá ponderarse en sus efectos temporales para que éstos no produzcan perjuicios difícilmente reparables en la esfera del beneficiario y que hubieran sido fácilmente superables si desde el principio el organismo gestor hubiera actuado de acuerdo con la información disponible o la que pudo obtener utilizando los elementos normales de gestión.

Y aunque se admite que la jubilación parcial se extingue con la finalización del trabajo a tiempo parcial, no es menos cierto que a tal fecha reunía los requisitos para lucrar pensión de jubilación ordinaria. Por ello una interpretación lógica y sistemática de los ap. b y del RD 1131/2022 hay que entender que en período de referencia que se reclama como indebido el percibo de la prestación es más bien “un cobro incorrecto”. Concluyendo que no procede el reintegro, pero si la devolución por cobro indebido.

2. JUBILACIÓN ANTICIPADA. DISCAPACIDAD¹⁴

El tema debatido parte de los siguientes hechos: a) Mediante Resolución del Presidente de Valoración de Minusválidos de Madrid, de fecha 12/07/1978 se reconoce que el actor está afectado por una disminución de su capacidad laboral no inferior al 33 por ciento. Acredita a fecha 1960 diagnóstico de poliomielitis anterior aguda; b) Mediante Resolución se reconoció al actor un grado de discapacidad del 45 %, desde el 23/04/2015, modificando la valoración de fecha 19/12/2006; c) En certificado de discapacidad, se hace constar que el actor tiene reconocido un grado de discapacidad del 45% de la valoración realizada el 23/04/2015 y un 43% de la valoración realizada el 18/09/2006; d) Mediante Resolución de la Directora Provincial del INSS de fecha 21/03/2018 se deniega con fecha 20/03/2018 la prestación de jubilación por las siguientes causas: 1) En la fecha del hecho causante 12-3-18 acredita haber trabajado con un grado de discapacidad del 45% producida como consecuencia de una de las enfermedades reglamentarias determinadas, durante 527 días, en lugar de los 5475 días exigidos legalmente para poder acceder a una jubilación

¹⁴ Sentencia analizada:

STS 159/2023, 22 febrero; Roj: 634/2023; Rec. 4572/2019.

Sentencia recurrida:

STSJ Madrid 2-10-2022, rec. 492/2019; STJS 21 14-12-2018 autos núm.714/2018.

Sentencia de contraste:

STSJ País Vasco 14-5-2019 rec. 728/2019

anticipada por esta causa, según lo establecido en el art. 206.2 de la LGSS y en art.1 del RDL 1851/2009; y 2) En la fecha del hecho causante 12-3-18 tiene cumplidos 58 años de edad real con lo que no alcanza los 65 años y 6 meses exigidos legalmente para causar pensión de jubilación en aplicación de la Disposición Transitoria 7^a y de lo establecido en el art. 206.2 de la LGSS.

La cuestión fue determinar si el actor tiene derecho a la pensión de jubilación anticipada para trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45%, en un supuesto en el que padece poliomielitis desde su infancia y le fue reconocido en una primera resolución un grado de discapacidad de al menos un 33% en fecha 12 de julio de 1978, siendo posteriormente calificadas esas mismas dolencias como constitutivas de un grado de discapacidad igual o superior al 45% en resolución de 23 de abril de 2015

El TS parte de recordar sus anteriores pronunciamientos sobre esta cuestión (en SSTS de 19 de diciembre de 2017, Rcud. 3950/2015; de 8 de febrero de 2018, Rcud. 2193/2016 y de 13 de junio de 2018, Rcud. 764/2017), a cuyo criterio hay que estar por elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley y por no concurrir razones que pudieren justificar un diferente resultado. Se trata por lo tanto de dilucidar si la nueva valoración del grado de discapacidad inicialmente reconocido supone una verdadera revisión del mismo por agravación de las dolencias padecidas por el trabajador, en cuyo caso las cotizaciones deberían de computarse desde la fecha de esta segunda resolución, o se trata simplemente de una mera actualización como consecuencia de la aplicación del nuevo baremo a unas lesiones que se mantienen inalterables desde la infancia, y entonces las cotizaciones deberían contabilizarse desde la primera de las resoluciones que declaró una minusvalía del al menos el 33%. En las resoluciones reseñada se indicaba que la situación en la que se encontraba el trabajador afectado en el momento de la primera valoración que establece el porcentaje de minusvalía en el 33%, es en realidad la misma que da lugar posteriormente a un grado de discapacidad del 45%, por tratarse de dolencias que ya padecía desde la infancia y que no se han visto agravadas a lo largo del tiempo.

3. JUBILACIÓN ACTIVA. COMUNERO. AUTÓNOMOS CLÁSICOS VERSUS SOCIETARIOS¹⁵

El TS establece su criterio (reiterado en anteriores pronunciamientos) partiendo de los siguientes hechos: a) El trabajador estaba afiliado a la Seguridad Social cuando en el año 2014 accedió a la situación de jubilación activa, aunque continuó realizando su actividad por cuenta propia; b) En ese momento estaba integrado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y era titular de una explotación agraria compuesta por terrenos de su propiedad y de su esposa, por mitad. El ahora recurrente aparecía como empleador de quienes trabajaban como asalariados en esa explotación; c) En 2018 el demandante y

¹⁵ Sentencia analizada:

STS 95/2023, de 1 febrero; Roj: STS 479/2023; rec. 514/2020.

En similares términos STS 429/2023, 14 junio; ROJ STS: 2626/2023; Rec. 1744/2020.

Sentencia recurrida:

STSJ Navarra 19/2020, 17 enero (confirma la de instancia); SJS 4 Pamplona 340/2019, 8 octubre, autos 198/2019 (desestima la demanda).

Sentencia de Contraste:

STSJ Cataluña 18-6-2020 rec. 1779/2019.

su esposa constituyen una comunidad de bienes para la explotación de dichos terrenos; d) A partir de ese momento la comunidad de bienes aparece como empleadora y titular de la actividad agrícola; e) Acto seguido el jubilado interesa el incremento de su pensión de jubilación al 100%; f) Mediante Resolución expresa, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) deniega el aumento interesado. Argumenta que la compatibilidad reclamada es inaplicable a los pensionistas incluidos en el RETA por su condición de comuneros

La cuestión que se plantea el TS es determinar si el demandante tiene derecho al incremento de su pensión de jubilación activa (hasta llegar al 100%). La clave radica en el alcance que posea la contratación laboral realizada por la comunidad de bienes en la que se integra el pensionista.

Los argumentos del TS son en síntesis los siguientes:

1) Literalidad de la norma:

La LGSS permite la compatibilidad en estudio a la persona que desarrolle una actividad “por cuenta propia” y que tenga “contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena”. Los términos antagónicos remiten a las normas en que aparece definida la actividad desarrollada por cuenta ajena y, tratándose de relaciones de Derecho Privado, es seguro que “trabajador por cuenta ajena” equivale a la persona que desarrolla actividad en las condiciones descritas por el ET.

Es la norma laboral por autonomía la que, como vimos, ha identificado a la comunidad de bienes como empleadora (que no a sus comuneros), del mismo modo que ha delineado un régimen singular para la persona física que actúa empresarialmente.

Por tanto, lo que la LGSS está pidiendo es que la misma persona que percibe la pensión de jubilación sea la que aparece ante el mundo del Derecho como empleadora, no un ente distinto, posea o no existencia dotada de personalidad jurídica.

2) Carácter excepcional de la jubilación activa plena:

Como exponen nuestras sentencias de 23 de julio de 2021, “la compatibilidad plena de la pensión de jubilación en la cuantía del 100% con la actividad por cuenta propia constituye una excepción a la regla general de incompatibilidad del disfrute de la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista (art. 213.1 de la LGSS), lo que impide que pueda interpretarse extensivamente”.

3) Concordancia con la condición de empleadora de la comunidad de bienes

Que la contratación laboral realizada por una comunidad de bienes no puede aprovechar a sus comuneros a los efectos de la jubilación activa es nuestra conclusión. Viene exigida por la necesidad de dar una respuesta concordante con cuanto venimos manifestado acerca de la imposibilidad de que la jubilación de una persona cotitular de la empresa sea invocada a efectos de jubilación.

4) Necesaria conexión entre persona jubilada y empleadora

Podría suceder que se jubilen varios comuneros simultáneamente y la comunidad de bienes tenga contratado un único trabajador, lo que supondría reconocerles a todos ellos sus respectivas pensiones con compatibilidad plena, las cuales traerían causa de un

único contrato de trabajo suscrito por una persona distinta, la comunidad de bienes, lo que iría en contra del tenor literal de la norma.

5) Comunidad empleadora:

La claridad con que el artículo 1.2 ET identifica a la comunidad de bienes como posible empleadora, a efectos laborales constituye un argumento cuya solidez no vemos cómo podría cuestionarse.

Y concluye que a efectos de lucrar el 100% de la pensión de jubilación al tiempo que se desarrolla una actividad por cuenta propia (art. 305.2 LGSS) no es válida la contratación laboral que discurre entre la comunidad de bienes (en explotación agraria, constituida por pensionista y cónyuge) y la plantilla.

4. JUBILACIÓN ANTICIPADA. SITUACIÓN DE ALTA O ASIMILADA PARA ACCESO A INCAPACIDAD PERMANENTE¹⁶

Los hechos relevantes sobre los que el TS fija su criterio fueron: a) El demandante nacido en 1954 figura afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos como maquinista minero y ayudante de perforista; b) Con fecha de 1 de marzo de 2018 accede a la situación de jubilación anticipada, causando baja en el RETA el 28 de febrero de 2018; c) Formulada solicitud de incapacidad permanente en fecha de 8 de agosto de 2018 se dicta resolución administrativa de 17 de septiembre de 2018 denegatoria por no estar en situación de alta ni asimilada al alta.

La cuestión concreta objeto de debate fue la de si un beneficiario de jubilación anticipada tiene derecho a que se le reconozca la pensión de IPT.

El TS parte del art. 195.1 en relación con el art. 165.1 ambos de la LGSS que exige, respecto de la pensión de incapacidad permanente total, que el beneficiario esté en alta o en situación asimilada cuando sobreviene la contingencia. Por el contrario, el art. 195.4 de la LGSS exceptúa de dicho requisito a las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

Resulta que el beneficiario de la pensión de jubilación anticipada:

- Ni se encuentra en situación de alta porque no desempeña ninguna actividad subsumible en el art. 7 y concordantes del Real Decreto 84/1996, que regulan el alta en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social.
- Ni se encuentra en situación asimilada al alta porque la jubilación anticipada no está incluida entre las situaciones mencionadas en el art. 36.1 del Real Decreto 84/1996.

¹⁶ Sentencia analizada:

STS 158/2023, 22 febrero; Roj: 635/2023; rec. 4500/2019.

Sentencia recurrida:

STSJ País Vasco 3169/2019 15-10-2019 (confirma); SJS 2 Bilbao 10-5-2019 autos 1004/2018. (estimatoria de la demanda).

Sentencia de contraste:

STSJ Cataluña 8-1-2007 (rec. 187/2006).

En consecuencia, el demandante, que es beneficiario de una pensión de jubilación anticipada, no reúne los requisitos exigidos para devengar la pensión de incapacidad permanente total.

5. JUBILACIÓN PARCIAL. OBLIGATORIEDAD O VOLUNTARIEDAD EN SU ACEPTACIÓN POR LA EMPRESA¹⁷

Los hechos relevantes noticiados fueron los siguientes: a) El trabajador es vigilante de Seguridad que acciona presta servicios en la misma empresa desde julio de 1996 y que en julio de 2019 manifiesta a la empresa su voluntad de acceder a la jubilación parcial a partir del 1 de agosto de 2019; b) El actor cumple con los requisitos para jubilarse parcialmente, sin que la empresa acceda a ello; c) La Sala de lo Social del TSJ de Cantabria examina el convenio colectivo aplicable y concluye que las empresas deben facilitar la jubilación parcial con una doble condición: 1) Que el trabajador reúna “la edad y los requisitos exigidos por la legislación vigente”; y 2) Que se pacte “el porcentaje de la jornada anual”, no exigiendo un acuerdo previo entre las partes, y si el INSS denegase posteriormente la jubilación parcial, habría que cuestionarse sus consecuencias, y en particular si la situación es irreversible; d) Considera que el convenio colectivo ha establecido una obligación empresarial, sin condicionarla al acuerdo con quien solicita la jubilación, con lo que se mejoran las previsiones legales.

La cuestión que sería objeto de análisis era, a la vista de las previsiones del convenio colectivo aplicable se discute si el trabajador tiene derecho a su jubilación parcial, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, sin necesidad de la anuencia empresarial.

En síntesis, los razonamientos del TS fueron:

- En muchas ocasiones se han tratado problemas similares al presente y se ha puesto de relieve la complejidad de la jubilación parcial que comporta la celebración de un contrato de relevo.
- Por eso mismo, de la regulación contenida en las normas laborales y de Seguridad Social cabe concluir que la empresa no está obligada legalmente a aceptar la propuesta de jubilación parcial del trabajado, ni tampoco a formalizar un contrato de relevo, como tampoco la empresa puede imponer esa fórmula de renovación de su plantilla.
- El TS acepta la existencia de un derecho perfecto de la persona trabajadora para acceder a la jubilación parcial (y la consiguiente obligación empresarial) cuando la regulación convencional es inequívoca. Por ejemplo, cuando el acuerdo no solo habla de “derecho a jubilarse parcialmente y continuar prestando servicios en el Ayuntamiento a tiempo parcial” sino que añade que el empleador “queda obligado a aceptar” la propuesta que se le realiza (STS 948/2022).

¹⁷ Sentencia analizada:

STS 236/2023, de 19 marzo; Roj: STS 1363/2023; Rec. 2322/2020.

Sentencia recurrida:

STSJ Cantabria 24-6-2020, rec. 294/2020; SJS 4 Santander 11-3-2020 autos 640/2019.

Sentencia de Contraste:

STSJ Madrid 25-10-2018 (rec. 1096/2017).

- Respecto de convenios en que aparece plasmado “el derecho de los trabajadores a acogerse a la jubilación parcial de acuerdo a la Legislación Laboral Vigente” el TS ha venido entendiendo que solo comportan una genérica remisión a la normativa legal, sin introducir en ese extremo ningún elemento del que pudieren resultar obligaciones adicionales para la empresa, es decir, sin imponer a la empresa la obligación de cumplimentarlas formalidades necesarias para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial (STS 534/2020).

En definitiva, son dos las afirmaciones conclusivas que el TS hace:

- Primero, para reiterar lo tantas veces manifestado: es requisito constitutivo para acceder a la jubilación parcial, a tenor con lo dispuesto en el art. 215, 2 LGSS, en relación con el art. 12.6 y 7 ET, que la empresa lo convenga así con el trabajador y formalice, a continuación, un contrato de relevo. Ahora bien, la empresa no está obligada legalmente a aceptar la propuesta de jubilación parcial del trabajado, ni tampoco a formalizar un contrato de relevo.
- Segundo, para aplicar dicho cuerpo doctrinal al presente caso: cuando el convenio colectivo aplicable reconoce el “derecho a acceder a la jubilación parcial, al cumplir la edad y requisitos exigidos por la legislación vigente”, sin mayores precisiones (como la imposición del deber empresarial de aceptar la solicitud o de celebrar el preceptivo contrato de relevo) no puede entenderse que estamos ante un verdadero y perfecto derecho que sea exigible.

6. PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y VIABILIDAD DE RENUNCIAR A LA MISMA UNA VEZ RECONOCIDA¹⁸

El asunto debatido parte de los siguientes hechos: a) El 30.5.18 D. Florencio, solicitó pensión de jubilación que le fue reconocida por el INSS mediante resolución de fecha 13.6.18, base reguladora de 764,48 euros, porcentaje del 85.49% y efectos del 24.1.18; c) Contra dicha resolución D. Florencio formuló reclamación previa renunciando a la pensión de jubilación e interesando se deje sin efecto dicha solicitud, siendo denegada mediante resolución de fecha 9.8.18.

La cuestión debatida era determinar si es posible dejar sin efecto por voluntad del beneficiario una prestación de jubilación reconocida, inmediatamente después de su notificación, para poder solicitarla más adelante, en un momento posterior que le pueda resultar más favorable al aumentar su período de cotización.

El TS razona en los siguientes términos:

- Primero. Importa ahora decidir es si la actuación contemplada es realmente, una renuncia al derecho a la prestación de jubilación que, como tal, estaría prohibida por nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁸ Sentencia analizada:

STS 320/2023, de 26 abril; Roj: STS 1800/2023; Rec. 2860/2020.

Sentencia recurrida:

STSJ C. Valenciana 7-7-2020 rec. 1464/2019 (estima el recurso INSS); SJS 6 Alicante 22-3-2019, autos 593/2018 (estima la demanda).

- Segundo. La respuesta es bastante simple y evidente: no se está en presencia de una renuncia; no existe una declaración de voluntad en virtud de la cual el beneficiario de una prestación de jubilación presente o futura expulse de su patrimonio jurídico el derecho a percibir la prestación de jubilación a la que pudiera tener derecho.
- Lo que hay en los casos examinados es una decisión unilateral del trabajador por la que, vista la resolución de la entidad gestora, decide no hacer uso de la misma, en la medida en que desiste de la solicitud, pidiendo que se deje sin efecto y no disfrutar de las consecuencias de dicha decisión, para mantenerse en activo y volverá solicitar de nuevo, cuando lo estime más conveniente para sus intereses, la misma prestación de jubilación en otras circunstancias (de carencia y cotización) que puedan suponerle una prestación mayor.
- Es cierto que tal posibilidad no está expresamente prevista en la norma; pero tampoco está expresamente prohibida, porque la situación descrita no implica, en modo alguno, una renuncia al derecho a la prestación de jubilación, sino la manifestación de no querer disfrutarla en la cuantía reconocida para solicitarla más adelante cuando, en virtud de los acontecimientos personales posteriores, dicha cuantía pudiera ser más conveniente para sus intereses.
- Al respecto, hay que tener en cuenta, por un lado, que la solicitud de jubilación no resulta obligatoria para quienes cumplan la edad ordinaria de jubilación; y, por otro, que el propio sistema permite e incluso, incentiva la prolongación de la vida activa y, con ello, el retraso en la solicitud de la jubilación.
- No contemplamos, por tanto, una actuación que pueda considerarse ilegal y, tampoco que pueda entenderse como la renuncia al derecho a una prestación pública de la Seguridad Social que, por otro lado, podría no disfrutarse con el simple hecho de no solicitarse nunca.

En definitiva, no hay renuncia abdicativa unilateral a los derechos que concede el sistema de Seguridad Social.

7. JUBILACIÓN ANTICIPADA POR VOLUNTAD DEL INTERESADO. COMPLEMENTO DE MATERNIDAD-BRECHA DE GÉNERO¹⁹

Los hechos acreditados sobre los que se pronuncia el TS fueron los siguientes: a) La Sra. Rafaela , había accedido a la prestación de jubilación el día 06/09/2016 por la vía del art. 208 del TRLGSS, que se denomina “Jubilación anticipada por voluntad del interesado”; b) La Sra. Rafaela dio a luz dos hijos antes de la fecha de jubilación, concretamente en 1984 y 1991; c) La Sra. Rafaela reclama (entre otras cuestiones) el denominado “Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social”; d) El INSS se opone entendiendo que en la modalidad de jubilación de la Sra. Rafaela dicho complemento está excluido legalmente de manera expresa; e) El Auto del TC de 16/10/2018,

¹⁹ Sentencia analizada:

STS 393/2023, 31 mayo; Roj: 2617/2023; Rec. 2766/2022.

Sentencia recurrida:

STSJ Cataluña 21-3-2022, rec. 7383/2021; JS núm.1 Barcelona 20-9-2021.

Sentencia de Contraste:

STSJ Comunidad Valencia 28-9-2021 rec. 677/2021.

rechazó admitir a trámite la cuestión de constitucionalidad planteada; f) Intentada cuestión prejudicial ante el TJUE, por providencia de 13/09/2021 y previa consulta a las partes, se acordó retirar dicha cuestión”.

La cuestión a resolver es si resulta aplicable el complemento de maternidad por aportación demográfica a una pensión de jubilación voluntaria causada bajo la vigencia del art. 60 LGSS, en su redacción anterior conforme al RD leg. 8/2015, de 30 de octubre, antes de la modificación operada por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero.

El TS razona en los siguientes términos:

- La pensión de jubilación voluntaria de las prestaciones de seguridad social que pueden generar el derecho a la percepción de ese complemento.
- Las dudas sobre la posible adecuación a la legalidad constitucional de esa exclusión quedaron despejadas con el Auto del Tribunal Constitucional 114/2018, de 20 de noviembre (rec. 3307/2018), que califica de notoriamente infundada la cuestión de constitucionalidad planteada por el órgano judicial proponente sobre la adecuación constitucional de esa específica previsión, y no encuentra tacha de constitucionalidad en el precepto.

Y concluye que no hay argumentos para aplicar retroactivamente la nueva redacción del art. 60 LGSS, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, que regula el complemento para la reducción de la brecha de género sin excluir la jubilación anticipada voluntaria, por cuanto esa norma no contiene ninguna previsión específica de la que pudiere derivarse la posibilidad de aplicarla a prestaciones causadas con anterioridad a su vigencia. A lo que habría que añadir que la finalidad de esta nueva norma es la de sustituir íntegramente la anterior figura del complemento de maternidad de contribución demográfica por la nueva institución jurídica del complemento para la reducción de la brecha de género, con un contenido, requisitos y ámbito de aplicación totalmente diferentes a los del derogado complemento de maternidad, lo que impide la retroactiva aplicación de este nuevo régimen jurídico con efectos desde el hecho causante de una prestación reconocida con anterioridad a su entrada en vigor cuando la norma no contempla de forma expresa esta posibilidad

III. CONCLUSIONES

Todas las sentencias citadas son de indudable interés y merecerían ser analizadas con detalle. No obstante, parece oportuno resaltar especialmente algunas que más interés pudieran suscitar por su trascendencia o por su singularidad.

En el ámbito de las pensiones de supervivencia quizás sea de interés la STS 99/2 de febrero (rec. 4748/2023) en relación a si era o no compatible la gran invalidez reconocida por ceguera a una persona y su trabajo en la ONCE como vendedor de cupones, teniendo en cuenta el reciente cambio de criterio del propio TS en sentencia 544/2024, de 11 de abril (rec. 197/2023).

Y en el ámbito de la pensión de jubilación cabría reseñar dos fallos de interés. El primero es el recogido en la STS 129/2023, de 10 de febrero, rec. 4366/2019, por su singular interpretación de percepción incorrecta y no indebida de una pensión. Y merece la pena hacer una reseña sobre el voto particular a la misma, cuyos razonamientos se pueden sintetizar así:

- Como señala la sentencia recurrida, el actor debió solicitar la pensión de jubilación definitiva el 14 de octubre de 2017. Y, desde esta fecha, extinguida la relación laboral, carecía del derecho a lucrar la pensión de jubilación parcial, por lo que fue ajustado a la legalidad el requerimiento del reintegro, que ha de estimarse percibido indebidamente pues lo estuvo percibiendo como jubilación parcial, ya extinguido el contrato a tiempo parcial.
- La sentencia de la Sala -voto mayoritario- hace una serie de disquisiciones entre el concepto “indebida” e “incorrecta”, para llegar a la conclusión que el cobro fue incorrecto y no indebido. En ello se discrepa, pues en modo alguno se podía llegar a la “corrección”, de una prestación que no debió percibirse a partir de la extinción de la relación laboral, sin que este cruce de conceptos pueda llevar a confundir dos prestaciones totalmente diferenciadas, neutralizando la indebida.
- Es claro que la prestación de jubilación parcial fue percibida indebidamente a partir del 14 de octubre de 2017 hasta el 28 de febrero de 2018, puesto que ningún derecho ostentaba el demandante a su percibo.
- El demandante, consciente de la finalización de su contrato a tiempo parcial, y también de su edad, de todo lo cual no cabe ninguna duda tenía conocimiento, debió solicitar la jubilación definitiva, lo cual no hizo hasta tiempo después. Por lo tanto, estamos claramente ante un cobro de una prestación indebida, la de “jubilación parcial”, que se agotó al extinguirse la relación laboral. Y ello, sin perjuicio del derecho que pudiere ostentar el trabajador a la prestación de jubilación definitiva, -lo cual aquí no se cuestiona, es claro que se ha producido un cobro indebido, no incorrecto como reza la sentencia de contraste, a pesar de haber superado el filtro de la contradicción; y ha de estimarse que la resolución del INSS ha de estimarse ajustada a derecho.

El segundo es el relativo a la posibilidad de renunciar a la pensión de jubilación una vez reconocida, para poder solicitarla más adelante cuando resulte de más interés para el beneficiario (STS 320/2023, de 26 de abril), algo no previsto normativamente, pero que no cabe considerar tal renuncia a una abdicación unilateral de los derechos que concede el sistema de Seguridad Social.

IV. BIBLIOGRAFÍA

MONEREO PÉREZ, J.L y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, segunda edición, Laborum ediciones, Murcia, 2022.

MONEREO PÉREZ. J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA. G.: “Luces y sombras del complemento de brecha de género (complemento de maternidad de 1995 versus complemento de brecha de género de 2021)”, Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum, 2º trimestre, 2022, núm. 31.

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La jubilación anticipada”, capítulo 5 obra colectiva *Trabajadores Maduros y Seguridad Social*, ÁLVAREZ CORTES, J.C. (director), Thomson Reuters, Pamplona, 2018.

RODRÍGUEZ INIESTA. G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia*, Laborum ediciones, Murcia, 2009.

RODRÍGUEZ INIESTA. G.: “Las prestaciones en favor de familiares”, Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 49, septiembre/octubre 1991

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA GRAN INVALIDEZ DICTADA EN EL TERCER MILENIO

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA
Letrado de la Administración de la Seguridad Social

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se realiza con ocasión de la celebración del VIII Seminario permanente de estudio y actualización “El derecho a la Seguridad Social a través de la jurisprudencia” organizado por la AESSS y la Universidad Rey Juan Carlos. En dicho seminario. Tuve el honor de participar comentando la jurisprudencia más actual de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en materia de acción protectora de la Seguridad Social. Pues bien, en este trabajo se trata de sintetizar la jurisprudencia de la Sala Cuarta dictada desde el 1 de enero de 2000 hasta la actualidad en relación con la prestación de gran invalidez.

2. SITUACIÓN PROTEGIBLE

La situación de gran invalidez es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales que graves susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas y funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (artículo 194 LGSS en la redacción dada por la DT 26^a LGSS).

A este respecto, no resulta necesaria la permanencia en la situación de dependencia, sino que basta la simple constatación de la necesidad de asistencia por una tercera persona pudiendo considerarse como tal situación la que padece un enfermo terminal y el desenlace es previsible en fecha próxima (STS 12 de mayo de 2003 recurso 3017/2002; STS de 11 de octubre de 2004 recurso 5800/2003).

Así, la sola presencia de una dolencia no determina por si misma que quien la padece no pueda atender los actos más esenciales de la vida, siendo necesario tener en cuenta la situación real del sujeto, no pudiendo tener un tratamiento jurídico distinto el reconocimiento de la prestación por deficiencia visual que por el resto de patologías, aplicándose una tesis subjetiva y abandona la objetiva (STS de 18 de julio de 2023 recurso 2874/2020; STS de 14 de junio de 2023 recurso 272/2021; STS de 23 de mayo de 2023

recurso 1597/2020; STS de 29 de marzo de 2020 recurso 739/2020; STS de 16 de marzo de 2023 recurso 3980/2019; STS de 16 de marzo de 2023 recurso 1766/2020).

En relación con la gran invalidez derivada de ceguera la Sala Cuarta del Tribunal Supremo señala que se considera como ceguera total o pérdida de visión equiparable que reúne las condiciones para calificarla de gran invalidez, la agudeza visual inferior a una décima en ambos ojos. No obstante, no cabe excluir a quienes hayan adquirido habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, o incluso los que puedan llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación. No es necesario que sea continua la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida (STS 25 de febrero de 2013 recurso 1246/2013). Igualmente tiene consideración de ceguera total o pérdida de visión equiparable que reúne las condiciones para calificarla de gran invalidez, la agudeza visual de bultos en ojo derecho y de 0,05 en ojo izquierdo (STS de 10 de febrero de 2014 recurso 1764/2014). También se considera ceguera total o pérdida de visión equiparable que reúne las condiciones para calificarla de gran invalidez, el glaucoma terminal en ambos ojos, con importante pérdida de la agudeza visual (STS de 20 de abril de 2016 recurso 2977/2014).

En cambio, no procede el reconocimiento de la gran invalidez al no ser equiparable a la ceguera la pérdida prácticamente completa de visión de un ojo y la agudeza visual de 0,12 del otro, superando con ello el parámetro objetivo establecido por la doctrina del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2018 recurso 1442/2016.

En este sentido, constituye una situación de incapacidad permanente absoluta y no gran invalidez la situación de un agente vendedor de cupones de la ONCE, que con anterioridad a su alta en el Sistema de Seguridad Social presentaba patologías que hacían necesaria la ayuda de una tercera persona, y que con posterioridad sus dolencias se ven agravadas por un traumatismo que le impide realizar el trabajo que venía desempeñado, al no computarse las lesiones anteriores a la afiliación (STS 19 de julio de 2016 recurso 3907/2014; STS de 10 de julio de 2018 recurso 3104/2017; STS de 10 de julio de 2018 recurso 4313/2017; STS de 10 de julio de 2018 recurso 3104/2017; STS de 10 de julio de 2018 recurso 4313/2017; STS de 17 de abril de 2018 recurso 970/2016, STS de 21 de febrero de 2018 recurso 1498/2016; STS de 10 de julio de 2018 recurso 3779/2016; STS de 25 de septiembre de 2020 recurso 4716/2018; STS de 13 de octubre de 2021 recurso 5054/2018; STS de 9 de febrero de 2021 recurso 3847/2018; STS de 9 de febrero de 2021 recurso 3847/2018; STS de 26 de abril de 2022 recurso 902/2019; STS de 26 de abril de 2022 recurso 902/2019; STS de 12 de julio de 2022 recurso 3197/2019; STS 29 de junio de 2022 recurso 150/2019; STS de 7 de junio de 2022 (recurso 817/2022; STS 11 de mayo de 2022 recurso 1457/2019; STS de 11 de mayo de 2022 recurso 4907/2019; STS de 11 de octubre de 2022 recurso 859/2019) y ello aun cuando su estado se haya visto agravado con posterioridad por la aparición de nuevas dolencias (STS de 29 de septiembre de 2020 recurso 1098/2018).

Tampoco procede reconocer la gran invalidez a vendedor de cupones que ya necesitaba la ayuda de tercera persona antes de su alta en el sistema de Seguridad Social y cuya situación se agrava posteriormente (STS de 25 de octubre de 2022 recurso 1260/2019).

Igualmente, no procede reconocer la situación de gran invalidez por agravación de lesiones, constitutivas de ceguera total, al tratarse de agravación de la agudeza visual existente en el momento de la afiliación (STS de 30 de septiembre de 2020 recurso

1090/2018; STS de 21 de diciembre de 2021 recurso 82/2020; STS de 1 de diciembre de 2021 recurso 505/2019; STS de 19 de abril de 2021 recurso 5046/2018; STS de 29 de junio de 2022 recurso 233/2019; STS de 1 de junio de 2022 recurso 684/2020; STS de 26 de abril de 2022 recurso 902/2019; STS de 19 de abril de 2022 recurso 2159/2019; STS de 6 de abril de 2022(recurso 1606/2019; STS de 23 de noviembre de 2022 recurso 3121/2019.

En cambio, constituye gran invalidez la situación de una trabajadora de la ONCE cuyas lesiones han evolucionado hasta la ceguera absoluta respecto a las presentadas al momento de la afiliación. De manera que si al momento de la afiliación la demandante presentaba severas limitaciones en su visión, pero no podía ser considerada ciega legalmente porque conservaba una visión superior a una décima en ambos ojos, ha evolucionado hacia la ceguera absoluta y necesita de la colaboración de otra persona (STS de 11 de noviembre de 2020 recurso 3347/2018. También procede el reconocimiento de a gran invalidez para trabajadora de la ONCE cuyas lesiones se han agravado sustancialmente, toda vez que, desde el momento de su afiliación a la ONCE al momento del hecho causante, ha devenido ciega legal, afectada también por una lumbalgia (STS de 23 de noviembre de 2021 recurso 510472018; STS de 19 de abril de 2021 recurso 5046/2018, STS de 13 de julio de 2021 recurso 4780/2018; STS de 20 de abril de 2022 recurso 193/2019; STS 28 de septiembre de 2022 recurso 3208/2019; STS de 29 de junio de 2022 recurso 233/2019; STS de 1 de junio de 2022 recurso 684/2020; STS de 5 de abril de 2022 recurso 151/2021; STS de 28 de septiembre de 2022 recurso 3208/2019; STS de 7 de junio de 2023 recurso 686/2020).

Igualmente, constituye una consideración como ceguera total o pérdida de visión equiparable que reúne las condiciones para calificarla de gran invalidez, la agudeza visual muy por debajo de una décima en ambos ojos. (STS de 22 de mayo de 2020 recurso 192/2018; STS de 29 de junio de 2019 recurso 233/2019; STS de 1 de junio de 2022 recurso 684/2020); De la misma manera, procede reconocerla a quien presenta ceguera casi absoluta al resultar acreditado que las lesiones que padecía en el momento de la afiliación no le han impedido desarrollar su actividad laboral, produciéndose con posterioridad un agravamiento (STS de 14 de junio de 2021 recurso 1551/2019). De la misma manera procede el reconocimiento de la gran invalidez a quien presenta ceguera total, habiéndose producida una agravación de las dolencias desde la fecha de afiliación a la Seguridad Social, en la que presentaba 0,1 en ambos ojos, pues en tales condiciones se requiere la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida, debiendo aplicarse este criterio objetivo y no el subjetivo (STS de 6 de octubre de 2022 recurso 1654/2019).

El actor no tiene la obligación de someterse al riesgo de una intervención quirúrgica para determinar si las lesiones son o no definitivas en orden a si procede el reconocimiento (STS de 24 de mayo de 2022 recurso 2427/2019; STS de 24 de mayo de 2023 recurso 2427/2019).

En cuanto a la relación entre la gran invalidez y la determinación de la situación de discapacidad el Tribunal Supremo indica que la definición de los grados de incapacidad permanente a efectos de Seguridad Social atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo; en cambio, la definición de la minusvalía incluye como se ha visto otras dimensiones de la vida social, como son la educación y la participación en las actividades sociales y culturales. La coincidencia de los respectivos campos de cobertura de una y otra legislación puede ser amplia; y el legislador puede establecer una asimilación o conjunción de los mismos, como sucede en el artículo 2.1 Ley 51/2003. Pero, junto a estos espacios de

coincidencia, hay otros que corresponden privativamente bien a la Seguridad Social bien a la protección de los discapacitados, y cuyos beneficiarios han de ser determinados, en principio, mediante los procedimientos establecidos en uno y otro sector del ordenamiento social (STS de 20 de junio de 2007 recurso 2823/2006) STS de 26 de noviembre de 2007 recurso 5096/2006; STS de 10 de octubre de 2006 recurso 1908/2006, STS de 16 de mayo de 2007 recurso 2096/2008; STS de 17 de abril de 2007 recurso 382/2006; STS de 22 de mayo de 2007 recurso 130/2006; STS de 21 de marzo de 2007 recurso 3902/2005; STS de 21 de diciembre de 2007 recurso 1211/2007; STS de 19 de diciembre de 2007 recurso 1913/2007; STS de 18 de diciembre de 2007 recurso 1248/2007; STS de 18 de diciembre de 2007 recurso 1495/2007; STS de 17 de diciembre de 2007 recurso 139/2007; STS de 11 de diciembre de 2007 recurso 799/2007; STS de 5 de diciembre de 2007 recurso 3552/2006; STS de 5 de diciembre de 2007 recurso 3472/2006; STS de 27 de noviembre de 2007 recurso 113/2007; STS de 26 de noviembre de 2007 recurso 88/2007, de 22 de noviembre de 2007 recurso 4256/2006; STS de 20 de noviembre de 2007 recurso 3475/2006; STS de 15 de noviembre de 2007 recurso 156/2007; STS de 14 de noviembre de 2007 recurso 270/2007; STS de 30 de octubre de 2007 recurso 4764/2006; STS de 19 de octubre de 2007 recurso 3058/2006); STS 18 de octubre de 2007 recurso 3911/2006; STS de 16 de octubre de 2007 recurso 3709/2006; sTS de 16 de octubre de 2006 recurso 5028/2006; STS de 15 de octubre de 2007 recurso 4156/2006; STS de 5 de octubre de 2007 recurso 4469/2006; STS de 20 de septiembre de 2007 recurso 4930/2006; STS de 20 de septiembre de 2007 recurso 2740/2006; STS de 18 de octubre de 2007 recurso 282/2007; STS de 24 de julio de 2007 recurso 4085/2006; STS de 19 de julio de 2007 recurso 3473/2006; STS 19 de julio de 2007 recurso 3080/2006; STS de 19 de julio de 2007 recurso 3803/2006; STS de 19 de julio de 2007 recurso 3840/2006; STS de 29 de mayo de 2007 recurso 5472/2005; STS de 30 de abril de 2007 recurso 1253/2006; STS de 29 de marzo de 2007 recurso 114/2006; STS de 19 de julio de 2007 recurso 2732/2006; STS de 5 de junio de 2007 recurso 3204/2006; STS de 29 de enero de 2008 recurso 921/2007; STS de 7 de julio de 2008 recurso 1297/2007; STS de 30 de enero de 2008 recurso 480/2007; STS de 10 de noviembre de 2008 recurso 56/2008; STS de 22 de julio de 2008 recurso 726/2008; STS de 30 de junio de 2008 recurso 4219/2008; STS de 10 de junio de 2008 recurso 4/2007; STS de 6 de junio de 2008 recurso 2066/2007; STS 6 de junio de 2008 recurso 268/2007; 3 de junio de 2008 recurso 1500/2007; STS de 29 de enero de 2008 recurso 1603/2007; STS de 28 de enero de 2008 recurso 85/2007; STS de 28 de enero de 2008 recurso 1741/2007; 29 de enero de 2008 recurso 3109/2006; STS de 9 de diciembre de 2008 recurso 2678/2007; STS de 2 de diciembre de 2008 recurso 4107/2007; STS de 13 de noviembre de 2008 recurso 2278/2007; STS de 5 de noviembre de 2008 recurso 1088/2007; STS de 5 de noviembre de 2008 recurso 2485/2007; 29 de septiembre de 2008 recurso 2714/2007; STS de 24 de septiembre de 2008 recurso 2200/2007; STS de 18 de septiembre de 2008 recurso 1411/2007; STS de 26 de junio de 2008 recurso 1195/2007; STS de 11 de junio de 2008 recurso 1159/2007; STS de 11 de junio de 2008 recurso 2107/2007; STS 25 de febrero de 2008 recurso 1865/2007; STS de 26 de febrero de 2008 recurso 1664/2007; STS de 21 de febrero de 2008 recurso 1866/2007; STS de 20 de febrero de 2008 recurso 3496/2006; STS de 6 de febrero de 2008 recurso 2187/2007; STS de 6 de febrero de 2008 recurso 1479/2007; STS de 5 de febrero de 2008 recurso 260/2007; STS de 5 de febrero de 2008 recurso 4796/2006; STS de 30 de enero de 2008 recurso 1711/2007; STS de 30 de enero de 2008 recurso 840/2007; STS de 30 de enero de 2008 recurso 2085/2007; STS de 29 de enero de 2008 recurso 2088/2007; STS de 29 de enero de 2008 recurso 1476/20007; STS de 28 de enero de 2008 recurso 99/2007; STS de 28 de enero de 2008 recurso 1646/2007; STS de 22 de enero de 2008 recurso 1947/2007; STS de 22 de

enero de 2008 recurso 5095/2006; STS de 21 de enero de 2008 recurso 2199/2007; STS de 29 de noviembre de 2018 recurso 1826/2017); STS de 29 de noviembre de 2018 recurso 3382/2016); STS de 29 de noviembre de 2018 recurso 239/2018); STS de 12 de mayo de 2020 recurso 1529/2018; STS de 12 de mayo de 2020 recurso 58/2018; STS de 12 de mayo de 2020 recurso 1490/2018; STS de 19 de febrero de 2020 recurso 2927/2017; STS de 12 de mayo de 2020 recurso 1484/2018; STS de 12 de mayo de 2020 recurso 243/2018; STS de 12 de mayo de 2020 recurso 4423/2017; STS de 12 de mayo de 2020 recurso 2778/2018; STS de 26 de mayo de 2021 recurso 3832/2018; STS de 13 de julio de 2022 recurso 1087/2019; STS de 27 de abril de 2023 recurso 3185/2020.

Por otra parte, en relación con la relación entre la discapacidad y la invalidez, el Tribunal Supremo señala que no constituye gran invalidez el reconocimiento por sí mismo del grado III de dependencia, pue, tanto la valoración de grado como los conceptos que los integran son diferentes y autónomos u no son ni tan siquiera alternativos (STS de 9 de julio de 2020 recurso 805/2018).

3. LA CONTINGENCIA DETERMINANTE DE LA GRAN INVALIDEZ

En relación con la determinación de la contingencia que determina la prestación de Gran Invalidez el Tribunal Supremo señala que constituye accidente de trabajo la patología previa, hasta entonces silente, que se agravó estando el trabajador en el centro de trabajo desempeñando su labor y con ocasión de realizar un esfuerzo (STS de 29 de abril de 2014 recurso 1521/2013).

No puede calificarse como derivada de accidente de trabajo, sin concurrir ninguna circunstancia especial, el ictus isquémico de la arteria cerebral media derecha sufrido por el trabajador, en la habitación del hotel donde se encontraba descansando, en Tel-Aviv, realizando un trabajo encomendado por la empresa (STS de 11 de febrero de 2014 recurso 42/2013).

Tampoco puede calificarse de tal crisis cardiovascular sufrida por un trabajador, trasladado a otra localidad, mientras permanece en la habitación del hotel en que se hospeda y del que no salió para ir al trabajo por estar indisposto (STS de 7 de febrero de 2017 recurso 536/2015).

Procede aplicar la presunción de laboralidad al episodio cardiovascular sobrevenido mientras el trabajador que desempeña su actividad en régimen de jornada continuada se encuentra en la “pausa por bocadillo” en el comedor de empresa, y que el convenio colectivo considera tiempo de trabajo (STS de 16 de julio de 2020 recurso 1072/2018).

Por otra parte, se considera que la gran invalidez deriva de accidente no laboral cuando se produce a consecuencia de complicación quirúrgica de artrodesis de columna lumbar. Al considerarse una acción súbita, violenta y externa, ajena a la enfermedad común, en cuyo concepto no encaja por un deterioro progresivo, que padecía el paciente (STS de 17 de julio de 2023 recurso 3200/2020).

4. SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA

Con respecto al cumplimiento del requisito de que el trabajador se encuentre en alta o en situación asimilada al alta, el Tribunal Supremo se pronuncia en el sentido de que el beneficiario estaba en situación de desempleo e inscrito en el SPE, en la fecha del accidente

de tráfico por lo que se encontraba en situación asimilada al alta sin necesidad de aplicar una interpretación flexible y humanitaria. (STS 17 de enero de 2002 recurso 1872/2001; STS de 4 de abril de 2007 recurso 4698/2005). El requisito de estar en alta o en situación asimilada en una interpretación flexible y finalista obliga a considerar como situación asimilada al alta al causante que sufre un accidente no laboral a los pocos días de causar baja voluntaria en su última ocupación con la intención de iniciar una nueva relación laboral con otra empresa en fechas próximas, sin haberse inscrito como demandante de empleo en la oficina pública correspondiente (STS de 23 de febrero de 2017 recurso 2120/2015). Si se aplica la interpretación flexible y humanitaria cuando la actora padecía unas afecciones psíquicas que le impidieron su inscripción como demandante de empleo (STS de 17 de septiembre de 2004 recurso 4551/2003).

5. ACCESO A LA GRAN INVALIDEZ DESDE LA SITUACIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

Puede acceder a la situación de gran invalidez quien se encuentra en situación de jubilación anticipada por aplicación de los coeficientes correctores por discapacidad, dándose la circunstancia de que no ha cumplido los 65 años de edad (STS de 27 de abril de 2022 recurso 184/2019; STS de 22 de noviembre de 2022 recurso 1563/2019; STS de 21 de diciembre de 2023 recurso 3214/2022; STS de 24 de enero de 2023 recurso 3056/2019).

6. PERÍODO DE CARENCIA

Para determinar la carencia específica se aplica la doctrina del paréntesis dentro de los últimos diez años cuando el trabajador se encontraba en situación de paro involuntario permaneciendo inscrito en la oficina de empleo (STS de 13 de junio de 2006 recurso 175/2005).

El cómputo de los días que faltan para agotar el periodo máximo de incapacidad temporal solo es posible si el interesado se encuentra en situación de IT o de prórroga de sus efectos y solo alcanza al máximo de 365 días, más la prórroga ordinaria de 180 días, no así a la prórroga excepcional hasta los 730 días (STS de 16 de abril de 2012 recurso 2530/2011).

Los días-cuota no son computables para incrementar la base reguladora o el porcentaje aplicable a ella por años de cotización (STS de 18 de septiembre de 2013 recurso 3120/2012).

Para la cobertura del periodo de carencia se computan las cotizaciones efectuadas al amparo de un convenio especial suscrito con la seguridad social con posterioridad a la denegación del reconocimiento de la incapacidad permanente por no acreditar el periodo mínimo de cotización exigido, habiéndose producido una agravación en el estado de salud del trabajador (STS de 21 de enero de 2015 recurso 127/2014).

En relación con la carencia específica el Tribunal Supremo señala que para determinar el periodo de diez años en el que se debe reunir la carencia específica cuando se accede desde la situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad no procede aplicar la doctrina del paréntesis pues la misma contempla supuestos en el que el cese de la obligación de cotizar como determinante del periodo de carencia se produce estando el sujeto en situación de alta o asimilada y el actor estaba jubilado anticipadamente desde 2015 y reclamó el reconocimiento de la prestación tres años después. Por tanto, a efectos

de al determinación del periodo de carencia específica se debe partir del momento en el que el solicitante se jubiló anticipadamente o al de la solicitud de la prestación (STS de 11 de julio de 2023 recurso 3325/2020).

7. BASE REGULADORA

Sobre la aplicación de la teoría del paréntesis a fin de no computar para calcular la base reguladora a periodos en los que el trabajador no se encontraba en alta, el Tribunal Supremo indica que los trabajadores procedentes de la antigua situación de invalidez provisional y también los de la actual situación de incapacidad temporal prorrogada, u otros períodos de tal situación de incapacidad temporal en que no exista obligación de cotizar se debe entender como periodo de paréntesis para computar el periodo exigido de carencia específica así como para el cálculo de la base reguladora, no procediendo la integración de lagunas de cotización con la base mínima (STS de 7 de febrero de 2000 recurso 109/1999; STS de 4 de diciembre de 2000 recurso 2645/1999; STS 4 de octubre de 2000 recurso 1191/2000; STS 25 de septiembre de 2000 recurso 1116/2000; STS de 13 de noviembre de 2000 recurso 653/2000; STS 18 de julio de 2000 recurso 191/2000; 25 de mayo de 2000 recurso 2475/1999; STS 2 de julio de 2021 recurso 4557/2000; 7 de junio de 2001 recurso 3731/2000; 6 de junio de 2001 recurso 3501/2000; 12 de junio de 2001 recurso 3947/2000; STS 16 de diciembre de 2002 recurso 1151/2002; STS 14 de junio de 2006 recurso 4375/2004).

En cambio, procede la aplicación de la excepción de cosa juzgada cuando se determinó por sentencia la base reguladora de la pensión de IPA y con posterioridad se produce una revisión de grado reconociéndose la pensión de GI (STS 11 de octubre de 2005 recurso 1076/2004).

Para calcular la base reguladora de la Gran Invalidez cuando se reconoce desde la situación de jubilación anticipada, los meses previos en los que el beneficiario está en situación de jubilación sin obligación de cotizar, se integran con bases mínimas, no aplicándose la teoría del paréntesis (STS de 10 de julio de 2017 recurso 3104/2017; STS de 18 de noviembre de 2020 recurso 3011/2018; STS de 18 de noviembre de 2018 recurso 2432/2018; STS de 18 de noviembre de 2018 recurso 2241/2018; STS de 26 de abril de 2022 recurso 446/2019; STS de 26 de abril de 2022 recurso 446/2019).

En cuanto a la determinación de la base reguladora de Gran Invalidez derivada de enfermedad profesional se computa las pagas extraordinarias en su importe anual (STS de 5 de mayo de 2009 recurso 1243/2008).

Por otra parte, las cotizaciones satisfechas en el nuevo trabajo a consecuencia de la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo del pensionista desarrollado por cuenta ajena tienen eficacia para recalcular la pensión anteriormente reconocida, siempre que la situación clínica impida el desarrollo de la actividad laboral (STS de 26 de octubre de 2013 recurso 907/2012).

8. DETERMINACIÓN DEL COMPLEMENTO DE GRAN INVALIDEZ

El artículo 196.4 LGSS establece que si el trabajador fuese calificado como gran invalido, tendrá derecho a una pensión vitalicia incrementada con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que atienda. El importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar el 45 por ciento de la base mínima de

cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por ciento de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente. En ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe al 45 por ciento de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador.

La base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante para la determinación del complemento, es la base mínima de cotización de todos los grupos profesionales y no la base mínima de cotización del grupo beneficiario, toda vez que así como el 30 % al que se refiere el artículo 196.4 LGSS se proyecta sobre la base de cotización del trabajador, el 45 % se proyecta, por el contrario, sobre la base mínima de cotización común para todos los grupos profesionales STS de 25 de octubre de 2023 recurso 2312/202; STS de 17 de octubre de 2023 recurso 2285/2021). Para calcular el complemento de gran invalidez y en concreto la parte correspondiente al 30 % de la última base de cotización mensual del año correspondiente a la fecha del hecho causante, sin que sea factible su cálculo anual excluyendo el prorratoe de las pagas extraordinarias. Por tanto, no hay que multiplicar la última base por 12 meses dividirlo por 14. (STS de 16 de junio de 2010 recurso 3774/2009; STS de 29 de septiembre de 2011 recurso 3742/2010; STS de 17 de enero de 2012 recurso 4351/2010; STS de 6 de abril de 2015 recurso 175/2014; STS de 28 de junio de 2018 recurso 174/2017; STS de 28 de junio de 2018 recurso 174/2017; STS de 15 de marzo de 2023 recurso 2355/2019).

Por otra parte, la aplicación de bases mínimas durante el periodo de prolongación de efectos de la incapacidad temporal al objeto de calificar la existencia de incapacidad permanente, tras la reforma operada por la Ley 24/2001 (STS de 29 de mayo de 2008 recurso 2318/2007).

En los casos de revisión de grado por agravación para determinar el complemento de la gran invalidez ha de estarse a la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante, esto es, la de la resolución que resuelve el expediente administrativo de revisión de grado (STS de 29 de junio de 2023 recurso 4138/2020).

9. COMPLEMENTO DE MATERNIDAD

No procede reconocer el complemento de aportación demográfica en el caso de reconocimiento de una gran invalidez reconocida después del 1 de enero de 2016 por agravación de una pensión de IPT reconocida antes de que la Ley 48/2015 instaurase ese complemento (STS de 4 de octubre de 2022 recurso 222/2020; STS de 21 de diciembre de 2023 recurso 3526/2022; STS de 29 de noviembre de 2022 recurso 4416/2021; STS de 9 de marzo de 2023 recurso 1478/2020).

10. FECHA INICIAL DEL DEVENGO

La fecha del devengo de la pensión de Gran Invalidez es la fecha de agotamiento de la incapacidad temporal, es decir la fecha en la que se emite el alta médica con propuesta de incapacidad permanente (STS 23 de octubre de 2001 recurso 452/2001).

11. RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE

El recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de prevención se aplica al complemento de gran invalidez (STS de 27 de septiembre de 2000 (recurso 4590/1999).

Por otra parte, resulta ser responsable solidaria la empresa principal junto con la empresa auxiliar, aunque no se trate de contrata de la “propia actividad”, si el accidente se ha producido por una infracción imputable a la misma y dentro de su esfera de responsabilidad. STS de 18 de septiembre de 2018 recurso 144/2017).

No se puede imponer la responsabilidad en el recargo a la empresa principal en el caso de subcontrata cuando no tiene el carácter de empresario infractor (STS de 14 de mayo de 2008 recurso 4016/2008 (recurso 4016/2006), en cambio procede determinar la responsabilidad solidaria a la empresa principal junto con la empresa auxiliar, aunque no se trate de contrata de la “propia actividad”, si el accidente se ha producido por una infracción imputada a la misma y dentro de su esfera de responsabilidad STS de 18 de septiembre de 2018 recurso 144/2017).

Tampoco cabe la responsabilidad de la empresa cedente en el caso de sucesión de empresa al no tener la condición de empresa infractora no procedencia la transferencia de la responsabilidad por vía de sucesión de empresa (STS de 18 de julio de 2010 recurso 2502/2010).

La superación del plazo de 135 días establecido para su resolución no produce la caducidad del procedimiento (STS de 30 de enero de 2008 recurso 4378/2006).

La fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene es el de la firmeza de la primera resolución judicial o administrativa que reconoce la existencia de una contingencia profesional como causante de una prestación permanente. Una vez prescrito el derecho no renace por el posterior reconocimiento de otro grado de incapacidad permanente con base en una agravación (STS de 18 de diciembre de 2014 recurso 2710/2014).

Procede la imposición del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en la cuantía del 50 % cuando la enfermedad profesional deriva de enfermedad profesional por exposición al amianto en una actividad que se produjo entre los años 1947 y 1957. (STS de 23 de febrero de 2017 recurso 2066/2015).

12. REVISIÓN DE GRADO

Es necesaria una agravación de las patologías para reconocer la pensión de gran invalidez cuando inicialmente se reconoció el grado de incapacidad permanente absoluta (STS de 20 de noviembre de 2002 recurso 2473/2001; STS 7 de mayo de 2004 recurso 2074/2003).

Se requiere para revisar la situación de IPA y reconocer la GI no haber alcanzado la edad ordinaria de jubilación (STS 16 de septiembre de 2004 recurso 3412/2003).

La competencia del INSS para instar la revisión le corresponde al INSS aunque la incapacidad permanente haya sido reconocida por sentencia (6 de junio de 2007 recurso 172/2006; STS de 26 de noviembre de 2014 recurso 960/2014).

No procede revisar el grado de incapacidad por mejoría por la realización de trabajos por cuenta propia, cuando el estado actual del beneficiario coincide con el pretérito que dio lugar al reconocimiento (STS 22 de diciembre de 2009 recurso 2066/2009; STS de 23 de abril de 2009 recurso 2512/2008).

Tampoco procede la revisión por agravación instado por la beneficiaria, al haberse solicitado de forma prematura por no haber transcurrido el plazo revisorio fijado en la resolución administrativa (STS de 29 de abril de 2016 (recurso 3621/2014).

En cambio, procede acceder a la revisión de la IPA a trabajadora que presenta una agudeza visual inferior a 0,1 en ambos ojos al ser las lesiones son posteriores a la afiliación a la Seguridad Social, resultando irrelevante que haya adquirido alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad permanente pues de lo contrario supondría un efecto desmotivador para la deseable reinserción social y laboral del discapacitado STS de 4 de diciembre de 2019 recurso 2737/2017.

La fecha de efectos del grado de gran invalidez , e incluso la determinación de la normativa aplicable, tras un procedimiento de revisión de grado es la fecha de resolución del INSS que puso fin al procedimiento administrativo de revisión de grado (STS de 8 de abril de 2009 recurso 1940/2008; STS de 4 de marzo de 2009 recurso 845/2008).

13. COMPATIBILIDAD DE LA GRAN INVALIDEZ CON EL TRABAJO

Se considera compatible con la pensión de Gran Invalidez el trabajo a tiempo completo en una determinada actividad laboral si no es perjudicial o inadecuada a su estado y no haber procedido la entidad gestora a la revisión de la incapacidad declarada en virtud de mejoría o error en el diagnóstico (STS de 31 de enero de 2008 recurso 480/2007; STS de 14 de octubre de 2009 recurso 3429/2008). Ahora bien la Sala cambia la doctrina puesto que procede la incompatibilidad de la pensión con el trabajo a tiempo completo en una determinada actividad laboral limitándose la gran invalidez a la realización de trabajos esporádicos o marginales que no den lugar a su inclusión en la Seguridad Social. Las prestaciones de la Seguridad Social tratan de sustituir la sobrevenida carencia de rentas, de manera que la prestación no nace porque no concurre la situación de necesidad específica que precise de protección y del esfuerzo social del resto de ciudadanos. En este sentido no resulta congruente que la norma califica la incapacidad permanente absoluta como la situación que inhabilita por “completo” al trabajador para toda profesión u oficio y, por otra parte permita la compatibilidad con actividades que no podría realizar. Siguiendo el entendimiento anterior del sistema de compatibilidades resultaba que el beneficiario seguía percibiendo rentas de trabajo, mientras que la Seguridad Social abonaba dos prestaciones: una de incapacidad al beneficiario y otra, de desempleo, al trabajador que no perciba rentas de trabajo por carecer de empleo y que podría haber accedido a las rentas de trabajo derivadas del empleo que ocupaba el beneficiario de la prestación: las políticas de asistencia social posean y deban arbitrar nuevos mecanismos tendentes a la reinserción socio laboral de las personas con discapacidades para el trabajo, sin necesidad de sustituirlas con aportaciones prestacionales que resultan incompatibles con aquellos trabajos (STS de 11 de abril de 2024 recurso.

14. INCOMPATIBILIDAD DE IPT Y GRAN INVALIDEZ DERIVADAS AMBAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO EN LA MINERÍA DEL CARBÓN

Las pensiones del mismo régimen son incompatibles entre sí cuando coinciden en el mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho establece que “cuando las pensiones de este Régimen Especial coincidan en un mismo beneficiario serán incompatibles entre sí. Con los mismos términos y condiciones establecidos por las disposiciones que regulan esta materia en el Régimen General, sin perjuicio de lo especialmente previsto. Como señalan las sentencias del TS de 19 de diciembre de 2000 y 22 de mayo de 2001, en nuestro ordenamiento, la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución, porque en ese caso la renta de sustitución podría ser superior a la sustituida. Certo es que en la prestación de gran invalidez entran dos componentes: rentas de sustitución y compensación por la asistencia de terceros. Pero la coincidencia de renta de sustitución se produce entre uno de dichos componentes y la prestación por IPT, de modo que han de operar los mandatos arriba expuestos. (STS de 16 de julio de 2003 recurso 2924/2002).

15. COMPATIBILIDAD DE DOS PENSIONES DE GRAN INVALIDEZ

Resultan compatibles dos pensiones de Gran Invalidez reconocidas en el RETA y en el RGSS, cuando se han computado cotizaciones diferentes, si bien el complemento, que no forma parte propiamente de la pensión y que tiene distinta función, no puede percibirse doblemente, sino que el beneficiario deberá optar por el régimen que le resulte más apropiado, manteniendo la otra como incapacidad permanente absoluta en régimen de compatibilidad con aquella. (STS de 21 de febrero de 2018 recurso 1498/2016).

16. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR FALTA DE COTIZACIÓN

La empresa es responsable del abono de aquella porción de la pensión de gran invalidez del trabajador demandante correspondiente al importe de las diferencias de la base reguladora de tal pensión derivadas de la infracotización a que se ha venido haciendo referencia (STS de 26 de febrero de 2008 recurso 234/2009). Igualmente, existiendo infracotización en el momento en que sobrevino el accidente laboral, la empresa responsable del abono de la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada, de haber cumplido correctamente su obligación de cotizar, y la que corresponda asumir a la Seguridad Social o a la correspondiente mutua por las cuotas efectivamente ingresadas (STS de 27 de octubre de 2022 recurso 3629/2019).

17. CONVENIOS INTERNACIONALES

Convenio Hispano-Andorrano. Los períodos de tiempo trabajados en Andorra se computan en España a efectos del cálculo de la base reguladora con las bases mínimas de cotización en España para la categoría profesional del trabajador (STS 28 de junio de 2005 recurso 2002/2004).

En el Convenio Hispano-Andorrano, se puede aplicar la totalización de períodos de cotización y aplicar la *prorrata temporis* aunque el trabajador acredite períodos suficientes para devengar la prestación conforme a la legislación española (STS de 26 de febrero de 2008 recurso 2341/2006).

18. PROCEDIMIENTO

En los casos de determinación de responsabilidad de la pensión de gran invalidez la omisión del trámite de audiencia no produce indefensión (STS 30 de abril de 2007 recurso 330/2006; STS de 3 de julio de 2007 recurso 3152/2006); ni tampoco cuando la omisión del trámite de audiencia se produce en el procedimiento para determinar el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad (STS de 27 de febrero de 2008 recurso 21/2007; STS de 23 de abril de 2009 recurso 58/2008, STS de 22 de diciembre de 2010 recurso 1136/2009; STS de 12 de mayo de 2014 recurso 635/2013).

19. REVISIÓN DE ACTOS DECLARATIVOS EN RELACIÓN CON EL COMPLEMENTO DE GRAN INVALIDEZ

Una vez reconocida la sustitución del complemento de pensión de Gran Invalidez por ingreso en centro residencial no pueden proceder a su revisión varios años después de haber entrado en vigor la Ley 40/2007 que ya no recoge esa posibilidad (STS de 21 de junio de 2018 recurso 239/2018; STS de 21 de junio de 2018 recurso 59/2017).

20. PENSIÓN DE GRAN INVALIDEZ NO CONTRIBUTIVA

Complemento por necesidad de ayuda de otra persona: cómputo a efectos de determinar el límite de acumulación de recursos cuando se convive en una misma unidad económica.

En el RD 357/1991, de 15 de marzo por el que se desarrolló la Ley 26/1990 de 20 de diciembre se establece un incremento de la cuantía de la pensión de invalidez con un complemento cuando el beneficiario tuviera necesidad de ello para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, correr o análogas, siendo su importe equivalente al 50 % de la cuantía de la pensión que se fije anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Una interpretación integradora de la ley, de acuerdo con la finalidad protectora de acumulación de recursos de la unidad económica de convivencia, debe computarse, en el caso de autos, no solo el importe de la pensión de invalidez, sino también el complemento de ayuda de terceras personas, pues así resulta de la dicción del RD 357/1991 cuando habla de un incremento de la cuantía de la pensión de invalidez, con dicho complemento, lo que refleja que el complemento forma parte de la pensión y en una situación similar a lo que sucede en la Gran Invalidez en las pensiones contributivas, obedeciendo a dos situaciones de necesidad distinta pues no es lo mismo la situación de quien está impedida de realizar los actos más esenciales de la vida, tales como desplazarse, vestirse, comer, análogas, de quien pese a su invalidez, puede por si solo realizar tales actos, ya que la primera situación conlleva realizar mayores gastos de la familia (STS de 31 de enero de 2002 recurso 31/2001; STS de 28 de febrero de 2005 recurso 1272/2004; STS de 26 de diciembre de 2007 recurso 1566/2007).

LA RECENTE DOCTRINA JUDICIAL DEL TJUE Y DEL TS CON RELACIÓN A LA COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN POR INVALIDEZ PERMANENTE Y SALARIO

MARÍA DEL MAR ALARCÓN CASTELLANOS
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

1. ANÁLISIS PREVIO DE LOS GRADOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE:

Vaya por delante que uno de los requisitos necesarios para la declaración de incapacidad permanente (con independencia del grado) apunta a que las reducciones funcionales o anatómicas, previsiblemente definitivas o permanentes y objetivables que padezca la persona trabajadora disminuyan o incluso anulen necesariamente su capacidad laboral¹. De manera que, si dichas lesiones o enfermedades no afectan a la capacidad de trabajo, no podrá haber declaración de incapacidad permanente.

Es el art. 194 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) el que enumera, con independencia de su origen, los distintos grados de incapacidad en función del porcentaje de reducción de la capacidad laboral que manifieste la persona trabajadora, teniendo en cuenta “*la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente*”².

Así, debemos diferenciar los siguientes grados de incapacidad permanente:

¹ Sobre esta cuestión, vid. “Comentario al artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social. Grados de incapacidad”. A. V. SEMPERE NAVARRO, ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ, Y. CANO GALÁN, F. J. HIERRO HIERRO, L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, A.I. PÉREZ CAMPOS. Códigos con Jurisprudencia. BIB\2008\3300Y; CANO GALÁN, “La rehabilitación del criterio subjetivo en el reconocimiento del grado de incapacidad permanente: ¿restauración de la discrecionalidad o eliminación de la discriminación?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2023. BIB 2023\1354; G. RODRÍGUEZ INIESTA, “Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 184/2016, parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016. BIB 2016\705; S. OLARTE ENCABO, “Las pensiones de incapacidad permanente: balance del marco jurídico- positivo vigente tras la Ley 27/2011 y del más reciente tratamiento jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, num. 4/2012 parte Estudio. BIB 2012\1151.

² Apartado 2 del art. 194 LGSS.

- la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual
- la incapacidad permanente total para la profesión habitual, que comprende también la IPT cualificada como luego veremos.
- la incapacidad permanente absoluta para cualquier trabajo.
- la gran invalidez.

1.1. Incapacidad Permanente Parcial para la profesión habitual: IPP

Podemos entender por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual (en adelante IPP) aquélla que, sin alcanzar el grado de total, produzca una disminución de la capacidad laboral para la misma profesión habitual no inferior al 33%. De esta manera, la persona trabajadora afectada por una IPP podrá realizar las tareas fundamentales de dicha actividad y precisamente por ello, como veremos después, resulta compatible con su actividad laboral, siempre que no perjudique su estado de salud el ejercicio de dicho trabajo.

De cualquier manera, la IPP no genera derecho a una pensión (como sí ocurre en el resto de los grados de incapacidad) sino exclusivamente a una indemnización a tanto alzado cuyo importe asciende a veinticuatro mensualidades de la base reguladora que se tuvo en cuenta para calcular en su día el subsidio de incapacidad temporal³.

Lo que se debe entender por “profesión habitual” varía en función del origen de la incapacidad. Si el origen es un accidente (sea laboral o no laboral), debemos entender por profesión habitual aquella que estaba desempeñando la persona trabajadora en el momento del accidente; sin embargo, si el origen de la incapacidad en una enfermedad (común o profesional), será profesión habitual aquella a la que dedicaba su actividad fundamental la persona trabajadora antes de iniciar la situación de incapacidad⁴.

1.2. Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual e IPT cualificada

Debemos entender por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que impida a la persona trabajadora realizar las tareas fundamentales de su profesión, siempre que su estado y capacidad residual le permita desempeñar una actividad distinta a la habitual (art. 194.4 TRLGSS).

Dentro de la IPT debemos referirnos al incremento del 20% de la cuantía de la pensión que pueden obtener las personas trabajadoras de 55 o más edad que tengan especiales dificultades para su reincorporación en el mercado de trabajo (art.196.2 LGSS). Este supuesto se conoce como IPT cualificada.

³ Arts. 196.1 LGSS y 9 Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social. Para el cálculo de la indemnización por IPP en función del salario diario o mensual de la persona trabajadora, vid. la STSUD núm. 821/2003, de 29 abril 2004 (RJ 2004\4362).

⁴ Si el origen de la incapacidad lo encontramos en una enfermedad profesional de lenta evolución, como por ejemplo la silicosis que puede aparecer en una fecha muy posterior a la de la ejecución del trabajo, la profesión que debemos tomar de referencia para la calificación de invalidez es aquélla que se ejecutaba en el momento en el que se produjo el hecho determinante de dicha patología (STS 18 de enero de 2007 -RJ 2007, 1744-). Sobre esta cuestión, vid. M.A. LIMÓN LUQUE, “Determinación de la profesión habitual cuando la enfermedad profesional causante estuvo latente durante largo tiempo”, *Actualidad Laboral*, núm.. 16/2007. BIB\2007\1884.

Ciertamente, aunque, en principio no influyen en este grado de incapacidad otras circunstancias externas al trabajo mismo, de orden personal o socioeconómico, como pueden ser la edad o la posibilidad de recolocación, algunos de estos factores sí pueden influir en el montante de la prestación económica del invalido permanente total. En efecto, los pensionistas de IPT que con 55 o más años se encuentren en circunstancias de especial dificultad para su recolocación pueden ver incrementada su pensión, mediante lo que se conoce como incapacidad permanente total cualificada, que no constituye propiamente un grado diferente de invalidez, pero conlleva esa mejora económica de su pensión (art.196.2 LGSS).

1.3. Incapacidad Permanente absoluta y Gran invalidez

Por su parte, la incapacidad permanente absoluta para cualquier trabajo es la que impide a la persona trabajadora realizar cualquier profesión u oficio, y no solo aquella a la que se dedicaba en el momento en el que comenzó la incapacidad temporal.

Finalmente, podemos calificar de gran invalida a la persona trabajadora que tenga una incapacidad permanente siempre que, debido a perdidas funcionales o anatómicas, necesite la concurrencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida (vestirse, comer...)⁵.

2. COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL CON EL SALARIO SEGÚN EL GRADO DE INCAPACIDAD.

El régimen jurídico de la compatibilidad entre el trabajo y las distintas situaciones de incapacidad permanente dependen, en primer término, del grado de invalidez reconocido a la persona trabajadora.

2.1. Compatibilidad de la Incapacidad Permanente Parcial y el salario

En primer lugar, en relación con la incapacidad permanente parcial⁶, los efectos económicos implican, como ya se ha apuntado, el derecho a percibir un único pago indemnizatorio cuyo importe comprende 24 mensualidades de la base reguladora. Por tanto, por una parte, no genera derecho a pensión, por tanto, no existe incompatibilidad entre esta y el salario; por otra, la persona trabajadora conserva capacidad suficiente para realizar, al menos, las tareas fundamentales de su actividad profesional, por lo que podrá continuar realizando su trabajo a pesar de tener reconocida la situación de IPP.

2.2. Compatibilidad entre la incapacidad permanente total y el salario

En segundo lugar, si la persona trabajadora tiene reconocida una IPT para la profesión habitual, no podrá continuar realizando su actividad habitual, aunque sí podrá continuar trabajando, en la misma empresa o en otra distinta⁷, siempre que las funciones

⁵ Disposición transitoria vigésima sexta LGSS.

⁶ Sobre la IPP resulta ilustrativa la doctrina contenida en la STS (Sala de lo Social, Sección 1^a), núm. 372/2016 de 4 mayo (RJ 2016)2674- RCUD núm. 1986/2014) sobre el reconocimiento de incapacidad permanente a un abogado por pérdida de visión en un ojo (visión monocular), que implica una merma de su rendimiento laboral no inferior al 33% del normal.

⁷ La STS 18 de enero de 2002 (RJ 2002, 2681) aclara que si se realizan trabajos que den lugar a inclusión en el sistema de la Seguridad Social, el empresario debe dar de alta a la persona trabajadora y por supuesto realizar las cotizaciones correspondientes.

que desempeñe sean distintas a aquellas que originaron la declaración de IPT⁸. En estos últimos casos, podrá compatibilizar la pensión por IPT con el salario obtenido con ese puesto de trabajo no coincidente con las funciones desempeñadas con anterioridad.

Es importante aclarar que la declaración de incapacidad de una profesión concreta afecta únicamente a dicha profesión. Ciertamente, la valoración de la incapacidad debe realizarse en función de la profesión, no de la específica categoría o del concreto puesto de trabajo, por lo que no se puede extender los efectos de dicha declaración a otras profesiones distintas y, por tanto, no cabe la extensión de incompatibilidad de la pensión con el ejercicio del trabajo, que queda constreñida a la concreta profesión del pensionista⁹.

No se extiende la situación de compatibilidad entre el incremento del 20% que conlleva el reconocimiento de la IPT cualificada con el salario en la misma u otra empresa (tratándose del desempeño de funciones distintas a las habituales en el momento de situarse en incapacidad temporal) puesto que dicho incremento tiene la finalidad de compensar la dificultad de reincisión en el mercado de trabajo de las personas que tengan reconocida una IPT ya sea por razones de edad, o por su “*falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia*”¹⁰. No obstante, si a pesar de esas dificultades ha logrado reincorporarse al mercado de trabajo no tiene sentido el abono de ese complemento público del 20% de la pensión de IPT, al estar ya obteniendo un salario además de la pensión de IPT.

2.3. Compatibilidad la pensión de la Incapacidad Permanente Absoluta/ Gran Invalidez con el salario

En tercer lugar, nos debemos detener en la situación de compatibilidad entre salario y pensión de las personas que están afectadas por una incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez. En principio, y a la luz de lo dispuesto en el art. 198.2 LGSS, dichas situaciones, en principio, no impiden el ejercicio de las actividades (ya sean con ánimo o sin ánimo de lucro) que sean compatibles con el estado de la persona trabajadora y siempre además que no impliquen una alteración en su capacidad laboral a efectos de la potencial revisión del grado de incapacidad.

La cuestión que se debe analizar es si el término “actividad” puede abarcar cualquier tipo de trabajo, solo trabajos específicos, o, por el contrario, se refiere a labores distintas a cualquier trabajo por cuenta propia o ajena. En función de la interpretación que se le atribuya a dicho término se determinará el régimen de incompatibilidad entre salario y pensión de IPA y de GI.

⁸ Art. 198.1 LGSS desarrollado por la Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social. El art. 24.3 de dicha Orden reitera la compatibilidad de la pensión con el salario y aclara que, si la invalidez afecta a la capacidad exigida para desempeñar el nuevo puesto de trabajo, se podrá acordar con el empresario, que su salario se reduzca en proporción a la disminución de su capacidad, con el límite del 50% del importe de la pensión. En el ámbito de la función pública, la declaración de incapacidad total permite al funcionario incorporarse a una segunda actividad siempre que esté integrada en la situación del servicio activo en el mismo cuerpo del pensionista y las funciones que se realicen pertenezcan a la misma profesión (STS 26 de abril de 2017 -RJ 2017, 2488-).

⁹ SSTS 27 de enero de 2005 (RJ 2005, 2959) y de 12 de enero de 2007 (RJ 2007, 1002).

¹⁰ Art. 196.2 LGSS en relación con el art. 198.2 del mismo Cuerpo Legal. Así se explica en la STS 6 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2996).

A este respecto, la reciente y trascendental STS 544/2024, de 11 de abril de 2024 (dictada en Pleno y sin votos particulares) aclara que es incompatible el abono de la pensión de gran invalidez con la ejecución de un puesto de trabajo a tiempo completo¹¹.

El TS enjuicia el supuesto en el que un trabajador que tenía reconocida, desde junio de 2015, una pensión de IPA –al haber perdido visión y ser peón agrícola–. Tras dicho reconocimiento, comenzó a trabajar como vendedor de cupones para la ONCE desde enero de 2017. Posteriormente, en enero de 2018 solicitó la revisión del grado de invalidez puesto que pretendía obtener la gran invalidez. Dicha solicitud le fue denegada por resolución del INSS. Una vez planteada la correspondiente demanda, obtuvo en 2019 una sentencia favorable al conseguir la declaración de gran invalidez.

No obstante, recibe la resolución del INSS mediante la cual se le traslada que los efectos de dicha pensión de GI “quedan condicionados a la fecha de cese en el trabajo que viene realizando actualmente” (AH 1º).

Ante dicha manifestación de la entidad gestora, el trabajador (D. Romualdo) solicitó la ejecución de la sentencia, que encontró amparo en el juzgado que estima la demanda ejecutiva y condena a las entidades gestoras (INSS y TGSS) al abono de la pensión por gran invalidez desde su reconocimiento, esto es, desde el 24 de junio de 2028 (y hasta el 7 de noviembre de 2019).

A continuación, el INSS recurre en suplicación; recurso que es resuelto por la STSJ Andalucía (Sevilla) 26 de octubre 2022 (rec. 340/2021), que procede a la estimación del recurso de la entidad gestora y (en orden a lo que interesa a este trabajo) declara la incompatibilidad entre la pensión de GI y el trabajo que el Dr. D. Romualdo realizaba en la ONCE, al haber una incompatibilidad clara entre las rentas derivadas del trabajo y la pensión, por lo que declara que, en congruencia con lo anterior, no ha lugar a la ejecución solicitada por el pensionista-trabajador.

Ante dicha resolución, se presenta por la representación del trabajador recurso de casación para la unificación de doctrina que aporta como sentencia de contradicción la STSJ Cataluña 30 de enero 2002 (rec. suplicación 1152/2001). Dicha Sentencia declara la compatibilidad entre la prestación de IPA con la actividad laboral de vendedor de cupones de la ONCE, por ello, la contradicción entre ambas sentencias está clara (a pesar de la diferencia entre los grados de invalidez en las dos sentencias sometidas a análisis del TS).

La cuestión analizada por el TS en la S 544/2024 es la compatibilidad entre el reconocimiento de una gran invalidez a un trabajador de la ONCE con la continuación de la ejecución de su puesto como vendedor de cupones en dicha entidad (FD 1º)

El TS aclara y consolida el cambio de criterio que de manera acertada precisaba la doctrina anterior a la establecida por la sentencia objeto de análisis.

En efecto, la doctrina del TS ha ido cambiando a lo largo del tiempo, como exponemos en apretada síntesis:

Primera fase: hasta el año 2008 la doctrina mantenida por la jurisprudencia defendía que el término “actividad” al que se refería el legislador (“actividades sean o no

¹¹ Resulta muy interesante la lectura de los comentarios de la STS de 544/2024, 11 de abril de 2024 en UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES, I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ. *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. “La incompatibilidad de las prestaciones de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez y el trabajo regular, ¿es contraria a la doctrina del TJUE en el asunto Ca Na Negreta?”, 30 mayo, 2024

lucrativas compatibles con el estado del inválido”) apuntaba a trabajos intrascendentes y marginales puesto que lo contrario rompería con la doctrina del TS que defendía que la IPA era “*aquella situación que (impedía) al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea*” (STS de 20 de diciembre de 1985 y 13 de mayo de 1986)¹². Todo ello en línea con los principios generales que inspiraba “*la legislación de la seguridad social y de la propia realidad social a la que se (refiría) el artículo 3.1 del Código Civil*”.

Segunda fase: Desde el año 2008 en adelante el TS cambia su doctrina y defiende la compatibilidad de la pensión de GI con el trabajo por cuenta ajena (SSTS de 30 de enero de 2008 -Rcud. 480/2007- y de 16 de octubre de 2013 -Rcud. 907/2012-), y ello sin diferenciar la gran invalidez de la incapacidad permanente absoluta (SSTS de 23 de abril de 2009 -Rcud. 2512/2008-; de 1 de diciembre de 2009 -Rcud. 1674/2008-, entre otras).

Ciertamente, el TS ha defendido en este largo periodo que las pensiones de IPA/GI son compatibles con el trabajo, salvo que la realización de dicho trabajo sea perjudicial para pensionista afectado por IPA o GI¹³.

Tercera fase: Desde el 11 de abril de 2024 la doctrina correcta, sin embargo, vuelve a cambiar y ahora defiende que la interpretación válida que se debe dar al art. 198.2 LGSS es que solo las actividades intrascendentes, residuales, mínimas, irrelevantes y marginales son compatibles con las pensiones de IPA y GI; actividades, por tanto, que no requieran dar de alta a la persona trabajadora en la Seguridad Social ni cotizar por ella. Se aclara también que nunca podrá compatibilizarse la pensión de GI de IPA con los trabajos “*propios que se venían realizando habitualmente ni cualesquiera otros que permitan la obtención regular de rentas*” (FD 4º).

Los argumentos que defienden la validez de la doctrina originaria, y por ende, el retorno a la misma son, en síntesis, los siguientes:

- La propia interpretación literal del art. 198.2 LGSS que parece claro cuando habla de “actividades” y no de “trabajos”.
- La interpretación sistemática de distintos preceptos de la LGSS también conduce a “*que la recta hermenéutica de las actividades compatibles únicamente puede referirse a tareas o funciones que no sean las correspondientes a alguna profesión u oficio*” sino a labores marginales e intrascendentes que no den lugar al alta en ningún régimen de la Seguridad Social:
 - el art. 194 LGSS (según la DT 26^a) afirma que solo será IPA para todo trabajo aquella que impida al trabajador la realización de cualquier profesión u oficio. De la misma manera, se afirma que solo será reconocida la condición de gran inválido al trabajador afectado por una incapacidad permanente que además (como consecuencia de pérdidas funcionales o anatómicas) necesite la concurrencia de una tercera persona para la realización “*de los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos*”.

¹² En el mismo sentido, las SSTS 7 de julio de 1986 (RJ 1986, 3697) y de 19 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9864).

¹³ STS 20-3-2019 (RJ 2019, 1732). El 15 de enero de 2021 el INSS (subdirección general de ordenación y asistencia jurídica) publicó el criterio de gestión 1/2021, de 15 enero en la que declaraba la compatibilidad entre las retribuciones de los cargos de concejal y de alcalde de ayuntamiento (en régimen de dedicación parcial o exclusiva) con el percibo de una IPA o de una IPT. Sin embargo, meses más tarde, el 18 de mayo de 2021, publicó el criterio de gestión 16/2021, que cambiando de criterio declara la incompatibilidad del percibo de una pensión de IPT o IPA con la retribución que se pueda obtener por el desempeño de un cargo público representativo.

- Por otra parte, el art. 198.1 LGSS cuando se refiere a la IPT sí se refiere al salario que podría percibir el pensionista si realiza funciones distintas a las que originaron la declaración de IPT; sin embargo, el art. 198.2 LGSS se refiere a actividades no lucrativas, no a salario, precisamente porque en este último caso no lo contempla.
- Además, el art. 198.3 LGSS dice que a partir del cumplimiento de la edad que da acceso a la jubilación, el disfrute de la pensión de IPA y GI, será incompatible con cualquier trabajo (ya sea por cuenta propia o ajena) que pudiera realizar el pensionista *“que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el artículo 213.1”*. Por tanto, reitera lo dispuesto en el apartado 2 del mismo artículo antes de que el trabajador llegue a la edad de jubilación.
- El tercer argumento que trae a colación el TS se refiere a la necesidad de interpretar la normativa de Seguridad Social relativa a las prestaciones en orden al *“diseño constitucional y legal del sistema y conforme a los principios de suficiencia de las prestaciones y equilibrio financiero”*.
- En cuarto lugar, se apunta a la finalidad de las prestaciones de incapacidad permanente. Ciertamente, cuando la persona trabajadora se encuentra incapacitada para trabajar, se sustituye esta carencia de rentas del trabajo con las prestaciones económicas destinadas al efecto (pensión de IPT/GI). De manera que, si se reciben rentas de trabajo, no existe dicha situación de necesidad (SSTS 356/2017 de 26 abril -Rcud. 3050/2015- y 792/2020 de 23 septiembre -Rcud. 2800/2018-).
- En quinto lugar, los principios de solidaridad y de *“sostenibilidad del sistema de prestaciones públicas de protección social”* que conforman la *“concepción constitucional y legal de la Seguridad Social”* impide que un desempleado (preceptor de prestación pública) en condiciones de ocupar el puesto de trabajo, no pueda ocuparlo porque dicho puesto estaría ya ocupado por un perceptor de una prestación IPA/GI (que además está imposibilitado para realizar cualquier profesión u oficio).
- En sexto lugar, si el desarrollo de las nuevas tecnologías informáticas puede permitir que personas afectadas por grandes limitaciones físicas, funcionales o de cualquier otro tipo, puedan realizar su trabajo con ayuda de herramientas de IA por ejemplo, lo que hay que hacer es revisar el sistema actual de incapacidades en orden a potenciar las capacidades de todas las personas que tengas dichas limitaciones para que pueda conseguir *“rentas dignas derivadas de su esfuerzo y trabajo al margen de la pensión pública cuya finalidad era sustituir las rentas que no existían”*.
- Finalmente, se arguye también por el TS que tanto el sistema de protección social, como las concretas políticas de asistencia social deben fomentar nuevos mecanismos para aumentar las capacidades de las personas que puedan presentar alguna discapacidad para poder reinserirlas en el trabajo lo antes posible y en las mejores condiciones, sin tener que sustituirlas con prestaciones públicas que además son incompatibles con las rentas del trabajo.

Teniendo en cuenta todos los argumentos anteriores, declara en Pleno el TS que no es compatible el salario con la percepción de una pensión por IPT o por GI¹⁴.

3. INCIDENCIA DE LA STJUE 18 DE ENERO 2024 (C-631/22) Y DEL ACUERDO DE 21 DE MAYO DE 2024 DEL CONSEJO DE MINISTROS EN MATERIA DE COMPATIBILIDAD ENTRE LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE Y EL SALARIO.

La incidencia del reconocimiento de una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez en el trabajo del pensionista es indiscutible, salvo si se reconoce una IPP para el trabajo habitual, puesto que, como hemos puesto de manifiesto más arriba, en este caso, sí cabe la compatibilidad entre el trabajo y la pensión con las matizaciones expuestas anteriormente.

La mayoría de las personas afectas a una situación de IPT, IA o Gran Invalidez ven extinguida su relación laboral, tras el reconocimiento de dichas situaciones. De hecho, el art. 49.1. (letra e) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), recoge entre las causas de extinción del contrato de trabajo, la “*muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2*”.

Por tanto, el legislador laboral determina que, con carácter general, cuando la persona trabajadora pierde su capacidad de realizar una prestación de servicios, se podrá poner fin a su relación laboral, si así lo determina la entidad gestora mediante el reconocimiento de los distintos grados de invalidez permanente.

No obstante lo anterior, se establece una excepción que está recogida en el art. 48.2 ET¹⁵, esto es, cuando tras el agotamiento de la incapacidad temporal de la persona trabajadora, el organismo de calificación (INSS) aprecie que la declaración de la incapacidad total, absoluta o gran invalidez de dicha persona pueda ser objeto de revisión por mejoría que pudiera incluso permitir su reincorporación al puesto de trabajo. En este último caso, el contrato no se podrá extinguir por parte del empresario, sino que se deberá suspenderse durante un periodo máximo de dos años desde la declaración de IPT, Absoluta o GI, con derecho a la reserva de puesto de trabajo, en espera de la mejoraría prevista por la entidad gestora. Ahora bien, si no se estable el mentado plazo de revisión, el trabajador pierde definitivamente el derecho a la reserva del puesto de trabajo.

Por tanto, teniendo en cuenta todo lo anterior podemos decir que a la luz de lo dispuesto en el art. 49.1 ET es el empresario el que tiene la capacidad de decidir la extinción del contrato de trabajo de la persona trabajadora que haya obtenido el reconocimiento de la situación de IPT, IPA, o GI, salvo la excepción dispuesta en el art. 48.2 ET.

¹⁴ UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES, I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ. *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. “La prestación de incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez no es compatible con el trabajo, salvo si es marginal o esporádico” (STS\Pleno 11/4/24) 13 mayo, 2024

¹⁵ El art. 48.2 ET reza así: “En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente”.

Ahora bien, en el caso del Invalido Permanente Total, la extinción es solo una posibilidad, puesto que, aunque la entidad gestora no hubiera apreciado la posibilidad de revisión por mejoría, nada obsta a que el empresario pueda ofrecer voluntariamente al pensionista de incapacidad permanente total un puesto de trabajo distinto al que venía desarrollando, siempre que las funciones que deba realizar fueran distintas a las habituales, compatibles con las limitaciones que presente, y siempre que dicho trabajo no perjudique las lesiones o secuelas que padezca.

Por tanto, aunque pueda compatibilizar el salario con la pensión de la IPT, el empresario también puede, por su propia voluntad, acudir a la extinción automática del contrato del pensionista de IPT, sin más trámite a la luz de lo dispuesto en la letra e) del art. 40.1 ET, que no exige ningún trámite previo.

Si esta es la situación que estaba vigente hasta el día 18 de enero de 2024, dicha situación cambia al hacerse pública la doctrina contenida en la STJUE 18 de enero 2024 (C-631/22)¹⁶, que en respuesta a la cuestión prejudicial formulada por el TSJ Baleares, aclara que el art. 49.1.e) ET es contrario al art. 5 de la Directiva 2000/78/CE puesto que permite al empresario extinguir el contrato por incapacidad permanente (debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral) sin que aquél esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables.

En la citada STSJ, se analiza el supuesto de un trabajador (que era conductor de camión de limpieza viaria) que sufrió un accidente de trabajo en diciembre del año 2016. Después de permanecer un tiempo nada desdeñable en situación de incapacidad temporal, el INSS le reconoce una indemnización por haber declarado que padece lesiones permanentes no invalidantes. Al no poder conducir, salvo escasos períodos de tiempo, la empresa le reubica como conductor en puntos de recogida móviles. En dicho puesto de trabajo el tiempo de conducción no superaba la hora diaria. El trabajador interpone demanda solicitando la IPT que le es reconocida judicialmente al entender el juzgador de instancia acreditado que las secuelas que padecía el trabajador no le permitían conducir toda la jornada (recordemos que era conductor de camión). Una vez reconocida la IPT, la empresa le notifica la extinción de su contrato de trabajo *ex art. 49.1.e ET*. El trabajador impugnó entonces la decisión extintiva de la empresa, considerando el juzgador de instancia que la extinción llevada a cabo por la empresa era correcta puesto al haberse declarado la IPT, su empresa podía extinguir su contrato sin más preámbulos. Al impugnar la sentencia en suplicación, el TSJ de Islas Baleares, plantea cuestión prejudicial ante el TJUE al tratarse de una persona con discapacidad que podía haber sido objeto de una conducta discriminatoria amparada en una norma positiva.

El TJUE aclara que la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se oponen al artículo 49.1.e) ET que obligan al empresario a intentar realizar los ajustes necesarios para la adaptación del puesto de trabajo del pensionista, siempre que éste lo solicite, y se trate de ajustes razonables y no excesivamente gravosos para la empresa.

¹⁶ Un interesantísimo comentario de la STJUE 18 de enero 2024 (C-631/22) lo encontramos en A.V. Sempere Navarro, *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 1004/2024 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2024. En dicho comentario se plantean cuestiones trascendentales que sin duda habrán de ser abordadas en los próximos años.

Por tanto, a raíz de dicha Sentencia (y sin necesidad de esperar a la reforma del art. 49.1 ET)¹⁷, incluso en aquellos casos en los que no exista -a juicio de la entidad gestora- previsión de mejoría del pensionista, el empresario no podrá aplicar la facultad extintiva que le permite el art. 49.1.e) ET sin prever o mantener, en su caso, ajustes razonables de su puesto de trabajo.

A la luz de lo dispuesto en la STJUE 18 de enero 2024 (C-631/22), y siempre a juicio de dicho Tribunal, el punto de partida sería la compatibilidad entre salario y pensión por IPT, IPA o GI, puesto que, si el pensionista no fuera a lucrar salario, los supuestos contemplados en la STJUE serían meramente teóricos y no tendría ningún recorrido práctico.

Con posterioridad a la publicación de la STJUE, el Gobierno español ha acordado¹⁸ en Consejo de Ministros la reforma de la letra e) artículo 49.1.) ET¹⁹ que permite eliminar como causa automática de extinción de la relación laboral el reconocimiento de la Incapacidad Permanente de la persona trabajadora, cumpliendo con la normativa comunitaria según la doctrina del TJUE²⁰.

En dicho acuerdo se hace constar que el objetivo de la modificación propuesta del art. 49 ET responde a la conveniencia de “*ofrecer un empleo decente para las personas con discapacidad, eliminando una discriminación como la que suponía el despido automático en determinadas situaciones de discapacidad sobrevenida, priorizando opciones como la adaptación del empleo o el pase a otras funciones*”.

Por consiguiente, el Gobierno parte de la premisa de que todas las pensiones por IPT, IPA y GI son compatibles, con carácter general, con el salario, puesto que se refiere a la realización de un empleo por parte del pensionista, y no de mera actividad intrascendente. Sin embargo, se puede comprobar por las fechas, que la comentada STS 544/2024, de 11 de abril de 2024, ya era conocida por el Gobierno en el momento de acordar la modificación del art. 49.1 ET.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, una vez que se apruebe el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo, la situación será la siguiente, a la luz de la doctrina del TJUE y del TS:

- la declaración de IPT, IPA, o GI no permitirá al empresario acudir a la extinción automática del puesto del trabajo incluso en los supuestos en los

¹⁷ Tras la STJUE, el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo ha dictado la Sentencia núm.. 38/2024 de 19 enero (JUR\2024\23726) ha dictado la primera sentencia en España que aplica la doctrina de la justicia europea e impide despedir de forma automática a los empleados en situación de incapacidad permanente total, a pesar de que lo permita el Estatuto de los Trabajadores: “*Se obliga a la empresa, antes de la extinción del vínculo laboral, a reubicarlo en otro puesto compatible con sus dolencias, salvo que tales ajustes supongan una carga excesiva*”. Por ello, declara nulo el despido al haber existido una discriminación por discapacidad.

¹⁸ El día 21 de mayo de 2024.

¹⁹ Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo, a los efectos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

²⁰ <https://www.lamoncloa.gob.es/consejode ministros/referencias/Paginas/2024/20240521-referencia-rueda-de-prensa-ministros.aspx#paro>

que, tras la declaración de la IPT, la entidad gestora no aprecie posibilidad de revisión por mejoría.

- es el pensionista el que decide voluntariamente si quiere o no continuar realizando la actividad laboral compatible con su estado. Si es su deseo, debe solicitar al empresario que realice, los ajustes razonables y necesarios en su puesto de trabajo para que pueda reincorporarse en la empresa, salvo que dichos ajustes constituyan una carga excesiva para el empleador.
- en ese caso, la empresa tendrá la obligación de realizar los ajustes razonables que permitan a las personas con discapacidad continuar realizando un trabajo compatible con su estado de incapacidad, salvo que sean excesivos, como ya se ha indicado.

Debemos tener en cuenta que dentro de los ajustes necesarios, podemos contemplar el cambio a otro puesto de trabajo de la misma empresa que pueda estar vacante y disponible, siempre que sea acorde con el perfil profesional del pensionista y compatible con su estado.

Además, para determinar si la carga es excesiva para la empresa se tendrá en cuenta si puede ser paliada en grado suficiente mediante medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que los ajustes impliquen, en relación con el tamaño y el volumen de negocios de la empresa.

- en el caso de IPT, el pensionista podrá compatibilizar el salario con la pensión; sin embargo, el pensionista por IPA o GI no podrá continuar compatibilizando su trabajo con la pensión y, por tanto, a pesar de realizar ajustes razonables en su puesto de trabajo, tendrá que optar por percibir el salario o por renunciar a la actividad laboral si su deseo es continuar percibiendo el cobro de la pensión.

Por tanto, entendemos que el Gobierno tendrá que continuar el camino de reformas al que ya nos tiene acostumbrados si su objetivo es el de defender la compatibilidad del salario con la pensión de IPA/GI, puesto que de lo contrario es muy difícil que a los pensionistas de IPA/GI les compense la renuncia a la cuantía de la pensión para percibir un salario que difícilmente pueda superar la cuantía de la pensión.

LA LABOR HERMENÉUTICA DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE JUBILACIÓN ACTIVA

JORGE BAQUERO AGUILAR

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

1. INTRODUCCIÓN

La jubilación ha venido sufriendo a lo largo de los años ciertas modificaciones introducidas por parte del legislador con objeto de adaptar la normativa a las realidades socio-económicas del momento. Por un lado, se han venido endureciendo los requisitos de acceso a la misma y, por otro, se ha ido produciendo un fenómeno de prolongación de la vida activa de la persona trabajadora. Es en este último marco normativo donde se incardina la jubilación activa. Para el caso de los trabajadores autónomos, la compatibilidad de la jubilación con el mantenimiento de la actividad por cuenta propia, ha venido siendo una fórmula para mantener el empleo de los trabajadores por cuenta ajena que prestaban sus servicios para dichos autónomos. Aun así, los requisitos para poder acceder al 50 o al 100 % de la prestación compatibilizando su percepción con el mantenimiento de la actividad ha tenido que ser, en ocasiones, matizado por la jurisprudencia dentro del inmenso abanico de situaciones particulares que se pueden producir.

En el seno de esas dudas interpretativas que se han planteado a lo largo de los años de cara a poder compatibilizar el trabajo autónomo con el 100 % de la base reguladora de la prestación, los tribunales han tenido que llevar a cabo una importante labor hermenéutica. Y es ahí donde se enmarca el fallo de una importante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia objeto principal de este análisis.

La asincronía normativa que mantiene en vigor normas de carácter anacrónico para el caso de los trabajadores autónomos, y la particularidad de la figura societaria y del cargo de administrador del demandante, es lo que procura un fallo a favor de la parte actora para el caso específico en cuestión. Un análisis de esta modalidad de jubilación y de las particularidades para el acceso a la misma, que procura un repaso de la jurisprudencia más representativa al respecto.

2. EL MARCO REGULATORIO DE LA JUBILACIÓN ACTIVA

Dentro de los principios rectores de la política social y económica, el sistema de protección social que le otorga a la ciudadanía la Constitución Española de 1978 es bastante amplio. Los poderes públicos habrán de garantizar un régimen público de Seguridad Social que asegure la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. En ese marco, el art. 50 de la Constitución establece la protección -mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas- de una suficiencia económica a los ciudadanos de la tercera edad¹. Pero el sistema de pensiones ha ido evolucionando² y adaptándose a la realidad económica³ y particular de cada momento. De tal forma que, tanto las diferentes reformas en materia de seguridad social como la labor de la jurisprudencia al respecto de las prestaciones han ido modulando el panorama de las prestaciones en general, y de las pensiones de jubilación en particular⁴.

La lógica de la regulación de la jubilación en su modalidad contributiva es la de cubrir la pérdida de ingresos que sufre la persona trabajadora cuando alcanza la edad establecida, cesa en la actividad -ya sea por cuenta ajena o propia-, terminando así su carrera profesional. No obstante, la compatibilidad entre trabajo y jubilación ha sido una constante en nuestro ordenamiento desde casi el inicio del sistema de Seguridad Social en sus distintas modalidades⁵. Dicha compatibilidad se ha ido consolidando con los años, articulándose como una medida de mantenimiento del empleo para el caso de los trabajadores por cuenta ajena (a los que se les “*premia*” por su permanencia) y, para el caso de los trabajadores por cuenta propia, como medida de mantenimiento del empleo también pero, en este caso, de los trabajadores por cuenta ajena que el propio trabajador por cuenta propia pudiese tener. Siempre, claro está, que mantengan trabajadores a su cargo. Todo lo anterior se ha venido a denominar como la jubilación postergada, gradual y flexible, y como la jubilación y envejecimiento activo.

¹ Para el caso de la jubilación obsérvese, con carácter general: MONERO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum Ediciones, 2020.

² Vid.: DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro*, Granada, Editorial Comares, 2006. Más reciente en el tiempo véase la obra colectiva de: GÓMEZ SALADO, M.A., LÓPEZ INSUA, B.M., FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. y GONZÁLEZ COBALEDA, E. (Dir.): *Las pensiones ante los retos que plantea la “sociedad del riesgo”*, Murcia, Ediciones Laborum, 2024.

³ Sobre esta cuestión véase: VILA TIERNO, F. y GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M. (Dir.): *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones*, Granada, Editorial Comares, Ediciones Laborum, 2020.

⁴ Cfr.: MONERO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.): *Las reformas laborales y de seguridad social para 2019. Estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y normas concordantes*, Murcia, Laborum Ediciones, 2019. Más reciente en el tiempo véase la importante obra de: MONERO PÉREZ, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, Atelier, 2022. De tal forma que, “*El régimen jurídico de la jubilación contributiva se encuentra profundamente afectado por las dos fases reformistas en las que se ha implementado la revisión del Pacto de Toledo de octubre de 2020 y el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que tras diversos Acuerdos Sociales (no siempre con la firma de la patronal), se concretó en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones y el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones*”, en MONERO PÉREZ, J.L. (Director), *Manual de seguridad social*, Madrid, Tecnos, 2023, p. 315 (19ª edición).

⁵ Vid in extenso: MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *La compatibilidad entre jubilación y trabajo. Modalidades de jubilación: parcial, flexible, activa*, Madrid, Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2023.

A lo que nos interesa para el caso objeto de análisis, el art. 214 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)⁶ regula la pensión de jubilación y el envejecimiento activo⁷. Se trata de poder acceder al disfrute de una pensión de jubilación en la modalidad contributiva que sea perfectamente compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o propia del pensionista⁸. Los requisitos para el acceso a dicha modalidad de jubilación son dos, no siendo aplicables los mismos a aquellas jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de edad de jubilación⁹.

El primero de los requisitos es el de acceder a la jubilación, al menos, un año después de haber cumplido la edad¹⁰. En una interpretación finalista de las normas reguladoras de la jubilación y envejecimiento activo, la Dirección General de la Seguridad Social permite que no se produzca un cese de la relación de trabajo o del desarrollo de la actividad por cuenta propia¹¹. Aunque, para los trabajadores por cuenta ajena, sigue existiendo el mandato del art. 49.1.f) del Estatuto de los Trabajadores que regula la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. Esto último podría provocar, en algunos casos, una dependencia de la voluntad del empresario para poder seguir trabajando, puesto que el requisito de acceso estipula tener que esperar, al menos, un año, para poder acceder a dicha modalidad de jubilación. Por lo que respecta al segundo de los requisitos, se requiere haber tenido una larga carrera de cotización para acceder a esta modalidad de jubilación. Se requiere tener un 100% de porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos

⁶ Es el Real Decreto-ley 5/2015, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (BOE núm. 65, de 16/03/2013) el que, a través del art. 214 de LGSS introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo régimen de compatibilidad entre pensión y trabajo bajo la denominación de pensión de jubilación y envejecimiento activo. Figura que ha ido *in crescendo* a lo largo de los años, sobre todo, por parte de los trabajadores autónomos. “*Pasaron a ser especialmente atractivas desde la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, tras la cual -si tienen contratado al menos un trabajador por cuenta ajena- pueden percibir simultáneamente el 100 por 100 de la pensión junto con los ingresos derivados de su actividad como autónomo (...), lo cual es un incentivo extraordinariamente atractivo (ya que además sus costes se ven muy reducidos, al cotizar sólo por la cuota de solidaridad, porcentaje que se incrementó al 9 por 100 tras la Ley de PGE para 2021*”. MONEREO PÉREZ, J.L. (Director), *Manual de seguridad social*, op.cit., p. 332.

⁷ LOZANO LARES, F.: *Manual de seguridad social*, Murcia, Laborum Ediciones, 2023, pp. 618-627.

⁸ El retraso de la jubilación conlleva el hecho de que, desde que se implementó la jubilación activa, los autónomos se han escorado más por la jubilación activa que por la jubilación demorada. MONEREO PÉREZ, J.L. (Director), *Manual de seguridad social*, op.cit., p. 335.

⁹ COLLADO GARCÍA, L., TARANCÓN PÉREZ, E. y ROMERO RODENAS, M.J.: *Manual de prestaciones contributivas del régimen general de la seguridad social*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2024, pp. 278-279.

¹⁰ Medida introducida en su momento por la Ley 20/2021 que, en palabras de Monereo Pérez *et al.*, es una medida “que desincentiva su uso, buscando encauzar hacia la Jubilación demorada a los autónomos que hasta ahora recurrían a la activa. Como hemos adelantado, con la Ley 21/2021 se establece la incompatibilidad entre ‘demorada’ y ‘activa’ precisamente para evitar que ese ‘año de espera’ sirviera para generar el complemento por la demorada, y simultáneamente pasar a la activa. Económicamente es más rentable para el Sistema abonar el ‘ premio por jubilación demorada ’” . MONEREO PÉREZ, J.L. (Director), *Manual de seguridad social*, op.cit., p. 336. En esa misma línea, para ROQUETA BUJ *et al.*, con la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, “se adoptan medidas relacionadas con la edad de jubilación para prolongar la vida activa de los trabajadores y desincentivar la jubilación anticipada; y, se modifica la forma del cálculo de la pensión reforzando el principio contributivo e incorporando fórmulas que implicarán la disminución de la cuantía de las pensiones en el futuro”. Por lo que respecta al Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la implantación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (BOE núm. 65, de 17/03/2023), en palabras de los mismos autores, “se ha aprobado para incidir de nuevo en este último objetivo”. ROQUETA BUJ, R. y GARCÍA ORTEGA, J. (Dirs.): *Derecho de la seguridad social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023, p. 476.

¹¹ En ese sentido se manifiesta la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 22 de octubre de 2015 (Rec. 1266/2015).

de determinar la cuantía de la pensión de jubilación. Siempre a fecha del hecho causante, claro está¹².

Esta modalidad de jubilación alberga la particularidad de que es compatible con el trabajo, tanto en el trabajo por cuenta ajena (a tiempo completo o a tiempo parcial) como en el trabajo por cuenta propia (a tiempo completo¹³). La compatibilidad de la pensión con el trabajo ha sido la regla general de partida que se ha ido flexibilizando a lo largo de los años.

La cuantía de la pensión será el equivalente al 50% del importe resultante en el reconocimiento inicial, toda vez que, si procediese, se hubiese aplicado el límite máximo de pensión pública o del que se esté percibiendo en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo. En todo caso, queda excluido el complemento por mínimos, sea cual sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista. Con una salvedad: si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado -al menos- a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzaría, en este caso, el 100%. Por lo que respecta a la revalorización de la pensión, la misma se realizará en los términos previstos por la norma.

También regula la norma una serie de exclusiones. Es decir, casos de clara incompatibilidad de esta modalidad de pensión de jubilación. El primero de ellos es el de desempeñar un puesto de trabajo o alto cargo en el Sector Público¹⁴. En segundo lugar, también excluye la norma al personal al que le sea de aplicación el Texto Refundido de la legislación de Clases Pasivas del Estado¹⁵. En tercer lugar, se excluye a aquel personal que desempeña funciones públicas y que percibe retribución por arancel (este sería el caso de los Notarios). Y, por último, en cuarto lugar, y a modo de cláusula abierta, se excluye también a aquellos supuestos de compatibilidad regulados por su normativa específica¹⁶. No obstante, lo que la norma recoge ha planteado, a lo largo de los años ciertas dudas interpretativas al respecto que ha tenido que resolver la jurisprudencia¹⁷. Veámoslo.

¹² Para los años 2023 a 2026 se requerirán 36,5 años de cotización. A partir de 2027, 37 años de cotización.

¹³ Todavía no ha habido una regulación del trabajo autónomo a tiempo parcial.

¹⁴ Así se establece en el segundo párrafo del art. 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

¹⁵ Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado (BOE núm. 126, de 27/05/1987).

¹⁶ “*La Ley 21/2021 añade un nuevo -e importante- supuesto de incompatibilidad: con la Jubilación Activa. El artículo 210.2 LGSS declara incompatible la Demorada con la Activa. Por tanto, con la nueva regulación, el trabajador que siga trabajando a partir de la edad ordinaria (normalmente un autónomo), al transcurrir un año sin retirarse, tendrá dos alternativas (incompatibles entre sí): bien retirarse totalmente percibiendo el complemento que elija por demorar la jubilación; bien jubilarse activamente, percibiendo trabajo y pensión (total o parcial según sus circunstancias), pensión a la que no se añadirá el complemento por demora (hay una tercera opción, y es seguir trabajando más años, claro)*”. MONEREO PÉREZ, J.L. (Director), *Manual de seguridad social, op.cit.*, p. 332.

¹⁷ Entendemos que no son excluyentes los “*Planes de pensiones de trabajadores por cuenta propia o autónomos, promovidos por las asociaciones, federaciones, confederaciones o uniones de asociaciones de trabajadores por cuenta propia o autónomos, por sindicatos, por colegios profesionales o por mutualidades de previsión social, en los que sus personas partícipes exclusivamente sean personas trabajadoras por cuenta propia o autónomos*” regulados en el art. 67 (Tipos de planes de pensiones de empleo simplificados y ámbito personal) del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (BOE núm. 298, de 13/12/2002), con la redacción dada por parte de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (BOE núm. 157, de 01/07/2022). Obsérvese en ese sentido: CANO GALÁN, Y.: “*Las mejoras voluntarias de la acción protectora del régimen general de la seguridad social en materia de jubilación,*

3. DUDAS INTERPRETATIVAS PLANTEADAS PARA EL ACCESO AL 100% EN CASO DE REALIZACIÓN DE TRABAJOS POR CUENTA PROPIA

El acceso a esta modalidad de jubilación, para el caso de los trabajadores por cuenta propia, ha planteado a lo largo de los años una serie de dudas interpretativas que han tenido que resolver los tribunales de justicia. De tal forma que son varios los escenarios donde la labor de la jurisprudencia ha sido fundamental. El primero de ellos tiene que ver con la contratación de trabajadores que pueden dar lugar a derecho a percibir la pensión íntegra. En esa línea, la STS 313/2023, de 26 de abril (STS 1794/2023-ECLI:ES:TS:2023:1794) plantea una serie de antecedentes. A efectos de lucrar el 100% de la pensión de jubilación al tiempo que se desarrolla una actividad por cuenta propia conforme al art. 305 de la LGSS, no es válida la contratación laboral que discurra entre la comunidad de bienes y la plantilla cuando se trata de una explotación agraria o de una oficina de farmacia. En esa misma línea, en esta misma sentencia, para el caso del empleo doméstico, y a efectos de poder lucrar el 100% de la pensión de jubilación al tiempo que se desarrolla una actividad por cuenta propia, se falla la no permisividad de la contratación en el régimen especial del empleo doméstico, incluso cuando la actividad por cuenta propia del pensionista se desarrolla en su propio domicilio.

El segundo de los escenarios tiene que ver con quiénes serían los trabajadores autónomos que podrían acogerse a dicha mejora. El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) ha venido entendiendo que le es de aplicación el 100% cuando es persona física que está incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). Se excluye de este criterio interpretativo a los Consejeros, a los Administradores y a los socios o comuneros de una entidad con personalidad jurídica propia distinta a la del trabajador autónomo, cuando estén incluidos también en el RETA y el contrato de trabajo está suscrito con una sociedad y no con un trabajador por cuenta propia. De tal forma que, en este escenario, la pensión de jubilación con el 100% sólo es posible en caso de trabajadores autónomos personas físicas -aunque no todos-, no siendo posible cuando se trate de autónomos societarios¹⁸, comuneros, etc¹⁹.

Por último, el tercero de los escenarios anunciados tiene que ver con sobre quiénes serían los trabajadores autónomos que pueden acogerse a esta mejora. Lo que nos lleva al siguiente apartado de este trabajo dentro de la labor hermenéutica de la jurisprudencia para el caso de las Sociedades Laborales²⁰.

incapacidad permanente e incapacidad temporal”, en RODRÍGUEZ INIESTA, G. y LASAOSA IRIGOYEN, E. (Dirs.): *Derecho vivo de la seguridad social. VII Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2022*, Murcia, Laborum Ediciones, 2023, pp. 59-92.

¹⁸ Desde el punto de vista de la jurisprudencia, la compatibilidad del disfrute de la pensión en los casos de los autónomos societarios queda excluida en base a la STS 847/2021, de 23 de julio.

¹⁹ Por todas, STS de 14 de marzo de 2023 (rec. 2760/2020), STS de 7 de julio de 2022 (rec. 4180/2019) y STS de 8 de febrero de 2022 (rec 3930/2020).

²⁰ Sobre la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo autónomo véase: LOUSADA AROCHENA, F. y RON LATAS, R.P.: *La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo autónomo*, Murcia, Laborum Ediciones, 2019.

4. LA LABOR HERMENÉUTICA DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE JUBILACIÓN ACTIVA: LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y LA CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR DE UNA SOCIEDAD LABORAL PROFESIONAL

A lo que nos interesa para el caso, la STJS-Galicia 5025/2021 (ECLI.ES.TSJGAL:2021:5025) establece un escenario de compatibilidad para el caso específico de un trabajador autónomo de una Sociedad Laboral que, recordemos, establece la norma como una de las causas de exclusión. Dentro de la labor hermenéutica que vienen desarrollando nuestros tribunales de justicia, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia establece la compatibilidad de la pensión de jubilación con el mantenimiento de la titularidad de un negocio, pero siempre que esta persona desempeñe funciones inherentes a la titularidad del negocio que no impliquen una dedicación de carácter profesional en sentido estricto²¹.

En un procedimiento de Seguridad Social sobre jubilación, la parte actora recurre ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y ante la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS). Se declaran como hechos probados que la parte actora -afiliado al RETA- solicita en 2014 una pensión de jubilación. Para ello se alega el cese de su actividad por cuenta propia. Dicha pensión es reconocida por parte del INSS. No obstante, el actor inicia una actividad por cuenta ajena y a jornada completa reduciéndosele la pensión de jubilación al 50%. Vuelve a cesar en el desempeño del trabajo y se le repone la base reguladora de la pensión de jubilación al 100%

Como consecuencia de un informe emitido por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) se comunica al INSS que la parte actora no había cesado en su actividad por cuenta propia, lo que dio lugar a una percepción indebida de la prestación iniciándose un expediente de revisión de oficio anulándose la resolución por la que se le había concedido la pensión de jubilación. Se acuerda la reclamación de cantidades indebidamente percibidas. Y tras una reclamación administrativa previa formulada por parte de la parte actora, se plantea demanda ante el Juzgado de lo Social pertinente.

Es de suma importancia resaltar el hecho de que la parte actora, en el momento de la solicitud de la pensión de jubilación, era Administrador único de una Sociedad Laboral Profesional, poseyendo el 75% de las participaciones sociales y ejerciendo las funciones inherentes al cargo. Dicha condición la mantuvo hasta el 2 de julio de 2015. A partir del 13 de julio del mismo año fue nombrado administrador solidario de la sociedad hasta el 30 de marzo de 2016.

La clave para del fallo a favor de la parte actora de la sentencia sobre la compatibilidad de la pensión de jubilación activa²² al 100% de la base reguladora la establece el FJ 2º de la sentencia analizada. Para el Magistrado ponente, existe una clara asincronía entre las normas reguladoras del RETA. Dicha asincronía se produce en dos planos diferentes. El primero de ellos -que es el que menos nos interesa para el caso que no ocupa- tiene que ver con la con la atribución de competencias entre órdenes jurisdiccionales que puede llegar a

²¹ Acceso a la sentencia en el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). Sentencia disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

²² Un tratamiento exhaustivo de la jubilación activa lo encontramos en: ROMERO RODENAS, M.J.: *La pensión de jubilación en el régimen general de la seguridad social. Adaptado a las reformas introducidas por el Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, y por los Reales Decretos 370/2023 y 371/2023, de 16 de mayo*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2023, pp. 195-212 (7ª edición).

provocar ciertas disfunciones. En ese sentido, a la jurisdicción contenciosa-administrativa le correspondería atender las “*impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación de cuotas (art. 3.f] LRJS)*”. Por su parte, a la jurisdicción social le correspondería discernir “*la materia relativa a prestaciones de Seguridad Social, incluida la incompatibilidad de pensiones debe ser conocida por órganos jurisdiccionales del orden social (art. 2.o] LRJS)*”.

En esa línea, y siguiendo la singladura de esta investigación, destaca el Magistrado ponente la complejidad y dispersión de la normativa del RETA que no se ha adaptado a las nuevas realidades societarias, no encontrándose dichas normas en plena concordancia entre ellas. La compatibilidad entre pensión y trabajo en el RETA se regula en una norma preconstitucional²³. Dicha normativa ha sido reformada a través de materias conexas décadas después, lo que provoca -en palabras del Magistrado- una “*asincronía normativa*” que ocasionará ciertas disfunciones en relación al tema que nos ocupa.

Como parte de la argumentación que se esgrime de cara al fallo de la sentencia, para el Magistrado ponente resulta de suma importancia la diferenciación entre autónomos clásicos y autónomos societarios. Para el caso de los autónomos clásicos, los mismos resultan personas ser personas físicas que, de forma habitual, llevan a cabo la realización, de forma “*personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo*” denominada “*actividad autónoma o por cuenta propia*”. Por el contrario, para el caso de los autónomos societarios, tienen dicha consideración -y citamos de forma textual del contenido de la sentencia- los siguientes:

- “*los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias ...*,
- *los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común ...*,
- *y quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador,*
- *o quienes presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla*²⁴.

Dentro de esta diferenciación entre autónomos clásicos y autónomos societarios, se ha de llevar a cabo también una clara distinción entre las funciones del autónomo clásico y las del autónomo societario. En esa línea las funciones que se le atribuyen al autónomo clásico son las siguientes:

- Las de índole administrativa (propias del desempeño de su trabajo).

²³ Nos referimos, concretamente, a la Orden de 24 de septiembre de 1970 por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (BOE núm. 234, de 30/09/1970).

²⁴ El Magistrado Ponente toma dicha diferenciación de la STSJ Castilla-La Mancha, de 22 de mayo de 2017 (Rec. Núm. 105/2016).

- Las de relación con organismos oficiales (órganos administrativos de las diferentes administraciones).

Dentro de las funciones anteriormente reseñadas, el autónomo clásico jubilado sigue siendo el dueño del negocio con todas las atribuciones que les corresponden: pago de impuestos, firma de contratos, representación de la empresa, etc. Estas funciones están relacionadas con todas aquellas que suponen llevar personalmente la explotación del negocio, lo que conlleva una presencia física en el mismo a lo largo de toda la jornada, realizando las funciones propias que le corresponde -en base a la diferenciación anteriormente señalada-: trabajos de oficina, etc. Dichas funciones sí que darían lugar a una incompatibilidad en el percibo de la pensión al 100% de la base reguladora. Para este caso, el autónomo sí necesita de una titulación que le procure una Colegiación para poder desarrollar su trabajo, claves para el encuadramiento como autónomo clásico y no como autónomo societario.

En ese mismo sentido, el apartado 1 del art. 305 de la LGSS define la figura del autónomo clásico que, por su considerable importancia, reproducimos de forma expresa: “*Estarán obligatoriamente incluidas en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos las personas físicas mayores de dieciocho años que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena, en los términos y condiciones que se determinen en esta ley y en sus normas de aplicación y desarrollo*”. Para el Magistrado ponente se ha de diferenciar -de forma clara-, para este caso, entre aquellos autónomos que ejercen funciones “*inherentes a la titularidad del negocio*” (en las que el “*jubilado sigue siendo dueño del negocio*”), de “*aquellas otras actividades que suponen llevar personalmente la explotación del negocio*”. Todas las anteriores se encuadrarían dentro del autónomo clásico. Una diferenciación con matices lo suficientemente importantes como para poder argumentar dicha distinción

Por lo que respecta al autónomo societario, entrarían dentro de la categoría del mismo todos aquellos que posean “*acciones o participaciones que supongan, al menos, la mitad del capital social (posesión directa o indirecta del control efectivo de la sociedad)*”. De tal forma que, para el caso que nos ocupa, según argumenta el Magistrado, con carácter general, debe admitirse la plena compatibilidad del alta en el RETA con el percibo de la pensión de jubilación pero, siempre y cuando, el pensionista mantenga la titularidad el negocio sin llegar a ejercer las funciones del autónomo clásico.

Es decir, si se trata de un autónomo clásico la compatibilidad entre pensión y trabajo autónomo al 100%²⁵ no subsistiría, pero al tratarse de un autónomo societario sí que sería perfectamente compatible el ejercicio de las funciones de administrador con el percibo de la pensión al 100% de la base reguladora.

En esa línea, y a modo de corolario para entender el fallo de la sentencia, la situación particular del recurrente es la siguiente:

²⁵ Un análisis en profundidad sobre la compatibilidad de la jubilación es el que se lleva a cabo por parte de: ROMERO RODENAS, M.J.: *La pensión de jubilación en el régimen general de la seguridad social. Adaptado a las reformas introducidas por el Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, y por los Reales Decretos 370/2023 y 371/2023, de 16 de mayo, op. cit.*, pp. 195-212 (7ª edición).

- Pensionista en el momento de la concesión de la pensión: administrador único de la Sociedad Laboral Profesional.
- Poseía el 75% de las participaciones sociales.
- Mantuvo la condición de administrador después de la solicitud de la pensión de jubilación.
- Ejercía las funciones inherentes al cargo después de la baja en la Seguridad Social firmando las cuentas anuales, las nóminas del personal y los contratos mercantiles en nombre de la sociedad.

Con la particularidad añadida, y como requisito para el fallo de la sentencia a favor de la compatibilidad entre pensión y condición de autónomo societario, de que dicha sociedad de la que era administrador único se trataba de una Sociedad Limitada Profesional, regulada por la Ley 2/2007, de 15 de marzo de sociedades profesionales (BOE núm. 65, de 16/03/2007). Es dicha condición y tipo societario el motivo por el cual, y teniendo en cuenta la complejidad reguladora del autónomo con normas vigentes desde antes de la aprobación de la Constitución, lo que exige una “*labor hermenéutica*” por parte del juzgador ante esta situación particular. La diferenciación jurisprudencial clásica aducida anteriormente entre autónomos clásicos y autónomos societarios no es suficiente para el pleito en cuestión. La diversidad y complejidad de las fórmulas societarias no procuran una identificación clara entre “*autónomo societario profesional*” y un “*autónomo societario*” que sea titular de las acciones en una sociedad anónima.

De tal forma que en el marco de los autónomos nos podemos encontrar con cualquiera de las fórmulas societarias que establece el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161, de 03/07/2010). Pero la Sociedad Laboral Profesional cuenta con una serie de particularidades de tal envergadura que conlleva un cambio de doctrina por parte del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Dichas Sociedades Laborales no realizan actividades de intermediación mercantil. Actúan, por tanto, como profesionales cualificados de naturaleza societaria. Dicha figura les otorga cierta libertad organizativa, permitiéndoles disponer de un “*verdadero tipo social autónomo diferenciado del resto*”, lo que les habilita para “*adaptar las clásicas estructuras societarias a las específicas necesidades que requiere el de actividades profesionales colegiadas*”.

El fallo de la sentencia estima el recurso de suplicación de la parte actora contra la sentencia del Juzgado de lo Social. Se revocan las resoluciones de las Entidades Gestoras manteniendo la parte actora el reconocimiento del percibo de la pensión de jubilación. Para el juzgador, la finalidad de la Orden de 24 de septiembre de 1970 es la de posibilitar el mantenimiento del negocio del trabajador autónomo. Para ello debe conservar el pensionista la titularidad del mismo. Sobre todo, porque si no tuviese lugar de esa guisa, se podrían extinguir los contratos de trabajo del personal de la Sociedad Laboral Profesional. De tal forma que la motivación principal del Magistrado al determinar el fallo ha sido, en este caso, el mantenimiento del empleo por cuenta ajena de las personas trabajadoras de la Sociedad Laboral que no se hubiera podido producir en caso de no seguir con la titularidad del negocio.

Para el caso que nos ocupa, la remoción del socio puede provocar la extinción de los contratos y la pérdida de empleo de la Sociedad. Para el Magistrado ponente “*cabe la posibilidad de que el socio profesional principal ostente la posición de titular del órgano de*

administración de la sociedad, constituido así como unipersonal, aunque no realice actividad alguna profesional para la sociedad”. Ello conlleva la posibilidad de realizar dicha actividad profesional actuando como administrador de la sociedad, pudiendo el socio profesional limitar su actuación a la labor de administración de la misma.

En este caso, como el pensionista era administrador único de la sociedad (poseía el 75% de las participaciones sociales, firmaba las cuentas anuales, las nóminas y los contratos mercantiles), y teniendo en cuenta lo que el Magistrado denomina como la “*asincronía legislativa, que mantiene vigentes normas de carácter anacrónico*”, se permite la compatibilidad de autónomo con el percibo de la pensión de jubilación. Todo ello motivado por el hecho de que la regulación del encuadramiento en el RETA es fruto de una normativa dispersa, poco precisa y anacrónica que no se ajusta a las nuevas realidades societarias del momento.

En circunstancias normales, en este tipo de sociedades profesionales, el percibo de la pensión de jubilación resultaría incompatible con el ejercicio de la actividad profesional que requiriese titulación oficial e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional. Pero, para el caso que nos ocupa, la imposibilidad de mantener la titularidad del negocio “*podría llegar a suponer la disolución de la sociedad, con la necesaria extinción de los contratos de trabajo a ella vinculados*”²⁶.

En el último párrafo del FD 2º, argumenta el Magistrado lo siguiente:

- No consta que el pensionista se dedicase, tras el reconocimiento de la situación protegida, a la actividad colegiada de economista.
- Se limitaba a ejercer como administrador de la sociedad.
- El actor, en el momento de la solicitud de pensión, era administrador único de la entidad.
- Poseía el 75% de las participaciones sociales.
- Como tal, se limitaba a firmar las cuentas anuales y nóminas de personal, y contratos mercantiles en nombre la sociedad.
- Y, además, la hija del actor era la “*encargada de la gestión diaria*”, asumiendo “*el papel de gerente o directora de la entidad*”. Asumía la “*dirección ordinaria*” de la empresa.
- El actor desempeñó funciones como administrador que, unido a todo lo anterior, le excluía de esas funciones de autónomo clásico.

Es por todo lo anteriormente expuesto por lo que, el Magistrado ponente expone que, “*como necesaria consecuencia, que el aquí demandante en el momento del reconocimiento de su pensión de jubilación se limitó a mantener la titularidad de la SLP, desempeñando funciones inherentes a dicha titularidad, sin implicación de carácter profesional en su desempeño, lo que debe conducir a la declaración de compatibilidad entre su pensión de jubilación y su condición de administrador*”. Un claro ejemplo de la labor hermenéutica de

²⁶ Cita el Magistrado como jurisprudencia que apoya dicha postura al STS (Sala de lo Civil), de 14 de abril de 2014 (Rec. núm. 752/2012), “en la que, con relación a una SLP de arquitectura e ingeniería, se reconoce que “el ejercicio del derecho de separación por parte del Sr. Serafín, al ser el único ingeniero superior y constituir objeto de la sociedad la prestación de servicios de ingeniería, determinó que la sociedad incurriera en causa de disolución, conforme al art. 4.5 LSP”.

la jurisprudencia en materia de jubilación activa²⁷ para el caso de la “*asincronía legislativa, que mantiene vigentes normas de carácter anacrónico*”.

5. CONCLUSIONES

El acceso a la jubilación activa para el caso de trabajadores autónomos conlleva el hecho de tener que cumplir con una serie de requisitos que establece la norma. Sobre todo, para el hecho de poder compatibilizar el cobro del 100 % de la base reguladora con la inscripción en el RETA, manteniendo, al menos, a un trabajador por cuenta ajena a su cargo. En ese sentido, la asincronía normativa que mantiene en vigor normas anacrónicas para el caso de los trabajadores autónomos, y teniendo en cuenta las nuevas realidades societarias, ha provocado un cierto margen de duda interpretativa para el caso de las Sociedades Laborales Profesionales cuando el trabajador autónomo ostenta el cargo de administrador de la misma sin realizar labores propias de autónomo clásico.

La diferenciación entre autónomo clásico y autónomo societario deviene como consustancial para el fallo de la sentencia analizada que procura un matiz dentro de la doctrina que mantienen los tribunales de justicia al respecto. Para el caso que nos ocupa, al no ejercer el administrador de la sociedad -encuadrado en el RETA- funciones propias de autónomo clásico, y con la clara motivación del mantenimiento del empleo de los trabajadores de la Sociedad Laboral Profesional, el juzgador ha fallado a favor de la compatibilidad entre el alta en el RETA con el percibo del 100 % de la base reguladora de la pensión de jubilación.

Un importante fallo, desde nuestro punto de vista, donde se lleva a cabo un análisis exhaustivo y exquisito de la evolución de la regulación del trabajo autónomo poniéndose de relieve la falta de matización de la que adolece la norma para algunos casos en cuestión. De tal forma que, la labor hermenéutica de la jurisprudencia ha aportado un claro posicionamiento en relación a la jubilación activa de los trabajadores autónomos societarios.

²⁷ Cfr.: CHABANNES, M.: “Trabajadores autónomos y jubilación activa: la letra pequeña de un trato preferente”, en RODRÍGUEZ INIESTA, G. y LASAOSA IRIGOYEN, E. (Dir.): *Derecho vivo de la seguridad social. VII Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2022*, Murcia, Laborum Ediciones, 2023, pp. 117-130.

LA PROTECCIÓN DE LA SALUD MENTAL EN EL ÁMBITO DE LAS CONTINGENCIAS LABORALES

JACINTO BERZOSA REVILLA

Doctorando. Universidad Rey Juan Carlos. Abogado

1. RECENTES MEDIDAS DE UNA PROTECCIÓN CON VOCACIÓN EXPANSIVA

Tras que la Oficina regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1984 declarase que la salud era la capacidad de realizar el propio potencial personal y, con ello, tener aptitud para poder responder de forma positiva a los retos del entorno social; han sido numerosas las definiciones en las que se ha considerado el propio hecho de la salud entendida como vinculada, tanto con la idea de funcionalidad, como de productividad, ya sea en su vertiente laboral, como de participación en la sociedad. Aspectos ambos que no hacen sino conferir un evidente protagonismo al entorno en que se desarrolla la realización personal del individuo. Con ello que la salud, en su vertiente mental, se haya configurado como un proceso multideterminado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos; y, cuya preservación y mejora se afirma, actualmente, que implica una dinámica de construcción a nivel colectivo, que resulta inexorablemente vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.

De ello que la protección de las personas respecto de los riesgos que vienen relacionados con la salud y la seguridad en el trabajo, constituya uno de los elementos esenciales para lograr unas condiciones laborales dignas para todos los trabajadores, particularmente, tras la experiencia y desafíos que deparó la pandemia de Covid -19. Y así, la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, consagrada en la Carta de los Derechos Fundamentales constituya uno de los elementos claves de lo que se pretende entender una economía, en el ámbito de la Unión Europea, que resulte al servicio de las personas.

Si el derecho a un lugar de trabajo saludable y seguro aparece reflejado en el décimo de los principios del denominado como Pilar Europeo de Derechos Sociales; es conexo con ello que el nuevo Marco en Materia de Salud y Seguridad en el Trabajo 2021– 2027, establezca entre las prioridades y acciones clave necesarias para mejorar la seguridad y salud de los trabajadores, de cara a los próximos años y, por tanto, en el contexto de un

mando posterior a la referida pandemia, en el que la transición, tanto ecológica como digital, van a deparar una inequívoca revisión de la propia noción del trabajo y del ámbito laboral; que haya determinado la renovación del compromiso por mantener la salud y la seguridad en el trabajo en un lugar prioritario y de mejorar las sinergias entre las políticas de conexión entre el trabajo y la salud pública.¹

De suyo que, reflejo de las diferentes iniciativas que actualmente se llevan a cabo para combatir los peligros que, respecto del bienestar psicosocial, comportan los problemas de salud mental, tras el Covid-19 (vg: “Magnet4Europe”; “EMPOWER”; “RESPOND”); sea el que, en el ámbito socio-político nacional se haya considerado que la salud mental sea uno de los parámetros de mayor importancia para determinar el grado de bienestar y desarrollo vital de las personas, estableciéndose la misma como una pieza clave para el ejercicio pleno del papel que tiene cada ciudadano. No obstante, a pesar de la relevancia social que la salud mental viene alcanzando, las acciones inherentes a la consecución de un nivel óptimo para la misma, se encuentra objetivamente dificultada por efecto de la negativa carga que culturalmente arrastran las patologías que la afectan, fruto de los prejuicios sociales que históricamente ha venido comportando. De suyo que tales circunstancias hayan constituido el principal obstáculo en cuanto a la visibilización y capacidad de su diagnóstico, y, por tanto una carga negativa de cara, tanto a su análisis, como a su propio tratamiento terapéutico. Factores que se han traducido en un inequívoco lastre de cara al logro del nivel de calidad de vida, para quienes venían afectos de tales dolencias.

A tenor de la tendencia innegablemente ascendente de los problemas de salud mental que se viene advirtiendo en los años transcurridos del presente siglo, no es dudoso afirmar que se ha visto singularmente acentuada con ocasión de la experiencia que ha comportado, tanto la propia propagación, hasta mayo de 2021, de las infecciones causadas por el SARS-CoV-2, tras la conocida como “segunda ola”; como incluso, con posterioridad a que en julio de 2023 fuera declarado el fin de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la pandemia COVID-19.

Y así, circunscribiéndonos a la señalada franja temporal, en la media que tras el inicio presente siglo es cuando ha sido palpable la transcendencia al plano social de las distintas manifestaciones que, bajo diferentes tipologías (acoso, agresiones, estrés, feminicidio, suicidio etc.) han transcendido el ámbito terapéutico individual para alcanzar efectos jurídicos en el ámbito socio cultural y laboral. Es por lo que establezca como referente significativo, la relevancia que, a nivel social, vino a tener el que fuera a finales de diciembre de 2004, cuando la especialista Dña Marie-France Hirigoyen, con ocasión del curso que, sobre formación en materia de violencia de género, con evidente repercusión mediática, impartió por invitación de la Agencia Laín Entralgo de Madrid. Es más, el hecho que en el curso de sus intervenciones sobre Tal específica forma de violencia, afirmase que “...los términos de vergüenza, culpabilidad, dificultades materiales, miedo a las amenazas...”, eran en realidad los problemas y circunstancias que condicionaban una más amplia visualización de tales hechos; confirmándose, por dicha especialista en violencia y victimología, que no siempre las agresiones necesariamente habían de resultar físicas, sino que “...en muchas ocasiones el maltrato psicológico es más importante así como difícil de detectar y, sobre todo, es más complicado explicarle a la víctima que la situación que

¹ Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo. Bruselas 28.6.2021.

ella cree que es normal puede considerarse como maltrato². Desde entonces es obvio que la evolución del que cabría considerar como un efectivo “levantamiento de velo” respecto de las circunstancias y que inciden en el marco de la salud mental; nos ha de llevar a establecer, en particular, tres acciones de singular relevancia en lo que respecta a la salud mental, tanto por su alcance como por lo reciente de las mismas, a saber:

- A) El “Plan de Acción 2023-2024 de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027”, en el que dentro del Objetivo 2, y, como línea de actuación titulada de “Acción Especial en Riesgos Psicosociales y Salud Mental”; aparecen estructuradas dos acciones: la primera centrada en el “Diagnóstico de situación sobre salud mental en el ámbito laboral en España”, ordenada con la referencia 56; y la segunda en que se contempla la constitución de un Grupo de Trabajo en el seno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, específicamente aplicado al análisis de los riesgos psicosociales y la salud mental, identificada como actuación número 57. Acciones, ambas que se han de juxtaponer, en cuanto a su alcance e incidencia, a las actuaciones previstas con los números 52 a 54, con las que, en orden al impulso de la promoción de la salud y sostenibilidad de la salud en las empresas, aparecen diseñadas acciones conducentes a la mejora integral en el afrontamiento de la salud mental en el ámbito empresarial y de cara a la elaboración y aplicación de una guía de buenas prácticas en tal sentido³.
- B) Para conocer el estado de situación de nuestro país en materia de prevención de riesgos laborales, el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSTT), ha elaborado el denominado “Informe sobre el estado de la seguridad y salud laboral en España. 2021-2022” Se trata de un documento que permite conocer y valorar, desde la perspectiva del año 2023, los aspectos que, relativos a la seguridad y salud laboral, se pudiera /debiera haber mejorado durante el transcurso de los citados años, a través del análisis comparativo con situaciones precedentes, ello respecto a la reducción de las cifras de siniestralidad en las contingencias protegidas por la Seguridad Social.

El referido informe, facilita la imagen fiel del efecto que, respecto de la siniestralidad laboral, significó la irrupción del virus del SARS-CoV-2 y la consecuente declaración del Estado de Alarma, durante los años 2021 y 2022. Viniendo, por lo que respecta a la salud mental, a destacarse en él los aspectos que inciden en ella derivados de las nuevas formas de organizar el trabajo, así como tanto las nuevas realidades de los entornos de trabajo, las transformaciones tecnológicas y el continuo envejecimiento de las plantillas de las empresas; para indicarse en dicho informe que las mismas, determinan en buena medida en la aparición de lo que considera como “desórdenes mentales”, particularmente relevantes en el propio hecho laboral.

Por ello que a fin de examinar posibles actuaciones conducentes a corregir tales manifestaciones o patologías; contemple dicho informe, como específicas

² Doc: Diario Médico Madrid, 28 de diciembre de 2004, pág. 20 Título “hay que cambiar como piensan las maltratadas”.

³ Doc: Estrategia Española de Seguridad y salud en el trabajo 2023-2027; Plan de Acción 2023/2024, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Comisión nacional de Seguridad Salud en el Trabajo; Edición julio 2023. <http://cpage.mpr.gob.es>

campañas enmarcadas en el capítulo “sobre riesgos específicos”, que indica deberán ser desarrollados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito de riesgos psicosociales, al tiempo que las actuaciones preventivas frente a los riesgos de igual carácter que advierte ha comportado la crisis de la COVID-19, en particular, en el ámbito sanitario; y todo ello orientado al desarrollo de instrumentos que, de cara al futuro, puedan facilitar la gestión de los potenciales riesgos psicosociales por los agentes implicados en la prevención de daños psíquicos.

A estas acciones se ha de añadir las que aparecen orientadas a evitar eventuales efectos patológicos o negativos derivados de los aspectos ergonómicos psicosociales que se pudieran producir con ocasión del denominado como “teletrabajo”; puesto que, dicho informe no deja de poner de relieve los efectos que objetivamente, como daños emergentes, está comportando la progresiva digitalización y el uso intensivo de las tecnologías de la información y comunicación; aspecto, por demás, ya advertido en el documento denominado Marco Estratégico de la Unión Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo 2014-2020.⁴

- C) El tercero de los documentos, que por su actualidad, ha venido a evidenciar la relevancia que se da a los problemas de la salud mental en el ámbito de las políticas de protección pública; lo constituye el aprobado por el Pleno del Consejo Económico y Social de España, del día 28 de febrero de 2024, bajo el título de *“Informe sobre el Sistema Sanitario; Situación actual y perspectivas para el futuro”*; en el que, junto a destacarse el efecto que, como potencial factor descompensador de cuadros clínicos preexistentes, se subraya el grado de vulnerabilidad que, respecto de algunos segmentos de la población española viene generando las nuevas tecnologías y su efecto adictivo.

A tal efecto en el indicado documento no se deja de poner de relevancia el grado y volumen que representa para los Servicio de Atención Primaria del Servicio Nacional de la Salud, la detección, diagnóstico y tratamiento de trastornos adaptativos, por ansiedad y depresión, la detección de conductas adictivas, así como la detección de trastornos del comportamiento y de índole mental; respecto de los que insiste en la necesidad de desarrollar una cultura preventiva, de carácter general que lleve a lograr, como postula la Organización Mundial de la Salud, un grado de salud mental eficiente y eficaz, a través del cual la persona resulte consciente de sus propias capacidades y, con ello, en condiciones de afrontar las tensiones normales de la vida, así como trabajar de forma productiva y fructífera, logrando hacer una contribución a su comunidad. De suyo que, en el referido documento, el Consejo Económico y Social instituya la salud mental, no solo como uno de los factores esenciales de la calidad de vida de las personas, sino como un elemento sustancial para el normal desarrollo de las relaciones inherentes en el ámbito laboral como en el social.

⁴ “Informe sobre el estado de la seguridad y salud laboral en España 2021-2022”, pub. Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Madrid noviembre 2023.

No en vano deja de subrayar, el referido Órgano consultivo, que los problemas de la salud mental constituyan, en España, la segunda causa de baja laboral, temporal y permanente; después de las enfermedades osteomusculares; cuantificando su coste, con arreglo a los datos estimados por la OCDE en el contexto de la Unión Europea, en 190 mil millones de euros de gasto directo en asistencia sanitaria; 170 mil millones de euros en programas de seguridad social; y, aproximadamente 240 mil millones de euros de costes indirectos para el mercado laboral. Lo que representa en el caso de España, que el coste de los problemas de salud mental, por sí mismos representen el 4,2 por 100 del PIB.

Si a ello se une el que, como pone de manifiesto el citado documento, el aumento del riesgo de padecer problemas de salud mental, medido a través de los denominados como “*indicadores de malestar*” (Encuesta Nacional de Salud y Barómetro del CIS), así como del número de problemas registrados en Atención Primaria; ha corrido en paralelo al incremento de las consultas en Atención Especializada de Psiquiatría, a lo largo de la última década, llegando a suponer que, de las cerca de 14 mil consultas de tal especialidad realizadas en 2010, se ha pasado a 26 mil en 2021; y, que desde 2006, año en que se aprobó la Estrategia de Salud Mental del Servicio Nacional de la salud, hasta 2021 la principal herramienta para coordinar las acciones encaminadas a mejorar la salud mental no había sido actualizada; y que resulte inequívocamente alarmante el número de fallecimientos por suicidio, pues a tenor de los datos facilitados por el Observatorio del suicidio en España, se venga continuamente incrementando, pasando de los 4097 suicidios del año 2022, a los 4227 de 2023; sea de todo ello por lo que el Informe del CES no dude en poner como uno de los objetivos esenciales para cualesquiera de las acciones conducentes a la mejora de la salud de los españoles, el de contribuir a la prevención de los riesgos que atentan a la salud mental⁵.

2. UN ASENTAMIENTO EN LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN CUANTO A LA PROTECCIÓN DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES COMO CONTINGENCIA PROFESIONAL

No descubro nada si comienzo indicando que la mentalidad positivista de nuestro tiempo ha traído consigo numerosísimos cambios en el sistema de criterios y valores con que el hecho de la muerte ha sido afrontado en la cultura actual, particularmente de Occidente. Y ello resulta claramente del propio giro de la perspectiva con que se viene contemplando, en la actualidad, el propio hecho de morir y, particularmente, sus efectos y consecuencias.

Hasta no hace mucho, la muerte era algo fácilmente entendible y desde luego inequívocamente objetivable, en tanto que constituía una realidad ciertamente concreta, de manera que se moría en determinado momento, con toda claridad y sin posibles dudas por lo que respecta a sus efectos y consecuencias. En efecto, morir, ya fuera médica o jurídicamente, era *un acto*, que tenía lugar en un determinado e inequívoco momento. Con ello que la muerte, era algo puntual, esto es, algo que surgía en un lugar y momento

⁵ Informe sobre el Sistema Sanitario: “Situación actual y perspectivas para el futuro” Consejo Económico y Social de España; sesión ordinaria del Pleno de 28 de febrero de 2024.

precisos, y generalmente, con bastante rapidez e inmediatez, particularmente para aquellos que se encontraban próximos al hecho del fallecimiento.

Sin embargo no es dudoso que las cosas, de entonces a aquí han cambiado al socaire de los avances técnicos, dando lugar a una nueva concepción y con ello haciendo aparecer el concepto de la que podemos considerar como una perspectiva de la que algunos denominan como “*muerte moderna*”, surgida a raíz de la propia capacidad con que los avances de la medicina de nuestro tiempo han hecho aparecer un concepto por el que el ser humano, hasta cierto punto se siente poseedor de la facultad para alargar, en buena medida, lo que no es más que una forma de vida vegetativa del propio enfermo que, pese a no disponer de funcionalidades orgánicas básicas que le permita la suficiente autonomía para mantenerse por sí mismos con vida, sin embargo, son los medios clínicos actuales, los que habilitan para que el sujeto, pese a carecer de la más mínima posibilidad de recuperación, pueda, sin embargo, mantenerse pasivamente vivo durante un tiempo.

Si mantenerse vivo, quiere decir desde un general concepto el poder respirar, así como mantener una mayor o menor autonomía en la funcionalidad del corazón, puesto que, incluso los juristas sabemos que la muerte solo se determina cuando se produce y afirma médicaamente la parada cardio-respiratoria del organismo; es por ello que, desde el punto de vista actual, para algunos, tal tipo de situaciones depare dos consecuencias notables, a saber: la primera de ellas que el paso de la vida a la muerte suele o puede llegar a ser establecido mediante fases graduales, en la medida que, por lo general, las funciones que el individuo mantiene con la ayuda de la asistencia médica, resulta ser apenas una mínima expresión de carácter fisiológico. Por ello que la virtualidad de un enfermo sostenido en coma profundo, prolongado e irrecuperable, sea lo que lleva a plantear, junto al hecho de donde se encuentra el concreto límite en el que hayamos de entender que existe una situación en la que sí se ha roto el punto de conexión con lo que civilmente se ha de entender por un ser vivo, cuando el mismo no hace suponer viable una posible inflexión ni retroceso a una instancia biológica efectiva anterior.

Una segunda consecuencia que estimo dimana del propio hecho que comportan tanto la constatable prolongación artificial de los mecanismos fisiológicos básicos; como así que el efecto de transformación o, si se quiere, de trasmutación del propio “*hecho de la muerte*”, a través de la difusión de los avances científicos y en buena y mayor medida de los propios medios de comunicación, la obtención de una imagen de la muerte como un mero “*acontecimiento*” hasta el punto de establecer la idea de que, incluso, la propia existencia de la “*eutanasia*”, considerada como “*la muerte hermosa*”, o, lo que es lo mismo, en una muerte dulce, tranquila, paulatina y sin sufrimientos, es expresada o valorada como un efecto dispositivo / voluntario y, en gran medida liberador; es lo que comporta el que, aquel viejo principio de los antiguos cuando aspiraban a una “*felici vel honesta norte mori*”; se haya integrado en la cultura y el mundo actual.

Con ello que se deba considerar que el hecho históricamente trágico de la muerte, se esté contemplando como convertido en un simple puntual o fugaz “*momento*”, que todo el mundo desea que, discorra como una subterránea y sigilosa, por casi imperceptible, corriente de agua; constituyendo, en la cultura actual, de forma prácticamente asumida, lo que, como decía Schopenhauer, deparaba un regalo liberador de la naturaleza, sobre el que se extiende la idea de resultar, en ocasiones, dados los datos referidos en cuanto al número de suicidios en el mundo actual; una aspiración espontánea, normal y nada dramática. Y ello, se ha de entender que así deviene, si se toma en consideración, no ya las elevadas tasas

de suicidio actualmente registrada, sino que, científicamente se admite que el número de intentos fallidos de suicidio, objetivamente considerados en la medida que en ellos se ha advertido la existencia del factor “dispositivo” o, si se quiere “volitivo”, y, una motivación de índole liberadora, cabe razonablemente evaluarse en veinte veces más.

De forma que, a partir de tales presupuestos, diariamente se estén abriendo paso, como una realidad más presente del mundo actual, arrastrando la figura del suicidio, en tanto que formula perfectamente coexistente con la de la “eutanasia”, en la medida que, a tenor de sus diferentes variantes legales, no son sino fórmulas de una realidad social, sin entrar en las consideraciones de índole clínico asistencial o jurídico que llevan a entender que suponen realidades distintas o incluso contrapuestas.

Pues bien, soslayando el analizar las diferentes clases en que jurídicamente los diferentes ordenamientos vienen regulando la eutanasia; y, sin entrar a valorar figuras social y éticamente cuestionadas como es el caso de añadir a dicha práctica la expresión “social”, o ponerlas en el contexto de las actuales políticas que se enfocan a lograr “una visión cero” de la mortalidad en el ámbito laboral; y, pese a que ya comienzan a ser numerosos los ensayos y estudios que sobre el caso del suicidio han examinado su realidad como “contingencia” protegida del Sistema de la Seguridad Social; en este punto se afronta el análisis de dicho hecho, bajo el prisma de realidad incardinable en conexión con la salud mental; ello, a la luz de dos sentencias que, por lo reciente de las mismas, y, así como por la razonable similitud de sus argumentos, entendemos que han de estimarse como un cierto punto de inflexión en aras a la calificación del suicidio como integrable en la contingencia profesional.

Las mismas son la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de fecha 27 de febrero de 2023, ordenada con el número 118/2023 y recaída en sede del recurso de suplicación número 798/2022 de los tramitados ante dicha sala; y, la dictada por la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , de fecha 30 de octubre de 2023, ordenada con el número 619/2023 y recaída en sede del recurso de suplicación 96/2023 de los tramitados ante ella.

Aun cuando el primero de dichos fallos ha sido repetidamente comentado por diversos autores, el hecho de haberle sucedido el segundo que se ha identificado; viene a evidenciar, diversos aspectos que, a modo de paradigma jurídico, son de destacar, a saber: en primer lugar el hecho de que en ambos se toma como referente inequívoco la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007 (rec. 5452/2005) en la medida que, con elementos intención revisoria respecto de anteriores criterios jurisprudenciales, y tras un examen de la evolución histórica, se determina como factor clave para determinar los factores circunstanciales y contingentes que ocasionalmente, llevaron en su momento a establecer, por concurrencia o por ausencia, la valoración en su momento dictada. Pero es lo más sustancial, el que, en cualquier caso se viene a establecer que el elemento nuclear de determinación como contingencia profesional es la apreciación de la existencia de una conexión de causalidad entre el trabajo y la propia conducta del suicidio, que solo cabe ser considerada irrelevante o de efectos intrascendentes cuando se probase la existencia o no de un previo trastorno mental, en la persona del suicida, salvo que dicho trastorno resultase derivado de la propia relación y/o situación laboral.

Junto a ello, y pese a que solo se indique expresamente en el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, subyace a nuestro juicio la aplicación de la doctrina de la “*ocasionalidad relevante*”, cuyo inequívoco efecto expansivo se viene

continuamente a confirmar, hasta el punto que el propio concepto del accidente de trabajo se esté nuevamente reconfigurando, trayendo a colación aspectos que transcinden el ámbito físico-laboral, para, incluso, limitar notablemente, en cuanto a su aplicación, aquellas actuaciones para las que en su momento fue previsto el artículo 156.4 b) de la Ley General de la Seguridad Social, en tanto descalificador de protección en los supuestos de conductas dolosas reveladoras de una autolisis.

La transcendencia de dichas notas ha de ser subrayada al tiempo de que, en ambos casos, haya tenido una inequívoca transcendencia valorativa, la existencia de sendos informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. De forma que si en la sentencia del TSJ de Cantabria se establece, con valor de hecho probado, en el correspondiente informe de la ITSS se constata la existencia de una “*clara conexión o relación de causalidad relevante entre la acción suicida y el trabajo*”, en tanto “... *que el trabajo o las circunstancias en las que se desarrollaba su prestación de servicios laboral es lo que esta en la base de la decisión de quitarse la vida ...*” (sic); en el caso del TSJ de Madrid, y fruto de la documental consistente en el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se desprende que “... *las condiciones de trabajo en cuanto a horario y jornada, eran las que se consignan en el ordinal sexto, poniendo de manifiesto una evidente sobrecarga de trabajo que desbordaban al trabajador fallecido y le obligaban a trabajar, de noche, fines de semana y festivos ...*”

Con ello que siendo común a ambos caso el que no se vislumbra de las distintas comunicación o detalles documentales referidos en ambos caso, como próximos al momento autolítico, el que existieran otros motivos a que pudiera obedecer la decisión adoptada por cada uno de los fallecidos, ni que incluso circunstancias concurrentes de índole familiar o doméstico hayan tenido relevancia suficiente para suponer una ruptura de los respectivos nexos causales, entre las circunstancias laborales y acto suicida; ni constan antecedentes de índole psiquiátrico, es de ello que ambos fallos resulten realmente similares pese a la distinta extensión de sus respectivos capítulos argumentativos.

Como factor a tener en consideración dentro del ámbito a que alcanza la protección de la salud mental en el contexto de las relaciones laborales, y, pese a tratarse concretamente de un caso de acoso laboral; se ha de tener presente el razonamiento que “*ex obiter dicta*” recoge la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Valladolid, de fecha 15 de diciembre de 2923, recaída en sede del recurso de suplicación 1806/2023, en cuyo Fundamento de derecho tercero, y trayendo a colación la sentencia nº 56/2019 del Tribunal Constitucional, refiere que:

“*Asimismo, hemos recordado que no todo conflicto es manifestación de acoso moral, por lo que este no resulta acreditado con la simple existencia de aquel, como tampoco la ausencia de un conflicto explícito elimina su existencia, siendo necesario “delimitar lo que constituye acoso y lo que son las tensiones ordinarias que subyacen en toda comunidad de personas, de las que no puede decirse que se encuentre exenta el entorno laboral, si tenemos en cuenta el permanente dinamismo con que se desenvuelve el trabajo en general y que genera por sí mismo tensiones físicas y psíquicas, que pueden desencadenar padecimientos para el trabajador en atención a la propia sensibilidad que pueda tener”.*

En todo caso, cualquier fórmula de valoración o análisis de dichos precedentes jurisprudenciales, ha de tener presente las conclusiones que se recogen en el “*Dictamen del Comité Económico y Social Europeo: Trabajo precario y salud mental*” (Dictamen

exploratorio a petición de la Presidencia española), y en el que se afirma que es notorio que existen distintos estudios que “*muestran que el alto nivel de inseguridad laboral percibida que caracteriza el trabajo precario aumenta en un 61% las posibilidades de padecer depresión, en un 77% las posibilidades de padecer ansiedad y en un 51% las posibilidades de suicidio; que las altas exigencias cuantitativas aumentan en un 23% las posibilidades de tener una baja por enfermedad debido a un trastorno mental diagnosticado, que el bajo control las aumenta en un 25% y que la combinación de estos dos factores aumenta en un 77% las posibilidades de padecer depresión. Asimismo, las jornadas laborales largas aumentan las probabilidades de depresión en un 14%. Además, si en la UE se eliminaran las exposiciones a riesgos psicosociales laborales, la carga de depresión caería entre el 17% y el 35% y las enfermedades cardiovasculares entre el 5% y el 11%*” (sic).

Si, por otro lado, las bajas motivadas por problemas y trastornos de salud mental entre la población ocupada se han incrementado cerca de un 120% (118%) entre 2016 y 2023. Y que dicho dato, difundido por el Ministerio de Seguridad Social a través del Portal de Transparencia, se ha hecho público durante la Jornada sobre Salud Mental en la Administración Pública que ha tenido lugar en la sede del Consejo Superior de Investigaciones Científicas en Madrid, llevado a cabo con ocasión de las actividades y estudios desarrollados por el Laboratorio-Observatorio de Salud Laboral desde la perspectiva de género (LAOGEN) del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales (IAPRL), asignado a la Universidad de Sevilla, en colaboración con AFFOR HEALTH⁶.

El incremento de las bajas, solo entre 2022 y 2023, fue de un 13,6% y las estadísticas arrojan una duración media de esas bajas asociadas a la salud mental de 108 días. A ello se le añade una elevada proporción de recaídas tras este tipo de bajas, debido a que no se diseña un itinerario ni adaptaciones para facilitar la reincorporación de la persona al puesto de trabajo.

La información exhibida en el encuentro refleja el deterioro de la salud mental que se ha producido en los últimos años de las personas que trabajan en la Administración pública, en el que destaca el incremento de los factores de estrés en el entorno laboral que dan lugar al aumento del número de bajas, rotación, absentismo, la pérdida de productividad y el presentismo.

Este análisis ha llevado a demandar durante las jornadas una mayor atención social y política para combatir el estigma de la salud mental y para normalizar esta problemática, así como la necesidad de un mayor desarrollo a la promoción del bienestar y de los recursos personales para afrontar dificultades y ser capaces de que las personas desarrollen todo su potencial.

Asimismo, entre las conclusiones, destaca la necesidad de implementar medidas de prevención basadas en la evidencia, tanto en la prevención primaria, orientada a la evaluación de riesgos psicosociales; en la prevención secundaria, orientada a la vigilancia, screening y monitoreo de la salud mental; y la prevención terciaria, orientada a la adaptación de puestos y retorno seguro al trabajo.

El análisis de estas cuatro fuentes de información y los resultados que aportan, orientan hacia dónde dirigir, en sus primeros pasos, las intervenciones preventivas en materia de salud mental. Naturalmente, en las actividades más vulnerables la etiología o

⁶ Ref. Infosalud. Sevilla 14 de marzo de 2024 (Europa Press) @infosalud.com

causas subyacentes de estos desenlaces son heterogéneas, diversas y múltiples, pudiendo participar factores ligados a la carga de trabajo, las exigencias y presión, la falta de apoyo, los contenidos de la tarea, el componente emocional, la doble presencia, el trato con terceros, la organización del trabajo, las expectativas personales y el envejecimiento.

Esto obliga a concretar, en cada una de las actividades, la forma más eficaz de evaluar el riesgo psicosocial y establecer la vigilancia de la salud más idónea y específica para la detección precoz de estos trastornos.

Y así, aun cuando la tendencia jurisprudencial es la de admitir con particular y razonable carácter restrictivo la etiología laboral de los actos suicidas; ello, a tenor de la obligada interpretación que de las normas se ha de efectuar con arreglo a la realidad social que evidencian los datos anteriormente indicados, en tanto que propia del tiempo actual; es todo ello lo que a tenor del conjunto de circunstancias hacia las que discurre un más que previsible futuro; las expectativas, a menos que, a nivel incluso mundial, y desde una perspectiva de carácter estructural, se propugne una revisión, en sentido amplio y total, de la protección de las contingencias profesionales; no es de esperar sino que las circunstancias concurrentes en el mundo actual lleven a un notable e inequívoco incremento de todas las que, en mayor o menor grado, se han de tener por conexas con la actividad laboral e incluidas en el contexto patológico de la salud mental.

LA INCAPACIDAD TEMPORAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 1/2023, DE 28 DE FEBRERO

ANA CASTRO FRANCO

*Personal Docente e Investigador (FPU), Ministerio de Universidades
Universidad de León*

1. LA EVOLUCIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

La incapacidad temporal se erige como una prestación ciertamente problemática dentro del sistema de Seguridad Social dadas las continuas modificaciones legislativas, carentes del necesario desarrollo reglamentario capaz de poner punto final a las insuficiencias arrastradas desde un inicio, en aras de lidiar con los supuestos de fraude. Las alteraciones de la estructura han tratado de eliminar los eventuales abusos en los procesos de baja, así como de paliar las perdidas presupuestarias derivadas de tal situación. No cabe olvidar que la finalidad protectora constituye el núcleo esencial de la prestación. A partir del año 2023 el legislador vira cualitativamente el rumbo tradicional consistente en restringir el derecho para ampliar ahora las causas motivadoras y, a su vez, simplificar los enrevesados trámites burocráticos¹.

En materia de género, la legislación laboral y de Seguridad Social otorga especial relevancia a la protección de la mujer trabajadora desde las primigenias normas sociolaborales a nivel internacional e interno, al objeto de configurar una serie de garantías sociales. La tutela de cuanto respecta a la salud no puede prescindir de los intereses de carácter social en una sociedad caracterizada por nuevos modelos de familia y formas de maternidad que propician profundas transformaciones en la regulación jurídica de la institución social analizada. La respuesta del ordenamiento a cuanto demandaba el avance social ha sido tardía, conformando una imagen artificial de una aparente estabilidad del modelo de regulación, cuando las adaptaciones han obrado ya sea por vía normativa o por impulso judicial. Sin duda, la adaptación del Derecho Social a las nuevas sensibilidades para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar, ha operado respecto a la protección

¹ LÓPEZ INSUA, B.M.: "Impacto de las nuevas tecnologías en la protección de la incapacidad temporal", en VV.AA.: *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disruptiva digital*, MONEREO PÉREZ, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2023.

laboral, la tutela de la Seguridad Social y la protección social pública². Antiguamente, la prestación albergaba la maternidad —Base séptima, Ley 193/1963 de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social— hasta su posterior deslinde para ocupar un espacio propio. La maternidad ha sido entendida como un estado biológico diferenciador que exigía una tutela frente a la suspensión contractual, de un lado, y una protección en la vertiente de Seguridad Social, de otro. Por sorprendente que pueda parecer, la maternidad era equiparada a la enfermedad como parte de la prestación por incapacidad temporal, mientras la protección quedaba vinculada a un entendimiento del rol social de la mujer como principal responsable del cuidado de los hijos en una clara traslación jurídica de la realidad dominante en una estructura social patriarcal.

Es más, en la igualdad de género a efectos formales en la Seguridad Social se adivinaba un desarrollo desigual de la vida profesional del hombre y de la mujer, sin ir más lejos, en la exclusión práctica de esta última de la protección de ciertos riesgos sociales. Ni la previsión social típica de los seguros sociales ni más tarde la cobertura de la Seguridad Social reparaban en los riesgos específicos de la mujer trabajadora, como son el riesgo durante el embarazo —incorporado por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras— o el riesgo durante la lactancia natural —previsto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres—; intrínsecamente ligados a la prevención de riesgos laborales³. Así, en virtud del art. 26.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales “podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 54. 1.d) del Estatuto de los Trabajadores”. Por su parte, el art. 26, apartados 1 y 2, del mismo cuerpo legal regula la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural. En todo caso, la normativa interna debe adecuarse a la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en periodo de lactancia.

La adaptación de los requisitos para tener derecho a las prestaciones a la vida laboral de la mujer como en el caso de situaciones asimiladas al alta y los períodos cotizados tuvo lugar recientemente con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. De esta manera, cuando la trabajadora se encuentre en situación de maternidad y durante las misma se extinga su contrato por alguna de las causas previstas en el art. 267.1, seguirá percibiendo la prestación hasta la finalización de dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo. Cuando esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de maternidad, percibirá la prestación por esta última contingencia en la cuantía que corresponda. Si pasa a la situación de maternidad, se le suspenderá la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad Social prevista en el art. 265.1.a).2.^o y pasará a percibir la prestación por maternidad gestionada directamente por su entidad gestora. Una vez extinguida la prestación se reanudará la prestación por desempleo, en los

² MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Protección social de la maternidad: análisis jurídico crítico de los instrumentos de tutela y acción protectora”, en VV.AA.: *Estudios sobre diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, MOYA AMADOR, R. y SERRANO FALCÓN, C. (Coords.), Navarra, Aranzadi, 2016.

³ LÓPEZ RUBIA, M.E.: *Regulación jurídica de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*, Navarra, Aranzadi, 2015.

términos recogidos en el art. 271.4.b), por la duración que restaba por percibir y la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión.

El debido reconocimiento de los derechos de la mujer trabajadora ha llevado un largo proceso en el cual los Convenios de la OIT en el ámbito de la Seguridad Social, el Derecho Social Comunitario, la labor interpretadora del Tribunal de Justicia y la debida transposición de la normativa europea, han desempeñado un papel central a la hora de identificar sus riesgos específicos y dotar de legitimidad a cuantas medidas de acción positiva se han dispuesto. La tutela parte del propósito encaminado a compensar las desigualdades por razón de sexo, encuadrando a la mujer en un colectivo de riesgo desde el punto de vista tanto de la Seguridad Social como de la prevención de riesgos laborales. En esta línea, con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la incapacidad temporal vuelve a tomar en especial consideración a la mujer, no en vano, incluye tres nuevas contingencias que solo afectan a trabajadoras del sexo femenino.

2. ANÁLISIS DE LA LO 1/2023

Esta Ley Orgánica entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, en fecha de 1 de marzo de 2023, salvo las disposiciones finales tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, undécima, decimotercera y decimocuarta, cuya vigencia se dilata en el tiempo tres meses a fin de conceder a las empresas y entidades espacio suficiente para adaptarse a los cambios introducidos. El alcance y contenido de las nuevas disposiciones afectará a las trabajadoras del Régimen General de la Seguridad Social, de los Regímenes Especiales y de ciertas actividades o sectores específicos.

Las principales novedades en cuanto a permisos y regulación son el reconocimiento a las mujeres con menstruaciones incapacitantes secundarias el derecho a una situación especial de incapacidad temporal; la incorporación de una incapacidad temporal, por contingencias comunes, debida a la interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo, sin perjuicio de aquellos supuestos en que la interrupción del embarazo sea debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso tendrá la consideración de situación de incapacidad temporal por contingencias profesionales; y la fijación como incapacidad temporal por contingencias comunes de la gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena.

La reforma amplia los derechos de las mujeres a decidir sobre su cuerpo, se establece la gestación por sustitución como una forma de violencia y se regula en términos laborales la salud menstrual. El proceso de tramitación normativa no estuvo exento de polémica respecto a la regulación de la incapacidad temporal derivada de reglas incapacitantes, dando pie al debate en la esfera política y sindical en torno a si la propuesta podía acabar agravando la discriminación en la contratación laboral⁴. Interesa especialmente la postura mantenida por algunos profesionales sanitarios en el entendimiento de que esta norma es ciertamente limitada. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el Real Decreto Ley

⁴ GUAMÁN, A.: "Menstruación y trabajo: el derecho a trabajar sin dolor", 3 de junio de 2022, disponible en: https://talcualdigital.com/menstruacion-y-trabajo-el-derecho-a-trabajar-sin-dolor-por-adoracion-guaman/#google_vignette

8/2015 contemplaban ya ciertos aspectos de la salud de las mujeres en relación con los estados de embarazo, parto y postparto. El paso del tiempo y la lucha por la salvaguarda de los derechos en juego ante la inacción del legislador han propiciado el caldo de cultivo necesario para recoger en la LO 1/2023 estados biológicos anteriormente desprovistos de protección social. Las situaciones ahora contempladas pueden producir trastornos en la salud de las mujeres impidiéndolas trabajar o desempeñar sus servicios con regularidad. La norma pretende romper con los esquemas desactualizados aún insertos en el ordenamiento respecto a los estados biológicos de las mujeres, de ahí el aumento de contingencias protegidas por la Seguridad Social. La consideración de los tres supuestos estrella como de especial situación incapacitante merece una valoración, en algunos casos, positiva y, en otros, muy negativa⁵.

2.1. La menstruación incapacitante secundaria

El conjunto de dolores sufridos por las personas que menstrúan incluye calambres abdominales, náuseas, fatiga, sensación de desmayo, dolores de cabeza, dolor de espalda, malestar general o migrañas. A pesar de ello, se acude al trabajo con dolores incapacitantes, desarrollando la prestación de servicios en condiciones no óptimas con el consiguiente impacto en la salud laboral y la productividad. El derecho laboral y las normas de Seguridad Social no contemplaban particularmente la salud menstrual; por el contrario, las políticas de salud laboral se desarrollaban a través de normas supuestamente neutras con base en la experiencia laboral de los varones e ignorando la realidad de las mujeres. En paralelo, otras iniciativas consideraban a las trabajadoras desde un prisma protecciónista, como colectivo débil y centrando las garantías en el embarazo y la maternidad, mientras la salud menstrual permanecía relegada de los debates jurídicos.

Algunas experiencias regulatorias en otros países dieron mal resultado dadas las dificultades en su implantación en relación con prácticas discriminatorias o vulneradoras de derechos de las mujeres. Así, Japón aprobó una ley relativa a la menstruación en el trabajo en 1947; Corea del Sur concede a las mujeres un día de permiso por la menstruación, Indonesia dos y Taiwán tres días; y en algunas provincias de China se han adoptado políticas similares. La defectuosa ordenación unida a una mala praxis empresarial dio lugar a prácticas calificadas como “sexismo benevolente”. En cambio, países como Francia, Reino Unido o Australia han implantado modelos de organización empresarial compatibles con la protección de la salud menstrual incluidos los períodos de menopausia que reportan notables tasas de éxito en el aumento de la productividad y la mejora del bienestar de quienes se acogen a los permisos⁶. El parlamento italiano debatió una propuesta de ley, que no llegó a aprobarse, bajo el nombre de “Establecimiento de permisos para mujeres que padecen dismenorrea” a fin de articular el permiso cubierto por el Estado a no acudir al trabajo un máximo de tres días al mes a las empleadas con dismenorrea incapacitante, previa constatación en un certificado médico anual. En países como España, los convenios colectivos, con escasos logros asumieron la función de regular permisos recuperables.

⁵ LÓPEZ INSUA, B.M.: “Derecho a trabajar ‘sin dolor’: la cara femenina de la incapacidad temporal tras la LO 1/2023, de 28 de febrero”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 11, núm. 2, 2023.

⁶ GUAMÁN, A.: “Menstruación y trabajo: el derecho a trabajar sin dolor”, 3 de junio de 2022, disponible en: https://talcualdigital.com/menstruacion-y-trabajo-el-derecho-a-trabajar-sin-dolor-por-adoracion-guaman/#google_vignette

La Ley Orgánica mejora el tratamiento de aquellas situaciones patológicas proyectadas en la salud durante la menstruación, recogiendo expresamente en el art. 169.1 LGSS como situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes aquella baja laboral en que pueda encontrarse la mujer en caso de menstruación incapacitante secundaria o dismenorrea secundaria asociada a patologías tales como endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos, o dificultad en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo, pudiendo implicar síntomas como dispareunia, disuria, infertilidad, o sangrados más abundantes de lo normal, entre otros (exposición de motivos). Se trata de dar una regulación adecuada a esta situación patológica con el fin de eliminar cualquier tipo de sesgo negativo en el ámbito laboral. La definición de menstruación incapacitante secundaria comprende aquella “situación de incapacidad derivada de una dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada” (art. 2.6 de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva). De la interpretación literal de cuanto entiende el legislador se extrae que la causa solamente comprende situaciones de dolor cuando se tiene la menstruación, excluyendo de este modo los días previos a la regla o los correspondientes a la ovulación, lo cual ha sido cuestionado por la ciencia médica.

Por su parte, dentro de la Estrategia de Salud sexual y reproductiva se promoverá y garantizará la investigación que permita obtener la mejor, más amplia y actualizada información acerca de la menstruación y la salud menstrual en las diferentes fases del ciclo vital de las mujeres, con un enfoque relativo a la prevención, diagnóstico y tratamiento de patologías que afectan al ciclo menstrual y los efectos que sobre este producen los distintos fármacos.

A continuación, cabe examinar el concepto de “dismenorrea”, habida cuenta de que la mayor parte de las mujeres trabajadoras tienen la menstruación todos los meses, aun cuando algunas la tienen de forma irregular o infrecuente, o no está presente por haber alcanzado la menopausia o utilizar anticonceptivos hormonales que den lugar al sangrado por deprivación. Las reglas primarias están relacionadas con alguna patología orgánica y el dolor se debe a las contracciones uterinas y la isquemia, probablemente mediadas por prostaglandinas y otros mediadores inflamatorios producidos en el endometrio secretor y posiblemente asociados con las propias contracciones uterinas prolongadas y una disminución en el flujo sanguíneo del miometrio. El dolor por lo general comienza cuando la menstruación comienza o justo antes y persiste durante el primer y segundo día; este dolor, descrito como espasmódico, se superpone sobre el dolor abdominal inferior constante, que puede irradiarse a la espalda o el muslo. Las pacientes también pueden tener malestar general, fatiga, náuseas, vómitos, diarrea, dolor de espalda o dolor de cabeza. Los factores de riesgo para los síntomas graves incluyen la edad temprana de la menarca; períodos menstruales largos o intensos; tabaquismo; o antecedentes familiares de dismenorrea. Los síntomas tienden a disminuir con el aumento de la edad y después de un primer embarazo.

La dismenorrea secundaria, va empeorando con el tiempo y suele tener vinculación con una causa como la endometriosis (tejido endometrial fuera de su sitio), adenomiosis (tejido endometrial en el espesor del útero) o miomas uterinos. No siempre hay una causa orgánica evidente que justifique la existencia de la dismenorrea, pero este tipo de dolor suele ser más incapacitante que la primaria. Las causas menos comunes incluyen malformaciones congénitas (como el útero borce, útero subseptado, tabique vaginal

transverso), quistes ováricos y tumores, enfermedad inflamatoria pelviana, la congestión pelviana, adherencias intrauterinas y dispositivos intrauterinos (DIU), particularmente de cobre⁷. En algunas mujeres, el dolor aparece cuando el útero intenta expulsar el tejido a través de un orificio cervical muy estrecho. El dolor a veces se produce por un mioma submucoso pediculado o un pólipos endometrial que protruye a través del cuello uterino. Los factores de riesgo para la dismenorrea secundaria grave son los mismos que para la primaria. En general, comienza durante la edad adulta, a menos que deba su origen a malformaciones congénitas. El padecimiento puede llegar a desaparecer con la toma de analgésicos o antiinflamatorios no esteroideos, cirugía que estirpe las lesiones, e, incluso, alivian remedios como el calor local o el ejercicio suave, pero ello no funciona en un elevado número de casos.

También es importante dar visibilidad a la endometriosis, causante en muchos casos de esas reglas incapacitantes y consistente en la implantación y crecimiento benigno de tejido endometrial fuera del útero. Las localizaciones más frecuentes afectadas por la endometriosis son el peritoneo pélvico y los ovarios, aunque, ocasionalmente pueden encontrarse en otras muchas partes como el intestino, vejiga, estómago o pulmón, etc., causando importantes lesiones y un dolor crónico. Los síntomas más comunes de esta enfermedad son dismenorrea, dispareunia, infertilidad y dolor pélvico crónico. El tiempo medio desde la aparición de los primeros síntomas hasta el diagnóstico de la enfermedad supera los cinco años y muchas mujeres no llegarán nunca a ser diagnosticadas, algo impensable en otras patologías, debido a un desconocimiento social generalizado y una normalización social del dolor menstrual.

Según datos de una investigación danesa del año 2018, tras evaluar a más de 32.000 mujeres entre quince y cuarenta y cinco años, se determinó que un catorce por ciento (14%) reportaba absentismo durante su ciclo menstrual y que más del tres por ciento (3,4%) lo hacía cada mes. La media de días de ausencia relacionadas con el periodo de la mujer era de 1,3 días por año, con un 80,7% de mujeres que sí acudían a su actividad, pero su regla les provocaba una disminución de la productividad medida en más de veintitrés días de media anual (23,2 días por año)⁸. Por otro lado, un estudio canadiense afirma que el 60% de las mujeres participantes describe un dolor menstrual moderado o severo, que provoca a la mitad de ellas limitaciones en su actividad y, por su parte, que un 17% manifiesta absentismo en el trabajo.

La determinación del tipo de regla ha de hacerse por parte de la ciencia médica caso por caso. La nueva Ley Orgánica mantiene el diseño de esta prestación temporal, pues para que la regla dolorosa quede protegida como contingencia común, la mujer deberá recibir asistencia sanitaria y estar imposibilitada para prestar servicios. Ahora bien, la IT por esta causa alberga una serie de diferencias que la hacen “especial”, pues, el derecho a cargo de la Seguridad Social se abona desde el primer día de baja, sin requisitos de cotización previos, ni carga económica alguna para el empleador. En segundo lugar, no es aplicable el concepto de recaída del art. 169.2 LGSS (“cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos de alta médica anterior”), sino que, cada proceso de IT por dismenorrea se considera nuevo

⁷ IACOVIDES, S. AVIDON I. y BAKER, F.C.: “What we know about primary dysmenorrhea today: a critical review”, *European Society of Human Reproduction and Embryology*, Vol. 21, núm. 6, 2015.

⁸ GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.F. y ARMILLO SUÁREZ, O.: “La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas”, 5 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.aedtss.com/la-nueva-regulacion-de-la-dismenorrea-o-reglas-dolorosas/>

a efectos de la duración máxima. Por consiguiente, al término, la trabajadora iniciará cada mes un nuevo proceso, si bien, permitir reiteradas bajas por IT por contingencias comunes realmente puede derivar en exclusión laboral.

La norma debería haber ampliado las eventuales soluciones, teniendo en consideración que la dismenorrea podría solventarse en determinadas ocasiones donde no quede anulada la capacidad laboral mediante una adaptación individual o colectiva de la jornada, funciones, tiempo o carga de trabajo, atendiendo a las circunstancias concretas de cada trabajadora. En este sentido, el teletrabajo (previa toma en consideración de la actividad profesional), facilitaría la prestación de servicios durante los días de menstruación, por cuanto la mujer que acude a la baja médica algunos días de todos o casi todos los meses supone una situación que difícilmente van a poder mantener muchas empresas.

La norma española destaca por ser más acabada y centrar la tutela de la salud menstrual en el ámbito del contrato de trabajo, como un derecho inserto de la salud laboral, reconociendo la situación de incapacidad temporal a las trabajadoras con menstruaciones dolorosas incapacitantes sin un máximo de días según indique el informe médico preceptivo. A modo de observación crítica, cuestionar cómo la menstruación afecta a la capacidad de trabajo de las mujeres durante determinados días podría desencadenar una reacción empresarial consistente en la preferencia de contratación de mano de obra masculina. Evitar este escenario dependerá de la adecuada conjunción de este tipo de medidas con la política de igualdad en los derechos ligados a los cuidados; una normativa antidiscriminatoria robusta; una labor formativa idónea y el compromiso del diálogo social para su desarrollo.

2.2. La interrupción del embarazo, voluntaria o involuntaria, como situación incapacitante

En respuesta a las demandas del movimiento feminista, desde hace más de tres décadas, surge el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos por parte de la comunidad internacional. De este modo se ha colocado en la agenda política la importancia de la protección de estos derechos, tras el consenso sobre su estrecha relación con el goce y disfrute de otros derechos humanos plasmados en los tratados internacionales. A partir el desarrollo del concepto de salud sexual y reproductiva como derechos en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo de 1994 y la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín de 1995, la incesante labor interpretativa de convenciones y de los Comités de la ONU ha permitido adoptar un estándar de protección inspirador de la Ley Orgánica. La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos relaciona la salud sexual y reproductiva de las mujeres con los derechos humanos. El art. 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece el derecho de las mujeres a decidir de manera libre y responsable sobre su maternidad y el derecho a acceder a la información y a la educación que les permitan ejercer esos derechos. Los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar dichos derechos a través de recursos que han de estar disponibles y ser accesibles física y económicamente.

En consonancia con lo anterior, la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres, define la salud reproductiva y sexual como un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con todos los aspectos

de la sexualidad y la reproducción, no simplemente la ausencia de enfermedad, disfunción o dolencias; y afirma que todas las personas tienen derecho a tomar decisiones que rijan sus cuerpos sin discriminación, coacción ni violencia. En España, la aprobación de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del art. 417 bis del Código Penal, despenalizaba la interrupción voluntaria del embarazo en supuestos de violación, malformación del feto y riesgo para la salud física o psíquica de la madre. Ahora bien, el mayor avance vino de la mano de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que supuso un verdadero paso hacia adelante al abordar la protección y la garantía de los derechos en la materia de manera integral y cambiar el enfoque de la interrupción voluntaria del embarazo de una ley de supuestos a una de plazos.

Con todo, se hace necesaria su revisión y adaptación dados los obstáculos enfrentados por las mujeres desde su entrada en vigor, pues la mayoría de las interrupciones voluntarias del embarazo se acaban produciendo en centros extrahospitalarios de carácter privado. Resulta preocupante la diferencia territorial en el ejercicio de este derecho, ya que existen territorios que en los últimos años no han notificado ninguna interrupción voluntaria del embarazo en centros de titularidad pública. La reforma operada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, fue duramente criticada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al recomendar a España que no impidiera a las menores de 16 y 17 años interrumpir voluntariamente su embarazo sin consentimiento de sus tutores legales.

El Informe acerca de su Misión a España del Grupo de Trabajo del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas aborda la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica del año 2015 alertando de que la deficiente regulación de la objeción de conciencia constituye un obstáculo para las mujeres cuando ejercen su derecho a acceder a los servicios de salud sexual y reproductiva. En términos similares, el informe sobre España de 2018 del Comité DESC, recuerda a los Estados que en los casos en los cuales está permitida la objeción de conciencia siguen teniendo la obligación de velar por que no se limite el acceso de las mujeres a los servicios de salud reproductiva en tanto la objeción de conciencia es una práctica personal, y no institucional.

En línea con lo dispuesto por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, es preciso ampliar el enfoque a la hora de abordar ciertas formas de violencia contra las mujeres en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, como son el aborto forzoso y la esterilización forzosa, incluida la anticoncepción forzosa, para actuar no solo desde un prisma penal, sino con una perspectiva integral y contextualizada desde el enfoque de género. Del mismo modo, se ha de reafirmar el compromiso estatal de respuesta frente a vulneraciones graves de los derechos reproductivos que constituyen manifestaciones de la violencia contra las mujeres, como la gestación por subrogación. Estas prácticas, si bien ya resultan ilegales en España en aplicación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, se siguen produciendo amparadas en una regulación internacional diversa, ante lo cual se ha de reconocer normativamente esta práctica como una forma grave de violencia reproductiva.

La Ley Orgánica 3/2021 consta de un artículo único, de modificación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de una disposición adicional y de una parte final

compuesta por diecisiete disposiciones finales. Modifica el art. 1, sobre el objeto de la norma, para darle un enfoque más completo al vincularlo a la obligación de los poderes públicos de aspirar al mayor nivel social posible de salud y educación en relación con la sexualidad y la reproducción, así como con la prevención de violencias contra las mujeres en el ámbito reproductivo. También amplia las definiciones incluyendo conceptos como la salud durante la menstruación o las violencias contra las mujeres en el ámbito reproductivo. Incorpora novedades sobre el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, siguiendo las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos sobre la materia. Asimismo, devuelve a las menores de 16 y 17 años su capacidad para decidir libremente sobre su maternidad, prescindiendo así de la exigencia de consentimiento paterno o materno.

Pues bien, tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal aquellas debidas a la interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria y esté impedida para el trabajo, sin perjuicio de aquellos supuestos en que la interrupción del embarazo sea debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso tendrá la consideración IT por contingencias profesionales lo que supone una mejora de la prestación, *ex art. 169.1.a LGSS*. Tras la modificación del art. 144.4 LGSS, durante la incapacidad a consecuencia de la interrupción del embarazo, continua la obligación de cotizar y el coste del subsidio corre a cargo del sistema de Seguridad Social a abonar desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día uno. A efectos de la duración de la incapacidad temporal, esta se extenderá mientras perdure la situación incapacitante, sin exigir un periodo previo de cotización mínima. Es posible afirmar que esta causa de IT aparece bien definida y correctamente diferenciada respecto a otras situaciones que podrían desembocar en una baja por interrupción del embarazo. Según indica la doctrina, el legislador recoge mediáticamente una situación históricamente olvidada con el debido rigor jurídico⁹.

2.3. La tutela de la trabajadora durante la semana trigésima novena del embarazo

Como última incorporación, se considerará también como situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes la de la gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena. En esta situación especial el subsidio se abonará desde el inicio de la baja laboral hasta la fecha del parto, salvo que la trabajadora hubiera iniciado anteriormente una situación de riesgo durante el embarazo, supuesto en el cual permanecerá percibiendo la prestación correspondiente a dicha situación en tanto esta deba mantenerse (art. 173.2 LGSS). Es decir, la proximidad a la fecha probable de parto podrá considerarse causa de incapacidad temporal, salvo cuando la mujer estuviera percibiendo una prestación por “riesgo durante el embarazo”, debiendo en tal caso transitar hacia la maternidad desde esta última contingencia. El precepto incorpora como causa de IT cuanto en la práctica venían reconociendo los profesionales sanitarios. A falta de cobertura legal, los facultativos alegaban otras causas distintas a la del “embarazo a término” para justificar la concesión a la mujer de una incapacidad temporal por contingencias comunes.

⁹ LÓPEZ INSUA, B.M.: “Derecho a trabajar ‘sin dolor’: la cara femenina de la incapacidad temporal tras la LO 1/2023, de 28 de febrero”, cit.

El problema viene dado del retroceso acometido por la norma, pues cabe recordar que la antigua Ley de Bases equiparaba el embarazo a la IT, en una flagrante denigración a las mujeres. Una mujer gestante no puede ser considerada en ningún caso como una enferma, aun cuando sufra molestias, de modo que hubiera sido deseable encuadrar esta causa especial dentro de la prestación por riesgo durante el embarazo como una contingencia especial por embarazo a término. En adición, sería propicio ampliar la protección a la semana treinta y seis que es el momento en el cual la ciencia médica considera un embarazo a término. Muchas empresas ya concedían a las mujeres, por parte de las Mutuas Colaboradoras, la baja por riesgo durante el embarazo entre la semana treinta y siete o treinta y ocho del embarazo cuando este no sufra complicaciones previas. Esta causa al igual que la referida a las reglas secundarias requieren de una mayor reflexión del legislador¹⁰.

3. CONCLUSIONES

La disposición final tercera de la Ley Orgánica 3/2021 modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, para reconocer como situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes aquellas bajas laborales en caso de menstruación incapacitante secundaria, así como la situación posterior a la interrupción del embarazo, sea voluntaria o no, y el embarazo desde el día primero de la semana trigésima novena. Regulaciones como la española son *per se* un gran paso adelante en el ámbito jurídico hacia la consecuencia de una sociedad donde ninguna persona tenga que trabajar con dolores incapacitantes.

No obstante, la definición legal de menstruación incapacitante secundaria ha de mejorarse, pues según la ciencia médica las reglas dolorosas no siempre están asociadas a una patológica orgánica previamente diagnosticada. La trabajadora puede no conocer que tiene una enfermedad que origina la dismenorrea o no tener un diagnóstico correctamente definido cuando esté en estudio, como ocurre con adenomiosis o los implantes peritoneales endometriósicos. En estas situaciones, el diagnóstico se puede demorar meses y será preciso que la mujer tenga acceso a la protección social. El listado de enfermedades que pueden derivar en reglas incapacitantes contenido en la exposición de motivos tampoco es acertado, dado que el síndrome de ovario poliquístico no es causa de dismenorrea y los pólipos sí los son, pero suelen ser operables, luego sería solucionable y no generaría la contingencia¹¹. Dentro de los síntomas provocados por las diversas patologías faltaría recoger la hipermenorrea refractaria a tratamiento (sangrados muy abundantes, que no se cohíben con los fármacos habituales, antiinflamatorios, ni con cirugía de la ablación endometrial). Si bien no siempre es dolorosa, la mujer sangra en tal cantidad que le impide realizar su trabajo habitual. Tampoco se recoge el síndrome disfórico premenstrual, que antecede a la regla, siendo aconsejable incluir que la incapacidad se produce por dolor no solo durante la menstruación, sino en días previos, durante la ovulación e incluso durante cualquier momento del ciclo.

No siempre el tener este tipo de patologías implica verdaderamente una incapacidad, por cuanto la definición no debería acudir a la misma como única solución, pues es

¹⁰ Ídem.

¹¹ GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.F. y ARMijo SUÁREZ, O.: "La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas", 5 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.aedtss.com/la-nueva-regulacion-de-la-dismenorrea-o-reglas-dolorosas/>

en los supuestos de dismenorrea “refractaria al tratamiento” (la paciente no responde positivamente a la medicación) cuando resulta precisa la protección. El dolor como situación compleja de diagnosticar requiere de un examen por el especialista mediante escalas de vida y del dolor estandarizadas al objeto de determinar si la trabajadora mantiene un nivel de dolor no tolerable que requiere acogerse a la IT o precisa otras medidas como la adaptación del puesto de trabajo, cambios de horario, cambios de funciones, teletrabajo, etc. Las reglas dolorosas deben ser situaciones revisables, dadas las posibles mejoras con el paso del tiempo y los tratamientos.

Con la segunda causa, el legislador recoge una nueva situación de incapacidad temporal que había quedado tradicionalmente relegada, siendo la única novedad (de las tres analizadas) suficientemente rigurosa y cualitativamente relevante. El acceso a la prestación de incapacidad temporal por interrupción voluntaria o involuntaria del embarazo requerirá que el médico de familia del Servicio Público de Salud, una vez evaluada la situación, considere que el aborto sufrido cause impedimento para trabajar. En fin, la baja en caso de gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena de embarazo supone tratar de equilibrar inexplicablemente la situación de enfermedad con la de embarazo, volviendo a una concepción que había costado mucho superar. Más adecuado hubiera sido comprender esta causa como contingencia especial por embarazo a término. En cualquier caso, dotar de relevancia a los problemas específicos de las mujeres en un intento por ofrecer soluciones a los mismos debe ser aplaudido, a la espera de posteriores modificaciones para lograr una mayor protección de las trabajadoras.

EL ACCIDENTE DE TRABAJO DURANTE LA PAUSA DEL BOCADILLO: INTERROGANTES Y PROBLEMAS PRÁCTICOS A LA LUZ DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

SARA GUINDO MORALES

*Profesora Contratada Doctora Indefinida (acreditada a Profesora Titular)
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

1. PREFACIO: ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE EL ACCIDENTE DE TRABAJO COMO CONTINGENCIA PROFESIONAL PROTEGIDA POR LA SEGURIDAD SOCIAL

Existen dos clases de contingencias protegidas por la Seguridad Social: las profesionales (Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional) y las comunes (Accidente Común y Enfermedad Común)¹. La contingencia es un acontecimiento posible (genera inseguridad) y/o probable (incierto), como constituye, por ejemplo, el Accidente de Trabajo que, de producirse, genera una situación de necesidad que se debe proteger socialmente².

En otros términos, la contingencia produce la situación protegida, que es un daño que depende de la relación de interés económico entre el sujeto protegido y un bien, siendo la prestación el mecanismo que el ordenamiento de la Seguridad Social establece para hacer frente al daño en que se concreta la situación de necesidad protegida³.

En el caso del Accidente de Trabajo como contingencia determinante, las situaciones protegidas son de tres tipos: exceso de gastos por asistencia sanitaria y tratamientos de

¹ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M. N., y MALDONADO MOLINA, J. A.: *Manual de Seguridad Social*, 17^a ed., Madrid, Tecnos, 2020, *passim*.

² *Ibidem*.

³ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M. N., y MALDONADO MOLINA, J. A.: *Manual de Seguridad Social*, 17^a ed., Madrid, Tecnos, 2020, *passim*.

recuperación, defecto de ingresos por la situación de Incapacidad Temporal⁴ o Incapacidad Permanente y, en su caso, exceso de gastos y defecto de ingresos por fallecimiento⁵.

Así pues, nuestro ordenamiento jurídico parte de la amplitud del concepto de Accidente de Trabajo, incluyendo un sistema de cláusula general basada en el nexo causal necesario lesión-trabajo que ha permanecido sustancialmente inalterada desde la Ley de Accidentes de Trabajo del año 1900⁶, en virtud del cual⁷:

“Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena” (artículo 156.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social -en adelante y para simplificar, TRLGSS-).

El término “con ocasión” excluye la hipótesis de una causalidad rígida, de manera que se flexibiliza la relación causal incluyendo toda relación directa o indirecta con el trabajo, bastando verificar, con la finalidad de apreciar la flexibilidad de la conexión, el lazo concreto del siniestro de la persona trabajadora con un riesgo vinculado al trabajo o conectado directa o indirectamente con el mismo, criterio éste que impide, sin embargo, que pueda ser aceptada como válida la “ocasionalidad pura” en la relación entre trabajo y lesión⁸.

A continuación, en el apartado segundo se enumeran un conjunto de supuestos que se formulan en forma positiva y se consideran “ex lege” como Accidente de Trabajo, no como meras presunciones que admitan prueba en contrario, sino como formas específicas de tipificación de la relación de causalidad que enlaza esa lesión con el trabajo⁹:

“a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo (accidente *in itinere*, es decir, en el camino¹⁰).

⁴ *Vid.*, al respecto, ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: “La actuación del trabajador en supuestos de incapacidad temporal: el agravamiento o retraso en el proceso de curación o la evidencia del trabajador apto para trabajar como causas extintivas. La teoría de la incapacidad o enfermedad como causa equiparable a discapacidad: discriminación y absentismo”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 21, 2019, pp. 69-91.

⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M. N., y MALDONADO MOLINA, J. A.: *Manual de Seguridad Social*, 17^a ed., Madrid, Tecnos, 2020, *passim*.

⁶ El cual disponía en su artículo 1 que, “para los efectos de la presente ley, entiéndese por accidente toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión ó por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena; por patrono, el particular ó Compañía propietario de la obra, explotación ó industria donde el trabajo se preste; y por operario, todo el que ejecuta habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena”.

⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Determinación de contingencia: La eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la “ocasionalidad relevante””, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021, pp. 6 y 7 (recurso electrónico). *Vid.*, también, MONEREO PÉREZ, J. L.: “Determinación de contingencia: la eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la “ocasionalidad relevante”. STS-SOC 415/2020, de 20 de abril”, en AA.VV.: *Anuario 2021 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes)*, Madrid, BOE, 2022, pp. 59-71.

⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Determinación de contingencia: La eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la “ocasionalidad relevante””, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021, p. 7 (recurso electrónico).

⁹ *Ibidem*. *Vid.*, también, MONEREO PÉREZ, J. L.: “Determinación de contingencia: la eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la “ocasionalidad relevante”. STS-SOC 415/2020, de 20 de abril”, en AA.VV.: *Anuario 2021 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes)*, Madrid, BOE, 2022, pp. 59-71.

¹⁰ *Vid.*, al respecto, LÓPEZ INSUA, B. M.: “Accidente “in itinere” o accidente “en misión”: la presunción de laboralidad en un supuesto peculiar de gran incapacidad por contingencias profesionales. STSJ País Vasco 15 septiembre 2015 (AS 2016, 2021)”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 187, 2016, pp. 305-311. También, LÓPEZ INSUA, B. M.: “La presunción de “laboralidad” de nuevo a escena: el desprendimiento de retina como accidente de

b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos.

c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su grupo profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa (accidente *in mision*, esto es, en misión¹¹).

d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo.

e) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.

g) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación”.

El apartado tercero cierra la configuración legal estableciendo una presunción legal “iuris tantum” de Accidente de Trabajo al disponer que “se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo”¹².

Por su parte, en términos de delimitación negativa de carácter esencialmente declarativo, “se considerará accidente no laboral el que, conforme a lo establecido en el artículo 156, no tenga el carácter de accidente de trabajo”¹³.

Además, sin perjuicio de lo establecido en los apartados primero, segundo y tercero del artículo 156 del TRLGSS, no tendrán la consideración de accidente de trabajo:

“a) Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por esta la que sea de tal naturaleza que no guarde relación alguna con el trabajo que se ejecutaba al

trabajo en caso de uso de pantallas de visualización de datos”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 19, 2019, pp. 121-139.

¹¹ *Ibidem*.

¹² MONERO PÉREZ, J. L.: “Determinación de contingencia: La eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la “ocasionalidad relevante””, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021, p. 7 (recurso electrónico). *Vid.*, también, MONERO PÉREZ, J. L.: “Determinación de contingencia: la eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la “ocasionalidad relevante”. STS-SOC 415/2020, de 20 de abril”, en AA.VV.: *Anuario 2021 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes)*, Madrid, BOE, 2022, pp. 59-71.

¹³ Artículo 158.1 del TRLGSS. MONERO PÉREZ, J. L.: “Determinación de contingencia: La eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la “ocasionalidad relevante””, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021, p. 7 (recurso electrónico). *Vid.*, también, MONERO PÉREZ, J. L.: “Determinación de contingencia: la eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la “ocasionalidad relevante”. STS-SOC 415/2020, de 20 de abril”, en AA.VV.: *Anuario 2021 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes)*, Madrid, BOE, 2022, pp. 59-71.

ocurrir el accidente, no considerándose en ningún caso fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza.

b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado”.

Finalmente, añade el apartado quinto del artículo 156 del TRLGSS que no impedirán la calificación de un accidente como de trabajo:

“a) La imprudencia profesional que sea consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se derive de la confianza que este inspira.

b) La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo”.

Por el contrario, conforme lo dispuesto en el artículo 157 del TRLGSS, “se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”.

A lo que añade dicho precepto legal que, “en tales disposiciones se establecerá el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que se estime deban ser incorporadas al mismo. Dicho procedimiento comprenderá, en todo caso, como trámite preceptivo, el informe del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad”.

El Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, modificado en el año 2018, es el que aprueba el cuadro de enfermedades profesionales que figura como anexo 1, así como la lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha, que figura como anexo 2, y cuya inclusión en el anexo 1 podría contemplarse en el futuro.

Así pues, el Anexo 1 es el que contiene el cuadro de enfermedades profesionales, calificadas en los siguientes grupos:

Grupo 1: Enfermedades profesionales causadas por agentes químicos.

Grupo 2: Enfermedades profesionales causadas por agentes físicos.

Grupo 3: Enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos.

Grupo 4: Enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidas en otros apartados.

Grupo 5: Enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados.

Grupo 6: Enfermedades profesionales causadas por agentes carcinogénicos.

Ahora bien, cabe señalar al respecto que si la enfermedad contraída no figura en el Anexo 1, podrá ser considerada como Accidente de Trabajo si se prueba el nexo causal entre la enfermedad y el trabajo¹⁴.

Por tanto, en virtud de todo lo anterior, en la relevante y reciente Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2023 que se analiza a continuación se determina si la caída sufrida por la trabajadora que se dirige del centro de trabajo a un bar a merendar durante la media hora de bocadillo que se califica como tiempo de trabajo por el convenio colectivo aplicable se considera profesional o común.

2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE FEBRERO DE 2023

2.1. Antecedentes de hecho

La trabajadora, el 8 de noviembre de 2016 y sobre las 18:15 horas, sufrió una caída cuando se dirigía desde su centro de trabajo a un bar próximo al lugar de trabajo para merendar (60 metros desde el centro de trabajo), caída que provocó la situación de Incapacidad Temporal desde el día siguiente a la caída que originó la incoación de un procedimiento de determinación de contingencia que concluyó con la resolución declarando que el proceso de Incapacidad Temporal de la actora de 9 de noviembre de 2016 derivaba de Accidente Laboral, siendo responsable de la prestación la Mutua.

Una vez agotada la vía administrativa previa, a instancia de la Mutua frente al INSS y la TGSS sobre reclamación de cantidad, el día 27 de julio de 2018, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Málaga dictó sentencia desestimando la demanda al entender que el accidente tuvo lugar con ocasión del trabajo, en la media hora de bocadillo que se califica como tiempo de trabajo por el convenio colectivo aplicable, confirmándose la resolución impugnada del Director Provincial del INSS.

La sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de la Mutua ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) la cual confirmó lo decidido en la instancia al entender que existía un Accidente de Trabajo *in itinere*.

Por la representación de la Mutua se formalizó el recurso de casación para la unificación de doctrina, invocándose como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 28 de noviembre de 2014¹⁵.

Por lo que la cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si el accidente que sufrió la parte actora debe calificarse como laboral, objeto del presente trabajo de investigación.

2.2. Fundamentos de Derecho

En primer lugar, entiende la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que entre las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son

¹⁴ VÍDA SORIA, J. (Dir.), VIÑAS ARMADA, J. M. (Coord.), DÍAZ AZNARTE, M. T., GALLEGOS MORALES, Á. J., MALDONADO MOLINA, J. A., MILLÁN VILLANUEVA, A. J., MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N., VIDA FERNÁNDEZ, R., VIDA SORIA, J. y VIÑAS ARMADAS, J. M.: *Manual para la formación en prevención de riesgos laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2013, *passim*.

¹⁵ [ECLI:ES:TSJAS:2014:3665].

contradicторios, tal y como exige el artículo 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Lo anterior, en base a que los hechos que rodean el siniestro son similares en ambos casos ya que, al igual que en la sentencia recurrida, en la de contraste la trabajadora sufrió una caída cuando se encontraba en la pausa del café o desayuno, cuestionándose si en esas circunstancias el siniestro es calificable de Accidente de Trabajo.

Además, añade que, en ella, la pausa del café no se cuestiona que sea tiempo de trabajo¹⁶, como tampoco en la sentencia recurrida, sin perjuicio de que, esa similitud, los procesos de Incapacidad Temporal que generaron una y otra caída se han calificado en su contingencia de forma diferente por las sentencias comparadas: en la de contraste, se niega que exista presunción de laboralidad por no acontecer el siniestro en lugar de trabajo, razón por la que la inversión de la carga de la prueba hacia la parte actora le obliga a acreditar que su salida del lugar de trabajo lo era para atender una tarea laboral, mientras que, por el contrario, la recurrida atribuye a la situación incapacitante la contingencia laboral por ocurrir en un trayecto derivado del trabajo.

Dejando así claro que las alegaciones vertidas por la parte actora para rechazar la falta de identidad no son relevantes por cuanto que lo definitivo a los efectos de la identidad es que los hechos guarden similitud, que es lo que sucede en este caso, siendo claro que la contingencia atribuida en uno y otro caso es contradictoria.

Y, en segundo lugar, señala la Sala Cuarta que, según la parte recurrente, la presunción de Accidente de Trabajo exige que éste se produzca en lugar y tiempo de trabajo y dado que en el presente caso el siniestro se produjo en la calle, cae la presunción, tal y como resolvió la STS de 14 de marzo de 2012¹⁷, a lo que añade que no se está ante un trabajo en misión al no obedecer la presencia en el lugar donde se produjo el accidente a ninguna actividad encomendada por el empleador ni tampoco ante un siniestro *in itinere*, con cita de la STS de 29 de marzo de 2007¹⁸, al no darse el elemento teleológico ni el geográfico. A lo que responde el Tribunal Supremo trayendo a colación una serie de sentencias:

1. La STS de 13 de diciembre de 2018¹⁹, en donde la trabajadora sufrió una caída cuando salió del trabajo para tomar un café en los minutos de descanso previstos por la norma colectiva aplicable y que lo calificaba como tiempo de trabajo²⁰.

La Sala sostuvo que nos encontrábamos ante un Accidente de Trabajo del artículo 115.1 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, confirmando la decisión allí recurrida que rechazaba que el supuesto debiera analizarse desde la consideración de accidente *in itinere* o desde la presunción de laboralidad.

¹⁶ Vid., al respecto, ORTEGA LOZANO, P. G.: “Criterios para la consideración del “tiempo de trabajo efectivo”: los supuestos más recientes”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 92, 2020, pp. 81-106.

¹⁷ [ECLI:ES:TS:2012:2760].

¹⁸ [RJ 2007\3530].

¹⁹ [ECLI:ES:TS:2018:4435].

²⁰ Vid. un comentario de esta Sentencia en MARTÍN, E.: “Caerse fuera del centro de trabajo durante la pausa para el bocadillo es accidente laboral (Tribunal Supremo)”, en *Blog Sincro*. Web: <https://sincrogo.com/blog/tribunales/golpearse-el-codo-fuera-del-centro-de-trabajo-durante-la-pausa-para-el-bocadillo-es-accidente-laboral-tribunal-supremo/>

En definitiva, aplicó el criterio de la ocasionalidad que analizó la STS de 23 de junio de 2015²¹ y que conceptúa la figura del Accidente de Trabajo en sentido propio, recordándose la necesidad de que entre el trabajo y la lesión exista una relación de causalidad que, en el caso que resuelve, se afirma existente porque la pausa era necesaria, y la utilización de los quince minutos de la misma por la trabajadora se produjeron con criterios de total normalidad.

Teoría de la ocasionalidad relevante que se caracteriza por una circunstancia negativa (consistente en que los factores que producen el accidente no son inherentes o específicos del trabajo) y otra positiva (consistente en que, o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida de trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquélla).

2. La STS de 13 de octubre de 2020²², que resuelve un supuesto en el que el Accidente de Trabajo ocurrió cuando el actor se dirigía a su vehículo situado en el aparcamiento de la empresa durante su tiempo de descanso de 40 minutos, se resbaló cayendo al suelo, consecuencia de lo cual sufrió una lesión, evidenciando tales hechos, según el Tribunal Supremo, la existencia de un enlace directo y necesario entre la situación en la que se encontraba el trabajador cuando se produjo la caída y el tiempo y el lugar de trabajo, considerando acreditada su producción con ocasión de su desplazamiento al aparcamiento de la empresa.

3. La STS de 20 de abril de 2021²³, que, reiterando la doctrina de las Sentencias de 13 de diciembre de 2018 y 13 de octubre de 2020 anteriormente expuestas, se pronuncia sobre otro supuesto en el que la trabajadora sufre una caída mientras estaba en una cafetería durante la pausa de descanso en su trabajo, entendiendo el Tribunal Supremo que el siniestro se produjo con ocasión del trabajo²⁴.

4. La STS de 13 de octubre de 2021²⁵, que, también reiterando doctrina, considerar aplicable al supuesto enjuiciado la teoría de la ocasionalidad relevante, desestimando así el recurso de la Mutua en un supuesto en el que la trabajadora, durante su tiempo de descanso, salió del centro de trabajo para aparcar su vehículo más cerca de aquel, momento en el que fue atropellada.

Por lo que, en virtud del reiterado criterio que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha adoptado en los anteriores supuestos con el fin de calificar como Accidente de Trabajo el ocurrido con ocasión del trabajo, en las circunstancias que en aquellos casos se había producido el siniestro, concluye que no cabe sino estar a lo en ella decidido por razones de seguridad jurídica y no existir elementos que permitan pronunciarse en otro sentido.

Si bien añade que, en realidad, la decisión de la sentencia recurrida, al reconocer la existencia de Accidente de trabajo, es la que contiene la doctrina correcta en tanto que las circunstancias que rodean el caso evidencian que el accidente ocurrió con ocasión del trabajo, al producirse en el tiempo de trabajo del que dispuso la trabajadora para reponer

²¹ [ECLI:ES:TS:2015:4364].

²² [ECLI:ES:TS:2020:3676].

²³ [ECLI:ES:TS:2021:1669].

²⁴ *Vid.* un comentario de esta sentencia en MONERO PÉREZ, J. L.: “Determinación de contingencia: La eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la “ocasionalidad relevante””, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021, *passim*.

²⁵ [ECLI:ES:TS:2021:3814].

fuerzas (finalidad que se persigue con el descanso cuyo tiempo se califica, precisamente, como de trabajo), sin que el hecho de que el lugar en que aconteció el siniestro no fuera propiamente el lugar de su actividad profesional venga a alterar la vinculación del siniestro con el trabajo en tanto que su salida del centro con ese fin se debe entender como una actividad normal de la vida laboral que de no estar prestando servicios no se hubiera producido.

Puntualizando finalmente que a lo anterior no se opone el hecho de que la sentencia recurrida haya obtenido esa calificación jurídica partiendo de otro concepto de accidente laboral (*in itinere*) porque aunque, como dice la recurrente, aquél se configura con elementos específicos que pudieran haber precisado de un determinado análisis, no se debe olvidar que, aunque la pretensión articulada en demanda rechazaba el concepto de accidente obtenido de la presunción de laboralidad o del accidente *in itinere*, ello no significa que la decisión administrativa que se adoptó, calificando el accidente como laboral deje de serlo cuando existe por las razones que exponemos y que evidencian las notas que configuran la contingencia declarada e incluso, en las sentencias analizadas con anterioridad llega a señalar que no se descarta la aplicación del artículo 156.3 del TRLGSS, que era lo que la parte actora negaba en vía administrativa.

Pues, añade, que incluso la propia recurrente acude en este momento al accidente en misión para, con ello, desvirtuar también que por esa vía se pueda reconocer la existencia de Accidente de trabajo, lo que está evidenciando que lo relevante para ella es que se determine que no existe accidente laboral en ningún caso, razones por las que, en definitiva, la confirmación que hace la sentencia recurrida de la calificación de la Incapacidad Temporal como contingencia laboral que se adoptó en vía administrativa debe mantenerse.

2.3. Fallo

En base a los Fundamentos de Derecho expuestos con anterioridad, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha desestimado el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Mutua demandante, confirmando y declarando la firmeza de la Sentencia de 22 de mayo de 2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga).

3. OTRO SUPUESTO DE DETERMINACIÓN DE CONTINGENCIA COMÚN O PROFESIONAL: ¿PUEDE CONSIDERARSE EL SUICIDIO DE UNA PERSONA TRABAJADORA COMO ACCIDENTE DE TRABAJO DERIVADO DE UNA SITUACIÓN LABORAL ESTRESANTE? A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA DE 27 DE FEBRERO DE 2023

La sentencia de instancia desestimó la demanda formulada por la actora en la que solicitaba que se declarase que las prestaciones de viudedad y de orfandad derivan de contingencia profesional.

Frente a este pronunciamiento se alza la parte actora en quince motivos en donde se trata de decidir si puede considerarse el suicidio de una persona trabajadora como Accidente de trabajo derivado de una situación laboral estresante.

Según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 27 de febrero de 2023²⁶, a la luz del relato fáctico, es evidente que existió una clara conexión o relación de causalidad relevante entre la acción suicida y el trabajo, esto es, que el trabajo o las circunstancias en las que se desarrollaba su prestación de servicios laboral es lo que está en la base de la decisión de quitarse la vida, desprendiéndose lo anterior del hecho de que los problemas laborales iniciados en enero de 2021, como consecuencia de la denuncia por acoso, persistieron casi hasta la fecha del óbito del actor.

A lo que añade que los problemas de índole laboral tienen una clara conexión temporal con el acto suicida, pues se inician apenas tres meses antes del fatal desenlace y están muy presentes los días previos a la toma de la decisión de quitarse la vida, como ocurre con la preocupación por las posibles consecuencias penales derivadas de una posible denuncia por acoso (un día antes del suicidio) y la medida de traslado a una tienda diferente, fuera del lugar en donde reside su familia más cercana (tres días antes), que además fue adoptada como consecuencia de la denuncia por acoso.

Y que los referidos datos permiten considerar que la existencia de problemas conyugales no tiene la entidad necesaria para suponer una ruptura en el referido nexo causal con el trabajo. Por tanto, no es posible entender que la problemática familiar tenga la entidad precisa para suponer una ruptura del nexo causal, siendo así que, incluso, no sería descartable considerar, atendiendo al conjunto de elementos fácticos descritos, que la referida problemática laboral estuviera interfiriendo en su vida familiar y, por ende, en su salud mental y no al contrario. Así como tampoco son relevantes los datos relativos a la precaria salud del padre, sin perjuicio de que hay referencias a su delicado estado.

Entiende la Sala de lo Social que, en realidad, lo realmente relevante es que no constan antecedentes psiquiátricos o patologías psíquicas previas que pudieran desvincular el fallecimiento del actor con la problemática laboral a la que nos venimos refiriendo y, por ello, concluimos que la decisión de quitarse la vida estuvo vinculada de manera próxima y más que directa con su trabajo y, en concreto, con la situación derivada de la demanda por acoso laboral y las consecuencias de la misma.

Y que la conflictividad laboral, una previsible interposición de una denuncia penal contra él y la próxima incorporación a un nuevo centro de trabajo fuera del lugar de su residencia, tres días antes del suicidio, incidieron en su estado de ánimo y en la posterior decisión de acabar con su vida, de manera que el fallecimiento del trabajador tiene como causa inmediata su trabajo, acreditándose por ello el nexo causal entre su muerte ocurrida el 12 de abril de 2021 y el trabajo ejecutado.

Además, puntualiza al respecto el Tribunal que la consideración del suicidio que tiene lugar fuera del lugar y del tiempo de trabajo se ha admitido judicialmente en función de los elementos fácticos que consten acreditados y, en concreto, cuando existe una relación de causalidad con el trabajo, como aquí ocurre.

Por lo que, en base a todo lo anterior, se estima el recurso interpuesto, declarando en su lugar que las pensiones de viudedad y orfandad derivadas del fallecimiento del trabajador derivan de contingencia profesional (accidente de trabajo), con las consecuencias legales inherentes a tal pronunciamiento, condenado a las demandadas a estar y pasar por tal pronunciamiento y a la Mutua al pago de las prestaciones correspondientes, calculadas conforme a una base reguladora mensual de 2.886,23 euros y al pago de una indemnización

²⁶ [ECLI: ES:TSJCANT:2023:128].

a tanto alzado de 6 mensualidades de dicha base reguladora a la viuda demandante y de una mensualidad para la hija común.

4. CONCLUSIONES

El Accidente de Trabajo es un concepto jurídico complejo y de textura abierta y cuya complejidad se ha venido incrementando en el desarrollo histórico en respuesta continua a las exigencias que plantea su función típica atribuida en el ordenamiento jurídico²⁷.

Así pues, en virtud del análisis efectuado de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 9 de febrero de 2023, podemos concluir que se considera Accidente de Trabajo la caída sufrida por la trabajadora que se dirige del centro de trabajo a un bar a merendar durante la media hora de bocadillo²⁸ que se califica como tiempo de trabajo por el convenio colectivo aplicable, por razones de seguridad jurídica y no existir elementos que permitan pronunciarse en otro sentido.

Lo anterior, en base al reiterado criterio que la Sala Cuarta ha adoptado en las Sentencias de 13 de diciembre de 2018, de 13 de octubre de 2020, de 20 de abril de 2021 y de 13 de octubre de 2021, con el objetivo de calificar como Accidente de Trabajo el ocurrido con ocasión del trabajo, en las circunstancias que en aquellos casos se había producido el siniestro.

Pronunciándose pues, en el mismo sentido que la relevante y reciente Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 27 de febrero de 2023, en otro supuesto de determinación de contingencia común o profesional, en donde se ha determinado que se considera el suicidio de una persona trabajadora como Accidente de Trabajo derivado de una situación laboral estresante.

Por último, como novedad al respecto, cabe mencionar que el pasado 6 de mayo se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Orden ISM/450/2023, de 4 de mayo, por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no incapacitantes²⁹ (en adelante y para simplificar, Orden ISM/450/2023).

Y es que, de conformidad con el artículo 201 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que, sin llegar a constituir una incapacidad permanente, supongan una disminución o alteración de la integridad física de la persona trabajadora y aparezcan recogidas en el baremo anejo a las disposiciones de desarrollo de dicha ley, serán indemnizadas, por una sola vez, con las cantidades alzadas que en el mismo se determinen, por la entidad que estuviese obligada al pago de las prestaciones de incapacidad permanente, todo ello sin perjuicio del derecho de la persona trabajadora a continuar al servicio de la empresa³⁰.

²⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Determinación de contingencia: La eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la “ocasionalidad relevante””, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021, p. 6 (recurso electrónico).

²⁸ *Vid.*, al respecto, RUIZ GONZÁLEZ, C. Mª.: “El episodio cardiovascular ocurrido durante la pausa del bocadillo: tiempo y lugar de trabajo y presunción de laboralidad (comentario a la STS de 16 de julio de 2020)”, en *Revista de Derecho Laboral vLex (RDLV)*, núm. 1, 2020, pp. 129-134.

²⁹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-10874>

³⁰ Preámbulo de la Orden ISM/450/2023.

5. BIBLIOGRAFÍA

- LÓPEZ INSUA, B. M.: "La presunción de "laboralidad" de nuevo a escena: el desprendimiento de retina como accidente de trabajo en caso de uso de pantallas de visualización de datos", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 19, 2019.
- LÓPEZ INSUA, B. M.: "Accidente "in itinere" o accidente "en misión": la presunción de laboralidad en un supuesto peculiar de gran incapacidad por contingencias profesionales. STS País Vasco 15 septiembre 2015 (AS 2016, 2021)", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 187, 2016.
- MARTÍN, E.: "Caerse fuera del centro de trabajo durante la pausa para el bocadillo es accidente laboral (Tribunal Supremo)", en Blog Sincro. Web: <https://sincrogo.com/blog/tribunales/golpearse-el-codo-fuera-del-centro-de-trabajo-durante-la-pausa-para-el-bocadillo-es-accidente-laboral-tribunal-supremo/>
- MONEREO PÉREZ, J. L.: "Determinación de contingencia: La eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la "ocasionalidad relevante"', en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: "Determinación de contingencia: la eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la "ocasionalidad relevante". STS-SOC 415/2020, de 20 de abril", en AA.VV.: *Anuario 2021 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes)*, Madrid, BOE, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M. N., y MALDONADO MOLINA, J. A.: *Manual de Seguridad Social*, 17^a ed., Madrid, Tecnos, 2020.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: "Criterios para la consideración del "tiempo de trabajo efectivo": los supuestos más recientes", en *Revista de Derecho Social*, núm. 92, 2020.
- ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: "La actuación del trabajador en supuestos de incapacidad temporal: el agravamiento o retraso en el proceso de curación o la evidencia del trabajador apto para trabajar como causas extintivas. La teoría de la incapacidad o enfermedad como causa equiparable a discapacidad: discriminación y absentismo", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 21, 2019.
- RUIZ GONZÁLEZ, C. M^a: "El episodio cardiovascular ocurrido durante la pausa del bocadillo: tiempo y lugar de trabajo y presunción de laboralidad (comentario a la STS de 16 de julio de 2020)", en *Revista de Derecho Laboral vLex (RDLV)*, núm. 1, 2020.
- VIDA SORIA, J. (Dir.), VIÑAS ARMADA, J. M. (Coord.), DÍAZ AZNARTE, M. T., GALLEGOS MORALES, Á. J., MALDONADO MOLINA, J. A., MILLÁN VILLANUEVA, A. J., MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N., VIDA FERNÁNDEZ, R., VIDA SORIA, J. y VIÑAS ARMADAS, J. M.: *Manual para la formación en prevención de riesgos laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2013.

EL CONCEPTO DE ACCIDENTE IN ITINERE EN EL MARCO DE LA SENTENCIA 433/2022 DE 25 DE NOVIEMBRE DEL JUZGADO DE LO SOCIAL NÚM. 11 DE BILBAO

RAFAEL JOSÉ LÓPEZ BEDMAR

Contratos Predoctorales Ley 14/2011 Fpu¹

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

ORCID: 0009-0002-4931-699X

«Impossibilium nulla obligatio est».

(Traducción: «Es nula la obligación de cosas imposibles»).

CELSO (DIGESTO 50, 17, 185).

1. INTRODUCCIÓN

Los accidentes de trabajo constituyen un fenómeno de preocupación constante tanto para empleadores como para las personas trabajadoras, con implicaciones legales significativas en los sistemas jurídicos. El concepto de accidente de trabajo se ha ido incrementando desde su primera regulación, con la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, llevando a cabo cada vez más una interpretación extensiva del accidente laboral. Si bien la jurisprudencia ha jugado un papel clave en la delimitación del concepto, hoy en día estos avances se han incorporado a los textos legales².

La legislación española recoge una definición de accidente de trabajo en el artículo 156.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social³ (en adelante, Ley General de la Seguridad Social), que establece que: *«se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena».*

¹ Ayudas para contratos predoctorales de Formación del Profesorado Universitario del año 2021, financiadas por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (FPU 2021, concesión definitiva por Orden de 30 de noviembre de 2022).

² SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “La reformulación del accidente de trabajo in itinere a tenor de la doctrina incluida en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2013”, en *Revista de información laboral*, Lex Nova, núm. 3, 2014. [Recurso de acceso digital].

³ BOE 31.10.2015.

Excluye todo accidente o enfermedad considerados de carácter común, esto es, no vinculados con el ámbito laboral o cuya relación pueda excluirse mediante prueba en contrario. Es un concepto que procede de la primera normativa laboral prácticamente sin cambios en su configuración legal. La consecuencia de esta definición es que se engloba y se exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a.) lesión corporal; b.) la condición de trabajador por cuenta ajena del sujeto accidentado; y, c.) la existencia de una relación de causalidad entre el trabajo y la lesión⁴. El ordenamiento jurídico, tras partir de la amplitud de la delimitación conceptual del concepto accidente de trabajo, recalca el papel esencial que tiene el nexo causal para relacionar la lesión ocasionada con la actividad laboral⁵.

La conexión esencial entre el trabajo y las lesiones destaca que la base de la protección frente a los accidentes laborales y su tratamiento preferencial con respecto a la protección convencional están relacionados con la existencia de un riesgo específico atribuible de manera objetiva a la responsabilidad del empleador. Esto se debe a que es el empleador, a través de su actividad empresarial, quien genera este riesgo y puede ejercer cierto control sobre él y sus manifestaciones⁶.

La ley General de la Seguridad Social también recoge los supuestos en los que se considera que la persona trabajadora ha sufrido un accidente de trabajo:

- «a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.*
- b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerzten las funciones propias de dichos cargos.*
- c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su grupo profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa.*
- d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo.*
- e) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.*
- f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.*
- g) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que*

⁴ VV.AA. “Accidente de trabajo y enfermedad profesional”, en A.V y PÉREZ CAPITÁN, L. (Coord.): *Memento prevención de riesgos laborales*, Madrid, Francis Lefevre, 2023. [Recurso de acceso digital].

⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Determinación de contingencia: La eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la “ocasionalidad relevante””, en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 5, 2021. [Recurso de acceso digital].

⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “El accidente ‘in itinere’ como contingencia laboral para Clases Pasivas”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm 6, 2021. [Recurso de acceso digital].

constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación».

Además, un accidente puede generar una incapacidad temporal en la persona trabajadora, que, como recoge el artículo 45 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁷ (en adelante, Estatuto de los Trabajadores), es causa de suspensión del contrato de trabajo. Dicha incapacidad temporal. Al suponer la suspensión de la relación laboral, liberará a la persona trabajadora de la obligación de trabajar, pero no del adecuado cumplimiento del resto de obligaciones⁸.

En este caso, se analiza la clasificación de un accidente de tráfico como accidente laboral, ocurrido durante el trayecto entre la residencia y el lugar de trabajo, en circunstancias que plantean dudas sobre la cumplimentación de los criterios necesarios para este tipo de riesgo laboral. Se busca interpretar el artículo 156.2 de la Ley General de Seguridad Social, que establece que se considerarán accidentes laborales aquellos sufridos por el trabajador durante el traslado hacia o desde el lugar de trabajo, es decir, los accidentes *in itinere* (siendo un accidente laboral tipo recogido en el artículo 156.2.a) de la referida ley).

2. EL ACCIDENTE *IN ITINERE*

2.1. Caracterización general de la figura del accidente *in itinere*

Son numerosas las situaciones que, lamentablemente, ocasionan un accidente a la persona trabajadora en el momento de ir o volver del trabajo. Este fenómeno ha suscitado interés en el legislador, a la doctrina científica y a la jurisprudencia. Los poderes públicos, siguiendo el mandato establecido en la Constitución Española -concretamente en su artículo 41-, al establecer que «*los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*»; especialmente en casos referentes a la salud⁹.

En referencia al origen del accidente *in itinere*, aunque está recogido actualmente en la legislación, cabe mencionar que fue de creación jurisprudencial¹⁰. De hecho, su aparición se remonta al periodo franquista, concretamente mediante la STS de 1 de julio de 1954¹¹. Esta figura legal también ha sido objeto de una ampliación jurisprudencial intensa, la que ha acarreado el establecimiento de una doctrina cada vez más flexible¹². Es

⁷ BOE 24.01.2015.

⁸ ORTEGA LOZANO, P. G. *et* GUINDO MORALES, S.: «La actuación del trabajador en supuestos de incapacidad temporal el agravamiento o retraso en el proceso de curación o la evidencia del trabajador apto para trabajar como causas extintivas. La teoría de la incapacidad o enfermedad como causa equiparable a discapacidad: discriminación y absentismo», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 21, 2019, pp. 70.

⁹ GARCÍA BLASCO, J. *et* PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: *El accidente in itinere: un enfoque esencialmente preventivo*, Granada, Comares, 2009, p. 1.

¹⁰ POQUET CATALÁ, R.: «La configuración jurídica del infarto como accidente de trabajo», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 30, 2022, p. 114.

¹¹ GARCÍA BLASCO, J. *et* PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: *El accidente in itinere: un enfoque esencialmente preventivo*, Granada, Comares, 2009, p. 5.

¹² POQUET CATALÁ, R.: «La configuración jurídica del infarto como accidente de trabajo», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 30, 2022, p. 114.

la jurisprudencia la que ha ido configurando las circunstancias que han de concurrir para estar ante esta casuística, en la conexión desplazamiento-trabajo¹³.

Como se ha mencionado, el concepto de accidente laboral de trabajo *in itinere* aparece mencionado en el artículo 156.2.a) de la Ley General de Seguridad Social, al referirse a «*los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo*»¹⁴. Se puede definir al accidente *in itinere* como el que sucede al ir o volver del trabajo; y, la razón de su consideración como accidente laboral surge de la naturaleza misma de la labor, que implica el desplazamiento del trabajador para cumplir con sus responsabilidades laborales¹⁵.

A decir verdad, este tipo de accidente se relaciona con los riesgos intrínsecos del tráfico y la circulación, los cuales no se considerarían inicialmente dentro del ámbito de control de la parte empleadora para implementar medidas preventivas al respecto¹⁶. De hecho, según los registros proporcionados por el Ministerio de Trabajo y Economía Social en su Informe de Accidentes Laborales del año 2021, se registraron un total de 601.123 incidentes laborales con baja, entre los cuales 65.342 fueron atribuidos a accidentes de tráfico, denominados comúnmente como Accidentes Laborales de Tráfico (ALT), lo que constituye un 10.9% del conjunto total de accidentes laborales¹⁷.

Por lo tanto, se trata de un accidente laboral indirecto, ya que surge de circunstancias relacionadas con la actividad laboral, como el desplazamiento necesario para cumplir con las responsabilidades laborales. Estos casos se restringen a accidentes en sentido estricto (lesiones repentina y violentas causadas por un agente externo), excluyendo dolencias o enfermedades de origen diferente y modalidad de manifestación, como las enfermedades desarrolladas o evidenciadas durante el trayecto de ida o vuelta del trabajo¹⁸.

Cabe señalar que no es lo mismo el accidente *in itinere*, que el accidente en misión. El accidente en misión, también de creación jurisprudencial en un inicio, es una categoría específica de accidente laboral que ocurre cuando un trabajador se desplaza para llevar a cabo una tarea asignada por la empresa. Aun así, la protección del desplazamiento guarda cierta similitud entre ambas categorías de accidente, ya que el desplazamiento se considera relevante en tanto que puede ser determinante de la lesión, o, dicho de otra forma, que sin ese desplazamiento el resultado lesivo no se hubiera producido¹⁹. No obstante, la jurisprudencia no es tan ampliatoria en el caso del accidente en misión, si se compara con la del accidente *in itinere*²⁰. De esta forma, mientras que en la figura de accidente que se

¹³ VICENTE PALACIO, M.A.: “Cambios sociales y cambios jurídicos. Un nuevo ejemplo”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 1, 2014, p. 140.

¹⁴ VIZCAÍNO RAMOS, I.: *El impacto de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar sobre el régimen del accidente de trabajo in itinere*, Barcelona, Atelier, 2021.

¹⁵ VV.AA. “Accidente de trabajo y enfermedad profesional”, en A.V y PÉREZ CAPITÁN, L. (Coord.): *Memento prevención de riesgos laborales*, Madrid, Francis Lefevre, 2023. [Recurso de acceso digital].

¹⁶ MONTESDEOCA SUÁREZ, A.: “El accidente «*in itinere*»: una interpretación acorde con «la realidad social». Sentencia 433/2022 de 25 de noviembre del Juzgado de lo Social nº 11 de Bilbao” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2003. [Recurso de acceso digital].

¹⁷ VV.AA. “Accidente de trabajo y enfermedad profesional”, en A.V y PÉREZ CAPITÁN, L. (Coord.): *Memento prevención de riesgos laborales*, Madrid, Francis Lefevre, 2023. [Recurso de acceso digital].

¹⁸ SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “El accidente “*in itinere*” en patinete (STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2014, AS/2014/1862)” en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 2, 2015, p. 147.

¹⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “¿Qué eficacia real tiene el accidente en misión como modalidad específica y ampliada de accidente de trabajo? Delimitación restrictiva atendiendo a los requisitos jurisprudenciales para calificar el accidente en misión”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 6, 2023. [Recurso de acceso digital].

²⁰ VICENTE PALACIO, M.A.: “Cambios sociales y cambios jurídicos. Un nuevo ejemplo”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 1, 2014, p. 143.

analiza en este capítulo se realiza el recorrido para poder prestar la actividad laboral, en el accidente en misión, el detonante del accidente es la realización directa de la actividad laboral²¹.

2.2. Elementos

El accidente *in itinere* exige la concurrencia de cuatro elementos, que la jurisprudencia ha establecido para exigir la conexión entre el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador, los cuales vinculan el desplazamiento específico realizado con el trabajo. Estos criterios serían los elementos: teleológico (centrado en la finalidad principal y directa del viaje), cronológico (relativo a la proximidad horaria a la entrada o salida del trabajo), geográfico o topográfico (referidos a la finalidad espacial) y de idoneidad del medio de transporte (ya sea este el habitual para incorporarse al trabajo o para regresar al domicilio)²².

El primero de los elementos es el teleológico que supone que la finalidad principal y directa del viaje debe estar asociada al trabajo. Considerando la evolución en los medios de transporte y las normas sociales, la noción de domicilio se extiende para abarcar lugares de residencia alternativos o incluso de estancia diferentes a la residencia principal del trabajador. Sin embargo, esta ampliación se rige por criterios de normalidad que implican una conexión normal entre el desplazamiento y el trabajo. Se pierde la causalidad, y por ende el concepto de accidente *in itinere*, cuando la finalidad principal y directa del viaje no está vinculada al trabajo²³. Es decir, no basta con estar ante un desplazamiento de ida al trabajo o vuelta del trabajo, sino que, indiscutiblemente, debe existir una conexión entre el domicilio y el trabajo (STS de 19 de enero de 2005)²⁴.

De este modo, cualquier interrupción o desviación del trayecto motivada por circunstancias personales o no laborales altera el nexo causal, lo que impide que el accidente sea considerado como laboral. Sin embargo, se ha reconocido como accidente *in itinere* aquellos sucesos ocurridos en circunstancias relacionadas con el trabajo, como el incidente al ir a cobrar el salario, o en eventos sociales vinculados al trabajo, como el acontecido al dirigirse o retornar de una comida laboral²⁵. No obstante, habrá que estar al caso concreto, puesto que la jurisprudencia es variada al respecto. Por ejemplo, sí se ha considerado accidente de trabajo el accidente ocurrido a una trabajadora que, después de terminar su jornada laboral, se detiene para recoger a su esposo antes de dirigirse a su domicilio (STSJ de Galicia de 9 de julio de 2014); pero no se ha calificado como tal el accidente sufrido al regresar al centro de trabajo después de llevar a su hijo al médico y dejarlo en el colegio, contando con el permiso de la empresa (STSJ de Galicia de 8 de octubre de 2010)²⁶.

²¹ GIRELA MOLINA, B.: "Accidente "in itinere" y enfermedad preexistente agravada: senda posible pero problemática para calificar de accidente de trabajo STS de 15 de julio de 2015, RCUD 1594/2014", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. Extra 1, 2016, p. 76.

²² SÁNCHEZ PÉREZ, J.: "El accidente «in itinere» en patinete (STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2014, AS/2014/1862)" en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 2, 2015, p. 147.

²³ VV.AA. "Accidente de trabajo y enfermedad profesional", en A.V y PÉREZ CAPITÁN, L. (Coord.): *Memento prevención de riesgos laborales*, Madrid, Francis Lefevre, 2023. [Recurso de acceso digital].

²⁴ GARCÍA BLASCO, J. et PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: *El accidente in itinere: un enfoque esencialmente preventivo*, Granada, Comares, 2009, p. 7.

²⁵ POQUET CATALÁ, R.: "La configuración jurídica del infarto como accidente de trabajo", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 30, 2022, pp. 114-115.

²⁶ VV.AA. "Accidente de trabajo y enfermedad profesional", en A.V y PÉREZ CAPITÁN, L. (Coord.): *Memento prevención de riesgos laborales*, Madrid, Francis Lefevre, 2023. [Recurso de acceso digital].

En cuanto al domicilio, cabe destacar que, es posible que los trabajadores mantengan dos residencias: una relacionada con su empleo y otra familiar, que suelen visitar durante fines de semana, festivos o períodos de descanso, a veces cubriendo largas distancias. Surge así la interrogante sobre si esta segunda residencia, distinta de la habitual, puede ser considerada en el ámbito laboral. Además, las nuevas tendencias en la organización laboral, así como la flexibilidad en la distribución del trabajo en el hogar, están generando una mayor movilidad territorial para los trabajadores. Esto les obliga a realizar ajustes constantes en su lugar de trabajo, los cuales no siempre implican un cambio de domicilio y pueden tener carácter temporal. Por ejemplo, cuando un trabajador debe desplazarse desde una distancia considerable entre su domicilio familiar y su lugar de trabajo, que puede ser de hasta 350 km, se ha considerado que la razón principal del viaje sigue siendo el trabajo. Esto se debe a que es el trabajo el que determina el punto de retorno, y el punto de partida es el domicilio del trabajador (STS de 26 de diciembre de 2013)²⁷.

El segundo elemento es el cronológico. Este implica que el accidente debe suceder en un lapso razonablemente cercano a las horas de inicio o término de la jornada laboral, de modo que el trayecto no sea alterado por desviaciones o demoras que no sean habituales y estén motivadas por intereses personales²⁸. Sin embargo, es fundamental interpretar cada incidente de manera exhaustiva, teniendo en cuenta desviaciones y paradas justificadas. Por ejemplo, se puede considerar un accidente laboral aquel sufrido por un trabajador mientras regresa a su hogar después de su jornada laboral, tras hacer una breve parada para dejar a dos compañeros. El lapso de tiempo empleado en el traslado y despedida de los compañeros forma parte del trayecto, por lo tanto, el accidente puede ser clasificado como ocurrido *in itinere* (STS de 14 de febrero de 2017)²⁹.

El criterio se evalúa con cierta flexibilidad al reconocer que un accidente no deja de ser considerado laboral, aunque el trabajador se detenga en su camino habitual entre el trabajo y el domicilio, o viceversa, siempre y cuando esta parada no exceda los límites temporales de lo que se considera normal o habitual. Se establece que la naturaleza laboral del incidente no se ve afectada si el accidente ocurre después del horario de ingreso, sin que se tenga constancia del motivo del retraso. Se entiende que la impuntualidad, manifestada en un retraso de 45 minutos, puede constituir una falta, pero esto no implica que se prive al accidente de su carácter indemnizable³⁰.

Otro criterio es el geográfico o topográfico, referido a que el accidente debe ocurrir en el recorrido habitual y normal entre el domicilio y el lugar de trabajo, o en sentido inverso³¹. Por lo tanto, el desplazamiento debe seguir los patrones habituales de convivencia o comportamiento común de las personas para que no se rompa el nexo causal. Es por ello que debe realizarse de manera habitual y utilizando los medios usuales³².

²⁷ *Passim*.

²⁸ POQUET CATALÁ, R.: "La configuración jurídica del infarto como accidente de trabajo", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 30, 2022, p. 115.

²⁹ VV.AA. "Accidente de trabajo y enfermedad profesional", en A.V y PÉREZ CAPITÁN, L. (Coord.): *Memento prevención de riesgos laborales*, Madrid, Francis Lefevre, 2023. [Recurso de acceso digital].

³⁰ SÁNCHEZ PÉREZ, J.: "El accidente «in itinere» en patinete (STS de Cataluña de 12 de junio de 2014, AS/2014/1862)" en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 2, 2015, p. 149.

³¹ VV.AA. "Accidente de trabajo y enfermedad profesional", en A.V y PÉREZ CAPITÁN, L. (Coord.): *Memento prevención de riesgos laborales*, Madrid, Francis Lefevre, 2023. [Recurso de acceso digital].

³² SÁNCHEZ PÉREZ, J.: "El accidente «in itinere» en patinete (STS de Cataluña de 12 de junio de 2014, AS/2014/1862)" en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 2, 2015, p. 151.

El Tribunal Supremo ha flexibilizado este requisito al reconocer que lo crucial en este aspecto topográfico no es simplemente salir o regresar al domicilio, sino llegar o volver al lugar de trabajo, lo que implica que el punto de destino o de regreso puede ser distinto al domicilio del trabajador siempre y cuando no se rompa el vínculo esencial con el trabajo. Se ha establecido que un accidente *in itinere* puede ocurrir entre el domicilio familiar y el lugar donde el trabajador pernocta durante la semana laboral, sin necesidad de que esté relacionado directamente con el centro de trabajo. Esto significa que el domicilio no necesariamente tiene que ser el que el trabajador posee, permitiendo considerar como tal el domicilio de familiares, como el de los suegros o una segunda residencia. Sin embargo, no se ha aceptado como domicilio a efectos legales una propiedad del trabajador que carece de los requisitos básicos de habitabilidad, como una caseta sin servicios básicos. Tampoco se ha considerado el domicilio de la madre del trabajador, donde el trabajador se dirige después de su jornada laboral para cenar. Respecto al lugar de trabajo, no se limita estrictamente al centro de trabajo, sino que se refiere al sitio donde el trabajador se desplaza para llevar a cabo su actividad laboral³³.

El último de los requisitos es el de la idoneidad de medio de transporte. Es esencial que se utilice el medio de transporte habitual, ya sea un vehículo particular o un servicio público³⁴. Debe de ser un medio de transporte racional y adecuado para recorrer la distancia entre el domicilio y el lugar de trabajo³⁵, cuyo uso no genere un riesgo grave e inminente para la persona trabajadora³⁶. Se ha considerado que el uso de un medio de transporte no autorizado por la empresa puede ser un factor que dificulte la apreciación de un accidente *in itinere*, especialmente si se transita por un camino no habitual y no se puede confirmar que el trabajador se dirigía directamente al trabajo (STS 22 de diciembre de 1987)³⁷.

En cuanto a ejemplos jurisprudenciales de este cuarto elemento, se ha respaldado el uso de helicópteros como medio de transporte para el traslado a plataformas petrolíferas en alta mar. Por el contrario, se ha determinado como inapropiado el uso de una motocicleta para el desplazamiento por una vía sin asfaltar cuando la empresa proporciona otro medio de transporte; o, cruzar un río a nado si el trayecto habitual se realizaba utilizando puentes o balsas disponibles³⁸.

En definitiva, la presencia simultánea o no de los cuatro elementos mencionados es lo que ha llevado a la jurisprudencia a determinar si un accidente *in itinere* debe considerarse como accidente laboral. Sin embargo, la casuística es muy variada y en algunas ocasiones el Tribunal Supremo no ha podido avanzar en la consideración de ciertos casos como accidentes de trabajo *in itinere*, a pesar de haber sido reconocidos como tales por los Tribunales Superiores, debido a la falta de contenido casacional³⁹.

³³ POQUET CATALÁ, R.: "La configuración jurídica del infarto como accidente de trabajo", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 30, 2022, pp. 115-116.

³⁴ VV.AA. "Accidente de trabajo y enfermedad profesional", en A.V y PÉREZ CAPITÁN, L. (Coord.): *Memento prevención de riesgos laborales*, Madrid, Francis Lefevre, 2023. [Recurso de acceso digital].

³⁵ GARCÍA BLASCO, J. et PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: *El accidente in itinere: un enfoque esencialmente preventivo*, Granada, Comares, 2009, p. 9.

³⁶ SÁNCHEZ PÉREZ, J.: "El accidente «in itinere» en patinete (STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2014, AS/2014/1862)" en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 2, 2015, p. 150.

³⁷ VV.AA. "Accidente de trabajo y enfermedad profesional", en A.V y PÉREZ CAPITÁN, L. (Coord.): *Memento prevención de riesgos laborales*, Madrid, Francis Lefevre, 2023. [Recurso de acceso digital].

³⁸ SÁNCHEZ PÉREZ, J.: "El accidente "in itinere" en patinete (STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2014, AS/2014/1862)" en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 2, 2015, p. 151.

³⁹ SERNA CALVO, M.M.: "La Nueva realidad social y el accidente "in itinere" en la jurisprudencia: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2013", en *Iuslabor*, núm 2, 2014. [Recurso de acceso digital].

3. SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL DE BILBAO 433/2022 DE 25 DE NOVIEMBRE

Se comenta y analiza esta Sentencia del Juzgado de lo Social número 11 de Bilbao. En el supuesto, un empleado sufrió un accidente de tráfico mientras regresaba desde su residencia familiar, que habitualmente utiliza durante los fines de semana, hacia su lugar de trabajo para comenzar su jornada laboral del lunes. Se concluye que a pesar de haber decidido adelantar su regreso al domingo debido a la previsión de nevadas para ese lunes, este cambio en los planes no interrumpe la relación causal del accidente. El Juzgado no aprecia un aumento en el riesgo, ya que tanto el propósito del viaje (dirigirse al lugar de trabajo) como la elección de anticipar su regreso se ajustan a condiciones más seguras para la conducción, considerando las condiciones climáticas adversas.

El Juzgado de lo Social núm. 11 de Bilbao ha rechazado la demanda presentada por la mutua, y, por tanto confirma la resolución dictada por el INSS, determinando que la incapacidad temporal resulta de un accidente laboral.

3.1. Hechos

Elías, un trabajador de la empresa ELECNOR SERVICIOS Y PROYECTOS S.A.U., sufrió un accidente de tráfico el 28 de noviembre de 2021 mientras regresaba a su residencia en Bilbao (domicilio por motivos laborales) desde Madrid (domicilio familiar), donde pasa los fines de semana con su familia.

El incidente ocurrió cuando Elías estaba en camino hacia Bilbao un domingo, en vez de un lunes. Esto se debe a que el trabajador había decidido anticipar su regreso debido a las previsiones de nieve para el lunes, y lamentablemente, se vio involucrado en un choque. Después del accidente, la persona trabajadora se dirigió, al día siguiente, a la Mutua Asepeyo, donde le diagnosticaron un “latigazo” y se le otorgó una baja médica. Tras un período de recuperación en casa, Elías recibió el alta médica el 26 de enero del año siguiente.

Después de una evaluación exhaustiva, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) dictaminó que la causa del accidente fue de naturaleza laboral, lo que implicaba que la Mutua Asepeyo debía asumir la responsabilidad de la prestación económica que inicialmente había cubierto la entidad pública. En desacuerdo con esta decisión, la Mutua Asepeyo decidió impugnarla, presentando una demanda contra el trabajador, la Tesorería General de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la empresa.

3.2. Análisis

En este supuesto, de los cuatro elementos que conforman los requisitos para la consideración de accidente *in itinere*, se ponen en cuestión dos: el cronológico y el teleológico. La cuestión de fondo radica en examinar si el trayecto realizado por la persona trabajadora está dirigido hacia el lugar de trabajo y si la desviación o interrupción observada rompe la conexión temporal.

Queda acreditado tanto que la persona trabajadora residía los fines de semana en Madrid con su pareja y su hija, como documento que acredita la previsión meteorológica para ese lunes. Esto hace que tenga sentido el adelanto del viaje al domingo.

El Juzgado se apoya en una sentencia relevante en esta línea, que es la del Tribunal Supremo del 26 de diciembre de 2013, que fue fundamental para entender los dos elementos puestos en cuestión en el presente caso. En este supuesto, el Tribunal Supremo, apreció la naturaleza laboral del incidente en el que el empleado sufrió un percance durante el desplazamiento desde su residencia habitual de los fines de semana hasta su domicilio de trabajo, que realizó el domingo por la tarde, dado que su jornada laboral comenzaba el lunes a las 8 de la mañana. De manera expresa, el Tribunal determinó que el propósito principal del viaje seguía siendo el trabajo, ya que este marcaba el punto de partida y retorno. Además, aunque el incidente ocurriera a las 21:15 horas del domingo y el trabajo iniciara a las 8:00 horas del lunes, el traslado hacia la residencia laboral no invalidaba la relación entre el trayecto y el trabajo, ya que dicho desplazamiento tenía como objetivo dirigirse al lugar de trabajo desde el cual se accede al trabajo en condiciones más seguras y propicias para el rendimiento laboral.

Desde el Juzgado de lo Social núm. 11 de Bilbao se estudia la jurisprudencia del Tribunal Supremo referente al accidente *in itinere*. Se considera que, al definir la conexión entre el desplazamiento y el trabajo, es necesario ampliar la concepción de domicilio -del que se hace un análisis en profundidad- teniendo en cuenta el criterio de normalidad, incluyendo no solo el domicilio habitual sino también ciertos lugares de estadía que no se limiten estrictamente a esa definición, siempre y cuando no representen un aumento en los riesgos del desplazamiento.

En el caso que nos ocupa, el Juzgado determinó que el domicilio de la persona trabajadora se encontraba en Madrid, puesto que el trabajador regresaba periódicamente a ese domicilio cuando sus obligaciones laborales lo permitían, lo que demostraba su intención de seguir residiendo allí (*animus manendi*). Por consiguiente, Bilbao era la residencia que tenía el trabajador por circunstancias exclusivamente laborales.

Otro aspecto relevante que pone de manifiesto el Juzgado es la necesidad de interpretar las normas de acuerdo con las nuevas formas de organización del trabajo, que a menudo obligan a los trabajadores a ajustar su lugar de trabajo. Por ello, hoy en día se debe hacer una consideración amplia del concepto de domicilio, incluyendo tanto el familiar como el laboral.

Por todo lo expuesto, el juez llegó a la conclusión de que, en el caso examinado, donde el itinerario no culminaba en el sitio de trabajo, sino en la residencia laboral desde la cual el empleado se trasladaba a su empleo, se debía reconocer tanto la morada habitual del trabajador como la residencia laboral como puntos de inicio o retorno del trabajo, dependiendo de las circunstancias particulares. Como consecuencia, quedó avalado que tanto el criterio cronológico como el teleológico concurren en el caso el cual fue calificado como un accidente de trabajo *in itinere*, siendo desestimada la demanda interpuesta.

4. CONCLUSIONES

Tras exponer unas consideraciones generales acerca de la figura del accidente *in itinere*, se analiza la resolución del Juzgado de lo Social núm. 11 de Bilbao. En este caso eran dos elementos -de cuatro- los que se ponían en entredicho: el elemento teleológico y el elemento cronológico. Este caso particular involucra a un trabajador que sufrió un accidente de tráfico mientras regresaba desde su residencia familiar en Madrid

hacia su lugar de trabajo en Bilbao, anticipando su regreso un día debido a previsiones meteorológicas adversas.

Se reconoce como parte del trayecto hacia el trabajo el desplazamiento hacia el lugar de residencia por motivos laborales -por tanto, se otorga una gran extensión al concepto jurídico de domicilio, que abarca tanto al familiar como al laboral-, incluso si ocurre en un momento o periodo diferente al habitual. Aunque haya una interrupción evidente entre llegar al destino y comenzar la jornada laboral, el Juzgado considera que esto no rompe la conexión temporal.

Además, resalta la necesidad de una interpretación flexible y adaptativa de las normas laborales para abordar las realidades cambiantes del mercado laboral. En un mundo donde la movilidad laboral y las formas de trabajo flexibles son cada vez más comunes, es esencial que la legislación se adapte para garantizar una protección adecuada a los trabajadores en todas las circunstancias. Este razonamiento es debido a la necesidad de interpretar las normas de acuerdo al criterio del artículo 3 del Código Civil.

Podemos concluir afirmando que se ha seguido un criterio positivo, puesto que se ha basado en aspectos fundamentales para garantizar una protección laboral efectiva y justa en un entorno laboral en constante evolución.

5. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA BLASCO, J. et PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: *El accidente in itinere: un enfoque esencialmente preventivo*, Granada, Comares, 2009.
- GIRELA MOLINA, B.: “Accidente “in itinere” y enfermedad preexistente agravada: senda posible pero problemática para calificar de accidente de trabajo STS de 15 de julio de 2015, RCUD 1594/2014”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. Extra 1, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “¿Qué eficacia real tiene el accidente en misión como modalidad específica y ampliada de accidente de trabajo? Delimitación restrictiva atendiendo a los requisitos jurisprudenciales para calificar el accidente en misión”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 6, 2023. [Recurso de acceso digital].
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Determinación de contingencia: La eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la “ocasionalidad relevante””, en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 5, 2021. [Recurso de acceso digital].
- MONTESDEOCA SUÁREZ, A.: “El accidente «in itinere»: una interpretación acorde con «la realidad social». Sentencia 433/2022 de 25 de noviembre del Juzgado de lo Social nº 11 de Bilbao” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2003. [Recurso de acceso digital].
- ORTEGA LOZANO, P. G. et GUINDO MORALES, S.: “La actuación del trabajador en supuestos de incapacidad temporal el agravamiento o retraso en el proceso de curación o la evidencia del trabajador apto para trabajar como causas extintivas. La teoría de la incapacidad o enfermedad como causa equiparable a discapacidad: discriminación y absentismo”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 21, 2019.

POQUET CATALÁ, R.: “La configuración jurídica del infarto como accidente de trabajo”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 30, 2022.

SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “El accidente “*in itinere*” en patinete (STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2014, AS/2014/1862)” en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 2, 2015.

SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “La reformulación del accidente de trabajo *in itinere* a tenor de la doctrina incluida en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2013”, en *Revista de información laboral*, Lex Nova, núm. 3, 2014. [Recurso de acceso digital].

SEMPERE NAVARRO, A.V.: “El accidente ‘*in itinere*’ como contingencia laboral para Clases Pasivas”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm 6, 2021. [Recurso de acceso digital].

SERNA CALVO, M.M.: “La Nueva realidad social y el accidente “*in itinere*” en la jurisprudencia: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2013”, en *Iuslabor*, núm 2, 2014.

VICENTE PALACIO, M.A.: “Cambios sociales y cambios jurídicos. Un nuevo ejemplo”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 1, 2014.

VIZCAÍNO RAMOS, I.: *El impacto de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar sobre el régimen del accidente de trabajo in itinere*, Barcelona, Atelier, 2021.

VV.AA. “Accidente de trabajo y enfermedad profesional”, en A.V y PÉREZ CAPITÁN, L. (Coord.): *Memento prevención de riesgos laborales*, Madrid, Francis Lefevre, 2023. [Recurso de acceso digital].

LA PROTECCIÓN JURÍDICO SOCIAL DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES EN EL SIGLO XXI: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA POSIBLE AMPLIACIÓN DEL PERMISO POR NACIMIENTO¹

SHEILA LÓPEZ VICO

Personal Investigador Predoctoral en Formación (FPU)²

Universidad de Granada.

Coordinadora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum.

Colaboradora en la Gestión de las actividades de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESS).

(AESS).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2608-3436>

“El jurista democrático no puede reproducir y aplicar acríticamente un Derecho positivo manifiestamente injusto y arbitrario, estando obligado a tener en cuenta, en tal caso, los valores que inspiran el orden constitucional-democrático para evitar las consecuencias injustas de la aplicación de un cierto Derecho dado³. ”

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: DELIMITACIÓN Y PROBLEMÁTICA DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES EN ESPAÑA

La introducción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, la inteligencia artificial, la robotización, etc., ha cambiado de manera radical la propia concepción y configuración del trabajo asalariado. Del mismo modo, la progresiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo, la prolongación de la duración del periodo de formación de los jóvenes o el aumento de la esperanza de vida, han cambiado el modelo prototípico de trabajador⁴. Y, por último, otros eventos relevantes como son la globalización han modificado las tradiciones y desplazado estereotipos antes fuertemente implantados en nuestra sociedad. Un ejemplo paradigmático de ello se encuentra precisamente en el

¹ Trabajo realizado al amparo proyecto de I+D+i, “Los Sistemas de Protección Social ante la incidencia de la disrupción digital», PID2020-115701RB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

² Ayudas para contratos predoctorales de Formación de Profesorado Universitario 2020, financiadas por el Ministerio de Universidades (FPU 2020, concesión definitiva por Orden de 6 de noviembre de 2021).

³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política*, Comares Granada, 1999, pág. XLIV (estudio preliminar).

⁴ Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017.

modelo prototípico de familia, habiendo comenzado a ocupar determinados modelos, hasta hace unos años considerados como residuales, un papel cada vez más relevante en nuestra sociedad y, en consecuencia, en nuestro Derecho Social.

Entre dichos colectivos, cabe resaltar el de las familias monoparentales⁵. La noción de «familia monoparental», resulta difícil de delimitar en nuestro país, al no existir, ni tan siquiera desde un punto de vista legal, una noción común que permita concretar cuando nos encontramos ante una familia de este tipo⁶. Esta situación, se prevé que sea atajada con la aprobación de la Ley de familias, cuyo proyecto de ley acaba de ser aprobado por el Consejo de Ministros⁷, al preverse en el Capítulo II del Título II del Proyecto de Ley de Familias de 14 de abril de 2023⁸ los supuestos concretos en los que podemos hablar de la existencia de una familia monoparental.

De manera más específica, utiliza dicha norma el término “*Situaciones familiares en que existe una sola persona progenitora*”, incluyendo dentro de dicha noción los siguientes supuestos:

“1. Las medidas establecidas en este capítulo se aplicarán a las siguientes situaciones familiares:

a) Familia formada por una sola persona progenitora y uno o más descendientes menores de edad sobre los que tenga la guarda y custodia.

b) Familia formada por una sola persona que ostente la tutela exclusiva de uno o más menores de edad o que conviva con una o más personas menores de edad en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción.

c) Familia formada por una sola persona con uno o más descendientes mayores de edad sobre los que tenga curatela representativa o medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad análogas.

2. Asimismo, se aplicarán a aquellas unidades familiares en las que, aunque haya dos personas progenitoras, se produzca alguna de las siguientes situaciones:

a) Cuando la guarda y custodia sea exclusiva de una persona progenitora y sin derecho a percibir anualidades por alimentos.

⁵ En este sentido, los últimos estudios publicados en la materia muestran como en el año 2020 el número de hogares monoparentales ascendía a 1.944.800. En este sentido, Cfr. INE: “Encuesta Continua de Hogares. Año 2020”, 2021, p. 5, disponible en: https://www.ine.es/prensa/ech_2020.pdf

Ello viene a suponer, basándonos en otros estudios publicados en nuestro país, aproximadamente uno de cada diez hogares. Cfr. Gobierno de España: “Informe madre no hay más que una: monoparentalidad, género y pobreza infantil”, 2021, p.3, disponible en: <https://www.comisionadopobrezainfantil.gob.es/es/madre-no-hay-mas-que-una-monoparentalidad-genero-y-pobreza-infantil>

⁶ Sobre esta cuestión Vid. VV.AA.: *Madres y punto La realidad invisible de la monoparentalidad en España: desde las prácticas sociales a la voz de las madres*, ASSIEGO CRUZ, V. (Coord.), Madrid, FAMS, 2019, p. 13, disponible en: <https://familiasmonoparentales.es/wp-content/uploads/2021/07/Estudio-FAMS-Mujeres-y-Punto.pdf>.

⁷ Véase Noticias: “El Consejo de Ministros aprueba el proyecto de Ley de Familias”, Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, 2024, disponible en: <https://www.mdsociales2030.gob.es/comunicacion/noticias/derechos-sociales/20240228-ley-de-familias.htm> [Consultado el 04/03/2024]

⁸ Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-151-1.PDF

- b) *Cuando la progenitora haya sido víctima de violencia de género por parte del otro progenitor, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y ejerza la patria potestad y la guardia y custodia, tutela o curatela representativa o medidas de apoyo similares sobre sus hijas o hijos.*
- c) *En caso de ausencia temporal forzada de una de las dos personas progenitoras que le impida ejercer las responsabilidades parentales (ingreso en prisión, ingreso en centros sanitarios u otras razones análogas) por un periodo de tiempo previsible igual o superior a un año, en cuyo caso formarán la unidad familiar la otra persona progenitora junto con las hijas e hijos que dependan de ella. A estos efectos, se considera persona progenitora a la madre o al padre. Se equiparará a esta condición a la persona que tuviera a su cargo la tutela, guarda o acogimiento de personas menores de edad. Asimismo, tendrán la misma consideración que las hijas o los hijos las personas que se encuentren en situaciones de tutela, acogimiento familiar permanente, o guarda con fines de adopción, legalmente constituidas.”*

Podría alegarse que, dichos casos, no suponen estrictamente supuestos de «familias monoparentales», ya que en ningún punto del citado precepto utiliza la norma dicha terminología, no obstante, este debate no tiene cabida ninguna si se continúa leyendo la norma, al recogerse en el art. 35 de la misma los condicionantes⁹ que deben de cumplir los hijos o hijas para que “se reconozca o mantenga la condición de familia monoparental”.

En todo caso, y aun cuando no pueda desconocerse la existencia de dicho proyecto de ley, debemos de centrarnos en la normativa legalmente vigente en el momento actual en nuestro país en este punto. Es por ello que, por familia monoparental, en los términos establecidos en los arts. 182.3 b) y 357.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social -en adelante LGSS-, cabe entender:

⁹ En concreto, se fijan los siguientes: “a) Ser personas en estado civil de soltería y menores de veintiún años o ser personas con un grado de discapacidad igual o superior al treinta y tres por ciento o estar incapacitadas para trabajar, cualquiera que fuera su edad. Tal límite de edad se amplía hasta el cumplimiento de los veintiséis años en las familias en que existe una sola mujer progenitora víctima de violencia de género y, con carácter general, si los hijos o hijas cursan enseñanzas universitarias, formación profesional, u otros estudios que se consideren adecuados a su edad y titulación o encaminados a la obtención de un puesto de trabajo. b) Convivir con la persona progenitora, si bien se entenderá en todo caso que la separación transitoria motivada por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares no rompe la convivencia entre persona progenitora y las hijas o hijos. c) Depender económicamente de la persona progenitora o responsable. Se considera que hay dependencia económica cuando: 1.º La hija o el hijo o la persona sometida a tutela, acogimiento familiar permanente o temporal, o guarda con fines de adopción obtenga unos ingresos no superiores, en cómputo anual, al cien por ciento del IPREM vigente, incluidas las pagas extraordinarias, o esté incapacitado para el trabajo, y la cuantía de su pensión, si la percibiese, no exceda en cómputo anual de dicho importe, salvo que percibiese pensión no contributiva por invalidez, en cuyo caso no operará tal límite. 2.º La hija o el hijo o la persona sometida a tutela, acogimiento familiar permanente, o guarda con fines de adopción, contribuyan al sostenimiento de la familia, y la persona progenitora esté incapacitada para trabajar, jubilada o sea mayor de sesenta y cinco años de edad, siempre que los ingresos de ésta no sean superiores, en cómputo anual, al cien por ciento del IPREM, incluidas las pagas extraordinarias. 2. Nadie podrá formar parte, a los efectos previstos en este capítulo, de dos unidades familiares al mismo tiempo. 3. La condición de familia monoparental se perderá, a los efectos de esta ley, en el momento en que la persona responsable de la unidad familiar contraiga matrimonio con otra persona, constituya una pareja de hecho o bien dejen de cumplirse cualquiera de los requisitos establecidos en la ley.”

“La constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia.”

Junto a la deficiente definición existente en este punto, son otros los puntos conflictivos que concurren en este tipo de familias. Así, no puede obviarse el marcado sesgo de género del cual adolecen las mismas, siendo en ocho de cada diez hogares monoparentales el progenitor una mujer¹⁰ y habiendo crecido esta tendencia a lo largo de los años¹¹. Ello, como es imaginable, ha presentado asimismo una incidencia directa en el inclusión laboral de estos colectivos en el mercado de trabajo¹², y del mismo modo, en su posterior acceso a las distintas medidas de protección de carácter contributivo existentes en nuestro sistema de Seguridad Social. Por ende, este modelo de familia se encuentra más expuesto al riesgo de pobreza o exclusión social¹³. En concreto, estudios recientes muestran como el riesgo de pobreza al que se encuentran expuestas este tipo de familias duplica al del resto de hogares¹⁴.

A resultas, han sido diversas las políticas y medidas de carácter económico-social destinadas a paliar la situación de necesidad a la que se encuentran expuestas las familias monoparentales. No obstante, no entraremos por medio del presente estudio a analizar detenidamente el conjunto de las prestaciones concretas contempladas en nuestro sistema de Seguridad Social para este colectivo, así como tampoco a identificar las distintas medidas laborales legalmente recogidas que pueden también incidir en su inclusión sociolaboral, existiendo estudios que ya llevan a cabo dicho análisis de manera exhaustiva¹⁵. Por el contrario, nos centraremos en el «permiso por nacimiento y cuidado del menor», denominado en la práctica como permiso por paternidad, al haber surgido en los últimos años importantes debates doctrinales y jurisprudenciales en torno a la configuración legal del mismo en nuestro país.

¹⁰ Gobierno de España: “Informe madre no hay más que una: monoparentalidad, género y pobreza infantil”, cit., p. 3

¹¹ Véase INE: “Encuesta Continua de Hogares: Número de hogares monoparentales según sexo, edad y estado civil del progenitor. Nacional”, disponible en:

<https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/l0/&file=01017.px&L=0>

¹² Así, se ha afirmado en informes recientes como cerca de un 90% de las mujeres sujetas a esta situación encuentran dificultades para encontrar una jornada laboral compatible con la conciliación familiar. Al respecto véase ADECCO: “10º Informe monoparentalidad y empleo”, 2022, p. 1, disponible en: https://fundacionadecco.org/wp-content/uploads/2022/09/INFORME-MONOPARENTALIDAD-Y-EMPLEO_2022.pdf

¹³ Vid. VV.AA: *Madres y punto La realidad invisible de la monoparentalidad en España: desde las prácticas sociales a la voz de las madres*, ASSIEGO CRUZ, V. (Coord.), cit., p. 9.

¹⁴ ADECCO: “10º Informe monoparentalidad y empleo”, 2022, cit., p. 3.

¹⁵ Sobre esta cuestión, son diversos los autores que se han pronunciado, entre otros AVILÉS HERNÁNDEZ, M.: “Origen del concepto de “monoparentalidad” un ejercicio de contextualización sociohistórica”, en *Papers: revista de sociología*, Vol. 98, núm. 2, 2013, p. 276; GOÑI SEIN, J.L.: “La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer”, en *Temas Laborales*, núm. 82, 2005, etc. De manera exhaustiva sobre las diversas prestaciones aplicables a este colectivo puede encontrarse en López Vico, S.: “Familias monoparentales, género y permisos de paternidad: un análisis a la luz de los últimos pronunciamientos judiciales”, en VV.AA.: *Seguridad Social y tecnologías con perspectiva de género: Prácticas y experiencias en el proceso de enseñanzas y aprendizaje*, LÓPEZ INSÚA, B. M., ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S. (Dir.), Granada, Comares, 2023, pp. 158 y ss.

2. EL PERMISO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL ESPAÑOL

Concretamente, la cuestión que ha venido dominando el citado debate ha sido la posibilidad de reconocer una ampliación de la prestación por nacimiento y cuidado del menor y, con ello, del permiso reconocido a los progenitores para el cuidado de los hijos.

Normativamente ello nos obliga a situarnos en el art. 177 LGSS que reconoce como situaciones protegidas “*el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar... durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*”.

Por lo tanto, y por la propia alusión realizada en el citado precepto, resulta necesario partir de la evolución que en nuestro sistema ha sufrido la regulación de dichos períodos de descanso lo largo de las últimas décadas, y en concreto, con anterioridad a la promulgación del RD-ley 6/2019¹⁶ hasta la más reciente reforma operada en el marco del RD-ley 5/2023¹⁷.

En el año 2018 el art. 48.4 ET no reconocía el derecho a acceder a dicho permiso por nacimiento del hijo de manera indistinta por cada uno de los progenitores y por igual tiempo, sino que, por el contrario, lo que venía a reconocer el mismo a la mujer trabajadora era la potestad de *ceder* parte de este al otro progenitor¹⁸. Esta cuestión fue superada en el año 2019 por medio de la promulgación del RD-ley 6/2019, en virtud del cual se introdujeron importantes modificaciones en diversos puntos del art. 48 ET, equiparándose el permiso de maternidad y el de paternidad en los siguientes términos en su párrafo cuarto:

“El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.”

“El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa...”

Del mismo modo, por medio de dicha reforma, se introdujo una importante limitación en el marco del art. 48.4 ET, al disponer reconocer el permiso como “*derecho..., individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor*”.

Por otro lado, se modificó también el contenido del párrafo sexto de dicho precepto estableciendo que la ampliación de dos semanas en caso del nacimiento del hijo/a con

¹⁶ Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

¹⁷ Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

¹⁸ Vid. PERÁN QUESADA, S.: “De la tutela diferenciada de la maternidad y la paternidad a la protección por nacimiento y cuidado de menor desde una perspectiva constitucional”, en *Revista de derecho de la seguridad social*, núm. 20, 2019, p. 133.

discapacidad, se repartiría de manera proporcional entre ambos progenitores, esto es, a razón de una semana para cada uno de ellos.

Pues bien, este precepto se mantuvo inalterado hasta el año 2023, en el cual se introdujeron las siguientes modificaciones¹⁹:

- Por un lado, se introdujo un nuevo art. 48 bis en virtud del cual se reconoció *un nuevo permiso parental* para el cuidado de los hijos/as o menores acogidos por tiempo superior a un año, de una duración no superior a ocho semanas -continuas o discontinuas- y hasta el momento en que el menor cumpliese ocho años. Reconociendo este también como un derecho individual de las personas trabajadoras, hombres o mujeres, y desplazando la posibilidad de transferir el ejercicio del mismo al otro progenitor.
- Por otro lado, se modificó el contenido del art. 48.6 ET referente al permiso por nacimiento o cuidado del menor en el caso específico de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, adopción, en situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Esta reforma, presenta una especial relevancia desde el punto de vista de las familias monoparentales, al prever expresamente el legislador ciertas particularidades en caso de concurrir dicho modelo de familia. Concretamente, por medio de dicha modificación se prevé lo siguiente:

“En caso de haber una única persona progenitora, esta podrá disfrutar de las ampliaciones completas previstas en este apartado para el caso de familias con dos personas progenitoras.”

El primer aspecto resaltable de dicha reforma es la fórmula empleada para aludir a este tipo de familia, utilizándose el término «*familias en las que existe una única persona progenitora*».

Como puede apreciarse, dicha reforma se encuentra en sintonía con el anteriormente aludido Proyecto de Ley de Familias del año 2023. En este sentido, no podemos negar lo esperanzador que ello resulta ya que, pese a las lagunas que aún siguen existiendo en esta compleja materia, ello muestra al menos una predisposición del legislador de entrar a desarrollar la protección legalmente contemplada para dicho modelo de familias respondiendo con ello al llamamiento que, como veremos, desde hace tiempo venían realizando los tribunales de nuestro país al legislador.

¹⁹ Por un lado en el marco de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que vino a ampliar el contenido del art. 48.4 ET incorporando expresamente dentro de la noción de madre biológica también a las personas trans gestantes. Y por otro, en el marco del ya citado RD-ley 5/2023.

3. LA TRANSFORMACIÓN DE LA DOCTRINA JUDICIAL SOBRE LA DURACIÓN DEL PERMISO POR NACIMIENTO

Pues bien, siendo este el marco normativo actualmente existente, cabe entrar a analizar cuál ha sido la controversia que como decimos se ha extendido y cobrado en los últimos años una importancia creciente en nuestro marco jurisprudencial²⁰.

La misma, ha versado esencialmente sobre la posibilidad de ampliar la duración del permiso por nacimiento en el marco de las familias monoparentales a través del reconocimiento del periodo de tiempo que le habría correspondido al otro progenitor.

Sobre esta cuestión, no ha existido una doctrina uniforme en nuestro país, al menos hasta fechas recientes.

El primer pronunciamiento que vino a respaldar la posibilidad de ampliar el permiso por nacimiento o cuidado fue la STSJ del País Vasco 1217/2020 de 6 de octubre de 2020²¹. Esta sentencia vino a reconocer a la titular de una familia monoparental la ampliación en 8 semanas del permiso por nacimiento y cuidado del menor y, con ello, a la ampliación también del periodo de cobro de la prestación inherente durante dicho periodo de tiempo.

Para poder tomar dicha decisión alegó el Tribunal la existencia de tres posibles motivos que se encontraban en sintonía con la prestación objeto de controversia y también con la regulación contenida en el art. 48 ET. Dichos motivos eran “*la protección del menor y en general de la infancia; la introducción de una medida de igualdad de la mujer; y un elemento de conciliación de la vida familiar*”²². Pues bien, de todas ellas, la decisión finalmente adoptada se fundamentó esencialmente sobre la primera de ellas, esto es, la protección del menor y de la infancia. En relación a dicho motivo, vino a sostener el Tribunal que “*si se deniega la prestación a la beneficiaria, en los términos que lo pide, existe una conculcación del derecho de igualdad que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño...por cuanto que la atención, cuidado y desarrollo del menor afectado va a sufrir una clara merma respecto a aquellos otros que en situación semejante, encuadrados dentro de un modelo familiar biparental, van a recibir*”²³.

A este pronunciamiento le siguió en nuestro país un aluvión jurisprudencial no homogéneo, existiendo Tribunales que siguieron la línea interpretativa de dicha sala

²⁰ Sobre algunos de ellos véase RAMÍREZ BANDERA, C.: “La acumulación de la prestación por nacimiento y cuidado de menor en familias monoparentales: a vueltas con la exégesis normativa”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 262, 2023 [Recurso de acceso digital]; VILLAR CAÑADA, I.M.: “La extensión del derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor en las familias monoparentales”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 257, 2022 [Recurso de acceso digital]; LÓPEZ HORMEÑO, M.C.: “El permiso de maternidad de las mujeres en las familias monoparentales: ¿derecho a disfrutar de 16 semanas o de 32 semanas?”, en *Diario La Ley*, núm. 9991, 2022; DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: “Ampliación de la duración del permiso y la prestación por nacimiento y cuidado de menor en familias monoparentales”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 254, 2022 [Recurso de acceso digital]; LÓPEZ VICO, S.: “Familias monoparentales, género y permisos de paternidad: un análisis a la luz de los últimos pronunciamientos judiciales”, en VV.AA.: *Seguridad Social y tecnologías con perspectiva de género: Prácticas y experiencias en el proceso de enseñanzas y aprendizaje*, cit., etc.

²¹ Un estudio más detallado de esta sentencia puede encontrarse en GIL GIL, M. B.: “Rechazo de los permisos dobles en familias monoparentales STS núm. 169/2023, de 2 de marzo”, en VV.AA.: *Derecho vivo de la Seguridad Social. VII Seminario permanente de estudio y actualización URJC-AESS 2022*, RODRÍGUEZ INIESTA, G. y LASAOSA IRIGOYEN, E. (Dir.), Murcia, Laborum, 2023, pp. 137 y ss.

²² Véase FJ 5 STSJ del País Vasco 1217/2020 de 6 de octubre de 2020.

²³ *Ibidem*.

mientras que otros, por el contrario, se posicionaron en contra respaldando la doctrina hasta dicho momento dominante en nuestro país²⁴.

A modo de síntesis, los principales argumentos a favor y en contra de la ampliación del permiso por nacimiento recogidos en el plano jurisprudencial son los siguientes:

Razones a favor de la ampliación	Razones en contra de la ampliación
<p>1. Concurrencia del principio de igualdad consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y en el art. 14 CE.</p> <p>2. No implica privar en ningún caso al otro progenitor de su derecho.</p> <p>3. Trato desigual del menor en el marco de las familias monoparentales respecto a aquellos de familias biparentales que pueden disfrutar de un mayor periodo de tiempo con sus progenitores.</p> <p>4. Discriminación indirecta por razón de género.</p> <p>5. Discriminación familiar.</p>	<p>1. Naturaleza contributiva de la prestación y, por tanto, imposibilidad de conceder la misma por el tiempo que habría correspondido a un progenitor ficticio.</p> <p>2. Carácter exclusivo e intransferible de la prestación.</p> <p>3. Su reconocimiento supondría más una labor de lege ferenda que de interpretación por parte de los tribunales.</p> <p>4. Ausencia de su previsión legal, habiendo podido el legislador recogerlo expresamente.</p> <p>5. Distinta finalidad de la prestación por nacimiento reconocida a la madre y al otro progenitor.</p> <p>6. Posible factor de desigualdad respecto a las familias biparentales.</p> <p>7. Dejaría sin base alguna el impedir que los progenitores puedan cederse este derecho.</p>

Fuente: elaboración propia²⁵

4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 783/2023 DE 2 DE MARZO DE 2023

Pues bien, ante esta situación de indudable inseguridad jurídica, entró nuestro Tribunal Supremo a unificar doctrina por medio de su STS 783/2023 de 2 de marzo de 2023, mediante la cual se anuló la STSJ del País Vasco de 6 de octubre de 2020 y, por tanto, se denegó la posibilidad de llevar a cabo una ampliación de la prestación por nacimiento o cuidado por las siguientes razones²⁶:

²⁴ Un listado exhaustivo puede encontrarse en DE HEREDIA RUIZ, I.B: "Sobre la prestación por nacimiento y cuidado del menor en familia monoparental o monomarental (STS Pleno 2/3/23)", Una mirada crítica a las relaciones laborales, 2023, disponible en: <https://ignasibeltran.com/seguridad-social/#mono>

²⁵ Extraído de LÓPEZ VICO, S.: "Familias monoparentales, género y permisos de paternidad: un análisis a la luz de los últimos pronunciamientos judiciales", en VV.AA.: *Seguridad Social y tecnologías con perspectiva de género: Prácticas y experiencias en el proceso de enseñanzas y aprendizaje*, cit, p. 172.

²⁶ Un estudio detallado puede encontrarse en MORALES VALLÉZ, C.: "La prestación por nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de Fecha 02/03/2023" en

En primer término, consideró dicho Tribunal que dicha ampliación supondría “*crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales*”, suponiendo en consecuencia una extralimitación de las funciones de aplicación e interpretación del Derecho que legalmente le son reconocidas al poder judicial en nuestro país. Del mismo modo, esgrimió que, por otro lado, ello supondría también un perjuicio para el empresario en el ejercicio de sus poderes de dirección y organización.

En segundo lugar, dicha Sala desmintió la tesis sostenida por la STSJ del País Vasco de 6 de octubre de 2020 al considerar que el hecho de no ampliar la duración de esta prestación para las familias monoparentales no supone una conculcación ni de la CE, ni de ninguna otras norma, acuerdo o tratado ratificado por España.

Por otro lado, descartó que dicha ampliación pudiese justificarse bajo la necesidad de tutelar el interés del menor, considerando que no existía vulneración alguna entre las familias monoparentales y biparentales, ya que en estas últimas “*la prestación que corresponde al otro progenitor precisa como condición inexcusable su encuadramiento y alta en la Seguridad Social y cubrir un periodo mínimo de carencia; y, en caso contrario, no se le concede*”.

Del mismo modo, denegó la sala que resultase determinante el llevar a cabo una interpretación con perspectiva de género, para respaldar dicha posible ampliación, al entender que “*no estamos en un supuesto en que quepa aplicar aquella visión porque no hay discriminación, sino ante un eventual déficit de protección concreto querido y consentido por el legislador.*”

Por último, e íntimamente ligado al punto anterior, sostuvo este Tribunal que de haber sido la voluntad del legislador establecer una protección especial y diferenciada para las familias monoparentales así se habría recogido expresamente. Como consecuencia de ello, y al ser esta problemática sobradamente conocida por el mismo, respaldó la Sala su pronunciamiento también en dicha falta de actuación por parte del legislador.

Sin embargo, como ya señalamos en su momento, este pronunciamiento no supuso ni mucho menos el fin del debate en torno a esta relevante cuestión²⁷. Ello podía ya deducirse del propio desencuentro de opiniones entre los diversos magistrados del Tribunal Supremo en el marco de dicho pronunciamiento, reflejada en el voto particular formulado por el Magistrado García-Perrote Escartín mediante el cual se manifestó la oposición de este a la decisión adoptada por mayoría por la Sala, sosteniéndose la necesidad de haber llevado

VV.AA.: *Derecho vivo de la Seguridad Social. VII Seminario permanente de estudio y actualización URJC-AESSS 2022*, Rodríguez Iniesta, G. Y Lasosa Irigoyen, E. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2023, pp. 169 y ss.

²⁷ *Ibidem*. Del mismo modo, un amplio sector de la doctrina manifestó su oposición a la posición adoptada en esta cuestión por el Tribunal Supremo, entre otros: sentido HEREDIA RUIZ, I.B: “Sobre la prestación por nacimiento y cuidado del menor en familia monoparental o monomarental (STS(Pleno 2/3/23)”, cit y Rojo TORRECILLA, E.: “¿Miedo escénico o precaución jurídica en el TS? A propósito de la sentencia de 2 de marzo de 2023 sobre la duración de los períodos de descanso en los permisos por nacimiento para familias monomarentales”, El nuevo y cambiante mundo del trabajo. una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, 2023, disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/03/miedo-escenico-o-precaucion-juridica-en.html>. Otros, advirtieron de la posible trayectoria que esta cuestión tendría tanto en el Tribunal Constitucional como en las instancias europeas. Cfr. MONERO PÉREZ, J.L: “Familia monoparental y permiso de paternidad: ¿es posible la acumulación y disfrute de los dos permisos en un solo progenitor por vía de interpretación jurídica finalista?”, en *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 3, 2023 [Recurso de acceso digital].

Finalmente, hubo autores que apuntaron la necesidad de un pronunciamiento legal en esta materia que viniese a atajar la cuestión. Vid. ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “Denegada la ampliación de la prestación por nacimiento a familia monoparental”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 261, 2023 [Recurso de acceso digital].

a cabo en este punto o una interpretación integradora de las normas aplicables sobre la base “*del interés superior del niño, que debe tener una consideración primordial, así como a la perspectiva de género con que debe realizarse dicha interpretación*”. Subrayando asimismo que dicha vertiente interpretativa no habría resultado extraña a otros pronunciamientos de dicha sala en los que, en atención al interés superior del menor y a la perspectiva de género, se realizó una interpretación integradora similar a la que en este caso concreto se opone.

Pues bien, las primeras respuestas jurisprudenciales a dicha Sentencia del Tribunal Supremo ya se están produciendo en nuestro país.

5. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES TRAS LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Como cabría esperar, a la promulgación de la citada Sentencia del Tribunal Supremo le ha seguido un aluvión jurisprudencial que ha venido a resolver los pronunciamientos que, en el momento de aprobación de la STS de 2 de marzo, ya habían sido presentados en nuestro país. Concretamente, basta con realizar una búsqueda superficial para encontrar más de cincuenta Sentencias con fecha posterior a esta²⁸.

Por supuesto, salvo aquellas de fechas inmediatamente posteriores a aquella del Tribunal Supremo²⁹, todos los pronunciamientos siguen el criterio seguido en la unificación de doctrina. Sin embargo, ello no implica por sí solo que estos pronunciamientos carezcan de toda relevancia jurídica puesto que, pese a seguir la doctrina del Tribunal Supremo, los distintos magistrados dejan entrever en muchos de los mismos su auténtica opinión al respecto. En este sentido, podemos encontrar dos grupos de pronunciamientos:

- Por un lado, aquellos que venían descartando la posibilidad de ampliar el periodo de disfrute de la prestación por nacimiento en el marco de las familias monoparentales y que, en consecuencia, respaldan su doctrina en el pronunciamiento del Supremo³⁰. Incluso algunas aportan sus propias consideraciones, entre otras³¹, así puede verse en la STSJ de Extremadura núm. 357/2022 de 2 de junio, la cual indica, por un lado “*El superior interés del menor es, también, un principio interpretativo que debe guiar las decisiones judiciales primando dicho interés sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Pero como criterio o método hermenéutico es instrumental, no es un fin en sí mismo. Pues la interpretación es siempre un medio para conocer el sentido y alcance de las normas y, por consiguiente, para poder aplicarlas. No puede servir*

²⁸ En particular, para la realización del presente apartado se ha utilizado la plataforma «Aranzadi Instituciones». En la misma se ha filtrado la jurisprudencia atendiendo a aquellos pronunciamientos posteriores al 2 de marzo de 2023, del ámbito social y que versasen sobre la ampliación del permiso por nacimiento en familias monoparentales. Dicha búsqueda (que resulta especialmente estrecha al no incluir otros términos relevantes como pueden ser la adopción, acogimiento, prestación contributiva, etc.) arroja 78 pronunciamientos sobre esta cuestión, lo cual muestra la especial conflictividad que el citado problema ocupa en nuestro país en la actualidad.

²⁹ Concretamente, la STSJ del País Vasco núm. 593/2023 de 7 de marzo es la que sigue un criterio que resulta contrario a la STS de 2 de marzo, al haber seguido este Tribunal la doctrina que hasta dicho momento había venido sosteniendo y que, como hemos indicado expresamente en puntos anteriores de este estudio, fue de las primeras en sostener la existencia de motivos suficientes para respaldar la ampliación de la prestación por nacimiento en el marco de las familias monoparentales.

³⁰ Véase en este sentido STSJ de Galicia núm. 3009/2023 de 15 de junio; STSJ de Asturias núm. 649/2023 de 2 de mayo, etc.

³¹ Del mismo modo, resulta interesante en este sentido la STSJ de Madrid núm. 914/2023 de 20 de octubre.

para adoptar decisiones que se fundamenten única y exclusivamente en el mismo, al margen del concreto marco normativo, desbordándolo en consecuencia³². Y por otro que dicha Sala “no aprecia en la regulación de la prestación y del correspondiente permiso por nacimiento y cuidado del menor lagunas o vacíos que llenar ni oscuridades que interpretar en relación con los titulares de las familias monoparentales.”

- Por el otro, aquellos que venían sosteniendo dicha ampliación³³ y que, en consecuencia, pese a asumir dicha doctrina por “seguridad jurídica³⁴”, sostienen que mantienen su opinión anterior o muestran sus escepticismos al respecto³⁵. Entre otros pronunciamientos, resulta especialmente claro en este sentido el contenido en la STSJ de las Islas Baleares núm. 581/2023, de 13 de noviembre, en la que se indica: “*por más que la Sala mantenga la convicción, ya expuesta en nuestros pronunciamientos anteriores, conforme -desde la obligada perspectiva de protección del menor, pero también desde la perspectiva de género- nada justifica que el progenitor monoparental y su hijo/a, en el caso de las familias monoparentales (integradas, en la inmensa mayoría de casos, por mujeres) solo puedan disfrutar de un solo permiso de nacimiento...³⁶*”

Del mismo modo, pueden encontrarse sentencias que solamente revocan parcialmente el recurso planteado por el INSS, reconociendo en consecuencia ampliaciones de hasta 10 semanas a dichas familias³⁷.

6. CONCLUSIONES

Todo ello es muestra suficiente de la elevada conflictividad que en la práctica sigue existiendo sobre esta cuestión pese a la unificación de doctrina acometida mediante la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2023. Tal es así que se encuentra, desde antes incluso de dicha unificación, planteada una cuestión de inconstitucionalidad sobre la posibilidad o no de ampliar dicha prestación en el caso de las familias monoparentales ante el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea³⁸. En dicha cuestión se plantea:

- A) “*Si la omisión por el legislador español en el Art. 48.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en los Arts. 177, 178 y 179 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de una normativa que implique una valoración de las necesidades específicas de la familia monoparental, en el ámbito de la conciliación de la vida laboral y familiar con repercusión en el periodo de prestación de cuidados al hijo/a recién nacido/a, en comparación con el menor nacido en una familia bipolar en la que los dos progenitores tienen*

³² FJ 2º STSJ de Extremadura de 2 de junio, *cit.*

³³ Entre otras recogen expresamente esta cuestión la STSJ de Galicia núm. 4612/2023 de 25 de octubre; la STSJ de Cantabria núm. 421/2023 de 2 de junio, etc.

³⁴ Véase entre otros: FJ 2º de la STSJ de Galicia núm. 1906/2023 de 14 de abril; STSJ de las Islas Baleares núm. 224/2023 de 28 de abril; STSJ de Galicia núm. 1897/2023 de 14 de abril, etc.

³⁵ En este sentido la STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, núm. 715/2023 de 3 de octubre.

³⁶ Véase FJ 4º STSJ Islas Baleares de 13 de noviembre, *cit.*

³⁷ Concretamente, ello se encuentra reflejado en la STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, núm. 302/2023 de 11 de abril. En dicho caso en cuestión, ello encuentra su justificación en que el recurso impugna únicamente, de las 16 semanas reconocidas, el disfrute de 10 de ellas, puesto que entiende que las 6 semanas restantes coincidirían en el caso del permiso reconocido a ambos progenitores.

³⁸ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62022CN0673>

una expectativa de acceso al descanso retribuido, en el caso de reunir ambos las condiciones de acceso a la prestación de la Seguridad Social, es respetuosa con la Directiva, que impone una particular valoración, entre otras, del nacimiento del hijo/a en el seno de una familia monoparental, en orden a determinar las condiciones de acceso al permiso parental y las modalidades detalladas del mismo.”

- B) Y, “*Si los requisitos del disfrute del descanso laboral por nacimiento de un hijo/a, las condiciones de acceso a la prestación económica de la Seguridad Social y el régimen de disfrute del permiso parental y, en particular, la posible ampliación de la duración del mismo por ausencia de otro/a progenitor/a distinto/a de la madre biológica que dispense cuidados al menor, deben interpretarse, ante la ausencia de específica previsión normativa por el legislador español, de una forma flexible bajo el amparo de la norma comunitaria.*”

Ambas cuestiones, en nuestra opinión, no solo no han dejado de tener importancia ante el posterior pronunciamiento del Tribunal Supremo, sino que por el contrario, ante lo que acabamos de exponer y de la reciente aprobación por el Consejo de Ministros del Proyecto de Ley de familias donde se le concede un mayor protagonismo a las familias monoparentales, verán incrementada su relevancia en nuestro país.

En todo caso, y hasta la existencia de un pronunciamiento a nivel europeo sobre esta cuestión o de una expresa aclaración del legislador mediante la modificación de los arts. 177 y ss. LGSS y del art. 48 ET, lo que puede afirmarse sin condicionantes sobre la base del estudio realizado es que, lejos de lo que sostiene la doctrina judicial en nuestro país, esta cuestión no se ha “*resuelto definitivamente*³⁹” por medio del pronunciamiento del Tribunal Supremo al existir, como se ha plasmado en este estudio, una situación de necesidad, concretamente en el colectivo de las familias monoparentales, marcada por un indudable sesgo de género y que no afronta actualmente nuestra legislación.

³⁹ Véase STSJ de Galicia núm. 2323/2023 de 8 de mayo.

ASPECTOS DE SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE RETRIBUCIÓN DE VACACIONES TRAS LA RECENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

EDUARDO MERINO SAN ROMÁN
*Doctorando de la Universidad Rey Juan Carlos
Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años hemos venido afrontando un ingente volumen de pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con las vacaciones y su posibilidad de disfrute en situaciones en las cuales las personas trabajadoras han visto interrumpida la relación laboral como consecuencia de una situación de incapacidad temporal, jubilación parcial, o por reincorporación tras una extinción de la relación laboral. Estas circunstancias ponen de relieve la necesidad de ahondar en las cuestiones que afectan directamente a las personas trabajadoras.

En el ámbito europeo, en definitiva, se quiere aclarar, a través de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), aquellas cuestiones planteadas por los estados miembros que aplican una normativa que entra en conflicto con la normativa europea, afectando, en mayor medida, a las relaciones laborales individuales de las personas trabajadoras y, en el mismo sentido, con las consecuencias que ello conlleva para las empresas.

La Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en su artículo 2.¹, nos ofrece una definición del concepto de período de descanso equiparable a las vacaciones. Igualmente delimita un período mínimo de descanso, diario, mensual y anual². El problema se presenta cuando las vacaciones coinciden temporalmente con situaciones en que las personas trabajadoras no tienen la obligación de prestar servicios,

¹ El precepto concreta: “*Todo período que no sea tiempo de trabajo.*”

² En particular, LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: “Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, en *Derecho social Internacional y Comunitario. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, Madrid, 2017.

bien por tener su contrato suspendido o por otras circunstancias. Dichas situaciones han sido abordadas a golpe de sentencias del TJUE, con notables efectos en la obligación de cambios jurisprudenciales en España.

El presente estudio aborda las importantes cuestiones acerca de cómo afectarían aquellas situaciones “inusuales” a las que se enfrentan las personas trabajadoras en materia de vacaciones, y cómo debe calcularse la retribución a abonar durante su disfrute o en caso de que ello no sea posible, y ello desde un análisis sistemático de las últimas sentencias dictadas por el Tribunal de justicia de la Unión Europea de obligado cumplimiento por parte de los tribunales españoles³ con especial implicación en los derechos nacionales.

2. MARCO NORMATIVO DEL DERECHO A VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS

Un tema tan controvertido como es el derecho a las vacaciones anuales retribuidas ha tenido que someterse a interpretación no solo a nivel comunitario, sino también internacional, por lo que a continuación trataremos de abordar cuestiones tan interesantes a la par que discrepantes, que han provocado la necesidad de acomodar la jurisprudencia nacional a la dictada en el marco de la Unión Europea.

2.1. A nivel internacional

En perspectiva internacional, el art. 7 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 132⁴, en lo sucesivo Convenio 132 OIT, sobre las vacaciones pagadas, viene a indicar el importe mínimo de retribución económica que deben percibir las personas trabajadoras por el período completo de vacaciones, así como su cuantía. Entre otras sentencias, a título ilustrativo, encontramos la STJUE de 22 de mayo de 2014 asunto C-539/12, que reconoce el derecho de un trabajador a que su remuneración en el período de vacaciones no esté compuesto únicamente por el salario base, sino que se deben tener en consideración otros complementos del puesto de trabajo como por ejemplo, las comisiones obtenidas en función de los contratos celebrados por el empresario gracias a las ventas obtenidas por el trabajador antes del disfrute de las vacaciones.

Hay que tener en cuenta también lo dispuesto en el art. 4.1 del Convenio 132 OIT, en el sentido de proteger las personas trabajadoras en cuanto al período de disfrute de las vacaciones que no hayan podido disfrutar en el año natural por causas ajenas o no a su voluntad, pero que, sin embargo, sí que han devengado vacaciones por períodos inferiores al año. En la misma línea el art. 24 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre

³ Sobre este asunto, MARTÍNEZ MOYA, J.: “Cuestiones actuales sobre Derecho social comunitario: de la dinamicidad de sus fuentes a la influencia de la jurisprudencia social comunitaria en la doctrina de los tribunales laborales españoles”, en *Libro homenaje a Dámaso Ruiz Jarabo Colomer*. Madrid: Consejo General del Poder judicial. Centro de Documentación Judicial. 2011.

⁴ Ratificado por España el 16-6-72, BOE 5-7-74

⁵ Tal y como indica el Convenio: “Toda persona que tome vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá, por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado.”

determina el derecho de toda persona al disfrute de vacaciones periódicas pagadas, así como el disfrute del tiempo libre de descanso.⁶

La relevancia de estas normativas radica en que los estados miembros deben velar por la seguridad jurídica de las personas trabajadoras, y por ende asumir deberes y obligaciones en virtud del derecho internacional. En la práctica, se deben coordinar para que las normas y regulaciones internas de los estados miembros, sean compatibles con los derechos de las personas trabajadoras, y ello con la voluntad de disponer de un sistema jurídico fuerte y que ampare a aquellas personas trabajadoras que en ocasiones ven conculcados sus derechos, por interpretaciones judiciales que no son acordes con la normativa internacional.

Gracias a la doctrina del TJUE, se tendrá la certeza de que el sistema jurídico aplicable internamente, está respaldado por terceros ajenos a los estados miembros que no dejan igualmente de ser independientes, e interpretan las normativas de los estados miembros conforme a un derecho con plena seguridad y garantías para las personas trabajadoras.

2.2. A nivel comunitario

Una gran importancia adquiere la regulación de las vacaciones en el Derecho de la Unión Europea. En particular, el art. 31.2 de la Directiva 2003/80 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, contempla el derecho a las vacaciones anuales retribuidas⁷. La norma adquiere especial atención puesto que insta a los estados miembros a regular las condiciones mínimas de aplicación en cuanto al derecho a las vacaciones se refiere. En este ámbito, nos referimos a la STJUE de 22 de mayo de 2014, C-539/12 Asunto “Lock” y STJUE de 12 de junio de 2014, C-118/13, Asunto “Bollacke” en las que interpretan la jurisprudencia a favor de las personas trabajadoras en el sentido que prevalece la regulación de la normativa en materia de la retribución de las vacaciones atendiendo a la primacía del Derecho de la Unión Europea frente a las disposiciones y/o prácticas de los estados miembros que entren en contradicción con ella.⁸

La importancia de la materia se pone de manifiesto en el hecho de que órganos jurisdiccionales españoles plantearon, sólo en 2022, 41 cuestiones prejudiciales el Tribunal de Justicia de la Unión Europea preguntando sobre el acomodo de la normativa española sobre vacaciones al Derecho de la Unión, un 7,6% del total de cuestiones prejudiciales (537), sobre el tema.⁹

⁶ Vid. POQUET CATALÁ, R. “A vueltas de nuevo con el salario vacacional”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 126, 2019, págs. 117-136.

⁷ Este Derecho reconoce: “*Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas.*”

⁸ DE CASTRO MARÍN, E. “Una semblanza en elación con la reciente Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en materia retributiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 126, 2019, págs. 217-239.

⁹ Datos obtenidos: “*Elaboración por la Sección de Estadística del CGPJ a partir de datos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Se contabilizan los Procedimientos prejudiciales y las Peticiones de decisión prejudicial, procedimiento de urgencia*” C.G.P.J | Temas | Estadística Judicial | Estadística por temas | Aspectos internacionales | Cuestiones prejudiciales iniciadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (poderjudicial.es)

2.3. A nivel nacional

El derecho al disfrute de las vacaciones anuales retribuidas viene regulado en el derecho español fundamentalmente:

- 1) En el art. 40.2 de la Constitución Española (en adelante CE), que reconoce el derecho a vacaciones como un derecho social básico¹⁰;
- 2) En los arts. 26.1 y 38.1¹¹ del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) que establece un derecho mínimo de disfrute de 30 días naturales, que deberán ser retribuidos conforme a lo previsto en la normativa interna de aplicación o los convenios colectivos¹²;
- 3) En los artículos 125¹³ y 126 la Ley 36/2011 de 10 de octubre de reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS); y
- 4) En los arts. 147¹⁴, 166¹⁵, 268.3¹⁶, 269.4¹⁷ y 271.4¹⁸ del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (en adelante LGSS)

De la normativa que regula el derecho a las vacaciones retribuidas, se deduce que, además del carácter de tiempo de descanso anual retribuido, éstas tienen un carácter recaudatorio y de mantenimiento de las pensiones, por las aportaciones/cotizaciones abonadas por las personas trabajadoras y empresarios.

A pesar de que la normativa es clara, y se refiere a que las vacaciones corresponden con el periodo de descanso anual que como medida de seguridad y salud laboral corresponde a las personas trabajadoras, surge la duda de qué plazo tienen para disfrutar de las vacaciones, y si esta situación se puede equiparar a la incapacidad temporal y poder alargar el periodo de tiempo de su disfrute más allá del año natural.

¹⁰ En particular se determina: “Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.”

¹¹ Que establece: “El periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales.”

¹² En concreto “Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo. El periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales.”

¹³ Vienen a recoger: “El procedimiento para la fijación individual o plural de la fecha de disfrute de las vacaciones se regirá por las reglas siguientes (...) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente.”

¹⁴ Que establece la obligación de que “las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral serán objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de la extinción del contrato”.

¹⁵ Que considera como situación asimilada a la de alta, con cotización “el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato”.

¹⁶ Que concreta cuándo se inicia la situación de desempleo constitutiva del derecho a prestaciones, para los trabajadores fijos discontinuos

¹⁷ Que considera como cotizado el periodo correspondiente a vacaciones

¹⁸ Que prevé la reanudación de la prestación por desempleo tras el disfrute de las vacaciones

La normativa comunitaria deja que sean los estados miembros lo que regulen los plazos para poder disfrutar de las vacaciones, de ahí que el art. 38.3 del ET¹⁹ refiera, expresamente, al plazo durante en el cual las personas trabajadoras pueden disfrutar de las vacaciones al coincidir las mismas con una situación de incapacidad temporal.

No obstante, se puede entender que se podrá alargar el plazo para el disfrute de las vacaciones más allá del año natural desde la fecha de reincorporación tras el despido, equiparándolo a nuestro entender a una situación de incapacidad temporal, ya que, como indica por ejemplo la STJUE de 22 de septiembre de 2022 (C-120/21) asunto XP, este derecho al disfrute de las vacaciones se puede ampliar por causas ajenas a la voluntad de las personas trabajadoras.²⁰

3. RETRIBUCIÓN DE LAS VACACIONES: LA MODULACIÓN DEL DERECHO POR IMPERATIVO EUROPEO

Una de las cuestiones más problemáticas de la regulación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, tiene que ver con la especial dificultad que encuentran los empleadores a la hora de determinar qué salario y/o complementos salariales deben abonar a las personas trabajadoras durante el período de disfrute de las vacaciones. Si bien la cuestión ha sido abordada de forma reiterada y casuística por la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo²¹, dado que el objeto de este estudio es el análisis de la cuestión conforme a la interpretación dada por el TJUE del Derecho de la Unión Europea, parece conveniente sistematizar los pronunciamientos alcanzados a efectos de dilucidar si la actual interpretación dada por el alto tribunal español cumple con las exigencias impuestas por el TJUE. Es importante matizar que durante el disfrute de las vacaciones el “contrato sigue vivo”, con plenos efectos a pesar de que las personas trabajadoras no realizan prestación alguna de trabajo.²²

¹⁹ En particular: “En el supuesto de que el periodo de vacaciones coincide con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.”

²⁰ Vid. FERNÁNDEZ, J., “La imprescriptibilidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas en caso de incumplimiento de las obligaciones de información e incentivación del empresario. Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de septiembre de 2022 en los asuntos C-120/21, y los acumulados C-518/20 y C-727/20”, *Revista de derecho social*, núm. 99, 2022, págs. 117-122.

²¹ A modo de ejemplo, las SSTS 648/2022, de 12 de julio de 2022 (Rec. 2598/2019), de 11 de mayo de 2021 (Rec. 36307/2018), 66/2023, de 25 de enero de 2023 (Rec. 3603/2019), 82/2023, de 31 de enero de 2023 (Rec. 4025/2019), que determinan que se tiene derecho a vacaciones devengadas desde la fecha del despido hasta la readmisión, cuando el despido es declarado nulo o improcedente, optándose, en este último caso por la readmisión y percibiendo salarios de tramitación, en aplicación de la STJUE de 6 de noviembre de 2018 (C-684/16), asunto Shimizu; la STS 302/2022, de 5 de abril de 2022 (Rec. 54/2022), que determina cómo debe calcularse el período de vacaciones de las personas trabajadoras fijas-discontinuas; la STS 743/2022, de 15 de septiembre de 2022 (Rec. 2491/2019), que obliga a compensar económicamente las vacaciones no disfrutadas por el trabajador que se encontraba en situación de incapacidad temporal, una vez que han transcurrido más de 18 meses a partir del final del año natural en que se originó dicha situación, habiéndose extinguido el contrato de trabajo como consecuencia de dicha declaración de incapacidad temporal.

²² Así se determina en: SEMPERE NAVARRO, A.V. y CHARRO BAENA P., “Las vacaciones laborales”, Aranzadi. 2003. Pág. 50.

3.1. Retribución de las vacaciones y despido nulo

En España, tanto el artículo 55.5 ET²³ como el artículo 113²⁴ LRJS, establecen el efecto que conlleva la calificación del despido como nulo, que es la readmisión de las personas trabajadoras en determinados supuestos tasados legalmente, en particular, cuando existan causas de discriminación que están prohibidas o cuando se violan los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas trabajadoras. Además, el precepto recoge más supuestos de nulidad de un despido. Dicho efecto es inmediato en el sentido que no cabe una readmisión irregular, puesto que las personas trabajadoras deben reincorporarse bajo las mismas condiciones que disfrutaban antes de la extinción de la relación laboral.

A modo ilustrativo, aunque más adelante nos referiremos a ello, la STJUE de 12 de octubre de 2023 (C-57/22), asunto YQ, en consonancia con la STS 648/2022, de 12 de julio de 2022 (Recurso 2598/2019), vienen a reconocer el derecho de un trabajador despedido que se reincorpora posteriormente a su puesto de trabajo tras declararse el despido nulo, al disfrute de las vacaciones devengadas durante el período temporal que media entre el despido y su readmisión/reincorporación a su puesto de trabajo.

De especial relevancia a nivel interno en nuestra jurisdicción española, es la STS de 11 de mayo de 2021, recurso 3630/2018 que invocó la STJUE de 6 de noviembre de 2018 (C-684/16), asunto Shimizu, la cual había argumentado que los estados miembros no pueden realizar excepciones en contra de lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 2003/88 ya referenciada,²⁵ reiterando lo establecido en la STJUE de 29 de noviembre de 2017 (C-214/16), asunto King, que, en la misma línea, viene a indicar que la doctrina es aplicable tanto cuando el despido se califique de improcedente como cuando se califique como nulo, porque nos encontramos ante supuestos de causas ajenas a la voluntad de las personas trabajadoras, por las cuales les corresponden el devengo de las vacaciones correspondientes.

Podemos entender que cada estado miembro es quién determina las fechas y períodos de disfrute de las vacaciones de acuerdo con su legislación interna, si bien es cierto que, a la vista de la jurisprudencia de referencia y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva y el denominado “efecto útil” matizado por el TJUE, es un derecho irrenunciable y deberá disfrutarse por las personas trabajadoras en los mismos términos que regían con anterioridad al despido.

Por ello, se puede concluir, en línea con lo establecido en la STJUE de 10 de septiembre de 2009 (C-277/08), asunto Vicente Pereda, que las personas trabajadoras tendrán derecho al disfrute de las vacaciones no disfrutadas en el período de interrupción de la relación laboral al reincorporarse tras la consideración de un despido como nulo y,

²³ Resumiendo, el citado artículo dispone: “Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora.” Igualmente, el de aquellas trabajadoras en situaciones relacionadas con el nacimiento de un bebé, antes, durante y después”.

²⁴ Por lo tanto: “Si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión de los trabajadores con abono de los salarios dejados de percibir.”

²⁵ A la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta, según el cual un derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido no puede extinguirse a la conclusión del período de devengo o de un período de aplazamiento fijado por el Derecho nacional cuando el trabajador no haya podido disfrutar de sus vacaciones

deberán acudir a la normativa interna de cara a determinar el disfrute de estas, sin pérdida alguna de las mismas, por causas no imputables a las personas trabajadoras²⁶.

3.2. Retribución de las vacaciones e incapacidad temporal

Una de las cuestiones más controvertidas de los últimos años, es la relativa a determinar el impacto que tiene en la retribución la coincidencia del periodo de incapacidad temporal con las vacaciones. En este sentido, nos encontramos por un lado con el derecho al disfrute de las vacaciones una vez finalice la incapacidad temporal, tal y como recoge el artículo 38 del E.T, y por otro cómo afecta a la retribución de las personas trabajadoras la coincidencia de la incapacidad temporal con las vacaciones que no pueden disfrutar las personas trabajadoras por causas ajenas a su voluntad.

La cuestión por aclarar es qué sucede en aquellos supuestos en los cuales las personas trabajadoras comienzan a disfrutar de su periodo de vacaciones al finalizar la incapacidad temporal, especialmente, si éstas deben abonarse como mínimo, al mismo importe retributivo que el correspondiente a una mensualidad, o pueden existir partidas retributivas que puedan excluirse de dicha retribución. Y la respuesta se puede encontrar en una importante casuística abordada por el TJUE.

La STJUE de 9 de noviembre de 2023 (C-274/22), asunto XT, discute sobre la posibilidad de aplazar las vacaciones anuales retribuidas en situaciones de enfermedad de larga duración. En este caso, se dicta sentencia en el sentido que un trabajador tiene derecho a solicitar vacaciones anuales retribuidas a pesar de que hayan estado de baja laboral por enfermedad que supera el año de duración, con la limitación temporal de un periodo de menos de quince meses después del final del periodo de devengo que da derecho a dichas vacaciones y limitadas a dos períodos de devengo consecutivos. La sentencia concluye que un trabajador que haya estado de baja laboral de larga duración, por ejemplo, un año, podrá disfrutar de las vacaciones que haya devengado durante ese periodo de un año de baja médica, siempre y cuando no hayan transcurridos más de quince mensualidades desde que generó el derecho a las vacaciones. A modo de ejemplo, si la baja médica se inicia el 1 de enero de 2023, y finaliza el 31 de diciembre de 2023, podrán disfrutarse el periodo de vacaciones, conforme a la sentencia, hasta el 31 de marzo de 2025.

La cuestión se vuelve a abordar en la STJUE de 14 de diciembre de 2023 (C-35/22), asunto TF. La misma determina que un trabajador que habiendo solicitado el periodo de disfrute de vacaciones aceptadas por la empresa, y que, como consecuencia de la decisión del gobierno de la nación que ordena un periodo de cuarentena cuando el trabajador entra en contacto con una persona afectada de Covid-19, ve cómo coincide el periodo de disfrute de las vacaciones con dicha cuarentena, no impide que la empresa niegue el aplazar las mismas al no encontrarnos ante una situación equiparable a la incapacidad temporal. La razón es que no puede considerarse a un trabajador como enfermo, por el mero hecho de haber permanecido en contacto con una persona infectada por el virus.

A su vez, la STJUE de 9 de diciembre de 2021 (C-217/20), asunto XXXX, reconoce el derecho al trabajador a percibir una remuneración íntegra durante el periodo de vacaciones, sin merma alguna en cuanto a reducción por baja médica se refiere²⁷. La sentencia no es

²⁶ En este sentido vid. GALLEGU Moya, F., "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el derecho a las vacaciones", *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 227, 2020, págs. 147-172

²⁷ "El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido

novedosa, ya que anteriormente el TJUE había señalado, en STJUE de 13 de diciembre de 2018 (C385/17) asunto Torsten Hein, que la retribución durante el periodo de vacaciones a las que tiene derecho un trabajador debe ser la misma que les corresponde por el trabajo ordinario, sin que pueda verse afectado por un supuesto de incapacidad temporal que, como hemos indicado anteriormente, es un hecho ajeno a la voluntad del trabajador.

3.3. Retribución de las vacaciones y extinción/suspensión de la relación laboral

A la hora de calcular el finiquito de las personas trabajadoras que causan baja en la empresa por cualquier motivo, nos encontramos con dudas respecto de cuál debe ser el importe por abonar a las personas trabajadoras del período de vacaciones devengado en el año natural.

Tal y como recoge el artículo 147 de la LGSS, cuando se extingue el vínculo contractual sin que las personas trabajadoras hayan podido disfrutar de las vacaciones, se debe abonar en el finiquito el importe correspondiente, así como realizar la cotización adicional por dicho período. Igualmente, conforme al artículo 7.2 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, las personas trabajadoras que no hayan tenido la posibilidad de disfrutar de todos sus derechos a vacaciones anuales retribuidas antes de la finalización de su relación laboral tendrán derecho a una compensación económica adecuada.

Pues bien, a resolver la cuestión se dedica la STS 220/2019, de 14 de marzo de 2019 (Rec. 466/2017), en la que se reconoce el derecho a las personas trabajadoras a una compensación económica a partir del momento de la extinción de la relación laboral, que tuvo lugar como consecuencia de su declaración de situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual. En concreto, se discutía sobre la prescripción del derecho a la compensación económica por las vacaciones no disfrutadas por parte de un trabajador como consecuencia de una baja laboral de larga duración (en este caso 3 años), invocando la parte recurrente normativa internacional, como el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 7 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1948 y el Convenio 132 de la OIT de 1970, ratificado por España en 1974, e incluso el artículo 40.2 de nuestra Constitución Española, que pide a los poderes públicos que garanticen «el descanso necesario y las vacaciones anuales retribuidas»²⁸. Se entiende que las personas trabajadoras cuando se les reconoce la situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, es el momento en la que debe iniciar el cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de la reclamación de cantidad correspondiente.²⁹ Pues bien, con buen criterio, la sentencia da la razón las personas trabajadoras, porque estas no pudieron disfrutar de sus vacaciones por fuerza mayor, teniendo derecho a una compensación económica a partir del momento de la extinción de la relación laboral, que

de que se opone a disposiciones y prácticas nacionales en virtud de las cuales, cuando un trabajador en situación de incapacidad laboral por enfermedad ejerce su derecho a vacaciones anuales retribuidas, para determinar el importe de la retribución que le será abonada en concepto de vacaciones anuales retribuidas se tiene en cuenta la reducción —resultante de la incapacidad laboral— del importe de la retribución que percibió durante el período de trabajo anterior a aquel en que se solicitan las vacaciones anuales”.

²⁸ MARTÍNEZ MOYA, J.: «Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia.» Capítulo 32, Las Vacaciones. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (FIDE). 2023

²⁹ En relación con esta cuestión, LLUCH CORELL, F.: “¿Prescribe el derecho a las vacaciones negadas por la empresa?” VV. AA, Foro abierto Social, Revista de Jurisprudencia Lefebvre El Derecho, núm. 4, junio 2022.

tuvo lugar como consecuencia de su declaración en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual.

La sentencia no se dicta en el vacío, sino que trae causa de la STJUE de 20 de julio de 2016 (C-341/15) asunto Hans Maschek, en la que se concreta que un trabajador tiene derecho a las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas, cuando la relación laboral finalizó como consecuencia de acceder a la pensión de jubilación.

Igualmente nos encontramos con la STJUE (Gran Sala) de 6 noviembre 2018, asunto C-684/16, en la que se dispone que se no pueden verse perjudicado el trabajador que no ha solicitado ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas durante el período de referencia de que se trate, si el empresario no ha verificado que pudo ejercitarse ese derecho previamente.

A raíz de lo anterior, surgen dudas de qué sucede con el salario de las personas trabajadoras en dicho período, por ejemplo, si se ha actualizado el salario de las personas trabajadoras atendiendo a las tablas salariales correspondientes que recojan los convenios colectivos de aplicación o acuerdos/pactos internos entre empresas y las personas trabajadoras.

La doctrina del TJUE ha matizado, en cuanto a la expresión “vacaciones anuales”, qué tipo de retribución debe percibir en concepto de mínimos. Ello se ha abordado en la STJUE de 20 de enero de 2009 (C-350/06 y C-520/06), asunto Schultz-Hoff³⁰, que entiende que la minoración de la retribución durante el período de interrupción de la relación laboral -en este caso por extinción de esta-, no tiene cabida en los derechos internos, al ser contrarias al artículo 7.1 de la Directiva 2003/88 y el artículo 1.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en adelante (CDFUE). Dicho en otras palabras, las personas trabajadoras deben percibir la retribución ordinaria³¹ para dicho período de descanso, como recoge la TSJUE de 16 de marzo de 2006, acumulados C-131/04 y C-257/04, Asunto “Robinson.Steele” y TSJUE de 13 de diciembre de 2018, C-385/17, Asunto Hein que en este caso incluye la remuneración de las horas extraordinarias cuando las mismas sean muy previsibles y se realicen de manera habitual³². Es decir, que como mínimo les corresponde una mensualidad de su salario ordinario, prevaleciendo la normativa internacional sobre el convenio colectivo³³.

Igualmente, la TSJUE de 13 de diciembre de 2018 (C-385/17), asunto Schultz-Hoff, considera contraria al art. 7.1 la Directiva 2003/88/CE, una normativa o práctica que permita que al finalizar la relación laboral no se abone compensación económica alguna en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas por encontrarse las personas trabajadoras en situación de enfermedad durante la totalidad o parte del período de vacaciones.

³⁰ Sobre el tema, vid. MONEREO PÉREZ, J.L., GUINDO MORALES, S., “La nueva doctrina comunitaria sobre las vacaciones como período de descanso: el reciente acervo jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, núm. 67, 2019

³¹ En relación con este asunto, vid. DE CASTRO MARÍN, E. “Una semblanza en elación con la reciente Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en materia retributiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 126, 2019, págs. 217-239.

³² MARTÍNEZ MOYA, J.: «Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia.» Capítulo 32, página 1399. Las Vacaciones. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (FIDE). 2023.

³³ STS 496/2016 de 8 de junio de 2016 (Rec. 112/2015).

En cuanto a la unidad del tiempo a la hora de terminar la base del cálculo de las vacaciones, se entiende por la Directiva 2003/8/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que debe referirse al término “hora”.

Por lo tanto, las personas trabajadoras tendrán derecho al percibo del salario en su totalidad durante dicho periodo y, como mínimo, en el mismo importe y cantidades que percibían en la fecha de la extinción/interrupción de la relación laboral. Si bien es cierto que, atendiendo a la normativa interna de cada Estado miembro y convenios colectivos de aplicación, si los mismos actualizan las tablas salariales, las personas trabajadoras tendrán igualmente derecho a que dicha actualización impacte positivamente en su remuneración. Dicho de otro modo, si las personas trabajadoras han estado un año esperando la sentencia del juicio que ha estimado su pretensión de despido nulo, y se ha incrementado por el IPC o a través del convenio colectivo o acuerdo interno su salario, la empresa deberá actualizar el mismo a la fecha de su reincorporación.

En general, las personas trabajadoras que causan baja en la empresa por causas ajenas a su voluntad no prestan servicios en la empresa, ni realizan un trabajo por el cual debe ser remunerado y devengan vacaciones. Por ello, no deberían concederle ese derecho al disfrute y/o remuneración de las vacaciones en los mismos términos que las personas trabajadoras que sí han prestado un servicio, dado que generaría un trato de favor diferente con el resto que sí realizan un trabajo efectivo por el cual tienen derecho a un descanso mínimo anual.

La cuestión se aborda en la STJUE de 27 de abril de 2023 (C-192/22), asunto FI, en la que se plantea una cuestión prejudicial al hilo de la normativa alemana, y respecto del pleito entablado por un trabajador con un contrato de trabajo convertido de tiempo completo a tiempo parcial, previo a la jubilación, acordándose unos períodos de tiempo de trabajo y otro de dispensa de trabajo, durante el cual un trabajador enfermó dos días y dos tercios. El TJUE concluye que contraría el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE, y el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, una normativa que extingue el derecho a vacaciones al finalizar el año.

Tiene sentido la sentencia del TJUE en cuanto que, en este caso, igualmente el trabajador sufre una pérdida del disfrute de dos días y medio de vacaciones por causas ajenas a su voluntad -la enfermedad-, lo que no puede ser un motivo por el cual el trabajador pierda derecho al disfrute de parte o la totalidad de sus vacaciones, ya que la situación en la que se encuentran no es de extinción sino de suspensión de la relación laboral. Por ello, deben aplicarse las mismas normas que afectan al resto de personas trabajadoras al seguir vigente la relación laboral y, por ende, el vínculo contractual entre ambas partes.

Finalmente, nos referimos a la STJUE de 29 noviembre 2017 (Sala Quinta), asunto C-214/16 en la que se hace referencia al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido que opone a que el trabajador tenga que disfrutar de sus vacaciones antes de saber si tiene derecho a que éstas se le retribuyan.

4. IMPACTO EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL TRAS LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TJUE

Antes de ahondar en la cuestión, es importante aclarar que la cotización durante el período de vacaciones disfrutadas, cuando estas han sido retribuidas, corresponde al empresario la obligación de ingresar su aportación tanto la parte empresarial como la de las personas trabajadoras. Ahora bien, en aquellos supuestos de extinción del contrato de trabajo en el cual las personas trabajadoras no han podido disfrutar de las mismas, debe practicarse su cotización mediante una liquidación complementaria, conforme a la normativa reguladora, en concreto el artículo 147.1 de la LGSS.³⁴

La doctrina del TJUE, si bien no se proyecta directamente sobre aspectos de Seguridad Social, sí tiene efectos en determinados aspectos de ésta, en particular en las cotizaciones.

La STJUE de 10 de septiembre de 2009 (C-277/08), asunto Vicente Pereda, declaró que las personas trabajadoras tendrán derecho al disfrute de las vacaciones no disfrutadas durante el período de interrupción de la relación laboral al reincorporarse tras la consideración de un despido como nulo. En este sentido, hay que tener en cuenta que las cotizaciones por parte del empresario en materia de seguridad social son “objeto de liquidación y cotización complementaria en el mes de extinción del contrato”³⁵. Es por ello por lo que las personas trabajadoras no verán mermada sus cotizaciones de cara a posibles prestaciones que les correspondan en un futuro, como por ejemplo de cara a coberturas de Seguridad Social, cotizaciones adecuadas, prestaciones dignas e incluso protección de derechos laborales y finalmente, en este caso concreto en cuanto a una pensión de jubilación.³⁶

La STJUE de 22 de mayo de 2014 asunto C-539/12, reconoció el derecho de un trabajador a que su remuneración en el período de vacaciones no estuviera compuesta únicamente por el salario base, sino que se debían tener en consideración otros complementos del puesto de trabajo como, por ejemplo, las comisiones obtenidas en función de los contratos celebrados por el empresario gracias a las ventas obtenidas por el trabajador antes del disfrute de las vacaciones. En la práctica, estas remuneraciones que afectan a las personas trabajadoras en su período de vacaciones, deberán cotizarse tal y como marca la normativa aplicable a estos supuestos específicos, en concreto la Orden PJC/51/2024, de 29 de enero.³⁷

³⁴ “Las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral serán objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de la extinción del contrato”.

³⁵ Vid: La problemática existente en la retribución del período de vacaciones, Olaya Martín Rodríguez, Doc. Labor., núm. 108-Año 2016-Vol. III. ISSN: 0211-8556. págs. 11 a 32.

³⁶ Artículo 205.1 y siguientes del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.” Tendrán derecho a la pensión de jubilación regulada en este capítulo, las personas incluidas en el Régimen General que, además de la general exigida en el artículo 165.1 reúnan las siguientes condiciones: ...”

³⁷ Ver: artículo 1.segunda de la Orden PJC/51/2024, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2024 -modificada por la Orden PJC/281/2024, de 27 de marzo- que dispone: “...A la remuneración computada conforme a la norma anterior se añadirá la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias establecidas y de aquellos otros conceptos retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual o que no tengan carácter periódico y se satisfagan dentro del ejercicio económico del año..”.

La STJUE de 20 de julio de 2016 (C- 341/15) asunto Hans Maschek, determinó que un trabajador tiene derecho a las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas, cuando la relación laboral finalizó como consecuencia de acceder a la pensión de jubilación. Pueden existir lagunas en cuanto a cotización se refiere de cara a la pensión de jubilación y su impacto en la cuantía, por el hecho de no reconocer a las personas trabajadoras el período de vacaciones no disfrutadas en este caso enjuiciado³⁸. Durante dicho período, tras la aprobación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, existen reglas al respecto para integrar dichas lagunas con el ánimo de no perjudicar a las personas trabajadoras por interrupción de la relación laboral³⁹. Es fundamental considerar el impacto directo en materia de Seguridad Social para las personas trabajadoras, con el objetivo de evitar que sus prestaciones y/o cotizaciones se vean mermadas. Las lagunas en la cotización, como el no reconocimiento del período de vacaciones no disfrutadas, pueden afectar negativamente las prestaciones futuras de jubilación de los trabajadores, pudiendo afectar en una disminución en la cuantía de la pensión de jubilación.

Igualmente, la TSJUE de 13 de diciembre de 2018 (C-385/17), asunto Schultz-Hoff, consideró contraria al art. 7.1 la Directiva 2003/88/CE, una normativa o práctica que permitía que al finalizar la relación laboral no se abonara compensación económica alguna en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas por encontrarse las personas trabajadoras en situación de enfermedad durante la totalidad o parte del período de vacaciones. En este caso, la decisión empresarial de no abonar a las personas trabajadoras la retribución económica en concepto de vacaciones, afecta a la base de cotización anterior al mes de la baja, que es la que se toma en consideración a la hora de calcular el subsidio que corresponde en el período de la incapacidad temporal, tal y como dispone la Orden PJC/51/2024, de 29 de enero -modificada por la Orden PJC/281/2024, de 27 de marzo-⁴⁰. En el mismo sentido hay que aclarar que se trata de una contingencia la cual está especialmente protegida por nuestros poderes públicos en consonancia con el Convenio 102 sobre la Seguridad Social (norma mínima) 1952 (núm. 102) de la O.I.T.⁴¹. Es más, dicho Convenio “*estructura la Seguridad Social en nueve ramas de prestaciones: asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivientes*”⁴², lo que transmite una tranquilidad a las personas trabajadoras por la cobertura tan amplia que ofrece ante cualquier contingencia.

La STJUE de 27 de abril de 2023 (C-192/22), asunto FI, en la que se plantea una cuestión prejudicial al hilo de la normativa alemana, y respecto del pleito entablado por un trabajador con un contrato de trabajo convertido de tiempo completo a tiempo parcial,

³⁸ Comentarios de: MONTES ADALID G.M. “Las pensiones ante los retos que plantea la sociedad del riesgo.” Laborum. Capítulo 2, págs. 349-365. Lagunas de cotización: desafíos en el acceso a una pensión de jubilación.

³⁹ En concreto, Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. “*Disposición transitoria vigésima. Aplicación paulatina de la edad de jubilación y de los años de cotización*”.

⁴⁰ Ver. Artículo 6.2 de la Orden PJC/51/2024, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2024

⁴¹ Comentarios de: DE LA FUENTE SUÁREZ J.L. La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social. Dialnet.

⁴² Vid. MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A. “Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo., pág. 102.

previo a la jubilación, acordándose unos períodos de tiempo de trabajo y otro de dispensa de trabajo, durante el cual un trabajador enfermó dos días y dos tercios. En concreto, se acordó que trabajara del 1 de febrero de 2013 al 31 de mayo de 2016 pero que después disfrutara de un período de dispensa de trabajo hasta la jubilación que abarcaría del 1 de junio de 2016 al 30 de septiembre de 2019, fecha de inicio de la jubilación. En mayo de 2016, esto es, a finales del periodo de actividad comprometido, el trabajador comenzó a disfrutar de las vacaciones devengadas en 2016 si bien durante ese periodo vacacional estuvo enfermo y no pudo disfrutar de dos días y dos tercios de un día de vacaciones antes del fin del mes de mayo de 2016, momento en que comenzaba el periodo de dispensa del trabajo. Terminado el periodo de dispensa de trabajo, en 2019, el trabajador interpuso una demanda contra la empresa solicitando la compensación económica por los días de vacaciones no disfrutados por causa de enfermedad.

Y de ahí surge la discrepancia entre si las personas trabajadoras tienen derecho a la remuneración en concepto de vacaciones, por no haber podido disfrutar las mismas por causas ajenas a su voluntad. En materia de Seguridad Social, a la hora de considerar los períodos de cotización de los contratos a tiempo completo y a tiempo parcial, tenemos que remitirnos al coeficiente de parcialidad, para poder determinar el período mínimo de carencia exigido⁴³. Por ejemplo, si una persona ha trabajado ya sea 4 u 8 horas al día, y cumple con los requisitos establecidos por la normativa, ese tiempo trabajado se cuenta en el período mínimo de cotización necesario para acceder a la pensión de jubilación, en las mismas condiciones que si hubiera trabajado a tiempo completo. En otras palabras, el tiempo trabajado, ya sea a tiempo completo o parcial, contribuye al período de carencia necesario para percibir la pensión de jubilación.

5. CONCLUSIONES

Uno de los pilares básicos sobre los que se construye el Derecho Social de la Unión Europea, son las vacaciones, y ello por cuanto éstas permiten cumplir con una finalidad de importancia fundamental: permitir el descanso mínimo anual de las personas trabajadoras, con efectos en la seguridad y salud laborales, y en los derechos anexos como el derecho al ocio y al esparcimiento.

Los ordenamientos jurídicos deben prever que las personas trabajadoras que por causas ajenas a su voluntad e incluso por motivos de fuerza mayor, no puedan disfrutar efectivamente de las vacaciones, no vean afectado dicho derecho, y ello conforme a lo establecido en el art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, y la doctrina del TJUE.⁴⁴

La orden emana de la doctrina del TJUE, que ha obligado a reconocer el derecho al disfrute de vacaciones cuando las personas trabajadoras se encuentran en situación de incapacidad temporal, o cuando no han podido ser disfrutadas por extinguirse su relación laboral por jubilación u otras causas, delimitando, además, la forma de retribución de éstas. El TS ha acogido dicha doctrina, acomodando su jurisprudencia a los pronunciamientos del TJUE, con notables efectos en los periodos de descanso reconocidos conforme a la normativa española, así como el impacto directo en materia de Seguridad Social de las

⁴³ Ver: FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. "Los efectos del contrato a tiempo parcial sobre la acción protectora de la Seguridad Social. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, ISSN 2254-3295, N°. 124, 2016, págs. 57-86.

⁴⁴ "Refleja y precisa el derecho fundamental a un período anual de vacaciones retribuidas."

personas trabajadoras con el ánimo de no ver mermadas sus prestaciones y/o cotizaciones a las que pudieran tener derecho.

Si bien la doctrina del TJUE no refiere en ningún caso a aspectos de Seguridad Social, la realidad es que indirectamente afecta a ésta. La aclaración sobre qué partidas retributivas deben incluirse en el abono de las vacaciones -disfrutadas o no-, provoca no pocos y complejos efectos: 1) El no reconocimiento del derecho conforme a los mandatos de la UE, puede suponer una suerte de infracotización que tendrá que ser subsanada a posteriori, con los correspondientes recargos; 2) La inaplicación de la doctrina del TJUE puede afectar a la base reguladora sobre las que se calculan las prestaciones; 3) Las dificultades de traslación de la doctrina del TJUE a la realidad retributiva de cada persona trabajadora, puede provocar dificultades para determinar qué partidas retributivas deben ser objeto de cotización, ocasionando no pocos litigios, etc.

Como se ha analizado, las vacaciones retribuidas es un derecho para las personas trabajadoras en muchos países de la Unión Europea, y su retribución adecuada es crucial para garantizar la protección y el bienestar con el objetivo de no ver mermadas las prestaciones de Seguridad Social que les corresponden. Por lo tanto, es importante que tanto las personas trabajadoras como los empleadores estén al corriente de las regulaciones y normativas aplicables en su jurisdicción, para garantizar un tratamiento justo y equitativo en este aspecto, y para garantizar que las prestaciones futuras a las que pueda tener acceso como consecuencia de las cotizaciones efectuadas conforme a las partidas retributivas a incluir -de acuerdo con la doctrina del TJUE-, no se vean mermadas.

6. BIBLIOGRAFÍA

- DE CASTRO MARÍN, E. "Una semblanza en elación con la reciente Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en materia retributiva", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 126, 2019, págs. 217-239.
- DE LA FUENTE SUÁREZ J.L. La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social. Dialnet.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. "Los efectos del contrato a tiempo parcial sobre la acción protectora de la Seguridad Social. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, ISSN 2254-3295, Nº. 124, 2016, págs. 57-86.
- FERNÁNDEZ, J., "La imprescriptibilidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas en caso de incumplimiento de las obligaciones de información e incitación del empresario. Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de septiembre de 2022 en los asuntos C-120/21, y los acumulados C-518/20 y C-727/20", *Revista de derecho social*, núm. 99, 2022, págs. 117-122.
- GALLEGOS MOYA, F., "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el derecho a las vacaciones", *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 227, 2020, págs. 147-172
- LLUCH CORELL, F.: "¿Prescribe el derecho a las vacaciones negadas por la empresa?" VV. AA, *El Derecho*, núm. 4, junio 2022.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: "Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria", en *Derecho social Internacional y Comunitario. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, Madrid, 2017.

MARTÍN RODRÍGUEZ, O.: "La problemática existente en la retribución del periodo de vacaciones", Doc. Labor., núm. 108-Año 2016-Vol. III. ISSN: 0211-8556. págs. 11 a 32.

MARTÍNEZ MOYA, J.: "Cuestiones actuales sobre Derecho social comunitario: de la dinamicidad de sus fuentes a la influencia de la jurisprudencia social comunitaria en la doctrina de los tribunales laborales españoles", en *Libro homenaje a Dámaso RuizJarabo Colomer*. Madrid: Consejo General del Poder judicial. Centro de Documentación Judicial. Universidad Carlos III, 2011.

MARTÍNEZ MOYA, J.: "Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia." Capítulo 32, Las Vacaciones. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (FIDE). 2023.

MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A. "Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo.", pág. 102.

MONEREO PÉREZ, J.L., GUINDO MORALES, S., "La nueva doctrina comunitaria sobre las vacaciones como periodo de descanso: el reciente acervo jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", La Ley Unión Europea, núm. 67, 2019.

MONTES ADALID G.M "Las pensiones ante los retos que plantea la sociedad del riesgo." Laborum. Capítulo 2, págs. 349-365. Lagunas de cotización: desafíos en el acceso a una pensión de jubilación.

POQUET CATALÁ, R. "A vueltas de nuevo con el salario vacacional", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 126, 2019, págs. 117-136.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y CHARRO BAENA P., "Las vacaciones laborales", Aranzadi. 2003. P. 50.

**LA CEGUERA LEGAL Y EL NO RECONOCIMIENTO
AUTOMÁTICO DE UNA SITUACIÓN DE GRAN INVALIDEZ:
LA TESIS SUBJETIVA
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº
433/2023, DE 14 DE JUNIO**

CONCEPCIÓN MORALES VÁLLEZ

Magistrado Suplente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Profesor asociado de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos

Doctora en Derecho

1. DATOS ESENCIALES DE LA SENTENCIA COMENTADA

La Sentencia que se sitúa en la base del siguiente artículo es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo nº 433/2023, de 14 de junio, recaída en el Recurso nº 272/2021¹.

En la citada Sentencia actuó como Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

En cuanto a la parte dispositiva de la Sentencia, se ha de indicar que se estima el RCUD interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), se casa y anula la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 1255/2020, de 6 de octubre, recaída en el Recurso de Suplicación nº 1154/2020², y se declara la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de los de Donostia-San Sebastián nº 253/2019 de 23 de septiembre, dictada en los Autos nº 346/2019, seguidos a instancia de la beneficiaria, sobre Seguridad Social.

Centro de Documentación Judicial ROJ: STS 2723/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2723

¹ ROJ: STS 2723/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2723.

² ROJ: STSJPV 1762/2020 - ECLI:ES:TSJPV:2020:1762.

2. COMENTARIO CRÍTICO

La cuestión que se plantea en el presente RCUD se centra en determinar si las deficiencias visuales, por sí mismas, y de forma objetiva, pueden comportar la existencia de una gran invalidez, sin necesidad de que la persona afectada precise la asistencia de otra para desarrollar las funciones vitales esenciales.

El artículo 194.1 del RD-Leg 8/2015 de 30 octubre, establece que la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente en los siguientes grados:

- a) Incapacidad permanente parcial.
- b) Incapacidad permanente total.
- c) Incapacidad permanente absoluta.
- d) Gran invalidez³.

Pero no podemos obviar que hasta que no se desarrolle reglamentariamente el citado precepto, es de aplicación la redacción que se contiene en la Disposición Transitoria 26^a del RDLeg 8/2015 de 30 octubre, de modo que, se debe entender por gran invalidez “la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”.

El citado precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de describir el acto esencial para la vida como el imprescindible para la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible, para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquellas actividades indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamentales para la humana convivencia, y estima que, aunque no basta la mera dificultad en la realización del acto vital, no se requiere que la necesidad de ayuda sea continuada⁴.

Llegados a este punto, y en relación con la ceguera, el artículo 41.c) del Decreto de 22/06/1956 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación de accidentes del trabajo y Reglamento para su aplicación⁵, establece que se considerará incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo aquella que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio, y que en todo caso tendrán tal consideración “la pérdida de la visión de ambos ojos, entendida como anulación del órgano o pérdida total de la fuerza visual”.

Y el artículo 42 del Decreto de 22/06/1956 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación de accidentes del trabajo y Reglamento para su aplicación, señala que “el operario afecto de incapacidad permanente absoluta se calificará como «Gran Inválido»,

³ Cfr. Disposición Transitoria 26^a del RD-Leg 8/2015 de 30 octubre, en la que se establece que lo dispuesto en el artículo 194 del citado RD-Leg 8/2015 de 30 octubre, únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el mencionado artículo 194.3.

⁴ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo nº 200/2023, de 6 de marzo (Recurso nº 1766/2020); 593/2022, de 29 de junio (Recurso nº 233/2019); 426/2022, de 11 de mayo (Recurso nº 4907/2019); 806/2020, de 29 de septiembre (Recurso nº 1098/2018); y de fechas 03/03/2014 (Recurso nº 1246/2013); 23/03/1988, 05/02/1982, 26/06/1978, 14/02/1977, 13/03/1972, y 25/11/1970.

⁵ BOE nº 197/1956, de 15 de julio, y con vigencia desde el 04/08/1956.

cuando, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, para realizar los actos más esenciales de la vida (comer, vestirse, desplazarse o análogos), necesite la asistencia de otra persona”.

Por su parte la exposición de motivos del Decreto 1328/1963, de 5 de junio, sobre calificación de «Gran Invalidez» de los trabajadores que pierdan la visión en ambos ojos en accidente de trabajo⁶, ya indicaba que “respecto de los invidentes, sin embargo, viene siendo dudosa y discutida su consideración como «grandes inválidos», haciendo ello necesaria su precisión en sentido afirmativo, habida cuenta de que aun atendidos los notables progresos realizados para su recuperación y rehabilitación. Cuando menos durante los períodos que siguen a la calificación de la incapacidad, el invidente efectivamente necesita de la ayudada de otra persona para los actos más esenciales de la vida, aconsejando por otro lado la severidad extremada de la lesión un trato a favor que es el que el aumento de la renta viene a conseguir. Todo ello sin perjuicio de que en los casos en que se consiga la readaptación y a autosuficiencia del invidente sea revisable la calificación de «gran invalidez» otorgada en principio”.

Asimismo, el artículo 4.1 del Decreto 2421/1968, de 20 de septiembre, por el que se establece en la Seguridad Social la asistencia a los menores subnormales⁷, consideraba subnormales, a efectos de lo dispuesto en el citado Decreto, a los menores de dieciocho años que se encuentren comprendidos en el grupo de los ciegos, “con una visión menor de veinte/doscientos en ambos ojos, después de la oportuna corrección”, de modo que parece claro que la norma “definió la ceguera en términos matemáticos de discapacidad visual”⁸.

2.1. La valoración subjetiva de dolencias a efectos del reconocimiento de la gran invalidez

En los RCUD en los que se discute si las dolencias de una persona alcanzan una gravedad que justifica el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente, tradicionalmente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha adoptado como regla general la tesis subjetiva, y ha considerado que el reconocimiento de la pensión depende de las circunstancias de cada caso concreto, pues es obvio que una misma enfermedad puede producir efectos muy diferentes de unos a otros individuos, en función de cuáles sean sus factores personales, tanto los psíquicos como los físicos.

En otros tiempos, también la Sala de lo Social del Tribunal Supremo llegó a recoger la conocida frase de que no hay enfermedades sino enfermos, para con ello exponer y alejarse de la objetivación de dolencias, al margen de las circunstancias que presenta el individuo, y acudió al criterio de individualización diferenciada para decir en su Sentencia nº 433/1980, de 22 de enero⁹, “que es la medicina, y en su nombre los más caracterizados estudiosos de la misma, quienes afirman que no hay enfermedades sino enfermos, o lo que es lo mismo, que cada enfermedad necesita de distinta medida de tratamiento en cada individuo que la sufre, y a su vez, que son distintas las situaciones residuales apreciadas en cada una de las personas que sufren o han sufrido la misma enfermedad”.

⁶ BOE nº 143/1963, de 15 de junio, y con vigencia desde el 15/06/1963.

⁷ BOE nº 241/1968, de 7 de octubre, y con vigencia desde el 01/10/1968. Cfr. la derogada Orden de 22 de febrero de 1969 por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del Decreto 2421/1968, de 20 de septiembre que estableció en la Seguridad Social la asistencia a los menores subnormales (BOE nº 48/1969, de 25 de febrero).

⁸ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo nº 200/2023, de 6 de marzo (Recurso nº 1766/2020).

⁹ ROJ: STS 1220/1980 - ECLI:ES:TS:1980:1220.

En definitiva, estamos ante situaciones individuales, que no permiten generalizaciones y extensiones, en donde es muy difícil que exista contradicción, porque su valoración y la necesidad de ayuda de terceras personas, para declararla, depende de cada caso, pues más que de enfermedades estamos ante enfermos¹⁰.

Por ello, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha establecido una reiterada y constante doctrina en la que sostiene que “las decisiones en materia de invalidez permanente no son extensibles ni generalizables dado que, en principio, lesiones que son aparentemente idénticas pueden afectar a los trabajadores de distinta manera en cuanto a su incidencia en la capacidad de trabajo, especialmente si se trata de profesiones distintas o aun siendo iguales, cuando se desempeñan en situaciones diferentes. De ahí que no sea ésta una materia propia de la unificación de doctrina tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general”¹¹.

2.2. La valoración objetiva de deficiencias visuales a efectos del reconocimiento de la gran invalidez

No obstante lo anterior, y en relación con las prestaciones de gran invalidez por discapacidad visual, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo adoptó la tesis objetiva, y ha considerado que una persona aquejada de ceguera absoluta es acreedora de una gran invalidez, a tenor del Decreto 1328/1963, de 5 de junio, “pues aunque se admite que puede vestirse y comer, es evidente que los medios necesarios para realizar tan elementales necesidades de la vida, han de serles facilitados por una persona que necesariamente ha de auxiliarle para estas finalidades, así como para desplazarse aún dentro de su propio domicilio y otros análogos”¹².

Y es que, aunque no hay una doctrina legal indubitable que determine qué agudeza visual ha de ser valorada como ceguera, sí puede afirmarse que, en general, cuando ésta es inferior a una décima en ambos ojos se viene aceptando que ello significa prácticamente una ceguera¹³, sin embargo, cuando la agudeza visual es igual a una décima o superior, si no concurre ninguna otra circunstancia, viene estimándose que es posible con ella realizar los actos más esenciales de la vida sin necesidad de requerir el auxilio de otra persona, por lo que, en sí misma, no constituye una gran invalidez¹⁴.

De este modo la doctrina unificada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo podía resumirse en los siguientes términos:

- a) Una persona que pueda ser considerada ciega, por estar indiscutidamente dentro de las categorías de alteración visual que dan lugar a la calificación de ceguera, bien por padecer ceguera total o bien por sufrir pérdida de la visión a

¹⁰ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 05/05/1999 (Recurso nº 3709/1998).

¹¹ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo nº 375/2023, de 24 de mayo (Recurso nº 2117/2020); 200/2023, de 16 de marzo (Recurso nº 1766/2020); 144/2023, de 21 de febrero (Recurso nº 4711/2019); 698/2020, de 22 de julio (Recurso nº 4533/2017); 372/2016, de 4 de mayo (Recurso nº 1986/2014); y de fechas 10/02/2015 (Recurso nº 1764/2014); y 21/03/2005 (Recurso nº 1211/2004), entre otras.

¹² Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo nº 200/2023, de 6 de marzo (Recurso nº 1766/2020); de fecha 03/03/2014 (Recurso nº 1246/2013); y nº 121/1980, de 18 de octubre.

¹³ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 22/12/1986, 11/02/1986, 19/09/1985, y 01/04/1985, entre otras.

¹⁴ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12/06/1990.

ella equiparable (cuando, sin implicar una absoluta anulación de la misma, sea funcionalmente equiparables a aquélla) reúne objetivamente las condiciones para calificarla en situación de gran invalidez.

- b) Aunque no hay una doctrina legal, ni científico-médica indubitable que determine qué agudeza visual ha de ser valorada como ceguera, sí puede afirmarse que, en general, cuando ésta es inferior a una décima en ambos ojos se viene aceptando que ello significa prácticamente una ceguera.
- c) Es claro que el invidente en tales condiciones requiere naturalmente la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida, aunque no figure así en los hechos declarados probados de la correspondiente resolución judicial, no requiriéndose que la necesidad de ayuda sea continuada.
- d) No debe excluir tal calificación de gran invalidez la circunstancia de quienes, a pesar de acreditar tal situación, especialmente por percibir algún tipo de estímulo luminoso, puedan en el caso personal y concreto, en base a factores perceptivos, cognitivos, ambientales, temporales u otros, haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, o incluso los que puedan llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación, con lo que, además, se evita cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en tal situación¹⁵.

En definitiva, y a tenor de los criterios legales y jurisprudenciales, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, llegaba a la “conclusión de que en el reconocimiento de la gran invalidez ha de atenderse prioritariamente a los parámetros objetivos de disfunción y no a los subjetivos que singularmente pudieran concurrir”¹⁶.

A mayor abundamiento, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo razona que si el éxito en el aprendizaje para la realización de actividades cotidianas y vitales por parte de los discapacitados a la postre se pudiese traducir -conforme a la solución «subjetiva» que rechaza- en la privación del complemento previsto para la de gran invalidez, no parece dudoso que el consiguiente efecto desmotivador supondría un obstáculo para la deseable reinserción social y laboral del discapacitado, y esta rechazable consecuencia debe inducirnos también a excluir una interpretación que no sólo resulta se nos presentaría opuesta a los principios informadores de toda la normativa en materia de discapacidad sino que incluso también resultaría contraria a los principios de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que se alude en el artículo 49 de la Constitución¹⁷.

En definitiva, la situación de gran invalidez se caracteriza porque la persona afectada necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, y la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha inclinado por una solución «objetiva» y no «subjetiva», “en el sentido de que no debe excluir la calificación de gran invalidez la circunstancia de quienes, a pesar de acreditar tal situación, puedan en el caso personal y concreto, en base a determinados factores, haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la

¹⁵ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 03/03/2014 (Recurso nº 1246/2013).

¹⁶ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo nº 308/2016, de 20 de abril (Recurso nº 2977/2014).

¹⁷ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo nº 308/2016, de 20 de abril (Recurso nº 2977/2014).

vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, o incluso los que puedan llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación”¹⁸.

De este modo, el concepto de ceguera legal supone “una visión inferior en ambos ojos a 0,1”; y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha considerado que cuando la agudeza visual es inferior a 0,1 en ambos ojos (1/10 en la escala de Wecker) en la práctica ello significa una ceguera, y que “la persona que la padece requiere la colaboración de un tercero para la realización de actividades esenciales en la vida, por lo que debe reconocerse la pensión de gran invalidez”¹⁹.

Y ya para concluir, solo resta indicar que las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación²⁰, de modo que si antes de la afiliación al sistema de la Seguridad Social la agudeza visual era ya inferior en ambos ojos al 0,1, esta agudeza visual, aunque empeore, no es acreedora de la gran invalidez, porque ya antes de la afiliación al sistema se requería la asistencia de otra persona desde esa solución «objetiva» y no «subjetiva» a la que venimos haciendo referencia en el presente estudio²¹.

2.3. El cambio en la doctrina unificada del Tribunal Supremo

Las doctrina unificada más reciente del Tribunal Supremo ha reordenado y fijado una nueva doctrina sobre el particular, que acaba con la dualidad de enfoques (objetivo o subjetivo) a la hora de apreciar la concurrencia de una gran invalidez, en función de si procedía (o no) de problemas visuales.

En esencia, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ha descartado la posibilidad de acceder a una gran invalidez solo a partir de los datos objetivos (deficiencias visuales), y ahora es imprescindible constatar, como pide el RDLeg 8/2015, de 30 de octubre, que el sujeto afectado se encuentre realmente precisado del auxilio de tercera persona para desarrollar sus funciones vitales.

¹⁸ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo nº 882/2022, de 2 de noviembre (Recurso nº 3430/2019); 844/2022, de 25 de octubre (Recurso nº 1260/2019); 564/2022, de 21 de junio (Recurso nº 2344/2019); 443/2022, de 17 de mayo (Recurso nº 1224/2019); 168/2021, de 9 de febrero (Recurso nº 3847/2018); 813/2020, de 30 de septiembre (Recurso nº 1090/2018); y 804/2020, de 25 de septiembre (Recurso nº 4716/2018).

¹⁹ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo nº 230/2023, de 29 de marzo (Recurso nº 936/2020); 200/2023, de 16 de marzo (Recurso nº 1766/2020); 930/2022, de 23 noviembre (Recurso nº 3121/2019); 806/2022, de 6 de octubre (Recurso nº 1654/2019); 650/2022, de 12 de julio (Recurso nº 3197/2019); 599/2022, de 29 de junio (Recurso nº 1771/2019); 502/2022, de 1 de junio (Recurso nº 684/2020); 415/2022, de 11 de mayo (Recurso nº 1457/2019); 362/2022, de 26 de abril (Recurso nº 902/2019); 354/2022, de 20 de abril (Recurso nº 193/2019); 1183/2021, de 1 de diciembre (Recurso nº 505/2019); 1101/2020, de 10 de diciembre (Recurso nº 1275/2018); y 806/2020, de 29 de septiembre (Recurso nº 1098/2018).

²⁰ Cfr. artículo 193.1 del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre.

²¹ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo nº 882/2022, de 2 de noviembre (Recurso nº 3430/2019), entre otras muchas más.

En este punto, lo cierto es que existen una diversidad de derechos para personas con deficiencias visuales, con el objeto y la finalidad de alcanzar el máximo nivel de bienestar y autonomía²².

Pero, es claro que cuando una persona tiene una visión por debajo de una agudeza visual de 20/200 (0,1), incluso tras una corrección con gafas o lentes de contacto, se considera que tiene una «ceguera legal».

Y según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la discapacidad visual²³ se define en dos términos:

- El término ceguera que abarca desde 0.05 de agudeza visual hasta la no percepción de la luz o una reducción del campo visual inferior a 10°.
- El término baja visión que comprende una agudeza máxima inferior a 0.3 (6/18 en la Escala de Wecker) y mínima superior a 0.065.

Y así la OMS clasifica la discapacidad visual en diferentes grados, en función de la agudeza visual y del campo visual²⁴.

En España, se considera ceguera si el índice de agudeza visual es de 0,1 (1/10 en la Escala de Wecker) o el campo de visión es inferior a 10 grados²⁵.

Parece importante, recordar aquí cuales son las condiciones que ha de cumplir una persona para afiliarse a la ONCE, y a tal fin, son las siguientes:

- Poseer la nacionalidad española
- Disponer en ambos ojos al menos, de uno de los siguientes requisitos visuales:
 - Agudeza visual igual o inferior a 0,1 obtenida con la mejor corrección óptica posible.
 - Campo visual reducido a 10 grados o menos²⁶.

Y como ya hemos indicado, con anterioridad, a efectos de la asistencia en la Seguridad Social a los discapacitados se les exige una visión inferior en ambos ojos a 0,1²⁷.

No obstante lo anterior, la prestación de gran invalidez tiene una naturaleza distinta, lo que impide aplicar automáticamente esa concreta cifra de pérdida de agudeza visual o de campo visual al reconocimiento de dicha prestación.

²² Cfr. RDLeg 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE nº 289/2013, de 3 de diciembre).

Y también la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada con fecha 13/12/2006 en el sexagésimo primer periodo de sesiones de la Asamblea General de la ONU mediante la resolución A/RES/61/106, y ratificada por España.

²³ Y ello, sin obviar que la clasificación de la deficiencia visual basada en la agudeza visual ha evolucionado con el tiempo, segun la OMS.

²⁴ Cfr. Informe mundial sobre la visión. OMS (2020). <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331423/9789240000346-spa.pdf> Disponible en página web a 02/07/2023.

²⁵ Cfr. Informe sobre la ceguera en España. Ernst & Young, S.L. (2012). https://www.esvision.es/wp-content/uploads/2019/11/Informe_Ceguera.pdf Disponible en página web a 02/07/2023.

²⁶ Cfr. Requisitos de afiliación a la ONCE. <https://www.once.es/dejanos-ayudarte/afiliacion/requisitos-de-afiliacion-a-la-ONCE>. Disponible en página web a 02/07/2023.

²⁷ Cfr. artículo 4.1 del Decreto 2421/1968, de 20 de septiembre.

Y así, es posible que no se reconozca una prestación de gran invalidez porque el sujeto no alcanza el porcentaje determinante de la ceguera legal, y no se valoran las concretas circunstancias subjetivas que puedan concurrir en el solicitante de la prestación de gran invalidez, y entre ellas, *ad exemplum*:

- a) Que el beneficiario tenga unas facultades intelectuales y volitivas limitadas.
- b) Que el beneficiario haya sufrido la pérdida de agudeza visual cuando tenía una edad avanzada, lo que dificulta, obstaculiza, entorpece, o incluso impide la adaptación a la nueva situación.
- c) Que el beneficiario esté afecto a limitaciones en otros sentidos, como por ejemplo, el oído, de modo que realmente se hace necesaria la ayuda de terceras personas para realizar los actos más esenciales de la vida.

Y al contrario, es posible que se reconozca una prestación de gran invalidez porque el sujeto alcanza el porcentaje determinante de la ceguera legal, pero que, por sus concretas circunstancias personales, en realidad no necesita de la ayuda de terceras personas para realizar los actos más esenciales de la vida.

Por todo ello, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ahora considera que para el reconocimiento de la prestación de gran invalidez a personas aquejadas de deficiencia visual es necesario valorar una pluralidad de circunstancias específicas, cuales son:

- a) No es lo mismo la pérdida del campo visual central que del campo visual periférico.
- b) Es necesario tener en cuenta las condiciones intelectuales y volitivas del solicitante de la prestación, que pueden facilitar o dificultar la adaptación personal a la pérdida de agudeza visual.
- c) Es importante la edad a la que se sufrió la pérdida de la agudeza visual, dado que la capacidad de adaptación a las limitaciones está en relación inversa a la edad.
- d) Deben valorarse también las restantes dolencias del solicitante de la prestación.

Y por ello, y en relación con la necesidad de auxilio personal, el reconocimiento de la prestación de gran invalidez exige que se acredite si el solicitante de la pensión, por sus condiciones personales, efectivamente puede realizar los actos más esenciales de la vida sin ayuda de terceros, lo que deberá determinarse en cada caso concreto, valorando el conjunto de las pruebas practicadas.

De modo que las personas con discapacidad visual que adquieren las habilidades adaptativas necesarias para realizar los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros no tienen derecho a percibir la pensión de gran invalidez.

Y el argumento, relativo a que ello tendría “cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en tal situación”²⁸, entiende la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que no puede resultar decisivo para el reconocimiento de la prestación de gran invalidez porque el citado complemento de la pensión de gran invalidez

²⁸ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo nº 400/2020, de 22 de mayo (Recurso nº 192/2018); 827/2019, de 4 de diciembre (Recurso nº 2737/2017); 737/2018, de 10 de julio (Recurso nº 4313/2017); 408/2018, de 17 de abril (Recurso nº 970/2016); 308/2016, de 20 de abril (Recurso nº 2977/2014); y de fecha 10/02/2015 (Recurso nº 1764/2014).

está “destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda”²⁹, y si el beneficiario no necesita “la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”³⁰, no tiene derecho a percibir un complemento, cuya finalidad, se insiste, es remunerar a esa tercera persona que le atiende.

En definitiva y a modo de conclusión, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entiende que la doctrina jurisprudencial que acogió la tesis objetiva en materia de discapacidad visual ha proporcionado seguridad jurídica pero puede conducir a que se deniegue la prestación de gran invalidez en supuestos en los que el solicitante necesita la asistencia de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida y al revés.

Y por ello, se inclina por aplicar la tesis subjetiva a todas las prestaciones de incapacidad permanente, y así el reconocimiento de la prestación dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, y se deberán valorar individualizada y específicamente las concretas patologías y limitaciones anatómicas o funcionales de cada uno los beneficiarios.

Y este es criterio que se contiene, entre otras, en las Sentencias del pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo nº 199/2023 y 200/2023, ambas de 16 de marzo, recaídas en los Recursos nº 3980/2019 y 1766/2020, respectivamente, que han revisado y, por tanto, ha modificado la anterior doctrina que calificaba de gran invalidez la ceguera total o pérdida de visión a ella equiparable, bajo el amparo de la tesis objetiva que ahora se rechaza³¹.

3. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁZAR ORTIZ, S. «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 3539/2022, de 28 de septiembre de 2022, sobre la consideración de ceguera legal y la consecuente calificación de la situación de un trabajador como gran invalidez». *Revista de Derecho Laboral vLex* nº 7 (2022).

CANO GALÁN, Y. «Gran invalidez y «ceguera legal»: el retorno al criterio «subjetivo» y la necesidad de acreditar la necesidad de ayuda de tercera persona». *La Ley*, nº 10309 (2023).

CANO GALÁN, Y. «La rehabilitación del criterio subjetivo en el reconocimiento del grado de incapacidad permanente: ¿Restauración de la discrecionalidad o eliminación de la discriminación?». *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6 (2023).

CAVAS MARTÍNEZ, F. «Discapacidad visual grave como lesión determinante de gran invalidez y posibilidad incierta de recuperación: Comentario a la STS/SOC 469/2022, de 24 de mayo (recud. 2427/2019)». *Revista de derecho de la Seguridad Social* nº 33. Laborum (2022).

CAVAS MARTÍNEZ, F. «La ceguera no implica el reconocimiento automático de una situación de gran invalidez». *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 4 (2023).

²⁹ Cfr. artículo 196.4 del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre.

³⁰ Cfr. artículo 194.6 del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre.

³¹ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo nº 433/2023, de 14 de junio (Recurso nº 272/2021); 409/2023, de 7 de junio (Recurso nº 686/2020); 368/2023, de 23 de mayo (Recurso nº 1597/2020); 277/2023, de 18 de abril (Recurso nº 2788/2020); 234/2023, de 29 de marzo (Recurso nº 739/2020); y 230/2023, de 29 de marzo (Recurso nº. 936/2020), que ya recogen la tesis subjetiva tras el cambio de la doctrina unificada sobre la materia.

- GARCÍA NINET, J. I. «En torno a la gran invalidez. Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales del concepto, con especial referencia a la ceguera». *Tribuna social: Revista de Seguridad Social y laboral* nº 5 (1991).
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. «Ceguera como situación determinante de gran invalidez (Comentario a la STS de 3 de marzo de 2014, RCUD 1246/2013)». *Revista de derecho de la Seguridad Social* nº 1. Laborum (2014).
- PAREDES RODRÍGUEZ, J. M. «La ceguera como causa de la pensión de gran invalidez». *La Ley* nº 9243 (2018).
- REGUERO CELADA, J. «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª), 1246/2013, de 3 de marzo de 2014 (ROJ STS 1094/2014)». *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, volumen nº 2, nº 2 (2014).
- RUIZ GONZÁLEZ, C. M. «La discapacidad visual grave como lesión determinante de gran invalidez: Comentario a la STS-SOC 827/2019, de 4 de diciembre». *Revista de derecho de la Seguridad Social* nº 23. Laborum (2020). (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre el COVID-19).
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. «Ceguera preexistente y gran invalidez: Sentencia Tribunal Supremo 564/2022, de 21 de junio». *Revista de Derecho Laboral vLex* nº 7 (2022).
- VIVERO SERRANO, J. B. «La pensión de gran invalidez en caso de ceguera». *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* nº 57 (2019).

LA PRESCRIPCIÓN DE LA APORTACIÓN ECONÓMICA AL TESORO PÚBLICO EN CASO DE DESPIDO COLECTIVO

ALEJANDRO MUROS POLO

*Profesor Sustituto Interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

1. CONFIGURACIÓN GENERAL DE LA APORTACIÓN ECONÓMICA AL TESORO PÚBLICO

Los procesos de reestructuración de empresas basados en la expulsión de trabajadores maduros, especialmente a través de prejubilaciones, han trasladado el coste de los despidos, no solo a la sociedad en general, sino a la Seguridad Social en particular¹. El despido de trabajadores maduros se ha venido financiando a través de la prestación por desempleo, tanto a nivel contributivo como a nivel asistencial con el denominado “subsidiado de prejubilación”, ahora para mayores de 52 años, como una situación puente hasta la contingencia de la jubilación².

No obstante, el legislador, consciente de los peligros que ello acarrea para la sostenibilidad del sistema público de Seguridad Social, ha instaurado un mecanismo que permite limitar la asunción de costes por parte de la Administración Pública en el capítulo de la protección por desempleo de los trabajadores de edad en contextos de reestructuración empresarial. En concreto, este límite se aplica a los despidos colectivos de trabajadores maduros en medianas y grandes empresas que, a pesar de obtener beneficios, prefieren acudir a la extinción contractual de este colectivo de personas trabajadoras a través del uso indiscriminado de prejubilaciones y de bajas voluntarias incentivadas. Una penalización que parece razonable desde el punto de vista de la reestructuración socialmente responsable en cuanto a que estas empresas asuman el coste de sus decisiones³.

En efecto, el art. 51.11 ET se refiere a dicha medida cuando indica que: “las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en este artículo, y que

¹ Se habla de una “socialización” de los costes empresariales de despedir en MONEREO PÉREZ, J. L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N.º Extra 1, 2010, p. 174

² Para un estudio sobre la prejubilación, LÓPEZ CUMBRE, L.: *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998.

³ En cuanto al objeto y justificación legal de la medida, véase MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, N.º 430, 2019, pp. 37 y ss.

incluyan a trabajadores de cincuenta o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente". Esta aportación o penalización económica por despido de trabajadores maduros, también llamada "cláusula Telefónica" por el origen de la medida⁴, viene desarrollada por la disposición adicional 16^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, y por el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

2. REQUISITOS PARA EL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

Para que se produzca el nacimiento de esta obligación de aportación económica, que tiene la consideración de derecho de naturaleza pública no tributario de la Administración General del Estado, es necesario que concurran las siguientes circunstancias:

a) Que los despidos colectivos sean realizados por empresas de más de 100 trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores. De este modo, con la modificación introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, se reduce el tamaño de la empresa o del grupo obligado al pago de 500 a 100 trabajadores, al igual que se suprime la importancia del número de extinciones puesto que lo determinante ahora es alcanzar el nivel de plantilla exigido⁵. Por otro lado, la referencia al grupo de empresas no se entiende realizada respecto al grupo patológico a efectos laborales, sino al grupo empresarial mercantil conformado según el Código de Comercio⁶.

b) Que el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años de edad sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa⁷. Así, debe de darse el despido colectivo de trabajadores maduros por causas empresariales en un determinado porcentaje respecto al total de afectados que, a su vez, supere al porcentaje que hay en la empresa de trabajadores de 50 o más años de edad respecto al total de la plantilla. Además, también se tienen en cuenta aquellas extinciones por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador, excepto por la causa prevista en el art. 49.1.c) ET, siempre que se produzcan en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo. Por ello, deben de incluirse los despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes en el cómputo de los umbrales para el nacimiento de la obligación de aportación al Tesoro Público⁸.

c) Que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen el despido colectivo, se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes (se trata de condiciones alternativas y no acumulativas):

⁴ BARROS GARCÍA, M.: "La aportación económica al Tesoro por despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años", *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, N.º 49, 2018, pp. 78 y 79, sitúa el origen de la medida en la decisión empresarial de Telefónica de incentivar bajas voluntarias a gran escala.

⁵ MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: "Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia", op. cit., pp. 40 y 41.

⁶ ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M.: "Seguridad Social y despidos colectivos", en VV.AA.: *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Ortega Lozano, P.G. y Guindo Morales, S. (Dir.), Granada, Comares, 2022, p. 408.

⁷ "A los efectos del cálculo del porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa, se tendrá en cuenta la plantilla de la empresa a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo".

⁸ STS de 9 de mayo de 2018, EDJ 89723.

1.^a Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo.

2.^a Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha.

La propia D.A. 16^a de Ley 27/2011 precisa en qué supuestos debe de entenderse que existen beneficios, para lo cual aclara que será cuando el resultado del ejercicio de las cuentas anuales de pérdidas y ganancias, tanto normal como abreviada, siguiendo el modelo del Plan General Contable, sea positivo. También precisa que en casos de grupos de empresas para el resultado del ejercicio “solo se tendrá en cuenta los resultados obtenidos en España por las empresas que lo integren”.

Además, en cuanto a la exigencia de beneficios la jurisprudencia ha venido interpretando que el uso de la disyuntiva “o” en la redacción de la norma significa que tales condiciones pueden darse o bien en la empresa aisladamente considerada o bien en el grupo. De este modo, si el grupo tuvo pérdidas económicas pero la empresa individualmente considerada tuvo beneficios se cumple con la condición requerida para que proceda la aportación al Tesoro Público, al igual que cuando ocurre a la inversa (SSTS de 17 de noviembre de 2016, EDJ 226158; de 23 de abril de 2018, EDJ 72632; 11 de febrero de 2019, EDJ 514905; 13 de marzo de 2019, EDJ 544326).

3. CÁLCULO DE LA APORTACIÓN

Para la determinación de la cuantía de la aportación económica al Tesoro Público, la regulación legal y reglamentaria exige dos fases: por un lado, la determinación del importe o de la base de cálculo (art. 3 RD 1484/2012) y, por otro lado, la determinación del tipo aplicable (art. 4 RD 1484/2012)⁹.

De este modo, para el cálculo de la aportación económica hay que tener en cuenta el importe bruto, desde la fecha del despido, de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de cincuenta o más años de edad afectados por el despido colectivo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal¹⁰, así como los importes abonados por el SEPE por los referidos conceptos a los trabajadores de cincuenta o más años cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) ET, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo. Además, en caso de que la empresa haya realizado previamente un ERTE donde se hayan incluido a trabajadores maduros y no hubiera transcurrido un año entre la finalización de la situación legal de desempleo derivada de la aplicación de las medidas temporales de regulación de empleo y la extinción del contrato de cada trabajador por despido colectivo o extinciones asimiladas, la empresa también deberá de abonar las cantidades satisfechas por el SEPE (prestación y cotización) durante el ERTE,

⁹ ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M.: “Seguridad Social y despidos colectivos”, op. cit., p. 409.

¹⁰ Por mor de la Ley 3/2023 de Empleo el Servicio Público de Empleo se convertirá en la Agencia Española de Empleo.

así como aquellos conceptos que puedan corresponder por la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo. Con esta última precisión se estaría reforzando, aún más, la cláusula de salvaguarda del empleo de 6 meses prevista en la D.A. 44^a TRLGSS, en caso de que fuera aplicable.

No obstante, se excluye del importe bruto anterior las cuantías de las prestaciones o subsidios por desempleo, a solicitud de la empresa afectada, cuando el trabajador despedido de 50 o más años haya sido recolocado en la misma empresa, en otra empresa del grupo del que forme parte o bien en cualquier otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción del contrato de trabajo. En estos casos, la empresa deberá de acreditar estos extremos en el procedimiento de liquidación, conforme a lo que se establece en el art. 6.3 RD 1484/2012. Así, el desarrollo reglamentario precisa que: “[ú]nicamente se entenderá realizada la recolocación a tal fin cuando ésta se haya producido en los seis meses siguientes a la fecha de la extinción de sus contratos de trabajo a través de un nuevo contrato de trabajo de análoga naturaleza y con una jornada de trabajo equivalente a la que tenía en el contrato extinguido y cuya duración haya alcanzado, al menos, los tres años, salvo que se extinga por despido disciplinario declarado procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente, total, absoluta o gran invalidez”. Dicha posibilidad de reducir el importe de la aportación empresarial en caso de una recolocación “seria”¹¹ de la persona trabajadora madura resulta acorde con la política de promoción del mantenimiento del empleo en este colectivo, a lo cual se añade la labor que desempeña el plan de recolocación externa del art. 51.10 ET en este sentido.

Aclarado lo anterior, la norma expone que el importe de la aportación al Tesoro Público se determinará anualmente, aplicando un determinado porcentaje sobre cada uno de los citados conceptos:

a) Cuantía total efectivamente abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por prestaciones por desempleo de nivel contributivo de los trabajadores de cincuenta o más años afectados por los despidos, generadas total o parcialmente en virtud de las cotizaciones acreditadas en la empresa que promovió su despido¹².

b) Cuantía total efectivamente abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo por los trabajadores afectados, durante el periodo de percepción de las mismas.

c) Un canon fijo por cada trabajador que haya agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo y que comience a percibir el subsidio de desempleo “por agotamiento” o el subsidio “de prejubilación” para mayores de 52 años (respectivamente, arts. 274.1.a) y b) y 274.4 TRLGSS). Este canon se calculará mediante la totalización durante un periodo de seis años de la suma del coste anual del subsidio por desempleo más el de la cotización por jubilación por cuenta de la entidad gestora en el año del agotamiento¹³. También se hará efectivo el canon fijo por cada trabajador que, no teniendo derecho al cobro de la

¹¹ La doctrina judicial (STSJ de Madrid de 6 de julio de 2016, rec. 144/2016) ha determinado que la recolocación con contratos suscritos con condiciones distintas o de breve duración no justifican la reducción de la aportación empresarial al Tesoro Público.

¹² Dichas prestaciones podrán ser percibidas de una sola vez y sin solución de continuidad, así como en varios periodos de tiempo separados por concurrir causa legal que permita la suspensión y reanudación de las prestaciones por desempleo (STS de 9 de mayo de 2018, rec. 110/2017).

¹³ En efecto, el canon se devenga en su totalidad cuando se cobra un subsidio, con independencia de cuánto tiempo se cobre efectivamente el mismo, CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos...*, op. cit., p. 128, con cita en STSJ de Madrid de 26 de junio de 2017 (rec. 837/2016).

prestación por desempleo contributiva, acceda directamente al subsidio por desempleo del art. 274.3 TRLGSS, como consecuencia de la situación legal de desempleo motivada por el despido.

El tipo aplicable a cada uno de los anteriores conceptos se recoge en la siguiente tabla, en función del porcentaje de trabajadores afectados de 50 o más años en relación con el número de trabajadores despedidos, el porcentaje de beneficios sobre los ingresos y la plantilla de la empresa:

Tipo aplicable para calcular la aportación económica

Porcentaje de trabajadores afectados de 50 o más años en relación con el número de trabajadores despedidos	Porcentaje de beneficios sobre los ingresos	Número de trabajadores en la empresa		
		Más de 2.000	Entre 1.000 y 2.000	Entre 101 y 999
Más del 35 %	Más del 10 %	100 %	95 %	90 %
	Menos del 10 %	95 %	90 %	85 %
Entre 15 % y 35 %	Más del 10 %	95 %	90 %	85 %
	Menos del 10 %	90 %	85 %	80 %
Menos del 15 %	Más del 10 %	75 %	70 %	65 %
	Menos del 10 %	70 %	65 %	60 %

Esta aportación anual debe satisfacerse no solo cuando la empresa continúa con su actividad sino también en los supuestos de cesación de la actividad “en el territorio español”, puesto que se establece que se podrán adoptar las medidas cautelares oportunas para asegurar el cobro de la deuda correspondiente, aun cuando esta no haya sido objeto de cuantificación y liquidación con carácter previo (apartado 9 de la D.A. 16^a Ley 27/2011). Este supuesto está más pensado, no tanto para cierres de empresa, sino más bien para operaciones de deslocalización, aunque la doctrina viene criticando la dificultad práctica de articular tales medidas cautelares en grupos de empresas, especialmente si ninguna de ellas opera en territorio nacional¹⁴.

4. DESTINO DE LOS FONDOS RECAUDADOS

En cuanto al destino de la recaudación anual, tanto el art. 51.11 ET como la D.A. 16^a Ley 27/2011 en su redacción originaria, configuraba a la Administración General del Estado como receptora de los fondos, aunque hubiera tenido más sentido que hubiera sido la Seguridad Social la encargada de recibir y gestionar estos fondos para compensar el mayor coste que ha tenido que soportar a razón de prestaciones, subsidios y cotizaciones de trabajadores maduros despedidos. No obstante, con la modificación emprendida por la Ley 3/2012 se ha reducido considerablemente el margen de maniobra de la AGE en cuanto al destino de la aportación empresarial por estos tipos de despidos. Así, a partir de ahora el 50% de la recaudación anual debe de destinarse al presupuesto inicial del Servicio Público de Empleo Estatal, “con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo de los trabajadores de cincuenta o más años” que se encuentren en situación legal de desempleo.

¹⁴ MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia”, op. cit., p. 45.

En este sentido, al menos la mitad de los ingresos anuales por aportación económica al Tesoro Público debe de destinarse a la reinserción laboral del trabajador de 50 años o más despedido en procedimiento de despido colectivo, lo cual resulta coherente con el objetivo de garantizar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y la protección del empleo “maduro” para alcanzar este fin, ganando el mercado de trabajo una persona trabajadora en edad laboral y perdiendo el sistema una persona inactiva dependiente de este¹⁵.

5. PROCEDIMIENTO PARA LA LIQUIDACIÓN Y PAGO

El procedimiento para la liquidación y pago de la aportación económica al Tesoro Público viene determinado reglamentariamente, a través del capítulo III del Real Decreto 1484/2012.

Este se inicia (aunque no necesariamente, como se detallará) a través de un certificado que debe de emitir la empresa cuando se cumplan los requisitos de la aportación, el cual debe de ser entregado a la autoridad laboral en un plazo de tres meses desde que finalice el año siguiente al inicio del procedimiento de despido colectivo o bien antes de que finalice el ejercicio inmediatamente posterior a aquel en el que se cumpla la condición del apartado 1.c).2^a de la D.A. 16^a Ley 27/2011¹⁶. Este certificado debe de contener los datos a los que se refiere el art. 5 RD 1484/2012, los cuales consisten fundamentalmente en la identificación de la empresa responsable y en la concurrencia de los requisitos exigidos para la activación de la aportación económica¹⁷. En caso de no presentar el certificado, en tiempo y forma, así como de presentar información que resulte falsa o inexacta se producirá la comisión de la infracción administrativa muy grave del art. 8.18 TRLISOS. Se puede observar de qué modo la consecuencia de no aportar certificado solo pasa por una multa pecuniaria y no por una obligación “de hacer”, lo cual le puede salir más barato a la propia empresa que la efectiva aportación económica al Tesoro Público¹⁸.

La autoridad laboral deberá remitir dicho certificado al Servicio Público de Empleo Estatal, quien será el encargado de determinar el importe de la aportación a la luz de este documento, así como de otra información que este órgano recabe, con base en el control que realice de forma directa o bien a través de los mecanismos de cooperación y colaboración administrativa correspondientes. El reglamento se encarga de precisar que el SEPE puede iniciar procedimiento de liquidación no solo cuando reciba el certificado, sino también cuando verifique la concurrencia de los requisitos a través del control ya mencionado, aun cuando no se le haya remitido dicha información por parte de la autoridad laboral.

El SEPE remitirá en cada ejercicio a las empresas obligadas al pago una propuesta de liquidación, según el contenido que establece el art. 7 RD 1484/2012. Las empresas dispondrán de un plazo de quince días para realizar las alegaciones que estimen oportunas (v.gr.: reducción de la aportación por recolocación de persona trabajadora madura afectada), transcurrido el cual y teniendo en cuenta las alegaciones presentadas, el Director

¹⁵ *Ibidem*, pp. 47 y 48.

¹⁶ “Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha”.

¹⁷ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La aportación económica al Tesoro Público prevista en la DA 16^a Ley 27/2011, fruto de la «Enmienda Telefónica»”, pp. 14 y 15, recurso electrónico disponible en: <https://grupo.us.es/sej322/congresofinal/Comunicaciones/da16caragon.pdf>

¹⁸ A ello apunta CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos...*, op. cit., p. 136.

General del SEPE dictará una resolución de liquidación. Según el art. 6.4.bis RD 1484/2012, introducido por el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, el plazo máximo para dictar la resolución del procedimiento de liquidación será de seis meses. Contra esta resolución se podrá interponer recurso de alzada, que no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada, salvo que se solicite y se proceda a garantizar el importe de la liquidación mediante aval bancario solidario.

Es necesario indicar que la liquidación efectuada se referirá al periodo que comprenda, por regla general, el año inmediatamente anterior a aquel en el que se realiza la propuesta de liquidación. No obstante, si esto se incumple y, por ejemplo, se efectúa una liquidación de ejercicios anteriores, tal situación no anula la deuda ni afecta a la prescripción, aunque la empresa sí que puede exigir algún tipo de responsabilidad patrimonial (STS de 31 de octubre de 2017, rec. 235/2016 y STSJ Madrid de 6 de febrero de 2023, rec. 1152/2022).

Las empresas deberán ingresar en el Tesoro Público el importe de las aportaciones contenidas en cada una de las resoluciones anuales en el plazo de 30 días desde el que se hubiera producido su notificación. Al tratarse de derechos de naturaleza pública no tributarios de la Administración General del Estado, los órganos encargados de la recaudación serán las Delegaciones de Economía y Hacienda en periodo voluntario y la Agencia Estatal de Administración Tributaria en periodo ejecutivo¹⁹.

6. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN: ANÁLISIS DE LA STS DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2023 (REC. 37/2023)

Una de las cuestiones clave para proceder o no al pago de la aportación económica al Tesoro Público es conocer de qué plazo dispone la Administración para ejercer su derecho de cobro y a partir de qué momento se inicia este plazo de prescripción.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2023 (rec. 37/2023) se ocupa de este aspecto cuando analiza el siguiente supuesto de hecho:

Se trata de un despido colectivo que es autorizado por la autoridad laboral el 20 de junio de 2011 y por el que la empresa entrega en enero de 2013 a la autoridad laboral el correspondiente certificado de aportaciones económicas por despidos que afecten a trabajadores de 50 o más años en empresas con beneficios. Entregado el certificado de empresa a la autoridad laboral en el plazo que estipula el apartado 7º de la D.A. 16^a Ley 27/2011, no es hasta el 29 de septiembre de 2017 cuando la autoridad laboral remite tal certificado al SEPE para que realice la correspondiente propuesta de liquidación. Es el 4 de mayo de 2018 cuando el SEPE emite liquidación provisional por las prestaciones y cotizaciones de la anualidad de 2012, siendo definitiva la liquidación el 7 de junio de 2018. La empresa se opone a la liquidación puesto que entiende que la reclamación de la Administración ha prescrito.

Respecto al propio plazo de prescripción, se ha venido discutiendo cuál es el plazo del que dispone el SEPE para efectuar la liquidación. Se llegó a plantear que este plazo era de un año por mor del art. 7.e) RD 1484/2012. No obstante, primero la doctrina judicial [(SSTS) de Madrid de 31 de marzo de 2016 (rec.90/2016); de 6 de julio de 2017 (rec. 144/2016) y de 20 de julio de 2018 (rec.940/2015)] y con posterioridad el Tribunal

¹⁹ *Ibidem*, pp. 139 y ss.

Supremo [SSTS de 31 de octubre de 2017 (rec. 235/2016) y de 13 de marzo de 2019 (rec. 233/2017)] han determinado que el plazo de prescripción es el que se recoge en el art. 15 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Tal y como indica el art. 1 del RD 1484/2012, las aportaciones económicas al Tesoro Público tendrán la consideración de derechos de naturaleza pública no tributarios de la Administración General del Estado, siéndoles de aplicación las disposiciones contenidas en el título I, capítulo II, de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Por ello, “la expresa remisión al articulado de dicha Ley impone que la norma de aplicación en materia de prescripción de la actuación de la administración ha de ser la contenida en el art. 15, que la establece en el plazo de cuatro años siguientes al día en que pudo efectuarse la liquidación”²⁰.

De este modo, el art. 7.e) del RD 1484/2012 no puede entrar en colisión con lo establecido en la Ley General Presupuestaria en virtud del principio de jerarquía normativa y, además, una correcta interpretación de la norma en cuestión demuestra que no se está estableciendo plazo de prescripción alguno, sino más bien, al contrario, lo que se indica es la información que debe de contener la liquidación²¹. Por regla general, la liquidación se referirá al año inmediatamente anterior a aquel en que se realiza la misma propuesta de liquidación. Para el Tribunal Supremo (STS de 31 de octubre de 2017, rec. 235/2016) “[l]a finalidad que con ello se persigue es, sin duda, que la liquidación efectivamente se realice de forma anual para facilitar el mejor funcionamiento de la empresa mediante el control de sus gastos en cada ejercicio, pero de aquí no se extrae ninguna consecuencia jurídica que afecte al plazo de prescripción del derecho del que dispone la Hacienda Pública para su reclamación”, que el art. 15 de la Ley 47/2003 establece en cuatro años.

Dicho lo anterior, la sentencia aquí analizada, la STS de 19 de septiembre de 2023 (rec. 37/2023), parte de este extremo cuando indica que “[l]a controversia entre las partes no estriba en ese particular, sino en el momento el que ha de fijarse el día inicial para el cómputo de ese plazo de prescripción de 4 años”. En otras palabras, la problemática interpretativa que se analiza en esta sentencia no es cuál es el plazo de prescripción, que ya se ha fijado en 4 años según la Ley General Presupuestaria, sino de qué modo debe de procederse para su cómputo o, más bien, en qué momento se fija el *dies a quo*.

“En definitiva, se trata de determinar si el plazo de 4 años debe computarse desde la fecha de la remisión por la Dirección General de Trabajo de esa documentación al SEPE” o, por el contrario, si el plazo debe de computarse desde la entrega del certificado por parte de la empresa a la autoridad laboral.

Tal y como ya se ha expuesto, la empresa que realiza un despido colectivo y cumple con los presupuestos de la aportación económica al Tesoro Público debe de entregar un certificado a la autoridad laboral en un plazo concreto (apartado 7º de la D.A. 16ª Ley 27/2011) y con una determinada información (art. 5.2 RD 1484/2012). Tales preceptos también exponen que dicho certificado debe ser remitido por la autoridad laboral al

²⁰ El art. 15.1 de la Ley 47/2003 reconoce que “1. Salvo lo establecido por las leyes reguladoras de los distintos recursos, prescribirá a los cuatro años el derecho de la Hacienda Pública estatal:

- a) A reconocer o liquidar créditos a su favor, contándose dicho plazo desde el día en que el derecho pudo ejercitarse.
- b) Al cobro de los créditos reconocidos o liquidados, a contar desde la fecha de su notificación o, si ésta no fuera preceptiva, desde su vencimiento.”

²¹ CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos...*, op. cit., p. 146.

Servicio Público de Empleo Estatal, aunque no imponen un determinado plazo para su cumplimiento. No obstante, el art. 5.3 RD 1484/2012 señala que el SEPE podrá en todo caso iniciar el procedimiento de liquidación cuando verifique la concurrencia de las circunstancias o requisitos que conforman la obligación de aportación económica al Tesoro Público, “aun cuando no le haya sido remitido por la Autoridad Laboral el certificado” de empresa.

Por todo ello, “el plazo de prescripción debe computarse desde el momento en el que la Hacienda Pública puede ejercitar el derecho a liquidar su crédito, que no desde la fecha en la que la Autoridad laboral decida finalmente remitir al SEPE el certificado de la empresa”. En este sentido, “no hay el menor elemento de juicio que permita considerar que la liquidación del crédito no pudiere haberse realizado a partir de la fecha en el que la empresa presenta el certificado a la Autoridad laboral en enero de 2013, con los datos que ya obraban en ese momento su poder y de los que igualmente dispusiere el propio SEPE”. Así, el *dies a quo* del plazo de prescripción de 4 años se fija en el momento de la entrega del certificado a la autoridad laboral, a salvo de que concurran elementos extraordinarios que justifiquen una actuación tardía de la Administración.

En este supuesto el Tribunal Supremo acaba por declarar que la acción ha prescrito, habida cuenta de que el certificado se entrega por parte de la empresa en enero de 2013 pero no es hasta mayo de 2018 cuando se realiza la liquidación provisional. Para el Alto Tribunal aquí “[n]o consta circunstancia, incidencia o anomalía alguna que pudiere justificar las razones por las que la propuesta de liquidación no se realiza hasta el mes de mayo de 2018, ni de los motivos por lo que la autoridad laboral haya tardado más de cuatro años en remitir al SEPE el certificado de la empresa que obraba en su poder desde enero de 2013”. La reclamación ha prescrito no solo cuando se efectúa la liquidación provisional, transcurriendo más de 5 años desde la aportación del certificado de empresa, sino incluso cuando la autoridad laboral remite tal información al SEPE, pues ya aquí habían transcurrido más de 4 años (la remisión se produce el 29 de septiembre de 2017).

“Si el art. 15 LGP establece el *dies a quo* para el cómputo del plazo de 4 años del que dispone la Hacienda Pública para proceder a la liquidación de los créditos a su favor “desde el día en que el derecho pudo ejercitarse”; y en ese mismo sentido el art. 5 RD 1484/2012, señala que el SEPE podrá iniciar el procedimiento de liquidación cuando verifique la concurrencia de las circunstancias que dan lugar a ello, “aun cuando no le haya sido remitido por la Autoridad Laboral el certificado” que debe aportar la empresa, es claro que se ha producido la prescripción de la actuación administrativa cuando se dicta la resolución inicial que abre el proceso de liquidación el 18 de enero de 2018, toda vez que la empresa entregó el certificado en enero de 2013 y no consta que se necesitare ningún otro dato o elemento de juicio adicional para practicar la liquidación correspondiente a la anualidad de 2012”.

Entender que el plazo de prescripción debe de computarse desde el momento en el que la autoridad laboral decide remitir al SEPE el certificado de la empresa “es tanto como dejar en manos de la Autoridad laboral la posibilidad de fijar unilateralmente el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción, frente a las disposiciones legales que de forma expresa lo establecen en el momento en el que puede ejercitarse el derecho y emitir la resolución de liquidación” del crédito. Asimismo, que la normativa reguladora no establezca un plazo máximo para la remisión del certificado por parte de la autoridad laboral al SEPE, ello no equivale a que dicha autoridad “pueda cumplir libérrimamente con

esa obligación para postergar la remisión de dicho certificado como le venga en gana, pese a no concurrir circunstancia alguna que pudiere justificar el transcurso de un periodo de tiempo en sí mismo superior al plazo máximo de prescripción de 4 años del que dispone para efectuar la obligada liquidación anual de la aportación empresarial”.

De la misma STS de 19 de septiembre de 2023 (rec. 37/2023) parece inferirse que ante determinadas situaciones sí que se puede traspasar este plazo de prescripción de 4 años desde la entrega del certificado empresarial a la autoridad laboral. Ello puede ocurrir en los supuestos en los que la información facilitada por la empresa en su certificado pueda resultar objetivamente insuficiente para cumplir con lo establecido en el art. 5.2 RD 1484/2012, “obligando con ello al SEPE a recabar la información adicional necesaria para determinar los elementos que dan lugar al cálculo de la aportación”. El mismo art. 5.1 RD 1484/2012 establece la posibilidad de que el SEPE reúna la información a través de un control realizado directamente o “a través de los mecanismos de cooperación y colaboración administrativa previstos legal y reglamentariamente”.

Por ende, si la Administración competente debe de acudir a tales mecanismos para complementar la información facilitada por la empresa, en estos casos sí que se puede justificar que el SEPE emita propuesta de liquidación una vez superado el plazo de 4 años del que dispone para ello. Aunque como se encargar de precisar la propia sentencia del Tribunal Supremo, en el supuesto enjuiciado “no hay el menor elemento de juicio que permita considerar que la liquidación del crédito no pudiere haberse realizado a partir de la fecha en el que la empresa presenta el certificado a la Autoridad laboral en enero de 2013, con los datos que ya obraban en ese momento [en] su poder y de los que igualmente dispusiere el propio SEPE”. En este sentido, ni la autoridad laboral ni el SEPE han alegado que la información facilitada fuese insuficiente, ni consta, en modo alguno, la necesidad de realizar indagaciones adicionales para determinar los elementos que dan lugar al cálculo del importe de la aportación económica al Tesoro Público.

Como recoge el art. 5.3 RD 1484/2012, el SEPE puede iniciar procedimiento de liquidación, incluso cuando no le ha sido remitido el certificado de empresa, por lo que puede practicar “la liquidación provisional del crédito de cada anualidad sin tener que esperar la remisión del certificado por la Autoridad laboral, justamente para evitar que pueda transcurrir el plazo de 4 años de prescripción del que dispone para esa actuación”.

Además, la intervención de dos órganos administrativos distintos en el procedimiento de liquidación de la aportación no tiene efectos en cuanto al transcurso del plazo de prescripción. Para argumentar este extremo, el Tribunal Supremo acude a un criterio consolidado [STS 538/2017, de 2 de junio (rec. 153/2016); 686/2018, de 27 de junio (rec. 141/2017); 712/2018, de 4 de julio (rec. 143/2017), entre otras muchas], donde se contempla la intervención de dos diferentes organismos administrativos, cuando resulta legalmente aplicable un determinado plazo para el ejercicio de una acción cuya competencia viene legalmente atribuida a uno u otro organismo.

En concreto, se refiere a la impugnación de oficio del despido colectivo por parte de la autoridad laboral que, en materia de obtención indebida de prestaciones por desempleo, depende del informe del SEPE (art. 148.b) LRJS). En este sentido, el Tribunal Supremo ha venido entendiendo que no es obstáculo para entender caducada la acción de impugnación de oficio “el hecho de que el organismo legitimado para su ejercicio haya dejado transcurrir

el plazo a la espera de esos preceptivos informes o autorizaciones que deben emitir otros organismos diferentes”.

Para el Tribunal Supremo este mismo parámetro jurídico es perfectamente trasladable al presente asunto, puesto que si la norma exige la coetánea y sucesiva intervención de dos diferentes organismos públicos y establece un único y determinado plazo para iniciar el procedimiento de liquidación, la actuación administrativa debe ser completada de manera coordinada por los dos organismos implicados dentro de ese único plazo de prescripción legalmente previsto para llevarla a efecto. Como expresa el Alto Tribunal: “[e]l plazo frente al administrado es único, uno solo y el mismo. No cabe que el inicio del cómputo pueda quedar condicionado por el injustificado retraso de alguno de ellos en el cumplimiento de sus obligaciones”.

En definitiva, “[n]o puede aceptarse que el día inicial del cómputo quede diferido hasta el momento en el que la Autoridad laboral decida unilateralmente remitir dicho certificado al SEPE, o que este último organismo deje transcurrir ese plazo a la espera de aquel certificado, cuando hay una previsión legal expresa que le habilita para iniciar el procedimiento de liquidación pese a no haberlo recibido”. Y, en palabras del tribunal, “lo que es aún más relevante, no hay el más mínimo elemento de juicio que de alguna forma pudiere justificar tan excesivo retraso en la remisión del certificado por parte de la Autoridad laboral, ya que ni tan siquiera se invoca la necesidad de realizar alguna clase de actuación complementaria para determinar las bases necesarias en el cálculo del importe de la aportación al Tesoro público que haya de realizar la empresa”.

7. CONCLUSIONES CRÍTICAS

La conformación actual de la aportación económica al Tesoro Público da lugar a una medida dotada de gran complejidad, a la luz de los numerosos cambios normativos que ha experimentado en un plazo breve de tiempo²², así como a causa de los escasos recursos con los que cuenta el SEPE para tramitar de forma eficaz los expedientes. Además, esta previsión solo afecta a un número reducido de empresas presentes en el tejido empresarial español: las empresas de más de 100 trabajadores que no llegan ni siquiera al 1% según estadísticas oficiales. Aunque también es preciso indicar que dichas empresas proveen de algo menos de la mitad del empleo a la población ocupada en el sector privado²³. Se puede decir, por ende, que los efectos que despliega esta medida podrían ser mejorados si se reduce el umbral de plantilla exigido para su aplicación, así como si se implementa una mejor gestión en la tramitación y recaudación.

Por ello, autorizada doctrina propone, entre otras modificaciones del marco normativo, las siguientes: disminuir el umbral de plantilla computable a 50 personas trabajadoras para que nazca la obligación legal; dotar de sencillez, simplicidad y dinamismo al sistema; revisar el plazo de recolocación que determina la exoneración de la aportación al Tesoro Público e incrementarlo hasta el año, en línea con el plazo general para el ejercicio de acciones laborales (art. 59 ET) y la consideración del desempleado como de

²² Para un análisis de los cambios experimentados en la normativa véase BARROS GARCÍA, M.: “La aportación económica...”, op. cit., pp. 79-81.

²³ Cfr., “Cifras PyME” de septiembre de 2023, elaboradas por la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa: https://industria.gob.es/es-es/estadisticas/Cifras_PYME/CifrasPYME-septiembre2023.pdf Es de destacar que las grandes empresas y medianas (50-249 trabajadores) proveen del 52,49% del empleo, sin que se pueda determinar exactamente qué porcentaje corresponde a las empresas de más de 100 trabajadores, ya que ello no se desglosa.

larga duración; reforzar las labores de comprobación y control del cumplimiento de la Administración laboral; que el destino de los fondos se dedique efectivamente a acciones formativas o políticas activas de empleo específicas y adecuadas para el colectivo de trabajadores maduros o bien que formen parte del Fondo que contribuye al sostenimiento del sistema de pensiones²⁴. Otra parte de la doctrina científica incide más sobre este último punto y reclama que la totalidad de lo recaudado se dedique a medidas concretas para garantizar la empleabilidad y reinserción laboral de las personas trabajadoras maduras, haciendo asimismo más visible la trazabilidad de dichas medidas ante la opacidad del Servicio Público de Empleo, ya sea a través de un Fondo específico de empleo que gestione lo recaudado según los fines de la Ley o a través de bonificaciones más generosas para el mantenimiento y la contratación de personas trabajadoras maduras²⁵.

En cualquier caso, para una mayor operatividad de la medida aquí expuesta es absolutamente necesario una mejor coordinación y colaboración entre las Administraciones implicadas. Se requiere que la autoridad laboral, que puede ser autonómica, envíe en plazo al SEPE el certificado de empresa para que este último órgano pueda practicar la liquidación, sin que haya transcurrido el plazo de prescripción de 4 años. Como se ha podido comprobar, dicho plazo tiene fijado su *dies a quo* desde el momento en el que la empresa entrega el correspondiente certificado a la autoridad laboral. Por ello, si la autoridad laboral se retrasa en la remisión de la información al SEPE puede darse el caso de que sea imposible ejercer la liquidación de la aportación económica al Tesoro Público, a menos que tal retraso se deba a la puesta a disposición por parte de la empresa de información incompleta, inexacta, errónea o falsa.

En definitiva, el cumplimiento de la obligación empresarial respecto a la entrega del certificado de empresa debe de prevalecer sobre cualquier retraso injustificado de la reclamación administrativa, aunque en ella concurren varios órganos con diferente función²⁶.

²⁴ Un análisis exhaustivo en CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos...*, op. cit., *passim*. Respecto a las conclusiones y propuestas de reforma, véase *Ibidem*, pp. 168-173.

²⁵ ESTEBAN LEGARRETA, R.: “El deber empresarial de realizar aportaciones al tesoro público por el despido de trabajadores de cincuenta o más años mediando beneficios. Un análisis de datos y finalidades”, en AA.VV., *Finding Solutions for a Post-Crisis Society: 1st International Virtual SBRLab Conference*, Tarragona, Universitat Rovira i Virgili, 2015, p. 86.

²⁶ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Aportaciones al tesoro público por despido colectivo y obligaciones derivadas: ¿de quién depende el inicio del plazo de prescripción?”, *Publicaciones Gómez-Acebo & Pombo*, disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/aportaciones-al-tesoro-publico-por-despido-colectivo-y-obligaciones-derivadas-de-quien-depende-el-inicio-del-plazo-de-prescripcion/>

OLAS DE AUTOMATIZACIÓN, REVOLUCIONES DIGITALES Y SEGURIDAD SOCIAL¹

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

Profesor Titular

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

“Lo mejor de la vida son las ilusiones”

HONORÉ DE BALZAC

1. PREFACIO SOBRE UN ACUERDO ESPERADO

En fecha de 8 de diciembre de 2023, los telediarios y prensa nacional e internacional de todos los rincones del mundo anunciaban una noticia difundida por la propia Unión Europea² –que verdaderamente no era una absoluta novedad, pues había conocimiento de la agenda y ecos de las intensas sesiones negociadoras entre Consejo, Parlamento y Comisión que se venían desarrollando en esas fechas³–. La primicia publicada confirmaba que la Unión Europea había llegado a un acuerdo para sacar adelante la que sería la “primera ley” sobre inteligencia artificial. Un acuerdo fruto de las negociaciones políticas que deberá ser posteriormente aprobado por el Parlamento y el Consejo Europeo y que, además, a fecha de remisión para la publicación de este texto, no se encuentra aún redactada⁴.

Para ser más exactos, lo que verdaderamente no existe es una regulación como la pretendida por la Unión Europea que, a nuestro juicio, podría resumirse como de limitadora de riesgos y otorgadora de seguridad para los ciudadanos –y, consecuentemente, la otra cara de optar por esta opción que opinamos es la correcta, pero que limita, no el avance tecnológico, sino un temprano desarrollo económico que, probablemente, otros países aprovechen en plena vinculación con la inteligencia artificial (IA)–. Sin embargo, entendemos que ese “pequeño” coste que debe asumirse se realiza por el lógico respeto a

¹ Fruto de una estancia de investigación realizada en *The City Law School, University of London*.

² ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: *Las relaciones sociolaborales en la era de la transición digital: Inteligencia artificial (IA), algoritmos, robótica, automatización, big data, compliance y tecnologías avanzadas*, Granada, Comares, 2024.

³ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C. B.: “Europa confía en cerrar el acuerdo político sobre el Reglamento de IA el próximo día 6 de diciembre”, *Diario La Ley*, 4 de diciembre de 2023.

⁴ EGUILIZ CASTAÑEIRA, J. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C. B.: “Cinco aclaraciones necesarias sobre el Reglamento de IA (con un prólogo para tecnólogos y un epílogo para optimistas)”, *Diario La Ley*, 15 de diciembre de 2023.

los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea: una ley que viene a poner “*reglas claras para el uso de la IA*”⁵.

Lo cierto es que al final se trata de una elección legislativa por una u otra vía y, entendemos, ha sido la correcta ante el desconocimiento propio de una revolución tecnológica absoluta, pero que, además, Europa no lideraba –creo que esto último ha pesado más–. Ciertamente, y en comparación con otros países⁶, la Unión Europea ha llegado tarde en esta materia. No obstante, se insiste en que esta norma da una “*certeza legal y técnica*” a ciudadanos y empresas⁷. En otros términos, se respetan los derechos fundamentales.

Expertos en la materia califican que se trata de un acuerdo que “*no deja de ser un equilibrio entre no pasarse de frenada para matar la innovación ni quedarse corto y que la ley no sirva para nada*”⁸. Otros insisten en que se trata de un acuerdo político, por lo que “*la tramitación del Reglamento no ha terminado*”, pues “*comienza ahora una negociación técnica y un proceso de traducción que se va a prolongar durante varios meses, y tras su publicación definitiva se abrirá un plazo de dos años para su aplicación plena, aunque se podrá adelantar la entrada en vigor de algunos puntos*”⁹. Y hay quién entiende que, con esta ley, Europa ha quedado fuera: “*dado que no existe ni la iniciativa, ni el presupuesto, ni la unidad de acción, ni la tecnología para crear esos sistemas, parece que la aplicación de las medidas propuestas dejará definitivamente a Europa fuera del desarrollo de los grandes modelos de IA*”¹⁰.

En suma, se trata de un proyecto de Reglamento que tiene por objeto regular los sistemas de inteligencia artificial (IA) en la Unión Europea con la finalidad de que respeten los derechos fundamentales y los valores de la Unión Europea, por supuesto, tratando de aumentar la inversión y la investigación en este ámbito. Se trata de una fórmula en el que se califican los riesgos existentes y, lógicamente, a mayor riesgo más estrictas son las normas de aplicación.

2. CONTEXTO SOBRE LAS REVOLUCIONES DIGITALES

Pongamos la era digital en plena relación con ese precedente histórico que confirma los períodos cílicos de la humanidad, lógicamente, adaptados al avance de la sociedad¹¹.

⁵ Thierry Breton, extraído de la noticia publicada por ELPAIS.

<https://elpais.com/tecnologia/2023-12-08/la-ue-aprueba-la-primera-ley-de-inteligencia-artificial-del-mundo.html>

⁶ Por ejemplo, China. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C. B.: “China aprueba una regulación de la inteligencia artificial y de la inteligencia artificial generativa”, *Diario La Ley*, 31 de agosto de 2023.

⁷ Carme Artigas, extraído de la noticia publicada por ELPAIS.

<https://elpais.com/tecnologia/2023-12-08/la-ue-aprueba-la-primera-ley-de-inteligencia-artificial-del-mundo.html>

⁸ Manuel Vega, extraído de la noticia publicada por RTVE.

<https://www.rtve.es/noticias/20231209/primera-ley-sobre-inteligencia-artificial/2465991.shtml>

⁹ Borja Adsuara, extraído de la noticia publicada por RTVE.

<https://www.rtve.es/noticias/20231209/primera-ley-sobre-inteligencia-artificial/2465991.shtml>

¹⁰ Alfonso Valencia, extraído de la noticia publicada por RTVE.

<https://www.rtve.es/noticias/20231209/primera-ley-sobre-inteligencia-artificial/2465991.shtml>

¹¹ ORTEGA LOZANO, P. G.: “Transformación digital, salud y seguridad social: algunas cuestiones de interés”, en AA. VV.: *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva: VII Congreso Internacional y XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2023, pp. 549-573.

Al respecto, son cuatro las “revoluciones industriales” a la que la literatura científica viene haciendo referencia (sin perjuicio de que ya se habla de una quinta revolución industrial):

1) La primera revolución industrial (segunda mitad del siglo XIII hasta 1820-1840) siendo un período de profundas transformaciones económicas, tecnológicas y sociales, que conllevó un cambio importante en la sociedad y el trasvase desde una economía rural a una economía urbana.

2) La segunda revolución industrial (aproximadamente entre 1870 hasta 1914) y que se caracterizó por el crecimiento económico consecuencia de la innovación técnica que produjo profundos cambios en las fuentes de energía tales como el gas, la electricidad, el acero o el petróleo, introduciendo nuevos sistemas de transporte y de comunicación y, desde la perspectiva laboral, transformando el factor trabajo y la forma de organización de las empresas.

3) La tercera revolución industrial, la cual, algunos autores la sitúan en 1920, otros en 1940, sin poder poner una fecha exacta de inicio, pero llegando todos los estudiosos a una misma conclusión: es la sociedad de la información y de descubrimientos tecnológicos y científicos de mucho peso, tales como internet, telefonía móvil, ordenadores, energías renovables, etcétera. Por tanto, nuevas tecnologías de la comunicación con nuevos sistemas de generación energética.

4) Y sin todavía dar por concluida la tercera revolución industrial, ya se habla de la cuarta revolución industrial o industria 4.0. Para Klaus Schwab¹², al que se le considera pionero del concepto, una revolución industrial viene caracterizada por el surgimiento de “nuevas tecnologías y nuevas maneras de percibir el mundo que impulsan un cambio profundo en la economía y la estructura de la sociedad”¹³.

Al hilo de lo anterior, la primera revolución industrial es identificada con la energía basada en el vapor; la segunda revolución industrial es identificada con la ciencia y la producción masiva alimentada por la electricidad; la tercera revolución industrial es identificada por la tecnología de la computación; y la cuarta revolución industrial se identificará con la inteligencia artificial y la expansión tecnológica en todos los campos y materias. Es el efecto combinatorio de todas las tecnologías lo que viene impulsando esta cuarta revolución industrial: robots, mapas genéticos, impresión 3D, inteligencia artificial, algoritmos, aprendizaje automático, mezcla de la biología con la tecnología, etcétera. Es un conjunto de transformaciones que ya están en marcha y otras que todavía desconocemos, pero pronto llegarán (por tanto, es evidente que nos encontramos ante un ejercicio especulativo de las consecuencias y los resultados que la IA alcanzará en el mercado laboral).

Continúa Klaus Schwab¹⁴ confirmando que “la cuarta revolución industrial genera un mundo en el que los sistemas de fabricación virtuales y físicos cooperan entre sí de una manera flexible a nivel global. Sin embargo, no consiste solo en sistemas inteligentes y conectados. Su alcance es más amplio y va desde la secuenciación genética hasta la nanotecnología, y de las energías renovables a la computación cuántica. Es la fusión de estas

¹² SCHWAB, K.: *The Fourth Industrial Revolution*. Ed. Penguin Books. 2017.

¹³ Disponible en <https://www.salesforce.com/mx/blog/2018/4/Que-es-la-Cuarta-Revolucion-Industrial.html>

¹⁴ SCHWAB, K.: *The Fourth Industrial Revolution*. Ed. Penguin Books. 2017.

tecnologías y su interacción a través de los dominios físicos, digitales y biológicos lo que hace que la Cuarta Revolución Industrial sea diferente a las anteriores”¹⁵.

Lógicamente, la IA es beneficiosa para el crecimiento pues estimula la productividad y aumenta la capacidad de producción y desarrollo de la sociedad en general; sin embargo, también es cierto que sustituye la mano de obra humana por tecnología –máquinas–. Lógicamente, la respuesta a la pregunta es apresurada, puesto que la IA en las relaciones laborales dependen de muchos factores, entre ellos, el contexto institucional y político¹⁶.

Lo que es evidente es que la productividad se tornará en el elemento de medición clave, pues mide la eficacia con la que una sociedad puede convertir los recursos disponibles en bienes y servicios de valor, siendo, por tanto, el principal indicador del progreso¹⁷. Lo que deberá ponerse en relación con la productividad laboral. En otros términos, del PIB real por hora trabajada; de este modo, resulta más sencillo identificar el papel de la tecnología incorporada en los bienes de capital. Por ejemplo, la productividad de un obrero de la construcción no aumentará, aunque pueda cavar más deprisa con una pala o se tome menos tiempos de descansos, sino que lo hará si trabaja con una excavadora mecánica. Con esto se deja de relieve que los períodos de transformación tecnológica se evidencian en un crecimiento más rápido de la productividad laboral en relación con la productividad total de los factores¹⁸.

Si bien nos hemos referido a las revoluciones existentes a lo largo de la historia, también podemos distinguir olas de automatización respecto a la actividad que se venía desarrollando. En Europa, la primera ola de automatización conocida ocurrió en los siglos 18 y 19 en el sector de la agricultura, lo que terminó en una migración de los agricultores a las fábricas disminuyendo la proporción del empleo en la agricultura en más del 54% en 1840¹⁹ al 17,5% en 1960²⁰, mientras que, por el contrario, aumentó los empleos en las industrias manufactureras. Una segunda ola de automatización se localizó entre los años 1960 a 1970, cuando la industria comenzó a liberar a los trabajadores que empezaron a dedicarse al sector de los servicios. En EE.UU., la participación del empleo en la agricultura pasó de ser el 60% alrededor de los años 1850 a ser menos de 5% en 1970²¹. Y en China el descenso fue aún más rápido disminuyendo un 33% en tan solo 25 años (desde 1990 a 2015). Pero hay más datos a destacar: en EE.UU. la cuota de empleos dedicados a la industria manufacturera disminuyó del 26% que ocupaba en 1960 a un escaso 10% en 2017; mientras que en Alemania disminuyó del 40% de 1970 a menos del 20% en 2017. Sin embargo, a pesar de todos los descensos del % de esos sectores, la automatización trajo consigo un aumento de la productividad y una lógica reducción de los trabajadores en ese sector determinado; pero, especialmente importante fue la consecuencia de reducción de

¹⁵ Disponible en <https://www.iberdrola.com/innovacion/cuarta-revolucion-industrial>

¹⁶ AGHION, P., ANTONIN, C. y BUNEL, S.: “On the Effects of AI on Growth and Employment”, en AA. VV.: *Work in the age of data. Data, Ideas, and proposals on digital economy and the world of work*, BBVA openmind, 2019, p. 9.

¹⁷ COYLE, D.: “Measuring Productivity in the Context of Technological Change”, en AA. VV.: *Work in the age of data. Data, Ideas, and proposals on digital economy and the world of work*, BBVA openmind, 2019, p. 20.

¹⁸ COYLE, D.: “Measuring Productivity in the Context of Technological Change”, en AA. VV.: *Work in the age of data. Data, Ideas, and proposals on digital economy and the world of work*, BBVA openmind, 2019, p. 21.

¹⁹ CRAFTS, N.: “The Industrial Revolution: Economic Growth in Britain, 1700-1860”, en DIGBY, A. y FEINSTEIN, C.: *New Directions in Economic and Social History*, 1989.

²⁰ ZOBBE, H.: “The Economic and Historical Foundation of the Common Agricultural Policy in Europe. Statistics for the EEC”, *Unit of Economics Working Papers* 24212, Royal Veterinary and Agricultural University, Food and Resource Economic Institute, 2001.

²¹ <https://datacatalog.worldbank.org/dataset/world-development-indicators>

los costes relativos a los bienes manufacturados y, por tanto, el aumento de nivel de vida en general²².

Estas mediciones y la interpretación de estas estadísticas no deben realizarse en sentido cortoplacista, puesto que es evidente que en ese caso estaríamos en una dinámica alarmista de desaparición masiva de puestos de trabajo. Es evidente que la IA y la automatización van a traer la desaparición de determinados puestos de trabajo y el desplazamiento de otros puestos a sectores diferentes, pero los ciclos históricos (mucho más largo que unos escasos años de medición) terminan confirmándonos que, en general, el empleo terminará creciendo y consigo toda la economía mundial. Por tanto, a nuestro criterio, el problema se sitúa en un tiempo relativo y corto de tiempo que provocará una importante pérdida de determinados puestos de trabajo, por lo que, para ello, y en aras de evitar situaciones jurídicas indeseadas, las políticas de los países serán vitales para manejar la transición requerida de estos puestos de trabajo. Son muchos los ejemplos que pueden detallarse confirmando esta tendencia de que, a largo plazo, el empleo ha crecido: los escribas religiosos fueron reemplazados consecuencia de la creación de la invención de la imprenta, lo que se tradujo en la creación de cantidad de puestos de trabajo; los puestos de trabajo relacionados con los caballos prácticamente fueron eliminados con la invención del coche, pero esto también trajo –como consecuencia– la creación de millones de puestos de trabajo, no solo en la industria automovilística, sino también de construcción y mantenimiento de carreteras; y lo mismo ocurrió con la creación de los ordenadores; o también con la globalización de suministros, pues Europa temía por la pérdida de puestos de trabajo al trasladarse las industrias hacia países con un menor coste de producción y que, con el paso de los años, ha terminado creando más puestos de trabajo consecuencia de que la globalización que inicialmente era de suministros ha dado fruto a una globalización del sector de servicios²³. En definitiva, la era de los datos, IA y algoritmos no debiera ser motivo de preocupación, sino una oportunidad única de vivir un momento histórico que puede cambiar la vida de muchas personas mejorando la calidad de la misma. Póngase, como ejemplo, que cuando la IA haya avanzado en medicina, una de las principales causas de muerte de los humanos –los errores médicos– van a disminuirse hasta el punto de ser prácticamente inexistentes.

Para este avance sin precedentes se han aunado tres características que ahora tienen que seguir avanzando: la globalización de un mundo conectado; un avance exponencial de la digitalización; y, por último, una idea que en su trasfondo está el de mayor eficiencia y menor coste, es decir, la automatización²⁴. Factores que, a su vez, están interconectados entre sí²⁵. Un ejemplo de la importancia que tienen los dos primeros (globalización y digitalización) puede encontrarse en los siguientes datos: la empresa Ikea tardó treinta años en expandirse fuera de Suecia; y setenta años en tener unas ventas anuales de cuarenta y dos mil millones; sin embargo, la plataforma digital Alibaba alcanzó el millón de usuarios en dos años y en quince años unas ventas anuales de setecientos mil millones²⁶.

²² SERVOZ, M.: *AI. The future of work? Work of the future. On how artificial intelligence, robotics and automation are transforming jobs and the economy in Europe*, Comisión Europea, 2020, pp. 11 y 12.

²³ SERVOZ, M.: *AI. The future of work? Work of the future. On how artificial intelligence, robotics and automation are transforming jobs and the economy in Europe*, Comisión Europea, 2020, p. 12 y p. 16.

²⁴ SERVOZ, M.: *AI. The future of work? Work of the future. On how artificial intelligence, robotics and automation are transforming jobs and the economy in Europe*, Comisión Europea, 2020, p. 17.

²⁵ MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE: *Digitization, AI, and the future of work: Imperatives for Europe*, McKinsey Global Institute, New York, 2017.

²⁶ WORLD BANK: *The Changing Nature of Work, World Development Report 2019*, 2018.

En definitiva, es evidente que el mundo está al borde de la denominada “cuarta revolución industrial”, pero, en comparación con las otras revoluciones industriales, la cuarta revolución industrial obtiene su energía de la abundancia de datos (“big data”) combinada con la tecnología, concretamente, con algoritmos, inteligencia artificial y capacidad informática. Consecuentemente, hay una diferencia muy importante con las otras tres revoluciones industriales que iniciaron la oleada revolucionaria a través de la introducción del vapor, electricidad y ordenadores. Y claro, al girar la cuarta revolución industrial en la abundancia de datos (“datificación”), lógicamente, su característica principal hace que esta revolución sea más mundial que nunca, más rápida y con un impacto enorme en los avances tecnológicos de todos los países, economías, sociedades y medio ambiente. Todo ello evidencia que la transformación digital es absoluta, pero igual de absoluto debe ser el respeto de los derechos fundamentales, colocándose la tecnología al servicio de la humanidad (y no la humanidad al servicio de la tecnología).

Al igual que todas las revoluciones, esta revolución industrial sustentada en la tecnología tiene vencedores y vencidos. Los vencedores, sin duda, son los que han destinado mayores recursos a la investigación, desarrollo y comercialización de aplicaciones de inteligencia artificial, lo que les ha permitido colocarse en cabeza de una revolución digital silenciosa que ha terminado activando una competencia mundial de valores económicos y capacidades tecnológicas enormes, hasta el punto de que la competitividad digital se ha convertido en objetivo político de todos los países (especialmente los más desarrollados)²⁷.

Revolución que gira en base a programas informáticos que utilizan métodos probabilísticos y algoritmos predictivos que termina abarcando una amplia gama de tecnologías, técnicas y enfoques que se engloban bajo la denominación de “sistemas de inteligencia artificial”. Sistemas de inteligencia artificial en el que se engloba cualquier sistema automatizado guiado por objetivos definidos por el ser humano entre los que destaca la predicción, recomendación o toma de decisión de conformidad con los datos que algoritmo posee.

3. ¿Y EN LA SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS AFINES? ALGUNAS CONCLUSIONES AL RESPECTO

[1] Los nuevos tipos de trabajo en plataforma han variado –a nivel europeo– las condiciones de trabajo. Asimismo, las personas que vienen desarrollando trabajos por cuenta propia generalmente terminan sufriendo lagunas en sus elementos básicos de protección social, tales como el desempleo, enfermedad, accidentes, etcétera. Es evidente que, si las formas de empleo más flexibles siguen cobrando importancia, deberá realizarse una profunda revisión del modelo de empleo que actualmente viene desarrollándose y que responde a esa era de industrialización a la que nos hemos referido.

²⁷ Informe de Parlamento europeo sobre la inteligencia artificial en la era digital. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0088_ES.html.

Es tan relevante la cuestión que también se afirma lo siguiente: “*sostiene que la IA es una de las tecnologías emergentes clave en el marco de la cuarta revolución industrial; señala que la IA alimenta la economía digital ya que permite la introducción de productos y servicios innovadores, tiene la capacidad de incrementar las posibilidades de elección de los consumidores y puede conseguir que los procesos de producción sean más eficientes; afirma que se prevé que en 2030 a más tardar la IA contribuya con más de 11 billones de euros a la economía mundial; subraya, al mismo tiempo, que las tecnologías de IA corren el riesgo de reducir la intervención humana; pone de relieve que la IA debe ser una tecnología centrada en el ser humano y fiable, y no debe reemplazar la autonomía humana ni asumir la pérdida de libertad individual; destaca la necesidad de garantizar que esta cuarta revolución industrial sea integradora y no deje a nadie atrás*”.

Un paso importante se dio con la publicación de la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 8 de noviembre de 2019 relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia. Recomendación para que los Estados miembros ofrezcan el acceso a una protección social adecuada a todos los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia en los Estados miembros; y a establecer normas mínimas en el ámbito de la protección social de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia. En efecto, la norma establece que la protección social puede prestarse a través de una combinación de regímenes, organizados por las autoridades públicas u organizados mediante delegación a los interlocutores sociales u otras entidades a las que se haya encomendado dicha tarea, de conformidad con los principios fundamentales de los sistemas de protección social nacionales.

Asimismo, se hacía hincapié en la recomendación de garantizar lo siguiente a todos los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia: a) cobertura formal; b) cobertura efectiva; c) adecuación; d) transparencia. Más concretamente, las ramas siguientes de la protección social –en la medida en que existan en los Estados miembros–: a) prestaciones de desempleo; b) prestaciones por enfermedad y de asistencia sanitaria; c) prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; d) prestaciones de invalidez; e) prestaciones de vejez y supervivencia; f) prestaciones relacionadas con accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

[2] Contamos también con la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Directiva que tiene la finalidad de mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral. Por ello establece los derechos mínimos aplicables a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Recogiendo el artículo 4 de la citada Directiva el contenido acerca de la información a proporcionar de la relación laboral: a) la identidad de las partes de la relación laboral; b) el lugar de trabajo; a falta de lugar de trabajo fijo o principal, el principio de que el trabajador está empleado en diferentes lugares o puede determinar libremente su lugar de trabajo, así como la sede o, en su caso, el domicilio del empleador; c) cualquiera de los siguientes: i) el cargo, el grado y la naturaleza o categoría del trabajo para el que se ha empleado al trabajador, o ii) una breve caracterización o descripción del trabajo; d) la fecha de comienzo de la relación laboral; e) en caso de que se trate de una relación laboral de duración determinada: la fecha de finalización o la duración prevista de dicha relación laboral; f) en el caso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, la identidad de las empresas usuarias, si se conoce y tan pronto como se conozca; g) en su caso, la duración y las condiciones del período de prueba; h) de haberlo, el derecho a formación proporcionada por el empleador; i) la cantidad de vacaciones remuneradas a las que el trabajador tenga derecho o, si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de atribución y de determinación de dichas vacaciones; j) el procedimiento, que deben respetar el empleador y el trabajador, incluidos los requisitos formales y la duración de los plazos de preaviso, en caso de terminación de la relación laboral o, si la duración de los plazos de preaviso no puede indicarse en el

momento de la entrega de la información, las modalidades de determinación de dichos plazos de preaviso; k) la remuneración, incluida la retribución de base inicial, cualesquiera otros componentes, en su caso, indicados de forma separada, y la periodicidad y el método de pago de la remuneración a la que tenga derecho el trabajador; l) si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente previsible, la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal, del trabajador, así como cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración y, en su caso, cualquier acuerdo sobre cambios de turno; m) si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, el empleador informará al trabajador sobre: i) el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas, ii) las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje, iii) el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación a que se refiere el artículo 10, apartado 3; n) todo convenio colectivo que regule las condiciones laborales del trabajador o, si se trata de convenios colectivos celebrados fuera de la empresa por instituciones u órganos paritarios especiales, el nombre de la institución o el órgano paritario competente en cuyo seno se hayan celebrado dichos convenios; o) cuando sea responsabilidad del empleador, la identidad de las instituciones de seguridad social que reciben las cotizaciones sociales derivadas de la relación laboral, así como cualquier protección en materia de seguridad social ofrecida por el empleador.

En definitiva, es lógico que la IA, la automatización y la robótica supondrá que haya cambios importantes en las condiciones de trabajo, implicaciones que también afectará a los sistemas fiscales y de financiación de las cotizaciones a la Seguridad Social.

[3] Respecto a los accidentes y la seguridad en el trabajo, hasta el momento, la mayoría de los robots que se han venido utilizando eran de gran tamaño y programados para realizar tareas repetitivas tales como soldar, ensamblar, manipular materiales y embalaje. Por tanto, no era muy frecuente que existieran daños causados por robots industriales, puesto que la interacción entre ellos y los trabajadores ha venido siendo limitada. Sin embargo, el uso de robots colaborativos (*cobots*) está implicando una mayor interacción y contacto entre trabajadores humanos y máquinas. Es por ello que se deben empezar a adoptar normas respecto a la educación de la fuerza laboral cuando exista colaboración entre robots y trabajadores, en escenarios variados y preocupantes como, por ejemplo, cuando el *cobot* no funcione conforme lo programado consecuencia de su desarrollo autónomo.

[4] Asimismo, a nuestro juicio, el mayor problema se localizará en el seguimiento de los trabajadores humanos y la mayor fuerza laboral que emplearán para aumentar su productividad lo que, sin duda, generará un aumento del estrés y de los accidentes laborales en las personas.

[5] Parece que el debate doctrinal respecto a la “cotización” de los robots ya ha sido superado. Sin embargo, ese discurso doctrinal ha pasado a otro discurso que cada vez va cobrando más fuerza: nos referimos al discurso de buscar nuevas formas de financiación sugiriéndose una base impositiva para la robotización; en otros términos, un “impuesto a los robots”. Se trataría, en este caso, de una tasa impuesta por la automatización que ha desplazado o sustituido a determinados trabajadores. Estos ingresos se utilizarían para financiar las transiciones del mercado laboral derivadas de la IA y la automatización. No obstante, hay que valorar también una parte negativa para el despliegue de la

automatización consecuencia de la cuantía económica que podría implantarse por dicho impuesto. Asimismo, es posible que dicho impuesto terminara generando un “dumping” robótico implantándose o trasladándose dicha tecnológica a países dónde no existiera. Incluso se ha propuesta como alternativa una propiedad compartida de robots con los gobiernos, alquilando los gobiernos dichos robots a las empresas (lo que no defendemos por varias cuestiones: mantenimiento, amortización, tecnología obsoleta, cero inversiones en investigación, etcétera). Normas fiscales que no están diseñadas para empresas digitales. Es por ello que debe lucharse por alcanzar un sistema en el que las empresas digitales también contribuyan de manera justa. Lo que es evidente es que, cualquier decisión a efectos fiscales, debería tomarse por la Unión Europea para no incrementar un efecto llamada a unos Estados miembros en detrimento de otros; y siempre sin disminuir o desincentivar la investigación y el desarrollo de la IA en Europa²⁸.

[6] Es posible que los sistemas de protección social también deban ser modificados y perfeccionados. Téngase en cuenta que dichos sistemas fueron creados con una característica en común: surgieron cuando se asumió la existencia de un empleo contractual estable. Sin embargo, en la actualidad, el mercado laboral es impredecible, con frecuentes descansos y cambios habituales de trabajos, lo que hace que los ingresos posean una mayor volatilidad, lo que supone desafíos significativos para los sistemas de protección social. Es evidente que el cambio tecnológico y la globalización han creado nuevas oportunidades, pero también requieren y exigen una modernización de los sistemas de bienestar²⁹.

[7] El informe de Parlamento europeo “sobre la inteligencia artificial en la era digital”³⁰ se refiere a la salud y a la inteligencia artificial de manera concreta. El informe entiende que se puede dar paso a nuevas soluciones o mejora de técnicas existentes en el sector sanitario con el que acelerar la investigación científica con la que poder salvar más vidas humanas y mejorar la atención de los pacientes, lo anterior, contribuyendo a la accesibilidad, resiliencia y sostenibilidad de los sistemas sanitarios europeos. La IA tiene el potencial de adaptar los tratamientos y el desarrollo de medicamentos a las necesidades específicas de los pacientes, mejorando el compromiso con las partes interesadas y los participantes en el sistema sanitario³¹. Se considera que, con la obtención de datos pertinentes y el acceso a los mismos, la IA ayudará a los profesionales de la salud a prestar una mejor atención a sus pacientes, así como una información, orientación y apoyo más personalizados, promoviendo la seguridad de los pacientes y la eficacia terapéutica. Es evidente que esto traerá mayores volúmenes de respuesta en salud y, por supuesto mejores conocimientos científicos para extraer la información pertinente para los profesionales de la salud. Para ello, es necesario que los ciudadanos de todos los Estados miembros comparten sus datos sanitarios con los proveedores de asistencia sanitaria y las autoridades

²⁸ SERVOZ, M.: *AI. The future of work? Work of the future. On how artificial intelligence, robotics and automation are transforming jobs and the economy in Europe*, Comisión Europea, 2020, pp. 106 y 107.

²⁹ ESDE: Employment and Social Development in Europe, 2018. Disponible en:

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8110&furtherPubs=yes>

SERVOZ, M.: *AI. The future of work? Work of the future. On how artificial intelligence, robotics and automation are transforming jobs and the economy in Europe*, Comisión Europea, 2020, p. 108.

³⁰ Informe de Parlamento europeo sobre la inteligencia artificial en la era digital. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0088_ES.html.

³¹ GUINDO MORALES, S.: “La relación laboral especial de los MIR: el acceso a la profesión sanitaria”, MONEREO PÉREZ, J. L., RIVAS VALLEJO, M. P., MORENO VÍDA, M. N., VILA TIERNO, F., ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Dir.), FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. y PEDROSA ALQUÉZAR, S. I. (Coords.) et al: *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, Aranzadi, 2021, pp. 915-956.

de su elección, puesto que de esta manera se mejorará las capacidades de los trabajadores y se les preparará para asumir nuevos trabajos en el ámbito de la salud. Se habla así de la creación de un espacio europeo de datos sanitarios para su uso en el sector de la salud.

Lógicamente, dada la sensibilidad de los datos médicos, el informe considera necesario la creación de normas éticas y jurídicas vinculantes con las que promover un ecosistema de confianza entre los ciudadanos, protegiéndose a los datos frente a usos indebidos o ilícitos, naturalmente, con absoluta prohibición de acceso y difusión de datos no autorizados. Asimismo, se hace un llamamiento a la evitación de decisiones sesgadas que puedan desembocar en discriminaciones y violaciones de los derechos humanos, debiendo verificarse imparcialmente los algoritmos y conjuntos de derechos utilizados, así como la promoción de métodos y sesgos integrados en los sistemas de inteligencia artificial, entrenados para evitar cualquier tipo de conclusión discriminatoria o carente de ética. Con todo ello, se cree y defiende, de manera firme, que se desatascarán los largos retrasos existentes en mejoras y descubrimientos científicos, aliviándose así la carga burocrática en la investigación sanitaria, creándose, a su vez, un espacio europeo de datos sanitarios que garanticen la portabilidad de datos y los derechos de los pacientes.

[8] Dicho informe también se refiere a la inteligencia artificial y al mercado laboral. Es evidente que la inteligencia artificial (y todos los anteriores factores) está influyendo en el mercado laboral y en su entorno: es decir, el lugar de trabajo, el ámbito social y en los efectos multifacéticos del cambio tecnológico en el trabajo y en el empleo.

Estos cambios plantean evidentes desafíos éticos, jurídicos y laborales. Es por ello que la Comisión europea expresa su preocupación en varios entornos del mercado laboral: uno de ellos, por ejemplo, tiene que ver con las modificaciones que la digitalización conlleva en la reorganización de los trabajadores y a la posible desaparición de determinados sectores de empleo. No obstante, también es cierto que la adopción de la inteligencia artificial, si se combina con la infraestructura de apoyo y el aprendizaje y la formación necesarios, podría aumentar sustancialmente el capital y la productividad laboral, la innovación, el crecimiento sostenible y la creación de empleo.

Evidentemente, es cierto que la inteligencia artificial puede sustituir algunas tareas –por tanto, eliminación de puesto de trabajo–, especialmente, tareas repetitivas, pesadas, que requieren mucha mano de obra o peligrosas; pero también es cierto que la inteligencia artificial también puede ayudar a desarrollar competencias, mejorar la calidad del trabajo y crear nuevos empleos de mayor valor añadido, dejando más tiempo para las tareas estimulantes y el desarrollo profesional.

Se ha asumido que la inteligencia artificial ya está sustituyendo o complementando a los humanos en un subconjunto de tareas, pero que aún no está teniendo consecuencias agregadas significativas detectables en el mercado laboral.

[9] Se advierte del posible peligro de que aumente la desigualdad de renta si la inteligencia artificial favorece las ocupaciones de alta cualificación y sustituye las de baja cualificación. Frente a tal riesgo, se debe actuar: cualquier repercusión económica y social debe mitigarse con las medidas, la investigación y la previsión adecuadas, para lo cual es necesario invertir en el reciclaje profesional y en mejorar las cualificaciones de la mano de obra, centrándose en los grupos infrarrepresentados como las mujeres y las minorías, que probablemente se verán más afectados por esta transición, y promoviendo la diversidad en todas las fases de desarrollo de los sistemas de inteligencia artificial.

[10] Se expresa también la preocupación por el hecho de que la inteligencia artificial pueda suponer una pérdida de cualificaciones y crear e integrar empleos de bajo salario y poca autonomía, así como extender las formas de empleo atípico y flexible (trabajo de pequeños encargos). Evidentemente, la gestión mediante algoritmos puede conllevar la creación de desequilibrios de poderes y opacidades entre la propia gestión y los empleados y, también, opacidad sobre la toma de decisiones.

[11] Se hace también referencia a la oportunidad que la inteligencia artificial promueve respecto al cambio cultural dentro de las organizaciones, mejorando la seguridad en el lugar de trabajo, obteniendo un mejor equilibrio entre la vida laboral y personal de los trabajadores, en donde el derecho a la desconexión puede ocupar un papel importante. A su vez, se advierte sobre el efecto que la automatización podría conllevar en la reducción de horas trabajadas y, asimismo, sobre la mejora de las condiciones de vida y salud de los trabajadores. Al respecto, no creemos que sea un efecto real de la inteligencia artificial, pues si bien es cierto que podrá reducir el número de horas trabajadas, ese número de horas se terminará descontando de la organización de la plantilla; en otros términos, se contratará menos personal y se reducirá el número de horas de trabajo efectivo de personas que se encarga de una labor automatizada.

Sin duda alguna, lo que sí conllevará la inteligencia artificial será la creación de nuevas oportunidades de trabajo, especialmente para el colectivo que, debido a restricciones como discapacidades o circunstancias de vida, han estado sujetos a trabajos menos cualificados hasta ahora.

Y, sin duda, la inteligencia artificial supondrá un antes y un después en la calidad y eficiencia de los resultados de los trabajadores, pero por dos consecuencias: en primer lugar, porque los sistemas de inteligencia artificial ayudarán a una mayor productividad y calidad de los resultados de los trabajadores; en segundo lugar, porque, irremediablemente, se crearán sistemas de inteligencia artificial eficaces que permitan la evaluación diaria del trabajador en su puesto de trabajo, lo que tendrá la consecuencia de una mayor productividad por parte de los empleados.

[12] Lo que se pone de relieve en la advertencia que la propia Comisión europea realiza sobre la condena a la vigilancia basada en inteligencia artificial en el lugar de trabajo, con mayor preocupación cuando la misma se realiza sin el conocimiento de los trabajadores, ya también cuando los mismos se encuentran teletrabajando. Es una práctica que la Unión europea rechaza por ser abusiva respecto al derecho fundamental a la privacidad, a la protección de datos y a la dignidad humana del trabajador y a los derechos sociales y laborales. Y no solo eso, sino también por tener efectos negativos sobre la salud mental de los trabajadores debido al grado de intrusión, su efecto general o indiscriminado y la falta de salvaguardias para las personas afectadas. No obstante, debe advertirse que, hoy por hoy, se trata tan solo de una recomendación de la Unión europea, pues nuestra jurisprudencia nacional ya ha tenido la ocasión de pronunciarse en bastantes ocasiones frente a los sistemas de videovigilancia y monitorización en el lugar de trabajo o en sus periféricos informáticos³².

³² Vid. al respecto, ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: "La monitorización del correo electrónico corporativo y la grabación del centro de trabajo por cámaras (visibles y ocultas)", en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 71, 2020. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: "El control empresarial del correo electrónico del trabajador", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 150, 2019 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre las facultades de control empresarial

Riesgos derivados de la vigilancia que también se empiezan a introducir en el entorno escolar, con la absoluta preocupación de que pueda socavar derechos fundamentales de los niños. Pues si bien es cierto que la vigilancia a través de sistemas de inteligencia artificial puede tener ventajas positivas respecto a los riesgos a los que se enfrentan los niños, también es verdad que puede provocar violaciones no intencionadas de la privacidad. Es por ello que se subraya que las implicaciones tanto positivas como negativas para la privacidad, la seguridad y la protección de los niños en la era de la inteligencia artificial requieren un minucioso examen y las correspondientes salvaguardas.

[13] Volviendo al mercado laboral, la inteligencia artificial debe también ponerse al servicio de programas globales de desarrollo de capacidades en todas las etapas de la vida, pero, especialmente, en colectivos más vulnerables, a fin de permitir seguir siendo productivos en un lugar de trabajo en constante evolución y evitar exclusiones del mercado laboral. Para ello, se considera que la adaptación de la mano de obra en términos de educación, aprendizaje permanente y reciclaje profesional sobre inteligencia artificial es de vital importancia. En este sentido se hace una advertencia de que el aprendizaje y la formación en el trabajo siguen poseyendo tintes de un mundo predigital, lo que contribuye a un creciente déficit de competencias y a una nueva brecha digital para los ciudadanos que no tienen acceso a un espacio digital seguro. Se expone, por ello, que debe mejorarse en la alfabetización digital contribuyendo a la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible, en particular, los relativos a la educación, el capital humano y las infraestructuras. También, lógicamente, en el conocimiento adquirido sobre las nuevas formas de trabajo y aprendizaje a raíz de la crisis de la COVID-19 y la necesidad de seguir profundizando en ellas.

[14] Y, al hilo de lo anterior, se advierte por la Comisión respecto al tratamiento de lo que han denominado “alfabetización digital y las cibercapacidades para todos”. Se considera que la alfabetización digital es una condición indispensable para que los ciudadanos confíen en los efectos de la inteligencia artificial y sean conscientes de sus efectos. Consecuentemente, se hace hincapié en la importancia de incluir formación básica en competencias digitales e inteligencia artificial en los sistemas nacionales de educación, lo cual, entendemos que sería una idea excelente. A lo que se advierte –de conformidad con las previsiones de la Comisión europea– que faltan profesionales expertos en TIC en la Unión europea para ámbitos clave como el análisis de datos.

[15] Por último, se advierte que el mercado laboral puede ampliar la brecha de género en el ámbito de sistemas de inteligencias artificial, pues solo uno de cada seis especialistas en TIC y uno de cada tres licenciados en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas (CTIM) son mujeres³³.

ante los cambios tecnológicos y organizativos), pp. 133-159. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Se justifica la grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 8, 2019.

³³ Comunicación de la Comisión, de 9 de marzo de 2021, titulada «Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital» [COM(2021) 0118].

REVISIÓN DE SENTENCIA POR OBTENCIÓN DE INFORME DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO SOBRE ACCIDENTE DE TRABAJO

FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS
Profesor Universidad de Murcia

1. PLANTEAMIENTO

La sentencia de 25/01/2024 del Tribunal Supremo objeto de comentario¹ resuelve el recurso de revisión interpuesto por el demandante que obtiene un documento decisivo, cual es el informe de la Inspección de Trabajo, que considera la existencia de accidente de trabajo; dicho informe no fue aportado por el INSS al expediente administrativo y según expone, se obtuvo por el demandante *a posteriori*, merced a una reclamación al Defensor del Pueblo, quien le facilitó la copia.

2. ANTECEDENTES

El demandante, presenta dos reclamaciones ante el Juzgado de lo Social, respecto a la calificación de las lesiones sufridas mientras desarrollaba su actividad como deportista profesional.

En la primera reclamación solicitó el pago directo de las prestaciones, pero se denegaron por no encontrarse en alta ni en situación asimilada en la empresa empleadora, club de fútbol, cuando se produjo la lesión. El demandante presentó su solicitud de pago directo en 09/09/2014, y su baja médica se produjo el 04/03/2011, denegada la solicitud, se presenta reclamación previa solicitando prestación por accidente de trabajo o subsidiariamente por enfermedad común, la misma fue desestimada al considerar que ya había un pronunciamiento por el juzgado de lo social que consideró la inexistencia de accidente de trabajo, sin que tampoco pudiera acceder a la prestación por contingencia común por no acreditar un período de 180 días cotizados previos al hecho causante sin poder computar las cotizaciones derivadas de acta de liquidación pues la denuncia por descuberto de cotización fueron posteriores al hecho causante.

¹ Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Recurso 11/2023

La segunda reclamación tiene su origen en demanda presentada el 15/03/2016 solicitando se declarara en situación de baja en los períodos comprendidos desde 04/03/2011 hasta 06/09/2012, interesando que se condenara a la empresa, club de fútbol, al abono de la prestación de incapacidad con las revalorizaciones, mejoras, mínimos, solicitando además de forma subsidiaria de anticipo de la prestación por el INSS. El Juzgado de lo Social en sentencia de 25/01/2018 desestimó la demanda al apreciar cosa juzgada respecto a la primera sentencia del Social 3 de Tarragona en 13/07/2013; señalando además que inexistencia de relación laboral entre 09/2011 y 06/2012, siendo además la lesión padecida en 03/2011 diagnosticada más de dos años después.

La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en sentencia de 13/12/2018² confirmó la sentencia de instancia considerando que el debate ya se había resuelto sin que se pudiera recurrir nuevamente a fin de eliminar la adjetivación de la incapacidad temporal.

3. DEMANDA DE REVISIÓN

En fecha de 22/02/2023 se interpone demanda de revisión alegando ex art.510.1 LEC, la obtención de un documento decisivo, cual es el informe de la Inspección de Trabajo, en el que se constata la existencia de un accidente de trabajo, documento que no aportó el INSS y del que tuvo conocimiento tras queja al Defensor del Pueblo, cuya respuesta se data en fecha de 05/12/2022.

El relato del demandante es que sufrió una lesión deportiva mientras jugaba al fútbol, entrenando para el club de fútbol y que el INSS no aportó el informe de la Inspección de Trabajo; por el INSS se argumenta que el demandante ya tenía conocimiento desde 2015, pues el informe de la Inspección se emitió el 17/02/2015, que pudo personarse en el INSS para conocer el contenido de dicho informe y que, en todo caso, tuvo conocimiento de dicho informe por comunicación realizada por la Inspección de Trabajo, y que, en todo caso, los documentos son posteriores a la sentencia.

Por el club de fútbol, empresa demandada, se opone a la revisión por entender que el demandante no agotó todos los recursos procedentes, no interpuso recurso de casación por unificación de doctrina frente a la sentencia del TSJ de Cataluña, del que interesa la revisión; argumenta además que la demanda tampoco se presentó en el plazo de tres meses, y que obtuvo el informe de la Inspección en fecha 06/07/2021 tras una queja formulada por no recibirla, por cuanto el documento que designa no es habilitante para interesar la revisión y además no lo considera decisivo.

Por el Ministerio Fiscal se interesó la desestimación por no considerar que concurrieran los requisitos legales para interesar la revisión con el documento aportado.

4. LA REVISIÓN

Realiza la sentencia del TS que comentamos un análisis del remedio procesal de la revisión, como así denomina, y con antecedente en el art.236.1 de la LRJS, refiere que la procedencia de la revisión contra cualquier sentencia firme dictada por los órganos de la jurisdicción social y contra los laudos arbitrales firmes sobre materias objeto de conocimiento del orden social, han de solicitarse vía revisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

² Sentencia TSJ Cataluña. Sala de lo Social. Sección 1. Recurso 4523/2018.

Así la Sala expone su doctrina y con referencia a su sentencia de 16/09/2015³ recuerda el carácter extraordinario y excepcional de la revisión que se configura como una posibilidad de equilibrar la seguridad jurídica con la justicia, haciendo ceder parcialmente aquélla, la seguridad jurídica, en favor de ésta, sin poder exceder los estrictos límites marcados y sin que se pueda volver a enjuiciar la situación fáctica, ni tampoco pretender un nuevo análisis de una cuestión ya resuelta que ha cobrado firmeza.

Es doctrina de la Sala que la revisión es un remedio procesal ,que se limita a la sentencia firme ganada injustamente, sin alcance a la revisión de los hechos, y es por tanto que la revisión sólo puede interesarse en las causas previstas en la ley, que se configuran como causas tasadas, imponiéndose por tanto una interpretación restrictiva y rigurosa tanto de sus causas como de sus requisitos formales; se pretende, en todo caso, evitar que la revisión se convierta en un nuevo grado jurisdiccional, al arbitrio de alguno de los litigantes, y con menoscabo de la cosa juzgada, y por tanto no puede intentar una nueva discusión sobre casos ya debatidos y resueltos, pues no se trata de corregir sentencias supuestamente injustas sino rescindir las ganadas injustamente.

Desde el punto de vista constitucional, recuerda también la Sala la doctrina del TC, por todas, la sentencia 139/2009⁴, donde se establece la conexión entre la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que actúa como límite a los jueces a variar o revisar resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos tasados por la ley.

5. EL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS

Para la Sala el instrumento de la revisión de sentencias firmes tiene por tanto un carácter subsidiario y su válida interposición exige, no sólo que sea firme la resolución, sino que además se hayan agotado todos los recursos jurisdiccionales, sin que pueda utilizarse este medio excepcional como una modalidad normal de la impugnación, puesto que se convertiría en una herramienta procesal para realizar un nuevo examen del procedimiento que ganó firmeza, sin que tampoco permita aportar pruebas como remedio de deficiencias o negligencias, y es por tanto, que no se trata de una tercera instancia.

En el presente caso el demandante no ha dado cumplimiento al requisito de excepcionalidad en la demanda de revisión, pues se ha omitido el incidente de nulidad de actuaciones del art.241 de la LOPJ, y por tanto no se han agotado los recursos procedentes al no haber acudido el recurso de casación para la unificación de doctrina, ni tampoco al incidente de nulidad de actuaciones.

6. EL PLAZO DE PRESENTACIÓN

Establece el art.512 de la LEC que en ningún caso se podrá solicitar revisión transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia que se pretende impugnar, pudiendo solicitarse la revisión sin que hayan transcurrido tres meses desde el día en que se descubrieron los documentos decisivos; asistimos por tanto a un plazo sustantivo y no procesal, y por tanto plazo de caducidad, que ha de regirse por las normas

³ Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Recurso 19/2014.

⁴ Sentencia Tribunal Constitucional. 15/06/2009. BOE 17/07/2009.

del art.5.2 del Código Civil, como ha manifestado el Tribunal Supremo, por todas, y por más reciente su sentencia de 22/12/2022⁵.

La consecuencia inmediata de aplicar la caducidad por las normas establecidas en el Código Civil da lugar a estimar la caducidad de oficio por el órgano jurisdiccional, que se produce al realizar el cómputo de fecha a fecha sin excluir días hábiles, sin que proceda la interrupción de los plazos. Por otra parte, se exige al recurrente que indique con claridad el inicio del plazo, y acreditar con certeza concluyente dicho dato sin que pueda quedar a su elección de forma aleatoriamente conveniente.

Las consideraciones realizadas, traídas al caso objeto de análisis, permiten concluir que la demanda se encuentra interpuesta fuera del plazo de tres meses, pues en la misma no se concreta el inicio del cómputo del plazo, ni se fija con claridad el documento en el que fundamenta la demanda, si es el informe del Defensor del Pueblo de 05/12/2022 o el de la Inspección de Trabajo de 17/02/2015, en el que se contendría la estimación de la existencia de un accidente laboral; si bien, y según se desprende del relato de la demanda el documento objeto de revisión es el informe de la Inspección de Trabajo, alegándose que se tuvo conocimiento de dicho documento por el informe remitido por el Defensor del Pueblo, lo que supondría que la revisión presentada en 23/02/2023 estaría dentro de los tres meses de plazo.

La realidad, sin embargo, es otra, pues según consta la Inspección en fecha 06/07/2021 remitió copia del informe emitido el 02/02/2015, y por tanto la fecha en que se conoció el informe no fue la de 05/12/2022, sino la de 2021, y por tanto se incumple el plazo de tres meses desde la fecha que se recobra el documento a la fecha de la presentación de la demanda.

7. EL MOTIVO REVISORIO

El Tribunal Supremo en su sentencia de 31/01/2011⁶ expone los requisitos para el éxito de la causa resarcitoria, debiendo cumplirse conjuntamente todos ellos, y se ha de tratar de documentos recobrados, es decir, recuperados después de dictada una sentencia firme cuya revisión se insta; que no se hayan podido obtener por fuerza mayor o por obra de quien hubiera dictado a su favor el fallo impugnado, y que sean decisivos habiéndose podido incidir con un resultado final distinto en el pronunciamiento judicial.

Sobre la fecha de inicio, el dies a quo en el que arranca el plazo, ha de determinarse con claridad por el demandante⁷ a fin de acreditar la interposición en plazo del recurso; pero además, para el carácter decisivo de los documentos, éstos han de tener el carácter decisivo⁸ de forma que pongan en evidencia la afectación en el fallo.

Se exige además que de manera precisa se proceda a realizar una explicación razonada y justificada de la falta de aportación, bien por no estar disponible por fuerza mayor o, en su caso, por disposición interesada de la parte beneficiaria de la sentencia.

En la presente demanda de revisión el demandante pretende anular la sentencia adversa al considerar que su incapacidad padecida derivaba de un accidente de trabajo, como avalaba la Inspección de Trabajo en su informe de 2015, si bien en un segundo

⁵ Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Recurso 4/2021.

⁶ Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Recurso 5/2010.

⁷ Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Recurso 48/2017.

⁸ Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Recurso 20/2017.

procedimiento ya no pretendía la existencia de un accidente de trabajo, cuestión ya juzgada, sino que se declarara la existencia de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes al no haber quedado acreditada la existencia del accidente de trabajo.

En las sentencias recaídas no se aborda la existencia o no de un accidente de trabajo, lo que se determina es que el objeto del procedimiento no es el reconocimiento de un accidente de trabajo sino el de una incapacidad temporal por contingencias comunes.

La Sala, en coincidencia con la Fiscalía, concluye que el carácter decisivo de los documentos aportados por el demandante resulta inexistente, pues ya el TSJ de Cataluña en su sentencia citada de 16/09/2015, que dio lugar a la demanda de revisión, no entró al fondo del asunto, ni analizó la lesión sufrida, sino que estimó la excepción de cosa juzgada, entendiendo el Tribunal Supremo que no puede llegarse a una interpretación distinta pues sería configurar una nueva instancia procesal en detrimento de la eficacia de la cosa juzgada.

8. CONCLUSIÓN

Conforme queda expuesto la demanda de revisión no puede prosperar, y por tanto se ve abocada a la desestimación, dado que no queda acreditado el cumplimiento del plazo de tres meses de la interposición establecido por el art.512 de la LEC; debiendo además haberse admitido, siendo en su caso una resolución de inadmisión acorde a nuestra jurisprudencia, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 25/04/2017⁹ que la habilita por cualquier causa motivada; y finalmente incide también que el motivo revisorio y documento decisivo no es una nueva oportunidad adicional a la de instancia sino que ha de tratarse de una documento recobrado que obligue a poner en evidencia el fallo de la sentencia y su incidencia en el proceso, sin que en el presente caso el documento incida en la sentencia de suplicación.

⁹ Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Recurso 3190/2015.

PROTECCIÓN SOCIAL DE LA VIOLENCIA SEXUAL

JOSEFA ROMERAL HERNÁNDEZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española reconoce en su artículo 1 como valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico la libertad y la igualdad, encomendando a los poderes públicos la obligación de actuar promoviendo los cambios necesarios para que esta libertad e igualdad de la que deben gozar todas las personas de forma individual o en el seno de los grupos en que se integren sea real y efectiva (art. 9.2 CE); en el art. 10 reconoce el derecho a la dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y la paz social; en el art. 14 consagra el principio de igualdad, y a continuación en los arts. 15 y 17 los derechos a la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad, complementados con el art. 18 que recoge el derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen.

Es indudable que la violencia sexual, en todas sus manifestaciones, atenta contra estos derechos reconocidos en nuestra Constitución, e impiden decidir libremente sobre el desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir coacciones, discriminación o agresiones de terceros. Lo que obliga a los poderes públicos a actuar para eliminar de todos los ámbitos de la vida, incluido las relaciones laborales, las manifestaciones de violencia que impiden disfrutar de los derechos que son inherentes a la persona. Con este objetivo aparece la Ley Orgánica 10/2022, de 6 septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS)¹, cuya finalidad esencial es impulsar la prevención de la violencia sexual y garantizar los derechos de las víctimas mediante la adopción y puesta en práctica de políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, que garanticen la sensibilización, prevención, detección y la sanción de las violencias sexuales, e incluyan medidas de protección y recuperación en todos los ámbitos en los que la persona desarrolla actividad, sin olvidar la interacción a través de medios digitales dado el incremento de las tecnologías en nuestra realidad social.

La Ley considera violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado,

¹ BOE de 7 de septiembre de 2022.

lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los demás delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, orientados específicamente a proteger a personas menores de edad. Igualmente, la ley pretende dar respuesta a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual a través de medios digitales, la pornografía no consentida y la extorsión sexual.

A la hora de abordar la problemática social derivada de las manifestaciones de la violencia sexual la norma prevé distintas medidas socio laborales de protección y prevención de la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual entre las que se incluyen obligaciones a las empresas de promover condiciones de trabajo libres de violencia y acoso en todas sus formas, lo que implica revisión de los programas y sistemas de prevención y protección ya existentes que eviten la comisión de delitos y promuevan lugares de trabajo saludables y respetuosos con los derechos del ser humano.

En relación con el ámbito objetivo de aplicación de la Ley, el art. 3.1 especifica las violencias sexuales, entendidas como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital². Como se observa, la norma no tipifica un conjunto cerrado de actos pues tan solo se refiere a “violencia de naturaleza sexual” luego más bien es un listado abierto donde tienen cabida cualquier agresión que pueda vulnerar el derecho moral o físico de la persona con connotaciones sexuales incluido el acoso moral, psicológico y sexual, que sea realizado en cualquier ámbito público o privado. En este sentido la propia Ley modifica la descripción del delito de acoso sexual del art. 184 del Código Penal ampliando su ámbito de aplicación objetiva a las peticiones sexuales efectuadas en el contexto de una análoga a la docente o de prestación de servicios³. En cuanto al ámbito subjetivo es de aplicación a “las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa; o en el extranjero, siempre que sean de nacionalidad española, pudiendo a estos efectos recabar la asistencia de embajadas y oficinas consulares” (art. 3.2 LOGILS)⁴.

Dada la amplitud del fenómeno sociolaboral, este trabajo se limita al análisis de los derechos de protección laborales y de seguridad social de las víctimas de violencia sexual, dejando para otra ocasión el abordaje de las obligaciones empresariales de prevención de comportamientos de violencia sexual en la empresa y sistemas de gestión en caso de materializarse el riesgo; de manera que se garanticen lugares de trabajo libres de violencia y acoso.

² Se considera incluido en el ámbito de aplicación, a efectos estadísticos y de reparación, el feminicidio sexual, entendido como homicidio o asesinato de mujeres y niñas vinculado a conductas definidas en el siguiente párrafo como violencias sexuales (art. 3.1 LO 10/2022).

³ Criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 septiembre 2022. Circular 1/2023, de 29 de marzo, p. 64.

⁴ La norma deja claro que es de aplicación solo a mujeres, niñas y niños, que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad, por lo que obviamente, los hombres adultos víctimas de violencia sexual no son destinatarios de la LO 10/2022. *Vid.* En este sentido RAMOS QUINTANA, M. I.: “Violencia sexual y relaciones de trabajo: la libertad sexual de las mujeres y las nuevas garantías legales”, *Trabajo y Derecho*, núm. 99, 2023.

2. DERECHOS LABORALES

Con la finalidad de garantizar derechos en el ámbito laboral y funcionarial que concilien los requerimientos de la relación laboral y de empleo público con las circunstancias especiales que pueden vivir las trabajadoras que sufren violencia sexual, la LOGILS introduce en el Capítulo II del Título IV un conjunto de derechos laborales y de seguridad social de las víctimas regulados en los artículos 38 a 40. El artículo 38 reconoce derechos laborales a las trabajadoras víctimas de violencia sexual relacionados con reducción y ordenación del tiempo de trabajo, traslado o cambio de centro de trabajo, adaptación de puesto y apoyos que precisen por razón de discapacidad para su reincorporación, suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo, nulidad de la extinción del contrato de trabajo, ausencia o faltas de puntualidad justificadas y remuneradas, y protección por desempleo. Estos derechos reconocidos mediante remisión al Estatuto de los Trabajadores supusieron la modificación de varios de sus artículos por la Disposición final Decimocuarta de la LOGILS. En concreto, por este mandato se modificaron los arts. 37 (permisos), 40 (movilidad geográfica), 45 (causas y efectos de la suspensión del contrato de trabajo), 49 (extinción del contrato de trabajo), 53 (forma y efectos de la extinción por causas objetivas) y 55 (forma y efectos del despido disciplinario). En términos análogos se reconocen derechos expresamente para las trabajadoras funcionarias víctimas de violencia sexual, art. 40 de la Ley Orgánica 10/2022, también reflejados en le Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público arts. 49 (permisos) y 82 (movilidad) por modificación introducida por la Disposición final decimoquinta de la LOGILS.

Sin embargo, sorprendentemente, la aprobación de normas posteriores⁵, devolvieron los preceptos modificados del Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto Básico del Empleado Público a su redacción original sin incluir los derechos reconocidos por la LOGILS. Esta anomalía, producida quizás por descoordinación de las distintas comisiones que elaboraron las normas⁶, no implica una pérdida de derechos para las víctimas de violencia sexual puesto que ya figuraban como tales en la LOGILS; y ajustándonos a la jerarquía de normas no es posible que una Ley ordinaria modifique derechos reconocidos por una Ley Orgánica, salvo que esta lo autorice u otra Ley Orgánica posterior⁷. Así las cosas, en este trabajo, cuando se analicen los derechos correspondientes al ET y EBEP nos limitaremos a mencionar su reconocimiento en la LOGILS, para evitar interpretaciones erróneas, en tanto se subsana la anomalía.

⁵ La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI; el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones; y el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio , por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

⁶ Puede verse una explicación sobre esta cuestión en: GOERLICH PESET, J. M.: “¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual?” *Foro de Labos*, www.elforodelabos.es

⁷ Puede verse un análisis al respecto en: FERNÁNDEZ ORRICO, J., “Un estudio comparativo acerca de la protección jurídico laboral entre las víctimas de violencia de género y de violencia sexual”, REDT núm. 269, 2023, págs 28-28.

2.1. Medidas de acción positiva sobre el tiempo de trabajo

Según el art. 38 y Disposición final decimocuarta que modifica el art. 37.8 del ET, las víctimas de violencia sexual para hacer efectiva su protección tienen derecho a la reducción de jornada con disminución proporcional del salario, o a la reordenación del tiempo de trabajo a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilice en la empresa. Como se observa, el precepto establece estos derechos de forma alternativa, como si ambas opciones de forma simultánea fueran incompatibles, de manera que la trabajadora deberá optar por la que más le convenga según sus circunstancias.

En cuanto a la reordenación del tiempo de trabajo, puede hacerse efectivo mediante diferentes mecanismos de flexibilidad interna como la adaptación del horario con las distintas manifestaciones que ello puede suponer, desde alterar el horario de entrada y salida, cambio en el disfrute de vacaciones, fijación de una jornada irregular o acumulación del tiempo de trabajo en diferentes días de la semana, o cualquier otra fórmula que sea posibles dentro de la organización empresarial. Incluso se prevé el derecho a realizar el trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de hacerlo si este fuera el sistema establecido, siempre que la modalidad de prestación del servicio sea compatible con el puesto y funciones a desempeñar por la trabajadora.

Para el ejercicio de estos derechos habrá que estar a lo dispuesto para estos supuestos concretos en el Convenio colectivo o en los acuerdos de empresa, o en su caso conforme al acuerdo entre la empresa y las personas trabajadoras afectadas. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a las víctimas al ser la afectada y por tanto conocedora de los horarios más convenientes para evitar el riesgo, siendo de aplicación las reglas relativas a la resolución de discrepancias del art. 38.8 ET. En último caso, las divergencias entre la empresa y la trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

En el caso de las trabajadoras funcionarias el ar. 40 de la LOGILS también establece el derecho a la reducción de jornada con disminución proporcional de la retribución art. 49.d) EBEP modificado por la Disposición final Decimoquinta de la LOGILS. Es de destacar que, a diferencia del resto de trabajadoras, cuando opten por solicitar reducción de jornada en un tercio o menos mantendrán su salario íntegro⁸. Igualmente se reconoce el derecho de estas trabajadoras a la reordenación del tiempo de trabajo a través de la adaptación del horario, horario flexible o cualquier otra forma de ordenación del horario que sea aplicable, en los términos que para estos supuestos establezca el plan de igualdad de aplicación o, en su defecto, la Administración pública competente en cada caso.

Igualmente, en el caso de las trabajadoras autónomas económicamente dependientes que sean víctimas de violencia sexual, también tendrán derecho a la adaptación del horario de la actividad con el objeto de hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral (art. 14.5 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, de Trabajo Autónomo), modificada por la Disposición final undécima de la LOGILS.

⁸ ESPEJO MEJÍAS, P., en “La tutela laboral del derecho a la libertad sexual: ¿una protección integral?”, *Revista de trabajo y Seguridad Social* CEF, 472, 2023, pág. 115. Señala que, para evitar diferencias y una desigual protección, sería interesante que pudiera preverse el derecho a reducción de jornada para todas las trabajadoras en los mismos términos.

De otro lado, el art. 38.4 de la LOGILS reconoce que las faltas de asistencia o de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada del padecimiento de una situación de violencia sexual se considerará justificada y serán remuneradas, teniendo que comunicar la trabajadora a la empresa su retraso o falta al trabajo tan pronto como le sea posible. Como es lógico, su condición de víctima de violencia sexual debe haber sido acreditada por los servicios sociales de atención o de salud.

2.2. Movilidad geográfica o cambio de centro

Las personas trabajadoras víctimas de violencia sexual que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo (art. 40.4 del ET modificado por la Disposición final decimocuarta de la LOGILS). Como vemos se trata de la posibilidad de que las víctimas puedan solicitar el cambio de centro de trabajo por dicha circunstancia. En estos casos la empresa está obligada a comunicar a la persona trabajadora las vacantes existentes o que pudieran producirse en el futuro. Así pues, la movilidad está condicionada a que la empresa cuente con varios centros de trabajo, y que exista vacante en alguno de ellos correspondientes a la misma categoría profesional o equivalente. Como se observa, la norma no prevé la posibilidad de movilidad funcional vertical, salvo que así se prevea por negociación colectiva o acuerdo individual.

Por lo que respecta al tiempo de movilidad geográfica o cambio de centro, se prevé una duración entre seis y doce meses, con reserva de puesto de trabajo. Al finalizar este periodo, las personas trabajadoras podrán optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior, o la continuidad en el nuevo, decayendo en este caso la obligación de reserva. Por lo que respecta a la retribución que tendrá derecho la trabajadora durante el cambio la ley lo silencia por lo que las posibles diferencias salariales que pudieran producirse deberán asumirse por la trabajadora, al no estar la movilidad funcional bajo el ámbito de las reglas del art. 39 del ET⁹. Una vez terminado el periodo de traslado establecido en la norma, la trabajadora podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior, o la continuidad en el nuevo, en cuyo caso decae el derecho de reserva. También cabe la posibilidad de que a la víctima no le interese retornar a su antiguo puesto ni permanecer en el nuevo, y en este caso puede optar por la extinción del contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose los periodos inferiores, con un máximo de doce mensualidades, y el derecho a desempleo en su caso.

Idéntica previsión se contempla en el ámbito funcionarial para las mujeres víctimas de violencia sexual, art. 82.1 EBEP modificado por la Disposición final decimoquinta. Para estas trabajadoras se prevé el derecho al traslado a otro puesto de trabajo propio de su cuerpo, escala o categoría profesional de análogas características, sin necesidad de que se determine como vacante de necesaria cobertura. Aun así, en tales supuestos, la Administración Pública competente estará obligada a comunicarle las vacantes ubicadas en la misma localidad o en las localidades que la interesada expresamente solicite. Este traslado tendrá la consideración de traslado forzoso. La norma hace referencia a la

⁹ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, J., “Un estudio comparativo acerca de la protección jurídico laboral entre las víctimas de violencia de género y de violencia sexual” cit., pág. 22.

protección de los datos personales de la víctima, sus descendientes y cualquier persona que esté bajo su custodia durante el procedimiento y actuaciones relacionadas con el caso.

2.3. Suspensión del contrato de trabajo

El art. 38.1 de la LOGILS reconoce el derecho de las víctimas sexuales a suspender su relación laboral, con reserva del puesto de trabajo. El derecho tiene su reflejo en el art. 45.1n) del ET al ser modificado por la Disposición final decimocuarta.³ de la LO, que establece que “el contrato de trabajo podrá suspenderse por decisión de la persona trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género”.

En cuanto a la duración de la suspensión, se establece que tendrá una duración máxima de 6 meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiera la continuidad de la suspensión, en cuyo caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de 3 meses, hasta un máximo de 18 meses. Llegado el momento de la reincorporación de la trabajadora víctima de violencia sexual, esta se realizará en las mismas condiciones existente en el momento de la suspensión del contrato de trabajo, debiéndose garantizar los ajustes que sean necesarios en caso de trabajadora con discapacidad (art. 38.3 LOGILS).

Como establece el art. 45.2 ET, la suspensión del contrato implica exoneración de la obligación de trabajar y a su vez liberación del empresario de remunerar el trabajo. Este periodo de suspensión tiene su reflejo en materia de Seguridad Social, como veremos, al considerarse como tiempo cotizado a los efectos de las correspondiente prestaciones de S.S. (jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, desempleo y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave); además de considerarse como situación legal de desempleo. Esta medida puede suponer una eficiente protección cuando la víctima sufra riesgo al salir a la calle y el trabajo no pueda realizarlo desde el domicilio.

En este punto conviene señalar que en el caso de contratos temporales la suspensión del contrato implica que, si bien cesa la actividad laboral durante un tiempo y el correspondiente salario manteniéndose el vínculo jurídico entre empresa y la persona trabajadora, sin embargo, no se paraliza el cómputo de la duración del contrato, salvo que se indique otra cosa, de manera que el contrato no se prolonga una vez llegado a su término. Esto a diferencia de lo que ocurre con la interrupción que si paralizara el computo por el tiempo interrumpido.

En el caso de la trabajadora autónomamente dependiente, la situación de violencia de sexual se consideran causas debidamente justificadas de interrupción de la actividad para que haga efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral [art. 16.1.f) Ley 20/2007 del ETA, modificada por la disposición undécima.³ LOGILS. En caso de que el cliente diera por extinguido el contrato, dicha circunstancia se consideraría como falta de justificación, en cuyo caso la trabajadora tendrá derecho a percibir la indemnización que corresponda por daños y perjuicios causados (art. 16.3 en relación con los apartados 3 y 2 del art. 15 LETA).

Para las trabajadoras funcionarias el art. 89.1 d) del EBEP, modificado por la Disposición final decimoquinta de la LOGILS, reconoce el derecho a la excedencia por razón de violencia sexual, en cuyo caso, para hacer efectiva su protección o su derecho

a la asistencia social integral, no tienen la obligación de acreditar un período previo de carencia, de modo que “tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia sin tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia en la misma” (art. 89.5 EBEP, modificado por la Disposición final decimoquinta.³ de la LOGILS).

2.4. Extinción del contrato

Entre los derechos de las víctimas de violencia sexual el art. 38.1 de la LOGILS introduce el de extinción de su relación laboral, concretado en el art. 49.1m) del ET por la Disposición final decimocuarta.⁴ de la LO. Del contenido del precepto se desprende que la decisión extintiva corresponde en este caso a la trabajadora; por tanto, no es preceptiva la participación de la autoridad judicial o cualquier otro organismo público, por lo que una vez solicitado por la trabajadora tendrá efecto inmediato¹⁰.

En caso de que la decisión extintiva del contrato venga por iniciativa del empresario, como despido objetivo o disciplinario, este sería nulo por el ejercicio de su derecho para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral [arts. 53.4.b) y 55.5 b) del ET modificados por la Disposición final decimocuarta.⁴ LOGILS].

En el caso de la trabajadora autónoma económica dependiente la relación contractual con su cliente (contrato de actividad) se extinguirá cuando esta se vea obligada como consecuencia de ser víctima de violencia de género o de violencias sexuales» [art. 15.1.g) de la LETA].

3. DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La Ley Orgánica 10/2022 no solo modifica aspectos laborales y de empleo público que afectan a las trabajadoras víctimas de la violencia sexual; si no que también tiene repercusión en el ámbito de los derechos de Seguridad Social de las víctimas. Para hacer efectivos estos derechos la Disposición final decimosexta de la Ley Orgánica modifica determinados artículos de la Ley General de Seguridad Social.

3.1. Beneficios en supuestos de reducción de jornada

En el supuesto que la víctima de violencia sexual opte para su protección por la reducción de jornada prevista en el art. 38.1 de la LOGILS, según el art. 270.6 de la LGSS¹¹, para el cálculo de la base regulara por desempleo se computarán las bases de cotización incrementadas hasta el 100 por ciento de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin reducción el trabajo a tiempo completo o parcial. Añade que, si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador en la situación de reducción de jornada por este motivo, las cuantías máxima y mínima de su prestación se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada.

¹⁰ Ver en este sentido, y relacionado con el despido de la trabajadora víctima de violencia de género: ROMERO BURILLO, A. M.: “Ámbito de actuación de las medidas laborales y de protección social de la víctima de violencia de género”. *Medidas laborales de protección social de la trabajadora víctima de violencia de género* Tirant lo Blanch. Valencia, 2020.

¹¹ Cuya redacción no se ha visto modificada por la Disposición final decimosexta de la LOGILS.

3.2. Beneficios en los supuestos de suspensión de contrato y extinción de la relación laboral voluntaria

El periodo de suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo contemplado en el ar. 38.5 de la LOGILS tendrá la consideración de periodo de cotización efectiva a los efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, desempleo y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

Por otro lado, el artículo 267.1. b). 2º LGSS, establece que se encontrarán en situación legal de desempleo las trabajadoras víctimas de violencia sexual cuando suspenda su contrato de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 45.1.n) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹². Recordemos que, en el caso de las víctimas de violencias sexuales, no se prevé al amparo del art. 45.1.n) ET, pues fue suprimida esta situación en el ET, y tan solo el art. 38.2 LOGILS, prevé para ellas el derecho a la protección por desempleo, que, a su vez, se remite a los términos de la LGSS. Por lo que, aunque de una forma menos directa, las trabajadoras víctimas de violencias sexuales se encuentran en situación legal de desempleo, cuando por su decisión se les suspenda el contrato de trabajo por esta circunstancia.

Igualmente, según el art. 267.1 a) 5º LGSS, por modificación introducida por la Disposición fina decimosexta.4 de la LOGILS, se encontrarán en situación legal de desempleo las trabajadoras víctimas de violencia sexual que resuelvan voluntariamente su contrato de trabajo para hacer efectivo su derecho a la protección integral.

En ambos supuestos, la situación legal de desempleo se acreditará por comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con cualquiera de los documentos a los que se refiere el artículo 37 de la LOGILS, que son los siguientes:

- informe de los servicios sociales, de los servicios especializados en igualdad y contra la violencia de género, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencias sexuales de la Administración Pública competente, o de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en los casos objeto de actuación inspectora;
- sentencia recaída en el orden jurisdiccional social;
- cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos;
- documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial, en el caso de víctimas menores de edad.

La comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral se sustituirá, conforme a lo establecido en el artículo 1.6 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el Certificado de Empresa, en el que ha de figurar la causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo.

Por otro lado, el párrafo tercero del art. 300 de la LGSS incluye a las víctimas de violencia sexual, junto con otros colectivos, a fin de que el servicio público de empleo

¹² Apdo. 1 del art. 267 LGSS, modificado por la Disposición final decimosexta.4 LO 10/2022.

atempore, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso de actividad suscrito por estos.

3.3. Beneficios por cese de actividad de la trabajadora por cuenta propia

Según el art. 38.5 LOGILS, en el caso de las trabajadoras por cuenta propia, víctimas de violencia sexual que cesen en el ejercicio de su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, se les considerará en situación de cese temporal de la actividad, como establece en el art. 331.1.d) LGSS¹³. Además, según el art. 329. 1 b) LGSS se les suspenderá la obligación de cotizar durante 6 meses¹⁴, que serán considerados como de cotización efectiva a efectos de prestaciones de Seguridad Social, considerándose en situación asimilada a la de alta. Con ello se constata una reducción del período reconocido, respecto de las trabajadoras por cuenta ajena, pues estas, pueden alcanzar un máximo de dieciocho meses, mientras que las trabajadoras por cuenta propia únicamente podrán disfrutar de este beneficio durante un máximo de seis meses¹⁵. Para determinar la base de cotización por esos 6 meses, según el art. 38.5 párrafo segundo de la LOGILS, se tomará el promedio de las bases de cotización cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar.

Esta situación legal de cese de actividad se acreditará por la declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su actividad económica o profesional, a la que deberá adjuntar cualquiera de los documentos que acreditan las situaciones de violencia de género o de violencias sexuales (art. 332.1.1.4 LGSS)¹⁶. En el caso de la trabajadora autónoma económicamente dependiente, la declaración podrá ser sustituida por la comunicación escrita del cliente del que dependa económicamente en la que se hará constar el cese o la interrupción de la actividad. Tanto la declaración como la comunicación han de contener la fecha a partir de la cual se ha producido el cese o la interrupción.

Las trabajadoras que soliciten la reanudación de la prestación o subsidio por desempleo con posterioridad a los 24 meses desde el inicio de la suspensión deberán acreditar que el cese en la actividad por cuenta propia tiene su origen en la concurrencia de violencia sexual [art. 271.4.b) párrafo segundo LGSS]¹⁷. En el caso de que tras el cese en el trabajo por cuenta propia la trabajadora tuviera derecho a la protección por cese de actividad, podrá optar entre percibir esta o reabrir el derecho a la protección por desempleo suspendida. Si la trabajadora opta por la prestación anterior, las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior [art. 271.4.b) párrafo tercero LGSS].

En el caso de las socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado se consideran en situación legal de cese de actividad, con derecho a la protección de seguridad social (art. 329 LGSS¹⁸ cuando hubieran cesado, con carácter definitivo o temporal, en la prestación de trabajo en la cooperativa, perdiendo los derechos económicos derivados directamente de dicha prestación por causa de violencia sexual [ordinal 4.^a letra a) del apdo. 1 del art. 335 LGSS, modificado por la Disposición final decimosexta.10 LOGILS]. Asimismo, se

¹³ Modificado por la Disposición final decimosexta.8 LOGILS

¹⁴ Modificado por la Disposición final decimosexta.7 LOGILS.

¹⁵ FERNÁNDEZ ORRICO, J., "Un estudio comparativo acerca de la protección jurídico laboral entre las víctimas de violencia de género y de violencia sexual" cit., pág. 27.

¹⁶ Modificado por la Disposición final decimosexta.9 LOGILS.

¹⁷ Modificado por la Disposición final decimosexta.5 LO 10/2022.

¹⁸ Modificado por la Disposición final decimosexta.7 LOGILS.

consideran en situación legal de cese de actividad las trabajadoras autónomas profesionales que hubieran cesado, con carácter definitivo o temporal en la profesión desarrollada solidariamente con otros, por violencia sexual determinante del cese temporal o definitivo de la profesión de la trabajadora autónoma [letra d) del art. 336 LGSS, modificada por la Disposición final decimosexta.¹⁰ LOGILS].

3.4. Beneficio empresarial por sustitución de trabajadora víctima de violencia sexual

Con el objeto de favorecer la protección de la trabajadora víctima de violencia sexual y su reinserción laboral, el art. 38.2 de la LOGILS establece que cuando la empresa formalice un contrato de interinidad con una persona desempleada para sustituir a una trabajadora víctima de violencia sexual que se haya visto obligada, o bien a suspender su contrato de trabajo o bien a ejercitar su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, se beneficiará de una bonificación del 100 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante todo el periodo de suspensión de la trabajadora víctima de violencia sexual sustituida o durante 6 meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo.

4. CONCLUSIONES

La violencia sexual atenta contra los derechos fundamentales de la persona reconocidos en la Constitución para el ejercicio de la libertad y dignidad del individuo, además de impedir decidir libremente sobre el desarrollo de la propia sexualidad de forma segura, sin sufrir coacciones, discriminación o agresiones. Con el objeto de preservar estos derechos aparece la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, cuya finalidad esencial es impulsar la prevención de la violencia sexual y garantizar los derechos de las víctimas.

El lugar de trabajo es un espacio complejo donde pueden ocurrir violaciones del derecho a la libertad sexual y a la integridad moral de las personas trabajadoras; por lo que es necesario regular medidas para hacer efectivo en este ámbito la protección y el derecho a la asistencia social integral de todas las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia sexual.

Por otro lado, el ámbito laboral es un espacio donde las personas pasan gran parte de su tiempo, y del que dependen para el desarrollo de su vida social y familiar. Por ello, la LOGILS introduce una serie de derechos laborales y de protección de Seguridad Social que permitan conciliar los requerimientos de la relación laboral y de empleo público con las circunstancias que puedan vivir las víctimas de violencia sexual; de manera que puedan ejercer su derecho a la protección integral y reintegrarse a su puesto de trabajo conservando sus derechos y sin grandes mermas económicas para el desarrollo de su vida personal y profesional.

La supresión de los derechos reconocidos a las víctimas de violencia sexual por la LOGILS en el ET y el EBEP por normas posteriores suponen una anomalía jurídica que debe solventarse para evitar confusiones y lagunas jurídicas; a pesar de que es evidente que su eliminación de la norma ordinaria no supone una pérdida de derechos puesto que figuran como tales en la Ley Orgánica.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CUESTA, H.: “La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. *Temas Laborales*, núm. 166, 2023.
- ESPEJO MEJÍAS, P., en “La tutela laboral del derecho a la libertad sexual: ¿una protección integral?”, *Revista de trabajo y Seguridad Social CEF*, 472, 2023.
- FERNÁNDEZ ORRICO, J., “Un estudio comparativo acerca de la protección jurídico laboral entre las víctimas de violencia de género y de violencia sexual”, *REDT* núm. 269, 2023.
- GOERLICH PESET, J. M.: “¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual?” *Foro de Labos*, www.elforodelabos.es
- MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRIGUEZ INIESTA, G.: “Las medidas de Seguridad Social y otros instrumentos de protección social en la ley orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual (conocida de manera popular como “Ley del sí es sí”)”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 33. 2022.
- RAMOS QUINTANA, M. I.: “Violencia sexual y relaciones de trabajo: la libertad sexual de las mujeres y las nuevas garantías legales”, *Trabajo y Derecho* , núm. 99, 2023.
- ROMERO BURILLO, A. M.: “Ámbito de actuación de las medidas laborales y de protección social de la víctima de violencia de género”. *Medidas laborales de protección social de la trabajadora víctima de violencia de género* Tirant lo Blanch. Valencia, 2020.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “La violencia de género en el trabajo. Perspectiva de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 14, 2007.

LA RESPONSABILIDAD DE LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL ANTE LA CONTRATACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS

DIEGO VELASCO FERNÁNDEZ

*Investigador del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

1. INTRODUCCIÓN. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

La financiación de la Seguridad Social depende en buena medida de la cotización que determinados sujetos responsables deben llevar a cabo por imperativo legal. Ante la complejidad de la organización productiva moderna, surgen formas de contratación de recursos humanos que plantean retos para el modelo tradicional de cotización.

Tenidas por practicadas las obligaciones de inscripción de empresa, afiliación y alta de los trabajadores, la siguiente obligación que se genera es la de cotizar (Art. 18 LGSS). Así se recoge en el Capítulo III Sección 2º del RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social referido a la “Cotización a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta” (arts. 141 y siguientes, sobre el régimen de cotización).

La obligación de cotizar vincula tanto al empresario como al trabajador. Por ello, en materia de Seguridad Social distinguiremos entre sujetos obligados y responsables. Sujetos obligados son todos aquellos a los que la ley compele a contribuir económicamente a cualquier Régimen de Seguridad Social (empresarios y trabajadores). Mientras los sujetos responsables son aquellos que tienen que realizar la gestión del ingreso de las cantidades adeudadas en concepto de cotización ante la Tesorería General de la Seguridad Social¹. Sin embargo, este binomio en la obligación de cotizar no es igualitario. Trabajadores y

¹ ALZAGA RUIZ, I. “La cotización. Sujetos responsables. Derivación de responsabilidad” en VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social (Tomo I)*, MALDONADO MOLINA, J.A. y DE VAL TENA Á.L. (Coords.) y MONEREO PÉREZ J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2017, pág. 453. Para profundizar en la conceptualización de los sujetos obligados y responsables *Vid.* VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social (7º Ed.)*, Madrid, Tecnos, 2011, páginas 186 y siguientes.

empresarios cotizan por contingencias comunes, horas extraordinarias y desempleo, pero sólo el empresario cotizará por las contingencias profesionales².

Cuestión distinta es la responsabilidad de cotizar, que recae de forma exclusiva en la parte empresarial. El artículo 18.3 LGSS establece que: “son responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso [...]”. Por lo tanto, la parte empresarial deberá gestionar el ingreso tanto de su propia cuota como la de los trabajadores (cuota obrera y patronal). El legislador ha establecido que el empresario será el único responsable directo frente a la Tesorería General de la Seguridad Social. Esto implica que el empresario, podrá descontar del salario de los trabajadores la parte de la cuota obrera a la que ellos están obligados y, en un mismo pago a la TGSS, junto con la cuota patronal, cumplir con la obligación de la cotización. Este procedimiento tiene el objetivo de simplificar el trámite, garantizar la solvencia del pagador, haciendo responsable al empresario del pago de las cuotas de los trabajadores y de unificar el acto de cobro de las cuotas³.

Si el empresario eludiera estas responsabilidades, la ley prevé mecanismos de responsabilidad tanto frente a la TGSS como a los trabajadores, mientras que los trabajadores no incurrirían en responsabilidad alguna⁴. Ahora bien, es cierto el mecanismo de responsabilidad en la obligación de cotizar no genera mayores contratiempos cuando el empresario es un sujeto único, está clara su posición en la relación jurídica. Gestiona directamente a sus trabajadores. No obstante, las formas atípicas de organización empresarial llevan desde hace tiempo planteado problemas de responsabilidad de los sujetos en materia de cotización.

2. BREVE REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Y SUBSIDIARIA EN LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

El referido artículo 18.3 LGSS completa lo ya comentado con una apreciación: “además, [son responsables de la obligación de cotizar (...)]] los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa de aquellos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de ley que se refiera o no excluya expresamente las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes. Dicha responsabilidad solidaria, subsidiaria o mortis causa se declarará y exigirá mediante el procedimiento recaudatorio establecido en esta ley y en su normativa de desarrollo.

El objetivo del legislador es establecer una serie de responsables conexos al empleador para garantizar el pago en caso de incumplimiento por insolvencia o práctica fraudulenta para eludir la responsabilidad. La finalidad del artículo es evitar que mediante tercero sustituto se incumplan las obligaciones del empresario en materia de Seguridad Social⁵.

² Op. cit. ALZAGA RUIZ, I., 2017, pág. 454

³ Op. cit. ALZAGA RUIZ, I., 2017, pág. 456

⁴ Al respecto se pronuncia el artículo 142.3 LGSS

⁵ ALZAGA RUIZ, I. “La cotización. Sujetos responsables. Derivación de responsabilidad” en VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social (Tomo I)*, MALDONADO MOLINA, J.A. y DE VAL TENA Á.L. (Coords.) y MONEREO PÉREZ J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2017, pág. 457.

La responsabilidad solidaria es la fórmula que se ha establecido para dirimir la responsabilidad ante la organización de relaciones triangulares de trabajo o descentralizadas. En materia de Seguridad Social, el artículo 142.1 párrafo tercero LGSS establece la responsabilidad solidaria de la parte empresarial para el cumplimiento de sus obligaciones: “*La responsabilidad solidaria por sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio que se establece en el citado artículo 168 se extiende a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión. Se entenderá que existe dicha sucesión aun cuando sea una sociedad laboral la que continúe la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que prestaran servicios por cuenta del empresario anterior.*”

A continuación, se prevé la protección de la cotización con la figura de la responsabilidad solidaria en el supuesto fraudulento de que el empresario liquidara la sociedad y la transmitiera tras la extinción a una nueva personalidad jurídica para eludir las responsabilidades con la Seguridad Social: “*En caso de que el empresario sea una sociedad o entidad disuelta y liquidada, sus obligaciones de cotización a la Seguridad Social pendientes se transmitirán a los socios o participes en el capital, que responderán de ellas solidariamente y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere adjudicado.*”

Sobre la recaudación ante la responsabilidad solidaria, hay que recordar que el procedimiento iniciado contra un responsable no suspende o impide el impulso de otro procedimiento contra otro responsable. Se mantendrán tantos procesos recaudatorios sean necesarios hasta la satisfacción del crédito. Igualmente, si el deudor hubiera cumplido sus obligaciones en materia de liquidación de cuotas, pero no las hubiera ingresado en plazo o ya se hubiere emitido reclamación de deuda o acta de liquidación, sólo se podrá exigir responsabilidad solidaria mediante dos vías, sin perjuicio de las medidas cautelares que pudieran adoptarse para asegurar el cobro⁶:

- La Tesorería General de la Seguridad Social mediante la reclamación de deuda por derivación.
- La Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social mediante nueva acta de liquidación.

La responsabilidad solidaria en materia de cotización está prevista en los casos de sucesión de la titularidad de la explotación, industria o negocio, para la cesión de los trabajadores, para el caso de la sucesión mortis causa y para el que nos atiende en este estudio: determinados supuestos de contratas y subcontratas para la realización de obra o servicio determinado,

Por otro lado, para completar la comprensión del régimen de responsabilidad hay que hablar de la responsabilidad subsidiaria. Entendida como aquella que surge en defecto del cumplimiento de las obligaciones del responsable principal. En materia de Seguridad Social, una vez se constate la insolvencia del deudor principal, se podrá reclamar deudas o emitir acta de liquidación contra determinados responsables subsidiarios. Para poder ejecutar la recaudación de la cotización por responsabilidad subsidiaria, la Tesorería General de la Seguridad Social debe dictar un acuerdo de iniciación del expediente que

⁶ Artículo 13 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, en la redacción dada por el apartado cinco del artículo tercero del RD 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.

se notificará al interesado a efectos de alegaciones⁷. Los supuestos en los que se prevé la responsabilidad subsidiaria son entre empresas de trabajo temporal y empresas usuarias y algunas situaciones específicas de contratas y subcontratas para la realización de una obra o servicio determinado.

3. LA RESPONSABILIDAD DE LA COTIZACIÓN ANTE LA SEGURIDAD SOCIAL DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS PARA UNA OBRA O SERVICIO DETERMINADO

El marco de responsabilidad de la cotización de la Seguridad Social puede verse difuminado en el contexto de la descentralización productiva de las empresas. Es ya una práctica consolidada la organización dinámica entre empresas con fines económicos, tecnológicos o productivos, entre otros⁸. De entre las figuras de descentralización productiva, nos ocupa la contratación y subcontratación de obras y servicios. Fundada en el principio de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución Española y en el desarrollo del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores⁹, que a su vez tiene su razón de ser en el contrato de arrendamiento o ejecución de obra de los artículos 1544 a 1588 del Código Civil.

En pocas palabras, nos encontramos ante una relación contractual por la cual la empresa contratista se compromete a realizar una obra o servicio determinado a otra empresa principal. La empresa contratista ofrece un resultado a cambio de un precio que se obliga a pagar a la principal¹⁰. Finalmente, hay que indicar que la contratación y subcontratación puede celebrarse tanto en el ámbito privado como ante una administración pública¹¹.

El artículo 42 ET viene a plasmar todo el régimen de responsabilidad que se articula en torno a la práctica de la contratación y subcontratación. Establece una serie de medidas protectoras y preventivas para garantizar el cumplimiento de los derechos de los trabajadores. Algunas medidas en este sentido son los deberes de información a cargo del empresario y derechos específicos de permanencia de los trabajadores y de sus representantes. Pero sin duda, una de las principales garantías es el sistema de responsabilidad entre empresarios que abriga estos negocios jurídicos descentralizadores y sin la cual los trabajadores se encontrarían desamparados frente a un potencial fraude empresarial, no solo en materia de cotización, sino al respecto de todas las responsabilidades contractuales contraídas y frente a la Seguridad Social¹².

En el supuesto de contratas y subcontratas encontramos tanto responsabilidad solidaria como subsidiaria. El primer supuesto nace de la previsión del artículo 42.2 del

⁷ Artículo 14 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

⁸ Recuerda SALA FRANCO, T. que los motivos de la descentralización productiva son diversos. Para ampliar con ejemplificaciones al respecto *Vid.* SALA FRANCO, T. “La noción laboral de contrata y de contrata de “propia de actividad” en PÉREZ DÉ LOS COBOS ORIHUEL, F. *La regulación laboral de las contratas y subcontratas: puntos críticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pág. 13.

⁹ Así lo ha refrendado el Tribunal Supremo en, entre otras, STS de 4 de marzo de 2008 (Rec. 1310/2007).

¹⁰ *Cfr.* SALA FRANCO, T. *Op. Cit.*, 2023, pág.16.

¹¹ Es el caso de las licitaciones según la Ley de Contratación del Sector Público. A este respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo (STS 12 diciembre 2007, rec. 3275/2006). Para saber más del régimen general de la Contratación y Subcontratación *Vid.* SALA FRANCO, T. *Op. Cit.* 2023, págs. 13 y siguientes.

¹² BLASCO PELLICER, Á. La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005, pág. 49.

Estatuto de los Trabajadores: “*La empresa principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata. [...]*”. La responsabilidad subsidiaria se gesta en el artículo 168 de la Ley General de la Seguridad Social: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 [ET] para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, [...], si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de esta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente.* Con la apreciación de que: “*No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar el titular de un hogar respecto a su vivienda.*”.

Vemos que el régimen que encontramos es el siguiente: en primer lugar, una regla general, que es la de la responsabilidad solidaria en materia de contratas y subcontratas establecida en el artículo 42 ET; en segundo lugar, tenemos una excepción a esa regla general que es el caso establecido por el artículo 168 LGSS y es si la contrata tiene por objeto la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal. En resumen, es esencial conocer cuando estamos ante propia actividad para saber si aplica la responsabilidad solidaria o subsidiaria. Como veremos el concepto de propia actividad no es específico. Constituye un concepto difícil de encuadrar, pese al esfuerzo doctrinal y jurisprudencial. Esto se debe a la constante transformación de la organización empresarial y a las nuevas formas de producción¹³.

3.1. El concepto de propia actividad

Como vemos, uno de los factores principales para conocer cómo es la responsabilidad del empresario principal respecto de la contrata o subcontrata de una obra o servicio determinada es el concepto de propia actividad.

El concepto de propia actividad no goza de una definición legal expresa. La jurisprudencia ha delimitado el concepto con rasgos característicos de lo que entiende que debe entenderse como “propia actividad”. No obstante, este es un punto conflictivo y que no cubre los problemas que genera esta indefinición, más aún en actividades subcontratadas complejas¹⁴. No obstante, es relevante el acercamiento jurisprudencial que se hace del término. Tradicionalmente ha habido dos líneas jurisprudenciales. Una más laxa, en la que propia actividad se entendía como todas aquellas actividades inherentes al objetivo productivo de la empresa, en la que se daba lugar a la incorporación de “actividades complementarias” más allá de las que incardinan el “*ciclo de producción de la empresa*”¹⁵. Por otro lado, una segunda línea jurisprudencial, más restrictiva. Comenzó con

¹³ Desde sus inicios ha sido mucha la doctrina y la jurisprudencia que se ha ocupado del concepto de propia actividad. Cfr. NORES TORRES, L.E. *El trabajo en contratas. La noción de “contrata de propia actividad”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; GOERLICH, J.M., “Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios” en AA.VV. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 81 y siguientes; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “El concepto de propia actividad empresarial” en Op. cit. págs. 161 y siguientes.

¹⁴ Cfr. SALA FRANCO, T. “La noción laboral de contrata y de contrata de “propia actividad” en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *La regulación laboral de las contratas y subcontratas: puntos críticos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pág. 19.

¹⁵ Cfr. SALA FRANCO, T. Op. Cit. pág. 19.

la STS 27 octubre de 2000 (rec. 693/1999), que entendía como propia actividad aquellas estrictamente que se incluyen en el proceso productivo y son parte del resultado final de la empresa o se incorporan al producto.

Sobre este respecto, el Tribunal Supremo de una tendencia más flexible ha ido cambiando hacia la tesis más restrictiva. No obstante, este continúa siendo un punto de gran inseguridad jurídica y el cual se debe estar al caso concreto. El concepto de propia actividad ha sido ampliamente discutido por la doctrina con posiciones diversas¹⁶.

3.2. La responsabilidad solidaria ante la contratación y subcontratación de obras y servicios

Las implicaciones de la responsabilidad solidaria en materia de contratas y subcontratas son que el empresario principal responde de igual manera de la obligación de cotizar incumplida por el contratista o subcontratista. El empresario principal, durante los tres años siguientes al fin del encargo, responderá solidariamente. De esta forma, la TGSS podrá dirigirse indistintamente frente al empresario principal, el contratista o el subcontratista.

A rasgos generales, este régimen empuja a los empresarios principales que contraten o subcontraten sobre su propia actividad a controlar que dichas empresas contratadas están al corriente de sus cotizaciones con la Seguridad Social. Se insta a recabar por escrito certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social. La Tesorería cuenta con un plazo de 30 días improrrogables para emitir dicho certificado, de forma que si no lo hace a tiempo, se entiende exonerado al empresario principal de responsabilidad solidaria.

Para que se genere la responsabilidad solidaria, se prevén tres requisitos¹⁷:

- Contratación o subcontratación de obras o servicios inherentes a la propia actividad de la empresa principal¹⁸.
- Que existan obligaciones pendientes de pago a cargo de las contratas o subcontratas
- No haber transcurrido el plazo de tres años desde que finalizó la contrata¹⁹.

Por otro lado, no se entenderá que se genera responsabilidad solidaria:

- Si el empresario principal cuenta con certificación negativa por descubierto de la Tesorería General de la Seguridad Social, o bien habiéndola solicitado, el empresario no hubiera recibido contestación en el plazo de 30 días.

¹⁶ Sobre el acercamiento jurisprudencial del término “propia actividad” y las posiciones doctrinales sobre el mismo que se vienen planteando, recomiendo *vid. SALA FRANCO, T. Op. Cit.* pág. 20 y siguientes.

¹⁷ ALZAGA RUIZ, I. “La cotización. Sujetos responsables. Derivación de responsabilidad” en VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social (Tomo I)*, MALDONADO MOLINA, J.A. y DE VAL TENA Á.L. (Coords.) y MONEREO PÉREZ J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2017, pág. 458.

¹⁸ ALZAGA RUIZ, I. *Op. Cit.* pág. 458 nos recuerda que la propia actividad de la empresa principal se refiere a la actividad “nuclear e indispensable de su ciclo productivo, excluyéndose las actividades ocasionales” no obstante, como ya se ha comentado anteriormente, aquellas actividades complementarias deberán analizarse al caso concreto y según las circunstancias y no hay definición concreta de este término jurídico indeterminado.

¹⁹ El plazo de duración de la responsabilidad, por lo tanto, se desarrolla mientras dure la contrata o subcontrata, pero también durante los tres años siguientes al fin del encargo.

- El artículo 168.1. párrafo segundo de la LGSS recuerda que cuando la obra contratada sea de la propia vivienda no se generará responsabilidad solidaria.
- En el mismo sentido se pronuncia el artículo 16.7 LGSS, pero también nos recuerda que no se generará responsabilidad cuando la contratación mercantil no tenga su razón de ser en la propia actividad de la empresa.

En principio, la certificación puede ser positiva o negativa. En caso de que sea negativa, significa que la contrata no tiene deudas pendientes con la Seguridad Social y sí se producirá la exoneración. En caso de que sea positiva, la contrata sí tiene deudas y, como veremos, en dicho supuesto, para el empresario principal que decida seguir contratando, no aplicará la exoneración y habrá responsabilidad solidaria.

El escenario de exoneraciones de responsabilidad del empresario principal, como señala con unanimidad la doctrina, es un mecanismo para expulsar del mercado las contratistas que incumplan sus obligaciones con la Seguridad Social²⁰. Si se permitiera contratar con estas empresas que no cumplen con sus obligaciones legales, a parte de generar un perjuicio evidente para los trabajadores, se estaría incurriendo en una ventaja competitiva amparada en una ilegalidad entre empresas. La segunda consecuencia que se extrae de este mecanismo de exoneración es la protección que implica sobre el empresario principal. La doctrina ha convenido que estas medidas garantizan al empresario principal el conocimiento de solvencia de las empresas con las que pretende contratar. Solicitar la certificación ante la TGSS, supone información sobre la insolvencia de las contratas, si prescinde de la certificación deberá acatar las consecuencias de esta decisión, que es soportar la responsabilidad solidaria²¹.

Cabe terminar indicando que dicha responsabilidad solidaria alcanza a todas las empresas implicadas en la cadena de contratas y subcontratas. Desde la STS 9 de julio 2002 (rec. 2175/2001) la jurisprudencia es pacífica en entender que la responsabilidad no cesa en la empresa inmediatamente inferior o superior en la línea de contratación, sino que se extiende a toda la cadena. Finalmente, la STS de 3 de febrero de 2021 (rec. 124/2021) hace una lectura transformadora del artículo 42 ET. Sostiene que dicho artículo: “no permite atribuir responsabilidad solidaria al empresario principal por las deudas que tuviere con la Seguridad Social el contratista o subcontratista anteriores a su contratación o subcontratación”. Además, con respecto a los descubiertos que se pudieran generar durante la ejecución de la obra o servicio, alerta el TS que “la emisión de certificados negativos por la TGSS no exonera al empresario principal de responsabilidad solidaria salvo que, atendiendo a las circunstancias del caso, pueda deducirse que la TGSS al tiempo de certificar estaba en

²⁰ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *La regulación laboral de las contratas y subcontratas: puntos críticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pág. 100.

²¹ Cuestión distinta es la obligación que tiene el empresario de comprobar la afiliación y el alta en la Seguridad Social de los trabajadores que ocupen las contratas. Esta obligación, al contrario que la nos ocupa, sí está sancionada por el artículo 22.11 LISOS como infracción grave en caso de incumplimiento. Esto implica que se entienda el deber de conocer el estado de deudas de las contratas con la Seguridad Social del artículo 42 ET como una facultad empresarial, frente la obligación de controlar el alta y la obligación que sí prevé sanción administrativa. Es muy interesante la síntesis que hace PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *Op. Cit.*, pág. 100 y siguientes, sobre la polémica doctrinal que yace en torno al descubierto de la Tesorería General de la Seguridad, cuándo produce efectos, el momento en que debe solicitarse y sobre el plazo de exoneración.

condiciones de ofrecer una información coincidente con la realidad del estado de los débitos del contratista o subcontratista”²².

La funcionalidad del artículo 42 ET ha sido discutida. La certificación emitida por la TGSS, como ha indicado la jurisprudencia, no siempre tendrá carácter liberatorio de la responsabilidad solidaria. Será la propia TGSS la que deba indicarlo o lo reconozca, ya que puede ser que no tenga carácter concluyente sobre la situación al respecto de la cotización de contratas o subcontratas. Esta situación puede llevar a los empresarios a confusión, creyendo que con la sola certificación se exoneran de responsabilidad, habiendo quedado argumentado por el Tribunal Supremo que no es siempre así, si la certificación no es concluyente a ojos de la TGSS. Al contrario de lo que podría parecer de la mera lectura del artículo 42 ET, la situación que se genera implica, como así mantiene parte de la doctrina, una confusión a los empresarios que contraten o subcontraten, ya que pueden creer que están liberados de responsabilidad solidaria en todo caso al obtener el certificado y no tiene por qué ser así²³.

3.3. Responsabilidad subsidiaria ante la contratación y subcontratación de obras y servicios

En materia de contratas y subcontratas, el legislador en el artículo 168 de la Ley General de la Seguridad Social también ha previsto supuestos de responsabilidad subsidiaria. Actúa como protección última en caso de insolvencia por la parte empresarial para que se cumpla con las obligaciones con la Seguridad Social.

Hemos visto que en la responsabilidad solidaria se dan una serie de exoneraciones que pueden liberar al empresario principal de dicha responsabilidad. Si bien, no se libera completamente de toda responsabilidad, ya que en última instancia se mantiene la responsabilidad subsidiaria. Esta responsabilidad, por lo tanto, aplica a todo tipo de contratas y subcontratas independientemente de si la actividad es la propia de la empresa o no. El ya referido artículo 168.1 párrafo segundo de la Ley General de la Seguridad Social sólo plantea exonerar de responsabilidad completamente al empresario principal en caso de que la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar respecto a su vivienda como titular del hogar.

La razón de ser de esta responsabilidad subsidiaria generalizada es que se entiende que el empresario principal es el que, en todo caso, se beneficia del resultado de la actividad contratada o subcontratada. De forma que, aunque sea subsidiariamente, es razonable que se le haga partícipe de la responsabilidad del cumplimiento de las cotizaciones y otras obligaciones con la Seguridad Social²⁴.

²² Se recomienda la lectura de PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *La regulación laboral de las contratas y subcontratas: puntos críticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023. Págs. 106 y siguientes, sobre la lectura que hace de esta sentencia y sus consecuencias en el régimen de responsabilidad de contratas y subcontratas.

²³ Esta doctrina apoya incluso la desaparición del mecanismo jurídico de exoneración del artículo 42 ET por esta causa. Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *La regulación laboral de las contratas y subcontratas: puntos críticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023. pág. 113

²⁴ ALZAGA RUIZ, I. “La cotización. Sujetos responsables. Derivación de responsabilidad” en VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social (Tomo I)*, MALDONADO MOLINA, J.A. y DE VAL TENA Á.L. (Coords.) y MONEREO PÉREZ J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2017, pág. 460.

4. CONCLUSIONES

El régimen de responsabilidad de las contratas y subcontratas se erige como un mecanismo de protección de los trabajadores y de seguridad jurídica entre la competencia empresarial, saneando el mercado para evitar o, al menos, desincentivar el negocio jurídico con aquellas mercantiles que actúen fraudulentamente.

No obstante, como se extrae de la lectura doctrinal y jurisprudencial del análisis que se hace de los artículos 42 ET y 168 LGSS este mecanismo presenta numerosas deficiencias que dan lugar a inseguridad jurídica y a una prolífica conflictividad jurídica²⁵. La propia STS de 3 de febrero de 2021 (rec. 124/2021) afirma sobre el artículo 42 ET que “*‘evidencia deficiencias’*”, “*falta de claridad y plantea por ello dudas interpretativas que desembocan en no pocos casos de inseguridad jurídica*” y es que el Tribunal encuentra insuficiente la regulación que se hace del régimen de la exoneración de la responsabilidad solidaria por el certificado de la TGSS y es que, efectivamente, hay multitud de supuestos, como los ya expresados en este trabajo, no previstos en la regulación.

A modo de conclusión se resume el régimen jurídico de la responsabilidad en materia de cotización por las empresas que contratan y subcontratan para la realización de obras y servicios. El artículo 42 ET establece un régimen general de responsabilidad solidaria sujeto a determinadas exoneraciones. Mientras que en caso de aplicación de dichas exoneraciones se despliegan los efectos de la responsabilidad subsidiaria del artículo 168 LGSS, de manera que se busca proteger la cotización a lo largo de esta práctica empresarial. En todo caso estará exonerado de responsabilidad el empresario sobre la contratación o subcontratación que haga de su propia vivienda. Es importante distinguir también si la contratación o subcontratación se hace sobre la propia actividad de la mercantil o no, ya que, como hemos visto, esto también tiene implicaciones en si la responsabilidad es solidaria o subsidiaria. No obstante, el término de propia actividad es conflictivo, está sujeto a una indefinición legal que genera situaciones de inseguridad jurídica, ya que queda a discrecionalidad y valoración del caso concreto conocer cuando nos encontramos ante la propia actividad de una empresa o no.

Finalmente, debo sumarme a la corriente doctrinal y jurisprudencial que entiende un déficit regulatorio en esta materia. Mientras el objetivo que busca el mecanismo de responsabilidad en materia de cotización es justificable, los medios para hacerlo efectivo parecen insuficientes e inseguros para empresarios y, por ende, para los trabajadores inmersos en prácticas de contratación o subcontratación de empresas. Además, esta demanda de reforma del régimen de los artículos 42 ET y 168 LGSS, como se recoge en la doctrina aportada en bibliografía, es antigua. No es novedad ni la práctica de la contratación y subcontratación entre empresas, ni los supuestos de fraude asociados a la misma, pero tampoco las dificultades en el eficaz cumplimiento de los mecanismos de responsabilidad frente a las cotizaciones de la Seguridad Social.

²⁵ Así lo considera la doctrina *Vid. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. La regulación laboral de las contratas y subcontratas: puntos críticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, págs. 113 y siguientes.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALZAGA RUIZ, I. "La cotización. Sujetos responsables. Derivación de responsabilidad" en VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social (Tomo I)*, MALDONADO MOLINA, J.A. y DE VAL TENA Á.L. (Coords.) y MONEREO PÉREZ J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2017, págs. 453 a 469
- BLASCO PELLICER, Á. *La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005
- GOERLICH, J.M., "Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios" en AA.VV. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 81 y siguientes.
- LÓPEZ GANDÍA, J. "Cotización", en VV.AA.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, ALARCÓN CARACUEL, M.R. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.T., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2003.
- NORES TORRES, L.E. *El trabajo en contratas. La noción de "contrata de propia actividad"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *La regulación laboral de las contratas y subcontratas: puntos críticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F. "El concepto de propia actividad empresarial" en AA.VV. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 161 y siguientes.
- VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social (7º Ed.)*, Madrid, Tecnos, 2011.



ISBN 978-84-10262-24-9

A standard linear barcode is positioned vertically within a white rectangular frame. The barcode represents the ISBN number 978-84-10262-24-9. Below the barcode, the numbers "9 788410 262249 >" are printed in a small, black, sans-serif font.