

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
ELENA LASAOSA IRIGOYEN
Directores

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
M. BEGOÑA GARCÍA GIL
Coordinadoras

DERECHO VIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

IX SEMINARIO PERMANENTE DE ESTUDIO Y
ACTUALIZACIÓN URJC-AESSS 2024

Autores

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA
YOLANDA CANO GALÁN
MATTHIEU CHABANNES
RAFAEL JOSÉ LÓPEZ BEDMAR
SHEILA LÓPEZ VICO

IRENE MARTÍNEZ MARTÍNEZ
CONCEPCIÓN MORALES VÁLLEZ
ALEJANDRO MUROS POLO
POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO
FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS
MONICA RICOU CASAL
CATALINA SMINTINICA
DIEGO VELASCO FERNÁNDEZ

Editorial

FRANCISCO ORTIZ CASTILLO
DIRECTOR EDITORIAL

Consejo Editorial

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
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

«IX Seminario Permanente de Estudio y Actualización AESSS-URJC 2024»

Autores

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA
YOLANDA CANO GALÁN
MATTHIEU CHABANNES
RAFAEL JOSÉ LÓPEZ BEDMAR
SHEILA LÓPEZ VICO

IRENE MARTÍNEZ MARTÍNEZ
CONCEPCIÓN MORALES VÁLLEZ
ALEJANDRO MUROS POLO
POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO
FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS
MONICA RICOU CASAL
CATALINA SMINTINICA
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., 2025

ISBN Digital: 978-84-10262-80-5

ISBN Papel: 978-84-10262-79-9

Depósito Legal: MU 745-2025

© Copyright de la edición, Ediciones Laborum, 2025

© Copyright del texto, sus respectivos/as autores/as, 2025

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>	
LA POSICIÓN DE LA MUJER ANTE EL SISTEMA SEGURIDAD SOCIAL:	
LA BRECHA DE GÉNERO	13
<i>José Luis Monereo Pérez</i>	
<i>Belén del Mar López Insua</i>	
1. Introducción general.....	14
2. El género en el sistema de pensiones	37
2.1. Puntos conflictivos en torno al sistema de pensiones: género y jubilación	40
2.2. El contrato a tiempo parcial y su impacto en la pensión de jubilación: una constante lucha por el acceso a una pensión digna	41
2.3. El cálculo de la pensión de jubilación para las mujeres: un antes y un después .	43
2.3.1. La Ley 1/2014, de 28 de febrero: sistema de cálculo para los trabajadores a tiempo parcial	43
2.3.2. La revolucionaria sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 2019.....	45
2.4. El complemento por brecha de género como mecanismo para la plena igualdad y la mejora del sistema de pensiones: algunos apuntes	46
2.4.1. El complemento por maternidad tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2021.....	49
2.4.2. Los vaivenes jurisprudenciales y su proyección en el ordenamiento español	51
2.4.3. Medidas relacionadas con la brecha de género en las pensiones y reducción de la misma.....	55
2.4.4. El complemento de maternidad/brecha de género	57
2.4.5. Discriminaciones en torno al complemento de brecha de género tras la sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2025	77
3. Bibliografía	80
PENSIONES DE SUPERVIVENCIA	93
<i>Guillermo Rodríguez Iniesta</i>	
1. Pensión de viudedad	93
1.1. Crisis matrimoniales. Pensión compensatoria. Violencia de género.....	93
1.2. Parejas de hecho.....	95

1.2.1. Requisitos simultáneos.....	95
1.2.2. Convivencia rota. Perspectiva de género	98
1.2.3. Anterior Ley Catalana de parejas de hecho. Efectos de la STC 40/2014, de 1 de marzo, sobre constitucionalidad del art. 174.3 LGSS/1994.	
Situaciones anteriores	100
1.3. Recargo en las prestaciones. Incidencia en cambio legislativo que modifica el porcentaje de la pensión del 45 al 52%.....	105
1.4. Período mínimo de cotización. Cómputo trabajos a tiempo parcial. Hecho causante anterior al RD-ley 2/2023. Perspectiva de género	109
2. Pensión de orfandad. Incremento con la pensión de viudedad. Interpretación del requisito de orfandad absoluta	110
3. Conclusiones	113
4. Bibliografía	113

LA DOCTRINA DE LA SALA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LESIONES COMO ACCIDENTE DE TRABAJO 115

Andrés Ramón Trillo García

1. Introducción.....	115
2. La lesión	115
3. Causalidad y ocasionalidad del trabajo para determinar el accidente de trabajo....	116
4. La carga de la prueba.....	118
5. Lugar y tiempo de trabajo.....	118
6. Accidente de trabajo ocasionado por enfermedades del trabajo.....	126
7. Enfermedades anteriores agravadas por el accidente de trabajo.....	126
8. Enfermedades intercurrentes.....	128
9. Los accidentes ocurridos en tareas distintas a las de la profesión realizadas por orden del empresario o en su beneficio	128
10. Accidente <i>in itinere</i>	129
11. Accidente en misión.....	133
12. Exclusión del accidente por causas objetivas y subjetivas.....	135

LOS EFECTOS EN MATERIA PRESTACIONAL DE LA PROHIBICIÓN DE EXTINCIÓN AUTOMÁTICA DE LA RELACIÓN LABORAL POR RECONOCIMIENTO DE LA PERSONA TRABAJADORA EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TRAS LA LEY 2/2025, DE 29 DE ABRIL139

Yolanda Cano Galán

1. Introducción.....	140
2. La reforma del estatuto de los trabajadores.....	141
2.1. La regulación anterior a la Ley 2/2025, de 29 de abril	141
2.2. La STJUE de 18 de enero de 2024 (C-631/22), asunto Ca Na Negreta.....	141
2.3. La regulación posterior a la Ley 2/2025, de 29 de abril	144
3. La reforma de la seguridad social.....	147
3.1. Las opciones barajadas durante la tramitación parlamentaria	147
3.2. La reforma operada por la Ley 2/2025, de 29 de abril	149
3.3. El derecho a percibir prestación de incapacidad permanente durante la tramitación del procedimiento del art. 49.1 n) ET	151
3.3.1. En supuestos de reconocimiento en situación de incapacidad permanente antes de transcurrido el periodo máximo de incapacidad temporal	152

3.3.2. En supuestos de reconocimiento en situación de incapacidad permanente tras la finalización del plazo máximo de incapacidad temporal	154
3.4. La suspensión de la prestación de incapacidad permanente y el régimen de incompatibilidades entre trabajo y prestación tras la realización de “ajustes razonables” o el “cambio de puesto de trabajo”	155
3.4.1. En el supuesto de realización de “ajustes razonables”	155
3.4.2. En el supuesto de “cambio de puesto de trabajo”	157
3.5. Problemas derivados de la prestación de servicios en un “nuevo puesto de trabajo” por pensionistas de incapacidad permanente total	158
3.5.1. La distinción entre “profesión habitual”, “puesto de trabajo” y “funciones” a efectos de la aplicación del régimen de incompatibilidades	158
3.5.2. Entidad gestora a la que se debe comunicar la prestación de servicios en el “nuevo puesto de trabajo”	159
3.5.3. Momento en que se tiene que comunicar la prestación de servicios en el “nuevo puesto de trabajo”	160
3.5.4. Competencia para declarar la compatibilidad/incompatibilidad entre trabajo en el “nuevo puesto” y prestación de incapacidad permanente total	161
3.5.5. Efectos de la compatibilidad entre prestación de servicios en el “nuevo puesto” y la incapacidad permanente total cualificada	162
3.6. ¿Posibilidad de revisión del grado de incapacidad permanente?	162
3.6.1. Los problemas derivados de la prestación de servicios tras la realización de “ajustes razonables”	163
3.6.2. Los problemas derivados de la prestación de servicios en un nuevo “puesto de trabajo”	164
4. Conclusiones	168

HACIA UN MODELO DE PENSIONES FLEXIBLE Y COMPATIBLE CON EL TRABAJO: LA JUBILACIÓN ACTIVA..... 171

Matthieu Chabannes

1. De un principio general de incompatibilidad a un principio residual en la jubilación y el trabajo	171
1.1. Fundamentos históricos y constitucionales de la incompatibilidad	171
1.2. La evolución hacia un modelo flexible de jubilación	172
1.3. El debate doctrinal en torno a la reformulación del principio general de incompatibilidad	174
2. La jubilación activa como mecanismo de fomento del envejecimiento activo	177
2.1. Desarrollo y transformación del régimen jurídico de la jubilación activa.....	177
2.2. El nuevo marco jurídico tras el RDL 11/2024, de 23 de diciembre, para la mejora de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo.....	181
3. Reflexiones finales	185

LA URGENCIA VITAL COMO PRESUPUESTO PARA EL REEMBOLSO DE GASTOS SANITARIOS: ESTUDIO DE LA STS 682/2024 DE 8 DE MAYO DE LA SALA DE LO SOCIAL..... 187

Rafael José López Bedmar

1. Introducción.....	187
2. El régimen jurídico del reintegro de gastos médicos.....	190
2.1. Marco normativo del reintegro de gastos sanitarios	190
2.2. Principio general de no reintegro y sus excepciones	191

2.3. El concepto de urgencia vital: evolución doctrinal y jurisprudencial	193
3. Sentencia 682/2024, de 8 de mayo, de la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo.....	194
3.1. Hechos.....	195
3.2. Análisis.....	195
4. Conclusiones	197
5. Bibliografía	198
 UN NUEVO GIRO EN LA PROTECCIÓN JURÍDICO SOCIAL DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES	 201
<i>Sheila López Vico</i>	
1. Planteamiento general.....	201
2. El criterio jurisprudencial de la duración de los permisos de nacimiento y cuidado en familias monoparentales en el marco del sector público	203
3. La postura del Tribunal Constitucional y su posible repercusión en nuestro marco legal.....	204
4. Las dudas e incertidumbres ante los últimos pronunciamientos jurisprudenciales en materia de familias monoparentales y perspectivas de futuro ...	209
5. Bibliografía	211
 NUEVOS SUPUESTOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL. LOS DONANTES DE ÓRGANOS	 215
<i>Irene Martínez Martínez</i>	
1. La donación en vida de órganos y tejidos en España.....	215
2. Riesgos de los donantes en vida de órganos y tejidos.....	217
3. El camino hacia la protección sociolaboral de los donantes en vida.....	218
4. La Ley 6/2024 de 20 de diciembre, para la mejora de la protección de las personas donantes en vivo de órganos o tejidos para su posterior trasplante.....	220
5. Reflexiones finales	223
 LAS FAMILIAS MONOPARENTALES/MONOMARENTALES Y LA DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO: UNA HISTORIA INTERMINABLE	 225
<i>Concepción Morales Vállez</i>	
1. Introducción.....	225
2. Marco jurídico.....	226
3. Marco judicial	229
4. Conclusiones	236
5. Bibliografía	237
 CONTRATACIÓN INFORMAL DE PERSONAS TRABAJADORAS BENEFICIARIAS DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y RESPONSABILIDAD DE LA EMPLEADORA CON INDEPENDENCIA DE SU INCAPACIDAD TEMPORAL. COMENTARIO A LA STSJ DE LO SOCIAL DE MADRID DE 14 DE MARZO DE 2024 (REC. 830/2023)	 239
<i>Alejandro Muros Polo</i>	
1. Introducción.....	239

2. Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo social, de 14 de marzo de 2024 (Rec. 830/2023)	240
2.1. Antecedentes y supuesto de hecho	240
2.2. Pretensiones de las partes y litigio principal	241
2.2.1. La admisibilidad del recurso de suplicación	241
2.2.2. La pretendida infracción de normas o garantías del procedimiento con resultado de indefensión	242
2.2.3. La revisión de los hechos probados	243
2.2.4. La presunta infracción de normas sustantivas	244
2.3. El fallo y su fundamentación jurídica	247
3. Conclusiones críticas.....	248

JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA Y CONSEJEROS SIN CONTROL SOBRE LA SOCIEDAD..... 251

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

1. A modo de introducción	251
2. Sobre la jubilación parcial	252
3. Consejeros-Administradores asimilados y jubilación parcial	256
4. Algunas conclusiones	260

LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL 263

Fulgencio Pagán Martín-Portugués

1. Planteamiento	263
2. La Administración electrónica	264
2.1. Antecedentes	264
2.2. La sede electrónica.....	265
2.3. La publicación edictal	267
2.4. La firma electrónica y el registro electrónico	268
2.5. Las relaciones con la Administración	269
2.6. Derechos electrónicos	270
3. El expediente administrativo. Los archivos.....	271
4. Notificaciones electrónicas. Acceso imposible	272
5. El expediente incompleto: Contencioso	273
6. El expediente y el TJUE: El derecho de la Unión Europea.....	274
7. El expediente incompleto: Social.....	275
8. El expediente y la prescripción: Social.....	279
9. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social	280
10. La Ley de eficiencia. Reforma de la LRJS	283

¿LA DURACIÓN DEL SUBSIDIO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR COMO RIESGO PSICOSOCIAL? 285

Monica Ricou Casal

1. Introducción.....	285
2. La duración del subsidio por nacimiento y cuidado de menor a debate	286
3. La afectación psicosocial en la duración de los subsidios de nacimiento y cuidado del menor.....	287
4. Conclusiones- <i>lege ferenda</i>	292

CONSTITUCIONALIDAD DE LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS AL PAÍS VASCO Y NAVARRA PARA LA GESTIÓN DEL INGRESO MÍNIMO VITAL: COMENTARIO DE LAS SSTC 19/2024 Y 32/2024.....	293
<i>Catalina Smintinica</i>	
1. Introducción.....	293
2. Antecedentes de hecho de las SSTC 19/2024 y 32/2024.....	295
3. Objeto de las SSTC 19/2024 y 32/2024.....	296
4. Doctrina constitucional establecida en relación con la regulación material del IMV	296
5. Comentario	296
 LA COTIZACIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS “ESTRUCTURALES”. UN ANACRONISMO EN LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	301
<i>Diego Velasco Fernández</i>	
1. Introducción. Breve referencia a la clasificación de las horas extraordinarias.....	301
2. La necesidad histórica de una cotización específica para diferentes tipologías de horas extraordinarias	302
3. La cotización de las horas extraordinarias estructurales. Un anacronismo en la Ley General de la Seguridad Social	305
4. La supervivencia de las horas extraordinarias estructurales en la actualidad. Utilidad a efectos de cotización	307
5. Conclusión.....	308
6. Bibliografía	309

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 IX Seminario permanente de estudio y actualización “El Derecho de la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia”, así como a la IX 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 2024 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 IX 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 posición de la mujer ante el sistema de Seguridad Social, desde la perspectiva de la brecha de género en las pensiones. Asimismo, con el estudio de la reciente doctrina del Tribunal Supremo en materia de pensiones de supervivencia, a cargo de Guillermo Rodríguez Iniesta. Y con el exhaustivo examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de calificación de las lesiones como accidente de trabajo, dictada desde el comienzo de siglo hasta el momento presente, que nos presenta Andrés Trillo García. Finalmente, Yolanda Cano Galán analiza los efectos en materia prestacional de la prohibición de la extinción automática de la relación laboral en caso de reconocimiento de la incapacidad permanente.

Los noveles investigadores aportan a esta obra los siguientes trabajos: Matthieu Chabannes observa nuestro modelo de pensiones desde el punto de vista de la flexibilidad y la compatibilidad con el trabajo, con especial detenimiento en la jubilación activa. Rafael José López Bedmar aporta un estudio de la Sentencia del TS de 8 de mayo de 2024, sobre la urgencia vital como presupuesto para el reembolso de gastos sanitarios. Sheila López Vico analiza la protección jurídico-social de las familias monoparentales, a la luz de los

últimos pronunciamientos jurisprudenciales. Irene Martínez Martínez comenta los nuevos supuestos de incapacidad temporal relacionados con la donación de órganos en vida. Concepción Morales Vállez trata en su estudio la duración de la prestación por nacimiento en las familias monoparentales. Alejandro Muros Polo examina la Sentencia del TSJ de Madrid de 14 marzo de 2024, sobre contratación informal de personas beneficiarias de prestaciones de Seguridad Social. Pompeyo Gabriel Ortega Lozano analiza la jubilación parcial anticipada y la posibilidad de que los consejeros sin control de la sociedad puedan acogerse a ella. Fulgencio Pagán Martín-Portugués aporta un estudio de la Administración electrónica y la Seguridad Social. Mónica Ricou Casal aborda la duración del subsidio por nacimiento y cuidado de menor en cuanto posible riesgo psicosocial. Catalina Smintinica comenta las Sentencias del TC 19/2024 y 32/2024, sobre la constitucionalidad de la transferencia a Navarra y al País Vasco de la gestión del Ingreso Mínimo Vital. Y por último, Diego Velasco Fernández presenta la cotización de las horas extraordinarias estructurales como un anacronismo en la Ley General de Seguridad Social.

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 IX Seminario permanente de estudio y actualización “El Derecho de la Seguridad Social a través de la jurisprudencia”, así como a la IX Reunión de noveles investigadores AEASS-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 2025

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

ELENA LASAOSA IRIGOYEN

LA POSICIÓN DE LA MUJER ANTE EL SISTEMA SEGURIDAD SOCIAL: LA BRECHA DE GÉNERO

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

Seminario José Vida Soria

 <https://orcid.org/0000-0002-0230-6615>

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

Seminario José Vida Soria

 <https://orcid.org/0000-0002-1248-6015>

Sumario: 1. Introducción general; 2. El género en el sistema de pensiones; 2.1. Puntos conflictivos en torno al sistema de pensiones: género y jubilación ; 2.2. El contrato a tiempo parcial y su impacto en la pensión de jubilación: una constante lucha por el acceso a una pensión digna; 2.3. El cálculo de la pensión de jubilación para las mujeres: un antes y un después; 2.3.1. La Ley 1/2014, de 28 de febrero: sistema de cálculo para los trabajadores a tiempo parcial; 2.3.2. La revolucionaria sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 2019; 2.4. El complemento por brecha de género como mecanismo para la plena igualdad y la mejora del sistema de pensiones: algunos apuntes; 2.4.1. El complemento por maternidad tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2021; 2.4.2. Los vaivenes jurisprudenciales y su proyección en el ordenamiento español; 2.4.3. Medidas relacionadas con la brecha de género en las pensiones y reducción de la misma; 2.4.4. El complemento de maternidad/brecha de género; 2.4.5. Discriminaciones en torno al complemento de brecha de género tras la sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2025; 3. Bibliografía.

Un nuevo paradigma teórico se halla actualmente en plena evolución: un paradigma aliado con la reclamación que tantas y tantas personas hacen de una calidad de vida que satisface los requerimientos de la igualdad de dignidad humana que todas merecen”.

MARTHA C. NUSSBAUM¹

¹ NUSSBAUM, M.: *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, trad. de A. Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2012, p. 218.

“Las oportunidades y libertades de las mujeres aumentan allí donde las libertades generales están más aseguradas y un Estado previsor garantiza unos mínimos adecuados”

AMELIA VALCÁRCEL²

1. INTRODUCCIÓN GENERAL

El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nació para afrontar el problema de la cuestión social derivada del conflicto industrial, es decir, el conflicto entre trabajo y capital como fuerzas productivas de la sociedad moderna. Las primeras normas laborales y de protección social atendieron a los colectivos más vulnerables y sometidos a una explotación brutal y escandalosa. Es bien sabido que estamos hablando de mujeres trabajadoras y de las niñas y niños trabajadores.

La primera legislación del emergente Derecho del Trabajo en España, la Ley Benot, de 24 de julio de 1873, nació, en efecto, con el objetivo de proteger a los trabajadores, especialmente a los más débiles, frente a las pésimas condiciones laborales que padecían en el último cuarto del siglo XIX; aunque esta legislación careció de eficacia real por falta de mecanismos de control administrativo (la inspección de trabajo se creó en 1906³). Las innovaciones tecnológicas de la Primera Revolución industrial habían hecho posible la pérdida del oficio y la división técnica del trabajo que fragmentó el saber profesional. De este modo, personas sin formación cualificada o especializada podían ser incorporados a los procesos productivos industriales (primero manufacturas, después fábricas basadas en la utilización intensiva de la mano de obra y la división técnica del trabajo dentro de estas organizaciones productivas). Los mercados de trabajo paulatinamente se fueron feminizando, pero la aplicación de las normas sociolaborales durante décadas se modalizaron en lo más obvio tanto en el plano de la prevención (tutela de riesgos sociales ciertas limitaciones en trabajos penosos, insalubres y peligrosos; períodos de descanso; protección de las personas trabajadoras embarazadas) como en el de la Previsión Social (subsidios por maternidad, inicialmente enmarcados en la Incapacidad Temporal).

Más allá de estas mínimas protecciones vinculadas al “hecho biológico” de la maternidad, en la “legislación industrial” (como significativamente solía llamarse la “legislación social” excepcional del trabajo) *no había nada parecido a una perspectiva de género en el Derecho del Trabajo y en el Derecho de la Previsión Social de los orígenes* (al tiempo inserto en la técnica más amplia que conocemos de Seguridad Social). Esta opción de política legislativa minimalista en “lo social” determinó, en gran medida, que la protección dispensada por los sistemas públicos de protección se centrara en la práctica en la tutela de los trabajadores varones, recibiendo las trabajadoras, salvo esa protección más visible, una protección indiferenciada respecto al varón. Su resultado fue *invisibilizar* a la mujer trabajadora respecto de otras muchas y necesarias tutelas específicas en el sistema público de protección social. Por otra parte, se legitiman, así, discriminaciones objetivas en el nivel contributivo, porque en este nivel o segmento de la protección social lo que cuenta es una cotización sobre la cual se realiza el cálculo de la prestación social, lo cual va en

² AMELIA VALCÁRCEL: *Feminismo en el mundo global*, Madrid, Cátedra/Universitat de València (Colección Feminismos), 2008.

³ Mediante el Real Decreto de 1 de marzo de 1906, creación del Servicio de la Inspección de Trabajo.

detrimento de las carreras laborales inestables (cortas o con interrupciones) y del trabajo a tiempo parcial de las trabajadoras que se traduciría -si no hay medidas de neutralización- en una merma correspondiente de la prestación pública contributiva de que se trate.

Por lo demás, hay riesgos o situaciones de necesidad y prestaciones correspondientes que objetivamente tienen un perfil del género: sean clásicas (prestaciones de viudedad, inequívocamente feminizada estadísticamente), o sean de creación más próxima (como las pensiones no contributivas, las prestaciones de dependencia, las prestaciones de Ingreso Mínimo Vital⁴). Por no hablar de la protección social de la trabajadora víctima de violencia de género, como típica expresión de medidas de Seguridad Social por razón de género (atendiendo a un hecho social alarmante)⁵, a las cuales se les reconoce el IMV y prestaciones por desempleo, que encuentra causas muy relevantes en la situación de precariedad y rotación de la mujer en el mercado de trabajo⁶; y, aparte de ello, en la tutela

⁴ Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

⁵ La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece en su artículo 21 un conjunto de derechos laborales y de Seguridad Social: “1. La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la adaptación de su puesto de trabajo y a los apoyos que precise por razón de su discapacidad para su reincorporación, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo. 2. En los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social y en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la suspensión y la extinción del contrato de trabajo previstas en el apartado anterior *darán lugar a situación legal de desempleo. El tiempo de suspensión se considerará como periodo de cotización efectiva a efectos de prestaciones de Seguridad Social y de desempleo.* 3. Las empresas que formalicen contratos de interinidad, para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo. Cuando se produzca la reincorporación, ésta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo, garantizándose los ajustes razonables que se puedan precisar por razón de discapacidad. 4. Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas y serán remuneradas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad.5. A las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencia de género que cesen en 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 en los términos previstos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta. A los efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se tomará una base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar”. Se modifica, con efectos desde el 7 de octubre de 2022, por la disposición final 9.6 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre”.

⁶ Véase BORJA SUÁREZ, B. y HURTADO JARANDILLA, A.: “La dimensión de género de la (des)protección por desempleo”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum* nº. 14 (1er Trimestre 2018), pp. 133-142. trata de identificar las razones que determinan que la insuficiente protección que reciben las mujeres desempleadas. Como principal explicación se apunta a la configuración del sistema de protección por desempleo con el fin de proteger trayectorias laborales típicamente masculinas. Junto a ello, se constata que el agotamiento del modelo ante el paro de larga duración y los recortes de los últimos años tienen un mayor impacto negativo en las mujeres. El artículo 284 LGSS tiene una inequívoca connotación de género: “Prestación por desempleo y nacimiento y cuidado de menor. 1. Cuando el trabajador se encuentre en situación de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento y durante las mismas pase a estar incluido en alguno de los supuestos previstos en el artículo 267.1 seguirá percibiendo la correspondiente prestación hasta que se extingan dichas situaciones, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por desempleo. En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel

de la mujer trabajadora víctima de violencia de género. De manera que esta realidad exige la predisposición de acciones legislativas para dar cuenta de la *especificidad* de la protección social pública de la mujer.

A ello se añade que las situaciones de desigualdad y discriminación objetivas exigen para su remoción instrumentos o medidas de *acción positiva* por parte de los poderes públicos, en la dirección prevista, paradigmáticamente en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución Española. Las medidas laborales y de Seguridad Social aparecen no sólo por la fuerza de los hechos de una generalización del trabajo de la mujer, sino también por la intervención de opciones de política del Derecho dirigidas a llevar a cabo *técnicas de tutela diferenciadas* por razón de género. Bien es cierto, que influyen los cambios en las estructuras familiares y unidades de convivencia y también los cambios culturales. Pero continúan siendo opciones de política del Derecho las que establecen esas posibles técnicas de tutela diferenciadas. Ahora bien: esas decisiones de política del Derecho han estado presididas por luchas sociales de las mujeres trabajadoras por la mejora de su posición laboral y social.

Pero existe también un elemento fundamental consistente en la posición de debilidad de la mujer trabajadora en el mercado de trabajo (presencia relevante en el trabajo informal/irregular, precariedad salarial y de condiciones de trabajo); y esa precariedad laboral condiciona jurídica y materialmente el acceso y la calidad de la protección en los niveles contributivos de Seguridad Social. Estar en el trabajo informal/irregular excluye *de facto* la cotización a la Seguridad Social, con sus consecuencias negativas en la acción protectora. Equivale a no estar protegido. La precariedad laboral, la excesiva rotación laboral en el mercado de trabajo, incide negativamente en las carreras de aseguramiento social. Por lo demás, las mujeres trabajadoras padecen más la brecha digital⁷, pudiéndose hablar de brecha de género digital, vinculada a su condición de menos oportunidades de capacitación⁸. El nivel contributivo de la Seguridad Social no ha estado pensado en los orígenes con la lógica de solidaridad perfecta, sino con la lógica de sustitución por equivalente de las rentas de activo. Más tarde se incorporará una lógica de solidaridad interna y de capacitación. Al tiempo, serán los niveles no contributivos (Seguridad Social no contributiva o asistencial interna) los que asumirán directamente una lógica de compensación que prescinden como elemento principal y determinante de la protección de la cotización previa y atienden ante todo a la situación objetiva de necesidad⁹. El gran

contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento".

⁷ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152&from=EN>

⁸ Véase INFORME sobre la necesidad de una estrategia de la Unión para eliminar y prevenir la brecha de género en materia de pensiones. 12.5.2017 - (2016/2061(INI)). Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (2019/2169(INI)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0025_ES.html

SAINZ, M., ARROYO, ML., y CASTAÑO, C.: "Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos", Madrid, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de oportunidades, 2020.

⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: "William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de Seguridad Social". (2015). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, 4. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/62>

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Paul Durand (1908-1960): La Seguridad Social como socialización de las necesidades y factor de transformación de la sociedad. (2017). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, 11, 295-307. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/180>

giro hacia las prestaciones no contributivas dentro del Sistema de Seguridad Social se llevará a cabo a partir de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas (derogada).

En cualquier caso, los sistemas de Seguridad Social contemporáneos han tardado mucho tiempo en atender a riesgos específicos de la mujer trabajadora, como es el caso del riesgo durante el embarazo (que, entre nosotros, sería incluido por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre), o los riesgos sociales durante la lactancia natural (incorporados por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres). La Ley Orgánica 3/2007¹⁰, introdujo modificaciones importantes en el ámbito laboral y en materia de Seguridad Social, incidiendo en el objetivo de evitar la discriminación en la protección social de las mujeres y reforzando el derecho de conciliación de la vida laboral y familiar y alentando la corresponsabilidad de los hombres en las obligaciones y cargas familiares a través de las prestaciones por paternidad, entre otros aspectos importantes.

Igualmente, no se atendía a categoría jurídicas encaminadas a adecuar los requisitos exigidos para causar las prestaciones al desarrollo vital de la mujer trabajadora (situaciones asimiladas al alta y a períodos cotizados). De este modo, el Derecho de la Seguridad Social desatendía la cobertura de riesgos y situaciones de necesidad que, como la experiencia ha demostrado, podrían contribuir a la igualdad real en la perspectiva de género¹¹.

Transcurridos los años, otras leyes transversales incluirían medidas de protección social, como es el caso de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹²; y otras muchas que tienen un carácter

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Augusto Venturi: de los Seguros Sociales a la Seguridad Social". (2018). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, 15, 285-298. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/296>

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Pierre Laroque (1907-1997): "El padre" de la Seguridad Social en Francia dentro de un proceso de transformación democrática de la sociedad". (2018). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, 17, 315-325. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/329>

MONEREO PÉREZ, J.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996; *Ibid.*, *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007.

¹⁰ Sobre la transcendencia e impacto de esta Ley Orgánica, véase, por todos, Lousada Arochena, J.F: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014; Perán Quesada, S.: *Derecho Social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

¹¹ MALDONADO MOLINA, J.A.: "El Derecho a la Seguridad Social de la mujer", en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.) et altrí.: *Género y Derechos fundamentales*, Granada, Comares, 2010, pp. 445 y ss.

¹² La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones análogas, aun sin convivencia. En sus trece años de vigencia, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, ha incorporado tres modificaciones operadas, respectivamente, por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, relativa a la disposición adicional primera sobre pensiones de orfandad; por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, relativa al artículo 20.1 sobre asistencia jurídica gratuita, y por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia relativa a los artículos 1.2, 61.2, 65 y 66, en relación con hijos e hijas menores de edad y menores sujetos a tutela o guarda y custodia de las víctimas de violencia de género. En 2014, España ratificó el Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, que entró en vigor el 1 de agosto de 2014. El ámbito de aplicación del Convenio, que abarca todas las formas de violencia que afectan a las mujeres por el hecho de ser mujer o que les afectan de manera desproporcionada, define la «violencia contra las mujeres» como una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y

más general, sin embargo, no pueden ocultar que acogen un perfil de género en su regulación como es, por ejemplo, Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital¹³, que incorpora expresamente la perspectiva de género¹⁴. Con

designa todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada. Véase el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, las sucesivas reformas legislativas laborales y de Seguridad Social que han incidido en la protección de las trabajadoras víctimas de violencia de género. Véase MONEREO PÉREZ, J.L., y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: *La víctima de violencia de género y su protección social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

¹³ Real Decreto 789/2022, de 27 de septiembre, por el que se regula la compatibilidad del Ingreso Mínimo Vital con los ingresos procedentes de rentas del trabajo o de la actividad económica por cuenta propia con el fin de mejorar las oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias de la prestación.

¹⁴ Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

El artículo 4 LIMV toma en consideración la perspectiva de género: Artículo 4. "Personas beneficiarias. 1. Podrán ser beneficiarias del ingreso mínimo vital: a) Las personas integrantes de una unidad de convivencia en los términos establecidos en esta ley. b) Las personas de al menos veintitrés años que no se integren en una unidad de convivencia en los términos establecidos en esta ley, siempre que no estén unidas a otra por vínculo matrimonial o como pareja de hecho, salvo las que hayan iniciado los trámites de separación o divorcio o las que se encuentren en otras circunstancias que puedan determinarse reglamentariamente. No se exigirá el cumplimiento del requisito de edad ni el de haber iniciado los trámites de separación o divorcio en los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos y explotación sexual. Tampoco se exigirá el cumplimiento de este requisito a las personas de entre 18 y 22 años en los siguientes supuestos: a) Que provengan de centros residenciales de protección de menores de las diferentes Comunidades Autónomas habiendo estado bajo la tutela de Entidades Públicas de protección de menores dentro de los tres años anteriores a la mayoría de edad, o sean huérfanos absolutos, siempre que vivan solos sin integrarse en una unidad de convivencia. b) Que provengan de un centro penitenciario por haber sido liberados de prisión, siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses. 2. Podrán ser beneficiarias de la prestación del ingreso mínimo vital las personas que temporalmente sean usuarias de una prestación de servicio residencial, de carácter social, sanitario o sociosanitario. *La prestación de servicio residencial prevista en el párrafo anterior podrá ser permanente en el supuesto de mujeres víctimas de violencia de género* o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual, así como otras excepciones que se establezcan reglamentariamente. 3. Las personas beneficiarias deberán cumplir los requisitos de acceso a la prestación establecidos en el artículo 10, así como las obligaciones para el mantenimiento del derecho establecidas en el artículo 36". Otro tanto acontece en el artículo 5 relativo a los titulares del IMV: asimismo, el artículo 5. Titulares del ingreso mínimo vital. 1. Son titulares de esta prestación las personas con capacidad jurídica que la soliciten y la perciban, en nombre propio o en nombre de una unidad de convivencia. En este último caso, la persona titular asumirá la representación de la citada unidad. La persona solicitante deberá reunir los requisitos para ser titular de la prestación. En caso de formar parte de una unidad de convivencia, la solicitud deberá ir firmada por esta persona e incluirá una declaración responsable de la misma sobre el consentimiento para la presentación de la solicitud de todos los integrantes de la unidad de convivencia mayores de edad. 2. Las personas titulares, cuando estén integradas en una unidad de convivencia, deberán tener una edad mínima de 23 años, o ser mayores de edad o menores emancipados en caso de tener hijos o menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente o huérfanos absolutos cuando sean los únicos miembros de la unidad de convivencia y ninguno de ellos alcance la edad de 23 años. En caso de no integrarse en una unidad de convivencia, *la edad mínima de la persona titular será de 23 años, salvo en los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género*, víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual en los que se exigirá que la persona titular sea mayor de edad o menor emancipada, o el de personas que hayan estado bajo la tutela de Entidades Públicas de protección de menores dentro de los tres años anteriores a la mayoría de edad o que provengan de centros penitenciarios por haber sido liberados de prisión, siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses, en los que se exigirá que la persona titular sea mayor de edad. 3. En el supuesto de que en una unidad de convivencia existieran varias personas que pudieran ostentar tal condición, será considerada titular la persona a la que se le reconozca la prestación solicitada en nombre de la unidad de convivencia... En la misma dirección el Artículo 7. Situaciones especiales. Tendrán la consideración de personas beneficiarias que no se integran en una unidad de convivencia, o en su caso, de personas beneficiarias integradas en una unidad de convivencia independiente, aquellas personas que convivan en el mismo domicilio con otras con las que mantuvieran alguno de los vínculos previstos en el artículo 6.1, y se encontraran en alguno de los siguientes supuestos: a) Cuando una mujer, víctima de violencia de género, haya abandonado su domicilio familiar habitual acompañada o no de sus hijos o de menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento

ello se cumple con la lógica de la transversalidad que constituye una condición necesaria

familiar permanente....” Asimismo, Artículo 10. Requisitos de acceso. 1. Todas las personas beneficiarias, estén o no integradas en una unidad de convivencia, deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Tener residencia legal y efectiva en España y haberla tenido de forma continuada e ininterrumpida durante al menos el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud. No se exigirá este plazo respecto de: 1.º Los menores incorporados a la unidad de convivencia por nacimiento, adopción, reagrupación familiar de hijos e hijas, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente. 2.º Las personas víctimas de trata de seres humanos y de explotación sexual. 3.º Las mujeres víctimas de violencia de género. [...] 2. [...] Los requisitos previstos en los párrafos anteriores no se exigirán cuando el cese de la convivencia con los progenitores, tutores o acogedores se hubiera debido al fallecimiento de estos. Tampoco se exigirán a las personas que por ser víctimas de violencia de género hayan abandonado su domicilio habitual, a las personas sin hogar, a las que hayan iniciado los trámites de separación o divorcio, a las personas víctimas de la trata de seres humanos y de explotación sexual y personas que provengan de centros penitenciarios por haber sido liberados de prisión siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses o a las que se encuentren en otras circunstancias que puedan determinarse reglamentariamente....”[...] 3. Cuando las personas beneficiarias formen parte de una unidad de convivencia, se exigirá que la misma esté constituida, en los términos de los artículos 6, 7 y 8, durante al menos los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, de forma continuada. Este requisito no se exigirá en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente de menores, reagrupación familiar de hijos e hijos menores de edad, en los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual, o en otros supuestos justificados que puedan determinarse reglamentariamente....”

Igualmente, Artículo 13. Determinación de la cuantía. 1. La cuantía mensual de la prestación de ingreso mínimo vital que corresponde a la persona beneficiaria individual o a la unidad de convivencia vendrá determinada por la diferencia entre la cuantía de la renta garantizada, según lo establecido en el apartado siguiente, y el conjunto de todas las rentas e ingresos de la persona beneficiaria o de los miembros que componen esa unidad de convivencia del ejercicio anterior, en los términos establecidos en los artículos 11, 16 y 19, siempre que la cuantía resultante sea igual o superior a 10 euros mensuales. 2. A los efectos señalados en el apartado anterior, se considera renta garantizada: a) En el caso de una persona beneficiaria individual, la cuantía mensual de renta garantizada ascenderá al 100 por ciento del importe anual de las pensiones no contributivas fijadas anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, dividido por doce. A esta cantidad se sumará un complemento equivalente a un 22 por ciento en el supuesto de que el beneficiario individual tenga un grado de discapacidad reconocido igual o superior al sesenta y cinco por ciento. b) En el caso de una unidad de convivencia la cuantía mensual de la letra a) se incrementará en un 30 por ciento por miembro adicional a partir del segundo hasta un máximo del 220 por ciento. c) A la cuantía mensual establecida en la letra b) se sumará un complemento de monoparentalidad equivalente a un 22 por ciento de la cuantía establecida en la letra a) en el supuesto de que la unidad de convivencia sea monoparental. A los efectos de determinar la cuantía de la prestación, se entenderá por unidad de convivencia monoparental la constituida por un solo adulto que conviva con uno o más descendientes hasta el segundo grado menores de edad sobre los que tenga la guarda y custodia exclusiva, o que conviva con uno o más menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción cuando se trata del único acogedor o guardador, o cuando el otro progenitor, guardador o acogedor se encuentre ingresado en prisión o en un centro hospitalario por un periodo ininterrumpido igual o superior a un año. En el supuesto de que los descendientes o menores referidos en el párrafo anterior convivan exclusivamente con sus progenitores o, en su caso, con sus abuelos o guardadores o acogedores, se reconocerá el mismo complemento, cuando uno de estos tenga reconocido un grado 3 de dependencia, la incapacidad permanente absoluta o la gran invalidez. También se entenderá como unidad de convivencia monoparental, a efectos de la percepción del indicado complemento, la formada exclusivamente por una mujer que ha sufrido violencia de género, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y uno o más descendientes hasta el segundo grado, menores de edad, sobre los que tenga la guarda y custodia o, en su caso, uno o más menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción”.

Por otra parte, el artículo 13 (Determinación de la cuantía del IMV) [...] 6. En todo caso, e independientemente de cuáles hubieran sido las rentas e ingresos del ejercicio anterior de la persona que vive sola o de la unidad de convivencia, cuando el solicitante del *ingreso mínimo vital* o uno o varios de los miembros de la unidad de convivencia, en su caso, tuvieran reconocida en la fecha de la solicitud, o les fuera reconocida antes de la resolución, una o más pensiones, contributivas o no contributivas, del sistema de la Seguridad Social, o un subsidio de desempleo para mayores de 52 años, cuyo importe mensual conjunto, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, fuera inferior a la cuantía mensual de renta garantizada aplicable, y procediera el reconocimiento del ingreso mínimo vital por concurrir todos los requisitos para ello, el importe mensual de esta prestación no podrá ser superior a la diferencia entre la referida cuantía mensual de la renta garantizada y el importe mensual de la pensión o de la suma de las pensiones, incluida en su caso la parte proporcional de las pagas extraordinarias...”

para la eficacia de la acción legislativa de tutela de la igualdad y no discriminación por razón de género. En efecto, es de señalar, que la legislación con perspectiva de género se ha venido enriqueciendo en nuestro derecho interno con la garantía de derechos sociales fundamentales en clave igualitaria y en particular de género (igualdad de género).

Un impacto especialmente relevante ha tenido la Ley 15/2022, de 12 de julio para la igualdad de trato y la no discriminación¹⁵. El objeto es garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución (artículo 1). Se garantiza el derecho a la igualdad de trato y no discriminación (artículo 4), que constituye un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (artículo 4.3). De manera específica, se establece que *en las políticas contra la discriminación se tendrá en cuenta la perspectiva de género* y se prestará especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros (artículo 4.4). Los derechos valen jurídicamente lo que valen sus garantías¹⁶. De ahí la importancia

Por lo demás, el artículo 21 (Acreditación de los requisitos): "... 6. La condición de víctima de violencia de género se acreditará por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. La condición de víctima de trata de seres humanos y de explotación sexual se acreditará a través de un informe emitido por los servicios públicos encargados de la atención integral a estas víctimas o por los servicios sociales, así como por cualquier otro medio de acreditación que se determine reglamentariamente. La condición de persona de entre 18 y 22 años que provengan de centros residenciales de protección de menores se acreditará mediante el certificado expedido por la entidad que haya ostentado la acogida o tutela de la Comunidad Autónoma correspondiente. La condición de discapacidad igual o superior al 65% se acreditará con certificado del órgano competente de las comunidades autónomas y del IMSERSO en Ceuta y Melilla... 9. Se requerirá un certificado expedido por los servicios sociales competentes cuando fuera necesario para acreditar los siguientes requisitos: a) A los efectos de lo previsto en el artículo 10.1.a), la residencia efectiva en España de las personas que a la fecha de la solicitud se encuentren empadronadas en un domicilio ficticio en aplicación de las correspondientes instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión del Padrón municipal. b) El carácter temporal de la prestación de servicio residencial, de carácter social, sanitario o sociosanitario, de la que sea usuario el solicitante de la prestación de ingreso mínimo vital. c) El domicilio real de la persona que alegara no vivir en el que consta en el empadronamiento. d) La inexistencia de los vínculos previstos en el artículo 6.1, cuando en el mismo domicilio, además de los solicitantes del ingreso mínimo vital unidos por dichos vínculos, se encuentren empadronadas otras personas con las que se alegue no tener lazos de parentesco, de consanguinidad o de afinidad, ni haber constituido una pareja de hecho". Artículo 33. Comisión de seguimiento del ingreso mínimo vital. 1. Se crea la Comisión de seguimiento del ingreso mínimo vital como órgano de cooperación administrativa para el seguimiento de la aplicación del contenido de esta Ley. 2. La Comisión de seguimiento estará presidida por el Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, y estará integrada por el Secretario de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social, la Subsecretaría de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, el Secretario de Estado de Derechos Sociales del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género o el órgano directivo en quien delegue, así como otros representantes de la Administración General del Estado con relación al Ingreso Mínimo Vital que se establezcan reglamentariamente, además de los titulares de las consejerías de las comunidades autónomas competentes por razón de la materia y representantes de la administración local. Cuando por razón de los asuntos a tratar no sea precisa la presencia de representantes de las comunidades autónomas o de la administración local, la Comisión podrá constituirse sin aquellos a instancia de su secretario, siendo en estos casos preciso que se informe previamente a los representantes de dichas administraciones y se comunique el contenido del orden del día..." Se prevé también una pasarela del IMV a la protección legal por desempleo en virtud de la Disposición adicional duodécima. Transición del subsidio por desempleo a la prestación de ingreso mínimo vital.

¹⁵ Véase también 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.

¹⁶ Viene de antiguo esta aseveración. Por citar a un jurista significativo que le otorga pleno sentido jurídico, véase FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999; FERRAJOLI, L.: *Principia iuris*.

del tratamiento de las garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (Capítulo I, artículos 25 a 32). Cuestión especialmente relevante es la relativa a las garantías de reparación de los daños causados por la vulneración los derechos de igualdad y no discriminación¹⁷.

Una de las últimas intervenciones normativas de la Unión Europea en materia de violencia de género y “violencia doméstica” ha sido la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo de 2024 sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica¹⁸.

Necesario es realzar que esa tutela de la igualdad y no discriminación por motivos de género, se encuentra “comunitarizada” o “europeizada”. En primer lugar, porque existe todo un marco normativo de Derecho originario y de Derecho derivado de la Unión Europea que garantiza esos principios y los derechos y libertades de las mujeres, con particular regulación de sus derechos sociales. En segundo lugar, porque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha mostrado particularmente activo respecto a la garantía de cumplimiento y recta interpretación jurídica del alcance de este sistema integral de tutela. El Tribunal de Justicia ha contribuido a la aproximación de las legislaciones nacionales en esta materia. Nuestro país, como otros Estados de la Unión Europea, se ha hallado en la obligación de cumplir sentencias condenatorias del más Alto Tribunal comunitario, generando cambios normativos y debates doctrinales de envergadura. Pero, es de destacar, que ello ha supuesto una reconfiguración dinámica del ordenamiento jurídico laboral y de Seguridad Social español, puesto que ha tenido que adaptarse a la interpretación prevalente del TJUE. Esta influencia se ha dejado sentir no sólo en el sentido vertical TJUE-Tribunales nacionales-Legislaciones nacionales, sino también desde la perspectiva de los Tribunales nacionales hacia el TJUE, a través del planteamiento de cuestiones prejudiciales que han tenido que ser resueltas por el Alto Tribunal de la Unión Europea en un camino de ida y vuelta. Y teniendo en cuenta que las sentencias del TJUE sientan un precedente para todos los órganos judiciales (que no puede ignorar tampoco el poder legislativo y la autonomía colectiva negocial) de los Estados miembros de la Unión Europea. Relevancia, pues, del activismo de los órganos judiciales.

De este modo, entre Directivas y pronunciamientos del Alto Tribunal Comunitario, se puede decir que España, como otros Estados de la Unión Europea ha visto impulsada

Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del derecho, trad. J. C. Bayón, P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, L. Prieto Sanchís, Madrid, Trotta, 2^a ed., 2016; MONEREO PÉREZ, J.L. “La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como ‘Constitución Social’ de la Europa amplia”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo Laborum*, núm. 4 (2022): 215-326. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622/719>

¹⁷ Véase los excelentes análisis de ARETA MARTÍNEZ, M.: “Garantías de la igualdad de trato y no discriminación”, en VV.AA., *Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disruptión digital. VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2024, pp. 649 y ss. [que hace notar que aborda la igualdad de trato y no discriminación de manera unívoca, como un mismo derecho, y no como dos derechos diferenciados (“derecho a la igualdad de trabajo y no discriminación”, son los términos utilizados por estas leyes. Cfr. STC 89/2024, de 5 de junio]; Cristóbal Roncero, R.: “La tutela antidiscriminatoria en la doctrina del TJUE”, en VV.AA., *Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disruptión digital. VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2024, págs. 375 y sigs.; LOUSADA AROCHEMA, J.F.: “Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones”, VV.AA., *Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disruptión digital. VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2024, pp.393 y ss.

¹⁸ Sobre esta Directiva véase los ensayos recogidos en *LA LEY Unión Europea*, N° 131, Diciembre de 2024.

su legislación por imperativo del ordenamiento jurídico armonizador de la Unión Europea (integrado por normas, principios y la muy incisiva interpretación *creadora* de la jurisdicción competente comunitaria). Con ello se ha reforzado la garantía de los derechos sociales de las personas que trabajan en el espacio jurídico de la Unión Europea, yendo más allá de los límites del principio de territorialidad estatal para hacer valer la fuerza del Derecho Social comunitario. Hay que reparar en el hecho jurídicamente relevante de que el TJUE ha tenido -y ostenta todavía- un protagonismo determinante en la construcción de un Derecho comunitaria antidiscriminatorio, el cual dispensa tutelas reforzadas sobre los principios de igualdad y no discriminación con una influencia decisiva en todos los ordenamientos jurídicos nacionales. El Alto Tribunal ha llevado a cabo una interpretación evolutiva de las normas. Por el cauce de las cuestiones prejudiciales, ante todo, se han abordado por el TJUE muchas causas específicas de tutela antidiscriminatoria, desde las más clásicas, aunque siempre renovadas fáctica y jurídicamente (por razones de sexo, edad y discapacidad) a las más novedosas, como es el caso la discriminación "por asociación". Ello refleja el hecho incontestable de que los principios de igualdad y de no discriminación son principios del Derecho comunitario que evolucionan en el tiempo, atendiendo a las nuevas y cambiantes realidades y sensibilidades sociales que integran el amplio fenómeno que encierran tales principios y a las cuales los ordenamientos jurídicos tienen que atender a riesgo de que en caso contrario se produzca una suerte de ineficacia sobrevenida -social y jurídica- de los mecanismos de tutela de los aquellos principios fundamentales. Esa respuesta se traduce en la experiencia jurídica en la renovación de los propios conceptos jurídicos de "desigualdad", "discriminación", "diferencia" y en la misma elaboración de nuevas categorías jurídicas que permitan captar tipológicamente esa realidad discriminatoria, que evoluciona y cambia en sus formas de materialización.

No es una renovación pretendidamente evolutiva o lineal, pues no deja de sorprender como se naturaliza, para perpetuarse como un orden lógica que se respeta sin ser cuestionados en sus premisas formas de desigualdad y discriminación; y se constata, al propio tiempo, cierta resistencia de instituciones y modos de pensar en orden a remover los obstáculos que impidan eficazmente que esas situaciones fácticas y jurídicas de desigualdad y discriminación de las mujeres sean suprimidas, neutralizando los mecanismos que la hacen posible y contribuyen a eternizarlas. Remoción que compete a los poderes públicos (artículo 9.2 CE), pero también a todos los poderes privados conforme a un constitucionalismo de Derecho privado social (el artículo 9.1 interpela a los todos los poderes -públicos y privadas¹⁹- en el cumplimiento de lo establecido en la Norma Fundamental: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"; consagrándose, así, la fuerza normativa vinculante bilateral de la Constitución elevada al orden fundante de todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es la norma suprema, norma *normarum*). Todo lo cual abre un campo de acción inmenso para acción de los poderes públicos y las luchas políticas de los movimientos sociales (sobre todo el movimiento feminista) contra todas las formas de desigualdad intolerable, discriminación y dominación.

¹⁹ De ahí la relevancia de extraer todas las consecuencias del constitucionalismo de Derecho privado y social, respecto a las cuales existe una gran resistencia. Para esta perspectiva, puede consultarse, en general, MONEREO PÉREZ, J.L., "Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum.* nº 1 (2021): 197-264.

Los principios de igualdad y no discriminación tiene un amplio reconocimiento internacional. Así la Convenio Europea de Derechos Humanos, reconoce el derecho a la no discriminación²⁰; un Tratado reforzado con la garantía jurisdiccional del TEDH. Por su parte, la Carta Social Europea Revisada²¹ garantiza el Derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato²², y el principio de no discriminación²³, que cuenta, a su vez, con el Comité Europeo de Derechos Sociales, cuyas decisiones son respaldadas por el propio Consejo de Europa.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02)²⁴, garantiza el derecho a la no discriminación²⁵ y la igualdad entre mujeres y hombres, que resultan de aplicación *directa* en razón a una materia que ya garantiza el Sistema de los Tratados Fundacionales²⁶. En el marco de la Unión Europea también se dispone de un instrumento de política del Derecho, que va más allá de un simple *soft law* comunitario, al formar parte de los principios de Derecho comunitario. Se trata de la Carta Comunitaria de

²⁰ El artículo 14 establece que “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, per tenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

²¹ Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. Un estudio completo, en MONERO ATIENZA, C. y MONERO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.) *et alii: La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. el Convenio de Derecho Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.

²² Artículo 27. Derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato. Para garantizar el ejercicio del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores de ambos sexos que tengan responsabilidades familiares y entre éstos y los demás trabajadores, las Partes se comprometen: a adoptar las medidas apropiadas: a) para permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares acceder y permanecer en la vida activa, o regresar a la misma tras una ausencia debida a dichas responsabilidades, incluidas medidas en el ámbito de la orientación y la formación profesionales; b) para tener en cuenta sus necesidades en lo que respecta a las condiciones de trabajo y a la seguridad social; c) para desarrollar o promover servicios, públicos o privados, en particular servicios de guardería diurnos y otros medios para el cuidado de los niños; 2. a prever la posibilidad de que cualquiera de los progenitores obtenga, durante un período posterior al permiso de maternidad, un permiso parental para el cuidado de un hijo, cuya duración y condiciones serán fijadas por la legislación nacional, los convenios colectivos o la práctica; 3. a garantizar que las responsabilidades familiares no puedan constituir, por sí mismas, una razón válida para el despido.

²³ Artículo E. “No discriminación. Se garantizará el disfrute de los derechos reconocidos en la presente Carta sin discriminación alguna basada, en particular, en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra circunstancia”. Precisándose en el Anexo a la Carta Social Europea Revisada, Artículo E. “No se considerará discriminatoria la diferencia de trato basada en un motivo objetivo y razonable”.

²⁴ Para un estudio completo de esta Carta de la Unión Europea, véase MONERO ATIENZA, C. y MONERO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

²⁵ Artículo 21 “No discriminación 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares”.

²⁶ El artículo 23 (“Igualdad entre mujeres y hombres”), establece que “La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”.

los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores²⁷ (Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989)²⁸.

De gran valor, en el plano de la política del Derecho de la Unión Europea, resulta el Pilar Europeo de Derechos Sociales. Un instrumento que no tiene valor normativo, pero que se mueve en el plano de los principios del Derecho Social Comunitario²⁹.

Actualmente, en el Derecho de la Unión Europea la Directiva 2006/54CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, distinguirá entre discriminación directa y discriminación indirecta y consagrará las medidas de acción positiva (denominación preferible a la de “discriminación positiva”)³⁰, que tendrán su proyección jurídica respecto a la acción protectora del Sistema de Seguridad Social. La utilización sistemática de estas categorías jurídicas ha permitido la paulatina ampliación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el Derecho Social de la Unión Europea³¹. Esta y otras directivas no operaban en el vacío porque bajo la influencia de la doctrina establecida por el TJUE, el Sistema de los Tratados fundacionales del ordenamiento jurídico comunitario han ido evolucionando en la tutela de los principios de igualdad y de no discriminación,

²⁷ En este sentido, en el marco de un estudio completo de esta Declaración que constituye la Carta, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I) y (II)”, en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo (REDT)*, números 56-57 (1992-1993). El texto completo de la Carta está disponible en [La Carta se adoptó de conformidad con el preámbulo del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que reconoce la necesidad de trabajar para la mejora constante de las condiciones de vida y empleo de los ciudadanos europeos. Reino Unido la adoptó en 1998, durante la integración de los principios de la carta en el Tratado de Ámsterdam.](https://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDSFT/1989-CDSFT.htm#Texto Asimismo, en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=legisum:c10107#document1. Última modificación: 29.09.2011.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Los derechos sociales reconocidos como principios en esta Carta representan un conjunto de principios mínimos comunes a todos los Estados miembros de la Unión Europea (UE). El Tratado de Lisboa (artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la UE) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE retomaron las disposiciones de la Carta.

²⁸ “Igualdad de trato entre hombres y mujeres”. 16. “Debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. A tal fin, conviene intensificar, dondequiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional. Conviene, asimismo, desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”.

²⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Pilar Europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social”, en *Lex Social*, vol. 8, núm.2 (2018), pp. 251-298. Recuperado a partir de https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/3493; STANGOS, P.: “Sinergias entre la Unión Europea y la Carta Social Europea, en la hora del Pilar Europeo de Derechos Sociales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, nº. 137, 2018.

³⁰ Conforme al artículo 5 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Conforme al artículo 6.7, 7 (“Medidas de acción positiva”) se consideran acciones positivas las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social. Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan. Y ampliamente, Capítulo II (“Promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva”), artículos 33 a 38.

³¹ Pueden consultarse las aportaciones de síntesis y evaluación recogidas en VICENTE PALACIO, A. (Coord.): *Aplicación por los tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia Social*, Barcelona, Atelier, 2023.

partiendo del propio art. 157 TUE³². El principio de igualdad de trato y la prohibición de no discriminación se extendería al tiempo a las prestaciones de Seguridad Social (Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978), los sistemas privados de previsión social (Directiva 86/378/CEE del consejo, de 24 de julio de 1986) y su aplicación en el marco de una actividad autónoma (Directiva 86/613/CEE del Consejo, que sería sustituida por la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que realicen una actividad autónoma).

No hay que ser ingenuos para ignorar que detrás de la plena realización de los principio de igualdad y de no discriminación en la legislación de los países miembros *subyace la tensión* entre el principio de protección (justicia social y de género) y el principio de economicidad (sostenibilidad de la Seguridad Social y atención al coste empresarial), siendo necesario advertir que la “fundamentalidad” de estos principios impide, de suyo, que puedan ser desconocidos en aras del equilibrio económico-financiero del Sistema, aunque sí puede plantearse un criterio de ponderación. Tensión tanto mayor, porque actualmente se tiende a poner en cuestión la igualdad y no discriminación por razón de género.

Es importante realzar que los principios de igualdad y de no discriminación han sido la vía de entrada del TJUE en materia de Seguridad Social, a pesar de que todavía -sorprendentemente- no se dispone un mínimo *Derecho de Seguridad Social Comunitario de armonización*, sino de un muy distinto -aunque, sin duda, muy importante- sistema de *coordinación* de los Sistemas Nacionales de Seguridad Social a través de los correspondientes Reglamentos de Coordinación³³. En la coyuntura histórica actual sólo se puede hablar de sistema europeo de Seguridad Social haciendo referencia a los principios y técnicas de *coordinación* (no armonización de la legislación sustantiva en sentido estricto a través de normas jurídicas de Derecho Social Comunitario) de los derechos de Seguridad Social. La política de Seguridad Social de la Unión Europea ha consistido en programas relativos a la libre circulación de trabajadores -y de otros ciudadanos-, esto es, a la coordinación de los derechos de Seguridad Social para las personas transnacionales, así como la garantía de los principios de igualdad y no discriminación en base a la nacionalidad, la raza, el sexo, la discapacidad, etcétera. En materia de Seguridad Social cada Estado miembro decide sobre el tipo y el ámbito de los derechos de Seguridad Social (cobertura, niveles de prestaciones, y financiación/sostenibilidad dentro de los límites y controles de déficit público que impone la Unión Europea), y de los programas sociales a ellos referidos. Por el momento, el sistema de Seguridad Social europeo consiste en Sistemas Nacionales de Seguridad Social coordinados más un conjunto de instituciones y programas europeos, acompañados, eso sí, de la potencia fuerza conformadora llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con fundamento, ante todo, en los principios de igualdad y no discriminación como principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario (no limitados ya a ser meramente instrumentales -es decir, al servicio de- del buen funcionamiento de

³² Conforme al artículo 157 (antiguo artículo 141 TCE) “1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. 2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo...”

³³ REGLAMENTO (CE) N.º 883/2004 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social; REGLAMENTO (CE) No 987/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) no 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social

la “libre circulación” de trabajadores y personas en el espacio de la Unión Europea). El fortalecimiento de una “ciudadanía social europea” (“constitución social europea”) podría ser un instrumento al servicio de la creación de un sistema europeo de Seguridad Social más avanzado dotado de normas sustantivas mínimas comunitarias de armonización, relativas a las prestaciones que dan contenido a los derechos de Seguridad Social. En cualquier caso, las diferentes trayectorias y “culturas” nacionales (que dan lugar a los “modelos de regulación”) indican que los resultados pueden depender de las decisiones de política pública (nacionales y potencialmente a nivel de las instituciones políticas europeas) y de la lucha social.

Necesario es tomar en consideración las distintas vertientes de los principios de igualdad y de no discriminación por razón de género y protección de la violencia de género en materia de Seguridad Social. Interesa retener que, como se ha observado en otros contexto discursivo, sólo una acción política -y de política del Derecho- que tome realmente en consideración las *causas* y todos los *efectos* de las desigualdades, discriminaciones y estructuras de dominación que se ejercen a través de la complicidad objetiva entre las estructuras asimiladas (tanto en el caso de las mujeres, y víctimas, como en el de los hombres) y las estructuras de las grandes instituciones en las que se realiza y se reproducen no sólo el orden masculino, sino también todo el orden social (comenzando el Estado y la Escuela, responsable de la reproducción efectiva de todos los principios de visión y de división fundamentales, y organizada a su vez alrededor de oposiciones homólogas) podrá, sin duda a largo plazo, y amparándose en las contradicciones inherentes a los diferentes mecanismos o instituciones implicados, contribuir a la supresión de esas desigualdades y discriminaciones intolerables que caracterizan a un orden de dominación e injusticia por razón de género³⁴. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres no está muy lejos de ese objetivo. Así en su Exposición de Motivos se indica, como objetivos que la informan: “combatir todas las manifestaciones aun subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos que impiden alcanzarla”. El propio artículo 1.1 de la Ley Orgánica 3/2007, establece que las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes, siendo su objetivo hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria. Situándose 1. Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria 1. Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera

³⁴ BOURDIEU, P.: *La dominación masculina* (1998), Barcelona, Anagrama, 6^a ed., 2010, pág. 141.

de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y solidaria. Situándose para en un horizonte de transversalidad en las garantías jurídicas que establece en el ordenamiento jurídico³⁵.

Con todo, el principio de igualdad es el principio de política constitucional y técnico-jurídico del que, directa o indirectamente pueden derivar todos los principios y valores políticos y jurídicos. A la inversa, las manifiestas desigualdades producidas por las políticas que durante las últimas décadas han contribuido a debilitamiento -y desmantelamiento parcial- del Estado Social de Derecho, y que han hecho explosión a escala planetaria por efecto de la globalización de la economía y del poder del capital financiero y de los grandes complejos empresariales sin una esfera pública a su altura, están en el origen de todos los problemas que hoy amenazan a nuestras democracias. El crecimiento de las discriminaciones y de las desigualdades se debe, en lo principal, a la quiebra de la política democrática, que en estos años ha abdicado de su papel de tutela de los intereses generales y del gobierno de la economía para someterse a las leyes del mercado. El principio de igualdad tutela las diferencias legítimas y se opone a las desigualdades intolerables en un Estado Social de Derecho. Las discriminaciones (las jurídicas o de derecho y las de hecho) son violaciones de la igualdad y del igual valor de las diferencias³⁶. Hasta tal punto es así, que la forma política realmente existente en los países de capitalismo avanzado es la forma “Estado de mercado”³⁷. Bajo la nueva razón de “Estado de mercado” y la nueva dimensión del espacio político, hoy se tiende a cuestionar las políticas de igualdad y no discriminación. Las nuevas ideologías antiigualitarias cuestionan la igualdad sustancial o social, no sólo porque la perciben como inevitables (o “naturales”), sino que incluso las consideran positivas como supuesto aliciente para el desarrollo de las iniciativas individuales en las sociedades de mercado expansivo. El problema va más lejos y alcanza a cuestionar los fundamentos del Estado constitucional social, sus políticas de igualdad y no discriminación, la defensa de la mercantilización de los bienes públicos y la reducción de la cobertura de protección social con la generalización de la inseguridad social. Este es un campo, desgraciadamente, más próximo a las realidades políticas y jurídicas de la coyuntura histórica del presente. Lo cual exige del científico social que es el jurista crítico llevar a cabo un genuino análisis histórico de todos los elementos que influyen en las situaciones de desigualdad y discriminación adentrándose en los “hechos” e “instituciones” y la génesis de las ideas acerca del mundo social y político jurídico. No se puede separar el trato desigual injustificado y las situaciones de discriminación (directa e indirecta) en sus distintas formas de expresión de sus condiciones sociales y culturales de producción, donde actúan los poderes públicos y los poderes privados. De ahí el papel activo de la crítica social y jurídica manifestada en la investigación científica y en las intervenciones de política del Derecho encaminadas a desvelar la falsedad de las justificaciones de las desigualdades.

³⁵ Respecto a la dignidad humana, con referencia al artículo 10.1 CE y 26 de la Carta Social Europea Revisada de 1996, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019, especialmente, Capítulos I y II, pp. 9 y ss., 161 y ss., y Capítulo II. 3 (“Derecho fundamental a la dignidad en el trabajo en la Carta Social Europea Revisada en 1996, artículo 26”), pp. 235-261.

³⁶ FERRAJOLI, L.: *Manifiesto por la igualdad*, trad. P. Andrés Ibañez, Madrid, Trotta, 2019, pp. 9 y ss., 41 y ss., y 69 y ss.

³⁷ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017; *Ibid.*, *Los fundamentos de la democracia. La teoría político jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/EL Viejo Topo, 2013; *Ibid.*, *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.

En la Seguridad Social las reformas se insertan en un proceso de planificación dinámica de la Seguridad Social. Efectivamente, las reformas de las pensiones se vienen enmarcando en un largo ciclo planificador (idea de planificación que, por cierto, siempre ha estado presente en la intrahistoria de la Seguridad Social y de su subsistema de pensiones) de varias fases, por lo demás las reformas de la Seguridad Social son, de suyo, de ciclo largo, pues exigen fases largas de adaptación para el Sistema pueda adaptarse a los cambios de las políticas del Derecho social de las pensiones, en nuestro caso. Hay que tener en cuenta que el Pacto de Toledo en sus sucesivas reformas ha sido *fuente de origen e impulso dinámico de Acuerdos Sociales Tripartitos* entre el Gobierno y los interlocutores sociales más representativos de nuestro país; es decir, ha estado siempre sujeto a legitimidad parlamentaria y la legitimidad político social de “intercambio político”³⁸.

Hace ya tiempo que quedó superada la “apariencia” jurídica desde la primera versión del Pacto de Toledo de 1995 quedaba circunscrito a la finalidad exclusiva de la “reforma de las pensiones”, pues se era consciente que esta reforma sólo tendría sentido dentro del marco del “Sistema” al cual se inserta como subsistema tan sólo relativamente autónomo, dado que lo que verdaderamente cuenta es que en un “Sistema de protección social” la parte no puede sustituir o, peor aún, ser tenido por el todo de dicho “Sistema”. Aparte de que toda reforma de un “puzzle” tiene que llevar a reorganizar todas las “piezas” instituciones del mismo³⁹. La versión del Informe del Pacto de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2011 puso de relieve en su Recomendación 17 (“*Mujer y protección social*”) que el sistema de Seguridad Social tenía que asumir la dimensión de la perspectiva de género, y hacerlo transversalmente, dado que de no hacerlo se cuestionaba gravemente

³⁸ Nótese tanto el auge de los cauces de concertación social, como los distintos mecanismos de diálogo bilateral entre gobierno y organizaciones de intereses. Sobre la problemática de la concertación social, sus factores determinantes y su renovada persistencia actual, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999; MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*, R. ÁLVAREZ GIMENO, Á. L. DE VAL TENA, J.A. MALDONADO MOLINA, J.L. MONEREO PÉREZ, M.N. MORENO VIDA, R. MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, Ed. Consejo Económico y Social de España/Premio CES, 2015, y bibliografía allí citada.

³⁹ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: “El futuro del sistema de pensiones: sistema público y sistemas privados (I y II)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, números 88 y 89, 1998; MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)”, en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524; Monereo Pérez, J.L.: “El ciclo largo de la reforma de la Seguridad Social: significación técnica y político jurídica del proceso de reforma legislativa actual”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir) *et alii: La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2008; Monereo Pérez, J.L.: “El sistema de pensiones en el marco de la nueva revisión y actualización del pacto de Toledo”, *Aranzadi Social*, nº 15-10, diciembre 2010; MONEREO PÉREZ, J.L.: “La reforma concertada de las pensiones: el Acuerdo Social y Económico de 2011 y su desarrollo legislativo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 25, 2011; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Diálogo social y reforma de las pensiones: ¿de las políticas de consenso sociopolítico al dirigismo político?”, en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 5, 2014 (Especial Monográfico: “La profunda reforma de las pensiones de 2013”), pp. 73-107. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las reformas de las pensiones. Un análisis global del proceso reformista”, en VV.AA.: *La pensión de Jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ CUMBRE, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015; HIERRO HIERRO, F.J. (Dir. y Coord.) *et alii: Perspectivas jurídicas y económica del “Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020)*, Cizur Menor (Navarra), Thompson-Reuters&Aranzadi, 2021; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, Atelier, 2022; MONEREO PÉREZ, J.L., y MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E.: *La nueva regulación legal de los planes y fondos de pensiones tras la reforma creadora de los fondos de pensiones de promoción pública. Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2002, de 30 de junio de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo*, Murcia, Laborum, 2022.

el principio de igualdad y no discriminación, aparte de hacer, en gran medida, ineficaces las políticas globales adoptadas para el conjunto del Sistema jurídico e institucional de la Seguridad Social. La última versión del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020 (que fue aprobado como Declaración Institucional por el Congreso de los Diputados, siendo ya un pacto parlamentario) reiteró y reforzó ese enfoque de género en la Recomendación 17 del Pacto de Toledo, sobre “Mujeres y Seguridad Social”.

Esta *Recomendación 17* plantea el problema y apunta a la necesidad de resolverla desde una perspectiva integral (holística), no centra en las pensiones (por más que éstas sean su centro de gravedad), pues el Pacto de Toledo pretende planificar las políticas y las técnicas de la Seguridad Social en su conjunto. En este sentido contiene el “germen” y “síntesis” que ha prefigurado lo que vendría después en el proceso dinámico de reformas legislativas “consensuadas”.

En efecto, en ella se indica que “las modificaciones normativas que se han operado en el ámbito de la Seguridad Social en los últimos años con el objetivo de reducir la brecha de pensiones entre hombres y mujeres han tenido una dimensión más reactiva o coyuntural que preventiva o estructural. Así, se han basado principalmente en el establecimiento de medidas puntuales correctoras de las disfunciones del propio sistema. Lo cierto es que, a pesar de que algunas de estas medidas tienen ya un largo recorrido, no han logrado una equiparación efectiva en la cobertura de mujeres y hombres. Ello evidencia la necesidad de medidas estructurales, tanto en materia laboral como en el ámbito específico de Seguridad Social, referidas a la propia configuración del sistema y a la forma de acceso a las prestaciones. Con carácter general, y como presupuesto condicionante del acceso a las prestaciones de Seguridad Social, es necesario garantizar la igualdad efectiva en el ámbito laboral, tanto en el acceso al empleo como en las condiciones de trabajo, evitando que sean las mujeres las que tengan carreras profesionales más cortas, irregulares e inestables dada la repercusión negativa que tales circunstancias tienen en sus prestaciones. En primer lugar, esto incluye acometer de modo enérgico la cuestión de los cuidados con el objetivo de que las carreras profesionales de quienes tengan personas dependientes a cargo no generen vacíos de cotización por esta causa. En este sentido, se ha de contribuir a potenciar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, particularmente en relación con los permisos parentales, y evitar la perpetuación de roles de cuidado. Adicionalmente, la Comisión insta a reformar la regulación de las prestaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia para asegurar que cumplen con su finalidad primando la adaptación del puesto y del tiempo de trabajo. En segundo término, la igualdad retributiva resulta igualmente clave para la equiparación de las pensiones. Esta igualdad no solo ha de reflejarse en la cuantía de la base reguladora utilizada para el cálculo de la pensión, sino también en las carreras de cotización, pues al promover el reparto de responsabilidades se evita que sea la renta más baja la que asuma los sacrificios en los períodos cotizados. Por eso se requieren medidas que permitan identificar las discriminaciones retributivas y, sobre todo, garantizar que la remuneración es la misma por trabajo de igual valor. En tercer lugar, deben introducirse las correcciones necesarias para evitar los perjuicios derivados de los vacíos involuntarios de cotización por la irregularidad de las carreras profesionales. Se trata de que las lagunas de cotización no causen un efecto desproporcionado en el cálculo de las pensiones y de favorecer el acceso pleno de las mujeres a pensiones propias. También el trabajo al servicio del hogar familiar (con perfil de género) requiere la eliminación de los elementos diferenciales respecto al régimen general ordinario, así como la ratificación Convenio de la OIT 189 de 2011, favoreciendo que el trabajo doméstico aflore. Y, además, debe reformarse la prestación por

desempleo que sirve de enlace con la jubilación, teniendo presente su particular relevancia para las carreras profesionales cortas o irregulares y otras circunstancias que afectan, de manera particular, a las mujeres. El cuarto ámbito de actuación atañe a los trabajadores/as a tiempo parcial, un colectivo que está integrado principalmente por mujeres, en un alto porcentaje no por libre elección. Siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE, Sala Tercera, de 8 de mayo de 2019, Asunto Villar Láz C-161/18) y del Tribunal Constitucional (en la misma línea, la STC 91/2019) se han de impulsar reformas que corrijan posibles tratamientos discriminatorios, con particular atención al cálculo de los períodos de carencia y la eliminación de las reducciones proporcionales en las cuantías aseguradas de rentas mínimas. En quinto lugar, la Comisión llama la atención sobre la importancia de asegurar rentas mínimas suficientes, tanto en el ámbito contributivo como en el no contributivo, que permitan una subsistencia digna. Las mujeres son mayoría en la percepción de las pensiones más bajas y, por ello, una política igualitaria requiere una revisión del sistema de pensiones no contributivas, de los complementos por mínimos y de la pensión de viudedad, para garantizar progresivamente un umbral de garantía universal, suficiente y digna. Finalmente, debe hacerse efectivo el principio de transversalidad en la elaboración de cualquier normativa o en la adopción de cualquier política, de modo que el impacto de género sea objeto de un análisis específico y destacado, reforzando la intervención técnica de los organismos públicos independientes⁴⁰. Lo cual exige, de suyo, una programación de la acción de las políticas gubernamentales y legislativas.

⁴⁰ La Recomendación 13 del Pacto de Toledo de 2020, se ocupa de una materia que inevitablemente tiene un perfil de género, por mucho que las reformas lo hayan atenuado se impone la realidad de una *prestación feminizada* atendiendo al número de sujetos efectivamente protegidos. En efecto se ocupa de las “*Prestaciones de viudedad y orfandad*”. En efecto: “La Comisión propone llevar a cabo de manera gradual la reformulación integral de las prestaciones por muerte y supervivencia -en especial la de viudedad- en línea con lo ya demandado por el Pacto de Toledo en 2003 y que, pese a los avances, no fue llevado a término en su totalidad en la reforma de 2007. Esta Comisión defiende el mantenimiento del carácter contributivo de estas prestaciones, y entiende que esta naturaleza básica no puede ser modificada por la adopción de medidas que introduzcan criterios basados en condiciones específicas para el acceso a ellas (edad, renta, hijos, compatibilidades...). La reforma integral de la viudedad pasa por acomodar la configuración de la pensión a las nuevas realidades sociales y familiares, así como a las circunstancias socioeconómicas de los beneficiarios, a fin de mejorar la protección de los pensionistas sin otros recursos, y de adecuar la protección de los colectivos menos vulnerables. En este sentido, la Comisión es consciente de que la baja proporción de mujeres que acceden a la pensión de jubilación, la brecha existente en la cuantía y la elevada edad de acceso a la pensión de viudedad son circunstancias que deben tenerse muy presentes a la hora de impulsar las reformas en esta materia. La Comisión considera que la acción protectora debe concentrarse en las personas beneficiarias de la pensión de viudedad con 65 o más años, cuya pensión constituye su principal fuente de ingresos, al objeto de garantizar una situación de renta equiparable a la existente antes del fallecimiento del cónyuge o conviviente. A tal efecto, el mecanismo más adecuado es, en línea con actuaciones previas, la elevación del porcentaje de la base reguladora de la pensión. La Comisión recomienda al Gobierno estudiar los efectos que tendría en la cuantía de la pensión de viudedad tomar en consideración para su fórmula de cálculo los períodos de cotización acreditados por el causante, con una fórmula similar a la que se utiliza para el cálculo de la pensión de jubilación. Por otra parte, la Comisión considera que debe profundizarse en reformas de la pensión de viudedad encaminadas a suprimir toda discriminación injustificada que afecte a la persona beneficiaria de la pensión por no existir vínculo matrimonial previo, como singularmente ocurre con el requisito legal que, en último término, viene a determinar que los ingresos del eventual beneficiario/a durante el último año hayan sido inferiores a los ingresos del causante. En relación con la orfandad, la Comisión constata el cumplimiento de la recomendación de 2011 de ampliar hasta 25 años el límite de edad de la pensión. También entiende que la progresiva reformulación de la pensión de viudedad debería llevar aparejada una mejora de las pensiones de orfandad, especialmente en la cuantía. La Comisión recomienda homogeneizar y ordenar los límites de edad para el acceso y el mantenimiento de los diferentes derechos ligados a la cobertura familiar dentro del sistema de protección social. Por último, debe analizarse la eficacia protectora de aquellas manifestaciones de las prestaciones de muerte y supervivencia establecidas cuando no existan prestaciones no contributivas, de modo que se libere al sistema contributivo de coberturas que deben tener su acomodo en los niveles no contributivos o asistenciales”.

Al interrogante sobre qué hacer para la garantía de las pensiones, como exigencia constitucional dentro del sistema multinivel, ante los cambios disruptivos que se plantean para alcanzar ese objetivo se impone, de suyo, una planificación de la política del Derecho de las pensiones. Y en este sentido es importante retener los compromisos de reforma de las pensiones contraídos en el *Plan de Recuperación, transformación y resiliencia presentado a la Unión Europa el 27 de abril de 2021*. Ese plan -aceptado por los órganos políticos de la Unión Europea- recoge el “Componente 30”⁴¹, relativo a la “Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo”⁴². Como el propio Pacto de Toledo -como no podría ser menos- se parte de la necesidad de reforzar el Pacto Intergeneracional entre jóvenes y mayores, estableciendo medidas de garantía de sostenibilidad del Sistema de pensiones públicas dignas, suficientes y socialmente adecuadas, en la doble lógica que inspira las respectivas dimensiones contributivas y no contributivas de las pensiones públicas. Su eje y apuesta continua siendo la realización de reformas paramétricas (no sistémicas) que buscan un equilibrio entre la sostenibilidad económico-financiera y la sostenibilidad y equidad social. Las reformas financieras de carácter y contenido paramétrico persiguen mantener la viabilidad económico-financiera del sistema, sin necesidad de realizar reformas estructurales de carácter sistémico, cuyas consecuencias, lógicamente, siempre serían más duras para los derechos de pensión de los pensionistas los jóvenes trabajadores con expectativas a tener esta condición jurídica con se produzca el hecho causante de la pensión. Por lo demás, una reforma de las pensiones siempre ha de atender no sólo a la sostenibilidad económico-financiera, sino también a la sostenibilidad y adecuación social, que exigen los artículos 41 y 50 de nuestra Constitución (Y las reformas no paramétricas o sistémicas plantean dudas razonables, por su propia lógica interna, para alcanzar esta sostenibilidad y adecuación social)⁴³.

Aunque hablamos de un “Sistema” unitario y coherente (ante un hecho social total no susceptible de ser tratado a modo de “compartimentos estancos”) del Sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo, si puede señalarse que hay una pieza significativa del sistema que afectan directivamente al enfoque de género en las pensiones:

Se trata del C30.R4, según el cual debe realizarse una Reforma consistente en la “Modificación del complemento de maternidad de pensiones mediante un nuevo diseño, como se expresó en el Real Decreto-ley 3/2021, con el objetivo de compensar el coste que el nacimiento y el cuidado de los hijos tiene para los progenitores, fundamentalmente para las madres, de manera que se contribuye decisivamente a la reducción de la *brecha de género en las pensiones*”.

⁴¹ Véase MONERO PÉREZ, J.L.: “El modelo de pensiones tras la reforma: público y privado, entre la sostenibilidad y equidad”, Conferencia Inaugural, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *La Encrucijada de las pensiones del Sistema Español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su Desarrollo legislativo* (VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Madrid, octubre 2022), Tomo I, Murcia, Laborum, 2022, pp. 1-185, en particular pp. 45 y ss. (“Los compromisos de reforma de las pensiones contraídos en el plan de Recuperación, transformación y resiliencia presentado a la Unión Europea”).

⁴² El plan completo donde se contiene el Componente 30, que consta de 36 páginas, se recoge en <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente30.pdf>. Un estudio sobre este instrumento planificador de la política económica y social, en MONERO PÉREZ, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 69 y ss.

⁴³ MONERO PÉREZ, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 95 y ss.

Es manifiesto que todas las reformas previstas en el último Pacto de Toledo y que se precisan en el Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia no pueden adoptarse al mismo tiempo, pues ello supondría una desorganización de todo el sistema que podría ser perjudicial. De aquí que se ha establecido un *ritmo asumible de implantación de las reformas* del sistema de pensiones públicas (como también las encaminadas a fomento selectivo de las privadas de acompañamiento complementario). En una primera fase, y en otros cuerpos normativos, se ha mejorado el nivel no contributivo de la Seguridad Social (IMV), se incrementó antes la edad ordinaria de jubilación, se ha recuperado la revalorización real de las pensiones públicas, se ha derogado el factor de sostenibilidad de la Ley 2013, se ha incrementado la aportación del Estado a la financiación de la Seguridad Social; limitaciones a las jubilaciones anticipadas voluntarias; se ha operado un giro finalista y de modelo de las jubilaciones forzosas al amparo de convenio colectivo; se han reformado los sistemas complementarios fomentando los planes del sistema de empleo; se han abierto vías excepcionales a la compatibilidad pensión-trabajo, etcétera. Se ha abordado las reformas laborales -incompletas- que han tratado de mejorar el empleo en el sentido de favorecer su calidad (trabajo decente o digno), lo que condiciona, a su vez, la calidad de la protección dispensada en el nivel contributivo del sistema público de pensiones.

Y en un segundo momento, se aborda ya el nuevo mecanismo de equidad intergeneracional, la cotización de los trabajadores autónomos, la mejora de las pensiones mínimas⁴⁴, la expulsión completa de lo extraño del Sistema para depurarla de lo que no es objetivo propio y específico del sistema contributivo o, en su caso, de la propia Seguridad Social (como la financiación de las políticas activas de empleo con cargo a cotizaciones internas, que son el soporte principal del sistema financiero de reparto⁴⁵).

Todavía se está en el desarrollo, muy avanzado, de esta “segunda fase” de aplicación de las reformas planificadas o programadas⁴⁶.

El proceso de reformas en el sistema de Seguridad Social no puede olvidar que precisa de⁴⁷, de un conjunto de cambios que para ser eficaces deben estar verdaderamente integrados guardando una lógica interna. Entre ellos, por lo que aquí interesa, se ha de destacar:

⁴⁴ La Disposición final quinta de la Ley 21/2021 introduce un mandato al Gobierno que aborde la regulación garantista de la *Suficiencia de pensiones mínimas*. En efecto, conforme a dicha disposición, el Gobierno abordará en el marco del diálogo social una revisión de los criterios para la determinación de las cuantías de las pensiones mínimas con el fin de garantizar su suficiencia en cumplimiento del artículo 50 de la Constitución y del artículo 4 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea. A la vista de esta revisión, el Gobierno impulsará, en el plazo máximo de un año, las modificaciones normativas necesarias para establecer reglas relativas a la evolución de las pensiones mínimas que tengan en cuenta la evolución del salario mínimo interprofesional, garantizando la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

⁴⁵ Recuérdese que conforme al apartado 1 del art. 110 (“Sistema financiero”) de la LGSS: “El sistema financiero de todos los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social será el de reparto, para todas las contingencias y situaciones amparadas por cada uno de ellos, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3”. Añadiendo inmediatamente después que: “En la Tesorería General de la Seguridad Social se constituirá un fondo de estabilización único para todo el sistema de la Seguridad Social, que tendrá por finalidad atender las necesidades originadas por desviaciones entre ingresos y gastos” (apartado 2 del art. 110 LGSS).

⁴⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 95 y 113 y ss.

⁴⁷ Ver MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación,” Título I en la obra colectiva *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Murcia, Laborum, 2019, pp. 67 y ss.; MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, 2ª edición, revisada y ampliadas, Murcia, Laborum, 2022.

1º). *Incremento las medidas legales que impida las discriminaciones por razón de género.* Por lo aquí más interesa ahora las discriminaciones (directas e indirectas) en materia de salarios: la brecha salarial de las mujeres respecto de los hombres supone adicionalmente un detrimento de los derechos de pensión (y en general un reducción de las prestaciones públicas contributivas)⁴⁸. En general y a pesar de los importantes avances conseguidos en materia de igualdad en el trabajo y de oportunidades entre hombres y mujeres, tanto en España como en el resto de los países europeos existe una brecha de género laboral. Las causas subyacentes a estas diferencias son múltiples y complejas, si bien reflejan discriminación en razón al sexo y desigualdades relacionadas con la educación y el mercado de trabajo, tales como⁴⁹ la segregación horizontal y vertical y la dificultad para conciliar vida personal, familiar y laboral y desigual asunción de responsabilidades familiares y domésticas. Lo que en definitiva viene a influir en la elección de su carrera profesional, el uso del trabajo a tiempo parcial e interrupciones de su vida profesional y por tanto de su carrera de seguro que son más cortas y económicamente menores. Aparte de la existencia de empleos, a la vez, feminizados y precarios y contrapuestos al imperativo principalista del trabajo decente o digno de la persona que trabaja. Y ante ello el sistema debe dar una respuesta positiva en su toma en consideración.

Como ya se indicó, el perfil de género del trabajo a tiempo parcial (fenómeno muy vinculado a feminización de las responsabilidades y cargas familiares) y su incidencia negativa en el derecho a la pensión ha determinado diversos pronunciamientos como el más reciente de la STC 88/2019, de 3 de julio, que declara inconstitucional la aplicación de un porcentaje de parcialidad al periodo de cotización a tiempo parcial, creado para mitigar los efectos de considerar el tiempo efectivo de trabajo en los contratos a media jornada. Y lo declara inconstitucional porque no mitiga lo suficiente ya que al final la pensión es de un importe menor que un pensionista a tiempo completo comparable (también sus horas de trabajo en la empresa son menores, pero eso no lo tiene en cuenta el Tribunal Constitucional).

El Parlamento europeo está impulsando una estrategia al respecto, como se puede comprobar en la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2017, sobre “la necesidad de una estrategia de género en materia de pensiones” (2018/C 331/08. DOCE, 18-9-2018)⁵⁰. En esta Resolución se constata que en la mayoría de los Estados

⁴⁸ Un nuevo exponente de que algo va mal todavía es el reciente fallo de la STJUE (Sala Tercera) de 8 de mayo de 2019, sobre prohibición de toda discriminación por razón de sexo. «Procedimiento prejudicial - Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social - Directiva 79/7/CEE - Artículo 4 - Prohibición de toda discriminación por razón de sexo - Discriminación indirecta - Trabajo a tiempo parcial - Cálculo de la pensión de jubilación». Asunto C161/18.

⁴⁹ Véase Ministerio de Empleo y Seguridad Social: “Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo 2011-2015”, págs. 337 y ss. El informe, en varios volúmenes, se puede encontrar en http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/Panorama/REV_035136, consultado en 6-3-2018. Sobre la problemática del género en las pensiones puede consultarse Maldonado Molina, J.A.: “El Derecho de la Seguridad Social de la mujer”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *Género y derechos fundamentales*, Granada, Comares, 2010.

⁵⁰ Véase INFORME sobre la necesidad de una estrategia de la Unión para eliminar y prevenir la brecha de género en materia de pensiones. 12.5.2017 - (2016/2061(INI)). Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (2019/2169(INI)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0025_ES.html

Véase, COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025, y a las Resoluciones del Parlamento Europeo en materia de igualdad de género incluyen: Resolución 2019/2870 (RSP) del Parlamento Europeo, de 30 de enero de 2020, sobre la brecha salarial entre hombres y mujeres; Resolución 2019/2855 (RSP) del Parlamento Europeo, de 28 de noviembre de

miembros, las mujeres gozan de una menor cobertura que los hombres en las *pensiones de jubilación* y que están sobrerepresentadas en las categorías de pensionistas más pobres e infrarrepresentadas en las categorías con mayores ingresos (apartado C) del Preámbulo), por lo cual pide al a Comisión Europea que, en estrecha cooperación con los Estados miembros, elabore una estrategia multidimensional para poner fin a la brecha de género en las pensiones en la Unión Europea (Apartado 1 de las Observaciones generales).

2º). *Familia, género y pensiones*. Un sistema de pensiones basado en la solidaridad intergeneracional e instrumentalizado institucionalmente a través de un sistema financiero de reparto con cobertura de capital, como el nuestro, debe *invertir en la infancia* y, como se acaba de señalar, en políticas de género, por ello mejorará la sostenibilidad del modelo de pensiones vigente. Aunque, como es obvio, la inversión en la infancia no es meramente un elemento instrumental, sino que debe ser tratada desde un enfoque de los derechos y desde el objetivo del desarrollo integral de las niñas y niños. La mejora de la tasa de natalidad es un factor de sostenibilidad a largo plazo. Precisamente un lastre del sistema de pensiones es el envejecimiento de la población⁵¹. En un sistema de reparto es muy importante que esté equilibrada la población activa y la pasiva. Es necesario implantar políticas públicas de familia que favorezcan las decisiones libres de tener hijos. En relación con ello, las políticas de igualdad, de conciliación y corresponsabilidad, tienen un valor en sí mismas para la emancipación de la mujer, pero adicionalmente pueden ser un eje vertebrador de la natalidad. Las *políticas de familias en un sentido integral* (que incluye prestaciones económicas familiares directas e indirectas, y derechos de conciliación), tomadas en serio, constituirían un auténtico cambio de paradigma en la cosmovisión de la sostenibilidad del sistema público de pensiones⁵².

Aquí encuentra un lugar importante la institución de las *rentas mínimas garantizadas a nivel estatal y de carácter condicionado*⁵³ para familias sin recursos, que tendrían una importancia social enorme, pero también de racionalización interna del conjunto de las prestaciones (incluidas las pensiones de Jubilación) no contributivas y de las rentas mínimas de inserción o ingresos de ciudadanía de primera y segunda generación. Un sistema de rentas mínimas garantizadas dentro de las Seguridad Social No Contributiva y al amparo del art. 41 CE y atendiendo al reparto competencial posible ex art. 149.1. 17ª CE (en el bloque constitucional reguladora del derecho de Seguridad Social que incluye al art. 10.2 CE y que ha de ser interpretado necesariamente *-ius cogens-* conforme a la “interpretación conforme”, como se indicó anteriormente- a los textos internacionales reguladores de este derecho ratificados por España). Se trata de una medida compatible y complementaria con las medidas encaminadas al pleno empleo de calidad y el trabajo

50 2019, sobre la adhesión de la Unión al Convenio de Estambul y otras medidas de lucha contra la violencia de género; Resolución 2016/2249 (INI) del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea en 2014-2015.

51 De interés al respecto, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA: *Informe 03/2024 Derechos, calidad de vida y atención a la infancia*, Madrid, 2024, especialmente, pp. 47 y ss., 59 y ss., y 323 y ss.

52 Las reflexiones que se contienen en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral* (II Congreso Internacional y XV Nacional de la AECC, celebrado en Madrid, octubre de 2018), 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2018. Véase MONERO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G. y TRILLO GARCÍA, Á.R.: *El Ingreso Mínimo Vital*, Murcia, Laborum, 2021, pp. 28 y ss., y Cap. Sexto, págs. 193 y sigs.; Ibid., *El Ingreso Mínimo Vital*, 2ª edición, revisada y ampliada, Murcia, Laborum, 2022.

53 Para las distintas modalidades de rentas mínimas garantizadas y sus diferencias con las llamadas rentas básicas incondicionadas, véase MONERO PÉREZ, J.L.: *La renta mínima garantiza. De la renta mínima a la renta básica*, Albacete, Bomarzo, 2018.

garantizado a través del impulso del sector público⁵⁴. Esta institución de protección social no constituye una panacea por sí misma, pero si puede ser extraordinariamente útil en el marco de un “paquete” o bloque organizado de medidas de renovación del Sistema de Seguridad Social No Contributiva o Asistencial.

En cualquier caso, nuestro sistema de Seguridad Social, y dentro de él, el subsistema de pensiones. Debería atender más satisfactoriamente al enfoque de ciclo vital, como se ha mantenido desde hace tiempo respecto a todo el sistema público de Protección social en su conjunto⁵⁵. No es que no se haya atendido, pues de hecho el sistema de Seguridad Social se construido atendido a los ciclos vitales de las personas, como sujetos protegidos en función de la evolución histórica del sistema de necesidades y del “ideal de cobertura”, sino porque, a menudo se tiene la impresión, de que las políticas de Seguridad Social no son del todo coherentes y satisfactorias con el hecho objetivo de que los ciclos de vida van cambiando a una velocidad extraordinaria. Es más: hay un fenómeno atinente al desenfoque del modelo en la respuesta protectora -como se ha indicado- de las peculiaridades de la mujer *en el* sistema de protección social. Quizá el legislador se ha dejado llevar por la lógica aluvional de la urgencia que caracteriza a nuestro tiempo.

En efecto, una mirada detenida desde la perspectiva de ciclo vital seguida por principio ordenador implícito del Sistema de Seguridad Social (y en general del más amplio Sistema Público de Protección Social)⁵⁶ arroja la verificación de trayectorias diferenciadas en los hombres -varones- y en las mujeres. Y ello teniendo en cuenta la *desestandarización de los ciclos vitales* (descronologización y advenimiento de un ciclo vital cuaternario que ha ido desplazando progresivamente el tradicional ciclo terciario. Por sólo hacer referencia a algunos rasgos, que pueden avalar esa aseveración, cabría señalar paradigmáticamente: 1º. Las discontinuidades laborales (y con mayor alcance subjetivo y objetivo, “profesionales”) de las mujeres son visiblemente mayores que en los varones. Desigualdades en el mercado de trabajo (lo cual incide en la carrera de aseguramiento social y en la cuantía de las prestaciones contributivas; y lo que ello supone de cuestionamiento de la pretendida ambición de neutralidad del sistema desde la perspectiva de género y las exigencias de medidas de acción positiva para evitar este efecto disfuncional de las propias reformas de la Seguridad Social Contributiva que buscan un reforzamiento del principio contributivo); 2º. Las vidas más largas de las mujeres (que no se corresponde necesariamente como vidas

⁵⁴ Véanse las propuestas concretas y de viable realización en el plano de las políticas de familias y de racionalización del conjunto de prestaciones no contributivas (incluida la de jubilación) en Monereo Pérez, J.L.: *La renta mínima garantiza. De la renta mínima a la renta básica*, Albacete, Bomarzo, 2018. Su materialización en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G. y TRILLO GARCÍA, A.R.: *El Ingreso Mínimo Vital*, Murcia, Laborum, 2021, pp. 28 y ss., y Cap. Sexto, pp. 193 y ss.; *Ibid.*, *El Ingreso Mínimo Vital*, 2^a edición, revisada y ampliada, Murcia, Laborum, 2022.

⁵⁵ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N^o Extraordinario, E, 2008, pp. 49-134; *Ibid.*, *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, especialmente, pp. 143 y ss.; *Ibid.*, “Los (pre)supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la constitución social del trabajo”, en ROJAS RIVERO, G. (Coord.) et altri: *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, 2012, pp. 203-328.

⁵⁶ Partiendo de esta construcción y fundamentándola histórica y jurídicamente, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N^o Extraordinario, E, 2008, pp. 49-134; *Ibid.*, *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, especialmente pp. 143 y ss.; *Ibid.*, “Los (pre)supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la constitución social del trabajo”, en ROJAS RIVERO, G. (Coord.) et altri: *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, 2012, pp. 203-328.

laborales, que suelen ser más cortas, por diversas razones que las de los hombres; sino que se corresponde con la mayor esperanza de vida potencial); 3º. Cambios en las estructuras familiares, natalidad y su incidencia en la carrera profesional -menor participación estable de la mujer en el mercado (vidas laborales discontinuas)- y en los modelos de conciliación de la vida familiar y laboral (protección a todos los tipos de familias y unidades de convivencia con viejas y nuevas prestaciones; reconfiguración de las prestaciones por muerte y supervivencia, señaladamente la pensión de viudedad; 4º. La carga de los cuidados del hogar y de las personas mayores de la familia o unidad de convivencia (muchas de ellas, al tiempo, personas dependientes); 5º. Trabajos precarios, trabajos a tiempo parcial, vinculados o no a las responsabilidades familiares, *feminización* de ciertos trabajos como los importantes sectores de cuidados y el trabajo los hogares familiares, limpieza, etcétera. En cualquier caso, en los ciclos y trayectorias vitales mujeres y hombres (todos los seres humanos) están expuestos a un conjunto de riesgos que no permanecen invariables, sino que suelen ampliarse en el desarrollo de las sociedades complejas. Ese ciclo vital, por tanto, influye y conlleva grados desiguales de vulnerabilidad (alta exposición a determinados riesgos o situaciones de necesidad, unida a una capacidad limitada o reducida para protegerse de los mismos y hacer frente a sus consecuencias negativas de todo ámbito), en una sentido positivo o negativo. Por lo demás, los riesgos varían de una etapa del ciclo vital a otra, con situaciones de transición de estados sociolaborales más o menos difusas, más o menos traumáticas. Y ello está condicionado por la situación económico-social, política y jurídica (lo jurídico es un factor relevante porque puede crear igualdad o fomentar desigualdades por acción u omisión; lo jurídico determina la protección o desprotección, la existencia o no de un estatuto protector, o su existencia más o menos satisfactorias, completa o incompleta)⁵⁷. Por ello es fundamental en las políticas y estrategias de Seguridad Social establecer un enfoque en las diversas etapas de las trayectorias vitales (tanto en los años previos a la entrada en el mercado de trabajo, como durante el trabajo y última fase de vejez que puede ser de compatibilidad o de ida y vuelta respecto al trabajo, en la dialéctica de pensión versus trabajo, jubilación parcial, jubilación demorada, jubilación activa...). Pues bien, los *ciclos de vida de las mujeres trabajadoras presentan desigualdades en ese ciclo y una carencia mayor de oportunidades en las etapas del mismo*. Por lo demás, como ha señalado reiteradamente, la OIT la igualdad de hombres y mujeres está presente en casi todos los aspectos de la protección social. En un principio, la mayoría de los sistemas de protección social se crearon a partir del modelo, según el cual, el hombre era el sostén de la familia, lo que perpetuó la desigualdad de trato de la mujer. De ello deriva, en gran medida, que a pesar de que se hayan transformado los mercados de trabajo en todo el mundo, las mujeres, sin embargo, continúan siendo en los hechos un grupo mayoritario desfavorecido y a un gran número de ellas se les niega un trabajo decente y una protección igual y sin discriminaciones respecto al hombre. Es manifiesto que los sistemas de Seguridad Social deberían promover la igualdad de trato y oportunidades, y establecer medidas para eliminar de raíz todas las formas de discriminación. Aparte, de la legitimidad del enfoque de género, cabe subrayar

⁵⁷ En las últimas décadas se están produciendo cambios cualitativos en el modelo de ciclo vital prototípico de las personas: de ternario a cuaternario; de estable a inestable; de creciente complejidad y diversificación interna de los colectivos o sujetos protegidos, etcétera. No es de extrañar porque el individuo y los agregados sociales se encuentran expuestos a un conjunto muy variado de riesgos durante toda su vida, pero en el ciclo histórico cambian el tipo de riesgos y las situaciones de necesidad, a la par que la posición de las personas en la sociedad y el mercado de trabajo. En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° Extraordinario, E, 2008, págs. 49-134, en particular págs. 50-51, y ampliamente, págs. 69 y sigs. [("Las nuevas necesidades y técnicas emergentes de la Seguridad Social "pasiva" a la "activa" (El Estado Social Activo)"].

que el déficit de trabajo decente o digno tiene un importante componente de género, de manera que su consideración por las políticas públicas no sólo es eficaz y eficiente sino también decisiva para reducir ese déficit, que, a su vez, perjudica al sistema de Seguridad Social en su conjunto (señaladamente, el vector o nivel contributivo).

De ahí que los sistemas de Seguridad Social se han de enfrentar a las nuevas realidades derivadas de las transformaciones socioeconómicas, demográficas y de los distintos estados sociales y profesionales de las personas, y en particular de las mujeres que han sido singularmente afectados por ellos. El abordaje de estos cambios ha tenido como respuesta todo un proceso de adaptación y reconfiguración constante. En este contexto, la mejora de la protección social de las personas -y en particular de las mujeres, en condiciones de igualdad de trabajo y no discriminación- ha de exigir la instauración de las correspondientes medidas que garanticen la sostenibilidad económico-financiera del sistema de Seguridad Social, sin quedar subordinadas a ella del lado de las decisiones de la política pública. Formulado en otra perspectiva, complementaria de esta última, se puede afirmar que los grandes retos demográficos, económico-financieros, de mercados de trabajo inestables y trabajos desestandarizados, etcétera, no pueden suponer que se deje en un segundo plano de prioridades el enfoque de género, precisamente porque hacer frente a las desigualdades y discriminaciones de género en la Seguridad Social es *parte estructural del problema* práctico a resolver de la sostenibilidad del Sistema (sostenibilidad económico-financiera, sostenibilidad social e igualdad y no discriminación van necesariamente juntas para la realización de una política de Seguridad Social Garantista, basada en los garantía de los derechos de Seguridad Social como derechos sociales fundamentales y en los principios de igualdad y no discriminación y de solidaridad)⁵⁸. De este modo, racionalidad económica y racionalidad social y de género pueden ser compatibles.

Este enfoque garantista -que atiende a los ciclos vitales diferenciados del hombre y de la mujer- del principio de igualdad y no discriminación por razón de género forma parte del “contrato social” inherente el Sistema de Seguridad Social en el marco del Estado Social de Derecho (artículos 1.1, 9.2 y 10 de la Constitución)⁵⁹. Los programas de Seguridad Social deberán tener una dimensión transversal de género incidiendo sobre aquellos aspectos sociales e institucionales (éstos internas al propio Sistema público) que determinan las oportunidades, las desigualdades y discriminaciones existente en las sociedades del riesgo y de la incertidumbre que presiden el mundo contemporáneo. Tales programas han de hacer frente a las necesidades de cada etapa del ciclo vital, para proteger las personas y repartir los riesgos entre los individuos, las organizaciones empresariales y el Estado.

2. EL GÉNERO EN EL SISTEMA DE PENSIONES

La problemática que suscita las diferencias en las pensiones entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial constituye, hoy en día, uno de los temas que más preocupa a la Unión Europea⁶⁰. Analizando esta cuestión desde el punto de vista de la

⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 53 y ss., 113 y ss.

⁵⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, Atelier, 2022, Capítulo 2, pp. 53 y ss.

⁶⁰ En este sentido, se publica a fecha de 9 de marzo de 2017 por el periódico El País la siguiente noticia: “La brecha salarial de género alcanza el 38% en la UE...” lo cual está provocando enormes desigualdades que afectan a las pensiones que reciben hombres y mujeres. Así pues, la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo ha presentado ya un borrador sobre la necesidad de que la Unión elabore una estrategia

población laboral asegurada se observa como la variante “sexo” ha incidido de una manera relevante en este punto, lo que ha llevado a convertir al contrato a tiempo parcial en un instrumento propio del trabajo femenino. Se produce así, de modo instrumental y artificial, una división por género del trabajo remunerado que ha acarreado numerosos problemas en torno al acceso a una pensión digna de jubilación⁶¹. Y es que, lamentablemente, el 80% de los contratos a tiempo parcial que se celebran son con mujeres, lo que unido a la precariedad laboral y la escasa duración de estos hace que éstas se coloquen en una situación de desventaja y desigualdad respecto del sexo masculino⁶². Al término esta situación lleva a retrasar la edad de jubilación de muchas mujeres con el fin de poder acceder económicamente a una pensión equiparable a la de los hombres.

La principal traba que aparece en este ámbito parte de la falta de concienciación acerca de las cuestiones de género y, más en particular, en lo que se refiere a la falta de una efectiva correspondencia entre hombres y mujeres. De ahí que, la conciliación de la vida laboral y familiar cobre en este punto un papel estelar para asegurar una igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Se trata ésta de una materia que ha tardado en incorporarse al ordenamiento jurídico (tanto comunitario, como nacional), debido a que subsiste todavía un modelo de mercado laboral muy masculinizado y ligado a roles tradicionales⁶³. Pese a que las mujeres representan, hoy en día, un poco más de la mitad de la población mundial su contribución al sistema de Seguridad Social, de crecimiento y de bienestar social está aún muy por debajo de la media.

Asistimos a un modelo social articulado en base a la división de tareas y de género en donde la participación femenina se ha orientado, principalmente, en torno al cuidado del hogar y la realización de trabajos no remunerados (trabajos informales y en precario), en tanto el hombre dedica todos sus esfuerzos en aportar el sustento económico al hogar familiar⁶⁴. De este modo, mientras que el varón accede joven al mercado de trabajo y se mantiene así durante toda su vida, la mujer sin embargo suele experimentar lagunas de cotización a causa de la inestabilidad que sufre en el empleo (a través de las contrataciones temporales y a jornada partida) o la asunción de cargas familiares. Desgraciadamente, el hecho de que la mujer tenga que soportar el sistema de la “doble jornada” (laboral y

para eliminar y prevenir esta brecha salarial”. Y es que, como bien afirma la doctrina, por cada hombre pensionista “pobre” hay 1,9 mujeres pensionistas “pobres”. Véase ERRANDONEA ULAZIA, E: *Sistema español de pensiones: revisión crítica de los elementos comunes al cálculo de pensiones*, Granada, Comares (Colección Trabajo y Seguridad Social), 2016, p. 127.

⁶¹ La desigualdad entre hombres y mujeres en materia de pensiones no es nueva, sino que existe desde los mismos orígenes del sistema de Seguridad Social. Afirma esta idea críticamente ERRANDONEA ULAZIA, E: *Sistema español de pensiones: revisión crítica de los elementos comunes al cálculo de pensiones...*op. cit., p. 168.

⁶² “La brecha de empleo está relacionada con mujeres que tienen tareas de cuidados (en 2016 más del 19% de las desempleadas lo eran por tener hijos o dependientes a cargo). En cuanto a precariedad en el empleo y discriminación por género, España tiene el porcentaje más alto de trabajadores temporales (26.4 %), por encima de Polonia (25.8 %) y Portugal (21.5 %). Se agrava en el caso de las mujeres: en 8 países miembros las mujeres presentan mayores tasas de precariedad que los hombres, entre ellos está también España.

En cuanto a la brecha de parcialidad en los contratos, España está por debajo de la media europea, encabezada por Holanda, pero se debe a la voluntariedad. En países como Holanda esa parcialidad es voluntaria, mientras que en España alcanza una de las cifras más altas (61,1%) lo que a su juicio está motivado porque en Holanda la parcialidad no penaliza los derechos”. <https://revista.seg-social.es/2019/07/09/parcialidad-brechas-de-genero-y-discriminacion-analisis-de-las-ultimas-sentencias-judiciales-en-la-uimp/>

⁶³ PERÁN QUESADA, S: *Derecho Social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, p. 110.

⁶⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E: *Instituciones de conciliación de trabajo con cuidado de familiares*, Albacete, Bomarzo, 2010, p. 21.

familiar) ha llegado a situar a ésta fuera de la concepción de protección social y laboral. Por lo que, al final, esa desviación privada de los roles que les corresponden a hombres y a mujeres (en su versión originaria) se ha trasladado, inevitablemente, también al mercado laboral (*caring work*)⁶⁵.

Las dificultades para conciliar las obligaciones familiares y las laborales no sólo ha acarreado un desequilibrio de la pirámide poblacional, sino lo que es aún peor, ha colocado a la mujer en una situación de exclusión social. Las trabas para que ésta pueda acceder al empleo, promocionar en su carrera profesional o incluso acceder a una pensión digna de jubilación constituyen, hoy en día, un hecho más que frecuente. Es por ello, que el riesgo de pobreza en las mujeres se haya incrementado hasta en un 12% respecto de la de los hombres⁶⁶.

Hoy en día, la brecha de género en las pensiones de jubilación se ha acrecentado, siendo la pensión media de los hombres un 30% superior a la de las mujeres⁶⁷. Para atenuar, parcialmente, esta brecha se ha aprobado un complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género. Aparte, la Recomendación 17º del Pacto de Toledo de 2020⁶⁸ recuerda que “es necesario garantizar la igualdad efectiva en el ámbito laboral”, para ello apuesta por “acometer de modo enérgico la cuestión de los cuidados con el objetivo de que las carreras profesionales de quienes tengan personas dependientes a cargo no generen vacíos de cotización por esta causa”, por “potenciar la corresponsabilidad” a través de herramientas como los permisos parentales, se reclaman “medidas que permitan identificar las discriminaciones retributivas” y llama a introducir “las correcciones” para solventar los vacíos en las carreras de cotización por la irregularidades de las carreras profesionales, por ejemplo en el empleo del hogar. A fin de lograr una efectiva igualdad, la Comisión pretende impulsar “reformas que corrijan tratamientos discriminatorios”, principalmente con los contratados a tiempo parcial.

En apartado no sólo se pretende analizar la problemática que subyace en torno al logro del período de carencia necesario para el acceso a una pensión de jubilación, sino también todos aquellos factores que afectan a las mujeres y que les dificulta la planificación de su jubilación, a saber: diferencias salariales, reducción de las cotizaciones a la Seguridad Social, atención a la familia y al trabajo doméstico...etc. La relevancia de esta temática ha suscitado numerosas controversias en sede judicial, algunas de las cuales no han tenido una respuesta satisfactoria. A buen ejemplo, se analiza en este trabajo la última sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída con fecha de 8 de mayo de 2019 y por la cual se califica de discriminatorio el sistema de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. Sin embargo, cabe destacar igualmente la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de Julio de 2019 por la que declara inconstitucional la antigua Disposición adicional séptima, apartado 1 de la Ley General de la Seguridad Social (tras la redacción dada por el Real decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social), al

⁶⁵ GRAU PINEDA, C y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S: *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 14.

⁶⁶ VV. AA: *Impacto de las pensiones en la mujer. Jubilación y calidad de vida en España*, publicado en abril de 2014. <https://www.vidacaixa.es/uploads/files/impacto-de-las-pensiones-en-la-mujer-jubilacion-y-calidad-de-vida-en-espana.pdf>

⁶⁷ A fecha de febrero de 2021 la pensión media del sistema sigue siendo muy desigual. En efecto, mientras que la pensión media de los hombres se sitúa en unos 1.250,87 euros, la de las mujeres asciende a 826,41 euros.

⁶⁸ Publicado en el Boletín Oficial nº175 de las Cortes Generales a fecha de 10 de noviembre de 2020.

entender el alto tribunal que rompe ésta con el principio de proporcionalidad. Ciertamente, las sentencias recaídas en los últimos tiempos en materia de contrato a tiempo parcial y pensión de jubilación evidencian una realidad y es la tradicional discriminación sistemática que sufren las mujeres a falta de una normativa adecuada a la necesidad que se vive. Por todo ello, se busca en este trabajo abordar esta materia desde una vertiente de conjunto y actual al problema social que origina la pensión de jubilación de la mujer en la sociedad contemporánea.

2.1. Puntos conflictivos en torno al sistema de pensiones: género y jubilación

Uno de los fenómenos más importantes de la segunda mitad del siglo XX es la masiva incorporación de la mujer al mercado laboral. En España su participación se ha ido incrementado, poco a poco, hasta pasar a ocupar el 53,3% de los puestos de trabajo⁶⁹. Sin embargo y pese a estos avances, las diferencias salariales entre hombres y mujeres sigue siendo todavía un problema que está latente en la Unión Europea⁷⁰. A pesar de los esfuerzos legislativos que la Comunidad ha realizado en las últimas décadas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, las diferencias entre ambos sexos se mantienen en todos los Estados europeos⁷¹.

Por otro lado, las tensiones laborales y el hecho que se defienda el mantenimiento de una profesión han propiciado una brusca caída de la natalidad que, unida al aumento de la esperanza de vida, han invertido considerablemente la pirámide poblacional. A todo ello, hay que sumar el cambio demográfico y el progresivo envejecimiento de la población que llevan a plantear su impacto sobre el Estado del bienestar y, en concreto, sobre el sistema público de pensiones como uno de sus pilares básicos⁷². Así, por ejemplo: la desigualdad de salarios y la mayor dedicación de la mujer al cuidado de los hijos y mayores dependientes

⁶⁹ Según datos de la EPA para el último trimestre de 2018.

⁷⁰ Recuérdese, en este sentido, que el principio de igualdad de remuneración con independencia del tipo de trabajo ya se incorporó al Tratado de Roma en 1957, por lo que no cabe justificar diferencias salariales entre hombres y mujeres. El Tratado de Ámsterdam amplía este principio al establecer la obligación de pagar la misma retribución, no solo por la realización de un mismo trabajo, sino también por el desempeño de un trabajo de igual valor. De igual modo, la Directiva 75/117/CEE dispone que “El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado de Roma [...] implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye el mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo”.

⁷¹ La Constitución Española establece, con carácter general, en sus artículos 14 y 35 el principio de no discriminación. Ahora bien, en lo que se refiere al ámbito laboral, de manera más específica, el Estatuto de los Trabajadores, texto recoge el principio de igualdad retributiva: “El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo” (Art. 28 del Estatuto de los Trabajadores). Pese al enunciado que establece ambas leyes, en la práctica este principio se incumple muchas veces: trabajos iguales reciben distinta retribución en distintas empresas, e incluso en algunas empresas a trabajos iguales (con idénticas tareas y funciones) aunque con denominaciones diferentes les corresponde distinta retribución. En este caso de trabajos iguales es relativamente fácil detectar la discriminación, pero la forma habitual de discriminación salarial se esconde bajo otros casos más difíciles de controlar y demostrar. Esta se debe en muchas ocasiones a que las personas que desempeñan dos tipos de trabajos distintos, pero equivalentes o comparables, reciben retribuciones distintas, debido a que se omiten y/o infravaloran aspectos del trabajo que mayoritariamente realizan las mujeres. Ver COVES, A.M., COROMINAS, A., LUSA, A. y MARTÍNEZ, C. “La valoración de puestos de trabajo y la discriminación retributiva”, *II Jornadas de Discriminación salarial. El derecho a trabajar en igualdad*, Córdoba, 2002, pp. 3-5.

⁷² LÓPEZ INSUA, B.M: “La feminización del contrato a tiempo parcial y su impacto en la pensión de jubilación”, en VV.AA., LÓPEZ DE LA CRUZ y L., SABORIDO SÁNCHEZ, P (Coord) y CAÑIZARES LASO, A (Dir), *El reto del envejecimiento de la mujer: propuestas jurídicas de futuro*, Valencia, Tirant Lo Blach, 2018, pp.345-363.

indican, claramente, una mayor incidencia en las actuales y futuras rentas de las que dispondrán las mujeres.

Por todo ello, el principal desafío al que se enfrenta la sociedad española es el de garantizar el acceso a una pensión digna o unisex para todas aquellas personas que se jubilan⁷³. La crisis económica repercute, a corto plazo, en la viabilidad del sistema de pensiones, por lo que factores como el aumento de la esperanza de vida o las bajas tasas de natalidad están poniendo en riesgo la sostenibilidad del sistema y la calidad de vida de las generaciones futuras⁷⁴.

En este contexto el riesgo de pobreza de los futuros pensionistas se encuentra servido. Una situación cuya cara más visible trae por protagonistas a las mujeres que se jubilan. Ante este problema el sistema pensiones se erige en la herramienta básica para solventar estas diferencias entre sexos, buscando así garantizar el bienestar social de la población que se jubila. Sin embargo, dicho sistema parece haber olvidado el principio de igualdad de trato al endurecer no sólo los requisitos para el acceso a una pensión, sino también al ampliar las desigualdades que se producen en el mercado laboral entre hombres y mujeres. Algunas de las causas que ocasionan esas diferencias son, a buen ejemplo, las siguientes: 1) la menor participación de las mujeres en el mercado laboral; 2) el menor tiempo de dedicación a un trabajo remunerado (menos horas trabajadas y utilización abusiva de los contratos a tiempo parcial; disminución del número de años trabajados al interrumpir su trayectoria profesional para atender a familiares...etc.) y 3) obtención de menores ingresos con respecto a los hombres.

2.2. El contrato a tiempo parcial y su impacto en la pensión de jubilación: una constante lucha por el acceso a una pensión digna

Entre los temas que más controversia ha suscitado entre la doctrina científica y la judicial se encuentra aquél relativo al “trabajo a tiempo parcial”, el cual se relaciona con el principio de igualdad de trato. A este respecto, desde que se admitió la cotización en función de las horas trabajadas y se asimiló estos contratos con los de jornada completa, poco a poco, se han ido multiplicado los problemas de reconocimiento en torno a la pensión de jubilación.

⁷³ Las tarifas unisex tienen como principal objetivo provocar un efecto redistributivo en las pensiones de los hombres hacia las mujeres, con independencia de cuál sea la esperanza de vida de ambos sexos. ERRANDONEA ULAZIA, E: *Sistema español de pensiones: revisión crítica de los elementos comunes al cálculo de pensiones...* pág.cit., pág. 140. En esta misma línea, RON LATAS, R.P y LOUSADA AROCHENA, J.F: “Pensiones no contributivas en perspectiva de género: norma y realidad”, *Revista de Seguridad Social*, nº12, 2017.

⁷⁴ En la Línea del Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020), la Recomendación 17^a del Pacto de Toledo, de 2011, relativa a “Mujer y protección social”, afirma que el sistema debe valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cuanto se ha constatado la existencia de retribuciones diferenciadas, de mayores períodos de interrupción por cuidados de hijos o familiares en situación de dependencia, o de mayores limitaciones en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entre otras discriminaciones que gravan más intensamente a las mujeres que a los hombres. En este sentido, la Comisión está convencida de que ha llegado el momento en que se adopten medidas que reclamen el impulso de los mecanismos de mejora y evolución del sistema. Asimismo, se deben incorporar los períodos de atención y cuidado de los hijos o personas dependientes como elementos importantes y a considerar en las carreras de cotización. Véase MUÑOZ MOLINA, J: “La mujer en el ordenamiento de la Seguridad Social”, VV.AA., SAÉZ LARA, C (Coord), *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*, Murcia, Laborum, 2016, p. 167.

El contrato a tiempo parcial ha sido tradicionalmente una fórmula jurídica poco utilizada en España, pero que siempre ha existido⁷⁵. No obstante, en los últimos tiempos este contrato ha dejado de ser un contrato típico de empleos marginales y situaciones de pluriempleo⁷⁶, para pasar a ser un instrumento habitual y propio del trabajo femenino⁷⁷.

Así pues, los últimos cambios en la legislación laboral española sitúan al trabajo a tiempo parcial entre una de las formas de ocupación alternativas y que resultan más deseables por parte de los empresarios⁷⁸. Y ello es porque el mercado de trabajo todavía se resiste a la recuperación de empleo, especialmente estable, en un momento de crisis como el que atraviesa actualmente la economía española⁷⁹.

El trabajo a tiempo parcial conlleva, por naturaleza, una retribución inferior a la que devenga el trabajo a tiempo completo. Se trata éste de un dato que genera en orden al acceso a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social distintos efectos: a) menor base de cotización; b) menor base reguladora de prestaciones; c) mayor tiempo físico o cronológico para el acceso al derecho y, en su día, para obtener iguales coeficientes aplicables a la base reguladora de la prestación. Por tanto, si se quiere que las prestaciones de los trabajadores a tiempo parcial sean de igual o próxima en cuantía (y no sólo proporcionales) a las que ganan con su mayor cotización los trabajadores a tiempo completo sólo cabe prolongar extraordinariamente los períodos de cotización de los primeros (1) o, en su caso, operar con criterios de ficción para salvar tales limitaciones temporales y económicas (2). De ahí el recurso, cada vez más frecuente, a las «asimilaciones» mediante períodos ficticios de cotización, coeficientes multiplicadores y cuantías mínimas, a fin de dar por cumplidos los períodos de tiempo de acceso al derecho a las prestaciones o para mejorar dichas bases reguladoras o, incluso, para mejorar los coeficientes previstos para el cálculo de estas⁸⁰.

⁷⁵ El Estatuto de los Trabajadores de 1980 ya regulaba el contrato a tiempo parcial en su artículo 12, en donde ya se preveía la cotización en función de las horas trabajadas. Dichas previsiones fueron desarrolladas por el Real Decreto 1362/1981, de 3 de julio y la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 20 de enero de 1982. Posteriormente, por resolución de la Subsecretaría de la Seguridad Social de 1 de febrero de 1982 se adaptó la acción protectora prevista para los trabajadores a tiempo parcial al principio de proporcionalidad, de forma que se les reconocía a los trabajadores a tiempo parcial los mismos derechos que a los trabajadores a tiempo completo. Hasta una década después no se llevaron a cabo más modificaciones, a saber: 1) mediante Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre; 2) Ley 10/1994, de 19 de mayo; 3) Ley 63/1997, de 26 de diciembre y, finalmente, 4) el RDL 15/1998, de 27 de noviembre, por la cual se dio una nueva redacción a la Disposición Adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social. Fue precisamente la redacción dada por esta última normativa la que se mantuvo vigente hasta el RDL 11/2013, posteriormente convertido en Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

⁷⁶ Lo que ya realizaron, en su momento, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E: *Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 10^a edición, 1991, p. 263.

⁷⁷ En 2018, 358.200 personas tenían una jornada reducida y, en este caso, el predominio femenino se dispara en un 344.800, según un estudio del INE que parte de la encuesta que realiza EPA.

⁷⁸ ORTIZ GARCÍA, P: “El trabajo a tiempo parcial ¿una alternativa para la mujer en tiempos de crisis?”, *Sociología del trabajo*, núm.82, 2014, p. 73. Así pues, el impulso al trabajo a tiempo parcial está siendo una de las fórmulas de fomento del empleo a través de estímulos a las empresas -tales como bonificaciones en las cotizaciones por las personas trabajadoras-, que proporcionan ocupación entre la población especialmente afectada por el problema de desempleo, como son los jóvenes las mujeres.

⁷⁹ MONEREO PÉREZ, J.L: “La política de pensiones tras el Acuerdo Social y Económico de 2011: La fase actual de la construcción de un “nuevo” sistema de pensiones”, en MONEREO PÉREZ, J.L y MALDONADO MOLINA, J.A (Dir y Coord) *et altrii: La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011, pp. 27-43.

⁸⁰ BORRAJO DACRUZ, E: “Trabajo de la mujer a tiempo parcial, principio de igualdad y pensión de jubilación. Reflexiones sobre el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Social, de 8 de enero de 2007”, *La Ley* 2231/2007, pp. 1-4.

La problemática que suscita la diferencia real en la cuantía de la pensión jubilatoria entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial ha sido ya analizada, en multitud de ocasiones, por los tribunales españoles. Es por ello que esta materia se ha visto elevada, primero, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, seguidamente, ante el Tribunal Constitucional. Las resoluciones de 22 de noviembre de 2012 del TJUE (en el Asunto C-385/2011, Ebal Moreno) y del TC de 14 de marzo de 2013 (en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5862/2003) han aportado, sin duda alguna, mucha entropía al caldo de cultivo en que ha devenido la protección de los trabajadores a tiempo parcial. Lo que a la postre ha determinado la publicación del RDL 11/2013⁸¹, hoy convertido en Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Sin embargo, la cuestión se vuelve aún más conflictiva tras la sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 8 de mayo de 2019, en el asunto C-161/18, por la que se califica de discriminatorio el sistema español para el cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. Y seguidamente con la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de Julio de 2019, cuestión interna de inconstitucionalidad con número 688-2019.

2.3. El cálculo de la pensión de jubilación para las mujeres: un antes y un después

La intervención del “RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial” viene a resolver la anómala situación legislativa en la que había quedado, tras la anulación Constitucional de las reglas de proporcionalidad mencionadas, la nueva ordenación dispuesta por el art. 247 de la LGSS. A este respecto, este Real Decreto de 2013 ahora convertido en Ley 1/2014, “estima que existen razones de justicia social que aconsejan flexibilizar el número de años requeridos para acceder a una prestación, de modo que se garantice en todo momento el principio de igualdad de los trabajadores, tanto para los de tiempo parcial como para los de tiempo completo, dando cumplimiento así a la sentencia del Tribunal Constitucional” (Preámbulo de la Ley 1/2014).

2.3.1. La Ley 1/2014, de 28 de febrero: sistema de cálculo para los trabajadores a tiempo parcial

La Ley 1/2014, de 28 de febrero, que se incorpora ahora recoge, además de lo ya previsto por el RD-Ley 11/2013, una fórmula para exigir el mismo esfuerzo a un trabajador a jornada completa y a un trabajador a jornada parcial. El objetivo es, por tanto, evitar que se produzcan efectos desproporcionados entre las cotizaciones realmente efectuadas por el trabajador y la cuantía de la prestación que recibe. Es por lo que la modificación legal atiende a los períodos de tiempo con contrato vigente a tiempo parcial, de igual modo que cuando se trata de trabajadores a tiempo completo.

Por todo ello, la Ley 1/2014 tiene por finalidad cumplir los siguientes objetivos: A. Dar cobertura adecuada a todas las personas que realizan una actividad laboral o profesional; B. Mantener los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad que caracterizan el sistema español de Seguridad Social; C. Mantener la equidad de los trabajadores a tiempo parcial respecto a la situación de los trabajadores a tiempo completo

⁸¹ Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

y D. Evitar situaciones fraudulentas o irregulares, así como evitar la desincentivación de la cotización al Sistema.

Esta normativa resulta de aplicación a los siguientes supuestos: 1) "... a todas aquellas prestaciones que con anterioridad al 4 de agosto de 2013 hubiesen sido denegadas por no acreditar el período mínimo de cotización exigido en su caso. En el supuesto de cumplirse el período mínimo exigido con arreglo a la nueva regulación, el hecho causante se entenderá producido en la fecha originaria, sin perjuicio de que los efectos económicos del reconocimiento tengan una retroactividad máxima de tres meses desde la nueva solicitud, con el límite en todo caso del día 4 de agosto de 2013" y 2) excepcionalmente, las pensiones de jubilación cuya solicitud se hubiese encontrado en trámite a la fecha de entrada en vigor del RDL de 2013 mencionado, serán reconocidas a los efectos económicos que interesa desde la fecha del hecho causante de la respectiva prestación (Disposición Transitoria 1º de la Ley 1/2014).

De manera resumida puede decirse que este régimen jurídico pivota sobre la aplicación del denominado "coeficiente de parcialidad", el cual viene determinado tanto por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial (en comparación con la realizada por un trabajador a tiempo completo)⁸², como sobre el período de cotización exigido para acceder a la protección⁸³.

Indudablemente, esta ordenación mejora la protección de los trabajadores a tiempo parcial, pero también es cierto que no la universaliza, por lo que ese problema de diferencias de trato al que tanto aludía el Tribunal Constitucional sigue todavía latente. Por este motivo, entiendo que hubiese sido más razonable emplear fórmulas más objetivas y universales que no reflejaran como criterio de ordenación el tiempo de trabajo (que en sí mismo refleja la cotización y la cuantía de la prestación), lo que sin lugar a duda colocaría a los trabajadores parciales en una situación de mayor amparo y protección.

⁸² SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. "Trabajo a tiempo parcial y protección social: el derecho a las prestaciones de Seguridad Social tras el Real decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, de protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes de orden económico y social", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160/2013, pp. 209-238.

⁸³ A este respecto, el actual artículo 247 de la LGSS establece que: "Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se aplicarán las siguientes reglas: a) Se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período. Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones. b) Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a) anterior, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años. c) El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refiere la letra b). En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación".

Finalmente, cabe destacar ¿qué ocurre cuando un trabajador a tiempo parcial no alcance el período de cotización previsto para el acceso a la pensión mínima (15 años)? Se trata ésta última de una situación en la que por desgracia se encuentran, actualmente, muchas mujeres en situación de exclusión social debido a que a lo largo de su vida tan sólo han podido acceder a contrataciones precarias, con jornadas parciales y con carreras de cotización exentas de continuidad⁸⁴. En este caso, la normativa de 2014 prevé la aplicación de unos complementos por mínimos. De este modo que, por primera vez, con base en el principio de contributividad del sistema, se introduce reglas que permiten el acceso a la pensión de jubilación para aquellos colectivos (principalmente mujeres) que no alcancen el 50% de la base reguladora, lo cual ha de estimarse positivamente. No obstante, no deja de ser cuanto menos sobria la realidad desde la que inevitablemente asoma nuevamente el fantasma de la discriminación indirecta por razón de sexo.

Por todo ello, la valoración que debe hacerse de la reforma operada por la Ley 1/2014 no puede ser susceptible de una opinión uniforme u homogénea. Y es que, aunque por una parte parece superarse la prueba de constitucionalidad, resultando así la norma respetuosa con los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo; por otra parte, la realidad demuestra cómo todavía la brecha económica que separa a mujeres de hombres no ha desaparecido. Ciertamente, con la Ley de 2014 se ha mejorado el ámbito de protección de las trabajadoras a tiempo parcial, pero también lo es el hecho de que no se ha aplicado la misma regla en el acceso a una pensión contributiva de jubilación respecto de aquellas situaciones anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley de 2013. Entiendo que la política de Seguridad Social debería establecer medidas correctoras que contrarresten y neutralicen las situaciones reales de desigualdad y de discriminación indirecta por razón de género, lo que nos acercaría a un sistema más protector con las situaciones de necesidad y garantista con los derechos fundamentales.

2.3.2. La revolucionaria sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 2019

Tras la sentencia del TC de 3 de julio de 2019 ha quedado anulada la regulación actual que para el cálculo de la pensión de jubilación en los supuestos de cotización a través de contratos a tiempo parcial preveía la LGSS. Dicha regulación es, según el Tribunal Constitucional, nula por vulnerar el principio de igualdad de trabajo entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial. Asimismo, se considera que esta norma discrimina indirectamente a las mujeres, dado que la mayoría de las personas que trabajan a tiempo parcial son mujeres. En efecto, desde los datos de la EPA (encuesta de población activa) correspondiente al primer trimestre de 2019 se concluye que, del total de contratados a tiempo parcial, 738,5 son hombres y 2.162,2 son mujeres. De los datos estadísticos se deduce claramente esta discriminación por razón de sexo.

La nulidad de las reglas de cálculo de la pensión de jubilación para los contratados a tiempo parcial afectará únicamente a quienes soliciten a partir de la STC de 3 de julio

⁸⁴ FERNÁNDEZ PROL, F: "Trabajadores a tiempo parcial y protección social: novedades en materia de cotización y reformulación de las reglas de cómputo de los períodos carenciales", *Revista de Derecho Social*, nº 64, 2013, pp. 96-107.

A este respecto, la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género sostiene que: "Las mujeres cuya carrera tiene una duración inferior a 14 años son víctimas de una brecha en materia de pensiones de jubilación dos veces mayor (64%) que las mujeres cuya carrera ha sido más larga (32%)". Publica esta noticia El País a fecha de 9 de marzo de 2017.

de 2019 la pensión de jubilación⁸⁵, por lo que no tendrá efectos retroactivos (es decir, no afectará a las resoluciones administrativas anteriores a la sentencia del Constitucional de julio de 2019)⁸⁶. De este modo se establece el derecho a que un día trabajado sea igual a un día de cotización a la Seguridad Social, tal y como ocurre con los trabajadores a tiempo completo. Se trata así de manera igual a sendos trabajadores (a tiempo completo y a tiempo parcial) y con independencia de las horas trabajadas en ese día.

En definitiva, tanto la norma aplicada al periodo de carencia, como aquella relativa a la determinación de la base reguladora quedan anuladas, de forma que ahora será más fácil acceder a una pensión de jubilación al no aplicarse el coeficiente de parcialidad que preveía el artículo 248.3 de la LGSS⁸⁷.

2.4. El complemento por brecha de género como mecanismo para la plena igualdad y la mejora del sistema de pensiones: algunos apuntes⁸⁸

Siendo consciente el legislador de la brusca caída que ha experimentado la natalidad en España se ha propuesto llevar a cabo algunas medidas de fomento de la maternidad⁸⁹. En este sentido, con la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) para el año 2016⁹⁰ se ha introducido un nuevo artículo 50 bis en la Ley General de la Seguridad Social por el cual se regula el complemento por maternidad para las pensiones contributivas. La finalidad de esta medida es claramente premiar la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad. Las beneficiarias serán las mujeres que: 1) hayan tenido hijos naturales o adoptados o 2) sean beneficiarias en cualquier régimen de Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación (salvo jubilación anticipada por voluntad de la interesada y jubilación parcial), viudedad e incapacidad permanente causadas a partir del 1 de enero de 2016 (Disposición Final 3^a

⁸⁵ El Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social ha eliminado ya el coeficiente de parcialidad a raíz de la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 3 de julio de 2019. Actualmente se están estudiando cuáles van a ser los cambios y plazos de aplicación para el cálculo de la pensión de jubilación a los contratados a tiempo parcial.

⁸⁶ En concreto, la nulidad de esta regla no afecta a quienes ya disfrutén de una pensión de trabajadores a tiempo parcial y, de igual modo, a quienes ya tienen reconocido el derecho y van a empezar a cobrarla próximamente. Tampoco a quienes trabajaron dos tercios de la jornada, porque con el coeficiente, ya tienen reconocido el día completo de cotización. Tampoco a quienes cobran pensiones por debajo de la renta mínima de la Seguridad social, porque ya tienen el complemento.

⁸⁷ Por su parte argumenta el Ministerio de Trabajo que: “Con las subidas diferenciales del 3% de los complementos a mínimos de pensión practicadas en 2018 y 2019 la capacidad correctora se ve notablemente aumentada, por comparación con los años 2014, 2015, 2016 y 2017 en los que el complemento tuvo un incremento del 0,25%. La mayoría de las personas con carreras de cotización con empleos a tiempo parcial cobran complemento a mínimo de pensión.”

⁸⁸ Para un estudio más exhaustivo véase MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Nuevos avances en materia de igualdad de trato y no discriminación en el Derecho Social Comunitario: el complemento de maternidad para hombres a examen tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2023”, *Revista La Ley. Unión Europea*, N°119, 2023. Asimismo, el completo estudio VIVERO SERRANO, J.B.: *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Granada, Comares (Colección Trabajo y Seguridad Social), 2021.

⁸⁹ LÓPEZ INSUA, B.M.: “Conciliación de la vida laboral, personal y familiar *versus* Seguridad Social en el marco de una política coherente de bienestar social”, en VV.AA., C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO y E. GARRIDO PÉREZ (Dirs); A.M. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, M.D. RAMÍREZ BENDALA, E.M. SIERRA BENÍTEZ, M. J. CEVILLA GARZÓN (Coord.), *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Murcia, Laborum, 2016, pp. 79-92.

⁹⁰ BOE núm. 260 de 30 de octubre de 2015.

LPGE/2016). El complemento consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las pensiones citadas, un porcentaje que dependerá del número de hijos que se tenga antes del momento del hecho causante de la pensión según la siguiente escala: 2 hijos: 5%; 3 hijos: 10% y 4 o más hijos: 15%.

Pese a las buenas intenciones de esta medida, diferentes tribunales (entre los que se encuentra el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹¹) han dictaminado que este complemento resulta “discriminatorio para los hombres”, ya que quedan excluidos de la posibilidad de solicitar esta ayuda. Por esta razón, el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico⁹² establece una nueva regulación al artículo 60 de la LGSS (así como en la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril). Esta importante reforma ha supuesto sustituir el complemento de maternidad por aportación demográfica por un el complemento para la reducción de la brecha de género.

Al hilo de este debate, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, a fecha de 25 de noviembre de 2021 (número de recurso 4535/2020) dicta una sentencia pionera en esta materia⁹³ al confirmar el derecho de los hombres jubilados a

⁹¹ La STJUE de 12 de diciembre de 2019, en relación a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, se opuso a una norma nacional, como la española, que establecía el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.

⁹² BOE núm. 29 de 3 de febrero de 2021.

⁹³ Previamente, el Tribunal Constitucional se había pronunciado, llegando a reconocer la primacía de la aplicación del Derecho de la Unión Europea y, por tanto, el derecho de un padre a recibir el complemento por maternidad. En efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de septiembre de 2021 (núm. 152/2021 y publicada en el BOE núm. 251, de 20 de octubre de 2021) reconoce que se ha vulnerado el derecho fundamental del demandante a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) y se remite a la sentencia del Tribunal Constitucional 232/2015, de 5 de noviembre. Indica el Tribunal Constitucional: “(i) a este tribunal «corresponde [...] velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando [...] exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea» [FJ 5 c];

(ii) el desconocimiento y preterición de una norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, «puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJ 5 y 6)» [FJ 5 c]... (iii) los jueces y tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión; esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los jueces y tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control descentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión [FJ 5 c].

hay que subrayar que antes de que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia resolviera el recurso de suplicación que le fue planteado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había pronunciado en repetidas ocasiones sobre la interpretación correcta de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, en relación con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, considerando contrarias al mencionado principio determinados beneficios con relación a las pensiones que se atribuían solo a las mujeres por el hecho de haber tenido hijos, sin vincularlos a la maternidad y a las desventajas que esta pudiera acarrear en su carrera profesional. Como sostuvo la parte recurrente ante la Sala, resultaba relevante a este respecto, lo declarado en la STJUE de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, asunto Griesmar, que había resuelto una cuestión prejudicial en la que se planteaba un caso análogo al discutido en el de autos, concretamente sobre si el régimen francés de pensiones de jubilación contravenía el derecho a la igualdad de trato

cobrar este complemento, entre un 5 y un 10%, en su pensión de jubilación o incapacidad permanente en el régimen de clases pasivas. Las palabras del Supremo son contundentes: “... no se puede discriminar la percepción de dicho complemento por haber sido solicitado por un hombre”. Anteriormente, otros tribunales (juzgados de lo social y tribunales superiores de justicia) habían reconocido este mismo derecho, para el régimen general de la Seguridad Social, en base al principio de igualdad. Empero, la cuestión venía siendo fuente de conflicto debido al carácter literal y restrictivo de la norma.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ya había declarado el carácter discriminatorio de la norma en su sentencia de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18 WA contra INSS). Es por ello que, en febrero de 2021, entrase en vigor un plus mucho más restrictivo, aunque igualitario para hombres y mujeres. El principal cambio está en que los padres y las madres ya no podrán recibir el complemento simplemente por tener dos o más hijos, sino que ahora tendrán que demostrar estar en una situación de perjuicio en su trabajo, tras la paternidad y/o maternidad.

A pesar de los avances experimentados en esta materia, el TJUE no ha resuelto la cuestión interpretativa de la fecha referida a los efectos en el reconocimiento del correspondiente complemento. Sobre este litigio han recaído multitud de sentencias que, finalmente, han visto despejadas sus dudas gracias al pronunciamiento del Tribunal Supremo (Sala cuarta) de 16 de febrero de 2022 (número 3379/2021). Y es que, gracias a esta sentencia, el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social deberá reconocerse con efectos retroactivos a los hombres que estuvieran en la misma situación que las mujeres.

Sobre este punto, el Pleno del Tribunal Supremo, a fecha de 30 de mayo de 2022 resuelve en su recurso número 3192/2021 la problemática relativa a la fecha de efectos de este complemento de maternidad. En efecto, cuando los hombres tengan derecho a percibir el complemento de maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social,

entre hombre y mujeres en materia de Seguridad Social, al prever una bonificación por hijos en el cálculo de la pensión de jubilación reservada solo a las mujeres.

La norma controvertida (como ocurría con el art. 60 LGSS/2015) no vinculaba la concesión del beneficio al disfrute de un permiso por maternidad o a las desventajas que hubiera podido sufrir la mujer en su carrera profesional por ser madre (lo que hubiera permitido apreciar, en su caso, que se trataba de una disposición de «protección de la maternidad» permitida en la Directiva alegada), sino al hecho mismo de ser madre, presumiendo que es la mujer la que asume el cuidado de los hijos. A la vista de ello, el Tribunal de Justicia sostuvo que, aunque fueran las mujeres las más afectadas por las desventajas profesionales del cuidado de los hijos (dado que son las que generalmente asumen tal tarea), tal circunstancia «no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un funcionario que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera». Al no permitirse al funcionario que se encontrase en dicha situación solicitar la bonificación controvertida en el procedimiento, aun cuando pudiera probar que había asumido efectivamente el cuidado de sus hijos se declaró que esa norma había instaurado una discriminación directa por razón de sexo contraria al artículo 141 TCE.

... A pesar de que tales pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretando la normativa comunitaria permitían apreciar la discriminación denunciada por el recurrente y eran conocidos por la Sala sentenciadora al formar parte del objeto del debate, no fueron tomados en consideración. Y ese desconocimiento y preterición de una norma del Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por aquel Tribunal de Justicia, supuso la infracción del «principio de primacía del Derecho de la Unión», incurriendo la Sala en una interpretación irrazonable y arbitraria de la norma aplicada al proceso que vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la parte recurrente en amparo (por todas, SSTC 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 6; 31/2019, FJ 9, y 101/2021, de 10 de mayo, FJ 4)».

dicho complemento producirá a efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación siempre que se cumplan los restantes requisitos legales⁹⁴.

2.4.1. El complemento por maternidad tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2021

El nuevo complemento nace con la intención de “corregir una situación de injusticia estructural (la asunción por las mujeres de las tareas de cuidados de los hijos) que se proyecta en el ámbito de las pensiones, dando visibilidad a la carencia histórica de políticas de igualdad y a la asignación del rol de cuidadora. En el bien entendido que se trata de reparar un perjuicio que han sufrido a lo largo de su carrera profesional las mujeres que hoy acceden a la pensión, es decir, un perjuicio generado en el pasado. Y que, por tanto, resulta perfectamente compatible y coherente con el desarrollo de políticas de igualdad ambiciosas que corrijan las desigualdades actualmente existentes en el mercado de trabajo y la asignación de los roles relacionados con los cuidados” y se vincula a la consecución del objetivo de reducir la brecha de género en las pensiones *contributivas* de jubilación por debajo del 5 por ciento. Así pues, esta medida se mantendrá en tanto la brecha de género en las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5%.

Las características principales de este nuevo complemento son⁹⁵: 1) se reconoce a las pensiones contributivas por jubilación⁹⁶, viudedad e incapacidad permanente que se generen a partir de febrero de 2021; 2) la pensión supondrá entre 378 y 1.512 euros más al año, por lo que se sustituye aquel porcentaje que en función del número de hijos implantó la LPGE para el año 2016. La cuota será ahora fija, de modo que al beneficiario le corresponderá 378 euros anuales por descendiente hasta un máximo de cuatro hijos⁹⁷ (27 euros/mes por hijo-14 pagas). Evidentemente, esa cantidad se podrá ver incrementada al comienzo de cada año en el mismo porcentaje previsto para las pensiones contributivas (Disposición adicional 1^a del Real Decreto-Ley 3/2021) y 3) podrá concederse a cualquiera de los dos progenitores, siendo beneficiario aquél que se haya visto más perjudicado en su carrera laboral. Ahora bien, en caso de que ninguno de los dos padres viera perjudicada su carrera de cotización, el complemento se reconocerá a la madre o a aquel progenitor con menor pensión (cuando se traten de parejas homosexuales).

Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:

⁹⁴ Las sentencias del Pleno de la Sala Social del TS de fecha 17 de febrero de 2022 (dos), recursos 2872/2021 y 3379/2021, argumentaron que el momento de producción de las consecuencias jurídicas anudadas al complemento de maternidad debía situarse en el acaecimiento del hecho causante de la pensión. Sin embargo, en ambos litigios las sentencias de suplicación habían fijado los efectos con una retroacción de tres meses desde la fecha de la solicitud revisora.

⁹⁵ VÍVERO SERRANO, J.B.: *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Granada, Comares, 2021.

⁹⁶ Su concesión se amplía a las jubilaciones anticipadas de carácter voluntario, aunque mantiene su incompatibilidad con las jubilaciones parciales. A este respecto, véase la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº958/2021, de 17 de febrero de 2021, la cual aplica los principios de retroactividad, igualdad y no discriminación. Considera esta sentencia que: “El importe del complemento ya no se fija en relación porcentual (con la prestación) según el número de hijos, sino por remisión a la “correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado... limitad(o) a cuatro veces el importe mensual fijado por hijo o hija y será incrementada al comienzo de cada año en el mismo porcentaje previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos General del estado para las pensiones contributivas”.

⁹⁷ Cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento. Se abonará desde el primer hijo, en contraposición con la situación anterior en la que era necesario haber tenido un mínimo de dos.

- a) Causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad.
- b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:
 - 1.^a “En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.
 - 2.^a En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.
 - 3.^a Si los dos progenitores son hombres y se dan las condiciones anteriores en ambos, se reconocerá a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.
 - 4.^a El requisito, para causar derecho al complemento, de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor, se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma”.

El hecho de que los hombres puedan acceder a este complemento por maternidad venía generando ya litigios en sede judicial. A este respecto, cabe citar la sentencia de 17 de junio de 2021, del Juzgado de lo Social nº1 de Palencia y la sentencia del Juzgado de lo Social de Almería de 18 de octubre de 2021 (sentencia número 262/2021), en ambas se reconoce el derecho de un varón, beneficiario de la prestación y con tres hijos, al complemento por maternidad con efectos desde la fecha del reconocimiento de la pensión de jubilación. Planteado el debate, el Juzgado de lo Social de Palencia recuerda que el Real Decreto-Ley 3/2021 ha dado una nueva redacción al artículo 60 de la LGSS. Tras ello, se remite al pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en donde se reconoce a fecha de 31 de mayo de 2021 (recurso de suplicación 1883/2020)⁹⁸ que: “Planteada cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre este artículo en relación con el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la

⁹⁸ En esta misma línea se han pronunciado, entre otros: el Juzgado de lo Social número 6 de Málaga, en su sentencia de 18 de mayo de 2021, el Juzgado de lo Social número 5 de Valladolid, en su sentencia de 25 de febrero de 2020, el Juzgado de lo Social número 6 de Granada, a fecha de 27 de julio de 2021 y el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26 de enero de 2021.

promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (modificada por Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002) y que en la actualidad ha sido derogada, pero con efectos de 15 de agosto de 2009 por la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, que refunde en un solo texto la Directiva del año 1976, el art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y el art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el TJUE dictó sentencia de 12 de diciembre de 2019 en la que concluyó que la Directiva 79/71/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional como el art. 60.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión (...)".

Las personas que estuviesen percibiendo el antiguo complemento por maternidad mantendrán su percibo (de acuerdo con la Disposición Transitoria 33^a de la LGSS), no obstante, se les dará la opción de optar entre uno y otro.

Ahora bien, en el supuesto de que el otro progenitor, de alguno de los hijos o hijas, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo, por aplicación de lo establecido en el artículo 60 de la LGSS o de la Disposición adicional 18^a del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta.

2.4.2. Los vaivenes jurisprudenciales y su proyección en el ordenamiento español

Tras la sentencia del TJUE de 2019, se ha producido toda una avalancha de reclamaciones de padres. En ellas se solicita el percibo del complemento por maternidad en las pensiones de jubilación, incapacidad permanente o viudedad. Sin embargo, la cuestión referida a la fecha de los efectos en el reconocimiento, en vía administrativa o judicial, seguía siendo una incógnita. De ahí que, desde la fecha de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la sentencia del TJUE⁹⁹, no hayan cesado de recaer pronunciamientos muy dispares por parte de los Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia.

Resultan especialmente llamativa las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra número 207/21, de 1 de julio y del Juzgado de lo Social de Almería número 262/2021, de 18 de octubre de 2021, en las que se afirma: "... de concederse el efecto económico desde los 3 meses anteriores a la presentación de la solicitud, en estos casos en que se ha quebrantado un derecho fundamental y que precisamente ahora se repone, se estaría, en la práctica y con esta sentencia validando y admitiendo la vulneración del derecho fundamental apreciada y declarada durante el

⁹⁹ Publicada en el Diario Oficial de la UE de 17 de febrero de 2020.

periodo de tiempo que media desde el reconocimiento inicial de la prestación (cuando ya se debía reconocer el complemento) hasta tres meses antes de la solicitud de revisión, manteniendo la vulneración del derecho fundamental del actor a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y contraviniendo la Directiva 79/71 CEE del Consejo y las consecuencias perjudiciales que de ello se derivan (pérdida de un complemento de la prestación a la que tenía derecho) en contraste con la situación de una mujer que sí habría percibido el complemento durante todo ese periodo de tiempo.

Esa lesión del derecho fundamental del actor se ha producido, en este caso, desde la primera resolución dictada por el INSS al reconocer la prestación de jubilación sin el complemento al que tenía derecho, vulnerando así su derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminado en este caso por razón de sexo. Por ello, para restablecerle en la integridad de su derecho y reponerle en la situación al momento anterior a producirse la vulneración de este, ha de reconocerse que la fecha de efectos a partir de la cual ha de procederse al pago del complemento que le corresponde será la de la fecha de efectos reconocida inicialmente para el abono de la prestación de jubilación contributiva reconocida desde el día 3 de enero de 2018....”

Queda claro que, en sendas sentencias, se ha aplicado la regla prevista en el artículo 53.1 de la LGSS¹⁰⁰. Normativa que ha sido mayoritariamente interpretada por los distintos Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia. Empero, en la sentencia del TSJ del País Vasco de 2 de marzo de 2021 se ha establecido, como fecha de retroactividad máxima para que se produzcan los efectos económicos tras el reconocimiento del complemento de paternidad, la fecha de publicación de la famosa sentencia del TJUE, buscando así establecer una analogía respecto a lo previsto por el artículo 32.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Todo este caluroso debate ha quedado, finalmente, zanjado con la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala cuarta) de 16 de febrero de 2022 (número 3379/2021). Tras esta sentencia ya se reconoce que los hombres podrán disfrutar, con efectos retroactivos, del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social en igualdad de condiciones que las mujeres, siempre que cumplan con los requisitos que establece la ley.

El Tribunal Supremo interpreta minuciosamente las dos tesis hasta ahora mantenidas por los tribunales inferiores, esto es: “... si debe aplicarse el artículo 53.1 LGSS, que establece una retroacción de tres meses desde la fecha de la solicitud, o si, por el contrario, el *dies a quo* debe fijarse en la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18, WA contra INSS), que se publicó en el DOUE el 17 de febrero de 2020”.

¹⁰⁰ “1. El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho, o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 55”.

Posteriormente, el Tribunal Supremo analiza el contenido del artículo 32.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público¹⁰¹ en relación a con la sentencia del TJUE de 2019. Ciertamente, una norma no podrá contradecir el sentido del Derecho de la UE, además, recordemos que “...*las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrán fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el artículo 299 TFUE*”. *Por todo ello, la sentencia del TJUE será obligatoria desde el día de su pronunciamiento¹⁰², es decir, el 12 de diciembre de 2019. No es correcto entonces interpretar que la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, con fecha de febrero de 2020, deba guiarse como plazo para el comienzo de los efectos.*

Muy especialmente subraya el Tribunal Supremo: “... incide la jurisprudencia del TJUE en la inviabilidad de aplicar una disposición del derecho nacional que faculte la limitación en el tiempo de los efectos de una declaración de ilegalidad con relación a la normativa nacional controvertida. En tal sentido, las sentencias del TJUE 22 de diciembre de 2010 (asuntos C-449/09 y C-456/09) declaran que la exclusión de la aplicación retroactiva del derecho no es compatible con el Derecho de la Unión y con una disposición de este Derecho dotada de efecto directo. De manera consecuente, la exégesis de los órganos judiciales nacionales ha de ser compatible con los objetivos perseguidos por la Directiva. La norma interpretada del Derecho de la Unión podrá y deberá ser aplicada en consecuencia a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma”.

En consecuencia, el momento de producción de las consecuencias jurídicas habrá de retrotraerse al nacimiento de la norma y, por ende, acaecimiento del hecho causante -efectos *ex tunc*-, dado que debía ser entendida y aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, el cual no dispuso de ninguna limitación temporal en su pronunciamiento. Y ello siempre que se cumplan con los restantes requisitos exigidos por la redacción original del artículo 60 de la LGSS, pues, por razones de igualdad, también a los hombres deberán poder acceder a dicho complemento (como ya ocurre con las mujeres).

En esta misma línea, nuevamente aclara el Tribunal Supremo la fecha de efectos del reconocimiento del complemento por maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social. En efecto, en su sentencia de 30 de mayo de 2022 (recurso número 487/2022) aclara el Tribunal Supremo que, tal y como ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: “.... Que la norma que ha sido interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a las relaciones nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio

¹⁰¹ Indica el Tribunal Supremo: “... la sentencia que declare, en lo que aquí interesa, el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de suplicación en el DOUE, indicando que dicho precepto, sobre «principios de la responsabilidad», se inserta sistemáticamente en la sección 1^a, sobre «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», del capítulo IV («De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas») de la Ley 40/2015, ley que se destina a regular el «Régimen Jurídico del Sector Público». Y advierte, la sentencia, que las previsiones del artículo 32.6 de la Ley 40/2015 se han establecido a los efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y no pueden proyectarse, sin más, sobre otros ámbitos, como el que ahora nos ocupa de complementos de prestaciones contributivas de la Seguridad Social”.

¹⁰² Tal y como señala el reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012 (publicado en el Diario Oficial de la UE de 29 de septiembre de 2012).

relativo a la aplicación de dicha norma... Sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica, limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe”.

Aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 12 de diciembre de 2019, no haya establecido ninguna limitación temporal respecto de los efectos del complemento de maternidad por aportación demográfica, lo cierto es que, conforme a la Directiva 79/7/CEE y el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea cabe interpretar que toda discriminación y, en particular, la ejercida por razón de sexo, deberá quedar prohibida¹⁰³. En esta línea se sitúa, igualmente, el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹⁰⁴, como principio informador fundamental del ordenamiento jurídico. Por todo ello, el Tribunal Supremo concluye reiterando la doctrina que sostiene que el reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica producirá efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del artículo 60 de la LGSS.

Después de esta agitada trayectoria jurisprudencial se puede afirmar que la situación no resulta plenamente satisfactoria¹⁰⁵, pues este complemento en su propia denominación actual “complemento para la reducción de la brecha de género”, queda en gran medida desnaturalizado cuando en su finalidad (*ratio iuris*) porque si ha de servir a la perspectiva de género no tiene verdadero sentido que se confiera la titularidad para mujeres y varones. Y se desnaturaliza porque ello no permite luchar contra las situaciones de desigualdad y la lógica compensatoria de género que está en el origen de su existencia. A la vista de

¹⁰³ MONEREO ATIENZA, C.: “Estudio sistemático de los artículos 20 a 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en MONEREO ATIENZA, C., y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 463 y ss.

¹⁰⁴ Artículo 4. “Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas. La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

¹⁰⁵ Una exposición de síntesis crítica de esas controversias judiciales, en BALLESTER PASTOR, I.: “De nuevo sobre el varón discriminado por la privación del complemento de maternidad: El Alto Tribunal en su Sentencia de 15 de noviembre de 2023 adapta su doctrina a la Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2023 y reconoce el derecho a una indemnización de 1800 euros. (2024)”. *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, 38, 149-170. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/950>; ARAGÓN GÓMEZ, C.: “Las controversias judiciales en torno al viejo complemento por maternidad y a su supuesto “varón discriminado”, con especial referencia a la cuestión relativa al concreto cauce procesal”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 41 (2024), pp. 147-170. Y antes, LÓPEZ CUMBRE, L.: “Complemento de maternidad. Varón discriminado e indemnización por el daño causado. Tribunal Supremo-Sala Social. Pleno-Sentencia 977/2023, de 15 de noviembre (Rcud. 5547/2022)”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 67, 2024, pp. 606-648; VIVERO SERRANO, J.B.: *Del complemento por maternidad al complemento por la reducción de la brecha de género*, Granada, Comares, 2021; 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*, 31 (2022), pp. 13-30; MALDONADO MOLINA, J.A.: “Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la fecha de efectos del complemento por maternidad reconocido a los hombres”. (2022). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, 32, 47-64. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/602>; MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)”. (2020). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, 22, 13-24. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/393>

la experiencia de una historia interminable de espiral de controversias judiciales sería necesaria una completa reconceptualización legislativa. Una reconfiguración legal que debe ser especialmente cuidadosa para evitar la tacha de que pueda ser declarada contraria al Derecho Social Comunitario antidiscriminatorio tal y como es interpretado por el Alto Tribunal de la Unión Europea.

2.4.3. Medidas relacionadas con la brecha de género en las pensiones y reducción de la misma

El RD-ley 2/2023 ha venido a modificar el art. 60 y la disposición adicional 37^a, incluyendo dos nuevas disposiciones transitorias 41^a y 44^a en la LGSS¹⁰⁶.

Las novedades afectan a la configuración de su régimen jurídico, a la aplicación a hechos causantes anteriores a la reforma, a un incremento en su cuantía para el período 2024-2025, a su alcance temporal y a la integración de lagunas en la pensión de jubilación en tanto la brecha de género sea superior al 5^o.

El artículo 60 LGSS relativo al complemento de brecha de género queda modificado en su apartado 1 y además se introduce un nuevo apartado 7¹⁰⁷. La principal novedad de la modificación del apartado 1 del artículo 60 LGSS es inclusión de un nuevo párrafo (que queda numerado como condición 3^a).

Para comprender su alcance se ha de tener en cuenta que a los pensionistas varones de jubilación e incapacidad permanente se les exigen para tener derecho al complemento para la reducción de la brecha de género unos requisitos, entre los que se encuentran:

- Tener más de 120 días sin cotización entre los 9 meses anteriores al nacimiento y los 3 años posteriores o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los 3 años siguientes (condición 1^a, aplicable en el caso de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994).
- Que la suma de las bases de cotización de los 24 meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los 24 meses inmediatamente anteriores (condición 2^a aplicable en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1.1.1995).

Pues bien, de acuerdo con la modificación ahora introducida, para el cálculo de períodos cotizados y de bases de cotización a que se refieren dichas condiciones, no se tendrán en cuenta los beneficios en la cotización establecidos en el artículo 237 de la LGSS (se refiere a la prestación familiar no económica).

Esta previsión resulta aplicable en los complejos términos de la nueva disposición transitoria 44^a LGSS. Conforme a la disposición final 10^a del RD-ley 2/2023, la nueva redacción del artículo de la LGSS entraría en vigor el 18 de marzo de 2023. Ahora bien, a tenor de la nueva disposición transitoria 44^a de la LGSS¹⁰⁸, en cuanto determina que

¹⁰⁶ Véase 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*. 31 (2022), pp. 13-30.

¹⁰⁷ Entrada en vigor el 18 de marzo de 2023. Confrontar con la nueva disposición transitoria 44^a LGSS.

¹⁰⁸ Véase el apartado 44 del artículo único del RD-ley 2/2023.

para el cálculo de períodos cotizados y de bases de cotización no se tengan en cuenta los beneficios en la cotización establecido en el artículo 237 LGSS, será de aplicación para el reconocimiento del complemento para la reducción de la brecha de género de las pensiones contributivas causadas desde el 4 de febrero de 2021. Es decir, resultará de aplicación desde que entró en vigor el complemento para la reducción de la brecha de género, en sustitución del complemento por maternidad, como consecuencia de la modificación del artículo 60 de la LGSS efectuada por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero.

A parte de ello, se ha introducido ciertas mejoras de redacción como la sustitución de la referencia a la percepción de la pensión pública de menor cuantía por la correspondiente a su titularidad de; o la corrección en el apartado 1.a) de la referencia a “causar” una pensión de viudedad por la correcta referida a “tener reconocida una pensión de viudedad”.

En el nuevo apartado 7 se clarifica la forma en que se han de computar las pensiones a efectos de determinar cuál de los dos progenitores es titular de pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía, indicando que las pensiones se tendrán en cuenta en su importe inicial, una vez revalorizadas, sin computar los complementos que pudieran corresponder.

A ello se añade que cuando ambos progenitores sean del mismo sexo y coincida el importe, el complemento se reconocerá a aquel que haya solicitado en primer lugar la pensión con derecho a complemento. Ha de tenerse en cuenta que en caso de ser de distinto sexo y coincidir los importes, el complemento ha de reconocerse a la mujer, ya que uno de los requisitos exigidos a los hombres para ser beneficiarios es - de acuerdo con el apartado 1.b) de este mismo artículo- que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior que las que le corresponda a la mujer.

De acuerdo con la nueva redacción del artículo 58.2 de la LGSS, que entrará en vigor a partir de 1 de enero de 2024, el complemento para la reducción de la brecha de género se revalorizará al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del IPC de los doce meses previos a diciembre del año anterior. No obstante, la disposición transitoria primera del RD-ley 2/2023, establece que el importe del complemento para la reducción de la brecha de género sea objeto de un incremento adicional del 10 por ciento sobre la revalorización prevista en el art. 58.2 en el bienio 2024-2025, que se distribuirá entre ambos ejercicios según determinen las respectivas LPGE.

La disposición adicional 37 LGSS relativa al alcance temporal de las acciones positivas para la reducción de la brecha de género de las pensiones contributivas resulta modificada en los siguientes términos:

- Una reordenación del contenido anterior de esta disposición, con algún cambio de redacción, la principal novedad consiste en la inclusión de un nuevo apartado (que queda numerado como 2) que prevé que, además del complemento para la reducción de la brecha de género del art. 60, se podrán fijar en el marco del diálogo social y con carácter temporal otras medidas de acción positiva para el cálculo de las prestaciones en favor de las mujeres.
- También respecto de estas medidas que puedan adoptarse, se establece que una vez que la brecha de género de las pensiones de jubilación de un año sea igual o inferior al 5 por ciento, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto para su derogación, previa consulta a los interlocutores sociales.

Se introduce una nueva Disposición transitoria cuadragésima primera de la LGSS¹⁰⁹, relativa a la Integración de lagunas para el cálculo de las pensiones de jubilación en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación sea superior al 5 por ciento.

De acuerdo con esta previsión, en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación sea superior al 5 por ciento, para el cálculo de la pensión de jubilación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena a las que sea de aplicación la integración de lagunas prevista en el artículo 209.1 LGSS, los meses en los que no haya existido obligación de cotizar, desde la cuadragésima novena mensualidad hasta la sexagésima, se integrarán con el 100 por ciento de la base mínima de cotización del Régimen General que corresponda al mes respectivo, y desde la mensualidad sexagésima primera a la octogésima cuarta con el 80 por ciento de esa misma base.

Esta previsión será también de aplicación a los hombres siempre que en relación con alguno de los hijos acrediten los requisitos establecidos en las reglas 1^a) o 2^a) del artículo 60.1.b) para ser beneficiario del complemento para la reducción de la brecha de género, si bien no se les exigirá que su pensión o suma de pensiones sea superior a la del otro progenitor ni que tengan derecho al referido complemento.

Obviamente esta integración se aplicará sin perjuicio de lo previsto en el artículo 209.1b) LGSS¹¹⁰.

2.4.4. El complemento de maternidad/brecha de género¹¹¹

El Gabinete Comunicación del Consejo General del Poder Judicial hacia público el 17 de noviembre el siguiente comunicado: “De conformidad con la STJUE de 14 de septiembre de 2023 (C-113-22), resulta obligado establecer una indemnización para compensar los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el solicitante que vio denegada su petición. El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha reconocido el derecho de un hombre a obtener del INSS una indemnización derivada de la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado, como consecuencia de que le denegó el complemento tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18) que consideró discriminatoria por razón de sexo la regulación de la LGSS. Se trata de una discriminación autónoma y ligada a dicha actuación denegatoria de la entidad gestora. De conformidad con la STJUE de 14 de septiembre de 2023 (C-113-22), resulta obligado establecer una indemnización para compensar los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el solicitante que vio denegada su petición. El Tribunal Supremo, en cumplimiento de su labor unificadora, teniendo en cuenta que los perjuicios causados en cada caso son similares y derivan de la misma decisión del INSS, ha fijado la indemnización en la cantidad de 1.800 euros. Esta cantidad, concluye la sentencia, comporta una reparación integral del perjuicio sufrido y procede siempre que haya sido menester que el varón discriminado por una resolución del INSS posterior a la STJUE 19 diciembre 2019 haya precisado del acudimiento a la jurisdicción social para conseguir el abono del complemento en cuestión”.

¹⁰⁹ Añadida por el apartado cuarenta y uno del artículo único RD-ley 2/2023. Entrará en vigor el 1 de enero de 2026.

¹¹⁰ Se refiere a la base reguladora de la pensión de jubilación en relación con la regla general de integración de lagunas.

¹¹¹ Véase, más ampliamente, MÓNERO PÉREZ, J.L., y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El Tribunal Supremo establece en 1.800 euros la indemnización que el INSS deberá pagar a los varones a los que denegó el complemento de maternidad por aportación demográfica: El complemento de maternidad/brecha de género en controversia jurídica permanente”. (2023). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, 37, 13-28. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/829>

Ciertamente, la verdad es que en principio podría pensarse que la fijación de un complemento económico a las pensiones contributivas (de jubilación, incapacidad permanente y viudedad) no sería objeto de discusiones o complejas controversias judiciales. La realidad, desde su implantación en 2015 como “*Complemento por maternidad*” y luego en 2021 como “*Complemento para la reducción de brecha de género*” ha sido otra, con múltiples decisiones judiciales sobre el particular, criterios administrativos que serán revisados continuamente e incluso con pronunciamientos relevantes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Si hacemos un breve recordatorio de su incorporación al Sistema de Seguridad Social resulta lo siguiente:

El complemento por maternidad sería introducido como artículo 50 bis al texto refundido de la LGSS de 1994¹¹² por la Disposición final 2.1 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, aplicable a las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente que se causaran a partir de 1-1-2016¹¹³. De su régimen jurídico cabría destacar:

- a) Su naturaleza de pensión pública contributiva.
- b) Consistía en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las pensiones jubilación, incapacidad permanente y viudedad un porcentaje que estaba en función del número de hijos nacidos o adoptados antes del hecho causante:
 - a) 2 hijos un 5%;
 - b) 3 hijos un 10%;
 - c) 4 o más un 15%.
- c) Tenía en cuenta y por ello establecía previsiones al respecto para diversas situaciones:
 - Cuando la cuantía de la pensión reconocida inicial era superior al límite máximo de las pensiones, o bien la cuantía de la pensión más el complemento resultaba superior al límite máximo de las pensiones¹¹⁴.
 - Previsiones para cuando se permite legal o reglamentariamente la superación del límite máximo de las pensiones¹¹⁵;
 - Para pensiones causadas en aplicación de la normativa internacional¹¹⁶;

¹¹² Que luego pasaría a ser el art. 60 del actual texto refundido de LGSS de 2015.

¹¹³ Disposición final tercera de la Ley 48/2015, de 29 de octubre.

¹¹⁴ Se establecían unos límites:

- a) Pensión que supera el límite (si cómputo del complemento la suma de la pensión y el complemento no pueden superar el límite máximo incrementado en un 50%).
- b) Se supera aplicando solo parcialmente el complemento a la cuantía de la pensión, se tendría derecho a percibir el 50% de la parte del complemento que excede del límite máximo vigente en cada momento.

¹¹⁵ Cuando legal o reglamentariamente esté permitido la superación del límite máximo de las pensiones públicas, el complemento se calcula en los términos previstos, considerando como cuantía inicial de la pensión el importe del límite máximo vigente en cada momento.

¹¹⁶ Si la pensión se causa totalizando períodos de seguro *prorrata temporis*, en aplicación de la normativa internacional, el complemento se calcula sobre la pensión teórica causada y al resultado obtenido se le aplica la prorrata que corresponda.

- Reglas que contemplaban la situación de aquella pensión que no alcanzar la cuantía mínima legal¹¹⁷; y
- Situaciones de concurrencia de pensiones¹¹⁸.

d) No permitía el complemento en caso de jubilaciones anticipadas por voluntad de la interesada, ni tampoco en los casos de jubilación parcial¹¹⁹.

e) El complemento iba vinculado a la pensión a completar en cuanto a su dinámica y actualización.

f) Solo se aplicaba a pensiones causadas a partir de 1-1-2016¹²⁰.

Su implantación y desarrollo posterior ha sido fuente de continuas controversias. Además de las más sonoras la exclusión de varón y del reconocimiento a quienes se jubilarán anticipadamente, podrían recordarse las siguientes (sin ánimo de ser exhaustivo):

- *Viabilidad de reconocer el complemento en caso de nacido que no llega adquirir la personalidad civil.* Tras múltiples decisiones judiciales y criterios administrativos se decantó a favor de la tesis del INSS tras la STS 167/2023, de 27 de febrero¹²¹ "... si el hijo que nace muerto no ha de tenerse en cuenta en el esquema legal actual, en el que ninguna duda queda que el complemento está dirigido a reducir la brecha de género, la misma solución ha de aplicarse bajo el régimen de la normativa legal derogada cuando el complemento se sustentaba en la contribución demográfica" [FD.4º].
- *Hijo nacido vivo que fallece antes de las 24 horas.* Este supuesto es resuelto por STSJ Madrid en sentencia número 521/2018, de 24 septiembre¹²², que tiene en cuenta la finalidad que a dicho complemento atribuye la norma y por ello se lo reconoce a quien dio a luz a un niño que falleció antes del transcurso de 24 horas, pues supuso para la madre una limitación en el acceso y mantenimiento del empleo equivalente a la provocada por un parto exitoso ya que igualmente estuvo embarazada, parió y preciso descanso recuperatorio.
- *Hijo dado en adopción y determinación del beneficiario.* Los Tribunales vendrán a considerar que son hijos computables para determinar la cuantía del complemento por maternidad son aquellos cuya filiación esté determinada a favor de la beneficiaria de la pensión en el momento del hecho causante, independientemente de que se trate de filiación biológica o por adopción¹²³.
- *Hijo nacido o adoptado en el extranjero.* La cuestión relativa a si cabe exigir o no que el hijo haya nacido o sea adoptado en España, es resuelta asumiendo la doctrina del Tribunal Supremo 525/2016, de 14 de junio, siempre que con

¹¹⁷ Se reconocía dicha cuantía teniendo en cuenta el complemento a mínimos (artículo 59 LGSS) y a este importe se le sumaba el complemento por hijo.

¹¹⁸ En caso de concurrencia de pensiones se aplica a la que resulte más favorable. En caso de que concurriera pensión de jubilación y viudedad, se aplica a la de jubilación.

¹¹⁹ Excepto a jubilaciones parciales anteriores a las anteriores a su entrada en vigor, si bien se estableció la previsión de reconocerlas una vez que la jubilación fuera plena, una vez que se cumpla la edad exigible.

¹²⁰ No procede reconocer a beneficiaria de una incapacidad permanente total cuyo hecho causante fue anterior a 1 de enero de 2016, STS 111/2023, de 8 febrero, ECLI:ES:TS:2023:395.

¹²¹ ECLI:ES:TS: 2023:748 (rec. 3225/2021). Contiene voto discrepante.

¹²² STSJ Madrid 521/2018, 24 septiembre, ECLI:ES: TSJM:2018:11448 (rec. 592/2017).

¹²³ Criterio de gestión 1/2018, de 1 de febrero, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica.

anterioridad al hecho causante de la prestación sobre la que se calcule el complemento y de conformidad con lo previsto en el artículo 9.5 del Código Civil, la adopción constituida por autoridades extranjeras haya surtido efectos en España con arreglo a las disposiciones de la Ley 5/2016, de 14 de junio, de Adopción Internacional¹²⁴.

- *Sobre la posibilidad de la elección de la fecha del hecho causante.* La posibilidad de que la beneficiaria pueda llegar a “elegir” la fecha del hecho causante fue también contemplada en sede administrativa. Se trataba del supuesto de mujeres cuyo cese en el trabajo se hubiera producido en el año 2015 reuniendo en ese momento los requisitos de edad y cotización para acceder a la pensión de jubilación, pero esperen a solicitar la prestación en 2016, fecha en la ya estaba en vigor el complemento y se pueda entender causado el derecho a dicha pensión en la fecha de la solicitud siempre que la trabajadora así lo solicite, accediendo a la prestación desde situación de no alta o, en su caso, de asimilada al alta, permitiendo de este modo lucrar el complemento por maternidad. El criterio del ente gestor es contrario por entender que, causada la pensión de jubilación en el momento del cese en el trabajo en 2015, es decir, en la condición de alta, no existe motivo alguno para reconocer la pensión desde situación de no alta o asimilada cuando la pensión se solicita posteriormente en 2016, pues habiéndose producido ya el hecho causante el mantenimiento del derecho a la misma es imprescriptible. Si bien, deja una salida a la situación, entendiendo que si después de cesar en el trabajo en 2015, cumpliendo todos los requisitos de carencia y edad para obtener la edad de jubilación y fijado un hecho causante en ese momento, la trabajadora vuelve a trabajar en 2016, pues en ese caso sí que las circunstancias a tener en cuenta han cambiado y la situación a proteger es otra distinta, ya que tienen que computarse nuevas cotizaciones y debe tomarse en consideración una fecha de cese en el trabajo posterior, con lo que se conforma un nuevo hecho causante el cual determina la aplicación del régimen jurídico de la pensión de jubilación vigente en la fecha en que se produce¹²⁵.
- La modalidad de acceso a la pensión de jubilación como impedimento para su obtención. La supuesta discriminación gira en torno a si cabía o no reconocerlo a quien accedía a la jubilación antes del cumplimiento de la edad ordinaria de acceso. El Juzgado de los Social núm.1 de Barcelona planteó una cuestión de inconstitucionalidad respecto al apartado 4 (que excluía a las jubilaciones anticipadas) en relación con el apartado 1 del artículo 60 LGSS¹²⁶, que el Tribunal Constitucional resolvió declarando inadmisible el recurso por estar notoriamente infundada la cuestión planteada¹²⁷.

Y así llegamos a la cuestión más controvertida más conocida: la viabilidad del que el varón pueda acceder a dicho complemento.

¹²⁴ Asumido en Criterio 27/2016, de 15 diciembre, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica.

¹²⁵ Criterio 9/2016, de 30 mayo. Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica.

¹²⁶ Auto 8 junio 2020, ECLI:ES:JSO:2020:60A

¹²⁷ Auto TC 16 octubre 2018. El Auto contó con votos particulares.

La cuestión llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y fue resuelta en sentencia de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), en el sentido de que el régimen jurídico instaurado por el artículo 60 LGSS, en tanto reconocía el derecho al complemento solo a las mujeres pensionistas que hubieran sido madres de dos o más hijos biológicos o adoptados y no a los hombres en la misma situación era contraria a la Directiva 79/7 CEE del Consejo.

De los fundamentos de su decisión cabe destacar lo siguiente:

- El objetivo perseguido por artículo 60 LGSS de recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, es igualmente predicable de los hombres, cuya contribución a la demografía es tan necesaria como la de aquellas, de ahí que, dicha circunstancia no pueda justificar por sí sola que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable en lo que respecta a la concesión del complemento de pensión.
- La norma en cuestión, perseguía al menos parcialmente la protección de las mujeres en su condición de progenitoras, cualidad también protegible respecto a los hombres, habida cuenta de que las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos y el precepto no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto, sino que se concede dicho complemento a las mujeres que hayan adoptado dos hijos, lo que indica que el legislador nacional no pretendió limitar la aplicación del complemento a la protección de la condición biológica de las mujeres que hayan dado a luz, y tampoco la norma exige que las mujeres hayan dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron a sus hijos, por lo que no se cumple el requisito relativo a que hayan disfrutado de un permiso de maternidad¹²⁸.
- La norma no supedita la concesión del complemento de pensión a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos, sino únicamente a que las mujeres beneficiarias hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y perciban una pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social.
- La regulación legal se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, entre otras de invalidez permanente, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional¹²⁹.

¹²⁸ En relación con pensionistas del régimen de clases pasivas véase STS Madrid (sala de lo contencioso) 208/2021, 30 junio, ECLI:ES: TSJM:2021:7791 (rec. 483/2020).

¹²⁹ Véase STS 163/2022, 17 febrero, ECLI:ES:TS:2022:622, rec. 3379/2021. No obstante, en este caso concreto los efectos económicos quedaron fijados en los tres meses anteriores a la petición formulada en atención al principio dispositivo de las partes.

Y cual fueron las consecuencias de la sentencia del TJUE que consideró discriminatorio la exclusión al varón de su acceso

La primera consecuencia obvia fue la de abrir la puerta de acceso al complemento a los hombres en paridad con las mujeres, si bien la interpretación que ha venido haciendo el INSS del acceso del hombre a dicho complemento ha encontrado múltiples trabas por parte de la Administración que han requerido nuevos pronunciamientos judiciales, incluido el TJUE, entre ellas: -La discusión acerca de los efectos económicos del reconocimiento: si debe aplicarse el artículo 53.1 LGSS, que establece una retroacción de tres meses desde la fecha de la solicitud, o si, por el contrario, el *dies a quo* debe fijarse en la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18 (TJCE 2019, 281), WA contra INSS), que se publicó el 17 de febrero de 2020 de la que ha tenido que ocuparse el Tribunal Supremo en el sentido de La norma interpretada del Derecho de la Unión podrá y deberá ser aplicada en consecuencia a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma. La referida interpretación conforme conduce, correlativamente, a situar el momento de producción de las consecuencias jurídicas anudadas a la prestación debatida en un tiempo anterior al arriba señalado, a una retroacción al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante -efectos *ex tunc*-, dado que debía ser entendida y aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento. Y ello siempre que se cumplieran los restantes requisitos exigidos por la redacción original del artículo 60 LGSS, pues, en definitiva, también a los hombres que reunieran dichos requisitos se les tendría que haber reconocido el complemento que solo se reconoció a las mujeres¹³⁰.

Si es compatible el complemento reconocido a la madre con el que procede reconocer al padre. La cuestión gira en torno a considerar como prestación única y si es incompatible el disfrute simultáneo por ambos progenitores y es resuelto en el sentido de que el artículo 60 LGSS en su redacción original no establecía incompatibilidad alguna y por tanto procede su reconocimiento¹³¹. Y en este sentido también se ha pronunciado el TS¹³² que recuerda que el art. 60 LGSS omite por completo la consideración de qué sucede cuando el progenitor distinto del solicitante ya disfruta del complemento¹³³. Si el legislador quisiera eliminar el beneficio en tales casos debiera haberlo explicitado. En cuestiones relacionadas con la protección frente a situaciones de necesidad (artículo 41 de la Constitución), si la norma no exige más requisitos, el intérprete tampoco puede hacerlo.

Pero lo más llamativo ha sido esa obstinada práctica administrativa de denegar la prestación y seguir aplicando una disposición se puede ver en su criterio de gestión 1/2020,

Las sentencias analizadas por el TS fueron STS Asturias 1363/2021, de 22 junio (rec. 177/2021) y la de contraste STS País Vasco 2 de marzo 2021 (rec. 1099/2021).

Véase también STS La Rioja 29/2022, de 10 febrero, ECLI:ES:TSLR:2022:78 (rec. 25/2022); STSJ Aragón 722/2021, 12 noviembre, ECLI:ES:TSJAR:2021:1077 (rec. 679/2021).

¹³⁰ SJS nº 2 de San Sebastián 108/2022, 28 abril (JUR/2022/148845).

¹³¹ STS 362/2023, 17 mayo, ECLI:ES:2023:2132 (rec. 3821/2022), dictada en recurso de casación contra la STS Galicia de 8 julio de 2022 (rec. 1417/2022).

¹³² A diferencia del vigente art. 60 LGSS.

¹³³ Criterio que ha sido revisado por el criterio de gestión 35/2021, de 2 diciembre (ver apartado III letra H de este estudio).

de 13 de enero, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, que se reproduce a continuación¹³⁴:

“Hasta que se proceda a la modificación legislativa necesaria para adaptar el artículo 60 del TRLGSS al pronunciamiento del TJUE se establecen, de conformidad con el informe emitido por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) de fecha 27 de enero de 2020, las siguientes pautas de actuación de esta entidad gestora:

1. El complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad, regulado en el artículo 60 del TRLGSS, en tanto no se lleve a cabo la correspondiente modificación legal del citado artículo, se seguirá reconociendo únicamente a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos en el mismo, tal como se viene haciendo hasta la fecha.

2. Lo establecido en el apartado uno debe entenderse lógicamente sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconozcan el citado complemento de pensión a los hombres, y de la obligación de iniciar el pago de la prestación cuando exista sentencia de un juzgado de lo social o tribunal de justicia condenatoria y se interponga el correspondiente recurso, de conformidad con lo previsto en el artículo 230.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social”.

Lo que suponía un mensaje muy claro a los hombres que pretendiesen que se les reconociese el indicado complemento: litigue usted y que en la Jurisdicción Social nos condene.

Craso error de cálculo pues el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con arreglo al artículo 267 TFUE, mediante auto de 2 de febrero de 2022, planteó las siguientes cuestiones prejudiciales relativas a: si el incumplimiento administrativo del INSS era contrario al principio de igualdad de trato; si la fechas de efectos del reconocimiento judicial del complemento debería de ser la de solicitud (con retroacción de tres meses) o debe ser la fecha en que se ha dictado o publicado la sentencia del TJUE; y en tercer lugar, si de acuerdo a principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión, procede [una] indemnización que sea reparadora de daños y perjuicios, y con eficacia disuasoria, por considerar que aquellos no quedan cubiertos con la determinación de la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento, y en todo caso en todo caso, si el importe de las costas judiciales y los honorarios de letrado ante el Juzgado de lo Social y ante esta Sala de lo Social se debe incluir como un concepto de la indemnización¹³⁵.

¹³⁴ La Disposición Final tercera dispuso que entraría en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, es decir el 4 de febrero. Otras medidas recogidas en dicho RD-ley eran relativas a una nueva modificación del RD-ley 20/2020, de 29 de mayo, sobre el Ingreso Mínimo Vital, compatibilidad de la pensión de jubilación con el nombramiento como personal estatutario de los profesionales sanitarios y extensión de la protección por contingencias profesionales al personal sanitario de la Inspección Médica de los Servicios Públicos de salud, del INSS y del ISM.

¹³⁵ Literalmente la cuestión quedó planteada en los siguientes términos:

“1) Si la práctica de la entidad gestora recogida en el Criterio de Gestión [1/2020] de denegar siempre el complemento [de pensión] litigioso a los varones y obligarlos a reclamar en vía judicial, como le ha ocurrido al demandante en el presente juicio, se debe considerar, de acuerdo con la Directiva [79/7], un incumplimiento administrativo de la misma diferente del incumplimiento normativo apreciado en Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 [de] diciembre [de] 2019, [Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C450/18, EU:C:2019:1075)], de manera que, en sí mismo considerado, ese incumplimiento administrativo constituye una discriminación por razón de sexo, a la vista de que, según su artículo 4, el

El TJUE respondió a las cuestiones prejudiciales primera y tercera en los siguientes términos: “62. Habida cuenta de todo lo anterior, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera que la Directiva 79/7 y, en particular, su artículo 6 deben interpretarse en el sentido de que, tratándose de una solicitud de concesión de un complemento de pensión, presentada por un afiliado de sexo masculino, que ha sido denegada por la autoridad competente en virtud de una norma nacional que reserva la concesión de dicho complemento a las afiliadas de sexo femenino, y dándose la circunstancia de que esa norma constituye una discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 79/7, tal como fue interpretada por el Tribunal de Justicia en una sentencia prejudicial dictada con anterioridad a la resolución denegatoria de la solicitud en cuestión, el órgano jurisdiccional nacional, que conoce de una demanda presentada frente a esa resolución denegatoria, debe ordenar a dicha autoridad no solo que conceda al interesado el complemento de pensión solicitado, sino también que le abone una indemnización que permita compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, según las normas nacionales aplicables, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia, obligando así al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial.”

Y la consecuencia ya se habrá adivinado, el aluvión de reclamaciones del complemento y en su caso de indemnizaciones ha empezado a producirse, de hecho, basta acceder a las redes sociales para ver anuncios en los que múltiples despachos se ofrece a reclamar tal complemento, todos ellos con variadas y sugerentes ofertas para el llamado a ser beneficiario y también los interrogantes que plantean web jurídicas ¿Qué va a hacer el INSS?¹³⁶.

Pues bien, como se ha indicado el Tribunal Supremo ha venido a establecer una indemnización para compensar los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el solicitante que vio denegada su petición y se le obligue a litigar, que tasa en 1.800 euros. La pregunta que se puede hacer uno a continuación ¿es adecuada? ¿Satisface los daños

principio de igualdad de trato se define como ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, y que, según su artículo 5, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias con el fin de suprimir disposiciones tanto legislativas como administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.

2) Si, atendiendo a la respuesta que se dé a la anterior cuestión y considerando la Directiva 79/7 (en particular, su artículo 6, y los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento debe ser la de la solicitud (con retroacción de 3 meses), o esa fecha de efectos se debe retrotraer a la fecha en que se ha dictado o publicado la [sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C450/18, EU:C:2019:1075)], o a la del hecho causante de la prestación de incapacidad permanente a que se refiere el complemento [de pensión] litigioso.

3) Si, atendiendo a la respuesta que se dé a las anteriores cuestiones y considerando la Directiva aplicable (en particular, su artículo 6, y los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), procede [una] indemnización que sea reparadora de daños y perjuicios, y con eficacia disuasoria, por considerar que aquellos no quedan cubiertos con la determinación de la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento, y en todo caso, si el importe de las costas judiciales y los honorarios de letrado ante el Juzgado de lo Social y ante esta Sala de lo Social se debe incluir como un concepto de la indemnización.”

¹³⁶ <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-social-laboral/laboral/unas-notas-sobre-el-complemento-de-maternidad-que-va-a-hacer-el-inss-ahora-2023-07-11/>

sufridos por una persona que tiene que litigar para obtener algo que la sinrazón le ha denegado? Si se piensa en que la reparación consiste en el abono de los gastos que el beneficiario ha tenido o tiene que abonar a un profesional, pues a lo mejor sí. Ahora bien, si tenemos en cuenta que la pensión media de jubilación (por señalar una) a diciembre de 2022 era de 1261,37 euros/mes o que el importe del complemento de maternidad/ aportación demográfica para una persona con dos hijos (era lo mínimo exigido) era el 5% de su importe, la reparación parece un poco escasa. Desde luego poco efecto disuasorio en un Ente Gestor en claro, obstinado e injustificado incumplimiento de sus deberes de acatar las resoluciones judiciales, sin causa alguna que lo pudiera justificar. No hay derecho a que a los beneficiarios de la Seguridad Social se les obligue a litigar absurdamente.

La cosa no queda aquí, un nuevo frente se le ha abierto a la Entidad Gestora, ahora con el complemento que sustituye al de aportación demográfica, el denominado complemento de brecha de género introducido por el RD-ley 3/2021, de 2 de febrero en vigor desde 4 de febrero de dicho año. Realmente no debe sorprender a nadie, en editorial previa ya se había advertido, el nuevo diseño del complemento de brecha de género en relación a los requerimientos que al hombre se le hacían podrían ser discriminatorios. Ya tenemos una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona, auto de fecha 21 de septiembre de 2023, dictado en el recurso 1095/2022¹³⁷.

De los antecedentes recogidos en dicho auto resulta -en síntesis- lo siguiente:

- El INSS por resolución de 5 de julio de 2021 reconoció al demandante una pensión de jubilación con hecho causante de 30 de junio de 2021. La pensión de jubilación se reconoció con efectos económicos del 1 de julio de 2021 e importe de 1.637,08 euros (líquido de 1457 euros, tras deducción del impuesto IRPF). La base reguladora mensual es de 2.302,91 euros y se aplicó el porcentaje del 71,0876%, con 34 años y 180 días cotizados.
- Con fecha 16 de junio de 2022 el demandante solicitó al INSS el reconocimiento del complemento de pensión por brecha de género desde la fecha de reconocimiento inicial de la pensión de jubilación al tener dos hijos.
- Se denegó por resolución del INSS de 14 de noviembre de 2022 al considerar que no reunía los requisitos que exige el artículo 60 de la LGSS¹³⁸.
- El demandante impugnó la resolución denegatoria de la seguridad social española al considerar que la actual regulación del artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social infringe el derecho de la Unión Europea y, en concreto, las disposiciones que prohíben un trato desigual y discriminatorio de las mujeres y de los hombres, en este caso en los derechos y prestaciones de seguridad social.

¹³⁷ Una síntesis del extenso auto es lo que a continuación encontrará el lector.

¹³⁸ Con posterioridad a la denegación del complemento al demandante por no reunir los requisitos legales se reconoció a la progenitora de los dos hijos el complemento de reducción de la brecha de género. En concreto por resolución del INSS de 22.12.2022 se reconoció a la madre la pensión de jubilación anticipada por razón de edad con un complemento de reducción brecha de género en cuantía de 56 euros. El INSS en el desarrollo del debate del planteamiento de la cuestión prejudicial complemento a favor del hombre debe determinar la extinción del complemento que ya tiene reconocido la madre porque su pensión es superior a la del otro progenitor.

Cuando al INSS se le da traslado del posible planteamiento de la cuestión prejudicial invoca en contra -en síntesis- lo siguiente:

- La nueva regulación del complemento respeta las exigencias de la Directiva 79/7/CEE y las previsiones de sus artículos 4.1 y 7.1 b), al tiempo que salva la defectuosa regulación precedente, que dio lugar a la STJUE de 13.12.2019, Asunto C-450/18.
- Insiste en que la nueva regulación recoge la finalidad legítima y proporcionada de la regulación del complemento de pensión reclamado en los términos que se expresa la exposición de motivos del RDL 3/2021, de 2 de febrero, al “compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de los trabajadores (ATC 114/2018)”.
- Añadiendo que “el mismo Tribunal ha avalado las medidas de acción positiva a favor de las mujeres siempre que exista una concreción normativa previa, que la medida sea proporcionada y que su eficacia sea temporal, hasta que desaparezca la situación de desigualdad”.
- Y termina sus alegaciones en el respeto a la Directiva al configurar el complemento para la reducción de la brecha de género, “que es el reflejo de esa situación de subordinación de las mujeres en el mercado de trabajo al haber asumido históricamente un papel principal en la tarea de cuidados de los hijos. Pero se hace dejando la puerta abierta a que aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados tengan acceso al complemento”. Además de que el alcance temporal del nuevo complemento económico se vincula a la consecución del objetivo de reducir la brecha de género en las pensiones contributivas de jubilación por debajo del 5 por ciento.

El Ministerio Fiscal sin embargo informó que consideraba procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial al TJUE ante las dudas sobre la adecuación del art. 60 de la LGSS al Derecho de la UE (Carta de Derechos Fundamentales y Directiva 79/7/CEE).

El magistrado requirió al INSS que le facilitara datos estadísticos que le fueron facilitados por la Subdirección General de Prestaciones del INSS en fecha 17 julio de 2023, siendo los siguientes:

- Desde la entrada en vigor del RDL 3/2021, de 2 de febrero, se han reconocido 326.593 complementos para la reducción de la brecha de género de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente.
- Del total indicado, 279.910 correspondían a complementos a pensionistas mujeres, y 46.683 a pensionistas varones.
- Del total de pensionistas mujeres con complemento, 8920 pensiones de jubilación alcanzaban por sus cotizaciones y períodos cotizados la pensión máxima del sistema de seguridad social establecida por ley cada año, a cuyo importe máximo se le añadía el importe del complemento; y en caso de

pensionistas mujeres por incapacidad permanente alcanzaban la pensión máxima del sistema 850 (en el caso de complementos de pensionistas de jubilación reconocidas a hombres alcanzaban la pensión máxima 1402 y en caso de la incapacidad permanente 73).

- Del total de beneficiarias del complemento de reducción de brecha de género de las pensiones, se aplicó a 7915 mujeres el régimen legal de cotizaciones ficticias elevadas al 100% por situaciones de disfrute de excedencias y reducciones de jornada por guarda legal.

En su estudio para el planteamiento de la cuestión prejudicial el magistrado analiza:

A) Derecho de la Unión Europea:

- Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social¹³⁹.
- Tratado de la Unión Europea, artículos 6 y 157.4
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, arts. 20, 21, 23, y 34.

B) Normativa nacional

- Arts. 7, ap. 1; 60, disposiciones adicionales trigésima sexta y trigésima séptima de la LGSS.
- Art. 14 Constitución Española
- Arts. 3, 4, 11.1 de la LO 3/2007, de 22 marzo.

El juez de lo Social en su argumentación se va planteando dudas a las que luego va dando respuestas para justificar su planteamiento de cuestión prejudicial.

Comienza advirtiendo que la situación concreta que llega a su conocimiento es la siguiente: el reclamante, padre de dos hijos, y con pensión inferior a la que percibe la madre (la base reguladora y la pensión de jubilación que percibe la madre es superior a la del otro progenitor varón), no tiene derecho al complemento de su pensión porque no tiene más de 120 días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha (como exige el art. 60 de la LGSS).

Y a partir de aquí se va haciendo preguntas y respondiendo a las mismas:

¿El complemento de pensión reclamado ¿está incluido en el ámbito de la Directiva 79/7/CEE?

Pues bien, tras el análisis de la indicada Directiva, concluye que forma parte de las prestaciones de seguridad social vinculado a las pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad, dentro de un sistema como el español de naturaleza contributiva. Según las contribuciones realizadas a lo largo de la carrera mediante cotizaciones mensuales se obtiene un importe concreto de la pensión. La particularidad del complemento discutido es que se adiciona al importe de la pensión calculado según las cotizaciones realizadas durante la vida profesional.

¹³⁹ Véase el Tercer considerando; art. 1, art. 3 apartado 1, art. 4; y art. 7.

¿Hay una diferencia de trato, posible discriminación directa por razón de sexo, situaciones comparables de las mujeres y hombres?

Entiende que es indudable la diferencia de trato entre los beneficiarios de las pensiones según sea mujer u hombre. La norma nacional concede un trato menos favorable a los hombres que han tenido hijos biológicos o adoptados. Por otro lado, en la comprobación de si la diferencia de trato entre hombres y mujeres establecida por la norma nacional se refiere a categorías de personas que se encuentran en situaciones comparables; y a este respecto, la exigencia del carácter comparable de las situaciones no requiere que las situaciones sean idénticas, sino que basta con que sean análogas.

¿Está justificada la diferencia normativa *en la brecha de género en las pensiones con carácter general o en el cuidado y atención de hijos/as como tarea desarrollada de forma mayoritaria por las mujeres?*

Aquí el juez de lo Social tras un análisis detenido de la exposición de motivos del RD-ley 3/2021, llega a las siguientes consideraciones:

- a) El complemento de las pensiones se reconoce a las mujeres al margen del impacto real que la maternidad o la adopción haya podido causar en su carrera profesional y al margen del importe de su pensión y de la contribución realizada a través de cotizaciones al sistema de seguridad social;
- b) En el caso de las mujeres no se exige para el reconocimiento automático del derecho al complemento de la pensión lagunas de cotización ni cotizaciones inferiores a las que pueda haber realizado los hombres durante la vida laboral en general ni en determinados períodos de tiempo próximos al nacimiento o la adopción.
- c) En cambio, en el caso de los hombres es necesario que acrediten lagunas de cotización o cotizaciones inferiores en períodos de tiempo posteriores al nacimiento o la adopción en relación a las inmediatamente anteriores. Solo se reconoce el complemento a aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados. En definitiva, en el caso de las mujeres se presume iuris et de iure la afectación desfavorable del cuidado de los hijos sobre la carrera de cotización, en el supuesto de los hombres ese impacto negativo deberá probarse mediante la concurrencia de alguna de las situaciones recogidas en el propio artículo 60.1 párrafo 2º de la LGSS.
- d) Por otra parte, el complemento de pensiones se reconoce a todas las mujeres que acceden a la pensión de jubilación y de incapacidad permanente al margen de la cuantía de la pensión que perciban. No se vincula a la brecha de pensión de forma concreta, en relación a cada beneficiaria y vinculado al hecho de obtener una pensión inferior por el perjuicio que haya tenido en su carrera profesional o en la contribución a la seguridad social a través de sus cotizaciones.

Y prosigue en su análisis confrontando el marco jurídico actual del complemento con los razonamientos que su día llevaron al TJUE a declarar discriminatorio el complemento de maternidad o aportación demográfica.

Cabe interrogarse sobre si el complemento de brecha de género cabe encuadrarlo en una medida de acción positiva al amparo del artículo 157.4 del TFUE. Es un precepto enigmático, en cierta medida, porque podría ser objetivo de diversas interpretaciones alternativas. Conforme a esta disposición, “Con objeto de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan *ventajas concretas* destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”. Este precepto potencialmente podría dar acogida a la adopción por los Estados miembros de medidas de acción positiva en la dirección, por ejemplo de promover una igualdad real en el sentido de los artículos 9.2 de la Constitución Española¹⁴⁰ o 3 de la Constitución Italiana). Sin embargo, y por el momento, el TJUE continúa defendiendo un criterio restrictivo respecto de la legitimidad comunitaria de las acciones positivas. Y así lo viene haciendo respecto de su interpretación de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, por lo que nos encontramos con un panorama cuando menos hostil para la admisibilidad comunitaria de las acciones positivas o acciones afirmativas.

Y aquí recuerda nuevamente los razonamientos de la STJUE de 12 diciembre 2019:

- a) El complemento de las pensiones se reconoce a las mujeres al margen del impacto real que la maternidad o la adopción haya podido causar en su carrera profesional y al margen del importe de su pensión y de la contribución realizada a través de cotizaciones al sistema de seguridad social. En el caso de las mujeres no se exige para el reconocimiento automático del derecho al complemento de la pensión lagunas de cotización ni cotizaciones inferiores a las que pueda haber realizado los hombres durante la vida laboral en general ni en determinados períodos de tiempo próximos al nacimiento o la adopción y, en el caso de los hombres es necesario que acrediten lagunas de cotización o cotizaciones inferiores en períodos de tiempo posteriores al nacimiento o la adopción en relación a las inmediatamente anteriores. Solo se reconoce el complemento a aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados. En definitiva, en el caso de las mujeres se presume iuris et de iure la afectación desfavorable del cuidado de los hijos sobre la carrera de cotización, en el supuesto de los hombres ese impacto negativo deberá probarse mediante la concurrencia de alguna de las situaciones recogidas en el propio artículo 60.1 párrafo 2º de la LGSS.
- b) Y además el complemento de pensiones se reconoce a todas las mujeres que acceden a la pensión de jubilación y de incapacidad permanente al margen de la cuantía de la pensión que perciban. No se vincula a la brecha de pensión de forma concreta, en relación a cada beneficiaria y vinculado al hecho de obtener

¹⁴⁰ Pero también el artículo 11 (“Acciones positivas”) de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a cuyo tenor “1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido”, añadiendo seguidamente que “2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas entre los términos establecidos en la presente ley.”

una pensión inferior por el perjuicio que haya tenido en su carrera profesional o en la contribución a la seguridad social a través de sus cotizaciones.

Lo razonado anteriormente le lleva a formular al TJUE, en el ámbito de las previsiones del art. 2677 TFUE, las siguientes cuestiones sobre la validez e interpretación del art. 60 LGSS en relación con los arts. 1, 4 y 7 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978:

“Primera Cuestión:

¿La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que no respeta el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por los arts. 1 y 4 de la Directiva, una regulación nacional como la contenida en el artículo 60 de la Ley General de Seguridad Social que, bajo la rúbrica “Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, reconoce la titularidad del derecho a un complemento a las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente a las mujeres que hayan tenido hijos o hijas biológicos o adoptados y sean beneficiarias de dichas pensiones, sin ningún otro requisito y al margen del importe de sus pensiones, y no se reconoce en las mismas condiciones a los hombres en idéntica situación al exigir para acceder al complemento de su pensión de jubilación o de incapacidad permanente determinados períodos sin cotización o cotizaciones inferiores con posterioridad al nacimiento de los hijos/as o a la adopción y, en concreto, en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el NUM001 de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer, y en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el NUM002 de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer?

Segunda Cuestión:

¿La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, impone como consecuencia de la discriminación derivada de la exclusión del pensionista de sexo masculino que se le reconozca el complemento de la pensión de jubilación a pesar de que el artículo 60 de la LGSS establezca que el complemento solo puede reconocerse a uno de los progenitores y, al mismo tiempo, el reconocimiento del complemento al pensionista varón no debe determinar como efecto de la sentencia del TJUE y de la inadecuación de la regulación nacional a la Directiva la supresión del complemento reconocido a la mujer pensionista de jubilación al concurrir en ella los requisitos legales de ser madre de uno o más hijos?”.

En realidad, el Juez de lo Social lo que ha hecho ha sido someter al art. 60 LGSS al mismo escrutinio que hizo la STJUE de 13 de diciembre 2019 respecto a la anterior versión

del mismo. Y concluye finalmente que los mismos o similares reproches pueden hacerse a la versión actual.

Un examen detenido del artículo 60 LGSS fuera de planteamientos alejados de la objetividad nos podría llevar con facilidad a poder asumir las dudas que al Juzgador se le han presentado.

Es necesario realizar algunas consideraciones finales sobre el artículo 60 LGSS y la necesidad de su replanteamiento.

La primera consideración que cabría hacer es ¿Qué es lo que realmente se quiere proteger o compensar con este complemento?

Si lo que se quiere es compensar la denominada brecha de género, DA. 37.^º de la LGSS, rubricada como “Alcance temporal de las acciones positivas para la reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas”, su apartado 1 dice así: “A los efectos de esta ley, se entiende por brecha de género de las pensiones de jubilación el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres”.

Se podría pensar qué sentido tiene reconocer tal complemento a las pensiones de viudedad e incapacidad permanente. Recuérdese que la pensión de viudedad se calcula sobre la cotización del causante que en este caso (lo más común) será un hombre y que, si es cierto que en general presenta cotizaciones superiores a la mujer, la cuantía de la pensión de viudedad será normalmente superior a la que pudiera obtener un hombre respecto de la mujer ¿hay brecha de género aquí?

La segunda consideración es quizás más delicada, pero hay que señalarla. A la mujer no se le exige acreditación alguna de haber visto afectada su carrera de seguro y al hombre sí. Se dirá que eso obvio, que la mujer se habrá dedicado al cuidado del nacido o adoptado, y probablemente mayoritariamente haya sido así. Pero entonces habrá que preguntarse si lo que se quiere es mantener este estatus (el de mujer al cuidado de hijo) y si eso favorece o no la corresponsabilidad en los cuidados de los hijos por parte del hombre.

Absurda y probablemente discriminatoria es la interpretación que el INSS hace cuando se es beneficiario de la pensión de viudedad y se pide el complemento, pues si para la mujer procede a computar los hijos de ella con independencia de la filiación, sin embargo, en caso de que sea hombre tendrá que ser hijos comunes con la causante. Y si fuere causante el hombre tampoco sería de aplicación y tendríamos que estar a la regla general de hombres causantes y beneficiarios

La tercera consideración, partiendo de presumir que alguno de los progenitores haya visto afectada su carrera profesional por el nacimiento o adopción de un hijo, es si habrá también que presumirlo de un hombre que decide adoptar el solo un hijo (fuera de matrimonio o pareja) ¿no? O ¿seguimos discriminando a las familias unipersonales cuyo progenitor sea hombre?

La cuarta consideración es si también resultan discriminados los matrimonios o parejas homosexuales (formadas por dos hombres) ya que ellos tienen que acreditar los requisitos que a un matrimonio o pareja entre mujeres no se les exige.

La cuarta consideración va referida a las dudas que puede plantear la exigencia de tales requisitos a los hombres solamente. Convendría mirar nuevamente a la citada STJUE y reflexionar sobre lo que allí se dice:

- La procreación como la responsabilidad en el cuidado, la atención, la alimentación y la educación de los hijos son predicables de toda persona que pueda tener la condición de madre o de padre. Por consiguiente, la interrupción del trabajo como consecuencia del nacimiento o adopción de los hijos o por el cuidado de los hijos puede perjudicar por igual a hombres y mujeres.
- La procreación implica un mayor sacrificio para las mujeres a nivel personal y profesional. De hecho, han de afrontar un período de embarazo y un nacimiento que comporta sacrificios biológicos y fisiológicos evidentes, con el detrimiento que comporta para las mujeres, no solo en la esfera física, sino también en la esfera laboral y sus legítimas expectativas de promoción en el ámbito profesional. Por tanto, desde el punto de vista biológico, las disposiciones del artículo 60, apartado 1, de la LGSS podrían justificarse en la medida en que están destinadas a proteger a las mujeres de las consecuencias derivadas del embarazo y la maternidad.

Pero si la procreación o adopción la lleva a cabo un hombre y por tanto se encuentra en situación idéntica se le exigen distintos requisitos, no es descabellado concluir que una norma nacional concede un trato menos favorable a los hombres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados. Este trato menos favorable basado en el sexo puede constituir una discriminación directa en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CE, relativa a la aplicación progresiva de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

Por tanto, tanto si pensamos que la clave o el objeto del complemento es tener en cuenta la aportación demográfica o el efecto negativo que pueda tener en la carrera profesional de una persona y el objetivo perseguido consiste en garantizar el reconocimiento de pensiones adecuadas a las mujeres que han visto reducida su capacidad de cotización y, con ello, la cuantía de sus pensiones, cuando por haber tenido dos o más hijos, y haberse dedicado a su cuidado, han visto interrumpidas o acortadas sus carreras profesionales, lo mismo es predictable de los hombres¹⁴¹. Y reconocer a las mujeres, en cualquier caso, sin ningún condicionante y a los hombres que se encuentre en la misma situación unos requisitos, no solamente de acreditar haber sido afectada la carrera profesional, si no -en el caso de que la pensión de viudedad a completar- que los hijos tienen que ser comunes y además beneficiarios de pensión de orfandad, podría considerarse como discriminatorio.

Una quinta consideración esa extraña fijación de dos fechas de referencia en torno a los vacíos de cotización: hijos nacidos o adoptados antes o después de 1 de enero de 2015 y la razón para ser más “duros” para los hijos tenido o adoptados hasta el día 31-12-2014 a los que se exige días sin cotización (por tanto, lagunas) y a los nacidos a partir del día 1-1-2015 en cuyo caso basta con una incidencia en las bases de cotización. A no ser que se

¹⁴¹ Véase «Estudio de impacto del nuevo Complemento de pensiones no contributivas para reducir la brecha de género (art. 60 LGSS), regulado en el RD-ley 3/2021, como resultado del proceso de debate y negociación en el ámbito del Diálogo Social», elaborado por CC.OO. en fecha 3 de febrero de 2021. Accesible en <https://www.ccoo.es/2dcba98db3515a699c57681ec18c2b3c000001.pdf>. Consultado en 24 de febrero de 2021.

nos esté queriendo decir que la TGSS no tiene datos ciertos sobre las bases de cotización anteriores a 2015 y por eso se prefiere, sin más, exigir vacíos totales en la cotización.

Y una sexta consideración, no se explica la razón de que si los progenitores son dos hombres se mantengan esos requisitos para ambos, el de acreditar que la carrera profesional se ha visto afectada en los términos antes indicados y si fueran dos progenitores mujeres no sea preciso.

Cuando se analiza este legítimo, necesario y bien intencionado complemento para la reducción de la brecha de género, se recuerda respecto a su regulación legal específica el fenómeno paradójico de la *heterogonía de los fines*: la idea de que los resultados finales objetivos de nuestras acciones son con frecuencia, cuando no con regularidad, diametralmente opuestos a las intenciones iniciales¹⁴².

Por lo demás, siendo realistas, cabe decir que ya en su momento, aunque el complemento por maternidad se hubiera hecho bien, hubiera topado con el criterio muy restrictivo del TJUE respecto de la aplicación de las “acciones positivas”: es decididamente refractario a admitir las acciones positivas de género en el Derecho social comunitario antidiscriminatorio. No ayudó mucho la persistencia en el error a través del bienintencionado complemento de brecha de género en las pensiones, básicamente porque no es neutro respecto de las prestaciones dispensadas, ya que no trata -por razón de género- igual a la mujer y al varón, pues éste tiene un derecho debilitado frente al derecho más fuerte y preferente ostentado por aquélla. Y es más probable que el enjuiciamiento de las cuestiones prejudiciales ya formuladas, el TJUE no valide como conforme al Derecho comunitario el nuevo “complemento” de brecha de género en las pensiones.

Al interrogante sobre si se puede establecer un complemento específico de brecha de género en pensiones pensado para la mujer, la respuesta es pesimista teniendo en cuenta la referida posición mantenida por el TJUE, que no apuesta -hoy por hoy y sin descartar un posible cambio al respecto- por la acción afirmativa (en la línea del artículo 9.2 CE o del artículo 3.1 de la Constitución Italiana), esto es, por la acción pública positiva dirigida a la consagrar una igualdad real y efectiva a través de medidas de intervención normativa de los poderes públicos. El Alto Tribunal comunitario (que es un tribunal pretoriano y con capacidad creativa por vía de interpretación) podría revisar su posición respecto de las acciones afirmativas y apoyarse en una reinterpretación del artículo 157.4 TFUE, bien sea que con efectos limitados.

Ahora bien, en este escenario se tiene la impresión de que las controversias jurídicas y el debate doctrinal sobre el “complemento” de brecha de género en las pensiones, está teniendo tal centralidad que *oculta la realidad social y jurídica de que se puede actuar (y en parte se está haciendo) a través de otras medidas que atienden a las causas reales de las*

¹⁴² Heterogonía de los fines es una expresión formulada en 1886 por el psicólogo alemán Wilhelm Wundt, para denotar el fenómeno de cómo la actividad dirigida a un objetivo a menudo causa experiencias que modifican el patrón motivacional original. Cfr. WUNDT, GUILLERMO G. [Wilhelm]: Ética. Una investigación de los hechos y leyes de la vida moral, 3 Tomos, trad. de la cuarta edición alemana por Fermín Herrero Bahillo, Madrid, Daniel Jorro, Editor, 1917. Max Weber realzaría el sentido trágico de la “heterogonía de los fines” vinculándola a las disfuncionalidades de la racionalidad con arreglo a fines, incluida la racionalidad jurídica. En ese marco Weber sugiere que la sociedad en un medio en el cual las mejores intenciones se transforman, con elevada frecuencia, en malos resultados. En el fondo, dentro de su visión pesimista, la heterogonía negativa de los fines opera en todas las circunstancias y, más particularmente en el destino universal de todos los esfuerzos colectivos para mejorar el mundo. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, capítulo I, espec., págs. 110 y sigs.

situaciones de desigualdad y discriminación de la mujer en la Seguridad Social y en particular en el subsistema público de pensiones. Y ello nos conduciría a subrayar la ineludible intervención legislativa, gubernamental regulando el mercado de trabajo poniendo el dedo en la llaga, esto es, en los factores determinantes de la situación de desigualdad, discriminación y precariedad de la mujer en el mercado laboral y en las relaciones de trabajo, que como se indicó al principio, estriban en la enorme presencia de la mujer en la economía sumergida o ilegal (benévolamente, calificada de “informal”, pues el lenguaje que se utiliza importa y mucho en las ciencias sociales y jurídicas), la brecha de género salarial, los techos de cristal, las formas de diseñar los sistemas de clasificación profesional con supuestos criterios “objetivos” pero que esconden la discriminación, la excesiva rotación de la mujer en el mercado de trabajo, los períodos de cuidados que desestructuran las carreras de aseguramiento social, la irrealidad de una verdadera corresponsabilidad de las parejas que trabajan al mismo tiempo, y un largo etcétera.

Al tiempo, incidiendo en la intervención y regulación del mercado de trabajo como interviniendo (el mercado no garantiza la igualdad y no discriminación por generación espontánea, dada la lógica que le inspira y mueve) y regulando medidas jurídicas e institucionales en el campo de la Seguridad Social (y más ampliamente en el sistema de protección social pública) el objetivo a alcanzar -como resultado perseguido- es establecer un sistema de Seguridad Social libre de discriminaciones. Es necesario, adicionalmente, alentar la cultura de conciliación y corresponsabilidad, pero no se puede dejar de pensar en el papel determinante y conformador del Derecho y de las intervenciones de los poderes públicos en la garantía y efectiva de los principios de igualdad y no discriminación (reténgase, nuevamente, en la función promocional y proactiva impuesta a todos los poderes públicos en el artículo 9.2 de nuestra Carta Magna). Y tanto más cuando estamos en una coyuntura histórica en la que, con una fuerza desmedida, entran en juego prácticas e ideologías antiigualitarias. Ésta pretende legitimar las discriminaciones, de hecho, o incluso de Derecho (por vía discriminación directa y, ante todo, por el cauce de discriminaciones indirectas). Es preocupante incremento de las discriminaciones y desigualdades económicas y materiales, incluso dentro de los países dotados de sistemas de democracia constitucional, en un contexto ejercer su dominio los grandes poderes del mercado. Pero también esas ideologías neoconservadoras que las consideran como inevitables y las justifican incluso como factor de progreso social y de impulso de la libre iniciativa de los poderes de los complejos empresariales y del dominio del capital financiero y especulativo. Bajo la hegemonía de estas ideologías, significativamente las desigualdades se justifican alejando el derecho de propiedad y la pretendida limitar ilimitada de iniciativa económica privada.

En otro orden de ideas, importar hacer nota que en la Seguridad Social las reformas se insertan en un proceso de planificación dinámica de la Seguridad Social. Efectiva, las reformas de las pensiones se vienen enmarcando en un largo ciclo planificador (idea de planificación que, por cierto, siempre ha estado presente en la intrahistoria de la Seguridad Social y de su subsistema de pensiones) de varias fases, por lo demás las reformas de la Seguridad Social son, de suyo, de ciclo largo, pues exigen fases largas de adaptación para el Sistema pueda adaptarse a los cambios de las políticas del Derecho social de las pensiones, en nuestro caso. Es manifiesto que todas las reformas previstas en el último Pacto de Toledo y que se precisan en el Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia no pueden adoptarse al mismo tiempo, pues ello supondría una desorganización de todo el sistema que podría ser perjudicial. De aquí que se ha establecido un *ritmo*

asumible de implantación de las reformas del sistema de pensiones públicas (como también las encaminadas a fomento selectivo de las privadas de acompañamiento complementario). En una primera fase, y en otros cuerpos normativos, se ha mejorado el nivel no contributivo de la Seguridad Social (IMV), se incrementó antes la edad ordinaria de jubilación, se ha recuperado la revalorización real de las pensiones públicas, se ha derogado el factor de sostenibilidad de la Ley 2013, se ha incrementado la aportación del Estado a la financiación de la Seguridad Social; limitaciones a las jubilaciones anticipadas voluntarias; se ha operado un giro finalista y de modelo de las jubilaciones forzosas al amparo de convenio colectivo; se han reformado los sistemas complementarios fomentando los planes del sistema de empleo; se han abierto vías excepcionales a la compatibilidad pensión-trabajo, etcétera. Se ha abordado las reformas laborales -incompletas- que han tratado de mejorar el empleo en el sentido de favorecer su calidad (trabajo decente o digno), lo que condiciona, a su vez, la calidad de la protección dispensada en el nivel contributivo del sistema público de pensiones.

Y en un segundo momento, se aborda ya el nuevo mecanismo de equidad intergeneracional, la cotización de los trabajadores autónomos, la mejora de las pensiones mínimas¹⁴³, la expulsión completa de lo extraño del Sistema para depurarla de lo que no es objetivo propio y específico del sistema contributivo o, en su caso, de la propia Seguridad Social (como la financiación de las políticas activas de empleo con cargo a cotizaciones internas, que son el soporte principal del sistema financiero de reparto¹⁴⁴). Todavía se está en el desarrollo de esta “segunda fase” de aplicación de las reformas planificadas o programadas.

El proceso de reformas en el sistema de Seguridad Social, no puede olvidar que precisa de¹⁴⁵, de un conjunto de cambios que para ser eficaces deben estar verdaderamente integrados guardando una lógica interna. Entre ellos, por lo que aquí interesa, se ha de destacar:

1º). *Incremento las medidas legales que impida las discriminaciones por razón de género.* Por lo aquí más interesa ahora las discriminaciones (directas e indirectas) en materia de salarios: la brecha salarial de las mujeres respecto de los hombres supone adicionalmente un detrimento de los derechos de pensión (y en general una reducción de

¹⁴³ La Disposición final quinta de la Ley 21/2021 introduce un mandato al Gobierno que aborde la regulación garantista de la *Suficiencia de pensiones mínimas*. En efecto, conforme a dicha disposición, el Gobierno abordará en el marco del diálogo social una revisión de los criterios para la determinación de las cuantías de las pensiones mínimas con el fin de garantizar su suficiencia en cumplimiento del artículo 50 de la Constitución y del artículo 4 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea. A la vista de esta revisión, el Gobierno impulsará, en el plazo máximo de un año, las modificaciones normativas necesarias para establecer reglas relativas a la evolución de las pensiones mínimas que tengan en cuenta la evolución del salario mínimo interprofesional, garantizando la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

¹⁴⁴ Recuérdese que conforme al apartado 1 del art. 110 (“Sistema financiero”) de la LGSS: “El sistema financiero de todos los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social será el de reparto, para todas las contingencias y situaciones amparadas por cada uno de ellos, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3”. Añadiendo inmediatamente después que: “En la Tesorería General de la Seguridad Social se constituirá un fondo de estabilización único para todo el sistema de la Seguridad Social, que tendrá por finalidad atender las necesidades originadas por desviaciones entre ingresos y gastos” (apartado 2 del art. 110 LGSS).

¹⁴⁵ Ver MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación”, Título I en obra colectiva *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Ediciones, Laborum, Murcia, 2019, págs. 67 y ss.; MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, 2ª edición ampliada y revisada, Murcia, Laborum, 2022.

las prestaciones públicas contributivas)¹⁴⁶. En general y a pesar de los importantes avances conseguidos en materia de igualdad en el trabajo y de oportunidades entre hombres y mujeres, tanto en España como en el resto de los países europeos existe una brecha de género laboral. Las causas subyacentes a estas diferencias son múltiples y complejas, si bien reflejan discriminación en razón al sexo y desigualdades relacionadas con la educación y el mercado de trabajo, tales como¹⁴⁷ la segregación horizontal y vertical y la dificultad para conciliar vida personal, familiar y laboral y desigual asunción de responsabilidades familiares y domésticas. Lo que en definitiva viene a influir en la elección de su carrera profesional, el uso del trabajo a tiempo parcial e interrupciones de su vida profesional y por tanto de su carrera de seguro que son más cortas y económicamente menores. Y ante ello el sistema debe dar una respuesta positiva en su toma en consideración.

Como ya se indicó, el perfil de género del trabajo a tiempo parcial (fenómeno muy vinculado a feminización de las responsabilidades y cargas familiares) y su incidencia negativa en el derecho a la pensión ha determinado diversos pronunciamientos como el más reciente de la STC 88/2019, de 3 de julio, que declara inconstitucional la aplicación de un porcentaje de parcialidad al periodo de cotización a tiempo parcial, creado para mitigar los efectos de considerar el tiempo efectivo de trabajo en los contratos a media jornada. Y lo declara inconstitucional porque no mitiga lo suficiente ya que al final la pensión es de un importe menor que un pensionista a tiempo completo comparable (también sus horas de trabajo en la empresa son menores, pero eso no lo tiene en cuenta el Tribunal Constitucional).

El Parlamento europeo está impulsando una estrategia al respecto, como se puede comprobar en la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2017, sobre “la necesidad de una estrategia de género en materia de pensiones” (2018/C 331/08. DOCE, 18-9-2018). En esta Resolución se constata que en la mayoría de los Estados miembros, las mujeres gozan de una menor cobertura que los hombres en las *pensiones de jubilación* y que están sobrerepresentadas en las categorías de pensionistas más pobres e infrarrepresentadas en las categorías con mayores ingresos (apartado C) del Preámbulo), por lo cual pide al a Comisión Europea que, en estrecha cooperación con los Estados miembros, elabore una estrategia multidimensional para poner fin a la brecha de género en las pensiones en la Unión Europea (Apartado 1 de las Observaciones generales).

2º). *Familia, género y pensiones*. Un sistema de pensiones basado en la solidaridad intergeneracional e instrumentalizado a través de un sistema financiero de reparto con cobertura de capital, como el nuestro, debe invertir en la infancia y, como se acaba de señalar, en políticas de género, por ello mejorará la sostenibilidad del modelo de pensiones vigente. La mejora de la tasa de natalidad es un factor de sostenibilidad a largo plazo. Precisamente un lastre del sistema de pensiones es el envejecimiento de la población. En un sistema de reparto es muy importante que esté equilibrada la población activa y la pasiva. Es necesario

¹⁴⁶ Un nuevo exponente de que algo va mal todavía es el reciente fallo de la STJUE (Sala Tercera) de 8 de mayo de 2019, sobre prohibición de toda discriminación por razón de sexo. «Procedimiento prejudicial - Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social - Directiva 79/7/CEE - Artículo 4 - Prohibición de toda discriminación por razón de sexo - Discriminación indirecta - Trabajo a tiempo parcial - Cálculo de la pensión de jubilación». Asunto C161/18.

¹⁴⁷ Véase Ministerio de Empleo y Seguridad Social: “Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo 2011-2015”, págs. 337 y ss. El informe, en varios volúmenes, se puede encontrar en http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/Panorama/REV_035136, consultado en 6-3-2018. Sobre la problemática del género en las pensiones puede consultarse MALDONADO MOLINA, J.A.: “El Derecho de la Seguridad Social de la mujer”, en MONERO ATIENZA, C. y MONERO PÉREZ, J.L. (Dir.) et altri: *Género y derechos fundamentales*, Granada, Comares, 2010.

implantar políticas públicas de familia que favorezcan las decisiones libres de tener hijos. En relación a ello, las políticas de igualdad, de conciliación y corresponsabilidad, tienen un valor en sí mismas para la emancipación de la mujer, pero adicionalmente pueden ser un eje vertebrador de la natalidad. Las *políticas de familias en un sentido integral* (que incluye prestaciones económicas familiares directas e indirectas, y derechos de conciliación), tomadas en serio, constituirían un auténtico cambio de paradigma en la cosmovisión de la sostenibilidad del sistema público de pensiones¹⁴⁸.

Aquí encuentra un lugar importante la institución de las *rentas mínimas garantizadas a nivel estatal y de carácter condicionado*¹⁴⁹ para familias sin recursos, que tendrían una importancia social enorme, pero también de racionalización interna del conjunto de las prestaciones (incluidas las pensiones de Jubilación) no contributivas y de las rentas mínimas de inserción o ingresos de ciudadanía de primera y segunda generación. Un sistema de rentas mínimas garantizadas dentro de las Seguridad Social No Contributiva y al amparo del art. 41 CE y atendiendo al reparto competencial posible ex art. 149.1. 17^a CE (en el bloque constitucional reguladora del derecho de Seguridad Social que incluye al art. 10.2 CE y que ha de ser interpretado necesariamente *-ius cogens-* conforme a la “interpretación conforme”, como se indicó anteriormente- a los textos internacionales reguladores de este derecho ratificados por España). Se trataría de una medida compatible y complementaria con las medidas encaminadas al pleno empleo de calidad y el trabajo garantizado a través del impulso del sector público¹⁵⁰. Esta institución de protección social no constituye una panacea por sí misma, pero si puede ser extraordinariamente útil en el marco de un “paquete” o bloque organizado de medidas de renovación del Sistema de Seguridad Social No Contributiva o Asistencial.

2.4.5. Discriminaciones en torno al complemento de brecha de género tras la sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2025

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea vuelve a pronunciarse, a fecha de 15 de mayo de 2025, sobre el complemento de brecha de género de las pensiones en España al afirmar que, pese a todas las modificaciones legislativas introducidas, sigue siendo discriminatorio. Lo que pone de relieve la persistencia de disparidades en el tratamiento de hombres y mujeres en el ámbito de la seguridad social. El alto tribunal ha afirmado que, bajo la nueva regulación, aún existen pautas que favorecen a las madres en detrimento de los padres, lo que contradice las normativas europeas de igualdad de trato.

¹⁴⁸ Las reflexiones que se contienen en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral* (II Congreso Internacional y XV Nacional de la AEASS, celebrado en Madrid, octubre de 2018), 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2018. Véase MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G. y TRILLO GARCÍA, Á.R.: *El Ingreso Mínimo Vital*, Murcia, Laborum, 2021, pp. 28 y ss., y Capítulo Sexto, pp. 193 y ss.; *Ibid.*, *El Ingreso Mínimo Vital*, 2^a edición, revisada y ampliada, Murcia, Laborum, 2022; MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G. y TRILLO GARCÍA, Á.R.: *El ingreso mínimo vital nuevo pilar del pacto social intergeneracional entre jóvenes y mayores: cuatro años de su implantación en España (2020-2024)*. N.º 4 Especial 2024 de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/issue/view/69/74>

¹⁴⁹ Para las distintas modalidades de rentas mínimas garantizadas y sus diferencias con las llamadas rentas básicas incondicionadas, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La renta mínima garantiza. De la renta mínima a la renta básica*, Albacete, Bomarzo, 2018.

¹⁵⁰ Véanse las propuestas concretas y de viable realización en el plano de las políticas de familias y de racionalización del conjunto de prestaciones no contributivas (incluida la de jubilación) en MONEREO PÉREZ, J.L.: *La renta mínima garantiza. De la renta mínima a la renta básica*, Albacete, Bomarzo, 2018.

El caso surge a raíz de dos cuestiones prejudiciales planteadas por instancias judiciales españolas, cuestionando la compatibilidad de la actual redacción del artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social con la directiva de la UE que promueve la igualdad de género en ámbitos laborales y de pensiones. Aunque esta ley fue reformada en varias ocasiones, el TJUE ha determinado que sigue existiendo un trato menos favorable hacia hombres que se encuentran en situaciones comparables a las de las mujeres.

El complemento original -denominado complemento de maternidad por aportación demográfica-, creado en 2016, se limitaba a beneficiar únicamente a las madres de dos o más hijos, lo que llevó a la anulación de su legalidad en diciembre de 2019 por el TJUE debido a su carácter discriminatorio. Posteriormente, mediante el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, se modificó el suplemento en febrero de 2021 -pasando a denominarse complemento para la reducción de la brecha de género-, permitiendo también que los padres pudieran optar a este apoyo financiero a partir del primer hijo. A partir de 2025, el complemento se ha fijado en 35,90 euros mensuales por cada hijo.

La STJUE n.º C?623/23 y C?626/23, de 15 de mayo de 2025, revisado la actual regulación, ha destacado que las condiciones exigidas a los padres para beneficiarse del complemento son más restrictivas en comparación con las impuestas a las madres. Mientras que las trabajadoras reciben el complemento de forma automática, los hombres deben cumplir con requisitos adicionales, como tener una carrera profesional afectada por el nacimiento o adopción de sus hijos o estar en situación de viudedad.

En su sentencia, el TJUE ha subrayado que la normativa española, al imponer requisitos adicionales a los hombres para acceder al complemento de pensión, efectivamente establece una discriminación directa por razón de sexo. Aunque la medida pretende corregir una desigualdad histórica y estructural que afecta a las mujeres, el TJUE determina que no se justifica una diferencia de trato tan marcada, ya que el complemento se concede a todas las mujeres con hijos, independientemente de si han sufrido una interrupción en sus carreras profesionales.

En base a estas consideraciones, cuando actualmente aún sigue judicializándose el reconocimiento del derecho de los hombres a acceder al antiguo complemento por maternidad (2016-2021), la decisión del TJUE parece volver a refleja la necesidad de revisar y modificar las políticas y normas asociadas a estos suplementos en la pensión siguiendo los principios de igualdad de género.

La sentencia mentada responde a las cuestiones prejudiciales presentadas de la siguiente forma:

1.- «¿La Directiva [79/7] debe interpretarse en el sentido de que no respeta el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por los arts. 1 y 4 de la Directiva, una regulación nacional como la contenida en el artículo 60 de la [LGSS modificada] que, bajo la rúbrica “Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, reconoce la titularidad del derecho a un complemento a las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente a las mujeres que hayan tenido hijos o hijas biológicos o adoptados y sean beneficiarias de dichas pensiones, sin ningún otro requisito y al margen del importe de sus pensiones, y no se reconoce en las mismas condiciones a los hombres en idéntica situación al exigir para acceder al complemento de su pensión de jubilación o de incapacidad permanente determinados períodos sin cotización o cotizaciones inferiores con posterioridad al nacimiento de los

hijos/as o a la adopción y, en concreto, en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer, y en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer?».

Indica, a este respecto, el TJUE lo siguiente: «1) La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, en particular sus artículos 4 y 7, apartado 1, letra b), a la luz del artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional en virtud de la cual, con la finalidad de reducir la brecha de género en las prestaciones de seguridad social debida a la educación de los hijos, se reconoce un complemento de pensión a las mujeres que perciban una pensión contributiva de jubilación y hayan tenido uno o más hijos, mientras que el reconocimiento de este complemento a los hombres que se encuentran en una situación idéntica está sujeto a requisitos adicionales relativos a que sus carreras profesionales se hayan interrumpido o se hayan visto afectadas con ocasión del nacimiento o de la adopción de sus hijos».

2.- ¿La Directiva [79/7] impone como consecuencia de la discriminación derivada de la exclusión del pensionista de sexo masculino que se le reconozca el complemento de la pensión de jubilación a pesar de que el artículo 60 de la LGSS [modificada] establezca que el complemento solo puede reconocerse a uno de los progenitores y, al mismo tiempo, el reconocimiento del complemento al pensionista varón no debe determinar como efecto de la sentencia del TJUE y de la inadecuación de la regulación nacional a la Directiva la supresión del complemento reconocido a la mujer pensionista de jubilación al concurrir en ella los requisitos legales de ser madre de uno o más hijos?»

«2) La Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, en el caso de que se haya denegado una solicitud de complemento de pensión presentada por un padre en virtud de una norma nacional declarada constitutiva de discriminación directa por razón de sexo, a los efectos de esta Directiva, y de que, en consecuencia, deba reconocerse al padre ese complemento con arreglo a los requisitos aplicables a las madres, tal reconocimiento conlleve la supresión del complemento de pensión ya reconocido a la madre, considerando que, a tenor de esa norma, dicho complemento solo puede reconocerse al progenitor que perciba la pensión de jubilación de menor cuantía y tal progenitor es el padre».

El TJUE hace hincapié en que la exigencia a los varones de condiciones adicionales que no se imponen a las mujeres supone nuevamente una discriminación directa por razón de sexo. De esta forma, al menos de inicio, la reclamación en base a la nueva STJUE sería posible para cualquier varón al que se le haya denegado la prestación por no cumplir requisitos adicionales impuestos como haber interrumpido la vida laboral por el cuidado de hijos nacidos antes de 1995, o, en caso de nacimientos posteriores a esa fecha, que la suma

de las bases de cotización de los dos años posteriores al nacimiento sea un 15 % inferior a la de los dos anteriores. En contraposición, el TJUE ve acorde con la normativa europea el reconocimiento del complemento al progenitor que perciba la pensión de jubilación de menor cuantía, pero aclara que no exige privar del derecho a quien ya lo tenga reconocido, en este caso, corresponderá a la doctrina y jurisprudencia interna decidir si corresponde retirar el complemento a la madre cuando el padre cumpla los mismos requisitos.

3. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *El valor de la igualdad y el Derecho del Trabajo*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho. Sección Derecho vivo), 2020.

ARAGÓN GÓMEZ, C.: “Las controversias judiciales en torno al viejo complemento por maternidad y a supuesto “varón discriminado”, con especial referencia a la cuestión relativa al concreto cauce procesal”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 41 (2024), pp. 147-170.

ARETA MARTÍNEZ, M.: “Garantías de la igualdad de trato y no discriminación”, en VV.AA., *Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disruptión digital. VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2024.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales experiencias y desafíos de una protección social centenaria* (IV Congreso Nacional y XVII Congreso Nacional de la AESSS, Madrid, Octubre de 2020), 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2020.

BALLESTER PASTOR, M.A: “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en Nogueira Guastavino, M., Fontinopoulos Basurko, Miranda Boto, J.M.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2^a ed., 2024.

BALLESTER PASTOR, M.A: “El complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLSS en la redacción del precepto al RD-ley 3/2021 puede reconocerse a ambos progenitores”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2023.

BALLESTER PASTOR, M.A: “La efectividad en España de la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea (la dimensión desconocida de las cláusulas horizontales)”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, nº10, 2016.

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

BALLESTER PASTOR, M.A: “Los dilemas del complemento de brecha de género” (Ponencia en Congreso Nacional “La Brecha de Género en las Pensiones. Evaluación de las medidas adoptadas hasta la fecha y propuesta de nuevas acciones”, 23-24 de Enero, Granada, 2025), Murcia, Laborum, 2025.

BARCELÓN COBERO, S.: *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social (con las reformas introducidas por el RD 11/2013)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

BARRIOS BAUDOR, G., y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.) et altrí: *Derecho vivo de la Seguridad Social. VI Seminario Permanente de Estudios y Actualización URJC-AESSS 2021* (Madrid, 2021), Murcia, Laborum, 2022.

BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Edad y pensión de jubilación. Una oportunidad para hacer sostenible el sistema de la Seguridad Social*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2023.

BENAVENTE TORRES, M^aI., «La ratificación del Convenio OIT nº189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, no 151, 2021.

BORRAJO DACRUZ, E.: *Estudios jurídicos de Previsión Social*, Madrid, Aguilar, 1962.

BORRAJO DACRUZ, E.: “Trabajo de la mujer a tiempo parcial, principio de igualdad y pensión de jubilación. Reflexiones sobre el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Social, de 8 de enero de 2007”, *La Ley 2231/2007*.

Castro Medina, R.: *Las personas mayores en el contexto de las políticas socio-laborales. La importancia de un cambio de paradigma*, Barcelona, Atelier, 2023.

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

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La interpretación del sistema de Seguridad Social con perspectivas de género en la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo”, en *Revista de Derecho Social, Laborum*, núm. 29 (2021): 27-54.

CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, edición y estudio preliminar, “Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia del principio”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016.

CRISTÓBAL RONCERO, R.: “La tutela antidiscriminatoria en la doctrina del TJUE”, en VV.AA., *Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disruptión digital. VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2024.

CRUZ VILLALÓN, J.: “El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, N°28, de 2021.

DÍAZ AZNARTE, M.T.: *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, Barcelona, Bosch, 2003.

ERRANDONEA ULAZIA, E.: *Sistema español de pensiones: revisión crítica de los elementos comunes al cálculo de pensiones*, Granada, Comares, 2016.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguo y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, Madrid, La Ley, 1999.

FERNÁNDEZ PROL, F.: “Trabajadores a tiempo parcial y protección social: novedades en materia de cotización y reformulación de las reglas de cómputo de los períodos carenciales”, *Revista de Derecho Social*, nº 64, 2013.

FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: “La revisión de la jubilación anticipada”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *La Encrucijada de las pensiones del Sistema Española de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su Desarrollo legislativo* (VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Madrid, octubre 2022), Tomo I, Murcia, Laborum, 2022.

GARCÍA GONZÁLEZ, G.: *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar. Una aproximación crítica desde la dogmática jurídica*, Madrid, Dykinson, 2022.

FERRAJOLI, L.: *Manifiesto por la igualdad*, trad. P. Andrés Ibañez, Madrid, Trotta, 2019

GÓMEZ SALADO, M.A.: “Mujeres: la importancia de cerrar la brecha de género en el ámbito tecnológico para seguir construyendo un mundo del trabajo más justo e igualitario”, en GÓMEZ SALADO, M.A., y RUÍZ SANTAMARÍA, J.L. (Dirs.) *et altri: El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación tecnológica: una aproximación jurídico-social*, Granada, Comares, 2022.

GÓMEZ SALADO, M.A., y RUÍZ SANTAMARÍA, J.L. (Dirs.) *et altri: El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación tecnológica: una aproximación jurídico-social*, Granada, Comares, 2022.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Coord.): *Seguridad Social y Familia*, Madrid, La Ley, 1999.

GRAU PINEDA, C.: *La brecha de las pensiones en España*, Albacete, Bomarzo, 2021.

HECK, PH.: *El problema de la creación del Derecho*, trad. Manuel Entenza (Manuel Sacristán Luzón), Prólogo de José Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999.

IHERING, R. VON: *El fin en el derecho*, Estudio Preliminar «El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del derecho», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2ª ed., 2011.

JIMENA QUESADA, L.: “Los derechos de las mujeres en la Carta Social Europea”, en FABREGAT MONFORT, G. (Coord.): *Mujer y Derecho. Jornada de igualdad de la Facultad de Derecho. Universitat de València*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

JURADO SEGOVIA, Á.: *Acoso moral en el trabajo: Análisis Jurídico-Laboral*, Madrid, La Ley, 2008.

QUESADA SEGURA, R., y PERÁN QUESADA, S. (Dirs.) *et altri: La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Granada, Comares, 2009.

LÓPEZ CUMBRE, L.: “La Seguridad Social ante la nueva “revolución digital””, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *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, Madrid, octubre, 2023), Tomo I, Murcia, Laborum, 2023.

LÓPEZ INSUA, B.M., ORTEGA LOZANO, P.G., GUINDO MORALES, S. (Dirs.): *Seguridad social y tecnologías con perspectiva de género*, Granada, Comares, 2023.

LÓPEZ INSUA, B.M.: "Conciliación de la vida laboral, personal y familiar *versus* Seguridad Social en el marco de una política coherente de bienestar social", en VV.AA., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C y GARRIDO PÉREZ, E (Dirs); CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M, RAMÍREZ BENDALA, M.D, SIERRA BENÍTEZ, E.M y CEVILLA GARZÓN, M.Á. (Coord): *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Murcia, Laborum, 2016.

LÓPEZ INSUA, B.M.: "Género y jubilación: una cuestión sujeta a debate", en VV.AA., ORTIZ CASTILLO, F; RODRÍGUEZ INIESTA, G y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords): *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible* (Congreso Internacional y Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, celebrado en Madrid-TGSS, octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

LÓPEZ INSUA, B.M.: "La feminización del contrato a tiempo parcial y su impacto en la pensión de jubilación", en VV.AA., LÓPEZ DE LA CRUZ y L., SABORIDO SÁNCHEZ, P (Coord) y CAÑIZARES LASO, A (Dir): *El reto del envejecimiento de la mujer: propuestas jurídicas de futuro*, Valencia, Tirant Lo Blach, 2018.

LÓPEZ INSUA, B.M.: «Migraciones y trabajo invisible tienen nombre de mujer», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.205, 2018.

LÓPEZ INSUA, B.M.: *El principio de igualdad de género en el Derecho social del trabajo*. Murcia. Laborum (Colección Trabajos de Investigación). 2017.

LÓPEZ INSUA, B.M.: "La protección de las personas mayores desde la perspectiva de género", en VILA TIERNO, F y GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M (Dirs) y GÓMEZ SALADO, M.Á (Coord) *et altri: La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores*, Navarra, Aranzadi, 2021.

LÓPEZ INSUA, B.M.: "Impacto de las nuevas tecnologías en la protección de la incapacidad temporal" en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs) y Vida Fernández, R y Muros Polo, A (Coords), *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disruptiva digital*, Granada, Comares, 2024.

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*, nº53, 2019.

LOUSADA AROCHENA, J.F: *El enjuiciamiento de género*, Madrid, Dykinson, 2020.

LOUSADA AROCHENA, J.F: "Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones", VV.AA., *Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disruptión digital. VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2024.

MALDONADO MOLINA, J.A.: *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

MALDONADO MOLINA, J.A.: "Derecho a la Seguridad Social de la mujer", en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), *Género y derechos fundamentales*, Granada, Comares, 2010.

MALDONADO MOLINA, J.A.: "Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, nº. 466, enero-febrero de 2022.

MOLINA HERMOSILLA, O: “De la conciliación a la corresponsabilidad: hacia una política de productividad y flexibilidad”, en VV.AA., *Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*, Granada, Comares, 2012.

MOLINA HERMOSILLA, O: “Edadismo y discriminación en la atención a la salud”, en VV.AA., *Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disruptión digital. VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2024.

MORGANO PANADERO, P: “La necesidad de cobertura objetiva de los riesgos psicosociales por el sistema de la Seguridad Social: propuesta de “lege ferenda”, en RAMOS QUINTANA, M. (Dir.) et altri: *Riesgos psicosociales y Organización de la Empresa*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2017.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2021.

MONEREO PÉREZ, J.L., y PERÁN QUESADA, S. (dirs) et altri: *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida*, Granada, Comares, 2016, 2001 pp.

MONEREO PÉREZ, J.L., y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Nuevas medidas de seguridad social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos (A propósito del RD Ley 3/2021, de 3 de febrero), en *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2021.

MONEREO PÉREZ, J.L., y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: Reformas en la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y para los trabajadores al servicio del hogar familiar. (2022). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, 32, 11-44. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/601>

MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ 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*. 33 (2022): 13-31. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/644/739>

MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: Ampliación de derechos de los pensionistas, reducción de la brecha de género y nuevo marco de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social: A propósito del cumplimiento legal de los hitos del Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia. (2023). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, 35, 13-41. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/673>

MONEREO PÉREZ, J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ, L.: “La protección socio-jurídica de la víctima de violencia de género”, en QUESADA SEGURA, R., y PERÁN QUESADA, S. (Dir.) et altri: *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Granada, Comares, 2009, pp. 41-108.

MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.) *et altri: Manual de Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C, QUESADA SEGURA, R, MORENO VIDA, M.N, MÁRQUEZ PRIETO, MALDONADO MOLINA, J.A. (Autores), 19^a edición, Madrid, Tecnos, 2023.

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (Dirs. y Coords.): *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.

MONEREO PÉREZ, J. L.: "La política de pensiones tras el Acuerdo Social y Económico de 2011: La fase actual de la construcción de un "nuevo" sistema de pensiones", en MONEREO PÉREZ, J.L Y MALDONADO MOLINA, J.A (Dir y Coord) *et altri: La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "La garantía internacional y europea de los derechos a la Seguridad Social y asistencia social", en VV.AA.: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Barcelona, Atelier, 2017.

MONEREO PÉREZ, J. L.: "Vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo y principio de interpretación jurídica conforme a la eficacia de la tutela antidiscriminatoria: salarios de tramitación y despido nulo por embarazo", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 4/2024.

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., MOYA AMADOR R y SERRANO FALCÓN, C (Coords): *Estudios sobre diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Navarra, Aranzadi, 2016.

MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ INSUA, B.M.: "La protección social de la mujer trabajadora en una sociedad en transformación", en LÓPEZ INSUA, B.M., ORTEGA LOZANO, P.G., y GUINDO MORALES, S. (Dirs.) *et altri: Seguridad Social y tecnologías con perspectiva de género: Prácticas y experiencias en el proceso de enseñanzas y aprendizaje*, MARTÍN MUÑOZ, M.R. y LÓPEZ VICO, S. (Coords.), Granada, Comares (Colección Trabajo y Seguridad Social), 2023.

MONEREO PÉREZ, J.L y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Género y Seguridad Social (I) la Seguridad Social ante las víctimas de violencia de género", *Revista de derecho de la Seguridad social* (Laborum), N°. 11, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Género y Seguridad Social (II) la Seguridad Social ante las víctimas de violencia de género", *Revista de derecho de la Seguridad social* (Laborum), N°. 12, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, nº 22, 2020. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/393/437>

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. 31 (2022): 13-30.

MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de Jubilación*, 2ª edición revisada y ampliada, Murcia, Laborum, 2022.

MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 4 (2022): 11-42. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/614/695>

MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en el Real Decreto-Ley 5/2023: Panorámica general». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 9 (2023): 11-33. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/845/1020>

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Estudio sistemático de los artículos 51 a 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en MONERERO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (dirs. y coords.), *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.: “La garantía de las pensiones: Desafíos para la sostenibilidad económica y social”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, mayo-octubre, núm. 3 (2021).

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de Relaciones Laborales*, Murcia, Laborum, 2020.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, Atelier, 2022.

MONEREO PÉREZ, J.L., GONZÁLEZ DE PATTO, R.: “La protección de la dependencia desde una perspectiva de género”, en *Género y derechos fundamentales*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2010.

MONEREO PÉREZ, J.L., GUINDO GONZÁLEZ, S.: “Precariedad laboral y doble discriminación por el tipo normativo de modalidad contractual y por razón de género. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 3 de octubre de 2019 (asunto C-274/18)”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 1/2020. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2020-00000000766

MONEREO PÉREZ, J.L., MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.) et alii: *Los sistemas de protección social ante la disruptión digital*, Vida Fernández, R. y Muros Polo, A. (Coords.), Granada, Comares (Colección Trabajo y Seguridad Social), 2023.

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho a la protección de las personas de la tercera edad (artículo 50 de la Constitución Española)”, en MONEREO PÉREZ, J., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (Dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: “*El marco legal del sistema multinivel de garantías a la no discriminación* (Capítulo 5)”, en Monereo Pérez, J.L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2022, pp. 267-303.

MONEREO PÉREZ, J.L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2022.

MONEREO PÉREZ, J.L., y Rivas Vallejo, P.: *Tratado de Salud Laboral*, 2 Tomos, GARCÍA VALVERDE, M.D. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2012. Tomo I, 1971 pp. Tomo II, 1618 pp.

MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en el Real Decreto-Ley 5/2023: Panorámica general”. (2023). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 9, 11-33. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/845>

MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 4, 2022.

MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en el Real Decreto-Ley 5/2023: Panorámica general”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, N°9, 2023.

MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Ortiz Castillo, F. (Coord.), Murcia, Laborum, 2002.

MONEREO PÉREZ, J., y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: El trabajo a tiempo parcial y su discriminación por la Seguridad Social (A propósito de la STC 91/2019, de 3 de julio). (2019). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, 20, 11-22. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/362>

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 41, 2016.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “El modelo de pensiones tras la reforma: público y privado, entre la sostenibilidad y equidad”, Conferencia Inaugural, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *La Encrucijada de las pensiones del Sistema Español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su Desarrollo legislativo* (VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Madrid, octubre 2022), Tomo I, Murcia, Laborum, 2022, pp. 1-185.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, Atelier, 2022.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “La política de pensiones tras el Acuerdo Social y Económico de 2011: La fase actual de la construcción de un “nuevo” sistema de pensiones”, en MONEREO PÉREZ, J.L y MALDONADO MOLINA, J.A (Dir y Coord) *et altri: La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea*, Murcia, Laborum, 2021.

MORENO VIDA, M.N., MONEREO PÉREZ, J.L., y DÍAZ AZNARTE, M.T. (Dirs. y Coords.) *et altri: La pensión de viudedad. La necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Granada, Comares (Colección Trabajo y Seguridad Social), 2013.

MORENO VIDA, M.N.: “Protección social y medidas de inclusión social de las mujeres desde el ámbito comunitario”, en *Seguridad Social y tecnologías con perspectiva de género: Prácticas y experiencias en el proceso de enseñanzas y aprendizaje*. Belén del Mar López Insua), Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, y Sara Guindo Morales (Dirs.), María Rosa Martín Muñoz, Sheila López Vico (Coords.), Granada, Comares, 2023,

MUÑOZ MOLINA, J.: “La mujer en el ordenamiento de la Seguridad Social”, SAÉZ LARA, C (Coord) *et altri: Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*, Murcia, Laborum, 2016.

NIETO ROJAS, P.: “Promoción de la igualdad de trato y no discriminación”, en VV.AA., *Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disruptión digital* (VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, celebrado en Madrid, octubre de 2024), Murcia, Laborum, 2024.

NUSSBAUM, M.C.: *Las mujeres y el desarrollo humano. Un enfoque de las capacidades* (2000), Barcelona, Herder, 2002.

OTXOA CRESPO, I., *La Seguridad Social del empleo doméstico*, Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, 2012.

ORTIZ GARCÍA, P.: “El trabajo a tiempo parcial ¿una alternativa para la mujer en tiempos de crisis?”, *Sociología del trabajo*, núm.82, 2014.

PERÁN QUESADA, S.: “Género y políticas de empleo”, en MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A y LÓPEZ INSUA, B.M (Dirs y Cords) *et altri: Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Navarra, Aranzadi, 2016.

PERÁN QUESADA, S.: *Derecho Social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014. Una obra especialmente relevante en la doctrina.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *El recurso individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

PÉREZ DEL PRADO, D.: “La protección por desempleo de las personas trabajadoras al servicio del hogar: barreras jurídicas y económicas que se ha superado”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 32, 2022.

PÉREZ DEL PRADO, D.: «El debate en torno a la protección por desempleo en el empleo doméstico», *Reflexiones sobre el empleo doméstico. De dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, Vitoria-Gasteiz, 2020.

QUESADA SEGURA, R.: «Género y trabajo informal», en MONEREO PÉREZ, J.L y PÉRAN QUESADA, S (Dirs): *Derecho Social y Trabajo informal*, Granada, Comares, 2016.

RADBRUCH, G.: *El Hombre en el Derecho. Conferencia y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, trad. Aníbal del Campo, edición y estudio preliminar, “Gustav Radbruch: un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020.

RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, edición y estudio preliminar, “La filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política” (pp.XIII-CIX), a cargo de J.L MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*, Albacete, Bormarzo, 2013.

RODRÍGUEZ CRESPO, MºJ.: «La contratación irregular de los empleados al servicio del hogar familiar», *Revista Lex Social*, vol.9, nº2, 2019.

RUANO ALBERTO, S.: *El régimen jurídico de los empleados de hogar*, Barcelona, Atelier, 2013.

SALCEDO BELTRÁN, M.C.: “Reformas adoptadas frente a la crisis económica y Carta Social Europea”, en ALFONSO MELLADO, C.L., JIMENA QUESADA, L., y SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Albacete, Bormarzo, 2014.

SALCEDO BELTRÁN, M.C.: «El trabajo doméstico en España: planteamientos y desafíos insoslayables frente a la esclavitud moderna», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, no 55, 2020.

SALCEDO BELTRÁN, M.C. (Dir.) et altri: *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

SANZ SÁEZ, C.: *Génesis y evolución del servicio doméstico*. Granada. Comares, 2018.

SANZ SÁEZ, C.: *La protección social de las empleadas de hogar. La desaparición definitiva del Régimen Especial de la Seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema Especial: análisis actual y futuro*. Albacete, Bormarzo, 2017.

SANZ SÁEZ, C., *Régimen prestacional de las empleadas de hogar: análisis crítico y perspectivas de cambio*. Tesis Doctoral. UCLM. 2015.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L.: “Juzgar con perspectiva de género: perspectiva del TJUE, TC y TS”, en *La incidencia de género en la jurisprudencia social. Especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad y su aplicación por los tribunales españoles. Perspectiva de la Unión Europea*, Madrid, CGPJ, *Cuadernos Digitales de Formación*, vol. 17, 2020.

SUÁREZ CORUJO, B. y HURTADO JARANDILLA, A., «La dimensión de género de la (des) protección por desempleo», *Revista De Derecho De La Seguridad Social Laborum*, no 14, 2018. [<https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/269>].

TRILLO GARCÍA, A.: «Retos futuros en la protección integral desde el sistema de la Seguridad Social de las trabajadoras del hogar», *Lex Social*, vol. 9, no 2, 2019.

RICOU CASAL, M.: “OIT. Visibilizar la diferencia biológica hombre-mujer: clave para una real y efectiva salud laboral”, en *RJLSS*, 2024.

RIVERO BERMÚDEZ DE CASTRO, L.A.: “La OIT ante el reto de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en el nuevo contexto digital”, en VV.AA., *Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disruptión digital. VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2024.

RODRÍGUEZ CALDO, I.A.: *La seguridad jurídica en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ¿Un principio en decadencia?*, Madrid, BOE, 2024.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*, Albacete, Bomarzo, 2013.

RON LATAS, R.P y LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Pensiones no contributivas en perspectiva de género: norma y realidad”, *Revista de Seguridad Social*, nº12, 2017.

SAÉZ LARA, C. (Coord) *et altrii.*: *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*, Murcia, Laborum, 2016.

SAÉZ LARA, C.: “Un paso adelante en el avance para el trabajo del servicio del hogar familiar: Real Decreto-Ley 15/20202, de 6 de septiembre”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 480, 2024.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.) *et altrii.*: *Diez años de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Madrid, BOE, 2018.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: “Trabajo a tiempo parcial y protección social: el derecho a las prestaciones de Seguridad Social tras el Real decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, de protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes de orden económico y social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160/2013.

SEMPERE NAVARRO, A.V., y GARCÍA GIL, B. (Dirs.) *et altrii.*: *Una visión transversal del derecho a la igualdad. Ley 15/2022, de 12 de julio*, Madrid, SEPIN, 2023.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La protección por desempleo en el sistema especial de empleo doméstico”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2022.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Las diferencias de trato razonables, objetivas y con un propósito legítimo en la protección a la salud y la Seguridad Social", en VV.AA., *Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disruptión digital. VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2024.

SERNA CALVO, M., y AGUSTÍ MARAGALL, J.: "Complemento de brecha de género: ¿discriminación o acción positiva?", en *Jurisdicción Social*, núm. 247, 2023.

SERRANO GARCÍA, Mª J.: "El derecho a la igualdad retributiva por razón de género" en VV.AA., VALDÉS DAL-RÉ, F y QUINTANILLA NAVARRO, B (Dirs), *Igualdad de género y relaciones laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.

SUAREZ CORUJO, B.: "La dimensión de género de la (des)protección por desempleo", *Revista de Derecho De La Seguridad Social*, Laborum, 2018.

TORTUERO PLAZA, J.L.: "Empleo, género y conciliación: hacia un nuevo contrato de trabajo" en VV.AA., *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Cizur Menor (Navarra), Thomsom-Aranzadi, 2006.

TORTUERO PLAZA, J.L.: "La fotografía de la vida activa/pensionable después de la edad de jubilación. La jubilación demorada", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *La Encrucijada de las pensiones del Sistema Española de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su Desarrollo legislativo* (VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Madrid, octubre 2022), Tomo I, Murcia, Laborum, 2022.

TORTUERO PLAZA, J.L. (Dir.) *et altri: Cien años de protección social en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Granada, Comares, 2012.

TRUJILLO PONS, F.: *España frente al Acoso Laboral. Un estudio comparativo con Canadá*, Barcelona, Atelier, 2017.

VALDUEZA BLANCO, M.D.: *La Seguridad Social en la jurisprudencia constitucional (1981-2020)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Madrid, Reus, 2010.

VILA TIERNO, F.: "Pensiones, mayores y perspectiva internacional", en VILA TIERNO, F. y GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M. (Dirs.) *et altri: La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2021.

VILLAR CAÑADA, I. M.: "Seguridad Social e igualdad por razón de género tras la Ley 27/2011, de reforma de las pensiones: el Sistema Especial de Empleadas/os de hogar", en *Relaciones Laborales*, núm. 18, 2011.

VILLAR CAÑADA, I. M: "La última -por el momento- reforma del sistema público de pensiones en clave de género. La garantía de una protección suficiente como objetivo, también para las mujeres pensionistas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, (477), 2023.

VICENTE PALACIO, A. (Coord.): *Aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia Social*, Barcelona, Atelier, 2023.

VIVERO SERRANO, J.B.: *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Granada, Comares, 2021.

PENSIONES DE SUPERVIVENCIA¹

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

 <https://orcid.org/0000-0001-5054-8822>

Sumario: **1.** Pensión de viudedad; **1.1.** Crisis matrimoniales. Pensión compensatoria. Violencia de género; **1.2.** Parejas de hecho; **1.2.1.** Requisitos simultáneos; **1.2.2.** Convivencia rota. Perspectiva de género; **1.2.3.** Anterior Ley Catalana de parejas de hecho. Efectos de la STC 40/2014, de 1 de marzo, sobre inconstitucionalidad del art. 174.3 LGSS/1994. Situaciones anteriores; **1.3.** Recargo en las prestaciones. Incidencia en cambio legislativo que modifica el porcentaje de la pensión del 45 al 52%; **1.4.** Período mínimo de cotización. Cómputo trabajos a tiempo parcial. Hecho causante anterior al RD-ley 2/2023. Perspectiva de género; **2.** Pensión de orfandad. Incremento con la pensión de viudedad. Interpretación del requisito de orfandad absoluta; **3.** Conclusiones; **4.** Bibliografía.

1. PENSIÓN DE VIUDEDAD

1.1. Crisis matrimoniales. Pensión compensatoria. Violencia de género

El asunto analizado por el Tribunal Supremo parte de los siguientes hechos relevantes² el causante falleció en 28-4-2019. El 9 de mayo de 2019 la actora solicitó al INSS pensión de viudedad, la cual fue denegada por resolución del INSS de fecha 10 de mayo de 2019 por no ser el solicitante perceptor de pensión compensatoria, ni haberse producido la separación judicial y o divorcio con anterioridad a 1 de enero de 2008; frente a dicha resolución se interpuso reclamación previa, alegando ser víctima de violencia de género siendo desestimada por resolución de 27 de junio de 2019.

En fecha 15-3-2017 el matrimonio fue disuelto por divorcio sin acordar pensión compensatoria.

¹ Texto de la ponencia “Pensiones de supervivencia” presentada al IX Seminario Permanente de estudio y actualización “El Derecho de la Seguridad Social a través de la jurisprudencia”, organizado por la Asociación Española de Salud y Seguridad Social y la Universidad Rey Juan Carlos, celebrado en Madrid el 3 de julio de 2024

² STS 784/2024, de 30 mayo (Roj: STS 2049/2024 - ECLI:ES:TS:2024:3049, rec. 1116/2021).

Son resoluciones del caso: SJS 4 Oviedo 18 noviembre 2020 (proc. 536/2019, desestimatoria de la demanda; STS Asturias 275/2021, 2 febrero 2021 (ec. 27/202). desestimatoria del recurso de la viuda.

La ahora viuda formuló denuncia contra don Teodosio, en fecha 16 de noviembre de 2018, ante la Guardia Civil, denunciando que ha sido víctima de un delito de violencia de género, reflejándose en los hechos: “...*Que el motivo del divorcio principalmente ha sido como consecuencia de la adicción que tiene el Sr. Teodosio a las drogas y el alcohol,que el motivo de la presente denuncia es como consecuencia de una llamada telefónica recibida el día 10 de noviembre de 2019..... que el motivo principal por el cual la denunciante se ve obligada presentar denuncia es que en esa llamada telefónica el Sr. Teodosio amenazó verbalmente a la denunciante...*”. A raíz de la denuncia se incoaron diligencias previas 673/2018 en el Juzgado de 1^a Instancia e Instrucción nº 7 por un presunto delito de amenazas y por auto de fecha 18 de noviembre de 2018 se acordó adoptar medida cautelar de alejamiento a favor de Dña. Camino prohibiendo al investigado D. Teodosio acercarse a la misma.

Posteriormente se incoó pieza de situación personal de orden de protección en el Juzgado de 1^a Instancia e Instrucción nº 5 de Avilés, que dictó auto de fecha 20 de noviembre de 2018, que sustituye al auto de 18 de noviembre de 2018, por el que se acordó orden de protección a favor de doña Camino respecto a Teodosio, con las medidas cautelares recogidas en el mismo.

Por auto de 27 de noviembre de 2019 se acordó continuar las diligencias previas que finalmente se archivarían por fallecimiento del encausado.

El núcleo de la litis suscitado en casación unificadora por la parte actora se reconduce a la acreditación de una situación de violencia de género durante el matrimonio, a los efectos de reconocimiento de una pensión de viudedad³.

El Tribunal Supremo parte de su sentencia de STS 178/2016 de 20 de enero⁴, que vino a señalar que la violencia de género se puede acreditar por cualquier medio de prueba admitido en derecho señalando la necesidad de que concurran tres datos para que surja la pensión de viudedad por esta vía de violencia de género, a saber:

- Elemento instrumental: acreditarse la realidad a través de medios probatorios jurídicamente válidos.
- Elemento material: ser víctima de violencia de su expareja.
- Elemento cronológico: que exista violencia de género al producirse la separación o divorcio”.

Partiendo de ello reconoce que las referidas denuncias de amenazas acaecen cronológicamente un año y medio después de disuelto el matrimonio, pero han de tomarse en consideración otras circunstancias y elementos que igualmente figuran en la sentencia impugnada y en las que tiene por reproducidas en su relato fáctico, y su enlace preciso y directo, contextualizando de esta manera un medio de prueba no plena con el resto de la crónica judicial de lo acaecido.

En el FJ 2 de la sentencia analizada se indica que en la sentencia de divorcio se reconoció el derecho a la patria potestad a ambos progenitores y la guarda y custodia de la menor a la madre (actora), como régimen de visitas para el causante en presencia de la abuela paterna de la menor propuesta por la madre. En dicha resolución, efectivamente, se

³ Téngase en cuenta que según el Juzgado de lo Social los indicios de violencia por presentación de la denuncia y toma de medidas por el Juzgado de 1^a Instancia e Instrucción, no tuvieron lugar hasta un año y medio después del divorcio.

⁴ Roj: STS: 178/2016 - ECLI:ES:TS:2016:178, rec. 3106/2014.

recogía que la actora se había visto obligada a abandonar el domicilio ante la difícil situación familiar derivada de las adicciones del demandado, y que los problemas de adicción al alcohol y a las drogas que relataba, confirmados por la propia madre del demandado, permitían excepcional el régimen general y atribuir la guarda y custodia de la menor a la demandante, estableciendo un restrictivo régimen de visitas supeditado siempre a la presencia de la abuela paterna de la niña.

Destaca el TS que resulta de todo punto significativo que la custodia de la hija menor le fuera sustraída al padre y que así mismo el régimen de visitas estuviera condicionado a la presencia de otra persona, y evidencia en definitiva una convivencia difícil y no exenta de situaciones de violencia en el seno del matrimonio, tal y como la propia actora reflejaba ya en la propia demanda de divorcio al aludir a los estados de agresividad contra ella, y en la denuncia de amenazas posterior en la que igualmente refiere una situación de agresividad precedente, que no había denunciado por temor.

Y señala que dichos indicios permiten establecer una conexión lógica y razonable entre los hechos de violencia denunciados y la presunción de que tal situación concurriera así mismo constante el matrimonio. Se cumplirían de esta forma los requisitos previstos por el art. 220.1 de la LGSS para el acceso a la prestación de viudedad, en particular el relativo al momento en que ha de resultar acreditada la violencia de género, interpretado en la forma expuesta.

1.2. Parejas de hecho

1.2.1. Requisitos simultáneos

El art. 221.2 de la LGSS norma los requisitos -a efectos de Seguridad Social- que se entiende como pareja de hecho y lo hace en los siguientes términos:

“... se reconocerá como pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho, y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, salvo que existan hijos en común, en cuyo caso solo deberán acreditar la constitución de la pareja de hecho de conformidad con lo previsto en el párrafo siguiente”;

y dicho párrafo señala que:

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

La interpretación de este párrafo ha sido muy controvertida y fuente de numerosas decisiones judiciales contradictorias.

El Tribunal Supremo señala como hechos relevantes los siguientes:

- La demandante, había convivido de forma ininterrumpida maritalmente sin vínculo matrimonial con D. Héctor desde al menos el 5-4-2002 hasta el fallecimiento de éste ocurrido el 23-7-2019, en el domicilio sito de Fuenlabrada.
- La actora había solicitado en fecha de 13-9-2019 al INSS reconocimiento de la pensión de viudedad, que fue denegada por Resolución de fecha 28-10-2019 basada en no ser su relación con el fallecido ninguna de las que pueden dar lugar a una pensión de viudedad al no constar inscritos como pareja de hecho de acuerdo con el art 221.2 LGSS.

La cuestión en definitiva a resolver no es otra cosa que determinar si tiene derecho a la pensión de viudedad una pareja de hecho que convivía como tal sin haber documentado públicamente o inscrito esa unión en los registros de pareja de hecho.

Se discutió si, a efectos de reconocer la pensión de viudedad, puede acreditarse la constitución de la pareja de hecho por cualquier medio admitido en derecho o exclusivamente por los medios previstos en el art. 221.2 LGSS), esto es, mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público.

La sentencia del TSJ de Madrid recurrida argumentaba que procedía aplicar la doctrina contenida en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS 480/2021, de 7 de abril (recurso 2479/2019) ya que en ambos casos se evidencia un compromiso de convivencia “materializado a lo largo de toda una vida en común”.

El TS viene a recordar su reiterado criterio, que en síntesis es el siguiente:

- La doctrina de esta Sala Social del TS ha sido constante en el sentido de que el legislador exige dos requisitos diferentes, que han de concurrir de forma simultánea y que se concretan en “la existencia de la pareja de hecho” (requisito formal) y en “la convivencia estable o notorio” (requisito material).
- Su STS 1262/2023, de 21 de diciembre⁵ relativa a que no existe exigencia legal alguna que obligue a un orden jurisdiccional a seguir la jurisprudencia de otro orden jurisdiccional distinto y además recuerda que la doctrina sentada en la Sentencia de la Sala Tercera que maneja la resolución recurrida para desestimar el recurso de suplicación entablado por la gestora (contenida en la sentencia de 1668/2019, de 3 de diciembre⁶) fue rectificada por el propio Tribunal en STS Sala Tercera 608/2020, de 28 de mayo⁷, donde vino a concluir (armonizándose con la doctrina de esta Sala Cuarta) que la prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante los medios señalados en el párrafo cuarto del artículo 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987, es decir mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un

⁵ Roj: STS 5951/2023 - ECLI:TS:ES:2023:5951 (rec. 2234/2022).

⁶ Roj: STS 4343/2019 -ECLI:TS:ES:2019:4343 (rec. 5178/2017).

⁷ Roj: STS 1541/2020 -ECLI:ES:TS:2020:1541 (rec. 6304/2017).

documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante⁸.

- Y la doctrina constitucional, concretamente la STC 1/2021, de 25 de enero⁹ interpretando la redacción del art. 173.4 LGSS1/1994 recordó que “*es doctrina de este tribunal que la inscripción en el registro administrativo de parejas de hecho o la formalización mediante escritura pública es un requisito constitutivo de dicha situación jurídica (SSTC 40/2014, de 11 de marzo; 45/2014, de 7 de abril, y 60/2014, de 5 de mayo¹⁰)*” y que tal exigencia “*no vulnera el art. 14 CE. Y la exigencia de la constitución formal, ad solemnitatem, de la pareja de hecho con la antelación mínima a la fecha del fallecimiento del causante de la pensión exigida en el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, porque busca atender a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación*

⁸ Su Fundamento de Derecho Cuarto señala lo siguiente:

“Esta Sala ha observado en la interpretación del párrafo cuarto del artículo 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987 el mismo criterio seguido por la Sala Cuarta en la interpretación del artículo 174.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994 respecto de la acreditación de la convivencia estable. En ese sentido se pronunció nuestra sentencia n.º 1668/2019, de 3 de diciembre (casación n.º 5178/2019). Ahora bien, como dice el auto de admisión y reconoce la recurrente, no hay jurisprudencia de nuestra Sala sobre la prueba de la existencia de la pareja de hecho que, en ambos casos, en el régimen de clases pasivas y en el de la Seguridad Social, dice la Ley que se debe acreditar mediante la inscripción en un registro específico o con un documento público en que se haya formalizado con la antelación indicada. La Sala Cuarta, como hemos visto, mantiene que la prueba de este último extremo solamente puede producirse con uno de esos dos medios señalados por el artículo 174.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, que son los mismos previstos por el párrafo cuarto del artículo 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987.

Aunque no existe la exigencia legal que obligue a un orden jurisdiccional a seguir la jurisprudencia de otro orden jurisdiccional distinto, no parece justificado, en principio que, ante regulaciones idénticas de situaciones idénticas, se llegue a soluciones distintas sin que concurran elementos que lo justifiquen. Los principios de igualdad en la aplicación de la Ley y de seguridad jurídica se resentirían.

Aquí la cuestión estriba, pues, en saber si el extremo en el que repara la sentencia de instancia, la fecha tardía en que entró en funcionamiento el registro de parejas de hecho de la Generalidad de Cataluña, puede suponer el elemento justificativo de una respuesta diferente. Pues bien, la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña explica en su sentencia n.º 5244/2019, de 1 de noviembre (suplicación n.º 3762/2019), que mantuvo en el pasado un criterio flexible sobre la acreditación de la existencia de la pareja de hecho aceptando para ello cualquier medio de prueba pero que, tras la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 40/2014, que anuló el último párrafo del artículo 174.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994 [el que remitía para la prueba de la pareja de hecho a la legislación específica en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio] ya no era posible esa vía interpretativa y, mucho menos, después de las que declararon la constitucionalidad de la exigencia de que se demuestre por medio de la inscripción o de documento público, en ambos casos anteriores en dos años al fallecimiento del causante (sentencias del Tribunal Constitucional n.º 45 y 51/2014).

Esto último es determinante y, como observa esa sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el retraso en la entrada en funcionamiento del registro autonómico, no excluía la posibilidad, a falta de registro municipal, de hacer uso del documento público para formalizar la existencia de la pareja de hecho. Por otro lado, se debe recordar, una vez más, con el auto de admisión que el régimen establecido por el artículo 174.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994 en el aspecto examinado, permanece ahora en el artículo 221.2 del Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Y que es exactamente el mismo establecido en el sistema de clases pasivas. Por tanto, no concurre ningún elemento diferencial que justifique seguir aquí un criterio diferente”.

⁹ BOE núm. 46 de 23 de febrero de 2021. Se trataba del recurso de amparo 1343/2018, en relación con la STS sala de lo social que había desestimado el reconocimiento de una pensión de viudedad por supuesta discriminación por razón de raza al haber sido denegada la pensión de viudedad por inexistencia de una unión matrimonial reconocida en el ordenamiento español. Se analizó la STEDH 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz contra España.

¹⁰ BOE 10 abril y 7 de mayo de 2014 respectivamente.

de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de seguridad social”.

1.2.2. Convivencia rota. Perspectiva de género

El Tribunal Supremo en su STS 623/2024, de 29 abril¹¹, analiza la cuestión de si cabe reconocer la pensión de viudedad a la actora, víctima de violencia de género, cuando no consta acreditado el requisito de constitución de la pareja de hecho a que se refiere el inciso segundo del artículo 221.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

Los hechos de los que parte -en síntesis- son los siguientes:

- En la sentencia núm. 539/2012, de 19/11/2012, del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Vitoria-Gasteiz, en el convenio regulador de la guarda y custodia de la hija menor, la demandante calificaba dicha relación, en su condición de compareciente, en los siguientes términos: “los comparecientes mantuvieron una relación extramatrimonial, fruto de la cual nació una hija, Angélica, de 10 años de edad, nacida en 2002, en Vitoria-Gasteiz,
- El fallecido era Ertzaintza de profesión y estaba jubilado en la fecha de su fallecimiento.
- Que la actora se trasladó a Vitoria-Gasteiz con el causante en 1999, residiendo en régimen de alquiler en Vitoria, hasta el año 2009 (27/03/2009), en que trasladaron su residencia, permaneciendo empadronada hasta el 28/09/2017. Tras ello, nuevos trasladados, con empadronamientos del causante y luego la demandante con su hija, residiendo en dicho domicilio hasta el fallecimiento del causante.

Hay constancia de:

-Informe de ingreso hospitalario no voluntario sin autorización judicial de la demandante solicitado por el causante, quien alegaba alteración conductual de ésta, con una duración de dos días.

- Informe de asistencia médica por contusión craneal en octubre de 2017 en una clínica.
- Consta informe médico de asistencia en servicio de urgencias de un hospital, el 2/01/2017, por traumatismo facial por golpe con la puerta del coche, siendo el diagnóstico: “fractura de pared medial de órbita izquierda con herniación de la grasa extra corneal y neumo órbita”.
- En el auto de apertura de juicio oral, de 21/11/2017, dictado en el procedimiento abreviado núm. 291/2017, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Vitoria- Gasteiz, se deja constancia de que “mantuvieron una relación sentimental de 17 años”.
- “Credencial de Víctima Protegida”, en virtud de la sentencia dictada en la causa núm. 464/2017, por el delito de violencia doméstica y de género,

¹¹ Roj: 2455/2024 - ECLI:ES:TS:2024:2455 (rec. 3303/2022).

Son resoluciones del caso; SJS núm. 3 de Vitoria-Gazteiz 398/2020, 30 de junio, desestimatoria de la demanda; y STSJ País Vasco 12 abril 2022 (rec. 1974/2021), estimatoria del recurso. La sentencia de contraste es del TSJ de Andalucía 12 abril 2018 (rec. 2132/2017).

lesiones y maltrato familiar, por razón de la prohibición de aproximación a la demandante durante 15 días, a contar desde el 15/06/2018.

Por su parte el magistrado de instancia descarta que la falta de inscripción formal se debiera a la imposición del causante como sostenía la actora.

El TS en su decisión parte de que la existencia de pareja de hecho debe acreditarse mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante¹².

Recuerda que, en interpretación del citado precepto -incluida una perspectiva de género- ya había dictado sentencia 908/2020, de 14 de octubre¹², en la que señalaba 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”.

La ausencia de convivencia en esos casos no podía ser un obstáculo infranqueable para que la mujer víctima de esa violencia pudiera acceder a la pensión de viudedad en una pareja de hecho, pues una cosa es que la norma exija la convivencia como requisito en ellos y, otra, que se imponga también cuando haya habido violencia de género. Pero, el resto de requisitos deben ser cumplidos, en concreto, la certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja, así como que tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

En el caso que se analiza, la actora acredita la convivencia con el causante en el momento de su fallecimiento acaecido el 27 de septiembre de 2019; de hecho, la misma se remonta al año 1999, a salvo de un período de quince días, a contar desde el 15 de junio de 2018, en el que existió una orden de alejamiento, de modo que no se cuestiona la existencia de esa convivencia durante no menos de cinco años de forma ininterrumpida, sino que lo cuestionado es si cumple o no con la acreditación formal de la existencia de la pareja de hecho mediante inscripción en alguno de los registros específicos existentes o bien mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja, con al menos dos años de antelación al fallecimiento.

La propia existencia de convivencia bajo la situación de violencia de género es la razón por la que existe falta de registro de la pareja, haciendo extensión de la doctrina de del TS, fijada para el requisito de convivencia durante, al menos, cinco años. Y ello porque al eximir del requisito de convivencia en los casos en los que la misma se ha visto afectada por la situación de violencia de género, lo que ha precisado es que esa situación no libera del cumplimiento del resto de los exigidos, como es el de inscripción de la pareja de hecho o su constitución mediante el correspondiente documento público, que ha sido calificado como requisito constitutivo de la pareja de hecho y, por consiguiente, nuestra doctrina de

¹² Roj: STS 3486/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3489 (REC. 2753/2020).

exoneración de la convivencia no se ha extendido, en las circunstancias en las que lo ha apreciado, a la constitución de la pareja de hecho.

En el caso de que aquí se analizaba esa exigencia debía estar cumplida, en todo caso, dos años antes del fallecimiento, de forma que antes de septiembre de 2017 tendría ya estar constituida la pareja de hecho. Y de ello era consciente la propia actora que tan solo alegó en suplicación la imposibilidad de haber cumplido con dicho requisito cuando no consta que existiera la voluntad por parte de ambos, demandante y causante, de querer constituirse como pareja de hecho, ni por ende que, por causas ajenas a sus respectivas voluntades, no pudieran haberse formalizado en algún momento como tal, antes de los dos años del hecho causante, producido en 2019. De aquí que se estime el recurso de la entidad gestora contra la sentencia del TSJ del País Vasco estimatoria.

1.2.3. Anterior Ley Catalana de parejas de hecho. Efectos de la STC 40/2014, de 1 de marzo, sobre inconstitucionalidad del art. 174.3 LGSS/1994. Situaciones anteriores

El Tribunal Supremo en su STS 572/2024, de 25 de abril¹³, resuelve un caso curioso, en el que se debatía la procedencia de reconocer pensión de viudedad al superviviente de una pareja de hecho cuya unión no estaba documentada o inscrita en atención a la “Ley Catalana de parejas de hecho” en vigor durante la convivencia.

Los hechos más relevantes -en síntesis- eran los siguientes:

- D.^a Camino (viuda) y D. Casiano (divorciado) convivieron como pareja de hecho ininterrumpidamente desde el 3 de mayo de 2000 hasta el 27 de noviembre de 2015, fecha en la que D^a Camino falleció.
- D.^a Camino otorgó testamento el 24 de diciembre de 2003. En él indica que convive con el actor desde hace seis años y que dicha unión tiene una hija en común. La hija en común nació el NUM000 de 2003.
- Cuando D.^a Camino falleció, el actor solicitó la pensión de viudedad. El INSS la denegó porque no se había acreditado la constitución de una pareja de hecho con el causante con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento. A la hija en común se le ha reconocido la prestación de orfandad.
- La sentencia del Juzgado de lo Social nº 16 de Barcelona 190/2020, de 5 de noviembre, rechazó la demanda con el argumento de que la pareja no se había constituido formalmente. A tal efecto indica, con cita de sentencia del TS de 26 de noviembre de 2012, recurso 4072/2011, que el testamento otorgado por la causante no es equiparable al documento público de constitución la pareja de hecho a que se refiere la ley.

Por su parte la sentencia del TSJ de Cataluña 5307/2021, de 25 de octubre¹⁴ revocó la sentencia de instancia. La sentencia recurrida explica que, tras la declaración

¹³ Roj: 2464/2024 -ECCLI:ES:TS:2024:2464(rec. 1295/2022). Son resoluciones del caso: Sentencia del Juzgado de lo Social 16 de Barcelona 5 de noviembre de 2020 (proc. 232/2020) desestimatoria de la demanda; STSJ Cataluña 5307/2021, 25 octubre: estimatoria del recurso de suplicación; y sentencia de contraste: STSJ de Cataluña 2936/2018, de 15 mayo (rec. 588/2018).

¹⁴ Rec. 2999/2021.

de inconstitucionalidad del párrafo quinto del derogado art. 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994¹⁵ (sentencias del TC 40/2014, 44/2014, 45/2014, 51/2014 y 60/2014, entre otras¹⁶), en las comunidades autónomas con derecho civil propio también es de plena aplicación el contenido del art. 221.2 de la LGSS de 2015 por lo que se exige la concurrencia de los dos requisitos previstos para el acceso a la viudedad de las parejas de hecho: convivencia y formalización.

El TS viene a recordar que motivo de dicha doctrina constitucional se modificó el Código Civil de Cataluña a través de Decreto Ley 3/2015 y que la efectiva creación del registro autonómico se produjo el 28 de marzo de 2017, por lo que si el hecho causante no era inmediatamente posterior a la sentencia del TC nada impediría la formalización de la pareja de hecho.

El argumento del TSJ de Cataluña va en la línea siguiente de matizar el criterio que resultaría de la doctrina constitucional, ya que si se tiene en cuenta que el fallecimiento de la causante tuvo lugar en fecha de 27 de noviembre de 2015 y que desde el momento de la publicación en el BOE de la sentencia de TC 40/2014 (10 de abril de 2014), no había transcurrido el periodo de dos años que se reclama en el artículo 221.2 LGSS, por lo que el cumplimiento del requisito referenciado era imposible su cumplimiento.

Por otro lado, se recuerda a sentencia del TS 755/2020, de 10 de septiembre¹⁷ también enjuició un supuesto de una pensión de viudedad de una pareja de hecho residente en la Comunidad Autónoma de Cataluña que no estaba inscrita en un registro público y los efectos temporales de la sentencia del TC 40/2014, 11 de marzo, que declaró la inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3 de la LGSS de 20 de junio de 1994. La sentencia del Juzgado de lo Social, en el caso de la recurrida, consideró que los efectos de la sentencia del TC 40/2014, 11 de marzo, en el caso enjuiciado y la aplicación del derecho intertemporal suponían que la actora tenía derecho a la pensión de viudedad sin necesidad de inscripción registral ni documento notarial y que en todo caso la actora había suscrito un préstamo hipotecario con el consentimiento expreso del causante, por ser la

¹⁵ Ese último párrafo venía a decir lo siguiente:

“En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”.

¹⁶ El FD 5 de la STC 40/2014, de 11 de marzo, viene a señalar lo siguiente:

“En efecto, el art. 174 LGSS, tras la redacción dada a este precepto por la Ley 40/2007, ha establecido como posibles vías de acceso del miembro supérstite de la pareja a la pensión de viudedad, dos tipos de vínculo jurídico previo entre ambos: el matrimonio, o la pareja de hecho debidamente legalizada. Como señala la exposición de motivos de la Ley 40/2007, la ausencia de una regulación jurídica de carácter general con respecto a las parejas de hecho hace imprescindible delimitar, si bien exclusivamente a efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, los perfiles identificativos de dicha situación. Y eso es precisamente lo que hace el art. 174.3 LGSS: establecer la forma de acreditar los requisitos para el acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad, materia caracterizada por constituir «un régimen legal que tiene como límites, entre otros, el respeto al principio de igualdad» y «la prohibición de arbitrariedad» (STC 134/1987, de 21 de julio, FJ 4).

Por último, debemos señalar que, además de carecer de justificación suficiente, la aplicación del párrafo cuestionado puede conducir además a un resultado desproporcionado, pues dependiendo de la Comunidad Autónoma de residencia el superviviente de la pareja de hecho podrá tener o no acceso al cobro de la correspondiente pensión.

En consecuencia, debemos llegar a la conclusión de que no es posible deducir finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la correspondiente pensión de viudedad en función de su residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho.”

¹⁷ Rcad 1191/2018.

vivienda habitual de pareja estable a los efectos de los artículos 11¹⁸ y 28 de la Ley 10/1998, de 15 de julio¹⁹, de uniones estables de parejas de hecho lo que suponía el cumplimiento del requisito exigido por el art. 174.3 de la LGSS de 1994 consistente en la suscripción de documento público en el que conste la constitución de la pareja.

Si bien, el TS advierte, que en este caso no se apreció el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial de aquí que no quepa ser invocada como precedente.

El TS viene a señalar que el supuesto enjuiciado no es comparable a los resueltos por las sentencias del TS de 28 de noviembre de 2011²⁰ y 4 de noviembre de 2014²¹, puesto que en ambos casos, a diferencia del presente, la pareja intentó cumplir con el requisito de la formalización, procediendo a la correspondiente inscripción, pero no pudieron cumplir con el del plazo, supuesto de hecho que es también el contemplado en el caso Valverde Digón²², ni tampoco sería de aplicación la doctrina del caso Domenech Aradilla

¹⁸ Los arts. 11 y 28 hacían referencia a la disposición de vivienda común.

¹⁹ El art. 2 de la citada Ley disponía lo siguiente:

Artículo 2. Acreditación.

La acreditación de las uniones estables no formalizadas en escritura pública y el transcurso de los dos años de referencia se puede hacer por cualquier medio de prueba admisible y suficiente, con la excepción que establece el artículo 10.

Y el artículo 10. Acreditación y legitimación especiales.

Para hacer valer los derechos del artículo 9, si no se ha formalizado la convivencia en escritura pública otorgada dos años antes de ejercerlos, será preciso aportar acta de notoriedad de la convivencia y del transcurso de dos años.

²⁰ recurso 286/2011

²¹ recurso 2707/2013

²² En el caso analizado en la sentencia del TEDH de 26 de enero de 2023, se partía de los siguientes hechos: después del pronunciamiento de dicha sentencia. En el caso analizado la pareja de la demandante falleció el 25 de julio de 2014, con posterioridad a la fecha de publicación de la STC 40/2014 (10 de abril de 2014), tres días después de la inscripción formal de su pareja de hecho. La demandante presentó una solicitud de pensión de supervivencia el 12 de septiembre de 2014, afirmando que cumplía tanto los requisitos económicos pertinentes como los requisitos del estado civil de pareja de hecho. El 11 de abril de 2016, el Juzgado de lo Social desestimó la pretensión de reconocimiento de la pensión de viudedad, considerando aplicable el requisito de haberse inscrito dos años antes del fallecimiento de la pareja fallecida. La demandante interpuso otro recurso, que también fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha el 18 de mayo de 2017 por entender que en ese momento existía una jurisprudencia consolidada según la cual la pareja de hecho sólo podía constituirse formalmente mediante la inscripción de la pareja en un registro específico o mediante acta notarial, y que ello debía haberse hecho al menos dos años antes del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja. La demandante se quejó de la negativa de las autoridades a concederle una pensión de supervivencia. Consideró que las autoridades no tuvieron en cuenta la imposibilidad objetiva para ella de cumplir con un requisito formal de inscripción que no se aplicaba a su caso antes de la sentencia de 2014 del Tribunal Constitucional. Afirmó, además, que la denegación impugnada suponía una discriminación con respecto a los miembros supervivientes de parejas de hecho cuya pareja había fallecido antes de la sentencia del Tribunal Constitucional o más de dos años después del pronunciamiento de dicha sentencia. Invocó el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio. Resulta que, según el Tribunal Constitucional, las solicitudes de pensiones de supervivencia que estuvieran en curso en el momento de la entrada en vigor de la sentencia se verían afectadas por la declaración de inconstitucionalidad mientras no hubiera recaído resolución administrativa firme. La declaración de inconstitucionalidad también se aplicaba a todas las nuevas solicitudes recibidas tras la entrada en vigor de la sentencia.

El TDHE, consideró que el quid de la pretensión de las demandantes es que, en caso de fallecimiento de sus respectivas parejas, se cumplían los requisitos para acceder a la pensión de viudedad antes de la sentencia del Tribunal Constitucional, cuando sus parejas aún vivían; y que la imposición de un requisito formal más estricto por parte del Tribunal Constitucional, bien por no existir disposiciones transitorias adecuadas, bien por lo imprevisto/imposible de su exigencia, era desproporcionada a la luz de todas las circunstancias del caso. La queja va dirigida, en todos los supuestos, a la postura adoptada por las autoridades administrativas y judiciales contraria a conceder la pensión, e infringiendo el artículo 1 del Protocolo n.º 1, a pesar de concurrir una imposibilidad

y Rodríguez González²³ ya que en ese litigio el fallecimiento del causante, a diferencia del que ahora nos ocupa, tuvo lugar antes del dictado y publicación de la sentencia del TC 40/2014, 11 de marzo. En los casos analizados por el TEDH se había invocado la aplicación del Invocó el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio. El Tribunal considera que el momento en que debería haberse evaluado la legislación para comprobar si las demandantes cumplían los requisitos para tener derecho a una pensión de supervivencia es, por regla general, la fecha en que fallecieron sus respectivas parejas (hecho generador). En virtud de la legislación pertinente, vigente en ese momento concreto y aplicable a las demandantes, ninguna de las parejas necesitaba haber sido inscrita formalmente en un registro específico o ante notario como pareja de hecho para poder beneficiarse de una pensión de supervivencia. Tampoco existía el requisito, aplicable a ellas, de que dicha inscripción fuera anterior en al menos dos años al fallecimiento del respectivo miembro de la pareja. Dado que ambas cumplían los demás requisitos legales, es innegable que, en dicho momento, ambas demandantes podían haber albergado una “confianza legítima” en que tenían derecho a percibir una pensión de supervivencia.

La denegación de la solicitud de pensión de supervivencia de las demandantes debe considerarse una injerencia en su derecho al disfrute pacífico de sus bienes. En virtud del artículo 1, párrafo segundo, del Protocolo núm. 1 del Convenio, toda injerencia de este

objetiva de cumplimiento del requisito formal, que no les era exigido antes de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional.

²³ En relación con los casos acumulados en la sentencia del TEDH 19 de enero de 2023: Casos Domenech Arandilla y Rodríguez González los hechos analizados eran los siguientes:

La pareja de la primera demandante falleció en un accidente laboral el 5 de noviembre de 2013. El hecho de que la demandante y su pareja vivieron juntos durante al menos cinco años antes es indiscutible. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consideró que de acuerdo con la sentencia 40/2014 del Tribunal Constitucional, sus efectos también serían aplicables a aquellas situaciones en las que una resolución administrativa aún no era firme, como en el caso, dado que una vez solicitada la pensión de viudedad, ésta le había sido denegada, remitiendo la protección a la Mutua. De ahí que la situación de la demandante se viera afectada por la exigencia formal de haber tenido inscrita la situación dos años antes del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja.

La pareja de la segunda demandante falleció el 7 de enero de 2014. La demandante presentó el 2 de abril de 2014 una solicitud de “pensión de supervivencia”, la cual se hallaba en trámite en el momento de publicarse la STC 40/2014. El Juzgado de lo Social núm. 2 de Girona declaró que la LGSS tenía por objeto limitar la concesión de derechos de pensión a las personas que formaran parte de parejas de hecho formalizadas (bien mediante su inscripción en un registro público específico, bien mediante su elevación a escritura pública), pero la demandante no había cumplido ese requisito.

En ambos casos las demandantes se quejaron de la negativa de las autoridades a concederles una pensión de supervivencia. Consideraban que el hecho de que el requisito de formalizar la existencia de una unión civil al menos dos años antes del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja para que el otro tuviera derecho a una pensión de supervivencia se hubiera introducido con efecto inmediato (sin ningún período transitorio de dos años desde el momento de su introducción) había violado tanto su derecho al disfrute de la propiedad en virtud del artículo 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio como su derecho a la seguridad jurídica en virtud del artículo 6.1 del Convenio.

Las demandantes se quejaban también de que la aplicación inmediata del requisito formal tras su entrada en vigor había constituido un trato discriminatorio respecto de aquellas personas residentes en Cataluña (u otras Comunidades Autónomas con una regulación similar) cuyas parejas habían fallecido antes del 10 de abril de 2014 (cuando se había publicado la sentencia del Tribunal Constitucional STC 40/2014) o a partir del 10 de abril de 2016 (dos años después). Por tanto, las demandantes consideraban que se había producido una vulneración de su derecho a no ser discriminadas en lo que respecta a su derecho al disfrute pacífico de sus posesiones, previsto en el artículo 14 del Convenio tomado conjuntamente con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio¹.

tipo debe estar justificada en virtud de los principios de “legalidad”, “interés general” y “proporcionalidad”.

El Tribunal está convencido de que la injerencia cumplió el requisito de legalidad en la medida en que se basó en disposiciones legales pertinentes de la Constitución y otras leyes y fue resultado de actos jurídicos adoptados legalmente. El Tribunal considera además que la injerencia denunciada perseguía el interés general de eliminar una diferencia de trato anterior por razón del lugar de residencia. Por tanto, la cuestión principal sigue siendo la de si la injerencia fue proporcionada.

Y ello, aunque la anulación de una diferencia de trato anterior constituye una razón imperiosa de interés general, el Tribunal debe, no obstante, observar que el principio general antes mencionado no puede prevalecer automáticamente en una situación en la que el particular afectado deba soportar una carga excesiva como consecuencia de una medida que le priva de una confianza legítima. Sin embargo, ni el Tribunal Constitucional ni la legislación adoptada con posterioridad tuvieron en cuenta la situación específica de personas que, como las demandantes, habían adquirido el pleno derecho a percibir una pensión de supervivencia, y la habían solicitado formalmente, con anterioridad a la decisión del Tribunal Constitucional de proceder a la uniformización del régimen jurídico aplicable en todo el territorio español. No se previeron medidas transitorias para estas situaciones. Por tanto, si bien la medida impugnada era suficientemente previsible desde una perspectiva cualitativa, es decir, su formulación se hizo con suficiente precisión, era inesperada en el contexto del presente caso.

El Tribunal de Justicia consideró que lo anterior constituyó, en esencia, una forma de aplicación retroactiva de un nuevo requisito de admisibilidad más estricto a casos en los que el interesado tenía todos los motivos para considerar que tenía un derecho adquirido a una pensión. La ausencia de un período transitorio que permitiera una solución razonable no fue paliada por ninguna medida positiva por parte del legislador.

La falta de un período transitorio tuvo como consecuencia práctica que se les impidiera, de una vez por todas, obtener una pensión de supervivencia. Y ello, aunque, el objetivo, por lo demás legítimo, de las medidas impugnadas no puede justificar, a juicio del Tribunal de Justicia, su efecto retroactivo, que afecta negativamente a la seguridad jurídica, y la ausencia de medidas transitorias que garanticen un justo equilibrio entre los intereses en juego. Las medidas impugnadas tuvieron como consecuencia privar a las demandantes de su confianza legítima en percibir prestaciones de supervivencia. Tal injerencia fundamental impuso una carga excesiva a las demandantes. Por lo tanto, se ha producido una violación de sus derechos en virtud del artículo 1 del Protocolo nº 1 del Convenio.

Lo que a juicio del TS no cabía aplicar aquí. Añade el TS que en el asunto que se analiza, en ningún momento, por parte de la pareja de hecho, se intentó cumplir con el requisito formal constitutivo de la pareja de hecho, sin que, a tal efecto, se le pueda reconocer tal eficacia al testamento otorgado por la causante en fecha 24 de diciembre de 2003. Se recuerda además que con posterioridad a la publicación de la citada sentencia del TC 40/2014, de 11 de marzo, que declaró inconstitucional el párrafo quinto del art. 174.3 de la LGSS, D.^a Camino y D. Casiano convivieron durante un prolongado lapso temporal sin suscribir un documento público en el que constara la constitución de la pareja de hecho y sin inscribirse en alguno de los registros específicos. Ello manifestó su

voluntad de convivir en el seno de una pareja de hecho no registrada ni documentada, que no permite el reconocimiento de la pensión de viudedad. La denegación de esta pensión no se debe a la imposibilidad derivada de la falta del transcurso del plazo de dos años desde la publicación de la citada sentencia hasta el fallecimiento de su causante, sino a su voluntad de no documentar ni inscribir su pareja de hecho.

Y termina recordando que el fallecimiento de la causante en fecha 27 de noviembre de 2015 impidió el cumplimiento del plazo de dos años exigido por el art. 174.3 de la LGSS de 1994. Pero no impidió que la pareja de hecho hubiera podido cumplir el requisito consistente en la inscripción registral o la formalización de un documento público.

1.3. Recargo en las prestaciones. Incidencia en cambio legislativo que modifica el porcentaje de la pensión del 45 al 52%

La STS 114/2024, de 25 de enero²⁴, tiene como debate el de si una reforma legal que aumentó el porcentaje de la base reguladora de las pensiones de viudedad al 52%, conlleva que deba revisarse el importe del recargo de prestaciones de la Seguridad Social derivado de un accidente de trabajo ocurrido antes de esa reforma.

Los hechos sobre los que se debatió son -en síntesis- los siguientes:

- El 31 de agosto de 1995 el esposo de la actora falleció en un accidente de trabajo.
- Con efectos del 1 de septiembre de 1995 el INSS le reconoció una pensión de viudedad con una cuantía del 45% de la base reguladora.
- El 9 de mayo de 2003 un Juzgado de lo Social dictó sentencia imponiendo a la empresa Hulleras del Norte SA (en adelante HUNOSA) un recargo del 50% de la pensión de viudedad.
- El 23 de diciembre de 2003 se aprobó el Real Decreto 1795/2003, de 26 de diciembre, que incrementó el porcentaje de la base reguladora al 52%.
- El 10 de diciembre de 2018 la demandante solicitó que el recargo de prestaciones se abonase sobre el 52% de la base reguladora en vez de sobre el 45%.

En su decisión el TS parte de recordar lo siguiente:

- El recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social es una institución compleja que contiene elementos sancionatorios, indemnizatorios y prestacionales.
- La importancia del elemento prestacional del recargo se evidencia por la doctrina jurisprudencial que sostiene que el recargo se traslada de la pensión de incapacidad permanente derivada del accidente de trabajo a la pensión de viudedad del cónyuge del trabajador accidentado, con independencia de cuál haya sido la causa de la muerte y aun cuando ésta no guardara relación

²⁴ Roj: STS 659/2024 -ECLI:ES:TS: 2024:659 (rec. 3521/2020). Son de referencia en este proceso la SJS número 2 de Gijón de 26 de julio 2019 (proc. 145/2019) estimatoria de la demanda; y STSJ Asturias 1594/2020, 30 de junio desestimatoria; y sentencia de contraste la STSJ Comunidad Valenciana 3551/2009, de 1 de diciembre (rec. 949/2009).

alguna con la causa que motivó la incapacidad permanente que se declaró en su momento a favor del trabajador

Y distingue entre las finalidades del recargo y la forma en que se instrumentaliza.

Considera como finalidades del recargo prestacional:

- a) Sancionadora-preventiva. Se trata de sancionar las conductas antijurídicas vulneradoras de la deuda de seguridad del empresario para evitar que en el futuro ese empleador u otro incumplan esa deuda.

En coherencia con esa finalidad, el porcentaje del recargo se fija en función de “la gravedad de la falta”, no del daño causado (art. 164.1 de la LGSS). La autoridad laboral puede imponer el recargo de oficio, lo que es ajeno a la responsabilidad civil. Además, el recargo es compatible con la indemnización civil.

Además, el art. 164.2 de la LGSS establece que la “*responsabilidad del pago del recargo [...] no podrá ser objeto de seguro alguno*”. Por su parte, el art. 15.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) dispone: “*Podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores [...]*”.

Sin embargo, el art. 42.3 de la LPRL establece la compatibilidad de las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y con el recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social.

- b) Indemnizatoria. El trabajador accidentado percibirá una prestación de la Seguridad Social con una cuantía superior de la que hubiera cobrado si no se hubiera vulnerado dicha deuda de seguridad.

Si un trabajador tiene que convivir diariamente con unas lesiones irreversibles que perjudican su calidad de vida, por razón de las cuales le han reconocido una pensión de incapacidad permanente, es muy distinta la situación del pensionista cuando no ha habido incumplimiento empresarial alguno; de aquélla en la que el trabajador sufre idénticas lesiones y la misma merma de su calidad de vida debido a que el empleador incumplió su deuda de seguridad. Este trabajador debe percibir un recargo que, sumado a la pensión, hace que perciba una cuantía mensual mayor que la de aquél.

Lo mismo sucede cuando una persona percibe su pensión de viudedad porque un incumplimiento empresarial de la deuda de seguridad causó un accidente de trabajo en el que falleció su cónyuge o pareja de hecho.

Por lo que respecta a la forma de cumplir esas finalidades señala que el modo como opera el recargo, es prestacional. Y su gestión (reconocimiento, caracteres y garantías) se articula de tal manera.

El recargo complementa una prestación de la Seguridad Social, pero tiene sustantividad propia respecto de la prestación, lo que afecta a la prescripción del

recargo prestacional, que opera de forma independiente de la prescripción de la pensión que complementa [doctrina de la unicidad del daño y del accidente: sentencias del TS de 9 de febrero de 2006, recurso 4100/2004 y del Pleno de la Sala Social del TS de 18 de diciembre de 2015, recurso 2720/2014]. Es decir, puede suceder que la pensión no haya prescrito [el derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción del auxilio por defunción, es imprescriptible (art. 230 de la LGSS)] pero el recargo sí que haya prescrito.

Prosigue el TS y recuerda su sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 23 de marzo de 2015²⁵, que declaró que la subrogación en el pago de las prestaciones de la Seguridad Social prevista en el art. 127.2 de la LGSS de 1994 era aplicable al recargo prestacional, incluso *in fieri* (en proceso de formación).

Cuando una empresa adquiere otra empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, responde de los recargos prestacionales derivados de los accidentes de trabajo ocurridos con anterioridad en aquella empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, incluso cuando, en el momento de la adquisición, el trabajador todavía no había solicitado el recargo, ni el INSS había iniciado el correspondiente expediente administrativo, siempre que el recargo no haya prescrito.

En consecuencia, la responsabilidad empresarial por el recargo puede desarrollarse en diferentes momentos a lo largo de un prolongado lapso temporal. El supuesto típico es que esos trabajadores normalmente son beneficiarios de sucesivas prestaciones de la Seguridad Social a medida que se agrava su enfermedad.

De aquí que una empresa adquirente, en función de cuál es la dolencia que sufre el trabajador como consecuencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurrida antes de la adquisición, puede prever razonablemente que esas dolencias normalmente cursarán con una evolución progresiva que afectará a su responsabilidad futura derivada del recargo de prestaciones.

Por el contrario, para el empresario infractor o para el que adquiera posteriormente esa empresa, resulta imprevisible que pueda producirse una futura reforma legislativa que incremente la cuantía de la pensión que es objeto del recargo. Es lo que ha sucedido con la pensión de viudedad.

En definitiva, hay un factor de imprevisibilidad, de inseguridad jurídica. Las reformas legislativas que revisan al alza la cuantía de las pensiones de la Seguridad Social normalmente no afectan a las pensiones devengadas antes de su entrada en vigor, por lo que no afectan a los recargos prestacionales derivados de accidentes de trabajo producidos con anterioridad a la reforma legal. En cambio, en el caso de la pensión de viudedad, ese aumento del porcentaje de la base reguladora de la pensión sí que afectó a las pensiones reconocidas con anterioridad a la reforma legislativa.

²⁵ Roj: STS 1924/2015 -ECLI:ES:TS: 2015:1924 (rec. 2057/2014). El asunto allí analizado era el relativo a la demanda interpuesta por la empresa «Uralita, SA» que había solicitado que se anulase la resolución administrativa dictada con fecha 12/01/12 en materia de «recargo de prestaciones», y en la que se había declarado la responsabilidad de la empresa por la enfermedad profesional que había causado la muerte de un trabajador imponiéndole el recargo del 50% en las correspondientes prestaciones por incumplimientos de medidas de seguridad durante la prestación de servicios para «Rocalla, SA», posteriormente absorbida por aquella empresa.

Prosigue el TS señalando que es notorio que la mayoría de los beneficiarios de la pensión de viudedad siempre han sido mujeres (en la actualidad, aproximadamente el 95% de los pensionistas de viudedad son mujeres) y destaca la escasa cuantía de las pensiones de viudedad y que ello viene a ser un factor de discriminación por razón de sexo.

Y añadía que a partir de la sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 21 de diciembre de 2009²⁶, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 4 y 15 de la Ley Orgánica 3/2007 (arts. 4.4 y 7 de la Ley 15/2022), esta Sala ha interpretado con perspectiva de género las normas jurídicas: sentencias del TS 908/2020, de 14 octubre; 645/2021, de 23 junio; y 747/2022, de 20 de septiembre entre otras muchas²⁷. La interpretación con perspectiva de género del art. 123 de la LGSS de 1994 (actual art. 164 LGSS) obliga a interpretar ese precepto en el sentido de que el recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social debe incrementarse cuando una reforma legal aumenta la cuantía de la pensión de viudedad.

La sentencia contiene dos votos particulares²⁸ que por su interés se destacará el del magistrado Sempere Navarro.

- La posición defendida se resume así: el carácter prestacional del recargo conduce a que el porcentaje acordado incremente la pensión correspondiente en cada momento, incluyendo la derivada de innovaciones normativas. Su carácter sancionador y las garantías constitucionales, sin embargo, impiden que la empresa vea revisada, años después, la cuantía que debió depositar para financiar el abono del recargo.
- La conjugación de las múltiples perspectivas que concluyen en el caso debiera llevar a mantener el derecho de la viuda a que el recargo (del 50%) se calcule sobre el importe de su pensión de viudedad tal y como ha quedado configurada tras la reforma normativa. Pero debe ser el sistema de Seguridad Social el que allegue, en su caso los recursos adicionales necesarios para financiar ese aumento y no la empresa, que ya cumplió con su obligación de depositar el capital coste exigido en su momento.
- La Sala ha debatido si por razones procesales, en el presente procedimiento era posible acoger la solución que preconizo. En todo caso, la posibilidad de unificar doctrina sin optar por una de las dos soluciones contrastadas requería que, incluso si hubiera que, de desestimar el recurso empresarial tendente a privar de la actualización del recargo, se sentara como criterio doctrinal el ya avanzado.
- La perspectiva de género es ajena al litigio. Es decir, la interpretación con tal perspectiva debe atender a la protección de la viuda, no a la revisión del deber

²⁶ Roj: STS 8449/2009 - ECLI:ES:TS: 2009:8449 (rec. 201/2009). En dicha sentencia se debatía la acreditación de cotizaciones al extinguido régimen del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) a efectos de completar el período mínimo de carencia que se exigía en el mismo para la adquisición del derecho a pensión. La pretensión era que se le computen como cotizados, asimilados por parte, los 112 días de bonificación establecidos en la Disposición Adicional Cuadragésimo Cuarta (DA 44^a) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), introducida por el epígrafe Veintitrés de la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

²⁷ Roj: STS 3489/2020 -ECLI:ES:TS: 2020:3489 (rcud 2753/2018); Roj: STS 2615/2021 -ECLI:ES:TS: 2021:2615 (rec. 161/2019); Rotas 3378/2022 - ECLI:ES:TS: 2022:3378 (rec. 747/2022) respectivamente.

²⁸ Magistrados Sempere Navarro y Blasco Pellicer.

empresarial si con ello aparecen vulnerados otros derechos fundamentales (del empleador) o desnaturalizada la esencia de una capitalización.

1.4. Período mínimo de cotización. Cómputo trabajos a tiempo parcial. Hecho causante anterior al RD-ley 2/2023. Perspectiva de género

El asunto analizado por el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 532/2024, de 9 abril²⁹ versa sobre como cabe determinar el coeficiente global de parcialidad respecto de la pensión de viudedad en la regulación anterior al Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo: computando solo los cinco años anteriores al fallecimiento del causante o bien toda la vida laboral.

Los hechos que se ventilaron en la instancia fueron en síntesis los siguientes:

- El causante estuvo de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante RETA) entre el 1 de octubre de 1999 y el 31 de diciembre de 2009. Los descubiertos en el RETA fueron abonados tras el hecho causante.
- Trabajó a tiempo parcial del 50% de la jornada entre el 1 de junio de 2012 y el 31 de mayo de 2013.
- Prestó servicios a jornada completa entre el 30 de mayo de 2016 y el 29 de julio de 2016.
- Falleció el 10 de febrero de 2017.

El INSS le denegó la pensión de viudedad por no acreditar el periodo de cotización mínimo necesario. La Entidad Gestora calculó el coeficiente global de parcialidad con base en toda la vida laboral, lo que daba como resultado la exigencia de 483 días cotizados dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, ni tampoco la de 5.294 días a lo largo de la vida laboral. La sentencia recurrida declaró el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad porque calcula el coeficiente global de parcialidad sobre los cinco años previos al fallecimiento, durante los cuales el causante estuvo en alta 530 días de los cuales cotizó 423, de modo que la división de esas cifras da un coeficiente de parcialidad del 79,81%, que supone un periodo exigible de cotización de 339,05 días. El demandante tenía 423 días cotizados.

El Tribunal Supremo parte de considerar que el causante tenía una vida laboral de 4.696 días. La mayor parte de ella en el RETA. La prestación de servicios a tiempo parcial se concentró en los últimos cinco años de su vida laboral.

El causante tenía 530 días cotizados en los últimos cinco años. Sin embargo, como 365 días se correspondían con un contrato de trabajo a tiempo parcial, esos días se multiplicaron por el coeficiente de parcialidad, por lo que solamente se le computaron un total de 423 días como efectivamente cotizados en ese periodo temporal de cinco años.

El criterio del INSS se basó en que el coeficiente global de parcialidad debía de calcularse con base en toda la vida laboral de ese causante. Ese trabajador tenía muchos días de alta en el RETA y muy pocos cotizados a tiempo parcial. El TS considera que de acogerse la tesis del INSS, el coeficiente global de parcialidad sería muy elevado.

²⁹ Roj: STS 2454/2024 - ECLI:ES:TS: 2024:2454532/2024, (rec. 782/2021). Son antecedentes la SJS núm. 3 de Sevilla de 3 diciembre 2018 (proc. 644/2017), desestimatoria; STSJ Andalucía 2593/2020, 24 julio (rec. 927/2019), estimatoria; y sentencia de contraste: STSJ Canarias 647/2016, de 13 julio (rec. 490/2016).

Al haberse concentrado la prestación de servicios a tiempo parcial en los últimos cinco años antes del hecho causante, la aplicación de ese coeficiente global de parcialidad calculado sobre toda la vida laboral a ese lapso temporal de solo cinco años conduciría a que el causante no reuniría la carencia y la beneficiaria no tendría derecho a la pensión de viudedad, a pesar de la extensa vida laboral del causante.

La reforma de la LGSS llevada a cabo por el Real Decreto-ley 2/2023 acabó con esa discriminación. Aun cuando no sea aplicable porque entró en vigor con posterioridad al hecho causante, con la finalidad de evitar la discriminación de los trabajadores a tiempo parcial, el nuevo art. 247 de la LGSS establece que, a estos efectos, se tendrán en cuenta los períodos de alta con contratos a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. La aplicación de esa norma conduciría al reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de la actora.

El art. 247 de la LGSS, en la redacción derogada pero que es aplicable al caso analizado, incurría en una laguna legal respecto de la pensión de viudedad, cuyos beneficiarios en su mayoría son mujeres. Ello vulneraba la prohibición de discriminación del art. 14 de la Constitución, lo que, teniendo en cuenta la interpretación de las normas con perspectiva de género, obliga a subsanarla con un mecanismo de integración de la laguna legal, apreciando similitud entre las pensiones de viudedad y las de incapacidad temporal, maternidad y paternidad.

Y por ello concluye que las circunstancias específicas concurrentes en la presente litis justifican que el coeficiente global de parcialidad se calcule sobre la base de los últimos cinco años anteriores al hecho causante, en el que se concentró todo el trabajo a tiempo parcial del causante, por lo que la actora tiene derecho a percibir la pensión de viudedad.

2. PENSIÓN DE ORFANDAD. INCREMENTO CON LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. INTERPRETACIÓN DEL REQUISITO DE ORFANDAD ABSOLUTA

El asunto analizado por el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 791/2024, de 30 de mayo³⁰ analiza un tema recurrente el de si procede incrementar el porcentaje de la prestación de orfandad a una beneficiaria, huérfana de madre, cuyo padre, no era beneficiario de la pensión de viudedad con relación a la causante y no cubría las necesidades económicas de su hija -discapacitada.

Son hechos relevantes los siguientes:

- En fecha 25/10/2019, la demandante solicitó al INSS una pensión de orfandad para mayores de 25 años, ante el fallecimiento de su madre, en fecha 1/11/2019 (folios 16 a 31).
- En fecha 2/12/2019, el INSS dictó resolución en la que se reconoce a la actora una pensión de orfandad con un porcentaje del 20% sobre una base reguladora mensual de 1233,52 euros

³⁰ Roj: STS 3047/2024 -ECLI:ES:TS: 2024:3047 (rec. 999/2022). El fallo tiene como antecedentes la SJS núm. 33 de Barcelona de 29 de marzo de 2021 (proc. 108/2021), estimatoria de la demanda; la STSJ Cataluña 6782/2021, de 20 diciembre (rec. 3711/2021), estimatoria del recurso del INSS; y sentencia contraste la del STSJ Canarias 20 noviembre 2015 (rec. 911/2015).

- Contra dicha resolución del INSS, la demandante, presentó en fecha 17/2/2019 reclamación previa que fue desestimada por resolución de fecha 13/1/2020, quedando agotada la vía administrativa).
- En fecha 28/11/2022 el departamento de bienestar social de la Generalitat de Cataluña reconoció a la actora un grado de discapacidad del 71%.
- La Dirección General de Familias de la Generalitat de Cataluña, reconoció a la demandante en fecha 30/06/2017 la condición de pertenencia a una familia monoparental (folios 25).
- La base reguladora de la pensión solicitada, asciende a 1233,52 euros, la fecha de efectos sería 1/11/2019 y el porcentaje del 72% (no controvertido).

La STSJ estimó la demanda y declaró el derecho de la huérfana a percibir una pensión de orfandad correspondiente al 72% de la base reguladora de 1233,52 euros y con fecha de efectos de 1 de noviembre de 2019, condenando al INSS a su abono y a estar y pasar por los pronunciamientos de esta sentencia

El Tribunal supremo comienza por un recordatorio de su doctrina sobre el alcance de la expresión orfandad absoluta:

- En las SSTS de 30 de abril de 2014 (rcud 584/2013) y de 14 de enero de 2015 (rcud 447/2014), se negó el derecho al incremento del 52% a la pensión de orfandad al huérfano de padre, cuya madre supérstite no tenía reconocida pensión de viudedad por no haber estado casada ni haber constituido pareja de hecho con el causante, en los términos establecidos en el artículo 174.3 LGSS.
- En la STS de 1 de julio de 2014 (rcud 1876/2013), de igual forma se denegó dicho derecho al huérfano de padre, cuya madre supérstite no era perceptora de pensión de viudedad no sólo porque no constaba haberla solicitado, sino porque en el convenio regulador aprobado por sentencia civil que acordó su divorcio con el padre del huérfano, no se estableció pensión compensatoria alguna.
- En la STS de 11 febrero de 2014 (rcud 1088/2013), establecimos que no tenía derecho al incremento de la pensión el huérfano no absoluto cuyo padre supérstite se encontraba separado de la madre, sin tener derecho a pensión compensatoria.

En estos y otros pronunciamientos, ha sido reiterado el criterio de que la interpretación de la expresión “orfandad absoluta”; era la falta de ambos progenitores o, en su caso, que a la ausencia de uno se añadiese que el que quedase, careciese de medios suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad, siendo necesario acreditarlo en este caso concreto. De conceder el acrecimiento en todos los casos en los que, viviendo uno de los progenitores del huérfano, dicho progenitor no hubiera causado derecho a la pensión de viudedad, sería manifiestamente contrario a la regulación actual que de modo inequívoco exige en todos los casos la orfandad absoluta. La transcendencia de esta innovación sería además muy amplia, pues incluiría todos los supuestos en que no se causa derecho a la pensión de viudedad por falta de cotización, ya que no se exigen períodos previos en la pensión de orfandad; se acrecería, así como regla general, aunque no existiera un derecho patrimonial del que pudiera derivarse el acrecimiento.

De esta forma se produciría el establecimiento de una regulación alternativa contraria a la vigente por vía de sentencia que no podría justificarse en atención a la cobertura de una situación específica de necesidad, pues la falta de concesión de la pensión compensatoria podría deberse a que el excónyuge tuviera recursos propios suficientes, lo que le permitiría atender al huérfano. Y si para evitar este efecto se estableciera un control de recursos, el órgano judicial estaría asumiendo de nuevo una función reguladora que no le corresponde.

Una aplicación finalista del artículo 38 del Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, en la redacción dada al mismo por el RD 296/2009) conduce a la estimación del recurso (formulado por el INSS)

La reforma que se introdujo en esta última norma reglamentaria se justificó, según el preámbulo de la misma en la necesidad de “proceder a una revisión de la ya vetusta regulación de los aludidos incrementos en favor de los huérfanos, en la que, con pleno respeto al principio de no discriminación al hijo por la relación de su progenitor con respecto al causante, y en el régimen de igualdad, cualquiera quesea la filiación de los hijos, que se exige en la disposición adicional quinta de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, se reoriente el plus de protección de los huérfanos que tales incrementos suponen hacia situaciones en las que, por razón de orfandad absoluta o circunstancias análogas, se constate la concurrencia de un estado de necesidad agravada que justifique esa mayor intensidad de las prestaciones a reconocer”.

Se trata, por tanto, de una nueva regulación que contempla junto a la “orfandad absoluta” la existencia de “circunstancias análogas que no son sino situaciones distintas de la orfandad absoluta que provocan un estado de necesidad asimilable.

No resulta difícil llegar a la conclusión de que la existencia de un progenitor vivo que ha desatendido las necesidades de su hija discapacitada a quien ha sido reconocida la pertenencia a familia monoparental, teniendo en cuenta que para tal declaración, precisamente la acreditación por parte del otro progenitor de sus obligaciones parentales, puede constituir una “situación o circunstancia análoga” a las previstas en el precepto que nos ocupa, ya que, el estado de necesidad deriva de la prolongada y acreditada desatención del padre.

A la misma conclusión se puede llegar perfectamente atendiendo a la aplicación analógica de las normas

Así, parece evidente que el motivo por el que la norma ha reconocido el incremento de la pensión de orfandad en los casos en los que no existe prestación de viudedad del progenitor no causante de la pensión de orfandad, es claramente atender una situación de necesidad, de especial vulnerabilidad del huérfano derivada de la absoluta desatención e incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 154 y ss. CC. El incumplimiento manifiesto de sus obligaciones con la hija discapacitada a quien se ha reconocido la situación de familia monoparental, no está prevista expresamente en la norma, pero guarda una absoluta identidad de razón con las dos causas, en las que literalmente no concurre la orfandad absoluta, previstas en el apartado 2 del artículo 38 Reglamento general de prestaciones de la Seguridad Social, por lo que cabe aplicar a dicha situación que ahora contemplamos la asimilación al supuesto de orfandad absoluta que el aludido precepto establece.

3. CONCLUSIONES

Todas las sentencias reseñadas 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.

Hay un argumento que se repite y sirve para reforzar muchas veces una decisión, judicial -en algunas ocasiones discutible- como es la perspectiva de género como método, no de argumentación jurídica, sino más bien como refuerzo de una decisión a veces cuestionable. Quizás el caso más curioso se puede ver en la STS 114/2024, de 25 de enero, tiene como debate el de si una reforma legal que aumentó el porcentaje de la base reguladora de las pensiones de viudedad al 52%, conlleva que deba revisarse el importe del recargo de prestaciones de la Seguridad Social derivado de un accidente de trabajo ocurrido antes de esa reforma y que uno de los magistrados discrepantes, expresamente señala que poco tiene que ver con lo que allí se ventilaba.

La verdad es que a veces se hace un uso abusivo de ello por parte de los tribunales, como “Bálsamo de Fierabrás” con el extraordinario poder justificarlo todo y resultar irrefutable.

La reiterada posición del TS sobre la orfandad absoluta. Huérfano absoluto es quien no tiene padre y madre, en la versión más políticamente correcta progenitores A y B, puesto que ellos tienen una situación de necesidad más importante que el que solo le falta uno de ellos. Todo ello sin perjuicio de que reglamentariamente se hayan introducido asimilaciones³¹, pero ir más allá no le corresponden hacerlas al juez.

Otra sentencia de interés -no tanto por su virtualidad actual- por el análisis que se hace en torno a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la STC de 1 de marzo, es la STS de 25 de abril de 2024.

4. BIBLIOGRAFÍA

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

RODRÍGUEZ INIESTA. G.: “Pensiones de supervivencia y de jubilación (análisis de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo)”, capítulo 2 de la obra colectiva *Derecho Vivo de la Seguridad Social. VIII Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2023*, RODRÍGUEZ INIESTA. G. y LASAOSA IRIGOYEN (Directores), Laborum Ediciones, Murcia, 2024.

TORTUERO PLAZA, J. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. “La pensión de viudedad como prestación contributiva del sistema de Seguridad Social ¿una realidad cambiante? La valoración de la situación de necesidad”, capítulo V de la obra colectiva *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, MORENO VIDA, M.N., MONEREO PÉREZ y DÍAZ AZNARTE, M.T., (directores), colección Trabajo y Seguridad Social, núm. 72, Editorial Comares, Granada, 2013.

³¹ Recuérdese en este sentido la Resolución de 2 de diciembre de 1976 de la Dirección General de Seguridad Social, sobre la consideración de la esposa que abandonó el domicilio conyugal como “cónyuge inexistente” en beneficio de las prestaciones que corresponden al huérfano.

LA DOCTRINA DE LA SALA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LESIONES COMO ACCIDENTE DE TRABAJO

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA
Letrado de la Administración de la Seguridad Social
 <https://orcid.org/0000-0002-0034-5194>

Sumario: **1.** Introducción; **2.** La lesión; **3.** Causalidad y ocasionalidad del trabajo para determinar el accidente de trabajo; **4.** La carga de la prueba; **5.** Lugar y tiempo de trabajo; **6.** Accidente de trabajo ocasionado por enfermedades del trabajo; **7.** Enfermedades anteriores agravadas por el accidente de trabajo; **8.** Enfermedades intercurrentes; **9.** Los accidentes ocurridos en tareas distintas a las de la profesión realizadas por orden del empresario o en su beneficio; **10.** Accidente *in itinere*; **11.** Accidente en misión; **12.** Exclusión del accidente por causas objetivas y subjetivas.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se escribe como continuación al efectuado con ocasión de las primeras jornadas organizadas para jóvenes juristas por parte de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, pretende con un ánimo exclusivamente recopilatorio, la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en materia de calificación de accidentes de trabajo dictada desde el 1 de enero de 2000 hasta el 30 de abril de 2025.

2. LA LESIÓN

Desde la STS 17/06/1903 se establece una amplitud conceptual de la “lesión” determinante de accidente de trabajo, por la que debe entenderse por lesión -también- las enfermedades de súbita aparición o desenlace (STS 28/10/00, RJ 2000,9646), comprendiendo así no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos (SSTS de 27/10/1992, RJ 1992,9646). De este modo se comprenden en el concepto de lesión no solo los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita o violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir e el trabajo

causadas por agentes patológicos internos o externos (STS de 27/10/1992, RJ 1992,7844; 27/12/1995, RJ 1995,9846). Otra interpretación está basada en un concepto en declive y superado que asimila el accidente con traumatismo o confunde el de lesión sin tener en cuenta que gramaticalmente se estima como lesión el daño procedente de herida, golpe o enfermedad y más ampliamente cualquier daño o perjuicio, comprendiendo igualmente dentro de este concepto de lesión no solo el daño físico ocasionado en, los tejidos sino también el de lesión no sólo el daño físico ocasionado en, los tejidos sino también el trauma que produce impresiones duraderas en los psíquico (STS 18/3/1999, RJ 1999,3006). Ello claro, está, abstracción hecha de la específica consideración determinadas enfermedades como accidente de trabajo.

3. CAUSALIDAD Y OCASIONALIDAD DEL TRABAJO PARA DETERMINAR EL ACCIDENTE DE TRABAJO

Establece el artículo 156.1 LGSS que se considera accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o a consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena. Los conceptos de causalidad y ocasionalidad son tratados por la STS de 27/02/2008, dictada en Sala General (RJ 2008,1546) que establece que es accidente de trabajo el traumatismo cráneo-encefálico producido por crisis comicial en tiempo y lugar de trabajo, y sufrida por jardinero diagnosticado de epilepsia, aun sin acreditarse factor laboral alguno que pudiera desencadenar o acelerar su producción, señalando en este sentido:

- a) Respecto de la definición de accidente laboral, la doctrina científica destaca la exigencia general de relación de causalidad entre el trabajador y la lesión que impone la definición contenida en el número primero; bien de manera estricta (“por consecuencia”) o bien en forma amplia o relajada (“con ocasión”), de manera que en este último caso ya no se exige que el trabajo sea la causa determinante del accidente, sino que es suficiente la existencia de una causalidad indirecta, quedando excluida del carácter laboral - existencia de una causalidad pura. De este modo, la diferencia queda más resaltada tan solo la ocasionalidad pura. De este modo, la diferencia queda más resaltada si se considera que en el primer supuesto (“por consecuencia”) estamos en presencia de una verdadera “causa” (aquellos por lo que *-propter quod-* se produce el accidente), mientras que en el segundo caso (“con ocasión”), propiamente se describe una condición (aquellos sin que “al decir de autorizada doctrina, esta ocasionalidad “relevante” se caracteriza por una circunstancia negativa y otra positiva; la negativa es que los factores que producen el accidente no son inherentes o específicos del trabajo; y la positiva es 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 ya en antigua doctrina del Tribunal Supremo.
- b) Mayor complejidad ofrece la causalidad amplia (“con ocasión”), siendo así que tal categoría supone en puridad una simple condición (*sine quanon*), de forma y manera que el hecho habría de calificarse como accidente de trabajo si no se hubiera producido para el caso de que el accidentado no se hallase trabajando en el momento en que se produce la crisis patológica, exigencia cuya verificación se cualifica -facilita- por la citada presunción de laboralidad (el hecho acaece en tiempo y lugar de trabajo); o lo que es igual, para justificar

la exclusión de accidente de trabajo es necesario que el traumatismo se hubiera producido igualmente en marco diverso al trabajo. Este método para probar, que no medio probatorio, consiste en el mecanismo de liberar al beneficiario de la presunción (*in casu* al trabajador accidentado o sus beneficiarios) de la carga de la prueba respecto del hecho presunto (cualidad laboral del accidente) por la sola circunstancia de resultar acreditado el objeto de la prueba, que deja de serlo en el hecho presumido y pasa a serlo en el hecho base, así como que “la razón de ser de tal mecanismo probatorio -la presunción- se encuentra en la necesidad de facilitar la prueba de los hechos en situaciones que a juicio del legislador presentan serias dificultades probatorias para una de las partes (el trabajador o sus beneficiarios, en nuestro supuesto) a la que aquel considera digna de protección, en razón a valores de diversa índole, particularmente, la clara inferioridad económica del asalariado, con todo lo que ello comporta.

- c) Concluyendo que si ya normalmente subyace en las presunciones una máxima de experiencia que el legislador acoge para dotar de seguridad jurídica a determinadas situaciones de difícil prueba, en el caso que debatimos esas reglas de experiencia no llevan precisamente a apreciar el acierto de la presunción legal respecto de que el resultado (fallecimiento) se ha producido con ocasión del trabajo (ocasionalidad relevante, que no pura), por cuanto que tal cualidad requiere la convicción de que el citado hecho no habría llegado a producirse si la crisis hubiera acaecido en lugar y tiempo diverso al trabajo (*conditio sine qua non*), y la experiencia no enseña efectivamente- que no el grave TCE ni mucho menos la muerte son la consecuencia habitual (en un orden lógico de posibilidades) de las crisis comiciales que se producen en lugares ajenos al trabajo y dotados de la más variada superficie.

La STS de 13 de diciembre de 2018 (RJ 2018,5845) acude a la teoría de la ocasionalidad relevante, para considerar accidente de trabajo el ocurrido durante la pausa de quince minutos para desayunar. La ocasionalidad relevante caracterizada -como se ha dicho-, por una circunstancia negativa y otra positiva. La primera es que los elementos generadores del accidente no son específicos o inherentes al trabajo y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida del trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido el evento. La trabajadora se accidentó cuando salió de la empresa dirigiéndose a tomar un café dentro del tiempo legalmente previsto como de trabajo de quince minutos por tratarse de jornada superior a seis horas, habitualmente utilizado para una pausa para “tomar café”, como actividad habitual, social y normal en el mundo del trabajo (primer elemento), ahora bien, el trabajo es al condición sin la cual no se hubiera producido el evento (segundo elemento). El nexo de causalidad nunca se ha roto, 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. La STS de 20/04/2021 (RJ 2021,2049), considera que ha de calificarse como tal el sufrido fuera del centro de trabajo en tiempo de descanso, al caerse en una cafetería, en aplicación de la teoría de la “ocasionalidad relevante”; o la STS de 13/10/2020 (RJ 2648,4548) que califica como accidente de trabajo el sufrido por el trabajador en tiempo de descanso, al caerse cuando se dirigía a su vehículo situado en el aparcamiento de la empresa, en aplicación de la teoría de la “ocasionalidad relevante”; la misma teoría aplica la STS de 9/02/2023 (RJ 2023,537) a la caída sufrida por la trabajadora que se dirige del centro de trabajo a un bar durante la media hora de bocadillo que se califica como tiempo de trabajo por el convenio colectivo.

4. LA CARGA DE LA PRUEBA

Sobre la problemática de la prueba en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales la STS 30/06/2010 dictada en Sala General (RJ 2010,6775) señala que la propia existencia de un daño puede implicar el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió freno al riesgo detectable y no evitable, aplicando la clásica normativa civil de la culpa contractual, conforme a la cual, la exigencia de responsabilidad necesariamente ha de calificarse como contractual, conforme a la cual, la exigencia de responsabilidad necesariamente ha de calificarse como contractual, si el daño es consecuencia de un incumplimiento contractual. De este modo, la deuda de seguridad que el empresario corresponde, determina que actualizado el riesgo de accidente de trabajo, para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias y que en cuanto concretamente a la carga de la prueba, ha de destacarse la aplicación analógica del artículo 1183 CC, del que derivar la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no en el caso fortuito, salvo prueba en contrario; y la del artículo 217 LEC tanto en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos (secuelas derivadas de accidente de trabajo) y de los impeditivos, extintivos u obstativos (diligencia exigible), cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria, pues es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de esta). De este modo, el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario (argumentado en los artículos 1.105 CC y 15.4 LPRL), pero en todos estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concedida legalmente.

La referida doctrina se ha visto reflejada en el artículo 96.2 LRJS en el que se preceptúa que en los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyentes o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador no la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que este inspira.

5. LUGAR Y TIEMPO DE TRABAJO

El apartado 3 del artículo 156 LGSS establece una presunción *iuris tantum* a favor de la consideración de accidente de trabajo al considerar que se presumirá salvo prueba en contrario, que son constitutivos de accidentes de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.

En relación con el lugar de trabajo se ha considerado por el Tribunal Supremo que en dicho concepto se incluye los vestuarios (STS de 20/12/2005, Sala General RJ 2006,534)¹.

¹ También SSTS de 14/07/2006 (RJ 2006,7275); 20/11/2006 (RJ 2006,8367); 22/11/2006 (RJ 2006,9215); 25/01/2007 (RJ 2007,1904); 14/03/2007 (RJ 2007,3843) y 14/03/2012 (RJ 2012,5429).

En cuanto a que el trabajador padezca las lesiones en el tiempo de trabajo, el concepto está referido a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto de trabajo, de manera que se presume que se ha comenzado a realizar algún esfuerzo físico o intelectual que determina una más fácil vinculación del acaecimiento con el trabajo. De esta manera se ha rechazado la concurrencia de tal elemento en situaciones en las que: a) El trabajador se encontraba en los vestuarios de la empresa cambiándose la ropa, sobre las 7,45 horas, antes de incorporarse al puesto de trabajo y dirigiéndose al mismo (STS de 20/12/2005 RJ 2006,534); b) se había cambiado la ropa en los vestuarios de la empresa y se disponía a comenzar el trabajo (STS de 14/07/2006 RJ 2006,7275); c) en el caso de un infarto de miocardio sobrevenido cuando finalizada su jornada laboral a las 19:00 se encontraba en los vestuarios del centro de trabajo habitual cambiándose la ropa (STS de 20/11/2006 RJ 2006,8367); d) el trabajador se encontraba en los vestuarios de la empresa a las 15,45 horas para cambiarse e iniciar su jornada de trabajo habitual cambiándose la ropa (STS de 20/11/2006 RJ 2006,8367); d) el trabajador se encontraba en los vestuarios de la empresa a las 15:45 horas para cambiarse e iniciar su jornada de trabajo tras haber fichado (STS de 25 de enero de 2006 RJ 2006,9215); e) el trabajador se estaba cambiando de ropa en la propia obra para empezar a trabajar (STS de 25/01/2007 RJ 2007,1904); f) cuando se encontraba en los vestuarios de la empresa cerca sobre las 6,15 horas, sin haber comenzada su actividad laboral (STS 14/03/2007 rcud 4617/2005); g) Al salir del vestuario de ponerse la ropa de trabajo (STS 14/03/2012 RJ 5429,2012); h) cuando estaba en la entrada pero dentro del taller con sus compañeros antes de iniciar la jornada de trabajo (STS 5/02/2007 RJ 2007,3342); j) cuando se siente enfermo antes de comenzar el trabajo, es trasladado a su domicilio y allí muere a consecuencia de un taponamiento cardiaco, producido por una rotura cardiaca, desencadenada por un infarto de miocardio (STS de 6/10/2003 RJ 2003,8569).

La STS de 4/10/2012 (RJ 2012,10305) considera accidente de trabajo el infarto miocardio en el vestuario antes del inicio de la jornada de trabajo al entrar en juego la presunción de existencia al concurrir las siguientes circunstancias: a) el infarto se produce después de haber fichado y mientras se proveía obligatoriamente del equipo de protección individual; b) El plus de puntualidad solo se devengaba si se realizaban estas operaciones previas a la incorporación al puesto de trabajo. También se considera accidente de trabajo el producido en los vestuarios en el caso en que el trabajador se encuentra en los mismos durante la jornada de trabajo cuando su estancia no obedece a que se cambiara la ropa antes o después de la jornada (STS de 22/12/2010 RJ 2011,60). Igualmente es accidente de trabajo la situación en la que, asumiendo la preexistencia de la enfermedad cardiaca, que al padecer no debía evidenciar síntomas previos de clase alguna como se comprueba por el hecho de que solo un mes antes del infarto sufrido en el lugar y tiempo de trabajo, el trabajador fuera reconocido por la Mutua y declarado apto para el trabajo (STS de 27 de septiembre de 2007 RJ 2007,8879).

No obstante, la doctrina del Tribunal Supremo sobre qué se entiende por tiempo de trabajo es flexible y así la STS de 9 de mayo de 2006 (RJ 2006,3037) relativa al fallecimiento que se produjo en el centro de trabajo al derrumbarse un muro mientras el trabajador comía, señala que la doctrina a efectos de que puede considerarse por tiempo de trabajo ha estado guiada en principio por un criterio flexible en los casos en los que el accidente sobreviene en el lugar de trabajo. De este modo se considera accidente de trabajo el accidente que sobrevino a las 14,17 horas y el horario de trabajo al que estaba sometido el trabajador abarcaba de las 8 a 13 horas y las de las 15 a las 17 horas, estando el trabajador comiendo en

la obra en la que prestaba servicios de restauración, al derrumbarse un muro del inmueble que produjo el fallecimiento del trabajador. Esta sentencia considera que la falta de prueba sobre las circunstancias impeditivas de la apreciación de la presunción ya determinaría la consideración del accidente como laboral. Además, indica la resolución que del sentido propio de las palabras utilizadas por el artículo 156.3 LGSS, y de la consideración de que no se rompió el nexo causal entre el trabajo y la lesión, es necesario en este caso, tener en cuenta el criterio hermenéutico de la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, al que se refiere el artículo 3.1 CC, y de los usos y costumbres sociales que el artículo 3.1.d) ET que se considere fuente laboral. Conforme a este criterio informador cabe afirmar que el accidente sobrevino durante la jornada de trabajo, porque en supuestos como el presente es práctica generalizada que los trabajadores dedicados a la construcción realicen las comidas de medio día en el propio centro de trabajo, por las dificultades que entraña la satisfacción de esta necesidad en su domicilio y el coste adicional que supondría comer en un establecimiento público. Es regla general de experiencia y canon comúnmente aceptado de conducta que en situaciones como las de aquí contempladas, los trabajadores realicen su comida de medio día en el centro de trabajo y en la pausa que el mismo permita, sin que ello quede absolutamente desvinculada la calificación como profesional al accidente ocurrido en estas circunstancias y reconocerla al sufrido por el trabajador en la trayectoria de su domicilio al centro de trabajo, también en el tiempo intermedio de inactividad laboral para alimentarse, originado por causas absolutamente desconectadas del funcionamiento de la empresa.

En el mismo sentido, se considera accidente de trabajo el fallecimiento de un trabajador al ser aprisionado por una carretilla en el centro de trabajo durante la pausa de medio día, una vez finalizado por aquel el descanso-comida y antes de que sus compañeros llegarán al centro para iniciar la jornada de tarde, estando autorizado para comer y pernoctar en la empresa sin que se aprecie la concurrencia de imprudencia temeraria en su conducta (STS de 27/01/2014 RJ 2014,4935). En el mismo sentido se presume como accidente de trabajo la lesión corporal producida durante la pausa de comer cuando no se practicó prueba alguna conducente a desvirtuar la presunción legal, prueba que podría haberse dirigido a demostrar el punto geográfico en el que se encontraba situada la obra, bien dentro o fuera de la población, o si los trabajadores podrían cubrir su necesidad de alimentarse en el escaso tiempo de que disponían entre la jornada de la mañana y la de la tarde, bien acudiendo a sus domicilios, si es que la distancia y el tiempo que disponían lo hacían factible, o bien en las proximidades de la obra y a la distancia asequible algún establecimiento donde pudieran servir alimentos (STS 9/05/2006 RJ 2006,3037).

La STS de 13 de diciembre de 2018 (RJ 2018,5845) considera laboral el padecido por la trabajadora que se accidentó cuando salió de la empresa dirigiéndose a tomar un café dentro del tiempo legalmente previsto como de trabajo de quince minutos por tratarse de jornada superior a seis horas, habitualmente utilizado para una pausa para “tomar café”, como actividad habitual, social y normal en el mundo del trabajo (primer elemento), ahora bien, el trabajo es al condición sin la cual no se hubiera producido el evento (segundo elemento). El nexo de causalidad nunca se ha roto, 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. De igual forma es laboral el accidente por atropello sufrido durante la pausa de descanso fuera del centro de trabajo, de esta forma la STS de 13/10/2021 (RJ 5042,2018), pues tales hechos evidencian la existencia de un enlace directo y necesario entre la situación en la que se encontraba la trabajadora cuando

se produjo el accidente y el tiempo y el lugar de trabajo, que es la condición sin la cual no se hubiera producido el evento, el nexo de causalidad nunca se ha roto, porque la pausa era necesaria, y la utilización de la misma por la trabajadora se produjo con criterios de total normalidad, en consecuencia, la calificación profesional se impone por el artículo 156.1 LGSS, no concurriendo ninguna circunstancia que evidencie de manera inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y el accidente. La STS de 20/04/2021 (RJ 2021,2049) considera accidente de trabajo el sufrido fuera del centro de trabajo en el tiempo de descanso; la STS de 16/07/2020 RJ 2020.3118) aplica 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 la empresa, y que el convenio colectivo considera tiempo de trabajo; o la STS de 13/10/2020 (RJ 2648,4548) que califica como accidente de trabajo el sufrido por el trabajador en tiempo de descanso, al caerse cuando se dirigía a su vehículo situado en el aparcamiento de la empresa.

Constituyen igualmente accidente de trabajo las enfermedades, como los infartos que se desencadenen en el lugar y tiempo de trabajo como señala la STS de 27/01/2014 (RJ 2014,935)²:

- 1) La presunción del artículo 156.3 LGSS se refiere no solo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pudieran surgir en el trabajo.
- 2) Para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de la prestación de servicios, la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal.
- 3) La presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca. Lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesiones. Lo que se valora es la acción del trabajo en el marco de lo establecido en el artículo 156.2.f) LGSS como desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del artículo 156.3 LGSS y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes; pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección.

Para que la presunción se destruya se requiere prueba en contrario que evidencie de forma inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad y para ello es preciso que se trate de enfermedades que “no sean susceptibles de una etiología laboral o que esa etiología pueda ser excluida mediante prueba en contrario”, precisándose

² En el mismo sentido, STS 27/11/2007 (RJ 2007,8879); 25/11/2002 (RJ 2003,1921); 13/10/2003 (RJ 2004,264) y 30/01/2004 (RJ 2004,2580).

a estos efectos que, en principio no es descartable una influencia de los factores laborales en la formación del desencadenamiento de una crisis cardiaca”.

La misma calificación como accidente de trabajo cabe predicar de la hemorragia cerebral que se exterioriza durante el descanso para comer, habiéndose sentido indisposto el trabajador en el lugar y tiempo de trabajo, aunque el trabajador padeciera una malformación congénita-venosa. En este sentido, el que el trabajador padeciera una malformación congénita-venosa no excluye la calificación del suceso como accidente de trabajo ya que la presunción del artículo 156.3 LGSS se refiere, no sólo a los accidentes en sentido estricto, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que puedan surgir en el trabajo ya que, si bien la acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del artículo 156.3 LGSS y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes; pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección. De este modo no concurre ninguna circunstancia que permita excluir los efectos que se derivan de la presunción del carácter laboral del accidente, ya que el trabajo pueda actuar como factor desencadenante de accidente cerebro-vascular, teniendo en cuenta que en el supuesto examinado concurrirían unas especiales circunstancias, como son el hecho de que el trabajador había sido trasladado en fechas recientes a la oficina en la que se encontraba prestando servicios cuando sobrevino el accidente y que allí, la cartera de clientes era más selectiva, pues tenían una renta superior, y además la fecha en la que sobrevino el accidente era la de declaración de la renta. También es accidente de trabajo el infarto miocardio acaecido en el lugar de trabajo y durante el tiempo, aunque los síntomas se iniciaran días antes son que los mismos impidieran al trabajador acudir al trabajo (STS de 8/03/2016 RJ 2016,965); o la angina de pecho ocurrida en tiempo y lugar de trabajo que no se destruye por la preexistencia de una lesión cardíaca de origen común (STS de 26/04/2016 RJ 2016,2131); o la taquicardia sufrida durante la prestación de servicios en la UBE de hemodiálisis del Hospital Médico Quirúrgico (STS 13/10/2003 RJ 2004,264); o la muerte como consecuencia de un desgarro en una zona debilitada de la pared aórtica, cuyo principal factor es el riesgo de la hipertensión, por lo que no cabe descartar que la elevación de la presión arterial a causa del estrés inherente a la ejecución de su actividad laboral como vigilante de seguridad actuase como factor desencadenante o coadyuvante en la producción del suceso lesivo. Se trata, por tanto, de una dolencia que, manifestada en lugar y tiempo de trabajo, se beneficia de la presunción del artículo 156.3 LGSS. Por lo que no concurriendo ninguna circunstancia que permita desvirtuar los efectos que se derivan de dicha presunción, sin que pueda valorarse como tal el hábito tabáquico que supone otro factor de riesgo, hay que concluir que su fallecimiento se debe atribuir a la contingencia de accidente de trabajo (STS 25/04/2018 RJ 4123/2015).

Igualmente, la STS de 27/02/2008, dictada en Sala General (RJ 2008,1546) establece que es accidente de trabajo el traumatismo cráneo-encefálico producido por crisis comicial en tiempo y lugar de trabajo, y sufrida por jardinero diagnosticado de epilepsia, aun sin acreditarse factor laboral secundario, sangramiento digestivo abundante por gastritis hemorrágica, cuando no existiendo antecedentes médicos de enfermedades del trabajador, surgido en el tiempo y lugar de trabajo (STS 15/06/2010 RJ 2010,2705).

La STS de 21/06/2018 (RJ 2018,2931) extiende la presunción de laboralidad al desprendimiento de retina que se manifiesta mientras la trabajadora, administrativa de la Seguridad Social, trabajaba delante de la pantalla del ordenador. Así, el hecho de que se trata

de una lesión súbita que aparece en tiempo y lugar de trabajo conduce necesariamente a la aplicación del artículo 156.3 LGSS en cuya virtud se presume que estamos en presencia de Accidente de Trabajo, más aún si se tiene en cuenta que no cabe excluir el factor trabajo en el desencadenamiento de patologías oculares, en concreto, el desprendimiento de retina, sin perjuicio de que, estadísticamente, existan otras causas productoras más frecuentes. Establecida la presunción correspondiente a quien pretende destruirla acreditar la falta de conexión causal entre trabajo y lesión, acreditación que no se ha producido en el presente caso, habida cuenta que no puede considerarse como tal argumento de que no existen casos en la literatura médica que conecten el trabajo ante pantallas de ordenador con desprendimiento de retina, en primer lugar, porque, aunque la tarea realizada cuando se produjo el fatal evento se producía ante una pantalla, la presunción se refiere al tiempo y lugar de trabajo y no a los instrumentos del mismo; y en segundo lugar, porque la destrucción de la presunción hubiera exigido la acreditación de una radical incompatibilidad entre el trabajo y la lesión que en este caso no se ha producido.

En distinto sentido se pronuncia la STS de 16/12/2005 (RJ 2006,445) que señala que la condición de dolencia congénita evidencia que su génesis ninguna relación guarda con el trabajo y, declarándose probado que tal enfermedad es independiente de factores exógenos, la crisis que supuso el nuevo episodio vertiginoso, que desencadenó la nueva situación, pudo haberse producido en cualquier otro momento y lugar, siendo además indicativo el que los síntomas de dificultad en la pronunciación habían comenzado ya seis días antes, debiéndose añadir que es hecho admitido que el trabajador no realizó ningún esfuerzo, ni ninguna actividad que pudiera vincularse con la agravación de unos síntomas que ya se habían manifestado días antes. A igual conclusión se llega en relación con la hemorragia cerebral relacionada con un aneurisma congénito no acreditándose la realización de esfuerzo o actividad laboral (STS 3/11/2003 RJ 2003,9507).

Para que opere la presunción los signos primarios de la lesión se deben producir en el lugar y tiempo de trabajo, aunque su desencadenamiento se produzca fuera de estos parámetros. Así, no es relevante que la muerte del trabajador se produjese horas después del debut del cuadro pues lo esencial es que los primeros signos o manifestaciones clínicas se produjeron en el lugar y tiempo de trabajo (STS de 25/04/2018 RJ 2018,3201). En el mismo sentido se pronuncia la STS de 20/03/2018 (RJ 2018,1707) en el caso de una lesión cardio-vascular cuyos síntomas debutan en tiempo y lugar de trabajo, aunque solo se desencadena tras acabar la presunción de laboralidad, aunque el trabajador padeciese lesiones cardiovasculares previas. En este caso las circunstancias en que el trabajador fallece no aparecen del todo desprendidas de laboralidad lugar cualquiera de esparcimiento sino al gimnasio del Club Financiero, que la empleadora subvenciona a sus directivos. Tampoco parece que la motivación de su práctica sea fundamentalmente deportiva o lúdica, sino terapéutica pues se acomete el ejercicio físico sugerido por las personas que comprueban sus problemas de salud, para intentar recuperar la normalidad.

La STS de 23/01/2020 (RJ 4322.2017) aplica la presunción de laboralidad a un episodio cardiovascular cuyos síntomas debutan durante el trabajo, aunque se arrastran lesiones previas y el trabajador (conductor de autobús) logra finalizar su jornada, acudiendo al hospital después, toda vez que el trabajador accedió a la situación de incapacidad temporal no aparece desprendidas de laboralidad pues estuvo prestando servicios durante una dilatada jornada, se ha sobrepuerto a las molestias sobrevenidas durante la misma y ha podido concluirla por tomar la medicación para dolencias cardiovasculares.

En cambio, no constituye accidente de trabajo el caso en el que los síntomas determinantes del padecimiento de la actora aparecieron en su domicilio, en el momento de levantarse de dormir. En tal ocasión la trabajadora notó perdida de fuerza en las piernas, más en la izquierda, con caída al suelo y, también, dificultad para hablar, torciéndose la cara para la derecha. La actora se incorporó a su centro de trabajo, donde no consta que realizara trabajo alguno, volviendo a su casa por encontrarse mal y llamando desde allí al 061 que la trasladó a un centro hospitalario donde fue diagnosticada de embolia cerebral con infarto cerebral. En este caso, la enfermedad apareció de manera súbita en el domicilio y su posterior incorporación al lugar de trabajo -que no a las labores propias de su trabajo- nada tuvo que ver con la aparición de una enfermedad ya manifestada. Tampoco cabe apreciar, puesto que no consta dato alguno, que el trabajo desempeñado fuera el origen o causa, de la enfermedad cerebro-vascular de la trabajadora, por lo que no puede apreciarse entre aquel y esta relación de causalidad alguna (STS 4/04/2018 (RJ 2018,1796).

La especial consideración de los accidentes en el mar.

La STS de 16/07/2014 (RJ 2014,5291) califica como accidente de trabajo el sufrido por marinero a bordo del buque en el que prestaba servicios, durante el periodo de descanso. La citada sentencia recordando la doctrina establecida en la STS de 6/10/1986 (RJ 1983,5053) que consideró como derivado de accidente de trabajo el fallecimiento de un marinero mientras dormía en su camarote. Dicha sentencia a su vez citaba la anterior sentencia de 12/02/1981, también sobre el fallecimiento de marinero y su calificación como accidente, y su calificación como accidente, en la que se destacaba la "singularidad del trabajo en el mar". La sentencia tras el examen de la normativa aplicable y obtener de la misma la distinción entre los conceptos de trabajo y jornada efectiva, limitada la última y sin limitación aquel, al existir la posibilidad de que en cualquier momento haya de ser prestada la efectiva actividad laboral en el mar, a los efectos de calificación jurídica de un evento dañoso sufrido por un trabajador en dicha actividad, como accidente de trabajo y presunción legal de su existencia. Esta distinción de ha puesto se ha puesto de relieve en la STS de 24/02/2014 (RJ 2014,2711), cuando destaca, en relación con un accidente sufrido por un trabajador, cocinero en un buque, que fallece al caer al agua, que cuando intentaba acceder a su barco, que estaba atracado, desde otro que se encontraba abarreado, insistiendo en que, en el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala el accidente se produce en unas condiciones que guardan una íntima conexión con el trabajo. De esta manera no se puede olvidar la peculiaridad del trabajo del accidentado, cocinero en un buque, cuyo trabajo se desarrolla a bordo de la embarcación, que no solo es el centro de trabajo, sino también el domicilio del trabajador durante el periodo que dure el embarque pues, aun cuando el barco ataque, el domicilio de los tripulantes sigue siendo el barco. Igualmente se considera accidente de trabajo el sufrido por el trabajador en el buque en el que trabaja y vivía al estar embarcado, a causa de edema agudo de pulmón provocado por una cirrosis hepática (STS de 4/02/2015 RJ 20915,1380); o la lesión en el nervio tibial superior o peroneal en pierna derecha, sufrida por un patrón de pesca, embarcado en el buque, al levantarse de la cama (STS de 6/07/2015 RJ 2015,4682).

La presunción de laboralidad en las accidentes producidos en los vehículos de transporte por ocurrir en el lugar y tiempo de trabajo. La presunción de laboralidad se produce en los casos de fallecimientos o lesiones sobrevenidas en los momentos de descanso tras la conducción. Así, la STS de 22/07/2010 (RJ 2010,7283) indica que hay que atender a las circunstancias concretas del trabajo encomendado al trabajador de manera

que no es controvertido que los conductores de camión, dentro de la normativa reguladora de la actividad, tienen la obligación de descansar cada determinado número de horas o de kilómetros recorridos, de manera que han de parar el vehículo fijado, pues el descanso preceptivo tiene por finalidad, que no se conduzca durante el tiempo excesivo para evitar accidentes. Este descanso puede realizarse dentro o fuera del camión, pudiéndose optar por dormir en el camión, pero no puede obviarse que es frecuente que el trabajador pernocte en el vehículo con la intención además de descansar, de vigilancia tanto del vehículo como de la mercancía, por lo que en realidad nos encontramos ante un lapso temporal de presencia, pues aunque no se presta trabajo efectivo de conducción, se está realizando servicio de guardia y vigilancia dentro del camión, sin que se desvirtúe por ello el nexo causal exigido. De este modo, corresponde al beneficiario de la prestación acreditar que la lesión se produjo en las circunstancias descritas, jugando la presunción que solo puede ser desvirtuada cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todos los matices físicos y psíquicos que le rodea al siniestro. De este modo se considera accidente de trabajo el fallecimiento de trasportista por isquemia miocardiaca-arritmia cardíaca. Sobrevenida durante el descanso nocturno en la cabina del camión. Igualmente se pronuncia la STS de 14/07/2005 (RJ 2005,9632) al considerar accidente de trabajo las lesiones padecidas por el trabajador, mientras descansaba en el camión que había conducido durante largo tiempo, pues, aunque estuviera durmiendo en el camión, se hallaba en el mismo centro de trabajo y prestando servicio de vigilancia del vehículo, hecho que vinculaba la lesión con el trabajo, existiendo aparente nexo causal.

Como señala la STS de 6/03/2007 (RJ 2007,1867) dictada también en un supuesto de transporte por carretera, en realidad no estamos ante una misión específica en el marco de un trabajo que se desarrollaba normalmente en un lugar determinado y se encarga al trabajador la realización de un servicio en otro lugar, sino ante una actividad de transporte que consiste precisamente en un desplazamiento permanente del trabajador como forma de cumplir la prestación de servicio. No se produce, por tanto, el desdoblamiento, en la actividad de realizar transporte que consiste precisamente en un desplazamiento permanente del trabajador como forma de cumplir la prestación de servicio. No se produce, por tanto, el desdoblamiento entre el trabajo y desplazamiento, que es propio de la misión típica, pues el trabajo normal consiste precisamente en el desplazamiento, en la actividad de realizar transporte. De este modo si se consideran las normas sobre tiempo de trabajo en el transporte por carretera, se concluye que la lesión no se produce en el tiempo de trabajo efectivo, ni durante la presencia, que el artículo 8.1.2º del RD 1561/1995 define como aquel en el que el trabajador se encuentra a disposición del empresario, sin prestar trabajo efectivo por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes son servicio, averías, comidas en ruta y similares. Así, la Directiva 2002/15/CE distingue entre tiempo de trabajo en el que se está en el centro de trabajo a disposición del empresario en el ejercicio de las tareas normales, realizando funciones complementarias o en períodos de espera de carga o descarga; en el tiempo de disponibilidad en el que no se permanece en el lugar de trabajo, pero se está disponible para responder a posibles instrucciones que ordenen emprender o reanudar la conducción, mientras que el tiempo de descanso se caracteriza por ocurrir con ocasión de pausa o descanso en el trabajo. Por tanto, se considera accidente de trabajo el derrame que sufre el conductor durante las llamadas horas de presencia, mientras realizaba un descanso técnico o tomaba un café. Horas que entran dentro de la jornada laboral porque durante ellas el trabajador está a disposición del empresario (STS 19/07/2010 RJ 2010,4886).

En el cambio, no constituye accidente de trabajo el manifestado en los períodos de descanso ocurriendo en el ámbito privado normal del trabajador como cuando ocurre durante el descanso del transportista que fallece por enfermedad cardiovascular durante el descanso en un hotel al regreso de su actividad (STS 6/03/2007 RJ 2007,1867).

Accidente ocurrido durante guardias localizadas. A tenor de lo establecido en el artículo 156.3 LGSS para la determinación del accidente de trabajo se requiere la conjunción de las dos circunstancias para que opere la presunción “durante el tiempo y en el lugar de trabajo”, y es tiempo de trabajo según la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993 “todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, pero aun cuando se entendiese que durante las guardias de localización, el médico está sometido a las decisiones de disponibilidad de la empresa, es evidente, que no concurre el segundo condicionante “lugar de trabajo”, que solo es el espacio físico en donde se desarrolla la actividad profesional con presencia y disponibilidad plena. Precisamente la STS de 8/10/2003 (RJ 2003,7821) aunque referida a la consideración de horas extraordinarias por la realización de guardias establece que la exclusión de las guardias del cómputo de jornada pueda realizarse cuando se trata de tiempo de guardias del cómputo de jornada pueda realizarse cuando se trata de tiempo de guardias de localización o mixtas en la fracción que no tiene la consideración de trabajo efectivo, ni de presencia en el centro de trabajo (STS 9/12/203 RJ 2004,3378).

6. ACCIDENTE DE TRABAJO OCASIONADO POR ENFERMEDADES DEL TRABAJO

El artículo 156.2 LGSS establece que tendrán la consideración de accidente de trabajo, es decir, aquellas no incluidas en la lista de enfermedades profesionales del trabajo, es decir, aquellas no incluidas en la lista de enfermedades profesionales, 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.

En relación con esta tipología de accidente de trabajo la STS de 7/10/2003 (RJ 2003,72724) determina que es una enfermedad del trabajo aquella que sufre un trabajador por cuenta ajena que, hallándose prestado sus servicios, o sea, estando dentro de su horario de trabajo y en el lugar de prestación del mismo como médico pediatra.

En este tipo de enfermedades no es menester para determinar la existencia de accidente de trabajo acreditar que la situación lesiva deriva de una concreta y determinada actuación laboral, basta con que tenga su causa en el ejercicio de la actividad profesional, como es el caso del estrés sufrido por un Ertzaintza objeto de agresiones materiales y verbales por elementos del entorno abertzale (STS de 18/01/2015 RJ 2005,1157).

7. ENFERMEDADES ANTERIORES AGRAVADAS POR EL ACCIDENTE DE TRABAJO

El artículo 156.2.f) LGSS determina que tendrán la consideración de accidentes de trabajo las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constituida del accidente.

De este modo constituye accidente de trabajo la patología previa que permaneció silente y que se agravó estando el trabajador en el centro de trabajo desempeñando su labor y con ocasión de un esfuerzo. Así la STS de 29/04/2014 (RJ 2014,2676) señala que la presunción a favor de la laboralidad del accidente cuando este se produce en el lugar y tiempo de trabajo, como establece el artículo 156.3 LGSS, debe jugar con toda su fuerza, lo que obliga a lesión, y por lo tanto, probar la inexistencia de un nexo causal entre el trabajador nada consideración de accidente de trabajo la patología lumbar previa agravada al sufrir un tirón con ocasión del trabajo realizado y la recaída en la lesión que agravada al sufrir un tirón con ocasión del trabajo realizado y la recaída en la lesión que agravó el accidente, pues fue el accidente, pues fue el accidente el que provocó la manifestación de una patología hasta entonces no limitativa; o las dolencias de columna agravadas al sufrir el trabajador un tirón con ocasión del trabajo realizado (STS de 23/02/2010). Esta presunción juega cuando la patología lumbar previa degenerativa anteriormente silente se manifiesta con ocasión de un accidente in itinere (STS de 15 de julio de 2015 RJ 2015,4132).

En el mismo sentido se significa la presunción determinada en el artículo 156.3 LGSS no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padecía la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo porque lo que se valora estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardiaca, lo que no es apreciable en principio dada la etiología de este tipo de lesiones, sino su actuación en el marco del artículo 156.2.f) LGSS como factor desencadenante de una crisis, que es al que lleva a la situación de necesidad protegida y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción y no puede quedar excluida por la prueba de que la enfermedad se padecía ya, aunque sea así, es la crisis la que hay que tener en cuenta a efectos de protección (STS de 11/06/2007 RJ 2007,6630).

De la misma forma constituye accidente de trabajo la epicondilitis que es consecuencia de un sobresfuerzo muscular producido cuando el trabajador estaba armando ladrillo y, que ya en su momento la IT derivada fue calificada como accidente de trabajo, siendo la aquí discutida una recaída de la anterior (SSTS de 25/01/2006 RJ 2006,4333, de 21/11/2007 RJ 2007,9241 y de 14/02/2006 RJ 2006,2092). En cambio, puede ocurrir que el accidente no ocurrido en el tiempo de trabajo pueda considerarse como accidente de trabajo producido a consecuencia del trabajo como es el ocurrido a un pintor que después de la jornada de trabajo sufre un infarto que cabe ser atribuido a los intensos esfuerzos realizados con anterioridad (STS de 20/11/2006 RJ 2006,8367).

De igual modo, la STS de 10/06/2003 RJ 2005,4882) considera accidente de trabajo el padecido por el trabajador que presenta afecciones como en el caso de la espina bífida y otros que por sus peculiares características son anteriores al accidente aunque hasta esa fecha nunca hubieran condicionado la capacidad del actor para su profesión de encofrador, de modo que es a partir del accidente cuyas secuelas se concretaron en una lumbalgia debido a la cual causó baja, y sin que volviera a reincorporarse a sus tareas profesionales cuando su patología se evidencia enérgicamente hasta el punto de hacer necesaria una laminotecnia L5 y extirpación de un lipoma intrarraquídeo.

La STS de 12/03/2025 (rcud 2706/2023) califica como accidente de trabajo la etiología padecida por el trabajador, oficial mecánico en taller de automóviles en situación de incapacidad temporal por enfermedad común preexistente que se agrava tras el esfuerzo realizado mientras se desarrollaba la actividad laboral y ya no pudo seguir trabajando.

8. ENFERMEDADES INTERCURRENTES

Considera el artículo 156.2.g) LGSS que constituye accidente de trabajo, las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, con enfermedad 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.

Sobre estos supuestos la STS de 10/07/2007 (RJ 2007,8869) señala que se ja de tener en cuenta que la incapacidad temporal del supuesto tiene un doble origen, pues de una parte fue causada por unas lesiones derivadas de accidente de trabajo y en otra parte por dolencias producidas por enfermedad común. Pero todo proceso de IT es una realidad de contenido unitario, cuyos efectos se aplican de forma única e indiferenciada a toda la situación protegida, sin que sea posible establecer diferencias ni distinciones en cuanto a su protección. Esto significa que en la enfermedad lumbar que sufre el trabajador, tiene que ser incardinada en el apartado g) del artículo 156.2 LGSS, y calificada como intercurrente, habida cuenta que al ser una de las causas generadoras de la IT analizada, modifica en su gravedad las consecuencias del accidente al reforzar y hacer más vigorosa la incapacidad para el trabajo padecida y constituye una complicación del proceso patológico del mismo.

En cambio, la STS de 25/01/2007 (RJ 2007,1905) indica que es posible que algunas lesiones primariamente sufridas durante el tiempo y en el lugar de trabajo, y que se manifiesten de nuevo después fuera de ese ámbito, aunque su inicial calificación como accidente laboral haya venido determinada de manera inmediata por la presunción legal, tengan también, en su manifestación posterior, una relación causal con el trabajo desempeñado; pensemos por ejemplo, en una intoxicación por los gases producidos por la maquinaria empleada, cuyos efectos, incluso después de un periodo de tiempo vuelvan a aparecer fuera de ese ámbito originando una nueva baja médica. Pero igualmente puede suceder, como parece acometer en el caso enjuiciado, que la primera calificación derive exclusivamente de la presunción legal, y por ende, no puede calificarse como accidente de trabajo, máxime si, como también ocurrió en la presente ocasión, además de mediar un periodo de actividad laboral superior a seis meses (artículo 9 de la Orden de 13 de octubre de 1967), en el curso del mismo proceso de incapacidad temporal hizo aparición otra patología diferente (un infarto lacunar en la zona de la arteria medio lateral derecho y una estenosis la sentencia impugnada, ninguna relación guarda con la enfermedad de corazón y cuya etiología común nadie discute. Lo mismo ocurre en relación con la crisis o episodios sucesivos de una dolencia cardíaca en la que los primeros episodios fueron calificados como accidentes de trabajo lo que no significa que lo tenga que ser el último al no concurrir los requisitos exigibles (STS de 22/01/2007 RJ 2007,1591).

9. LOS ACCIDENTES OCURRIDOS EN TAREAS DISTINTAS A LAS DE LA PROFESIÓN REALIZADAS POR ORDEN DEL EMPRESARIO O EN SU BENEFICIO

Determina el artículo 156.2.c) LGSS que se considera accidente de trabajo el ocurrido con ocasión o a 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 bien funcionamiento de la empresa.

En este sentido, la STS de 11/07/2000 (RJ 2000,7409) señala que el trabajo de reparación de la avería de un coche en la carretera es trabajo itinerante, en el que se ha de entender como tiempo de trabajo el del desplazamiento al punto en que se encuentra el vehículo averiado, y como lugar el de dicho punto y el de la vía que a él conduce. De este modo el lugar y tiempo de ayuda en carretera no se circunscriben al espacio y acto estricto de arreglo de la avería, sino que también al desplazamiento seguido para poder efectuar la reparación.

10. ACCIDENTE *IN ITINERE*

El artículo 156.2.a) LGSS dispone que será accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de trabajo.

El accidente *in itinere* es uno de esos casos en los que la protección de los accidentes de trabajo ha salido del marco estricto de la responsabilidad empresarial a través de la técnica de las asimilaciones como por ejemplo el ejercicio de cargos electos sindicales o el denominado accidente de emigración. En el caso del accidente *in itinere* nos encontramos ante lo que se puede denominar riesgos de la circulación, que no se corresponden en principio con la esfera de riesgo del empresario. En este sentido, el accidente *in itinere* se excluye de la previsión del artículo 7 del Convenio 121 OIT que prevé que todo miembro deberá prescribir una definición de accidente de trabajo, incluyendo las condiciones bajo las cuales un accidente sufrido durante un trayecto al o del trabajo es considerado como un accidente de trabajo, aunque se exceptúa de esta obligación en lo relativo a los accidentes en el trayecto cuando independientemente de los sistemas de Seguridad Social que cubren los accidentes en el trayecto cuando independientemente de los sistemas de Seguridad Social que cubren los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, hay otros sistemas distintos que cubren tales accidentes sufridos en el trayecto, y que conceden prestaciones que en su conjunto son por lo menos equivalentes a los que se establece dicho Convenio. En este sentido, el ordenamiento jurídico español no ha contemplado esa eventual exclusión y tampoco ha tenido en cuenta la protección concurrente que puede derivar del régimen de responsabilidad por la circulación de los vehículos a motor, compatible con las prestaciones por accidente de trabajo, ni por la cobertura que incluiría el accidente no laboral (STS 26/12/2013 RJ 2014,4371).

En nuestro ordenamiento jurídico el accidente *in itinere* se articula virtud de un elemento teleológico, de manera que el accidente se produzca por un traslado desde el domicilio al centro de trabajo y viceversa por razón de trabajo y viceversa por razón de trabajo, un elemento topográfico de manera que se produzca en el trayecto ordinario entre dichos puntos, y un elemento cronológico, es decir, en el tiempo adecuado, y por último un elemento de idoneidad en la determinación del medio de transporte de manera que este ha de realizarse a través de un medio normal que no incremente injustificadamente el riesgo de accidente.

En relación con el elemento teleológico o finalista se ha considerado que no constituye accidente *in itinere* el que se produce en el ámbito de la realización de gestiones personales aunque hayan sido autorizadas por la empresa, como 'puede ocurrir cuando se produce con ocasión de la realización de una actuación tributaria, pues se está ante una diligencia de carácter privado sin relación alguna con el trabajo (STS 29/03/2007 RJ 2007,3530); o de una visita médica a la empresa (STS 15/04/2013 RJ 2013,3839); o desde la empresa a una visita médica (STS de 10/12/2009 RJ 2010,2108).

Sobre el elemento cronológico la STS de 14/02/2017 (JUR 2017,60751) indica que dicho elemento no se rompe cuando el número de minutos sin justificar ha podido dedicarse a muy diversos menesteres, cuando el retraso no es relevante, pues hay que tener en consideración un tiempo razonable de despedida de sus compañeros de la obra que quedaron durante el trayecto, la eventualidad de que hubiera habido un atasco menor, la imposibilidad de que el trabajador manifestara exactamente lo acaecido al segundo de los pasajeros, la posibilidad de realizar una gestión intermedia razonable como recargar combustible, acudir al servicio, o realizar una mínima compra, pues todos estos son factores que inclinan hacia una solución flexibilizadora. Igualmente, la STS de 17/04/2018 (RJ 2018,2016) considera que la causalidad no se rompe si la conducta normal del trabajador responde a patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes (SSTS 21/05/1984 RJ 3054,1984; y 17/012/1997 rcud 923/1997); que tampoco ha de excluirse la cualidad de accidente de trabajo por la posibilidad de alguna gestión intermedia razonable (STS 14/02/1997 rcud 838/2015); y que ha admitirse la razonabilidad de ampliaciones en la protección atendiendo a criterios de normalidad dentro de los que se produce una conexión también normal entre el desplazamiento y el trabajo (STS 26/12/2013 rcud 2315/2012), lo que lleva a considerar que la breve postergación temporal no puede entenderse rupturista del nexo causal, en tanto que la demora por la simple compra de unos yogures no puede sino entenderse -sea o no ama de casa, como en el recurso se argumenta- como una gestión razonable que responde a patrones usuales de comportamiento y a criterios de normalidad de conducta.

Con respecto al elemento topográfico la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha establecido con reiteración que la noción de accidente *in itinere* se construye a partir de dos términos: el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador y de la conexión entre ellos a través del trayecto. En este sentido el punto de salida para el trabajo o de retorno de éste puede ser o no el del domicilio del trabajador, si bien en estos casos se aplica un criterio flexible en orden a la consideración de lo que a estos efectos debe entenderse por domicilio.

Señala también el Tribunal Supremo que no se puede considerar accidente de trabajo *in itinere* el sufrido por el actor cuando regresaba de Valladolid, donde había pasado con su familia el día de fin de año, pues en dicha ciudad vivía en efectos su familia, pero allí el actor no tenía su residencia legal ni su domicilio real y principal, ni tan siquiera el secundario de uso habitual de manera que no es posible hablar de domicilio del trabajador. A lo anterior hay que añadir que se trata de un viaje cuya finalidad principal y directa no estuvo determinado por el trabajo (estuvo pues ausente el elemento teleológico), aunque este condicionara el lugar de regreso, sino por el deseo de pasar un día de convivencia con sus familiares, de ahí que tampoco hubiese podido calificarse de *accidente in itinere* si este se hubiera producido el día antes y durante el viaje a Valladolid, aunque se hubiera iniciado en el centro de trabajo, de manera que por ausencia del mismo elemento su finalidad hubiera sido la de regresar a su domicilio desde el trabajo, sino la de marchar desde el trabajo a otra población distinta y alejada de su familia. Igualmente, no concurrió el elemento geográfico, puesto que el accidente se produjo en un trayecto totalmente ajeno al normal que debía recorrer para acudir al trabajo, siendo por ello irrelevante el punto kilométrico exacto de dicha carretera en que se produjo (STS 19/01/2005 RJ 2005,2534).

El domicilio se define de forma abierta en el sentido de que no se trata sólo del domicilio legal, sino del real y hasta del habitual y, en general, del punto normal de llegada y partida del trabajo, y ello en atención a la evolución que se produce en las formas de

transporte y en las costumbres sociales que amplia la noción de domicilio para incluir lugares de residencia o, incluso, de estancia o comida distintos de la residencia principal del trabajador. En este sentido la STS 29/09/1997 RJ 1997,6851) señala que se produce una conexión también normal entre el desplazamiento y el trabajo y añade que esta normalidad se rompe cuando estamos ante un lugar que es una residencia habitual o el sitio ordinario de comida o descanso o cuando la opción por ese habitual o el sitio ordinario de comida o descanso o cuando la opción por ese lugar comporta un incremento de los riesgos de desplazamiento, como ocurre en el caso de las diferencias relevantes de distancia (STS de 26/12/2013 RJ 2014,371). Tampoco existe conexión entre el trabajo y el accidente de tráfico sufrido cuando el trabajador circulaba en su motocicleta tras recibir el alta médica de una baja anterior, no quedando acreditado que se dirigiera al centro de trabajo a entregar el alta (STS 27/05/2015 RJ 2005,3131).

De este modo, la STS de 20/09/2005 RJ 2005,7331) excluye el domicilio de la novia; la STS de 19/01/2005 (RJ 2005,2534) el domicilio de los padres que se encontraban en Valladolid, mientras el trabajador vivía en San Fernando de Henares; la STS de 28/02/2001 (RJ 2001,2826) relativo a la vuelta al trabajo desde el domicilio de otra persona en el que se pernoctó. La STS de 17/12/1997 (RJ 1997,9484), considera el domicilio de la abuela afirmándose en esta última sentencia que admitir como domicilio habitual del trabajador el de cualquiera de sus ascendientes u otros próximos familiares cuya residencia, además, se encuentra en localidad distinta a la del centro de trabajo, desorbitaría el riesgo profesional concertado.

En este sentido es accidente de trabajo el producido en el trayecto existente desde el domicilio de fin de semana a la residencia habitual durante los días laborables, antes de la reincorporarse a su trabajo al día siguiente, pues esta interpretación se adapta a la realidad social, toda vez que la finalidad del viaje está determinada por el trabajo, se cumple con el elemento cronológico y en un itinerario que no rompe la relación entre el trayecto y trabajo pues se va desde su domicilio al lugar de residencia por razones laborales para desde este ir a trabajar (STS de 26/12/2013 RJ 2014,371).

En la misma línea se manifiesta el Tribunal Supremo al señalar que el concepto de domicilio se ha configurado de una forma amplia teniendo en cuenta la evolución que se produce en las formas de transporte y en las costumbres sociales, de manera que la noción de domicilio se amplía para incluir lugares de residencia o, incluso, de estancia o comida distintos de la residencia principal del trabajador considerando la STS de 6/10/1984 RJ 1984,5284) como accidente de trabajo *in itinere* el producido en el trayecto hacia el centro de trabajo desde el domicilio de verano, si bien esta ampliación opera a partir de criterios dentro de los que se produce la conexión también normal entre el desplazamiento y el trabajo. Pues bien, por razonables que sean los motivos particulares que puedan explicar la presencia del trabajador en domicilio distinto al suyo, lo cierto es que la falta de concurrencia de las condiciones determinantes del accidente *in itinere*, pues otra conclusión -desconociendo la exigencia de los elementos que hemos llamado geográfico y asumido por la entidad gestora respecto de los accidentes sobrevenidos con ocasión o con motivo del trabajo (STS 20/09/2005 RJ 2005,7331). En este sentido no se considera accidente de trabajo *in itinere* el producido cuando el trabajador, una vez concluida la jornada de ese día se dirigió a la localidad donde residía la mujer que le acompañaba, situada en municipio distinto del suyo habitual quedando rota la conexión con el trabajo (STS de 28/02/2001 RJ 2001,2826).

Cuando el accidente ocurre en la escalera del edificio donde se ubica el domicilio del trabajador cuando la salida fue motivada exclusivamente, para salir al trabajo, la STS de 26/02/2008 (RJ 2008,3033) señala que el que está todavía en el domicilio, antes de salir o después de entrar en él, no está en el trayecto protegido y, por tanto, lo que en él acaece no es un accidente "*in itinere*", pero el problema en este caso estriba, como hemos dicho en la extensión que se dé al concepto domicilio, teniendo en cuenta que puede estar constituido por una vivienda unifamiliar o bien por un apartamento en un bloque de pisos, existiendo entonces unas zonas comunes utilizables por todos los propietarios para entrar al piso propio desde la calle o bien para salir a ella desde el mismo. La sala entiende que cuando el trabajador desciende las escaleras del inmueble en el que se ubica su vivienda ya no está en el espacio cerrado, exclusivo y excluyente para los demás, constitucionalmente protegido, sino que ya ha iniciado el trayecto que es necesario recorrer para ir al trabajo, transitado por un lugar de libre acceso para los vecinos y susceptible de ser visto y controlado por terceras personas ajenas a la familia.

La STS de 24/06/2010 (RJ 3542,2009) recordando la jurisprudencia anterior, hay que tener en cuenta que el accidente *in itinere*, fue una creación jurisprudencial recogida posteriormente por el legislador en el texto articulado de la LGSS, y es manifestación típica del accidente impropio, que actualmente se consagra con carácter autónomo en el artículo 156.3 LGSS, y es la manifestación típica del accidente impropio, en cuanto no deriva directamente de la ejecución del contenido de la relación de trabajo, sino de las circunstancias concurrentes, cual es el desplazamiento que deriva de la necesidad de hacer efectiva esa obligación sinalagmática, en forma tal que si esta no hubiera existido, no se hubiera producido la necesidad de desplazamiento y en consecuencia el accidente.

La presunción del legislador en el accidente *in itinere* se establece para la relación de causalidad con el trabajo, pero no en relación a la lesión o trauma que no es discutido. En cambio en relación con el artículo 156.3 LGSS, la presunción establecida por el legislador se mueve en otro nivel, pues hace referencia a que la lesión legislador se mueve en otro nivel, pues hace referencia a que la lesión exteriorizada en el tiempo y lugar de trabajo, y también con distinta intensidad, pues la presunción lo es "*iuris tantum*", es decir, admite prueba en contrario, mientras que en el accidente *in itinere* se produce automáticamente esa calificación al decirse "tendrá la consideración", siempre y claro está, que concurren los requisitos jurisprudenciales que se señalan y claro está, que concurren los requisitos jurisprudenciales que se señalan para su calificación, lo que produce una inversión en la postura de las partes pues en éste el trabajador o sus causahabientes han de demostrar que concurren esos requisitos, mientras que en el ocurrido en el tiempo y lugar de trabajo en el patrono o las entidades subrogadas quienes han de justificar que esa lesión no se produjo por el trabajo. En consecuencia, no pueden ampliarse, mezclándolas, estas dos presunciones claramente diferenciadas por el legislador. De esta forma no podrá tener la consideración de accidente *in itinere* la muerte causada por edema agudo de pulmón y la insuficiencia respiratoria por causa fundamental de insuficiencia cardiaca (STS 18/01/2011 RJ 2011,252); o el infarto sufrido *in itinere* (STS 30/05/2000 RJ 2000,5891); o de 11/12/2000 RJ 2001,807); ni la patología cardiaca isquémica manifestada durante el trayecto de vuelta del trabajo (STS 18/06/2013 RJ 2013,6099). Tampoco constituye accidente de trabajo el infarto cerebral sufrido por el trabajador durante su desplazamiento ocasional, distinto del efectuado ordinariamente entre domicilio habitual y lugar de trabajo (STS 16/09/2013 RJ 2013,6099). Tampoco constituye accidente de trabajo el infarto cerebral sufrido

ordinariamente entre domicilio habitual y lugar de trabajo (STS 16/09/2023 RJ 2013,7306) ni ni el infarto de miocardio *in itinere* (STS de 30/06/2004 RJ 2004,6941).

No existe una doctrina definitiva en relación a la consideración como accidente *in itinere*, de las agresiones en relación a la consideración como accidente *in itinere*, de las agresiones padecidas durante el trayecto al trabajo o devuelta de él. No obstante, se llega a la conclusión de que cuando la agresión que sufre el trabajador por parte de un tercero -sea en el lugar de trabajo o *in itinere*- obedece a razones personales entre agresor y agredido, cobra fuerza la excepción legal y el resultado lesivo de la agresión no puede calificarse como accidente de trabajo. En cambio, cuando entre el agresor y el trabajador agredido no existía relación alguna previa al suceso que provocó la incapacidad temporal de la trabajadora víctima de un robo con violencia cuando regresaba del trabajo, sino que el incidente y por tanto, accidente, se debe considerar como fortuito (STS 14/02/2014 RJ 2014,6323), o cuando el trabajador fallece a consecuencia de un tiro en la cabeza en el trayecto al domicilio, después de finalizada la jornada laboral como consecuencia de la responsabilidad criminal de un tercero calificándose en este caso el asesinato como fortuito en el sentido de que no pudo preverse y de ser previsto fue inevitable (STS de 20/02/2006 RJ 2006,739).

11. ACCIDENTE EN MISIÓN

La STS de 8/10/2009 (RJ 2009,5666), siguiendo doctrina anterior señala que la noción de accidente en misión ha sido aceptada por la doctrina jurisprudencial como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa. La misión integra dos elementos conectados con la prestación de servicios del trabajador: 1º) el desplazamiento para cumplir la misión; 2º) la realización del trabajo en qué consiste la misión.

La protección del desplazamiento presenta cierta similitud con el accidente *in itinere*, en la medida en que el desplazamiento se protege en cuanto que puede ser determinante de la lesión, como es el caso de la sentencia de 26/12/1988 (RJ 1988,9909), sobre la insuficiencia cardiaca por una crisis de asma durante un vuelo en avión que impidió que el trabajador fuese debidamente atendido, con lo que sin el desplazamiento el resultado lesivo no se hubiese producido. En cuanto al accidente que se produce en la realización del trabajo que constituye el objeto de la misión, su régimen es el normal del artículo 156.1 LGSS. Pero no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando no es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral. Así la sentencia de 10/02/1983 (RJ 1983,580) excluyó de la consideración de accidente de trabajo el fallecimiento de un trabajador en misión en Nigeria, al producirse el fallecimiento un domingo, día de descanso, por asfixia por inmersión, al bañarse en la playa de Badary, y las sentencias de 17/03/1986 (RJ 1986,1490) y 19/07/1986 (RJ 1986,4262) niegan también la consideración de accidente de trabajo el fallecimiento por infarto de miocardio de trabajadores en misión cuando los infartos se produjeron en el hotel y sin que constase ninguna circunstancia que pudiese evidenciar una relación entre el trabajo realizado y la lesión cardiaca padecida. La solución es diferente en algunas sentencias como las de 14/04/1988 (RJ 1988,2963) y de 4 de mayo de 1998 (RJ 1009,4091), pero lo es en atención a las especiales circunstancias de los casos decididos: en la primera -también un infarto en el hotel padecido por un directivo que participa en una reunión profesional. Porque el propio infarto se vincula no a la misión, sino una situación laboral de "gran stress", y en

la segunda, porque la lesión se produce en el propio vehículo que conducía el trabajador, aunque mientras descansaba, conduciendo otro compañero. De acuerdo con esta doctrina, no puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en el tiempo y el lugar del trabajo, aunque se trate de períodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado. En este sentido, en el artículo 156.3 LGSS la presunción se funda en un juicio de estimación de la probabilidad de que una lesión que se produzca durante el tiempo y el lugar de trabajo se deba a la actividad laboral, lo que no ocurre cuando el trabajador en misión sufre la lesión fuera de su jornada cuando descansa en un hotel.

Los motivos que subyacen en el accidente en misión, son, de un lado, la singularidad del quehacer profesional desarrollado a estas decisiones son, de un lado, la singularidad del quehacer profesional desarrollado por los afectados, que les exige desplazarse permanentemente como forma de cumplir la prestación de servicios, y, de otro, las particulares circunstancias en las que las que sobrevinieron las crisis, que permiten establecer una conexión directa y necesaria entre la actividad realizada en el momento en que sufrieron el ataque y el tiempo y el lugar de trabajo, en aras a aplicar la presunción de laboralidad contenida en el artículo 115.3 LGSS. Ambas razones se dan también en este caso. En primer lugar, el trabajo de la demandante, en el marco de la misión encomendada por la empresa, consistía en la realización de los servicios de vuelo programados a poblaciones dispersas geográficamente, sin una localización fija. En segundo lugar, en el momento en que sufrió el ataque al corazón, veinte minutos después de haber finalizado su trabajo y encontrándose en el aeropuerto al que había sido adscrita de manera temporal, permanecía en sus instalaciones, con el uniforme de la Compañía, a fin de desplazarse al establecimiento donde se alojaba, lo que evidencia la existencia de un enlace directo y necesario entre la situación en la que se encontraba cuando sufrió la crisis cardiaca y el tiempo y el lugar de trabajo, y permite aplicar la presunción del artículo 115.3 LGSS, sino que acredita su producción con “ocasión” del desplazamiento laboral, la cualidad profesional se impone por el artículo 115.1 LGSS (STS de 1/12/2017 RJ 2017,6172).

De este modo, no se encuadra en el accidente en misión el fallecimiento que se produce fuera de horas y lugar de trabajo entendiendo por este el que circunstancialmente venga determinado por las gestiones a realizar al tratarse de un viajante, y de otra, cuando el fallecimiento se debe a un infarto de miocardio, lo que extrae el factor causante del accidente en sentido estricto cuando no concurren hora y lugar de trabajo sino en el hotel (STS 8/10/2009 RJ 2009,5666). En igual sentido ha de resolverse la calificación del 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 11/02/2014 RJ 2014,1626); o el infarto de miocardio sufrido por el trabajador, interventor en ruta de RENFE, en la habitación del hotel donde se encontraba descansando tras haber finalizado su jornada laboral, para reanudar el trabajo al día siguiente y hacer la ruta inversa (STS 20/04/2015 RJ 2015,2374); ni por último la crisis cardiovascular sufrida por un trabajador, trasladado a otra localidad, mientras permanecía en la habitación del hotel en que se hospedaba y del que no salió para ir al trabajo por estar indisposto (STS de 7/02/2017 RJ 2017,575).

En cambio, se considera accidente de trabajo en misión la situación lesiva en la que existe una necesaria vinculación con el trabajo o actividades normales de la vida laboral en misión, lo que el Tribunal Supremo denomina “ocasionalidad relevante”, que

comporta siempre la exigencia de un factor de ajeneidad en la producción del suceso lesivo. Concurre así la relevante ocasionalidad cuando en el desplazamiento por motivos laborales a Tailandia, cuyas condiciones climatológicas -alto grado de humedad y elevadas temperaturas- notoriamente favorecen la difusión la legionela, fueron precisamente la conditio sine qua non del contagio- De esta manera si el trabajador -contagiado en Bangkok no se hubiese desplazado por motivos laborales a Tailandia, tampoco hubiese padecido la enfermedad del legionario, al menos, atendiendo al orden natural de las cosas y al razonable así pensarlo (STS 23/06/2015 RJ 2015,5533).

No obsta a la declaración del accidente en misión la existencia de circunstancias subjetivas que propicien la producción del accidente de manera que el hecho de presentar el lesionado antecedentes de riesgo que en el caso eran de tabaquismo e hiperlipemia -sustituido este aumento del colesterol por la hipertensión, sin determinar en este caso su intensidad (que ha de presumirse inicialmente poco intensa, ya no existía no baja en el trabajo ni tratamiento) son situaciones frecuentísimas en personas de determinada edad, constituyendo simplemente factores de riesgo que no impedían al trabajador sus tareas y la presunción de laboralidad (STS 10/04/2001 RJ 2001,4906).

En cambio, la STS de 18/04/2023 (RJ 2023,2620) considera que no puede calificarse como accidente de trabajo el producido por caída mientras se toma una ducha en el hotel de alojamiento a que se acude con ocasión de un desplazamiento en misión para asistir a evento relacionado con la actividad profesional al no concurrir datos adicionales que permitan aplicar la doctrina de la ocasionalidad relevante. Así, no hay indicación alguna sobre la anomalía de las instalaciones hoteleras (suelo deslizante, ausencia de iluminación adecuada, etc.). Tampoco aparecen datos fácticos relacionados con la misión de la trabajadora que pudieran indicar que estaba por alguna circunstancia (cambio sobrevenido de horarios, escasos tiempo disponible para el descanso, etc.) que pudiera explicar su apresuramiento en las operaciones de aseo , o cualquier otro aspecto psicofísico (relacionado con la misión) que influyera en la caída.

Para que lo que normalmente no sería un accidente laboral se convierta en uno de tal índole es necesario que concurra un dato o indicio que permita entenderlo. La aportación de ese dato corresponde a quien sostiene su laboralidad, sin que los hechos probados o el debate casacional hayan puesto de relieve circunstancia alguna tal sentido.

Al no operar la presunción de laboralidad, ni encontrarnos ante un accidente in itinere la laboralidad requiere que conste una conexión entre trabajo realizado y dolencia, o que conste que éste tiene en aquél su origen. La lesión sufrida durante un proceso de aseo personal e íntimo, fuera de tiempo de trabajo, sin mayores conexiones de laboralidad que las expuestas queda al margen de las contingencias que la LGSS identifica como “accidente de trabajo”, sin perjuicio, claro está, de que opere la acción protectora del sistema de Seguridad Social propia de las contingencias 8artículo 158 LGSS).

12. EXCLUSIÓN DEL ACCIDENTE POR CAUSAS OBJETIVAS Y SUBJETIVAS

El artículo 156.4 LGSS establece que 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 ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente.

En ningún caso se considerará fuerza mayor 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.

En relación con la noción de la imprudencia temeraria la STS de 22/01/2008 (RJ 2008,2076) resume la doctrina jurisprudencial en el sentido de que tal concepto no tiene en el ámbito del ordenamiento de la Seguridad Social la misma significación que en el campo penal, desde el momento en que los bienes jurídicos protegidos en uno y otro caso son distintos, requiriéndose una mayor intensidad en la conducta cuando se trata de reprochar penalmente determinadas acciones u omisiones. Así, en el ámbito laboral el accidente de trabajo se ha de establecer la imputación de responsabilidad en las prestaciones de Seguridad Social, que se han de abonar al trabajador.

Se debe indicar también que la simple infracción de las normas reguladoras del tráfico no implica, por sí sola, la aparición de una conducta imprudente calificada de temeraria, pues es obvio que no todas ellas tienen el mismo alcance e intensidad, debiendo analizarse en cada caso concreto (STS de 31/03/1999 RJ 1999,3780) las circunstancias de hecho que concurren en el supuesto litigioso en relación con las particularidades que rodean la conducta del trabajador que ha de valorarse a los efectos de encuadrarla como temeraria o no. De este modo el STS de 18/09/2007 RJ 2007,8446) apreció que iniciar la marcha de la motocicleta que conducía el trabajador camino de su trabajo con el semáforo en rojo, antes de que se abreviase el paso a los vehículos de su dirección de marcha, y colisionar por ello con un automóvil que circulaba correctamente, constituyó un supuesto de improcedencia temeraria que hacía desaparecer la condición del accidente *in itinere* ocurrido. La STS de 22/01/2008 (RJ 2008,2076) considera que supone realmente una imprudencia temeraria la asunción por el trabajador de indudables riesgos manifiestos, innecesarios y especialmente graves ajenos al usual comportamiento de las personas, con conocimiento además de que en aquellos momentos circulaba en sentido contrario a la dirección obligatoria, lo que supone un desprecio del riesgo -para él y para otros usuarios de la vía pública- y la omisión de la diligencia más elemental exigible, de manera que la vulneración de la prohibición conduciendo el ciclomotor de esa forma hasta colisionar con otro vehículo que circuló de forma absolutamente reglamentaria y que salió de una calle lateral adyacente supone ciertamente reglamentaria y que salió de una calle lateral adyacente supone ciertamente la existencia de una conducta calificable como imprudencia temeraria.

En el caso en el que el trabajador era consciente del peligro que entrañaba el cruce de vías, pero, a pesar de conocer el peligro, en horas de gran circulación por aquel lugar, reanudó la marcha asumiendo un riesgo inminente en tales circunstancias de colisión concreto en el que se encontraba y era previsible que, en tales circunstancias, la reanudación de la marcha cuando le estaba prohibida por el semáforo, fácilmente podía desencadenar una colisión con otro vehículo, como así ocurrió. Esta conducta merece el calificativo de temerariamente imprudente, por revelar un claro desprecio del riesgo conocido y de la más elemental prudencia exigible en tales circunstancias (STS de 18/09/2007 RJ 2007,8446).

No existe imprudencia temeraria cuando la causa del accidente fue circular a 90 km/h cuando existía una limitación de 40 km/h a la salida de la autopista, pues la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre que modifica la Ley Orgánica del Código Penal en materia de seguridad vial, cambia, entre otros, el artículo 379 del Código Penal, en el sentido de sancionar al “que condujere un vehículo de motor a velocidad superior en ochenta k/h por vía interurbana a la permitida reglamentariamente. Siendo claro que en el caso examinado el trabajador conducía, en el momento del accidente, a 90 k/h, es decir, a 50 más de la velocidad permitida, por lo que no existe, pues este solo hecho de la sobrevelocidad, imprudencia temeraria.

Por su parte la STS de 4/07/2023 (RJ 2023,4209) considera que ha de calificarse como accidente no laboral el sufrido por el trabajador que, al volver del trabajo por la noche, sufre un atropello cuando cruzaba una vía de circulación de vehículos a motor con diversos carriles, por lugar no habilitado para el paso de peatones. No se trató de una simple infracción antirreglamentaria: la carretera constaba de hasta cuatro carriles con doble sentido de circulación, amplitud y variación de sentidos que incrementa el riesgo; el actor llevaba carga, lo que afectaba necesariamente su movilidad para mermarla, era de noche y la iluminación provenía de la torre de luz del aeropuerto, además de que su ropa no era reflectante, circunstancias que minoran la visibilidad. La referencia a la distracción del vehículo que lo atropelló no distorsiona esas consideraciones del actor dificultaban necesariamente la capacidad de reacción del conductor, sumándose la imprevisibilidad de que acaeciese, por un lugar no habilitado para los peatones, un cruce tan temerario como el relatado.

El supuesto litigioso sí que encaja en el concepto de imprudencia temeraria, en su significado jurídico-doctrinal, dado que no se observó en la conducta la más elemental cautela o prudencia que resultaba exigible. Por el contrario, la falta total de cuidado del trabajador accidentado y la gravedad de su conducta adquirieron una intensidad claramente relevante.

Sin dejar de observar el deslinde y proyección del concepto de imprudencia en el ámbito penal y en sede laboral, así como la necesaria protección que opera en este último, la calificación de la imprudencia ha de ser de temeraria cuando el trabajador ha omitido la más elemental diligencia, prudencia y cautela, asumiendo un riesgo evidente e innecesario de puesta en peligro de su vida, que llega a materializarse en un accidente. Correlativamente deriva en el entendimiento de que se trata de un accidente no laboral.

Por su parte, la STS de 3/02/2025 (rcud. 2707/2022) enjuicia la situación de un trabajador que estaba efectuando, durante el tiempo y lugar de trabajo, su trabajo ordinario, sin que se encontrara realizando ningún exceso de esfuerzo ni un trabajo más intenso de lo normal, a lo que se debe añadir que el trabajador acudió el domingo anterior al centro de salud y allí se le indicó que debía ir en ese momento al hospital acompañado de personal sanitario, lo que no hizo, la consecuencia de todo ello es que en el presente supuesto no puede operar la presunción de accidente de trabajo del artículo 156.3 LGSS, pues no es razonable concluir que el trabajo haya sido el “factor determinante o desencadenante de la crisis cardíaca. En este sentido, el artículo 156.4.b) LGSS descarta que pueda considerarse como accidente laboral el que acaezca mediando imprudencia temeraria de la persona accidentada. La proximidad temporal entre la prescripción del Servicio Público de Salud y el momento en que se manifiesta el infarto, la ausencia de periodos de esfuerzo laboral entre una recomendación tan seria como la del caso (que acuda al hospital, acompañado

de personal sanitario) y el momento en que sobrevine la crisis cardiovascular (pocas horas después, al iniciar la actividad laboral) entroncan también con esa previsión. Quien se desentiende de la indicación médica y acude al trabajo está poniendo en grave riesgo su propia salud, desde luego, con ese modo de proceder aparece un hecho que, en unión de lo reseñado, contribuye a desvirtuar la presunción de laboralidad.

Por otra parte, añade el artículo 156.5 LGSS que no impedirá la calificación de un accidente como de trabajo:

- a) La imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que este inspira.
- b) La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo.

Sobre esto último la STS de 20/06/2002 (RJ 2002,7490) que no podrá ser considerado accidente de trabajo aquel en el que la lesión se produce a consecuencia de la lesión por parte de un tercero debida a resentimientos o motivos personales absolutamente ajenos al trabajo, es el caso de las motivaciones que determinaron la muerte del trabajador, que fueron ajenas al trabajo de la víctima con el que tuvieron la más mínima relación, advirtiéndose en cambio, que estuvieron originadas por una rencilla personal entre el trabajador y el agresor en la que, según parece, tuvo algún protagonismo la esposa del trabajador fallecido.

LOS EFECTOS EN MATERIA PRESTACIONAL DE LA PROHIBICIÓN DE EXTINCIÓN AUTOMÁTICA DE LA RELACIÓN LABORAL POR RECONOCIMIENTO DE LA PERSONA TRABAJADORA EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TRAS LA LEY 2/2025, DE 29 DE ABRIL

YOLANDA CANO GALÁN

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos

 <https://orcid.org/0000-0003-0564-4297>

Sumario: **1.** Introducción; **2.** La reforma del estatuto de los trabajadores; **2.1.** La regulación anterior a la Ley 2/2025, de 29 de abril; **2.2.** La STJUE de 18 de enero de 2024 (C-631/22), asunto Ca Na Negreta; **2.3.** La regulación posterior a la Ley 2/2025, de 29 de abril; **3.** La reforma de la seguridad social; **3.1.** Las opciones barajadas durante la tramitación parlamentaria; **3.2.** La reforma operada por la Ley 2/2025, de 29 de abril; **3.3.** El derecho a percibir prestación de incapacidad permanente durante la tramitación del procedimiento del art. 49.1 n) ET; **3.3.1.** En supuestos de reconocimiento en situación de incapacidad permanente antes de transcurrido el periodo máximo de incapacidad temporal; **3.3.2.** En supuestos de reconocimiento en situación de incapacidad permanente tras la finalización del plazo máximo de incapacidad temporal; **3.4.** La suspensión de la prestación de incapacidad permanente y el régimen de incompatibilidades entre trabajo y prestación tras la realización de “ajustes razonables” o el “cambio de puesto de trabajo”; **3.4.1.** En el supuesto de realización de “ajustes razonables”; **3.4.2.** En el supuesto de “cambio de puesto de trabajo”; **3.5.** Problemas derivados de la prestación de servicios en un “nuevo puesto de trabajo” por pensionistas de incapacidad permanente total; **3.5.1.** La distinción entre “profesión habitual”, “puesto de trabajo” y “funciones” a efectos de la aplicación del régimen de incompatibilidades; **3.5.2.** Entidad gestora a la que se debe comunicar la prestación de servicios en el “nuevo puesto de trabajo”; **3.5.3.** Momento en que se tiene que comunicar la prestación de servicios en el “nuevo puesto de trabajo”; **3.5.4.** Competencia para declarar la compatibilidad/incompatibilidad entre trabajo en el “nuevo puesto” y prestación de incapacidad permanente total; **3.5.5.** Efectos de la compatibilidad entre prestación de servicios en el “nuevo puesto” y la incapacidad permanente total cualificada; **3.6.** ¿Posibilidad de revisión del grado de incapacidad permanente?; **3.6.1.** Los problemas derivados de la prestación de servicios tras la

realización de “ajustes razonables”; **3.6.2.** Los problemas derivas de la prestación de servicios en un nuevo “puesto de trabajo”; **4.** Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha reflexionado y discutido sobre cómo se tendría que abordar la reforma -a que ha obligado la STJUE de 18 de enero de 2024 (C-631/22), asunto Ca Na Negreta-, del art. 49.1 ET en materia de extinción del contrato de trabajo por reconocimiento de la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente, y de la necesidad de vincular la misma a una reforma de determinados preceptos de la LGSS para impedir vacíos legales. El seguimiento de la tramitación parlamentaria de la reforma que se plasma en la Ley 2/2025, de 29 de abril¹, y de las enmiendas propuestas por los distintos grupos parlamentarios, generó una importante discusión, no sólo doctrinal, sino sobre todo práctica, en foros especializados iuslaboralistas. El texto final ha acogido alguna de las propuestas realizadas para evitar problemas jurídicos indeseados, pero la redacción final de los arts. 48.2 y 49.1 n) ET, y especialmente del art. 174.5 LGSS, genera no pocas dudas.

El presente estudio pretende reflexionar sobre los problemas que se derivan de una reforma del art. 174.5 LGSS que no puede entenderse sin la conexión con las obligaciones impuestas por los nuevos arts. 48.2 y 49.1 n) ET modificados por la Ley 2/2025, de 29 de abril, y otros preceptos de la LGSS -arts. 198 y 200- no modificados, y a los que se pretende dar respuesta, estructurados en cuatro grandes bloques: 1) Los problemas derivados del derecho que incorpora a recibir prestaciones de incapacidad permanente durante la tramitación del procedimiento del art 49.1 n) ET, y vinculados a la diferente regulación que conforme a apartados del art. 174 LGSS no reformados distingue los supuestos de reconocimiento en situación de incapacidad permanente antes y después de transcurrido el periodo máximo de incapacidad temporal; 2) Los problemas derivados del régimen modificado de suspensión de la prestación de incapacidad permanente en los supuestos de desempeño de funciones en el puesto de trabajo adaptado tras la realización de “ajustes razonables” o en otro “puesto de trabajo”, y su juego con un régimen de incompatibilidades regulado en un art. 198 LGSS no modificado; 3) Los problemas derivados de la prestación de servicios en un nuevo puesto de trabajo por pensionistas de incapacidad permanente total; y 4) Los problemas que provoca la posibilidad de revisión del grado de incapacidad permanente reconocido cuando se comienzan a prestar servicios habiéndose realizado “ajustes razonables” o un “cambio de puesto de trabajo”, y amparada en un art. 200.2 LGSS no modificado.

La prohibición de extinción automática de la relación laboral² anteriormente contemplada en el art. 49.1 e) -con los matices respecto de la suspensión del art. 48.2 primer párrafo ET no modificado-, y la articulación de un procedimiento previo a la extinción de la relación laboral mediante la incorporación de un nuevo art. 49.1 n) ET que impone más obligaciones de las anunciadas en la STJUE de 18 de enero de 2024 (C-631/22), asunto Ca Na Negreta -al obligar a la búsqueda de un “nuevo puesto de trabajo” a la persona trabajadora reconocida en situación de incapacidad permanente, adicional a la obligación

¹ Por la que se modifican 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 por incapacidad permanente de las personas trabajadoras, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en materia de incapacidad permanente

² Vid. CANO GALÁN, Y., “El despido del trabajador en incapacidad temporal: descifrando el enigma”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2021

de realización de “ajustes razonables” prevista por el TJUE-, genera, en cascada, problemas de interconexión protecciónista -prestación de incapacidad temporal, prestación de incapacidad permanente- con una normativa de Seguridad Social que no contemplaba ninguna de dichas posibilidades, que choca con el régimen de incompatibilidades entre trabajo y prestación de incapacidad permanente, y que puede producir efectos no previstos e indeseados respecto de las personas trabajadoras reconocidas en situación de incapacidad permanente.

Los problemas son muchos y variados, y el presente estudio pretende dar respuesta a cada uno de ellos, teniendo en cuenta no sólo la interpretación de la normativa de Seguridad Social en juego, sino también de la jurisprudencia que puede dar luz sobre la solución a muchos de ellos.

2. LA REFORMA DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

2.1. La regulación anterior a la Ley 2/2025, de 29 de abril

El art. 49.1 e) ET, en redacción anterior a la Ley 2/2025, de 29 de abril, permitía la extinción de la relación laboral “Por (...) gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 ET”. Dicho art. 48.2 ET, preveía -igual que tras la reforma incorporada por la Ley 2/2025, de 29 de abril-, “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”, en aquellos supuestos en que “producida la extinción de esta situación [incapacidad temporal] 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”.

La interpretación conjunta de ambos preceptos llevó a que, hasta la reforma incorporada por la Ley 2/2025, de 29 abril, en aquellos supuestos en que se produjera la declaración de la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, si en la resolución se prevéa la posibilidad de mejoría, se articulaba la suspensión del art. 48.2 ET, y a *sensu contrario*, si en la resolución nada se decía o se incluía la previsión de que ésta era “definitiva”, procedía la extinción ex art. 49.1 e) ET³.

2.2. La STJUE de 18 de enero de 2024 (C-631/22), asunto Ca Na Negreta

Una situación mantenida sin fisuras desde los orígenes del ET, cambia como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en relación con el art. 49.1 e) ET, y en que pregunta al TJUE:

³ En realidad, el problema se inició con la STJUE de 18 de enero de 2024 (C-631/22), asunto Ca Na Negreta, complicando aún más el ya de por sí oscuro panorama vinculado a la extinción de la relación laboral de las personas trabajadoras enfermas, con discapacidad o con determinadas condiciones de salud, tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Para un estudio de la cuestión, vid. CANO GALÁN, Y. “La calificación del despido por discapacidad, enfermedad o condición de salud tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *Trabajo y Derecho*, núm. 105, 2023.

- 1.- Si una normativa que permite la extinción automática del contrato de trabajo de la persona trabajadora que es declarada en situación de incapacidad permanente total sin previsión de mejoría, sin necesidad de que la empresa adopte “ajustes razonables”, vulnera el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE⁴, arts. 21 y 26 de la Carta de Derechos Sociales de la Unión Europea (CDSUE) y arts. 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵ (CDPD)
- 2.- Si dicha normativa, al no prever “ajustes razonables” o la justificación de la “carga excesiva” de dicha obligación, constituye discriminación directa por razón de discapacidad en atención a la definición dada por los arts. 2.2 y 4.1 de la Directiva 2000/78/CE, y los mismos preceptos de la CDSUE y CDPD.

La respuesta del TJUE en la STJUE de 18 de enero de 2024 (C-63/22), asunto Ca Na Negreta, es clara: una normativa como la española que permite al empresario poner fin al contrato de trabajo de la persona trabajadora declarada en situación de incapacidad permanente “debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral”, y que no prevé la obligación de realización de “ajustes razonables”, o que no obliga a demostrar que dichos ajustes supondrían una “carga excesiva”, contraría el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE y arts. 21 y 26 CDSUE y 2 y 27 CDPD⁶.

⁴ 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

⁵ Hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y aprobada por Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009

⁶ La sentencia ha sido objeto de innumerables comentarios y reflexiones críticas, entre otros, y por orden alfabético, vid. AGUILERA IZQUIERDO, R., “La extinción del contrato por incapacidad permanente total tras la STJUE de 18 de enero de 2024”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 272, 2024, págs. 13-26; ALONSO-OLEA GARCÍA, B., “Denegación de ajustes razonables como supuesto de discriminación por motivo de discapacidad. Su impacto sobre el contrato de trabajo: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 480, 2024, págs. 191-199; BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I., “La extinción del contrato por gran invalidez, incapacidad permanente absoluta o total a la luz del asunto Ca Na Negreta”, *Trabajo, Persona Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 8, 2024, págs. 83-113; GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “Extinción del contrato de trabajo e incapacidad permanente total: Anotaciones a la STJUE de 18/01/2024, Ca Na Negreta, C-631/22, ECLI:EU:2024:53”, *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2024* (CASAS BAAMONDE, M.E., Coord.), Cinca, 2025, págs. 53-56; MIRANDA BOTO, J.M. “La incapacidad permanente total no puede ser causa automática de extinción del contrato de trabajo ¿Cómo recibe el legislador un pronunciamiento así? Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024. Caso Ca Na negreta”, *Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 70, 2025; MONTESDEOCA SUÁREZ, A., “¿El mantenimiento del empleo tras la declaración de incapacidad permanente frente a la extinción automática del contrato de trabajo?: una aportación sobre algunas de las consecuencias de la TJUE C-631/22 y su tratamiento en la negociación colectiva”, *Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disruptión digital* (VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social), Laborum, 2024; MORENO PUEYO, M.J., “Incapacidad permanente total y extinción del contrato de trabajo tras la STJUE de 18 de enero de 2024, C-631/22: reflexiones sobre una necesaria reforma”, *Lex Social*, Vol. 14, núm. 2, 2024; RABASSÓ RODRÍGUEZ, N., “¿Es automática la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total de la persona trabajadora? Comentario a la STJUE 18/02/2024”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 67, 2024; RIVAS VALLEJO, P., “La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato (STJE (Sala Primera) de 18 de enero de 2024 (Asunto C-631/22)”, *Anuario 2024 de Jurisprudencia Laboral (estudio de 100 casos relevantes)*, BOE, 2024, págs. 17-25; SÁNCHEZ PUJALTE, L., “Las múltiples derivadas de la Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 (Asunto C-631/22 Ca Na negreta): ¿un nuevo concepto de incapacidad permanente total?”, *Diario la Ley*, núm. 10459, 2024; SÁNCHEZ QUIÑONES, L., “Un cruce de caminos entre incapacidad permanente y extinción del contrato de trabajo de la TSJUE de 18 de enero de 2024 a la STS de 11 de abril de 2024 y Anteproyecto de Ley de Reforma del artículo 49.1 e) ET”, *Diario La Ley*, núm. 10542, 2024; URCELAY LECUE, M.C., “La incapacidad permanente total de un

Siendo éste el fallo de la STUE que, *grosso modo*, considera discriminatorio el art. 49.1 e) ET, los efectos en perspectiva legislativa nacional eran claros, habría que modificar la legislación española para adecuarla a los criterios fijados por el TJUE, que se podían sistematizar en tres: 1) La prohibición de extinción automática del contrato de trabajo por el reconocimiento de la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez⁷; 2) La obligación de la empresa de intentar la realización de “ajustes razonables” como medida de mantenimiento del empleo⁸; y 3) La posibilidad de extinción del contrato de trabajo cuando éstos no sean posibles o supongan una “carga excesiva”.

Es cierto que las empresas han intentado dar cumplimiento a la obligación impuesta por el TJUE adecuando sus políticas extintivas -autorizadas conforme a un art. 49.1 e) ET previo a la resolución del TJUE-, a las previsiones incorporadas por el TJUE y aclaradas por la doctrina académica⁹, pero era preciso, y ciertamente urgente, la modificación de dicho precepto y de la normativa de Seguridad Social, para dar seguridad jurídica sobre cómo y cuándo se podría producir la extinción de la relación laboral por el reconocimiento

trabajador no puede ser motivo de despido: STJUE (Sala Primera) 18 enero 2024 (JUR 2024, 17372). Asunto J.M.A.R. y Ca Na Negreta, SA, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2024; VELASCO PORTERO, M.T., “Derecho social comunitario. La inadecuación al derecho comunitario de la extinción automática del contrato por el reconocimiento de la incapacidad permanente total”, *Temas Laborales*, núm. 173, 2024, págs. 219-227

⁷ Al respecto vid. DE VAL TENA, A.L., “Incapacidad permanente y extinción del contrato de trabajo”, *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social: libro homenaje al profesor Tortuero Plaza* (MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO ROMERO, F. Coords.), Laborum, 2024, págs. 523-539 y “Extinción y suspensión del contrato de trabajo por incapacidad permanente de la persona trabajadora”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 269, 2023, págs.. 59-94; BANDRÉS OROÑEZ, L.C., “Invalidez e incapacidad permanente como causa automática de extinción del contrato de trabajo”, *La irradación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (ARZOZ SANTISTEBAN, X. Coord.), Marcial Pons, 2024, págs. 187-199; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Y., “La incapacidad permanente como discapacidad y la extinción del contrato de trabajo: Mandato de ajustes razonables y carácter discriminatorio de ces”, *XLI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales: necesidades empresariales y tutelas laborales* (ROMÁN VACA, E., Coord.), Junta de Andalucía, 2024, págs. 457-476; MELLA MÉNDEZ, L., “Discapacidad, enfermedad e incapacidad y su relación con la extinción del contrato de trabajo: puntos críticos”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 279, 2024; PASTOR MARTÍNEZ, A., “La extinción del contrato por causas inherentes a la persona del trabajador no disciplinarias: enfermedad, incapacidad permanente e ineptitud: Nuevas tutelas de la enfermedad y la condición de salud”, *La reforma del despido* (BAYLOS GRAU, A., Coord.), Bomarzo, 2024, págs.. 55-88

⁸ Vid. RIVAS VALLEJO, M.P. “La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato. STJUE (Sala Primera) de 18 de enero de 224 (Asunto C-631/22), *Anuario 2024 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes)*, BOE, 2025, págs. 17-25; PÉREZ ANAYA, R.M., “Extinción del contrato. Ajustes razonables como límite a la decisión extintiva del contrato de las personas trabajadoras en situación de incapacidad permanente total”, *Temas Laborales*, núm. 172, 2024, págs. 169-289

⁹ Vid. entre otros: BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I. “La extinción del contrato por gran invalidez, incapacidad permanente absoluta o total a la luz del asunto Ca Na Negreta”, *Trabajo, Persona, Derecho*, núm. 8, 2024, págs. 83-113; GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “Extinción del contrato e incapacidad permanente total: Aportaciones a la STJUE de 18/01/2024, CA NA negreta C-631/22, ECLI: EU:C:2024:53”, *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2024* (CASAS BAAMONDE, M.E., Coord.), Cinca, 2025, págs. 53-56; SÁNCHEZ PUJALTE, L. “Las múltiples derivadas de la Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 (Asunto C-631/22 Ca Na Negreta): ¿un nuevo concepto de incapacidad permanente total”, *Diario La Ley*, núm. 10459, 2024; MIRANDA BOTO, J.M., “La incapacidad permanente total no puede ser causa automática de extinción del contrato de trabajo. ¿Cómo recibe el legislador un pronunciamiento así?. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024. Caso Ca Na Negreta”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 70, 2025; URCELAY LECUE, M.C., “La incapacidad permanente total de un trabajador no puede ser motivo de despido: STJUE (Sala Primera) 18 enero 2024 (JUR 2024,17372.). Asunto D-631/22: J.M.A.R. contra Ca Na Negreta SA”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2024; VELASCO PORTERO, M.T., “Derecho social comunitario. La inadecuación al derecho comunitario de la extinción automática del contrato por el reconocimiento de la incapacidad permanente total”, *Temas Laborales*, núm. 173, 2024, págs. 219-227

de la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran incapacidad¹⁰.

2.3. La regulación posterior a la Ley 2/2025, de 29 de abril

Como no podía ser de otro modo, la Ley 2/2025, de 29 de abril, en cumplimiento de la STJUE de 18 de enero de 2024 (C-63/22), asunto Ca Na Negreta, modifica el art. 49.1 e) ET para eliminar la referencia a la “gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador”, y dejar como única causa extintiva la “muerte de la persona trabajadora”. Ahora bien, la compleja situación que provoca el reconocimiento de la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente obliga a que, de alguna manera, se tenga que regular cuándo y cómo se podría extinguir el contrato de trabajo en dichos supuestos.

Para dar cumplimiento a lo dispuesto por el TJUE -que no prohíbe total y rotundamente la extinción del contrato por el reconocimiento de la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran incapacidad-, no había más remedio que incorporar algún tipo de previsión legislativa al respecto. De este modo, la Ley 2/2025, de 29 de abril añade un nuevo apartado n) al art. 49.1 ET, permitiendo la extinción del contrato de trabajo, pero con matices:

- 1.- “cuando no sea posible realizar los ajustes razonables por constituir una carga excesiva para la empresa”¹¹;
- 2.- “cuando no exista un puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora”¹²; y
- 3.- “cuando existiendo dicha posibilidad [puesto de trabajo vacante y disponible], la persona trabajadora rechace el cambio de puesto de trabajo adecuadamente propuesto”.

Son muchas las dudas que plantea el nuevo art. 49.1 n) ET y que exceden del ámbito de este estudio -centrado en las modificaciones de la LGSS-, pero las principales, vinculadas con el régimen prestacional construido por la normativa de Seguridad Social, derivan

¹⁰ Debe tenerse en cuenta que la DA 6ª de la Ley 2/2025, de 29 de abril, cambia la terminología, de forma que a partir de su entrada en vigor -1 de mayo de 2025-, la “gran invalidez” pasará a denominarse “gran incapacidad”.

¹¹ El precepto -art. 49.1 n) ET-, define “carga excesiva”, y lo vincula con “el coste de las medidas de adaptación en relación con el tamaño, los recursos económicos, la situación económica y el volumen de negocios total de la empresa. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas, ayudas o subvenciones públicas. Sin perjuicio de lo anterior, en las empresas que empleen a menos de 25 personas trabajadoras se considerará excesiva la carga cuando el coste de adaptación del puesto de trabajo, sin tener en cuenta la parte que pueda ser sufragada con ayudas o subvenciones públicas, supere la cuantía mayor de entre las siguientes: 1.^a La indemnización que correspondiera a la persona trabajadora en virtud de lo establecido en el artículo 56.1. 2.^a Seis meses de salario de la persona trabajadora que solicita la adaptación”. Sobre el tema vid. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “Las medidas de ajuste razonable y su exención por carga excesiva”, *Trabajo y derecho*, núm. 6, 2017

¹² Al efecto de determinar cuándo el puesto de trabajo será “compatible con la nueva situación de la persona trabajadora” -art. 19.1 n) primer párrafo ET-, el art. 49.1 n) último párrafo ET prevé la participación de los servicios de prevención, regulándose que “Los servicios de prevención determinarán, de conformidad con lo establecido en la normativa aplicable y previa consulta con la representación de las personas trabajadoras en materia de prevención de riesgos laborales, el alcance y las características de las medidas de ajuste, incluidas las relativas a la formación, información y vigilancia de la salud de la persona trabajadora, e identificarán los puestos de trabajo compatibles con la nueva situación de la persona trabajadora”.

del hecho de que, imponiéndose la obligación de realizar “ajustes razonables”¹³ que no supongan una “carga excesiva para la empresa”, necesariamente existirá una demora entre el reconocimiento de la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran incapacidad, y el momento en que podría producirse la extinción de la relación laboral por dicha causa, ya que previamente debe otorgarse un plazo para que se intenten esos “ajustes razonables” o el “cambio de puesto de trabajo”, y la aceptación o no por parte de la persona trabajadora de los mismos.

El legislador ha optado por una regulación en tres fases:

- 1.- La primera tiene que ver con la obligación que se impone a las personas trabajadoras reconocidas en situación de incapacidad permanente, de comunicación a la empresa “por escrito (...) [de] su voluntad de mantener la relación laboral”, y que se fija en “diez días naturales”, estableciéndose el *dies a quo* del cómputo de dicho plazo “desde la fecha en que se le notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente en alguno de los grados citados” -de lo que puede inferirse que será el día en que quede constancia de la recepción de la resolución de reconocimiento en situación de incapacidad permanente, y no al día siguiente¹⁴-, y el *dies ad quem*, al finalizar dicho plazo computando todos los días del año -sin excluir sábados, domingos o festivos-¹⁵.
- 2.- La segunda tiene que ver con el plazo de que dispone la empresa para el intento de realizar “ajustes razonables o el cambio de puesto de trabajo” o justificar que los “ajustes razonables” suponen una “carga excesiva”, y que conforme a lo dispuesto en el nuevo art. 49.1 n) ET, se alarga hasta un “plazo máximo de tres

¹³ No existe una definición de “ajustes razonables”, más allá de la que contempla el art. 2 m) Real Decreto Legislativo 1/2023, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, y que define el concepto como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”. Sobre qué medidas se pueden adoptar y que puedan quedar incluidas en el concepto de “ajustes razonables” vid. CARRASQUERO CEPEDA, M., “Los ajustes razonables para personas con discapacidad en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 71, 2018, págs. 38-47; CORDERO GORDILLO, V., “Una reflexión sobre los ajustes razonables en el ámbito laboral”, y FONT GARCÍA, J. “Ajustes razonables en el ámbito laboral”, ambos en *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos* (REY PÉREZ, J.L, MATEO SANZ, L. (Eds. Lits.), Dykinson, 2018, págs. 205-224; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.A., “Los ajustes razonables como medida de integración laboral de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho*, Vol. 23, 2022, págs. 187-213; GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo”, *Trabajo y derecho*, núm. 6, 2017; MARTÍNEZ BARROSO, M.R., “La obligación empresarial de efectuar ajustes razonables en el puesto de trabajo: problemática en relación con las mujeres con discapacidad”, *Medidas para la inserción laboral de mujeres con discapacidad* (MONTOYA MEDINA, D., Dir.), Tirant lo Blanch, 2023, págs.202-259; PÉREZ ANAYA, R., “Extinción del contrato. Ajustes razonables como límite a la decisión extintiva del contrato de las personas trabajadoras en situación de incapacidad permanente total”, *Temas Laborales*, núm. 172, 2024, págs. 169-189; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas laborales*, núm. 127, 2014, págs. 85-120; SALAS PORRAS, M., “Las medidas de ajuste razonable como canon de legalidad de las decisiones empresariales”, *e-Revista Internacional de la protección social*, núm. 1, 2023, págs. 304-319; TRILLO GARCÍA, A., “Declaración de incapacidad permanente y ajustes razonables del puesto de trabajo con anterioridad a la extinción de la relación laboral”, *Revista VLex*, núm. 13, 2024;

¹⁴ Debe tenerse en cuenta que conforme al art. 133.1 LEC “Los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquél en que se hubiere efectuado el acto de comunicación”.

¹⁵ Y sin que sea de aplicación lo establecido en el art. 43. 4 LRJS, que fija los días inhábiles.

meses”, fijándose el *dies a quo* del cómputo de dicho plazo “desde la fecha en que se le notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente”, y cuyo *dies ad quem* será el de finalización de dichos tres meses, tomando los plazos de fecha a fecha¹⁶.

3.- La tercera tiene que ver con el plazo para extinguir el contrato de trabajo en el caso de que no sea posible la realización de dichos “ajustes razonables o el cambio de puesto de trabajo”, o cuando el “ajuste suponga una carga excesiva”. El art. 49.1 n) penúltimo párrafo ET determina que “la empresa dispondrá del mismo plazo para proceder a la extinción del contrato”. La expresión es confusa, ya que no se entiende si se habilitarían tres meses adicionales para poder extinguir la relación laboral, o serían los tres meses a que refiere el párrafo antepenúltimo del art. 49.1 n) ET. La respuesta más coherente es que el plazo máximo para todo el proceso -comunicación de la persona trabajadora de su intención de continuar la prestación de servicios, realización por la empresa de “ajustes razonables” o “cambio de puesto” o justificación de que existe una “carga excesiva” y comunicación de la decisión extintiva-, es el de tres meses y no seis. La razón es que el precepto refiere al “mismo plazo”¹⁷, y el art. 174.5 primer y segundo párrafo LGSS, prevé el abono de la prestación de incapacidad permanente, sin que una decisión demorada de la empresa -en el supuesto de que el plazo se alargara a los 6 meses- tuviera que ser asumida por la Seguridad Social en una especie de atemporalidad hasta la adopción de la decisión de no continuación de la relación laboral y la extinción de ésta.¹⁸

En definitiva, y a modo de resumen, desde el mismo día de notificación de la resolución en que se califique la incapacidad permanente a la empresa, ésta tiene un plazo máximo de 3 meses para “realizar los ajustes razonables o el cambio de puesto de trabajo”, y aunque la norma no lo explique claramente, también para justificar las razones por las que la realización de “ajustes razonables” supone una “carga excesiva”, pudiendo extinguir la relación laboral cuando la adopción de dichas medidas no sea posible. Debe tenerse en cuenta que dentro de ese plazo la persona trabajadora debe comunicar -en los 10 primeros días desde que se le notifica a dicha persona la resolución y que no tiene por qué coincidir con la fecha de notificación de la resolución a la empresa-, su “voluntad de mantener la relación laboral”, ya que ello es lo que se deduce del hecho de que se distinga entre la fecha en que se notifica la resolución a la persona trabajadora, que es cuando se fija el *dies a quo* del cómputo del plazo de 10 días conforme al art. 49.1 n) cuarto párrafo ET, y la fecha en que se notifica la resolución en la que se califique la incapacidad permanente a la empresa, que es cuando se fija el *dies a quo* del cómputo del plazo de 3 meses para la realización de “ajustes razonables o cambio de puesto de trabajo”, sin que en ningún momento el precepto prevea que el *dies a quo* del cómputo del plazo sea desde el momento en que la persona trabajadora ejerce su elección.

¹⁶ Conforme al art. 133.3 LEC “Los plazos señalados por meses o años se computarán de fecha a fecha”, y “cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes”.

¹⁷ Habiendo podido optar el legislador por aclarar que serán tres meses adicionales a los tres meses otorgados para la realización de ajustes razonables, lo que no ha hecho.

¹⁸ No es ésta la opción admitida mayoritariamente por la doctrina. Abogando por la solución contraria, que permitiría la extinción en el plazo máximo de 6 meses, vid. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Primeras valoraciones (críticas) sobre la Ley 2/2025, y la extinción del contrato por gran invalidez e incapacidad permanente (el nuevo art. 49.1 n ET)”, entrada del Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, de 30 de abril de 2025.

Existiendo esta demora temporal desde que se comunica la resolución de reconocimiento en situación de incapacidad permanente -total, absoluta o gran incapacidad- a la persona trabajadora y a la empresa, surge un nuevo problema derivado de en qué situación se encuentra la persona trabajadora durante ese periodo¹⁹.

La solución viene dada por la reforma del art. 48.2 ET, que prevé como nuevo supuesto de suspensión del contrato de trabajo “durante el tiempo en que se resuelven los ajustes razonables o el cambio a un puesto vacante y disponible”. La dicción de la norma deja una duda razonable, puesto que el penúltimo párrafo del nuevo art. 49.1 n) ET prevé un plazo máximo de 3 meses para realizar los “ajustes razonables”, buscarlos y concluir que ello supone una “carga excesiva”, o cambiar el puesto de trabajo, pudiendo -se entiende en dicho plazo²⁰- la persona trabajadora rechazar “el cambio de puesto de trabajo adecuadamente propuesto” -art. 49.1 n) primer párrafo ET-, la expresión “durante el tiempo en que se resuelven”, tiene que venir referida no al plazo que la empresa haya utilizado para intentar los “ajustes razonables” o el “cambio de puesto de trabajo” y la comunicación de los mismos a la persona trabajadora -en caso de que alguno de ellos sea posible-, sino al tiempo en que la persona trabajadora comunica su decisión de aceptarlo o rechazarlo, con el plazo máximo de 3 meses.

El siguiente problema vendrá después, esto es, cuando la empresa realice los “ajustes razonables” o proponga el “cambio de puesto de trabajo”, y éste sea aceptado por la persona trabajadora, en cuyo caso, tendrá reconocida una incapacidad permanente con el consecuente derecho al percibo de la prestación correspondiente, al mismo tiempo que continuarían prestando servicios, bien con los “ajustes razonables” efectuados, bien en un “nuevo puesto de trabajo” compatible con su nueva situación. La configuración de un régimen de incompatibilidades entre trabajo y prestación obliga a que la Ley 2/2025, de 29 de abril tenga que reformar la LGSS para cumplir con dos objetivos: dar cabida al cumplimiento de las obligaciones impuestas por el art. 49.1 n) ET, y no incumplir las reglas competenciales entre trabajo y prestación. Y éste es el verdadero objeto de este estudio.

3. LA REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como se avanzó, el problema que ocasiona la nueva regulación de los supuestos de suspensión o extinción del contrato de trabajo operada por la reforma por la Ley 2/2025, de 29 de abril, de los arts. 48.2, 49.1 e) y nuevo art. 49.1 n) ET, obliga a reformular determinados aspectos contemplados en la LGSS en materia prestacional.

3.1. Las opciones barajadas durante la tramitación parlamentaria

Tras la STJUE de 18 de enero de 2024 (C-63/22), asunto Ca Na Negreta, la mayor parte de los académicos, de los operadores jurídicos y de los asesores de empresas, han estado más que pendientes de la tramitación parlamentaria de la reforma plasmada en la Ley 2/2025, de 29 de abril, que ha sufrido no pocos avatares.

¹⁹ Vid. RODRÍGUEZ CARDÓ, I.A., “La extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente y sus potenciales efectos colaterales en los derechos de seguridad social”, *Trabajo y Empresa*, Vol. 3, núms. 1 y 2, 2024, págs. 9-33; y PUERTO BARRO, A. M., TAJADURA DÍEZ, M., “La pensión por incapacidad permanente y el trabajo: nuevas controversias”, *Revista de derecho de la seguridad social Laborum*, núm. 41, 2024, págs. 61-91

²⁰ Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Primeras valoraciones (críticas) sobre la Ley 2/2025, y la extinción del contrato por gran invalidez e incapacidad permanente (el nuevo art. 49.1 n ET)”, entrada del Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, de 30 de abril de 2025.

El Proyecto de Ley de 9 de septiembre de 2024, por la que se modifican el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/20025, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente de las personas trabajadoras, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en materia de incapacidad permanente, en su versión inicial publicada el 13 de septiembre de 2024²¹, no preveía la reforma del art. 48.2 ET, sí la reforma del art. 49.1 e) para mantener como causa de extinción únicamente la “muerte de la persona trabajadora” que ahora ha quedado plasmada sin modificaciones, preveía la incorporación de un nuevo apartado n) al art. 49.1 ET en la que ya se contemplaba la obligación de realizar los “ajustes razonables” o el “cambio de puesto”, que igualmente se plasma en el texto actual, y una reforma del art. 174.5 LGSS radicalmente diferente de la que finalmente se ha adoptado²², al jugar, de forma compleja, con la suspensión de la incapacidad temporal o de la incapacidad permanente, la retracción de efectos económicos de la incapacidad permanente, y la obligación de solicitud de su abono por parte de la persona trabajadora.

Las enmiendas al Proyecto de Ley²³ ya preveían la incorporación de aclaraciones respecto de cuándo se entendería que no era posible la realización de “ajustes o el cambio de puesto de trabajo”, especialmente en empresas de menos de 25 trabajadores, y cuando existía una “carga excesiva” -que se han acogido reformuladas-, previendo alguna de las enmiendas la nulidad del despido en caso de incumplimiento por parte de la empresa de las obligaciones de realización de ajustes razonables o cambio de puesto de trabajo o las obligaciones de comunicación por escrito de las razones por las que ello no era posible -que se han rechazado-, y la eliminación del complejo juego previsto en el Proyecto de Ley de 9 de septiembre de 2024, para referir, sólo, a la suspensión de la prestación de incapacidad permanente durante la tramitación del nuevo procedimiento del art. 49.1 n) ET -parcialmente acogida-. Además, se preveía una modificación del art. 48.2 ET -parcialmente acogida-

²¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 33-1 de 13 de septiembre de 2024.

²² El Proyecto de Ley de 9 de septiembre de 2024 preveía que “En aquellos casos en los que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.1.n) del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, la declaración de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o complemento de asistencia de tercera personas no determine la extinción de la relación laboral, por llevar a cabo la empresa la adaptación razonable, necesaria y adecuada del puesto de trabajo a la nueva situación de incapacidad declarada o por haber destinado a otro puesto a la persona trabajadora, los efectos económicos de la incapacidad temporal se mantendrán durante el período transcurrido entre la fecha de notificación de la resolución en la que se califique la incapacidad permanente y la de reanudación de la prestación de servicios para la empresa, con un máximo de tres meses. En los supuestos a los que se refiere el párrafo anterior, los efectos económicos de la prestación de incapacidad permanente quedarán suspendidos en tanto se mantenga el desempeño del mismo puesto de trabajo con adaptaciones, u otro que resulte incompatible con la percepción de la pensión que corresponda, de acuerdo con el artículo 198. Si no llegara a producirse la citada adaptación del puesto de trabajo ni la recolocación en otro puesto incompatible con la percepción, se iniciará el pago de la pensión de incapacidad permanente a partir de la fecha en que se solicite, siempre que sea dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la que la empresa comunique la imposibilidad de adaptación o recolocación. En caso contrario, la pensión tendrá una retroactividad máxima de tres meses, a contar desde la solicitud. En estos dos últimos casos, la prolongación de los efectos económicos de la incapacidad temporal se mantendrá hasta la fecha de efectos de la incapacidad permanente, con el límite máximo de tres meses desde la notificación de la resolución en la que se hubiera calificado la misma”

²³ Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de 7 de enero de 2025, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 33-4

Finalmente, el Informe de la Ponencia al Proyecto de Ley de 2 de abril de 2025²⁴, acogiendo parte de las enmiendas del Grupo Parlamentario Socialista y SUMAR, y Grupo Parlamentario Popular, contempla el texto finalmente adoptado en la Ley 2/2025, de 29 de abril.

3.2. La reforma operada por la Ley 2/2025, de 29 de abril

La opción del legislador en la Ley 2/2025, de 29 de abril, para ajustar los cambios incorporados en el ET a la normativa de Seguridad Social, ha sido la de incorporar un nuevo párrafo al art. 174.5 LGSS. El precepto -art. 174 LGSS- se titula “Extinción del derecho al subsidio”, y se encuentra incluido en el Capítulo V de la LGSS denominado “Incapacidad temporal”. Esto es, la opción legislativa es modificar la regulación de la incapacidad temporal para incluir supuestos que, en realidad, afectan a la incapacidad permanente regulada en el capítulo XI -“Incapacidad permanente contributiva”- arts. 193 a 200 LGSS-.

En particular, el precepto remite al art. 49.1 n) ET, y a los supuestos en los que “la declaración de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran incapacidad no determine la extinción de la relación laboral”, en cuyo caso prevé que “la prestación de incapacidad permanente se suspenderá durante el desempeño del mismo puesto de trabajo con adaptaciones u otro que resulte incompatible con la percepción de la pensión que corresponda, de acuerdo con el artículo 198”.

De este modo, el ajuste que se realiza en la normativa de Seguridad Social al nuevo artículo 49.1 n) ET, afecta no a la incapacidad temporal -precepto en el que se regula la cuestión-, sino a la incapacidad permanente, a cuyo régimen de compatibilidades entre prestación y salario remite -art. 198 LGSS-, sin que se entienda muy bien el encuadre de la novedad en el art. 174.5 LGSS, cuando podría haberse añadido un nuevo apartado al art. 196 LGSS que regula las prestaciones económicas de incapacidad permanente, o cuando podría haberse añadido un art. 199 bis o 200 bis LGSS, para regular de forma separada y no incluida en un precepto que refiere a la incapacidad temporal, los supuestos de suspensión de la incapacidad permanente mientras se tramita el procedimiento del art. 49.1 n) ET.

Quizá el motivo se encuentre en el hecho de que el art. 174.1 LGSS prevé, de entre los supuestos de extinción de la incapacidad temporal “el transcurso del plazo máximo de quinientos cuarenta y cinco días naturales desde la baja médica”, debiéndose entonces, conforme al art. 174.2 LGSS, examinar “necesariamente, en el plazo máximo de noventa días naturales, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda”, que podrá demorarse hasta los “setecientos treinta días naturales” -por la prolongación de efectos de la incapacidad temporal-, cuando “la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación”. Y es precisamente el supuesto de “prolongación de efectos económicos de la incapacidad temporal”, que permite seguir percibiendo la prestación de incapacidad temporal a quien esté pendiente de calificación en situación de incapacidad permanente, la que se regula en el art. 174.5 LGSS, de ahí que el legislador haya optado por incluir la cuestión en un precepto que regula la extinción de la incapacidad temporal, en lugar de hacerlo en los preceptos que regulan la prestación de incapacidad permanente.

²⁴ Informe de la Ponencia de 2 de abril de 2025, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 33-5.

El apartado 5 del art. 174 LGSS regula la extinción de la incapacidad temporal en supuestos en que se produce “el alta médica con propuesta de incapacidad permanente o por el transcurso de los quinientos cuarenta y cinco días naturales”. El precepto, en realidad, está contemplando lo ya dispuesto en el art. 174.1 LGSS, que prevé que la incapacidad temporal se extingue por el transcurso de los 545 días naturales. Ello no implica que el Sistema deje de cubrir la situación de necesidad que subyace en el subsidio de incapacidad temporal, ya que conforme al art. 174.2 LGSS y al art. 174.5 primer párrafo LGSS, lo que acontece es la “prolongación de efectos económicos” hasta el momento en que: 1) Se deniega la incapacidad permanente; 2) Se reconoce ésta en alguno de sus grados; y 3) En ambos casos, “hasta que se notifique la resolución”.

De este modo, la persona trabajadora percibe:

- 1.- Prestación de incapacidad temporal mientras se encuentra en situación de incapacidad temporal -hasta los 545 días naturales del art. 174.1 LGSS-, o mientras se prolongan los efectos de ésta -hasta la fecha de la resolución denegatoria o que reconoce un grado de incapacidad permanente, que tendrá que ser en el plazo de 90 días naturales conforme al art. 174.2 LGSS o 730 días naturales conforme a la regla excepcional del art. 174.2 segundo párrafo LGSS-.
- 2.- Prestación de incapacidad permanente desde la “fecha de la resolución” de reconocimiento en situación de incapacidad permanente y mientras dura el proceso por el que se tendrán que realizar los “ajustes razonables o el cambio de puesto de trabajo” previsto en el art. 49.1 n) ET, y hasta un plazo máximo de tres meses desde la notificación de la resolución de reconocimiento en situación de incapacidad permanente a la empresa.

A efectos meramente aclaratorios, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 174.5 segundo párrafo LGSS que determina que “cuando se reconozca la prestación de incapacidad permanente sus efectos coincidirán con la fecha de la resolución de la entidad gestora por la que se reconozca, salvo que dicha prestación sea superior al a que venía percibiendo el trabajador en concepto de prolongación de los efectos de la incapacidad temporal, en cuyo caso se retrotraerán los efectos de la incapacidad permanente al día siguiente al de extinción de la incapacidad temporal”. A pesar de la claridad con que parece estar redactado el precepto, la realidad es que debe distinguirse:

- 1.- Entre la fecha desde la que se percibe la prestación de incapacidad permanente, y que será la fecha de efectos de la misma, que podrá coincidir con la fecha de la resolución todavía no notificada a la persona trabajadora o a la empresa, o con el día siguiente a la fecha en que se extinguiría la prestación de incapacidad temporal -cuando la cuantía de la prestación fuera superior-.
- 2.- La fecha de notificación de la resolución de reconocimiento en situación de incapacidad permanente a la persona trabajadora; y
- 3.- La fecha de notificación de la resolución de reconocimiento de la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente a la empresa, que podrá o no coincidir con la fecha de notificación de la resolución a la persona trabajadora.

Será en la fecha de notificación de la resolución de reconocimiento de la incapacidad permanente a la persona trabajadora -que no a la empresa-, cuando se inicia

el procedimiento regulado en el nuevo art. 49.1 n) ET, consistente en que la persona trabajadora tendrá “un plazo de diez días naturales (...) para manifestar por escrito a la empresa su voluntad de mantener la relación laboral”, disponiendo entonces la empresa de un “plazo máximo de tres meses”, pero no desde la fecha de recepción de dicho escrito, sino desde la fecha en que se le notifique a ella -a la empresa- la resolución, cuando se iniciará el plazo “máximo de tres meses” para realizar los “ajustes razonables o el cambio de puesto de trabajo”, por lo que su actuación podrá iniciarse antes incluso de conocer la decisión de la persona trabajadora de su “voluntad de mantener la relación laboral”.

A efectos prestacionales, y conforme al art. 174.5 párrafos primero y segundo LGSS, desde la fecha de efectos de la incapacidad permanente se percibe dicha prestación, extinguiéndose *de facto* el abono de la prestación de incapacidad temporal y debiendo regularizarse la situación en que se hubiera percibido prestación de incapacidad temporal -por mor de la prolongación de efectos económicos- coincidente con la prestación de incapacidad permanente.

El problema surge después, cuando la empresa ha realizado “ajustes razonables” o ha encontrado “nuevo puesto de trabajo”. Teniendo en cuenta ambas posibilidades es por lo que el legislador incorpora el nuevo párrafo en el art. 174.5 LGSS para prever dos supuestos:

- 1.- Que se adapte el “puesto de trabajo a la situación de incapacidad declarada”, en cuyo caso se suspenderá la prestación de incapacidad permanente que se estuviera percibiendo desde la fecha de efectos de la misma -fecha de la resolución o día siguiente a la finalización de la incapacidad temporal-, y aunque no se contemple expresamente en la norma, desde el momento en que se inicia la prestación de servicios en el puesto de trabajo.
- 2.- Que se destine a la persona trabajadora a “otro puesto”, en cuyo caso, deberá determinarse si éste es compatible o no con la incapacidad permanente reconocida a efectos de determinar si se suspende la prestación de incapacidad permanente o se mantiene su percepción compatibilizándola con el trabajo, al vincular el nuevo párrafo del art. 175.4 LGSS la suspensión, a “otro que resulte incompatible con la percepción de la pensión que corresponda, de acuerdo con el artículo 198”.

Puesto que la Ley 2/2025, de 29 de abril no ha modificado el artículo 198 LGSS, la interpretación en perspectiva de Seguridad Social de la reforma en su conjunto en conexión con el resto de normas de Seguridad Social, obliga a un examen detallado de sus problemas, cuestión ésta que se abordará posteriormente.

3.3. El derecho a percibir prestación de incapacidad permanente durante la tramitación del procedimiento del art. 49.1 n) ET

El primer gran problema que presenta el nuevo apartado n) del art. 49.1 ET en perspectiva de Seguridad Social, es qué ocurre durante el tiempo en que la persona trabajadora ha sido reconocida en situación de incapacidad permanente y el tiempo de que dispone la empresa para realizar los “ajustes razonables” o el “cambio de puesto de trabajo”, y en particular, si debe abonar salario aunque no se presten servicios, o no, y en este último caso, qué cobertura -salarial o prestacional- tendrá dicha persona trabajadora.

En el escenario de la duración de la incapacidad temporal, el reconocimiento en situación de incapacidad permanente y la obligación de realización de “ajustes razonables o cambio de puesto de trabajo”, pueden acontecer las siguientes situaciones:

- 1.- Reconocimiento en situación de incapacidad permanente antes de que haya transcurrido el periodo máximo de incapacidad temporal
- 2.- Reconocimiento en situación de incapacidad permanente tras la finalización del plazo máximo de incapacidad temporal

Y las consecuencias que se prevén tras la reforma legislativa operada por la Ley 2/2025, de 29 de abril, que no son pocas, exigen un examen detallado.

3.3.1. En supuestos de reconocimiento en situación de incapacidad permanente antes de transcurrido el periodo máximo de incapacidad temporal

La reforma del art. 174.5 LGSS pretende resolver el problema de qué consecuencias prestacionales tiene el que se hayan impuesto obligaciones antes de la extinción de la relación laboral por el art. 49.1 n) ET, mientras que la persona trabajadora ya ha sido reconocida en situación de incapacidad permanente.

La regulación de la incapacidad temporal contempla una duración máxima de 545 días naturales en el art. 174.1 LGSS -“El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo de quinientos cuarenta y cinco días naturales desde la baja médica”- computando “los periodos de recaída de un mismo proceso” -art. 174.1 segundo párrafo LGSS-.

Durante este plazo, esto es, antes de que hayan transcurrido los 545 días de duración máxima de la incapacidad temporal, es posible que, por el tipo de dolencia padecida por la persona trabajadora, se inicie el expediente de incapacidad permanente, en cuyo caso, se tendrá que producir el alta en la incapacidad temporal con propuesta de incapacidad permanente, lo que supone la extinción de la incapacidad temporal -art. 174.4 LGSS-, prolongándose sus efectos “hasta que se notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente” -art. 174.5 primer párrafo LGSS-, resolución que tendrá que dictarse en el “plazo máximo de noventa días naturales” -art. 174.2 LGSS-, abonándose en el ínterin prestación de incapacidad temporal. Dicha resolución puede ser en dos sentidos:

- 1.- Que se reconozca un determinado grado de incapacidad permanente; en cuyo caso, de conformidad con lo establecido en el art. 49.1 n) ET, “La persona trabajadora dispondrá de un plazo de diez días naturales desde la fecha en que se le notifique la resolución (...) para manifestar por escrito a la empresa su voluntad de mantener la relación laboral”, disponiendo entonces la empresa de un “plazo máximo de tres meses” para “realizar los ajustes razonables o el cambio de puesto de trabajo”, y en caso de no ser posible por suponer los “ajustes razonables” una “carga excesiva” o por no existir “puesto de trabajo vacante”, proceder “a la extinción del contrato”.

Puesto que conforme al art. 174.5 segundo párrafo LGSS “cuando se reconozca la prestación de incapacidad permanente sus efectos coincidirán con la fecha de la resolución de la entidad gestora por la que se reconozca (...)”

[o] al día siguiente al de extinción de la incapacidad temporal”, desde la fecha de la resolución la relación laboral se encontrará suspendida en aplicación de lo dispuesto en el art. 48.2 ET -aunque la misma retrotraiga los efectos a un momento anterior- esto es:

- 1.1.- “durante un periodo de dos años” cuando “la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo”, lo que exige que en la resolución de reconocimiento en situación de incapacidad permanente se especifique no sólo la fecha, sino también el plazo en el cuál se producirá la revisión -art. 48.2 primer párrafo ET-; o
- 1.2.- “durante el tiempo en que se resuelvan los ajustes razonables o el cambio a un puesto vacante y disponible” -art. 48.2 segundo párrafo ET-, esto es, desde la fecha en que se comunica a la empresa la resolución de reconocimiento de la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente y el plazo máximo de 3 meses de que dispone para realizar los “ajustes razonables”, el “cambio de puesto de trabajo” o justificar que los ajustes suponen una “carga excesiva” o que no existe puesto vacante,

La suspensión de la relación laboral implica que la persona trabajadora no tendrá la obligación de prestar servicios, y la empresa no tendrá la obligación de abonar salario. Para aclarar qué cobertura prestacional tendrá la persona trabajadora, el art. 174.5 LGSS ya prevéía que los efectos del reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente “coincidirán con la fecha de la resolución de la entidad gestora por la que se reconozca [o] al día siguiente al de extinción de la incapacidad temporal”, por lo que la suspensión de la relación laboral ex art. 48 ET se anuda a la extinción de la incapacidad temporal y el inicio de abono de la prestación de incapacidad permanente.

Dicho de otro modo, la suspensión de la relación laboral se inicia en el momento en que la empresa recibe la resolución de reconocimiento de la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente, lo que tendrá que ser coincidente con la fecha de extinción de la incapacidad temporal y el inicio del abono de la prestación de incapacidad permanente, percibiéndose hasta entonces prestación de incapacidad temporal, y desde la suspensión, prestación de incapacidad permanente.

- 2.- Que la resolución deniegue el reconocimiento en situación de incapacidad permanente, en cuyo caso no entra en juego el art. 49.1 n) ET, de forma que la persona trabajadora deberá reincorporarse a su puesto de trabajo desde el día siguiente al de la notificación de la resolución denegatoria, pudiendo presentar reclamación administrativa y posteriormente demanda contra la misma²⁵, debiendo la empresa abonar salario desde la fecha de reincorporación y pudiendo producirse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología únicamente por el INSS “a través de su inspección médica”, dentro del plazo de “ciento ochenta días naturales posteriores a la resolución

²⁵ Conforme a las SSTS de 7 de octubre de 2004 (Rec. 4173/2003), de 27 de marzo de 2013 (Rec. 1291/2012), incluso cuando se haya impugnado la resolución

denegatoria” -art. 174.1 tercer párrafo LGSS- o cuando medie “un periodo superior a ciento ochenta días” -art. 174.3 primer párrafo LGSS-.

En definitiva, y a modo de resumen, si no ha transcurrido el plazo máximo de incapacidad temporal -545 días-, y se produjera el alta con propuesta de incapacidad permanente, se prolongan los efectos de la incapacidad temporal hasta que se dicte la resolución de reconocimiento o denegación de un grado de incapacidad permanente, percibiendo durante ese tiempo la persona trabajadora prestación de incapacidad temporal. Si la resolución reconoce un determinado grado de incapacidad permanente, desde la fecha de efectos y hasta el momento en que se cumpla el procedimiento del art. 49.1 n) ET -realización de “ajustes razonables”, justificación de que éstos suponen una “carga excesiva”, o “nuevo puesto de trabajo”-, percibirá prestación de incapacidad permanente. En el caso de que se deniegue el reconocimiento en situación de incapacidad permanente, la persona trabajadora deberá reincorporarse a su puesto de trabajo percibiendo desde entonces salario.

Un último matiz. Aunque con carácter general la duración máxima de la incapacidad temporal se fija en 545 días naturales en el art. 174.1 primer párrafo LGSS es posible, conforme al art. 174.2 segundo párrafo LGSS, que se prolonguen los efectos hasta los 730 días naturales cuando “continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación”. En estos supuestos la regla es la misma, esto es, durante el tiempo que media entre los 545 días naturales y los 730 días naturales, la persona trabajadora percibirá prestación de incapacidad temporal por la prolongación de efectos de la misma, no siendo hasta que se dicte la resolución de reconocimiento o denegación de la incapacidad permanente, cuando se articule la obligación o no del art. 49.1 n) ET, con las consecuencias anteriormente señaladas.

3.3.2. En supuestos de reconocimiento en situación de incapacidad permanente tras la finalización del plazo máximo de incapacidad temporal

En un segundo escenario, es posible que el reconocimiento en situación de incapacidad permanente se realice una vez finalizado el plazo máximo de la incapacidad temporal fijado en 545 días naturales. En estos casos, la regulación legal es bastante similar, con algún matiz.

Al cumplirse el día 545 se extinguirá la incapacidad temporal -art. 174.2 LGSS-, debiéndose entonces examinar “en el plazo máximo de noventa días naturales, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda” -art. 174.2 primer párrafo LGSS-, prolongándose entonces los efectos de la incapacidad temporal -art. 174.5 primer párrafo LGSS- hasta la fecha en “que se notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente” -art. 174.5 primer párrafo LGSS-.

Dictada la resolución de reconocimiento en situación de incapacidad permanente, en la misma se deberán fijar la fecha de efectos y el plazo de revisión por mejoría o agravación, suspendiéndose la relación laboral ex art 48.2 primer párrafo ET -hasta un plazo máximo de 2 años-, y percibiendo la persona trabajadora prestación de incapacidad permanente durante el tiempo en que se cumplen las exigencias del nuevo art. 49.1 n) ET,

esto es, mientras la empresa realiza los “ajustes razonables”, justifica que éstos suponen una “carga excesiva”, busca un “nuevo puesto de trabajo” o justifica que el mismo no existe o no hay vacante. Si la resolución deniega el reconocimiento en situación de incapacidad permanente, la persona trabajadora deberá reincorporarse a su puesto de trabajo, percibiendo desde entonces salario.

3.4. La suspensión de la prestación de incapacidad permanente y el régimen de incompatibilidades entre trabajo y prestación tras la realización de “ajustes razonables” o el “cambio de puesto de trabajo”

El segundo gran problema que plantea el nuevo procedimiento que hay que seguir conforme al nuevo art. 49.1 n) ET, es qué ocurrirá una vez que se hayan realizado “ajustes razonables” o se haya ofertado un “nuevo puesto de trabajo”, prestando servicios desde entonces la persona trabajadora reconocida en situación de incapacidad permanente.

Es preciso recordar que la Ley 2/2025, de 29 de abril incorpora en el art. 49.1 n) ET un procedimiento que, cumpliendo -y aun ampliando²⁶-, las exigencias impuestas por la STJUE de 18 de enero de 2024 (C-631/22), asunto Ca Na Negreta la STJUE, obliga a:

- 1.- Comunicar por escrito por parte de la persona trabajadora a la empresa, en el plazo de 10 días naturales desde la notificación de la resolución de reconocimiento en situación de incapacidad permanente, su intención de “mantener la relación laboral”,
- 2.- Disponiendo la empresa de un plazo máximo de 3 meses desde la fecha en que se le notifique -a ella- la resolución de reconocimiento en situación de incapacidad permanente de la persona trabajadora,²⁷ para realizar “ajustes razonables” o buscar un “puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora”.

El régimen de Seguridad Social aplicable a la situación que se genera como consecuencia la realización de los “ajustes razonables” o del “cambio de puesto de trabajo”, especialmente respecto del régimen de compatibilidades, es cuanto menos confuso, por lo que se exige algún intento de aclaración.

3.4.1. En el supuesto de realización de “ajustes razonables”

En el primer supuesto -realización de “ajustes razonables”-, el legislador no ha previsto la posibilidad de que la persona trabajadora pueda rechazar la prestación de servicios, por lo que deberá comenzar a prestar éstos, lo que implica que comienza la obligación de abono de salarios cuando la persona está percibiendo prestación de incapacidad permanente. Puesto que el art. 198 LGSS fija el régimen de incompatibilidades entre el trabajo y el percibo de la prestación, el nuevo párrafo tercero del art. 174.5 LGSS

²⁶ Puesto que el TJUE a lo que obligaba era a la realización de “ajustes razonables”, mientras que la reforma operada por la Ley 2/2025, de 29 de abril incorpora como obligación adicional la del “cambio de puesto de trabajo”

²⁷ Debe tenerse en cuenta que el legislador no ha fijado el *dies a quo* del cómputo del plazo en el momento en que la persona trabajadora comunica su intención de mantener la relación laboral, sino desde el momento en que se le comunica a la empresa la resolución de reconocimiento en situación de incapacidad permanente. Este decalaje temporal permitirá que la empresa pueda esperar a que la persona trabajadora manifieste por escrito su opción, o comenzar el procedimiento para realizar “ajustes razonables” o buscar nuevo puesto de trabajo al que adscribir a la persona trabajadora.

incorporado por la Ley 2/2025, de 29 de abril, resuelve el problema de articulación de las reglas del art. 198 LGSS señalando que “la prestación de incapacidad permanente se suspenderá durante el desempeño del mismo puesto de trabajo con adaptaciones”.

Dicha regulación legal evita los problemas de interpretación del art. 198.1 LGSS que permite, en los supuestos de reconocimiento en situación de incapacidad permanente total, la compatibilidad entre “el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa” y la “pensión vitalicia”. La regulación a lo que alude es a que la compatibilidad es posible siempre y cuando “las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”, lo que no se identifica con la profesión de la persona trabajadora -que puede tener un carácter de generalidad respecto de las funciones a realizar- sino con las “funciones” efectivamente desempeñadas. Los “ajustes razonables”, y aunque el legislador no lo prevea expresamente, se entiende deben producirse respecto del puesto de trabajo ocupado por la persona trabajadora, sin que “puesto de trabajo”, “funciones” y “profesión habitual” sean términos coincidentes. En la práctica, los “ajustes razonables” se tendrían que realizar en el “puesto de trabajo”, afectando la incompatibilidad entre trabajo y prestación a las “funciones” que, en este particular supuesto, se equipararían al concepto de “puesto de trabajo” respecto del que se proyectan los “ajustes razonables” y que permitirían el ejercicio de las mismas “funciones” con adaptaciones.

En definitiva, la conclusión será que, habiéndose efectuado “ajustes razonables”, ya no se articula el régimen de incompatibilidades del art. 198.1 LGSS en puridad, sino que hay que recurrir a la regla del art. 174.5 tercer párrafo LGSS que obliga a la suspensión de la prestación de incapacidad permanente total, que sería en este caso incompatible con el salario a percibir por la persona trabajadora por el desempeño de “funciones” en el “puesto de trabajo” adaptado, siempre y cuando el mismo se vincule a la profesión habitual respecto de la que se ha sido reconocido en situación de incapacidad permanente total, cuestión ésta que será objeto de detallado análisis posteriormente.

En el supuesto de que la persona trabajadora hubiera sido declarada en situación de incapacidad permanente absoluta o gran incapacidad, si bien el art. 198.2 LGSS, permite la compatibilidad entre las “pensiones vitalicias” y el salario que se perciba por el desempeño de “actividades (...) compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”, debe recordarse que tras la STS (Pleno) 544/2024, de 11 de abril (Rec. 197/2023), el reconocimiento de la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente absoluta o gran incapacidad es absolutamente incompatible con el trabajo por cuenta ajena, siendo únicamente compatible con la realización de actividades, tareas o funciones que no sean las correspondientes a alguna profesión u oficio, que sean de índole accesoria, marginal, ocasional o limitada, y además que, siendo o no lucrativas, no den lugar a la inclusión en el sistema de Seguridad Social²⁸.

²⁸ Vid. CANO GALÁN, Y. “La vuelta a los orígenes: la rectificación de la rectificación jurisprudencial en materia de compatibilidad entre incapacidad permanente y trabajo por cuenta ajena”, *Diario La Ley*, núm. 10516, 2024; ESTEBAN LEGARRETA, R., ARENAS GÓMEZ, M., “Incapacidad peramente absoluta, gran invalidez y su plena incompatibilidad con el trabajo”, *Iuslabor*, núm. 3, 2024, págs. 233-251; GALLEGO MOYA, F., “Reinterpretando la compatibilidad entre la prestación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y el trabajo del pensionista”, *Revista vLex*, núm. 12, 2024, págs. 96-105; LÓPEZ MONTEIRO, R., “El cambio de doctrina sobre la compatibilidad entre las prestaciones de Incapacidad Permanente Absoluta y de Gran Invalidez y el Trabajo, al hilo de la Sentencia del pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 abril 2024”, *Revista de derecho de la seguridad social Laborum*, núm. 40, 2024, págs. 129-142; TOSCANI GIMÉNEZ, D., “La compatibilidad del trabajo y la pensión de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez”, *Revista de la seguridad social Laborum*,

El establecimiento de un régimen de incompatibilidad absoluto entre trabajo y prestación de incapacidad permanente absoluta o gran incapacidad por mor de la jurisprudencia, y en la intención de evitar una suerte de extinción del derecho a la prestación de incapacidad permanente por la realización de trabajos incompatibles, lleva a que sea de aplicación, en estos casos, la regla del nuevo párrafo tercero del art. 174.5 LGSS, que permite la suspensión de la prestación de incapacidad permanente durante el tiempo que dure la prestación de servicios²⁹.

3.4.2. En el supuesto de “cambio de puesto de trabajo”

La segunda posibilidad que tiene la empresa conforme al art. 49.1 n) ET, es la de realizar un “cambio de puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora”. Sin profundizar en cuáles serán dichos puestos de trabajo y si éstos tienen que vincularse con la profesión habitual de la persona trabajadora, la realidad es que el legislador ha incorporado una obligación adicional a la establecida en la STJUE de 18 de enero de 2024 (C-631/22), asunto Ca Na Negreta, que provoca algún que otro problema respecto del régimen de incompatibilidades entre trabajo y prestación de incapacidad permanente.

En este segundo supuesto -cambio de puesto de trabajo-, el art. 49.1 n) ET sí que permite que “la persona trabajadora rechace el cambio de puesto de trabajo adecuadamente propuesto”. De este modo, cuando la persona trabajadora no acepte el nuevo puesto de trabajo ofrecido, la empresa podrá proceder a la extinción de la relación laboral sin que ello produzca ningún efecto en materia prestacional, puesto que la persona trabajadora seguirá percibiendo la prestación de incapacidad permanente que tenga reconocida.

Es en el supuesto en que la persona trabajadora sí acepte el cambio de puesto de trabajo cuando surgen los problemas a efectos prestacionales, que se resolverá de forma diferente atendiendo al grado de incapacidad permanente reconocido:

- 1.- Si la persona trabajadora reconocida en situación de incapacidad permanente total acepta el nuevo puesto de trabajo ofertado por la empresa, podría existir compatibilidad entre trabajo y prestación o no, problema éste que exige un análisis detallado y exhaustivo que se realizará posteriormente.
- 2.- Si la persona trabajadora reconocida en situación de incapacidad permanente absoluta o gran incapacidad acepta el nuevo puesto de trabajo ofertado por la empresa, no puede olvidarse que la STS (Pleno) 544/2025, de 11 de abril (Rec. 197/2023), de alguna manera, corrigió el art. 198.2 LGSS para declarar la absoluta incompatibilidad entre trabajo por cuenta ajena y prestación de incapacidad permanente. Y para estos supuestos es para lo que el art. 174.5 tercer párrafo LGSS prevé la suspensión de la prestación de incapacidad

núm. 41, 2024, págs. 171-178; DE LA VILLA SERNA, D., “Sobre la compatibilidad entre retribución y pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Las sentencias del Plenario de la Sala Social del Tribunal Supremo 1849/2008, de 30 de enero y 544/2024, de 11 de abril. Los argumentos jurídicos de ida y vuelta”, *Revista General de Derecho del trabajo y de la seguridad Social*, núm. 68, 2024

²⁹ Dicha conclusión es la alcanzada, igualmente por ARENAS GÓMEZ, M., entrada “A vueltas con la incompatibilidad entre IPA/GI y actividad laboral. Reforma del art. 198.2 LGSS en la Ley 7/2024, de 20 de diciembre”, Blog *Otroblogmás, pero este es el mío! Reflexiones de un abogado laboralista -sobre todo de Seguridad Social- Éste blog es mi ventana*, entrada de 4 de enero de 2025.

permanente durante el tiempo en que se estén prestando dichos servicios, sin más matices.

3.5. Problemas derivados de la prestación de servicios en un “nuevo puesto de trabajo” por pensionistas de incapacidad permanente total

Como se ha avanzado, existe un particular supuesto en que sería posible la compatibilidad entre trabajo y prestación de incapacidad permanente. Es el caso en que la persona trabajadora haya sido reconocida en situación de incapacidad permanente total, la empresa ofrezca el cambio a un “nuevo puesto de trabajo”, la persona trabajadora acepte, y el nuevo puesto no se corresponda con uno vinculado a su profesión habitual exigiendo el ejercicio de funciones diferentes a aquellas que se realizaban cuando se efectuó el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total.

La aceptación del “nuevo puesto de trabajo” por la persona pensionista de incapacidad permanente total para su profesión habitual, exige el análisis de 5 problemas: 1) Cómo actúa el juego entre “profesión habitual” -respecto de la que se reconoce la incapacidad permanente total conforme a la DT 26ª LGSS-, “funciones” -respecto de la que se establece la incompatibilidad conforme al art. 198.1 LGSS- y “puesto de trabajo” -respecto del que se establece el cambio a que refiere el art. 49.1 n) ET-; 2) Cuál es la entidad gestora a la que se debe comunicar la prestación de servicios en el nuevo puesto de trabajo conforme a la obligación establecida en el art. 2.1 de RD 1071/1984, de 23 de mayo; 3) En qué momento se tendrá comunicar dicha circunstancia; 4) Quién tiene la competencia para declarar la compatibilidad o incompatibilidad entre prestación de servicios en el nuevo puesto de trabajo y percibo de la prestación de incapacidad permanente y las consecuencias de dicha declaración; y 5) Qué consecuencias tendría respecto de la cuantía de la prestación de incapacidad permanente cualificada la prestación de servicios en un puesto de trabajo compatible.

3.5.1. La distinción entre “profesión habitual”, “puesto de trabajo” y “funciones” a efectos de la aplicación del régimen de incompatibilidades

Teniendo en cuenta que la aceptación por parte del pensionista de incapacidad permanente total del nuevo puesto de trabajo ofertado por la empresa puede afectar al régimen de compatibilidades entre trabajo y prestación de incapacidad permanente total³⁰, parece conveniente indagar en qué supuestos se admitiría la compatibilidad y en cuáles no.

El art. 198.1 LGSS establece un régimen de incompatibilidad entre “pensión vitalicia” de incapacidad permanente total para la “profesión habitual” y “salario que pueda percibir el trabajador”, exigiéndose, para que se admita la compatibilidad, que “las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”.

Los términos “puesto de trabajo” y “funciones” no son equivalentes, y el régimen de incompatibilidades afecta a las “funciones” y no al “puesto de trabajo”, por lo que la duda que surge es si podría existir algún tipo de incompatibilidad que permitiera la articulación del art. 198.1 LGSS cuando el cambio de “puesto de trabajo” suponga el ejercicio de las mismas “funciones” -adaptadas puesto que se tendrían que incorporar “ajustes razonables”-, y que además éstas fueran coincidentes con las inherentes a la “profesión habitual”. En estos

³⁰ Vid. PUERTO BARRIO, A.M., TAJADRA DÍEZ, M. “La pensión por incapacidad permanente y el trabajo: nuevas controversias”, *Revista de derecho de la seguridad social Laborum*, núm. 41, 2024, págs. 61-91

casos, la solución no puede ser otra que la dada por el art. 174.5 tercer párrafo LGSS: suspender la prestación de incapacidad permanente total.

Lo normal y común será que se cambie el “puesto de trabajo” sin coincidir las “funciones” inherentes a la “profesión habitual”, en cuyo caso, dado que el art. 198.1 LGSS permite la compatibilidad entre “pensión vitalicia” y “salario” -al no coincidir las “funciones (...) con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”, la cuestión sería si se podría compatibilizar la percepción del salario por el desempeño del nuevo trabajo con la prestación de incapacidad permanente total reconocida o no.

La respuesta tiene que venir dada, necesariamente, por el análisis de la determinación de quién y cómo se tendrá que concluir que “las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total” a que refiere el art. 198.1 LGSS. El artículo 2.1 del Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, por el que se modifican diversos aspectos en la normativa vigente en materia de invalidez permanente en la Seguridad Social, concreta que “Los pensionistas de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta y gran invalidez que simultaneen la percepción de su pensión con la realización de cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, deberán comunicar tal circunstancia a la Entidad gestora competente”, se entiende a que a efectos de comprobación de que es compatible el trabajo con la pensión en términos del art. 198.1 LGSS, con la consecuencia de que, en caso de que ello no se haga, se impondrán las sanciones correspondientes conforme al art. 2.2 del Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo.

Siendo por lo tanto obligatoria la comunicación al INSS de que se iniciarán trabajos en un nuevo puesto tras el reconocimiento de la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente total -lo que debería hacerse por la persona trabajadora previamente a aceptar el cambio de puesto para no incurrir en problemas y sanciones-, cuando la entidad gestora no decrete la incompatibilidad, en principio, y por aplicación del art. 198.1 LGSS, se podría simultanear el percibo de la prestación de incapacidad permanente total para el ejercicio de la profesión habitual reconocida, con el salario que se percibiría por el desempeño de nuevas “funciones” siempre y cuando éstas no coincidieran con las inherentes a la “profesión habitual”. Pero una nueva duda surge respecto de si el nuevo párrafo tercero del art. 174.5 LGSS, de alguna manera, está prohibiendo dicha compatibilidad. El precepto determina que “la prestación de incapacidad permanente se suspenderá durante el desempeño del (...) puesto de trabajo (...) que resulte incompatible con la percepción de la pensión que corresponda”, de lo que de una interpretación literal se desprende que en nada cambia la regla general del art. 198.1 LGSS, esto es, la compatibilidad entre percepción de salario por el desempeño de funciones en el nuevo puesto y prestación de incapacidad permanente total.

En el caso de que la entidad gestora declarara la incompatibilidad entre el nuevo puesto de trabajo y la prestación, la consecuencia sería la del art. 174.5 párrafo tercero LGSS, esto es, se suspendería la prestación de incapacidad permanente total por el desempeño de trabajos incompatibles.

3.5.2. Entidad gestora a la que se debe comunicar la prestación de servicios en el “nuevo puesto de trabajo”

Puesto que la determinación de la compatibilidad entre prestación de incapacidad permanente total para la “profesión habitual” y nuevo puesto trabajo exige comunicación

a la entidad gestora que podrá acordar la compatibilidad o no, el segundo problema tiene que ver con cuál sería la entidad gestora a la que habría que comunicar que se prestarán servicios en un nuevo puesto de trabajo, a efectos de que se pueda dilucidar si dicho puesto es compatible o incompatible con la prestación de incapacidad permanente total reconocida.

Este sería el INSS, ya que es a quien se otorga competencias conforme al art. 200.1 LGSS, art. 6 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social y art. 13 de la Orden de 18 de enero de 1996.

3.5.3. Momento en que se tiene que comunicar la prestación de servicios en el “nuevo puesto de trabajo”

Habiéndose resuelto que para la compatibilidad entre trabajo y prestación de incapacidad permanente total el INSS debe no apreciar incompatibilidad entre las “funciones” realizadas en el nuevo “puesto de trabajo” y las inherentes a la “profesión habitual”, el siguiente problema a resolver sería el relativo al momento en que se tendría que comunicar que se comenzará la prestación de servicios en un nuevo puesto de trabajo a la entidad gestora³¹.

En principio, el art. 2.1 del RD 1071/1984, de 23 de mayo no prevé plazo, al vincular la obligación de comunicación con el momento en que “simultaneen la percepción de su pensión con la realización de cualquier trabajo”, de lo que podría deducirse que la comunicación podría realizarse cuando ya se hubiera comenzado a prestar servicios como consecuencia del “cambio de puesto de trabajo”. Siendo ello posible, sin embargo, y para evitar los perniciosos efectos que podría provocar una posterior declaración de incompatibilidad, nada obstaría para que la comunicación pudiera realizarse antes del inicio de la prestación de servicios y dentro del plazo de tres meses de que dispone la empresa para buscar un nuevo puesto de trabajo al que adscribir a la persona trabajadora reconocida en situación de incapacidad permanente. En estos supuestos, sin embargo, podrían acontecer dos circunstancias:

- 1.- La primera es que la entidad gestora no diera respuesta alguna respecto de si el nuevo puesto de trabajo es compatible o no con la prestación de incapacidad permanente reconocida, en cuyo caso, y puesto que el plazo de que dispone la empresa para buscar un nuevo puesto de trabajo es el máximo de tres meses, debiendo la persona trabajadora dentro de dicho plazo aceptar el cambio de puesto, en caso de que éste se aceptara, y a falta de respuesta por el INSS, comenzaría la prestación de servicios en el nuevo puesto, suspendiéndose la prestación de incapacidad permanente en tanto en cuanto no se declare la compatibilidad, y en el caso de que ello no aconteciera, exponiéndose la persona trabajadora a las consecuencias derivadas de una posterior declaración de incompatibilidad que acarrearía, conforme al art. 2.2 del RD 1071/1984, de 23

³¹ Debe tenerse en cuenta que el art. 25.1 considera infracción grave cometida por la persona trabajadora “efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida” lo que se sanciona, conforme al art. 47.1 b) LISOS, “con la pérdida de la prestación o pensión durante un periodo de tres meses”

de mayo, la “obligación de reintegro de los importes indebidamente percibidos de la pensión”.

- 2.- La segunda es que la entidad gestora diera una respuesta en que se declarara la compatibilidad entre trabajo y prestación de incapacidad permanente, en cuyo caso, la consecuencia no sería otra que la prevista en el art. 198.1 LGSS, esto es, la compatibilidad entre el salario a percibir por el desempeño de funciones en el nuevo puesto de trabajo y el percibo de la prestación de incapacidad permanente
- 3.- La tercera es que la entidad gestora diera una respuesta en que se declarara la incompatibilidad entre trabajo y prestación, en cuyo caso, la consecuencia sería la prevista en el párrafo tercero del art. 174.5 LGSS, esto es, la suspensión de la prestación de incapacidad permanente total durante el tiempo en que se estén desempeñando trabajos incompatibles

3.5.4. Competencia para declarar la compatibilidad/incompatibilidad entre trabajo en el “nuevo puesto” y prestación de incapacidad permanente total

El cuarto problema que deriva de la prestación de servicios en un nuevo puesto de trabajo por quien tiene reconocida una prestación de incapacidad permanente total, proviene del juego entre el nuevo art. 49.1 n) último párrafo ET y la normativa de Seguridad Social en relación con la competencia para determinar que el nuevo trabajo sería incompatible con la prestación de incapacidad permanente. El último párrafo del art. 49.1 n) ET otorga la competencia a los “servicios de prevención (...) previa consulta con la representación de las personas trabajadoras en materia de prevención de riesgos laborales” para identificar “los puestos de trabajo compatibles con la nueva situación de la persona trabajadora”.

De la redacción legal parece derivarse una competencia que conforme a la normativa de Seguridad Social correspondería a la entidad gestora, a los servicios de prevención, debiéndose indagar si ello es posible o no.

La respuesta debe ser necesariamente negativa. La competencia para el reconocimiento y revisión de una incapacidad permanente se atribuye por el art. 200.1 y 2 LGSS al INSS -al referir al apartado 1 a su competencia para “declarar la situación de incapacidad permanente” y el apartado 2 a la “resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente”-. Siendo ello así, el último párrafo del art. 49.1 n) ET parece que chocaría con una norma imperativa. En realidad, ello no es así. Lo que el art. 49.1 n) último párrafo ET establece es la obligación ‘-de “determinarán” habla el precepto-, de identificar -“identificarán”- “los puestos de trabajo compatibles con la nueva situación de la persona trabajadora”. El término “identificar” no es sinónimo de “reconocer”, de forma que la competencia que se atribuye a los servicios de prevención es meramente informativa de qué puestos de trabajo existen en la empresa y se encuentran vacantes, que pudieran ser ofertados a una persona en atención a las dolencias por las que le fue reconocido un determinado grado incapacitante, pero ello no implica que pueda, en ningún caso, “reconocer” que dichos puestos de trabajo son compatibles con la prestación de incapacidad permanente total, ya que la competencia es exclusiva del INSS. En la práctica, el INSS podrá tener en cuenta lo previsto por el servicio de prevención o no, pero la decisión final será suya.

A modo de ejemplo, sería posible que el servicio de prevención “identificara” un puesto de trabajo como compatible, y tras la comunicación a la entidad gestora se dictara resolución declarando la incompatibilidad. En estos casos, la consecuencia no podría ser otra que la prevista en el art. 174.5 tercer párrafo LGSS -suspensión de la prestación de incapacidad permanente- y art. 2.2 RD 1071/1984 de 23 de mayo -reintegro de los importes indebidamente percibidos de la pensión por incompatibilidad con el nuevo puesto de trabajo-.

3.5.5. Efectos de la compatibilidad entre prestación de servicios en el “nuevo puesto” y la incapacidad permanente total cualificada

El último de los problemas que plantea el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total y la posibilidad de prestación de servicios en un nuevo puesto de trabajo, surge de la previsión del art. 196.2 segundo párrafo LGSS de que “cuando [el declarado afecto de incapacidad permanente total] por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior”, percibirá la prestación económica correspondiente “incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine”. El apartado tres del art. 6 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio³², por su parte, determina que “el incremento (...) consistirá en un veinte por ciento de la base reguladora que se tome para determinar la cuantía de la pensión”, que se reconocerá, conforme a su apartado dos, a quienes tengan “como mínimo (...) cincuenta y cinco años”.

Ello provoca una reflexión sobre si en el supuesto de prestación de servicios en un “nuevo puesto de trabajo” compatible con la conocida como incapacidad permanente “cualificada”, tendría efectos en el incremento de pensión, esto es, si se perdería el derecho al mismo.

La respuesta a la cuestión debe ser necesariamente positiva, esto es, si bien se podría compatibilizar la percepción de salario por la realización de funciones en el nuevo puesto de trabajo, con la prestación de incapacidad permanente total, el apartado cuarto del Decreto 1646/1972, de 23 de junio es imperativo cuando determina que “El incremento quedará en suspenso durante el periodo en que el trabajador obtenga un empleo”.

3.6. ¿Posibilidad de revisión del grado de incapacidad permanente?

El nuevo juego provocado por las reformas que incorpora la Ley 2/2025, de 29 de abril en el ET y en la LGSS, deja en blanco y sin respuesta algunas cuestiones de trascendental importancia para las personas beneficiarias de prestaciones de incapacidad permanente, en particular, en relación con la posibilidad de revisión del grado de incapacidad permanente reconocido por la prestación de servicios tras la realización de “ajustes razonables” o por el “cambio de puesto de trabajo”.

³² Para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social

3.6.1. Los problemas derivados de la prestación de servicios tras la realización de “ajustes razonables”

Para entender mejor el problema es preciso hacer una serie de consideraciones previas. La primera tiene que ver con la posibilidad o no, de que la persona trabajadora pueda rechazar la prestación de servicios tras la realización por la empresa de “ajustes razonables”.

La redacción del apartado primero del art. 49.1 n) ET parece negar dicha posibilidad al vincular el rechazo por parte de la persona reconocida en situación de incapacidad permanente, únicamente, al “cambio de puesto de trabajo adecuadamente propuesto”. De este modo, habiendo comunicado a la empresa en el plazo de 10 días naturales desde la fecha de notificación de la resolución de reconocimiento en situación de incapacidad permanente -por escrito- “su voluntad de mantener la relación laboral”, y habiéndose articulado automáticamente desde la fecha de notificación de dicha resolución a la empresa su obligación de realizar “ajustes razonables” -que supongan una adaptación del puesto de trabajo-, la persona beneficiaria de prestaciones de incapacidad vería suspendida la prestación desde la fecha de inicio de la prestación de servicios en el puesto de trabajo adaptado. Pero el art. 198.2 segundo párrafo LGSS aclara que “ello sin perjuicio de la eventual revisión el grado de incapacidad permanente”.

La apertura a la posibilidad de revisión existente desde el 22 de diciembre de 2024 -fecha de entrada en vigor de la Ley 7/2024, de 20 de diciembre que modificó el art. 198.2 LGSS-, supondría una suerte de desincentivación del empleo, ya que la persona que prestara servicios en el puesto de trabajo adaptado tras la realización de los correspondientes “ajustes razonables”, podría perder definitivamente la pensión de incapacidad permanente que tuviera reconocida como consecuencia del proceso de revisión que se llevara a cabo.

Para evitar este efecto indeseado de la norma, se podrían articular dos medidas:

- 1.- La primera, es que la empresa informara a la persona reconocida en situación de incapacidad permanente en el momento en que recibe la comunicación de la resolución, de que tiene un plazo de 10 días para “manifestar por escrito a la empresa su voluntad de mantener la relación laboral”, informando, además, de que en caso de que optara por su continuidad, existiría la obligación de realizar “ajustes razonables” que supondrían su obligación de pasar a prestar servicios en el puesto de trabajo adaptado, con la posible consecuencia de que conforme al art. 198.2 LGSS se le podría revisar la incapacidad permanente reconocida. La finalidad, meramente informativa, se traduciría en mejores posibilidades de valoración por parte de la persona reconocida en situación de incapacidad permanente de las consecuencias de su decisión de ejercer el derecho a mantener la relación laboral prevista en el art. 49.1 n) ET. Ahora bien, esta opción, no prevista legalmente, puede tener consecuencias jurídicas para la empresa desde una perspectiva indemnizatoria, pudiendo la parte alegar que ha adoptado su decisión por engaño o error provocado por la empresa, que podría exponerse a una reclamación de indemnización por daños y perjuicios derivada de la pérdida de empleo.
- 2.- La segunda es que la persona reconocida en situación de incapacidad permanente no ejercitara la posibilidad prevista en el art. 49.1 n) de “manifestar

por escrito a la empresa su voluntad de mantener la relación laboral". Aunque la norma no lo prevé, debe entenderse que, en el caso de que no se hiciera ningún tipo de manifestación respecto del mantenimiento de la relación laboral, o cuando ésta se realizara fuera del plazo de 10 días naturales otorgado, la opción sería el no mantenimiento de la relación laboral³³, lo que eximiría a la empresa de continuar con la búsqueda de "ajustes razonables" o "cambio de puesto de trabajo", y conllevaría la extinción de la relación laboral y el percibo de la correspondiente prestación de incapacidad permanente.

- 3.- La tercera, tampoco prevista legalmente, es que la persona trabajadora comunicara igualmente en el plazo de 10 días naturales desde la fecha de notificación de la resolución de reconocimiento en situación de incapacidad permanente, su opción de no continuar con la relación laboral, con la consecuencia de que percibiría la prestación de incapacidad permanente reconocida, eximiéndose a la empresa nuevamente de la realización de "ajustes razonables" o "cambio de puesto de trabajo", y habilitándose la posibilidad de extinción de la relación laboral.

3.6.2. Los problemas derivas de la prestación de servicios en un nuevo "puesto de trabajo"

Nuevos problemas surgen como consecuencia de la prestación de servicios en "un puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora". Ésta es la opción que la Ley 2/2025, de 29 de abril añade a la ya prevista en la STJUE de 18 de enero de 2024 (C-631/22), asunto Ca Na Negreta, de realización de "ajustes razonables", con posibles efectos en la revisión del grado de incapacidad permanente reconocido.

Debe recordarse que la resolución de reconocimiento en situación de incapacidad permanente que se dicte por el INSS "hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado incapacitante" -art. 200.2 LGSS-, de lo que podría deducirse que, no existiendo plazo de revisión de la incapacidad permanente reconocida, ésta no podría producirse, o que, existiendo, hasta que no transcurriera dicho plazo, no se podría producir la revisión, manteniéndose el régimen legal anteriormente descrito respecto del mantenimiento o suspensión de la prestación de incapacidad permanente vinculada a dicho reconocimiento durante dicho plazo.

La realidad, sin embargo, es distinta. El art. 200.2 tercer párrafo LGSS prevé la posibilidad de revisión cuando "el pensionista de incapacidad permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia" y ello "de oficio o a instancia del propio interesado" y "con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución". El precepto habilita a que independientemente del plazo que aparezca en la resolución de reconocimiento en situación de incapacidad permanente, o incluso cuando no aparezca, el INSS, teniendo conocimiento de la prestación de servicios en un nuevo puesto de trabajo, inste la revisión del grado incapacitante reconocido.

³³ Esta es la conclusión que alcanza quien realiza el siguiente estudio, ya que no se puede imponer a la empresa una obligación no prevista legalmente, de mantenimiento de un empleo que no se ha solicitado por la persona trabajadora y que podría afectar a su estado de salud.

El problema es ya viejo, especialmente en los supuestos de prestación de servicios en la denominada “segunda actividad” en profesiones como las de bomberos³⁴, ertzaintzas³⁵, mossos d’ esquadra³⁶ o policías³⁷, y las conclusiones alcanzadas jurisprudencialmente podrían extrapolarse a la situación actual.

Respecto de las prestaciones de incapacidad permanente absoluta o gran incapacidad, y teniendo en cuenta la interpretación del art. 198 LGSS dada por la STS (Pleno) 544/2025, de 11 de abril (Rec. 197/2023) -que contempla una incompatibilidad absoluta entre trabajo y prestación-, a pesar de que el nuevo tercer párrafo 174.5 LGSS prevé la suspensión de la prestación durante el tiempo en que éstos se estén prestando, nada impediría que estando ésta suspendida, se iniciara el procedimiento de revisión del art. 200.2 LGSS, siguiendo ésta suspendida hasta que se dictara la resolución correspondiente.

La resolución de revisión podría modificar el grado de incapacidad reconocido bien para reconocer un grado inferior -parece difícil que se reconociera un grado superior- o bien para denegar el reconocimiento en situación de incapacidad permanente. El efecto principal que provocaría, adicional a la extinción de la prestación reconocida y revisada, guarda relación con la situación en la que se queda la persona trabajadora que ha pasado a prestar servicios en el nuevo puesto de trabajo.

El art. 48.2 primer párrafo ET permite la suspensión de la relación laboral “con reserva de 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” 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”.

El problema está en determinar si en estos casos la revisión sería por “mejoría” y por lo tanto se articularía la obligación de suspensión con derecho de reserva de puesto de trabajo que permitiría que la persona trabajadora volviera al puesto de trabajo de origen. De un estudio detallado de la norma no puede deducirse que ello sea posible sin más. El párrafo segundo del art. 48.2 ET prevé la suspensión hasta que se “resuelvan los ajustes razonables o el cambio a un puesto vacante y disponible”, que por indicación del art. 49.1 n) ET, sería de tres meses máximo, sin que se haya modificado la redacción del primer párrafo del art. 48.2 ET por la Ley 2/2025, de 29 de abril, por lo que en principio se admitiría la suspensión por dos años -entre los que se encontrarían los tres meses de que dispone la empresa para buscar “ajustes razonables o cambio de puesto de trabajo”-. Ahora bien, dicha suspensión por dos años sólo está prevista para los supuestos de “revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo” y que debería aparecer, junto con el plazo, en la resolución de reconocimiento del grado de incapacidad permanente, sin que pueda entenderse que la resolución que se dicte lo sea por “mejoría” sino por “cambio”

³⁴ A modo de ejemplo vid. SSTS de 4 de diciembre de 2012 (Rec. 258/2012), de 2 de noviembre de 2012 (Rec. 4074/2011), de 2 de noviembre de 2012 (Rec. 4074/2011), de 16 de octubre de 2012 (Rec. 3907/2011), de 24 de julio de 2012 (Rec. 324072011), de 10 de julio de 2012 (Rec. 2900/2011), de 4 de julio de 2012 (Rec. 1923/2011), de 2 de julio de 2012 (Rec. 3256/2011), de 7 de junio de 2012 (Rec. 1939/2011), de 22 de mayo de 2012 (Rec. 2111/2011) y otras muchas.

³⁵ A modo de ejemplo, vid. SSTS 170/2023, de 7 de marzo (Rec. 903/2020), 792/2020, de 23 de septiembre, (Rec. 2800/2018), 170/2023, de 7 de marzo (Rec. 903/2020), 792/2020, de 23 de septiembre (Rec. 2800/2018), y otras muchas

³⁶ A modo de ejemplo, vid. SSTS 227/2020, de 11 de marzo (Rec. 3777/2017).

³⁷ A modo de ejemplo, vid. SSTS 356/2017, de 26 de abril (Rec. 3050/2015), de 25 de marzo de 2009 (Rec. 3402/2007), de 10 de junio de 2008 (Rec. 256/2007), y otras

de puesto de trabajo” compatible con el estado de salud, por lo que, *de facto*, no existiría una obligación de suspensión del contrato de trabajo ex art. 48.2 primer párrafo ET, y la persona trabajadora, en estos casos, no podría volver al puesto de trabajo de origen en el caso de que se produzca la revisión. Y lo mismo acontecería en el supuesto en que en la resolución no se previera la revisión por mejoría pero ésta se instara por el INSS denegando el reconocimiento en situación de incapacidad permanente.

Quedan otros problemas por resolver. El primero guarda relación con el hecho de que se revise el grado de incapacidad permanente reconocido a uno inferior y los efectos que esto tendría en la obligación -o no- de volver a articular el procedimiento del art. 49.1 n) ET y sus efectos en aplicación del art. 174.5 LGSS. En principio, habría que tener en cuenta que la revisión del grado de incapacidad permanente reconocido como consecuencia de la prestación de servicios en otro puesto de trabajo, y llevada a cabo por cuanto a ello habilita el art. 200.2 segundo párrafo LGSS, no supone más que un nuevo reconocimiento de grado de incapacidad permanente, por lo que, en una especie de bucle infinito, nacería nuevamente la obligación de realización de “ajustes razonables o cambio de puesto de trabajo” conforme al procedimiento de la art. 49.1 n) y con las mismas consecuencias ya analizadas en materia de Seguridad Social.

El segundo tendría que ver con la posibilidad de que quien hubiera sido reconocido en situación de incapacidad permanente total para una profesión habitual, pudiera solicitar el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total por ser incompatibles las dolencias con el nuevo puesto no coincidente con la profesión habitual anterior. La solución a esta cuestión es más compleja. La razón, y como se avanzó anteriormente, es que hay que distinguir tres conceptos:

- 1.- “Profesión habitual”, que es a la que se vincula el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total, y que puede ser de difícil determinación³⁸. El art. 137 LGSS/1994 -que a falta de desarrollo reglamentario sigue siendo aplicable conforme a la DT 26ª LGSS/2015-, define al concepto “en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental, durante el periodo de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad”. De este modo distingue en la determinación de cuál sea la “profesión habitual” a efectos de una incapacidad permanente, entre accidente, en que la profesión habitual se identifica con la “desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo”, y enfermedad, que se identifica con “aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el periodo de tiempo anterior a la iniciación de la incapacidad”.

³⁸ Para un intento de aclaración del concepto, vid. CANO GALÁN, Y. “Determinación del grado de incapacidad permanente y recurso de casación para la unificación de doctrina: especial referencia a las deficiencias visuales”, *Revista de Derecho de Seguridad Social, Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 12, 2017, págs. 171-185; RIVAS VALLEJO, M.P. “El dudoso concepto de la profesión habitual y la extinción del contrato por incapacidad permanente total cuando se adaptaron previamente las condiciones de trabajo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 10, 2020; SÁNCHEZ PUJALTE, L. “Las múltiples derivadas de la Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 (Asunto C-631/22 Ca Na Negreta): ¿un nuevo concepto de incapacidad permanente total?”, *Diario La Ley*, núm. 10459, 2024

Dados los conceptos jurídicos indeterminados que se contemplan en la definición -actividad “desempeñada normalmente”, “actividad fundamental”-, la jurisprudencia ha aclarado que: 1) Dichas expresiones no refieren a la actividad que se realiza durante un corto periodo de tiempo³⁹; 2) En supuestos de accidente de trabajo, hay que estar a la profesión ejercida por la persona trabajadora en el momento en que acontece el accidente; 3) En supuestos de enfermedad profesional, y a pesar de que el art. 11.2 de la Orden de 15 de abril de 1969, identificaba la profesión habitual “como aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria de la que deriva la incapacidad permanente”, ésta no será la ejercida en el último año, sino la que era habitual cuando se contrajo la enfermedad⁴⁰; 4) La “profesión habitual” no se equipara al “grupo profesional” sino a la “categoría profesional”⁴¹; 5) En el supuesto de ejercicio de distintas actividades, la “profesión habitual” será la que se ejerce más prolongadamente en el tiempo⁴²; y 6) La “profesión habitual” no se puede considerar equivalente a la labor específica que realiza en un determinado puesto de trabajo, sino con la que “el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional”⁴³, sin que se pueda equiparar con “la aptitud para un preciso y determinado puesto de trabajo”⁴⁴.

- 2.- “Puesto de trabajo”, que tiene que ver con el espacio físico y temporal en el que se desempeñan servicios laborales, y que tendrían que estar vinculados a los inherentes a la profesión habitual o, en caso de cambio de puesto de trabajo como consecuencia del previo reconocimiento en un grado determinado de incapacidad permanente, vinculado a la profesión respecto de la que se

³⁹ La STS de 7 de febrero de 2002 (Rec. 1595/2001), considera como profesión habitual la desempeñada por la trabajadora durante 25 años (dependiente), y no la desempeñada durante tan sólo los 4 meses anteriores al reconocimiento en situación de incapacidad permanente (administrativa).

⁴⁰ STS de 18 de enero de 2007 (Rec. 2827/2005), en la que se afirma que lo dispuesto en la Orden de 15 de abril de 1969 “mal podría satisfacer la especial situación de unas enfermedades cuya aparición en el tiempo puede ser muy posterior a la fecha de prestación de los servicios que las originaron (...) la enfermedad profesional y el accidente de trabajo son dos contingencias con una común característica. Proteger al trabajador de dolencias causadas a consecuencia del trabajo, y, en el accidente se toma en consideración la profesión que se ejercía cuando ocurrió y en la enfermedad profesional de muy lenta evolución, como la silicosis o la asbestosis, debe llegarse a la misma conclusión”.

⁴¹ En STS de 28 de febrero de 2005 (Rec. 1591/2004), se concreta que la “profesión habitual ha de entenderse referida no en relación a la categoría o grupo profesional en que dicha categoría se encuadra, sino en atención a la actividad que “el trabajador hubiera venido desempeñando” de forma que en un supuesto en que el trabajador estaba integrado en el Grupo Profesional 3 del Convenio Colectivo de las Industrias Químicas, en las que se incluían múltiples actividades, la Sala IV declara al trabajador afecto de incapacidad permanente total para la profesión habitual de operario de fábrica, que eran las funciones desarrolladas por el trabajador, y ello al considerar que no puede atenderse al grupo profesional al que refiere el art.22.2 ET, aunque al trabajador en su contrato de trabajo se le haya encuadrado en el mismo, ya que “estimar que el concepto de profesión habitual equivale a grupo profesional, a los efectos de la declaración de la incapacidad, conduciría al absurdo de denegar la prestación a quien no quedando capacitado para una tarea propia de profesión que requiere una formación específica, pudiera seguir siendo apto para cumplir las necesidades ergonómicas de una actividad por completo diferente de la suya y para la que no tuviera la formación profesional necesaria”.

⁴² STS de 15 de marzo de 2011 (Rec. 1048/2010) y de 26 de marzo de 2012 (Rec. 2322/2011)

⁴³ STS de 10 de octubre 2011 (Rec. 4611/2010) y STS 16-01-1989

⁴⁴ STS de 28 de febrero de 2005 (Rec. 1591/2004)

proyecten los distintos puestos de trabajo que en esa empresa se puedan ocupar u otros; y

3.- “Funciones”, entendidas como las concretas actividades que se realizan en el puesto de trabajo⁴⁵.

La LGSS vincula el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total a la “profesión habitual” que, como se ha examinado, es de difícil concreción en la práctica. El art. 49.1 n) ET permite el cambio de “puesto de trabajo” a la persona trabajadora reconocida en situación de incapacidad permanente, “puesto de trabajo” que, como se ha visto, puede estar vinculado con los inherentes a la profesión habitual o no, por lo que, a efectos de poder solicitar un nuevo reconocimiento en situación de incapacidad permanente, habrá que determinar si el nuevo “puesto de trabajo” es uno de los que se corresponden con la “profesión habitual”, en cuyo caso se denegaría un nuevo reconocimiento en situación de incapacidad permanente total por cuanto ya lo tendría reconocido respecto de dicha “profesión habitual”, o si el nuevo “puesto de trabajo” se corresponde con los vinculados a una profesión distinta, en cuyo caso, si ésta pasara a ser la “habitual” o la que se desempeña con “normalidad”, podría solicitarse el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total para esa nueva “profesión habitual”, ya que, conforme a la jurisprudencia, no se puede equiparar con la que se “realiza en un determinado puesto de trabajo, sino con la que “el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional”⁴⁶.

En fin, el art. 198.1 LGSS permite la compatibilidad entre pensión de incapacidad permanente total y salario “que pueda percibir el trabajador en la misma empresa (...) siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”, pareciendo equiparar “funciones” con “profesión habitual”, lo que conforme a la jurisprudencia podría ser, puesto que las “funciones” se equiparan a las correspondientes a una determinada categoría profesional vinculada a una determinada profesión -que no grupo profesional-⁴⁷, de forma que si las “funciones” efectivamente realizadas se correspondieran con aquellas inherentes a la “profesión habitual”, no podría reconocerse una nueva incapacidad permanente total, y por el contrario, si éstas fueran distintas, sí podría reconocerse ésta.

4. CONCLUSIONES

Mucho se ha reflexionado y discutido en el ámbito académico sobre las consecuencias que provocó el fallo de la STJUE de 18 de enero de 2024 (C-631/22), asunto Ca Na Negreta, que declaró que vulneraba el Derecho de la Unión Europea una normativa como la española que permitía la extinción automática de la relación laboral por el reconocimiento de la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente. Dichas reflexiones y discusiones se han mantenido durante la tramitación parlamentaria de una reforma que ha visto la luz en la Ley 2/2025, de 29 de abril, que afecta a los arts. 48.2, 49.1 e) ET y 174.5 LGSS, y que incorpora un nuevo art. 49.1 n) ET que regula el procedimiento que hay que seguir para mantener el empleo de la persona reconocida en situación de incapacidad permanente, y que obliga, además de a realizar los “ajustes razonables” a que refería el

⁴⁵ La distinción aparece en numerosos preceptos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LRL), como el art. 18.1 a), 19, 26

⁴⁶ STS de 10 de octubre de 2011 (Rec. 4611/2010) y STS de 16 de enero de 1989

⁴⁷ STS de 28 de febrero de 2005 (Rec. 1591/2004)

TJUE, al “cambio de puesto de trabajo”. A pesar del interés por reflexionar sobre cuestiones estrictamente laborales, vinculadas a las obligaciones incorporadas por el nuevo art. 49.1 n) ET, poca atención se ha prestado por la doctrina académica a cuestiones de Seguridad Social materializadas en la reforma del art. 174.5 LGSS, debiéndose cubrir esa laguna doctrinal.

Partiendo de la consideración de que el art 49.1 n) ET es una de las caras de la moneda de la reforma incorporada por la Ley 2/2025, de 29 de abril, afectante a las obligaciones que se imponen a las empresas antes de que se pueda proceder a la extinción de la relación laboral por reconocimiento de la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente, y el art. 175.4 LGSS es la otra cara de la moneda, afectante a los derechos que tienen los beneficiarios de prestaciones de incapacidad permanente, parece conveniente desviar la atención de los problemas interpretativos del art. 49.1 n) ET a los que provoca un nuevo art. 175.4 LGSS que no ha previsto un ajuste exhaustivo con los cambios incorporados tanto en el art. 48.2 ET-suspensión de la relación laboral- como en el art. 49.1 n) ET -extinción de la relación laboral.

El primero de los problemas surge de la obligación de que mientras se esté tramitando el procedimiento mediante el cual la persona trabajadora reconocida en situación de incapacidad permanente comunica a la empresa su decisión de mantener el empleo, la empresa intenta realizar los “ajustes razonables” que no supongan una “carga excesiva” o buscar un “nuevo puesto de trabajo”, y la persona trabajadora acepta el mismo pasando a prestar servicios en un puesto de trabajo adaptado o en un nuevo puesto de trabajo, se mantendrá el derecho al percibo de la prestación de incapacidad permanente que se le haya reconocido. El nuevo art. 174.5 LGSS distingue entre dos momentos: la fecha de notificación de la resolución a la persona trabajadora -que es cuando se abre el plazo de 10 días para ejercitarse su opción de mantenimiento del empleo- y la fecha de notificación de la resolución a la empresa -que es cuando se abre el plazo de 3 meses para realizar los “ajustes razonables” que no supongan una “carga excesiva” o buscar un “nuevo empleo”. El juego entre incapacidad temporal y reconocimiento en situación de incapacidad permanente, y entre fecha de efectos y fecha de notificación de la resolución de reconocimiento en situación de incapacidad permanente, provoca desajustes en la determinación del momento en que la relación laboral se podrá suspender de conformidad con el art. 48.2 ET y el momento en que se extingue la prestación de incapacidad temporal, se dejan de prolongar los efectos económicos de la misma y se inicia el abono de la prestación de incapacidad permanente. La solución no puede ser otra que la suspensión de la relación laboral desde que la empresa tiene conocimiento de la resolución por la que se reconoce a la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente, dejando de abonar salarios y percibiendo ésta prestación de incapacidad permanente que, en caso de haber coincidido -por el juego respecto de la fecha de efectos del reconocimiento en situación de incapacidad permanente- con el percibo del subsidio de incapacidad temporal, tendrá que regularizarse.

El segundo problema surge cuando la persona trabajadora perceptora de prestaciones de incapacidad permanente mantiene el empleo tras la realización de “ajustes razonables” o tras el “cambio de puesto de trabajo”, por los efectos que ello tiene en el régimen de incompatibilidades entre trabajo y prestaciones de incapacidad permanente contemplados en un art. 198.1 LGSS que no ha sido modificado por la Ley 2/2025, de 29 de abril. Si bien el nuevo art. 174.5 LGSS intenta salvar el problema previendo la suspensión

de la prestación de incapacidad permanente, en la práctica, el mismo se multiplica como consecuencia de la aparente imposibilidad de que la persona trabajadora pueda rechazar la prestación de servicios tras la realización de “ajustes razonables”, la compatibilidad entre percibo de prestación de incapacidad permanente total y salario por prestación de servicios no incompatibles y por la prohibición -tras la STS (Pleno) 544/2024, de 11 de abril (Rec. 197/2023)-, de que se puedan prestar servicios que supongan la inclusión en un régimen de Seguridad Social por pensionistas de incapacidad permanente o gran incapacidad -como se denomina tras la reforma a la antigua gran invalidez-. Si bien nuevamente el legislador parece haber dado por zanjados dichos problemas al prever en el nuevo art. 174.5 LGSS la suspensión de la prestación de incapacidad permanente, en la práctica, dicha solución legislativa no se ajusta completamente al complejo juego de la compatibilidad entre trabajo y prestación de incapacidad permanente total conforme a la normativa de Seguridad Social sobre la cuestión. La razón estriba en la utilización de conceptos no unívocos y jurídicamente indeterminados como “profesión habitual” -a la que se vincula el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total- “puesto de trabajo” -al que se vinculan las obligaciones que se imponen a las empresas para mantener el empleo- y “funciones” -al que se vincula el régimen de incompatibilidades-. Y la solución no puede ser, en estos casos, la suspensión de la prestación de incapacidad permanente total sin más, sino que, puesto que existe compatibilidad entre la misma y el salario, habrá que estar al momento en que existe la obligación de comunicación por parte de la persona trabajadora de que va a comenzar la prestación de servicios al INSS, y a la posible resolución que se dicte, para determinar si efectivamente se suspenderá la prestación de incapacidad permanente total -percibiéndose sólo salario- o se mantendrá -compatibilizándose con el salario-, con las inherentes obligaciones de devolución de las prestaciones indebidamente percibidas en caso de que la resolución declare la incompatibilidad, y/o las sanciones que se puedan imponer por falta de comunicación a la entidad gestora de la prestación de servicios que podrían ser incompatibles con el percibo de la prestación de incapacidad permanente total.

Por último, pero no menos importante, es el problema que ocasiona la opción legislativa de no modificar la normativa de Seguridad Social para evitar la revisión del grado de incapacidad permanente reconocido en caso de que como consecuencia de la realización de “ajustes razonables” o el “cambio de puesto de trabajo” a que obliga el art. 49.1 n) ET, se sigan prestando servicios en la empresa. La realidad es que a falta de reforma del art. 198.2 o 200.2 LGSS, la revisión del grado de incapacidad permanente reconocido podrá efectuarse aunque en la resolución no se prevea plazo, lo que tendrá que ser tenido en cuenta por las personas trabajadoras a la hora de comunicar a la empresa su opción de mantenimiento del empleo, o habiéndola efectuado, y proponiéndose el “cambio de puesto de trabajo”, sopesar los beneficios y perjuicios -en términos prestacionales- de la aceptación o rechazo de ese nuevo puesto.

HACIA UN MODELO DE PENSIONES FLEXIBLE Y COMPATIBLE CON EL TRABAJO: LA JUBILACIÓN ACTIVA

MATTHIEU CHABANNES

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

 <https://orcid.org/0000-0002-9295-923X>

Sumario: **1.** De un principio general de incompatibilidad a un principio residual en la jubilación y el trabajo; **1.1.** Fundamentos históricos y constitucionales de la incompatibilidad; **1.2.** La evolución hacia un modelo flexible de jubilación; **1.3.** El debate doctrinal en torno a la reformulación del principio general de incompatibilidad; **2.** La jubilación activa como mecanismo de fomento del envejecimiento activo; **2.1.** Desarrollo y transformación del régimen jurídico de la jubilación activa; **2.2.** El nuevo marco jurídico tras el RDL 11/2024, de 23 de diciembre, para la mejora de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo; **3.** Reflexiones finales.

1. DE UN PRINCIPIO GENERAL DE INCOMPATIBILIDAD A UN PRINCIPIO RESIDUAL EN LA JUBILACIÓN Y EL TRABAJO

1.1. Fundamentos históricos y constitucionales de la incompatibilidad

La regla general de incompatibilidad entre la pensión contributiva de jubilación y el trabajo remunerado del pensionista ha constituido un principio tradicional del sistema público de Seguridad Social en España. De acuerdo con el artículo 213.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) *“el disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen”*. Históricamente, al alcanzar la edad de retiro se presumía el cese de la vida profesional, motivado por la progresiva pérdida de capacidad para trabajar derivada de la disminución de las facultades físicas o psíquicas propias de la vejez¹. La pensión pública de jubilación nació, así, con una finalidad estrictamente sustitutiva del salario, garantizando

¹ Empero, por regla general, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una edad máxima para trabajar. La decisión de jubilarse tiene carácter voluntario, como quedó claramente establecido en la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953. El régimen de incompatibilidad no limita ni prohíbe al trabajador mantenerse o reincorporarse en el mercado de trabajo si así lo desea y le es posible, ya que tal prohibición contravendría el art. 35.1 de la CE, que consagra el derecho al trabajo. La incompatibilidad se establece específicamente entre la percepción de rentas de trabajo y el cobro de la prestación de jubilación.

ingresos en la tercera edad únicamente cuando el trabajador dejaba de desarrollar su actividad laboral.

Esta concepción clásica está profundamente arraigada en la lógica protectora del sistema público de Seguridad Social y se vincula directamente con el principio constitucional de protección ante situaciones de necesidad. El artículo 41 CE encomienda a los poderes públicos mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, y el artículo 50 CE establece que se asegurará la suficiencia económica en la tercera edad mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas. En coherencia con estos principios rectores de la política social y económica, el poder legislativo configuró el régimen jurídico de la jubilación partiendo de la premisa de que quien continúa trabajando no se encuentra en situación de necesidad sobrevenida, al mantener rentas procedentes de su actividad profesional. Por ello, la incompatibilidad entre salario y pensión se justificó como un mecanismo para preservar la función sustitutiva de la pensión y evitar un uso indebido de los recursos públicos. En definitiva, el acceso a la pensión exigía, como regla general, el cese efectivo en el trabajo, garantizando que las prestaciones se reservaran para quienes realmente vieran extinguidas sus fuentes de ingreso laborales.

En este sentido, durante gran parte del siglo xx rigió un modelo rígido de jubilación, en el que la llegada a la edad ordinaria suponía el retiro completo de la vida activa. La incompatibilidad entre pensión y trabajo se consolidó como regla general en nuestro ordenamiento jurídico, sustentada en razones jurídicas y socioeconómicas. No obstante, como se verá a continuación, este principio tradicional ha experimentado una evolución sustancial en las últimas décadas al compás de cambios demográficos, sociolaborales y por las crecientes necesidades financieras del sistema.

1.2. La evolución hacia un modelo flexible de jubilación

A partir de finales del siglo xx, el principio rígido de incompatibilidad comenzó a quebrantarse mediante excepciones y nuevas modalidades de jubilación más flexibles. Diversos factores impulsaron esta evolución. Por un lado, la realidad demográfica y laboral empezó a mostrar que muchas personas, al llegar a la edad de jubilación, conservan plena capacidad productiva y buena salud, alejándose del paradigma antiguo de “incapacidad sobrevenida”. Por otro lado, surgió la necesidad de adaptar el sistema a la mayor esperanza de vida y a las exigencias de sostenibilidad financiera, así como de atender a las preferencias de quienes deseaban prolongar voluntariamente su vida laboral. En el ámbito internacional y europeo se consolidó el paradigma del “envejecimiento activo”, promovido por organizaciones como Naciones Unidas², la OMS³, la OIT⁴ y la Unión Europea⁵, que aboga por flexibilizar los regímenes de jubilación para mantener a los trabajadores de mayor edad en la actividad, aprovechando su experiencia y reduciendo la carga sobre los sistemas

² NACIONES UNIDAS, *Informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*, 8 a 12 de abril de 2002, Madrid.

³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Envejecimiento Activo: un marco político*, 1 de abril de 2002; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Informe Mundial sobre el envejecimiento y la salud*, 30 de abril de 2015.

⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Recomendación sobre los trabajadores de edad*, 1980 (núm. 162).

⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Libro verde “en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros”*, Bruselas, 7/7/2010 COM(2010) 365 final; COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”*, Bruselas, 16/2/2012 COM(2012) 55 final.

de pensiones. Estas corrientes de política social recomendaron a los Estados impulsar fórmulas de compatibilidad entre la jubilación y el trabajo, siempre que se garantizase la adecuada protección social del pensionista.

En España, la trayectoria normativa desde los años 80 refleja esta flexibilización progresiva del modelo de jubilación, incorporando figuras jurídicas que atenúan la incompatibilidad inicial. La primera gran grieta tuvo lugar con la jubilación parcial, introducida en 1984⁶. Esta modalidad permite al trabajador acercarse a la jubilación de forma gradual: se reduce la jornada de trabajo a tiempo parcial y, simultáneamente, se percibe una fracción de la pensión proporcional al tiempo no trabajado. Así, el trabajador puede jubilarse de forma parcial, vinculado a un contrato de relevo, recibiendo una pensión parcial mientras continúa con una jornada reducida. En la exposición de motivos de la norma que habilitó esta figura, se explicitó que la creación del contrato de relevo perseguía también homologar la situación española a la de otras economías occidentales, donde el trabajo a tiempo parcial había alcanzado un nivel de implantación desconocido en España, cumpliendo objetivos como: satisfacer los deseos de quienes preferían trabajar a jornada reducida, disminuir la unidad mínima de trabajo que las empresas podían contratar y fomentar un reparto estrictamente voluntario del trabajo disponible. Además, el contrato de relevo debía contribuir a mejorar el bienestar social de los trabajadores de edad avanzada, facilitando una transición gradual hacia la jubilación. La exigencia de proporcionalidad en la cuantía de la pensión es aquí fundamental: la pensión se calcula en estricta correspondencia con la fracción de jornada dejada vacante, de modo que cuanto más se reduzca la jornada (y menor sea el salario), mayor será la cuantía de la pensión, existiendo una relación inversamente proporcional entre trabajo y pensión que debe respetarse. Este principio evita que la suma de salario y pensión exceda las rentas habituales del trabajador y asegura que la pensión siga actuando solo como prestación sustitutiva de la parte de jornada efectivamente dejada de trabajar (garantizando el equilibrio y evitando un enriquecimiento indebido por doble fuente de ingresos).

Otra vía de flexibilización ha sido la jubilación demorada⁷, dirigida a incentivar la prolongación de la vida laboral más allá de la edad ordinaria. Mediante sucesivas reformas se han establecido bonificaciones e incentivos económicos por cada año de trabajo adicional después de la edad legal de jubilación (por ejemplo, incrementos porcentuales en la pensión por año demorado, exoneración de cotizaciones por ciertas contingencias a trabajadores mayores) con el objetivo de animar a quienes voluntariamente deseen seguir en activo. Estas medidas reconocen el valor del trabajador senior y su menor necesidad inmediata de la pensión, a la par que refuerzan la sostenibilidad del sistema al retrasar la condición de pensionista. En esencia, se mantiene la incompatibilidad estricta mientras el trabajador siga trabajando, pero se premia el aplazamiento de la jubilación mediante mejoras futuras en su prestación.

⁶ Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores; Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre, por el que se regulan el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial.

⁷ Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible; Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

Ya en el siglo XXI, el legislador profundizó en la compatibilidad parcial con la figura de la jubilación flexible, regulada inicialmente en el Real Decreto 1132/2002⁸. A diferencia de la jubilación parcial (que implica una transición progresiva antes del retiro definitivo), la jubilación *flexible* opera después de causar la pensión: el pensionista que ya se ha jubilado totalmente puede reingresar al mercado de trabajo con un contrato a tiempo parcial, reanudando la actividad con reducción equivalente de su pensión. En este caso, el jubilado compatibiliza su pensión ya reconocida con un nuevo empleo parcial, sufriendo la pensión una minoración proporcional a la jornada trabajada (manteniendo igualmente el criterio de proporcionalidad ingreso-prestación).

El paso decisivo en la dinámica de compatibilidad lo supuso la creación de la jubilación activa en 2013. Mediante el Real Decreto-ley 5/2013⁹ se estableció expresamente la posibilidad de que, una vez alcanzada la edad ordinaria de jubilación con derecho al 100% de la base reguladora de la pensión, el interesado pudiera percibir una parte de su pensión a la vez que continúa trabajando, ya fuese por cuenta ajena o por cuenta propia. Esta figura, enmarcada dentro de las medidas de impulso del envejecimiento activo, permite en general compatibilizar el 50% de la pensión con la realización de un trabajo, independientemente de la duración de la jornada laboral compatible. Se autoriza así que el jubilado activo mantenga media pensión mientras sigue en el mercado laboral, considerándose pensionista a todos los efectos, pero con ciertas limitaciones (por ejemplo, durante la jubilación activa no se pueden percibir complementos por mínimos ni el complemento por demora de la jubilación, dado que ya se está beneficiando de la compatibilidad). En los últimos años, esta modalidad se ha ampliado aún más en ciertos supuestos -por ejemplo, permitiendo el 100% de la pensión a trabajadores autónomos que contraten a un trabajador¹⁰-, evidenciando una tendencia continuada hacia la apertura del sistema.

Junto a estas modalidades principales (parcial, flexible, demorada y activa), el ordenamiento ha previsto otras excepciones singulares a la incompatibilidad por razones de diversa índole. Por ejemplo, entre otros, desde hace tiempo se admite que el pensionista de jubilación pueda mantener la titularidad del negocio o realizar trabajos esporádicos por cuenta propia con ingresos reducidos (hasta el importe del salario mínimo interprofesional anual) sin perder su pensión.

1.3. El debate doctrinal en torno a la reformulación del principio general de incompatibilidad

En las últimas décadas, las reformas en materia de Seguridad Social han ido introduciendo fórmulas de jubilación más flexibles (parcial, flexible, demorada, activa, etc.) para favorecer el envejecimiento activo, en contraste con la rigidez tradicional del sistema español. Esta evolución normativa ha dado pie a un debate doctrinal sobre la necesidad de replantear el principio clásico de incompatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación. La discusión enfrenta a quienes abogan por una reinterpretación acorde con el nuevo paradigma de envejecimiento activo, frente a quienes defienden la vigencia de la regla tradicional por motivos de equidad.

⁸ Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

⁹ Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

¹⁰ Ley 6/2017, de 27 de octubre, de Reformas urgentes del Trabajo Autónomo.

Una primera corriente doctrinal propugna reformular el artículo 213 de la LGSS y la antigua máxima de incompatibilidad, adaptándolos a la realidad actual de prolongación de la vida activa. A su juicio, el esquema vigente de compatibilidades limitadas resulta desigual e insuficiente para incentivar el retraso voluntario del retiro. Autores como Mercader Uguina¹¹ llaman a “repensar” el principio tradicional de incompatibilidad, considerando que la concepción clásica de la jubilación entendida como cese absoluto de la actividad está obsoleta y debe superarse. Se aboga así por una reforma profunda del proceso de transición al retiro, superando la idea de jubilación abrupta en favor de modelos graduales que combinen empleo y pensión. Esta postura crítica la visión desfasada que equipara jubilación con inactividad y sostiene que permitir la compatibilidad plena beneficiaría tanto al propio sistema de pensiones como al conjunto de la sociedad.

En un modelo flexible y compatible “ganán todos los actores”¹²: el trabajador de más edad, que puede seguir activo sin merma de ingresos; las empresas, que retienen talento experimentado; y la Seguridad Social, que percibe cotizaciones de solidaridad mientras el jubilado trabaja. Basándose en la experiencia comparada y en recomendaciones del Pacto de Toledo -que aboga por fomentar la permanencia de los trabajadores veteranos en el empleo-, esta corriente aboga por desmontar el veto de incompatibilidad y facilitar nuevas fórmulas de convivencia entre salario y pensión¹³.

Como concreción de este planteamiento, la doctrina a favor de una compatibilidad plena ha formulado propuestas innovadoras. Blázquez Agudo¹⁴, por ejemplo, propone crear un “contrato de compatibilidad” específico para jubilados que deseen seguir trabajando. Dicho contrato supondría extinguir el vínculo laboral previo al alcanzar la edad de jubilación e iniciar una nueva relación *ex novo*, desvinculada de la anterior. Bajo esta modalidad, el pensionista-trabajador no conservaría antigüedad ni complementos asociados a su antiguo puesto, pudiendo negociar nuevas condiciones salariales acordes a la jornada y funciones pactadas, sin generar nuevos derechos de antigüedad. Además, cesaría la cotización común obligatoria por contingencias protegidas, pero tanto empresa como trabajador aportarían una cotización “de solidaridad” destinada a la sostenibilidad del sistema, la cual no generaría nuevas prestaciones, pero sí contribuiría a financiar la Seguridad Social.

Por su parte, Conde-Ruiz y Lahera Forteza¹⁵ proponen que este contrato de compatibilidad goce de un régimen jurídico específico en materia extintiva, de tal forma que, considerando que el trabajador ya tiene asegurada una renta pública (su pensión), se eliminan las indemnizaciones por despido en caso de cese. Esta configuración especial -que los autores entienden respetuosa con el principio de no discriminación por edad consagrado en la Ley 15/2022 - reduciría los costes empresariales de mantener trabajadores veteranos, eliminando trabas a su contratación. Asimismo, sugieren explícitamente someter esta contratación a las garantías anti-discriminatorias vigentes para evitar cualquier trato

¹¹ MERCADER UGUINA, J. R., “Compatibilidad entre trabajo y pensión ordinaria (y completa) de jubilación”, en VV. AA. (MERCADER UGUINA, J. R., Dir.), *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 147.

¹² CONDE-RUIZ, J. I. y LAHERA FORTEZA, J., *Jubilación flexible y compatible*, Fedea Policy Paper, 2023/01.

¹³ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo en la Unión Europea: una manifestación de las políticas de envejecimiento activo (con especial atención a España y Portugal)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n.º 417, 2017, pp. 57-88.

¹⁴ BLÁZQUEZ AGUDO, E. M., “Soluciones laborales: jubilación activa. El camino hacia un contrato compatible”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, n.º 96, 2019, pp. 244-267.

¹⁵ CONDE-RUIZ, J. I. y LAHERA FORTEZA, J., *Jubilación flexible y compatible...*, *op. cit.*, p. 20.

peyorativo por razón de edad. En línea con lo anterior, proponen también mantener una cotización solidaria durante la vigencia del contrato, similar a la prevista en la actual jubilación activa, de modo que el sistema reciba aportaciones mientras el jubilado trabaja sin que ello suponga reabrir el cálculo de su pensión en el momento de su retiro definitivo.

En contraposición, un sector doctrinal significativo defiende la preservación del principio de incompatibilidad vigente y se muestra reticente a una compatibilidad plena¹⁶. Desde esta perspectiva, la posibilidad de trabajar cobrando la pensión debe mantenerse como una excepción justificada y reglada, nunca como regla general, para no desvirtuar la finalidad intrínseca de las pensiones de jubilación. La pensión contributiva, recuerdan, nació como un sustento sustitutivo del salario cuando cesa la vida laboral por la edad; si se permitiera de forma generalizada acumular pensión y sueldo, su razón de ser social se vaciaría de contenido, convirtiéndose de hecho en un mero retorno de las cotizaciones aportadas a lo largo de la vida activa. En otras palabras, una compatibilidad absoluta podría desvirtuar el propósito del sistema de pensiones e incluso equivaler a una “privatización” encubierta del nivel contributivo, acercando el sistema público a un modelo de capitalización individual ajeno al espíritu solidario de la Seguridad Social.

Asimismo, los defensores de esta postura subrayan que la mayoría de los jubilados no disponen de oportunidades reales de empleo tras su retiro, por lo que una compatibilidad plena beneficiaría solo a una minoría de pensionistas en buena situación (salud, cualificación o sector), acentuando las desigualdades. Dado que no todos los trabajadores mayores pueden -ni deberían verse obligados a- prolongar su actividad, convertir la compatibilidad en regla general podría generar situaciones de injusticia: unos pocos obtendrían un doble ingreso (salario y pensión) mientras otros, la mayoría, seguirían dependiendo exclusivamente de una pensión potencialmente insuficiente. En consecuencia, sostienen que la compatibilidad ha de entenderse como una excepción cuidadosamente regulada, de modo que no se socave la finalidad de las pensiones de proporcionar seguridad económica sin obligación de trabajar y se respete el derecho al descanso tras una larga vida laboral.

Por su parte, Martín-Serrano Jiménez¹⁷ advierte que ciertas reformas legales recientes parecen confirmar esa deriva hacia la compatibilidad amplia no vinculada a la necesidad.

En particular, señala que medidas específicas aprobadas para colectivos como los trabajadores autónomos, los artistas o el personal médico jubilado introducen una compatibilidad plena de la pensión con ingresos de actividad, apartándose de la tradicional condición de necesidad proclamada en los arts. 41 y 50 de la Constitución Española. Dichas iniciativas -por ejemplo, la Ley 6/2017, de 24 de octubre, que permite al autónomo con empleados cobrar el 100% de su pensión mientras sigue activo, o la normativa especial que habilita a los artistas retirados a percibir íntegramente su pensión con sus rendimientos por la creación artística- acercan el sistema público a fórmulas propias de capitalización, donde la pensión se concibe como un ahorro individual disponible al margen de la

¹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 170.

¹⁷ MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E., “El verdadero objetivo de la compatibilidad de pensión de jubilación con trabajo: ¿envejecimiento activo, suficiencia, sostenibilidad o cambio de paradigma? Evolución del modelo en el marco del Pacto de Toledo (1995-2019), en VV. AA., *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, vol. 2, 2019, pp. 535-550.

situación de retiro. Esto lleva a plantearse si estamos ante el inicio de un nuevo modelo o simplemente frente a concesiones aisladas a determinados colectivos, adoptadas sin una reflexión sistémica suficiente sobre sus implicaciones.

En sintonía con lo anterior, Cavas Martínez¹⁸ critica que se promueva la compatibilidad como respuesta a las pensiones insuficientes, pues ello conduce a normalizar el trabajo en la vejez. Este autor advierte que, si muchos jubilados se ven “obligados” a seguir trabajando para complementar una pensión exigua, el trabajo tras la jubilación dejará de ser una opción libre para convertirse en una necesidad impuesta, vulnerando el derecho del individuo a un retiro digno y voluntario.

2. LA JUBILACIÓN ACTIVA COMO MECANISMO DE FOMENTO DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO

2.1. Desarrollo y transformación del régimen jurídico de la jubilación activa

La jubilación activa, introducida por el RDL 5/2013, surge como respuesta a recomendaciones de la UE¹⁹ y mandatos nacionales como la DA 37^a de la Ley 27/2011²⁰. Conforme a su primera regulación, esta figura regulada en el art. 214 LGSS, permite compatibilizar el 50% de la pensión contributiva con un trabajo por cuenta ajena o propia, ya sea a tiempo completo o parcial. La norma busca fomentar el envejecimiento activo, aprovechando la experiencia de los trabajadores y reforzando la sostenibilidad del sistema de pensiones²¹.

A diferencia de modalidades como la jubilación parcial o flexible, la jubilación activa no ajusta la pensión según la jornada laboral, y es compatible con trabajos a tiempo completo. Sin embargo, excluye a quienes acceden a la jubilación anticipada, limitando su aplicación a trabajadores con carreras de cotización completas que alcanzan el 100% de la base reguladora. Esto ha generado críticas al restringir su acceso a colectivos más vulnerables, como las mujeres o autónomos, con trayectorias laborales más irregulares²².

El régimen inicial también imponía a las empresas la obligación de mantener el nivel de empleo y no realizar despidos improcedentes en los seis meses anteriores al inicio de

¹⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F., “La pensión de jubilación y su compatibilidad con el trabajo por cuenta propia”, en VV. AA. (MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO ROMERO, F., Dirs.), *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor Tortuero Plaza*, Laborum, Murcia, Tomo II, 2024, pp. 798-799.

¹⁹ COMISIÓN EUROPEA, Libro verde “en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros”, Bruselas, 7/7/2010 COM(2010) 365 final; COMISIÓN EUROPEA, Libro blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”, Bruselas, 16/2/2012 COM(2012) 55 final.

²⁰ La DA 37^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, contenía el mandato al Gobierno de presentar “un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como, el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades...”

²¹ Al respecto, como señala CABEZA PEREIRO, J., “Jubilación y envejecimiento activo”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 163, 2022, p. 165: “Es a través del RDL de 2013 que nuestro ordenamiento jurídico en materia de pensiones recoge el principio de envejecimiento activo que tantos años la UE venía recomendando a los Estados miembros a adoptar en el diseño de las políticas de jubilación. Viene a trastocar una tradición de fuerte incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo. Por supuesto, no ha sido la primera pero sí, por su intensidad, la que más ha cuestionado dicha tradición. La redacción originaria contenida en los arts. 1-4 del RDL no apelaba al envejecimiento activo, sino que la rúbrica de su capítulo 1 expresaba, de forma mucho más descriptiva, “compatibilidad entre la pensión de jubilación y trabajo”.

²² TORTUERO PLAZA, J. L., “De la solidaridad intergeneracional...”, *op. cit.*, p. 128.

la jubilación activa, aunque carecía de sanciones específicas en caso de incumplimiento²³. Asimismo, establecía una cotización especial de solidaridad (8%) que no genera derechos adicionales para recalcular la pensión, lo que ha sido señalado como un desincentivo para los trabajadores con pensiones bajas²⁴.

La Ley 6/2017 introdujo un punto de inflexión en la regulación de la jubilación activa para los autónomos, permitiendo compatibilizar el 100% de la pensión con la actividad por cuenta propia, siempre que el trabajador por cuenta propia acredite la contratación de al menos una persona trabajadora por cuenta ajena. Esto marcó una distinción entre jubilación activa parcial (50% de la pensión) y jubilación activa total (100%), buscando favorecer el envejecimiento activo y evitar la destrucción de empleo al garantizar la continuidad de la actividad empresarial del autónomo²⁵.

No obstante, la falta de precisión normativa generó numerosos debates interpretativos, abordados por criterios administrativos y decisiones judiciales²⁶. Inicialmente, se aceptaban contratos ajenos al ámbito de actividad del autónomo, pero posteriormente se limitó a aquellos relacionados con su actividad económica²⁷. Además, durante la crisis del COVID-19, se determinó que los autónomos cuyos empleados estuvieran en ERTE podían mantener el 100% de la pensión, siempre que persistiera la obligación de cotizar, aunque esta fuera parcialmente exonerada²⁸.

Otro aspecto controvertido fue el acceso a la jubilación activa plena para autónomos en estructuras societarias o comunidades de bienes²⁹. Los tribunales concluyeron que estos casos no califican para la compatibilidad plena, ya que la condición de empleador recae en la sociedad o comunidad, y no en el autónomo individual. Por tanto, solo los autónomos clásicos (personas físicas) pueden beneficiarse de la jubilación activa plena, excluyendo a aquellos que operan a través de estructuras colectivas³⁰.

²³ RODRÍGUEZ INIESTA, G., "Jubilación activa", en VV. AA. (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Dir.), *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 407.

²⁴ ÁLVAREZ CUESTA, H., "Régimen de compatibilidad de la pensión de jubilación", en VV. AA. (GÓMEZ SALADO, M. Á., LÓPEZ INSUA, B., FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. y GONZÁLEZ COBALEDA, E., Dirs.), *Las pensiones ante los retos que plantea la "sociedad del riesgo"*, Laborum, Murcia, 2024, p. 308.

²⁵ CARRIL VÁZQUEZ, X. M., "La jubilación activa y la mejora en el régimen de su compatibilidad con el trabajo", en VV. AA., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*, VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Laborum, Murcia, 2022, pp. 605-606.

²⁶ MORENO ROMERO, F., *La calificación del trabajador subordinado...*, op. cit., pp. 129-130.

²⁷ STS 313/2023, de 26 de abril (Rec. 517/2020). Este vacío normativo fue aprovechado por los trabajadores autónomos que, para cumplir con la exigencia de la contratación, de manera irregular, optaron por contratar a trabajadoras del Sistema Especial de Empleados de Hogar.

²⁸ INSS, Criterio de gestión 12/2020, de 19 de mayo, jubilación activa plena. Suspensión del contrato de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena por ERTE. Sobre esta cuestión, ver: LÓPEZ CUMBRE, L., "Jubilación activa del autónomo con trabajadores en ERTE", *Publicaciones Gómez-Acebo & Pombo*, 25 de junio 2020.

²⁹ STS 842/2021, de 23 de julio (Rec. 2956/2019), STS 843/2021, de 23 de julio (Rec. 4416/2019), STS 844/2021, de 23 de julio (Rec. 1328/2020), STS 845/2021, de 23 de julio (Rec. 1459/2020), STS 846/2021, de 23 de julio (Rec. 1515/2020); y STS 847/2021, de 23 de julio (Rec. 1702/2020). Para un análisis extenso de las mismas, BALLESTER PASTOR, I., "El autónomo societario encuadrado en el RETA que compatibilice trabajo y pensión de jubilación no puede ser beneficiario de la jubilación activa con un porcentaje del 100%", *Revista de jurisprudencia laboral*, n.º 8, 2021; SÁEZ LARA, C., "Jubilación activa y persona autónoma societaria. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Julio de 2021", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum.*, n.º 30, 2022, pp. 149-158. STS 119/2022, de 8 de febrero (Rec. 3087/2020) y STS 120/2022, de 8 de febrero (Rec. 3930/2020). Para un análisis de estas sentencias, FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B., "Jubilación activa en el trabajo autónomo y percibo del 100% de la pensión", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, n.º 34, 2023, pp. 99-112.

³⁰ MORENO ROMERO, F., *La calificación del trabajador subordinado...*, op. cit., p. 130.

La Ley 21/2021 introdujo cambios importantes en la regulación de la jubilación activa con el objetivo de fomentar un modelo de jubilación más flexible y sostenible, en línea con las recomendaciones del Pacto de Toledo de 2020. Entre las modificaciones más destacadas, se encuentra la exigencia de que el acceso a esta modalidad se realice al menos un año después de haber alcanzado la edad legal de jubilación. Esto implica que, a partir de 2027, el acceso a la jubilación activa se establece a los 66 o 68 años, dependiendo del período cotizado. Aunque esta medida persigue retrasar la edad efectiva de jubilación y mejorar la sostenibilidad del sistema, también actúa como un desincentivo al limitar la posibilidad de compatibilizar trabajo y pensión, especialmente para aquellos trabajadores con carreras de cotización más cortas. La finalidad subyacente no es otra que desincentivar su uso, para así encauzar a los trabajadores autónomos a optar por la jubilación demorada³¹. La reforma refleja así un enfoque centrado más en la racionalización del sistema que en fomentar un envejecimiento activo³².

Otro cambio significativo fue la eliminación de las obligaciones que la normativa imponía a las empresas en las que prestaban servicios los trabajadores acogidos a la jubilación activa. Con la supresión de estas condiciones, el legislador buscó flexibilizar el acceso a esta modalidad para trabajadores por cuenta ajena, aunque esto podría generar riesgos de sustitución laboral y reducir la protección frente a despidos en estos casos.

Asimismo, la Ley 11/2020³³, incrementó la cotización especial de solidaridad al 9%, íntegro para los autónomos y con un reparto del 7% a cargo del empresario y el 2% a cargo del trabajador en el Régimen General.

Por otro lado, se estableció una incompatibilidad entre la jubilación activa y la jubilación demorada. Con la reforma, el complemento por demora queda suspendido durante la compatibilidad con la jubilación activa y solo se reanuda al cesar definitivamente la actividad laboral. Esta medida busca evitar que los trabajadores se beneficien simultáneamente de ambas modalidades, promoviendo un único método de retraso en el acceso a la jubilación. Además, quienes opten por recibir el complemento en forma de cantidad única o mixta quedan excluidos de la posibilidad de acogerse a la jubilación activa, lo que limita aún más el alcance de esta opción.

Tabla: Evolución del número y de la cuantía de la pensión media de jubilación activa (2018-2024)*

Año	N.º jubilación activa parcial 50%	Pensión media	N.º jubilación activa plena. 100%	Pensión media
2018	39.390	632	769	1.155,74
2019	39.237	654,81	11.157	1.208,90
2020	44.307	654,41	14.685	1.195,93
2021	46.310	666,38	16.592	1.217,40
2022	50.481	689,58	18.668	1.267,23
2023	46.564	749,22	18.008	1.383,15
2024	45.946	772,44	18.526	1.417,41

*Datos registrados en enero de cada ejercicio. Fuente: Elaboración propia a partir de los datos cedidos por MISSM y facilitados por Enrique Martín-Serrano Jiménez (CC.OO.).

³¹ LÓPEZ INSUA, B., *La protección de los mayores en la era digital. Entre trabajo y jubilación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2023, pp. 298-299.

³² MOLINA NAVARRETE, C., *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*, La Ley, Madrid, 2022, p. 208.

³³ Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

La jubilación activa, aunque inicialmente tuvo un uso limitado, ha mostrado un crecimiento constante en su aceptación, especialmente entre los trabajadores autónomos, quienes representan el 85% de las nuevas altas en esta modalidad. En 2022, esta opción alcanzó el 36% de las nuevas altas por jubilación, consolidándose como la modalidad más popular de compatibilidad entre trabajo y pensión. Este aumento se atribuye, en parte, a los bajos niveles de las pensiones medias en el RETA, que históricamente han sido inferiores a las del Régimen General. En términos de evolución, los datos muestran un incremento significativo en la proporción de autónomos que eligen la jubilación activa, pasando del 6,42% en 2013 al 55,65% en 2022 con respecto al total de altas en el RETA³⁴. Esta tendencia refleja el atractivo de esta modalidad para un colectivo que, hasta fechas recientes, cotizaba mayoritariamente por la base mínima. La reforma introducida por el RDL 13/2022, que obliga a los autónomos a cotizar en función de sus ingresos reales, pretende corregir estas distorsiones y garantizar pensiones más acordes con las cotizaciones realizadas³⁵.

Sin embargo, la jubilación activa plena, que permite compatibilizar el 100% de la pensión con ingresos laborales, sigue siendo una opción minoritaria. A pesar de su introducción en 2017, con beneficios específicos para autónomos que contraten al menos un trabajador por cuenta ajena, los datos revelan un crecimiento gradual pero modesto en esta modalidad. Por ejemplo, en marzo de 2018 había 5.918 beneficiarios autónomos en esta situación, cifra que aumentó a 17.204 para julio de 2022.

Por último, debemos hacer referencia a la jubilación activa mejorada para el personal facultativo médico que surge como una respuesta a la crisis sanitaria generada por la pandemia de COVID-19. Inicialmente regulada en 2020³⁶, esta modalidad permitió la compatibilidad plena de la pensión con el ejercicio de la actividad laboral en el Sistema Nacional de Salud (SNS). Posteriormente, en 2022³⁷, se consolidó mediante un proyecto piloto temporal hasta 2025, destinado a médicos de familia y pediatras de atención primaria, con incentivos económicos y laborales superiores a los previstos en el régimen ordinario. Los facultativos que se acogen a esta modalidad perciben el 75% de su pensión y un salario por una jornada del 50%, además de contar con beneficios adicionales como la posibilidad de utilizar las cotizaciones realizadas durante esta etapa para mejorar su jubilación definitiva. Esta medida busca paliar la escasez de médicos en el SNS y retener la experiencia de los profesionales veteranos, facilitando su reincorporación con condiciones laborales más atractivas. A enero de 2024, 763 facultativos estaban acogidos a esta modalidad, con una pensión media de 2.446,86 euros, destacando por encima del promedio del sistema³⁸.

³⁴ Informes Económico-Financieros a los Presupuestos de la Seguridad Social y bases de datos de eSTADISS.

³⁵ RDL 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad. Sobre las implicaciones del sistema de cotización de los trabajadores autónomos para el sistema de Seguridad Social, ver: MORENO ROMERO, F., “La acción protectora del sistema de Seguridad Social para los trabajadores incorporados al régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos”, en VV. AA. (MONEREO PÉREZ, J. L. y VILA TIERNO, F., Dirs.), *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo*, Comares, Granada, 2017.

³⁶ Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, y en el marco del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

³⁷ Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad.

³⁸ MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E., “El modelo de compatibilidad de jubilación y trabajo en el marco del Pacto de Toledo (1995-2023): evolución de su régimen jurídico y evaluación de resultados”, en VV. AA., *Edad, trabajo y*

2.2. El nuevo marco jurídico tras el RDL 11/2024, de 23 de diciembre, para la mejora de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo

La reforma introducida por el art. 1.3 del RDL 11/2024, de 23 de diciembre, vigente desde el 1 de abril de 2025, pretende revitalizar la figura de la jubilación activa mediante modificaciones sustanciales en su regulación. La primera de estas modificaciones destacables afecta al título del art. 214, que cambia de “envejecimiento activo” a “pensión de jubilación activa”. Esta nueva denominación resulta acertada por ser más precisa y acorde con la terminología ya consolidada en doctrina y jurisprudencia. Aunque la jubilación activa constituye desde sus inicios la máxima expresión del principio de envejecimiento activo, no es la única modalidad que lo refleja, pues también lo hacen figuras como la jubilación parcial, la flexible o la demorada.

Frente al estancamiento en el número de personas que se acogen a esta modalidad, el legislador ha optado por flexibilizar algunos de sus requisitos con el objetivo de incrementar su atractivo.

En primer lugar, el acceso y disfrute a la jubilación activa continúa siendo compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia a tiempo completo o a tiempo parcial, siempre que la pensión se cause al menos un año después de que el interesado haya alcanzado la edad legal de jubilación aplicable según el art. 205.1.a) LGSS. A estos efectos, no son admisibles las jubilaciones que se beneficien de bonificaciones o anticipaciones en la edad de jubilación. Así, en 2025 podrán acceder a esta modalidad de compatibilidad quienes tengan 66 años y acrediten al menos 38 años y 3 meses cotizados; o bien, quienes tengan 67 años y 8 meses si su periodo cotizado es inferior.

En segundo lugar, podrán acceder a la jubilación activa quienes acrediten el periodo mínimo de cotización exigido para causar la pensión de jubilación ordinaria: al menos 15 años cotizados, de los cuales 2 deben situarse dentro de los últimos 15 años. Si este periodo mínimo de cotización se alcanzara después de haber cumplido la edad ordinaria de jubilación, el plazo mínimo de un año se computará entre dicha fecha y la del hecho causante de la pensión. Por tanto, la reforma elimina el requisito de alcanzar el 100% de la base reguladora para acceder a esta modalidad (por ejemplo, más de 36 años y 6 meses cotizados en 2025). Esta medida universaliza el acceso a la compatibilidad entre pensión y trabajo, ampliando su alcance especialmente hacia colectivos históricamente excluidos, como las mujeres, cuyas carreras laborales suelen ser más cortas debido a interrupciones por tareas de cuidado y a desigualdades estructurales en el mercado de trabajo.

En tercer lugar, la reforma introduce nuevos criterios para la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación activa. A partir de ahora, la pensión compatible con el trabajo se calcula aplicando un porcentaje sobre el importe reconocido inicialmente (una vez aplicado, en su caso, el importe máximo de pensión pública) o, alternativamente, sobre el importe percibido por el beneficiario en el momento de iniciar la compatibilidad, incluyendo, cuando corresponda, el complemento de maternidad o el complemento por brecha de género, pero excluyendo expresamente el complemento por mínimos. Hasta ahora, los trabajadores por cuenta ajena que accedían a la jubilación activa percibían

un porcentaje fijo del 50% de su pensión, con independencia de la jornada de trabajo desempeñada. Sin embargo, la nueva regulación introduce un esquema de porcentajes variables en función de los años de demora en el acceso a la pensión, conforme a la siguiente escala:

- Con 1 año de demora: 45% de pensión
- Con 2 años de demora: 55%
- Con 3 años de demora: 65%
- Con 4 años de demora: 80%
- Con 5 años de demora: 100%

De este modo, el legislador asocia el régimen de jubilación activa al de jubilación demorada, articulando un sistema de incentivos progresivos: cuanto mayor sea el tiempo de postergación en el acceso a la pensión, mayor será el porcentaje de la misma que podrá compatibilizarse con el trabajo. Adicionalmente, el porcentaje obtenido según esta escala aumentará en 5 puntos porcentuales por cada 12 meses ininterrumpidos que se mantenga la situación de jubilación activa, hasta alcanzar un máximo del 100% de la pensión. Este incremento comenzará a aplicarse el primer día del mes siguiente al cumplimiento de cada periodo de 12 meses. Por tanto, una persona que accede a la jubilación activa con solo un año de demora (partiendo del 45% inicial) necesitaría acumular 11 años adicionales de actividad laboral en régimen de jubilación activa para alcanzar finalmente el 100% de la pensión. Dicho esquema progresivo busca incentivar la prolongación de la actividad laboral, ya que cada año adicional implica un incremento directo en los ingresos percibidos por el trabajador.

Al respecto, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social aclara, en su criterio de gestión del INSS³⁹, que si el pensionista cesa temporalmente en la actividad compatible con la pensión, no consolidará los incrementos porcentuales obtenidos previamente. En caso de interrupción, si posteriormente retoma la actividad, se aplicará únicamente el porcentaje inicial correspondiente a los años de demora acumulados en el acceso inicial, sin conservar los incrementos adquiridos antes de la interrupción. Por lo tanto, tras reanudar la actividad, deberá acumular nuevamente períodos sucesivos de 12 meses para recuperar progresivamente dichos incrementos.

A modo de ejemplo, una trabajadora por cuenta ajena que accede a la pensión de jubilación activa tras un año de demora comenzaría percibiendo inicialmente el 45% de su pensión. Al completar un segundo año ininterrumpido en situación de jubilación activa, dicho porcentaje aumentaría al 50%. Si después cesara temporalmente en la actividad durante seis meses, perdería el incremento previamente adquirido, de manera que, al retomar posteriormente la actividad laboral, volvería al porcentaje inicial del 45%, teniendo que acumular nuevamente períodos sucesivos de doce meses para recuperar progresivamente los incrementos perdidos.

El criterio de la DGOSS⁴⁰ añade importantes precisiones sobre los trabajadores fijos discontinuos, indicando que, para estos, los períodos trabajados no necesitan ser consecutivos para alcanzar los 12 meses exigidos, pudiendo sumarse aplicando un

³⁹ Criterio de gestión: 5/2025, de 12 de marzo de 2025, Aplicación del Real Decreto-ley 11/2014, de 23 de diciembre, para la mejora de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo, p. 5.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 5.

coeficiente específico del 1,5 a los meses efectivamente trabajados. Cuando la suma, multiplicada por dicho coeficiente, alcance los 12 meses, se reconocerá el incremento correspondiente, salvo interrupciones ajenas a la modalidad contractual (por ejemplo, excedencias voluntarias), que impiden dicha acumulación.

Finalmente, se aclara que el incremento porcentual anual del 5% es independiente del régimen laboral (cuenta ajena o propia), siendo suficiente con que se mantenga la continuidad durante 12 meses, sin que un cambio de régimen o tipo de actividad afecte al cómputo ni al reconocimiento del incremento⁴¹.

La estructura aplicable a los trabajadores autónomos en el marco de la jubilación activa también ha sufrido modificaciones importantes, introduciendo mayores requisitos para quienes opten a una jubilación activa mejorada. Concretamente, la reforma establece que los autónomos que acrediten haber demorado su jubilación entre 1 y 3 años y tengan contratado al menos a un trabajador por cuenta ajena, comenzarán percibiendo un 75% de la pensión; a partir del cuarto año, se aplicará la escala general, pasando a percibir el 80%. Esta nueva regulación supone una reducción respecto al régimen anterior, que permitía alcanzar directamente el 100% en circunstancias similares.

Asimismo, la reforma corrige una deficiencia de la normativa previa, que no especificaba ni la modalidad ni la duración del contrato exigido, lo cual podía facilitar prácticas fraudulentas o precarias. Actualmente, para acceder a esta compatibilidad mejorada se requiere que el trabajador contratado tenga un contrato indefinido (a tiempo completo o parcial) con una antigüedad mínima de 18 meses. Si el autónomo contrata a un nuevo empleado, este deberá igualmente tener contrato indefinido y no haber mantenido relación laboral alguna con el autónomo en los dos años anteriores al inicio de la jubilación activa.

Con estos requisitos, el legislador busca promover la estabilidad laboral, evitando contrataciones precarias o puramente formales destinadas únicamente a cumplir el requisito de contar con una persona trabajadora contratada, como ocurría con anterioridad en ciertos sectores (por ejemplo, en empleadas de hogar). La intención es clara: la jubilación activa mejorada se condiciona expresamente a la calidad y estabilidad del empleo generado. Sin embargo, cabe preguntarse si habría sido conveniente exigir adicionalmente que el contrato fuera también a tiempo completo, en línea con lo previsto para el contrato de relevo en la jubilación parcial, para fortalecer aún más la calidad del empleo asociado a esta figura.

Por último, aunque el legislador ha decidido mantener el requisito introducido en 2021 de demorar al menos un año la edad para acceder al régimen de compatibilidad ha establecido una contrapartida significativa al eliminar la incompatibilidad previa con el complemento económico por demora. De esta forma, el incentivo asociado a la jubilación postergada resulta ahora compatible con la jubilación activa. Así, el trabajador que espere un año adicional para acceder a esta modalidad obtendrá el incremento del 4% correspondiente al complemento por jubilación demorada. Es más, cuanto mayor sea el periodo de demora en el acceso a la jubilación, mayor será el porcentaje de pensión inicial que se otorgue al trabajador según la escala previamente expuesta. Una vez cumplido este requisito, el beneficiario podrá percibir su salario junto con el 45% inicial de la pensión durante el primer año de actividad, porcentaje que aumentará progresivamente cuanto

⁴¹ *Ibidem*, p. 5.

más prolongue su vida laboral. No obstante, el apartado 4 del art. 214 LGSS precisa expresamente que las cotizaciones realizadas durante la situación de jubilación activa no generarán incrementos adicionales del complemento económico por demora. Esta limitación busca evitar que los trabajadores acumulen simultáneamente dos beneficios distintos: o bien se demora la jubilación con el consiguiente incremento anual del 4% en la base reguladora, mejorando así la cuantía final de la pensión, o bien se opta por el régimen de compatibilidad entre pensión y trabajo, sin que dicha compatibilidad suponga una mejora adicional en la cuantía final de la pensión, ya que, como establece el art. 214.8 LGSS, finalizada la relación laboral o la actividad por cuenta propia, simplemente se restablecerá el percibo íntegro de la pensión inicialmente reconocida.

En relación con el régimen de jubilación activa, el Criterio de Gestión 3/2025 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS ha aclarado el alcance de la obligación de comunicación a la entidad gestora⁴². Según este criterio, la falta de comunicación expresa al INSS o al ISM del inicio de un trabajo compatible con la pensión no comporta, por sí sola, que la totalidad de la pensión se considere indebidamente percibida, siempre que el pensionista haya formalizado el alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, se haya cotizado conforme al régimen de jubilación activa y se respeten los requisitos establecidos en el artículo 214 de la LGSS. En tales supuestos, aun existiendo incumplimiento del deber formal de comunicación, no puede entenderse que haya una ocultación del trabajo realizado, dado que la Tesorería General de la Seguridad Social dispone de la información necesaria. Por tanto, solo procede reclamar el reintegro de la parte de pensión indebidamente percibida, en la medida en que excede del importe compatible conforme al régimen de jubilación activa, y no la devolución íntegra de la pensión. Este enfoque, que armoniza la exigencia de cumplimiento normativo con el principio de proporcionalidad, se fundamenta en la evolución del sistema desde la prohibición absoluta de compatibilizar pensión y trabajo (prevista en la Orden de 18 de enero de 1967⁴³) hacia un modelo flexible que reconoce la compatibilidad bajo determinadas condiciones, adecuándose asimismo a los avances en los sistemas de información y gestión telemática de la Seguridad Social.

⁴² Criterio de gestión: 3/2025, de 13 de febrero de 2025, Pensión de jubilación y compatibilidad con el trabajo. Falta de comunicación de la realización de trabajo o actividad cuando se ha formalizado el alta en el correspondiente régimen del sistema de la Seguridad Social.

⁴³ Orden de 18 de enero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de Vejez en el Régimen General de la Seguridad Social. Art. 16. Incompatibilidad: El disfrute de la pensión de vejez será incompatible con todo trabajo del pensionista, ya sea por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, previstos en los números 2 y 3 del artículo 10 de la Ley de la Seguridad Social. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el pensionista de vejez podrá realizar los trabajos allí referidos, siempre que, antes de iniciarlos, lo comunique a su Mutualidad Laboral. La realización del trabajo producirá respecto del pensionista los siguientes efectos: a) El derecho a la pensión de vejez quedará en suspenso. b) Igualmente, quedará en suspenso el derecho a la asistencia sanitaria inherente a la condición de pensionista. c) El empresario que le emplee estará obligado a solicitar su alta como trabajador y a ingresar la totalidad de las cotizaciones correspondientes, tanto de empresa como de trabajador. (...) 3. El pensionista que realice los trabajos contemplados en el apartado 1 sin comunicarlo a la Mutualidad correspondiente incurrirá en responsabilidad y será objeto de la oportuna propuesta de sanción, de conformidad con el Reglamento General de Faltas y Sanciones del Régimen General de la Seguridad Social, viniendo obligado a reintegrar el importe de las pensiones indebidamente percibidas. El empresario que le haya empleado sin comunicar su alta responderá subsidiariamente junto con el pensionista de dicho reintegro.

3. REFLEXIONES FINALES

La evolución normativa en materia de jubilación evidencia un claro desplazamiento hacia la flexibilización del modelo tradicionalmente rígido de incompatibilidad entre trabajo y pensión. Lo que inicialmente constituía una incompatibilidad prácticamente absoluta, sustentada en la función sustitutiva del salario y en la presunción de ausencia de necesidad laboral adicional en la vejez, ha ido transformándose progresivamente en un marco caracterizado por múltiples excepciones. El tradicional muro infranqueable entre la condición de pensionista y la actividad laboral se ha ido dotando de puertas y pasarelas, permitiendo transiciones más graduales y la coexistencia parcial de ambos estados. En la actualidad, el principio de incompatibilidad recogido en el artículo 213.1 LGSS permanece más como regla general teórica que como una barrera efectiva, dado que un número creciente de pensionistas puede acogerse a fórmulas de compatibilidad, ya sea parcial o total.

Este cambio de paradigma responde, en gran medida, a la influencia de las políticas europeas de envejecimiento activo, orientadas al aprovechamiento de la experiencia laboral de los trabajadores mayores y a la sostenibilidad financiera del sistema mediante la prolongación voluntaria de la vida activa. La reforma analizada en este capítulo, que revitaliza la jubilación activa mediante nuevos incentivos y una regulación más clara, se inserta plenamente en esta tendencia generalizada hacia la flexibilización.

Esta transformación no se circunscribe exclusivamente al ámbito de la jubilación, sino que se enmarca en un proceso más amplio de reforma del modelo de protección social. Así, observamos cambios similares en otras prestaciones del sistema: en la protección frente al desempleo, mediante mecanismos que permiten la compatibilidad temporal entre salarios y prestaciones; en la próxima reforma de la incapacidad permanente, impulsada por la jurisprudencia europea, que busca fomentar la adaptación del puesto de trabajo y compatibilidad actividad y pensión; o en el debate actual sobre las bajas médicas flexibles en incapacidad temporal, que persiguen un retorno progresivo al trabajo. Todas estas reformas persiguen un objetivo común: adaptar la protección social a nuevas realidades laborales, demográficas y económicas.

Ahora bien, esta tendencia creciente hacia la compatibilidad entre rentas laborales y prestaciones sociales, aunque responde a legítimos objetivos de sostenibilidad y adaptación social, plantea también un riesgo estructural que no puede ignorarse. A medida que se generaliza la posibilidad de percibir prestaciones de la Seguridad Social sin necesidad de cesar completamente en la actividad laboral, existe el peligro de que se desvirtúe el nivel de protección garantizado tradicionalmente para situaciones de necesidad real. En un contexto de crecientes presiones financieras sobre el sistema, podría llegarse a justificar un nivel de protección más reducido, bajo el argumento de que los beneficiarios pueden complementar las prestaciones públicas mediante su propia actividad laboral. Esta lógica, si no se regula con cautela, podría erosionar el principio de suficiencia de las prestaciones consagrado constitucionalmente y desplazar progresivamente la responsabilidad protectora hacia el propio asegurado, debilitando el fundamento solidario sobre el que se construyó el modelo clásico de Seguridad Social.

Este escenario invita a una reflexión de mayor calado sobre la naturaleza del modelo de protección social que se está configurando en este siglo xxi. El modelo clásico, fundado en la estricta sustitución de rentas salariales mediante prestaciones públicas, está dando

paso a un modelo más flexible y adaptativo, donde las prestaciones pueden coexistir, de manera ordenada, con ingresos laborales. Esta evolución pretende responder a los desafíos estructurales de la sostenibilidad financiera y de las nuevas necesidades sociales. No obstante, plantea un interrogante crucial: ¿estamos asistiendo a una transformación hacia un sistema esencialmente asistencialista?

Si bien la compatibilidad entre trabajo y prestaciones persigue objetivos legítimos -como fomentar el envejecimiento activo, optimizar los recursos del sistema y responder a cambios sociales-, también encierra riesgos. Principalmente, el de diluir la esencia contributiva y sustitutiva del modelo clásico de Seguridad Social. Existe el peligro de que el sistema derive hacia una función meramente asistencial, garantizando solo rentas mínimas de subsistencia, en detrimento de su vocación protectora e integradora original.

Por ello, resulta imprescindible que las reformas se diseñen con un escrupuloso respeto a los principios estructurales del modelo de protección social, preservando su carácter contributivo, asegurador y solidario. Solo así se podrá garantizar que el Estado del bienestar continúe cumpliendo su función histórica de protección eficaz frente a las contingencias vitales, sin degradarse en un mero mecanismo de asistencia mínima.

LA URGENCIA VITAL COMO PRESUPUESTO PARA EL REEMBOLSO DE GASTOS SANITARIOS: ESTUDIO DE LA STS 682/2024 DE 8 DE MAYO DE LA SALA DE LO SOCIAL

RAFAEL JOSÉ LÓPEZ BEDMAR

Contratos Predoctorales Ley 14/2011 Fpu¹

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

 <https://orcid.org/0009-0002-4931-699X>

«*Salus populi suprema lex esto*».

(Traducción: «*La salud del pueblo debe ser la ley suprema*»).

CICERÓN (DE LEGIBUS, LIBRO III, 3, 8).

Sumario: 1. Introducción; 2. El régimen jurídico del reintegro de gastos médicos; 2.1. Marco normativo del reintegro de gastos sanitarios; 2.2. Principio general de no reintegro y sus excepciones; 2.3. El concepto de urgencia vital: evolución doctrinal y jurisprudencial; 3. Sentencia 682/2024, de 8 de mayo, de la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo; 3.1. Hechos; 3.2. Análisis; 4. Conclusiones; 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Resulta indiscutible que la protección de la salud, y especialmente el acceso a la asistencia sanitaria, se erige como uno de los pilares esenciales del constitucionalismo democrático-social tanto a nivel mundial como europeo. Se trata de un derecho social fundamental de naturaleza primaria, estrechamente relacionado con el derecho a la vida y con la preservación de la dignidad humana².

En España, el derecho a la protección de la salud a los ciudadanos se configura en base a los artículos 41 y 43 de la Constitución española³ (en adelante, Constitución).

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 MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La asistencia sanitaria y su reforma legislativa”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 4, 2015, p. 11.

³ Publicada en el BOE el 29 de diciembre de 1978.

Para prestar este derecho se hace desde un subsistema denominado «Sistema Nacional de Salud»⁴.

El derecho a la salud, tal como se recoge en los instrumentos internacionales de derechos humanos, presenta una formulación de carácter universalista, en tanto que se reconoce a toda persona, en coherencia con la dignificación de la «persona» proclamada en los textos de valor o rango fundamental⁵. En este ámbito internacional, el derecho a la salud se concibe como una herramienta clave para la inclusión y la integración social⁶.

Por tanto, la protección de la salud, y en particular el acceso a la asistencia sanitaria, representa un elemento central en los sistemas constitucionales de corte democrático-social, tanto a nivel internacional como europeo, así como en el modelo político del Estado Social de Derecho. La salud se reconoce como un derecho social esencial, estrechamente relacionado con la salvaguarda de la vida y la preservación de la dignidad humana⁷. Aún así, la garantía universal del derecho a la salud se ha ido configurando como un ámbito especialmente complejo y controvertido, tradicionalmente asociado al sistema de protección social en materia sanitaria⁸.

En la actualidad, y tras la reforma de 2018, se asegura el carácter universal del acceso a la asistencia sanitaria, reconociéndose el derecho a la protección de la salud y a la atención médica en condiciones de igualdad para todas las personas que se encuentren en territorio español. El derecho queda vinculado a la residencia en España, con independencia de la nacionalidad, y, por tanto, no se vincula con la realización de una actividad laboral o de la percepción de una prestación económica del sistema de Seguridad Social⁹.

El derecho a la salud incorpora un conjunto de componentes esenciales y funcionales, de manera que su ejercicio, en todas sus manifestaciones y niveles, comprende una serie de elementos fundamentales e interdependientes, cuya implementación estará sujeta a las condiciones concretas existentes en cada Estado, siendo estas¹⁰:

- a) **Disponibilidad.** Cada Estado tiene la responsabilidad de contar con un número suficiente de infraestructuras, recursos y servicios públicos de salud, adecuados a su nivel de desarrollo. Entre estos elementos esenciales se incluyen el acceso a agua potable, servicios de saneamiento, hospitales y clínicas, la disponibilidad de personal sanitario cualificado y justamente remunerado, así como el suministro de medicamentos considerados esenciales según los criterios establecidos por la OMS.

⁴ VV.AA.: *Manual de Seguridad Social*, Monereo Pérez, J.L. (dir.), Madrid, Tecnos, 2023, p. 524.

⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: «La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 16, 2018, p. 32.

⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: «Fundamentos del derecho fundamental a la salud en los sistemas europeos», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. Extra 4, 2022, p. 18.

⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: «La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 16, 2018, p. 35.

⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: «Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico-cítrico a la sentencia del tribunal supremo de 13 de mayo de 2019», en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2019.

⁹ VV.AA.: *Memento práctico. Seguridad Social*, Madrid, Francis Lefebvre, 2024. [Recurso de acceso digital].

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: «Fundamentos del derecho fundamental a la salud en los sistemas europeos», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. Extra 4, 2022, pp. 18-19.

- b) Accesibilidad. La accesibilidad, vinculada al principio de universalización, implica que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben estar al alcance de toda la población, sin ningún tipo de discriminación. Esta accesibilidad se articula en cuatro dimensiones fundamentales: ausencia de discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información.
- c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deben actuar conforme a principios de ética médica y ser culturalmente apropiados, respetando las tradiciones y particularidades de las personas, minorías, pueblos y comunidades. Asimismo, deben tener en cuenta las cuestiones de género y las distintas etapas del ciclo vital, asegurar la confidencialidad y centrarse en la mejora efectiva de la salud de quienes hacen uso de ellos.
- d) Calidad. Además de su adecuación cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deben cumplir con criterios de calidad científica y médica. Esto implica contar con personal sanitario debidamente cualificado, disponer de medicamentos y equipos hospitalarios validados científicamente y en buen estado, así como garantizar el acceso a agua potable y a condiciones higiénicas apropiadas.

La instauración del derecho a las prestaciones sanitarias por parte del Sistema de Seguridad Social se encuentra estrechamente vinculada a los principios de solidaridad y obligatoriedad, pilares fundamentales sobre los que se articula dicho sistema¹¹. El modelo de organización sanitaria se estructura de forma independiente respecto al sistema de Seguridad Social, configurándose el Sistema Nacional de Salud como un sistema único, descentralizado y fundamentado en el principio de cobertura universal, con carácter no contributivo¹². Se debe tener presente que la propia dignidad de la persona no puede estar condicionada ni menoscabada por consideraciones de índole económica orientadas a la reducción del gasto público¹³.

Ahora bien, el beneficiario no dispone de libertad para elegir, con cargo al Sistema Nacional de Salud, los servicios sanitarios que considere más convenientes. Ello se debe a que no existe un derecho de opción libre entre la sanidad pública y la privada dentro del marco de la cobertura de la Seguridad Social. En consecuencia, el ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria no implica, al menos desde una perspectiva general y salvo supuestos excepcionales, el reembolso de los gastos médicos asumidos por el propio paciente cuando estos se producen fuera del sistema público¹⁴.

No obstante a lo anterior, existen circunstancias excepcionales en las que los ciudadanos pueden verse forzados a acudir a la sanidad privada para recibir atención médica de carácter urgente. En estos casos, resulta esencial analizar e interpretar el concepto

¹¹ ORTEGA LOZANO, P.G.: "Los límites del derecho a la salud: la racionalidad social sobre la racionalidad estrictamente económica", en *Protección a la Familia y Seguridad Social: Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral, Laborum*, vol. 1, Murcia, 2018, p. 257.

¹² VV.AA.: *Memento práctico. Seguridad Social*, Madrid, Francis Lefebvre, 2024. [Recurso de acceso digital].

¹³ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: "La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 16, 2018, p. 48.

¹⁴ MÉJICA GARCÍA, J.M.: "El reintegro de gastos sanitarios. Actualización del concepto de urgencia vital por tratamientos de fertilidad en centros ajenos al sistema público", *Comunicación al XXX Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Oviedo, 2024.

de «urgencia vital», ya que dicho concepto constituye un elemento clave para determinar la procedencia del reembolso de los gastos sanitarios por parte del sistema público de salud. La Sentencia del Tribunal Supremo 682/2024, de 8 de mayo, que constituye el objeto del presente análisis, marca un hito relevante al tratar la aplicación de este concepto en el contexto de un caso relacionado con la primera ola de la pandemia.

El reintegro de gastos derivados de la asistencia sanitaria recibida fuera del sistema público de salud ha constituido tradicionalmente una cuestión controvertida y compleja¹⁵. Nos encontramos ante un supuesto que, en las últimas décadas, ha generado una notable conflictividad judicial, dando lugar a un elevado número de resoluciones del Tribunal Supremo en materia de unificación de doctrina. Las reclamaciones dirigidas contra la Administración Sanitaria para obtener el reembolso de los gastos médicos derivados de una atención recibida fuera del sistema público de salud -a pesar de su carácter excepcional- han sido frecuentes, al igual que las sentencias estimatorias emitidas por los órganos jurisdiccionales¹⁶.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS

2.1. Marco normativo del reintegro de gastos sanitarios

La asistencia sanitaria pública en España basa su fundamento esencial en los artículos 41 y 43 de la Constitución¹⁷. Por una parte, artículo 41 supone el derecho social a la Seguridad Social: «*Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*». Por otra parte, el artículo 43 reconoce el derecho social a la protección de la salud: «*1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio*».

Este derecho constitucional a la protección de la salud fue desarrollado por norma de rango de ley mediante la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad¹⁸ (en adelante, Ley General de Sanidad). La referida ley supuso un giro hacia la universalización de la sanidad¹⁹, como se menciona en su artículo 1.2: «*Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional*». Además, el artículo 3.2 establece que «*el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva*», reflejando así la proyección del derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución en el ámbito sanitario.

¹⁵ DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: «El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 44, 2003, p. 29.

¹⁶ SÁEZ LARA, C.: «Reintegro de gastos por asistencia sanitaria privada y asistencia sanitaria pública», en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 150, 2011, pp. 349-386.

¹⁷ VV.AA.: *Manual de Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), Madrid, Tecnos, 2023, p. 524.

¹⁸ Publicada en el BOE el 29 de abril de 1986.

¹⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «La asistencia sanitaria y su reforma legislativa», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 4, 2015, p. 16.

En lo que respecta al régimen de reintegro de gastos sanitarios, se han producido algunos cambios normativos a lo largo del tiempo. En un primer momento, se aprobó el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social²⁰, cuyo artículo 102.3 recogía que: *«Las Entidades obligadas a prestar la asistencia sanitaria no abonarán los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario utilice servicios médicos distintos de los que hayan sido asignados, a no ser en los casos que reglamentariamente se determinen»*. Esta norma fue derogada por el también derogado Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social²¹, que no recogía nada respecto a esta cuestión.

Actualmente, hay normativa que hace referencia directa al régimen de reintegro de gastos sanitarios. Se trata del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización²² (en adelante, Real Decreto 1030/2006). Su artículo 4.3 recoge que *«La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción»*. Este precepto ya venía recogido en su literalidad en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud²³ (en adelante, Real Decreto 63/1995), ya derogado precisamente por el Real Decreto 1030/2006.

2.2. Principio general de no reintegro y sus excepciones

El principio general en el ordenamiento jurídico español es el de la no procedencia del reintegro de gastos médicos, ya que, como regla, los ciudadanos deben acudir al sistema sanitario público para recibir asistencia. Las excepciones a este principio son de interpretación estricta y restrictiva, debiendo analizarse siempre a la luz de los principios de solidaridad y universalidad que inspiran la ordenación del Sistema Nacional de Salud. La norma fundamental en esta materia se encuentra en el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, que regula los supuestos de reintegro de gastos sanitarios y configura dicha posibilidad como una excepción al principio general de utilización obligatoria de los servicios públicos de salud²⁴.

En definitiva, no se reconoce con carácter genérico a los particulares un derecho de opción que les habilite para elegir libremente entre la medicina pública y la privada con cargo al sistema público de salud²⁵. Su procedencia queda así condicionada a la

²⁰ Publicado en el BOE el 20 de julio de 1974.

²¹ Publicado en el BOE el 29 de junio de 1994.

²² Publicado en el BOE el 16 de septiembre de 2006.

²³ Publicado en el BOE el 10 de febrero de 1995.

²⁴ MÉJICA GARCÍA, J.M.: “El reintegro de gastos sanitarios. Actualización del concepto de urgencia vital por tratamientos de fertilidad en centros ajenos al sistema público”, *Comunicación al XXX Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Oviedo, 2024.

²⁵ SÁEZ LARA, C.: “Reintegro de gastos por asistencia sanitaria privada y asistencia sanitaria pública”, en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 150, 2011, pp. 349-386.

conurrencia de determinados requisitos, debidamente acreditados y amparados por la normativa vigente y la doctrina jurisprudencial, lo que da lugar a un marco restrictivo y casuístico que limita su aplicación a situaciones excepcionales. En la STS 17 de julio de 2007, FD 2.º se establecen los siguientes requisitos -dos negativos y dos positivos- para la procedencia del reintegro de gastos médicos²⁶:

- Asistencia sanitaria de carácter vital. No se restringe solo a situaciones que pongan en riesgo la vida del paciente, sino que también incluye aquellos casos en los que pueda producirse una pérdida funcional de órganos importantes o exista un peligro que impida la recuperación completa del enfermo.
- Su naturaleza debe de ser urgente e inmediata. Esta condición implica que cualquier retraso en la atención médica incrementaría el riesgo para la salud del paciente, haciendo imprescindible una intervención sin dilación.
- Que no hubiera posibilidad de utilización de los servicios del Sistema Nacional de Salud. Esto abarca tanto los casos en los que no existe un acceso real e inmediato a los servicios de salud, como aquellos en los que su uso resulta extremadamente difícil. También incluye situaciones de urgencia en las que no es posible esperar bajo ningún concepto.
- Que no constituya una utilización abusiva o desviada de la excepción. Es necesario demostrar que acudir a la asistencia sanitaria fuera del sistema público no fue una decisión irracional ni arbitraria, y que el paciente actuó en todo momento con buena fe.

Es decir, estos requisitos son fundamentales para que se pueda solicitar el reintegro de los gastos médicos en situaciones de asistencia sanitaria fuera del sistema público. Esta doctrina ha sido reiterada también en sentencias como la de 20 de octubre de 2003, 19 de diciembre de 2003, 4 de julio de 2007 y 31 de enero de 2012.

Este principio general se justifica por dos razones fundamentales. En primer lugar, pretende evitar que los ciudadanos recurran a la sanidad privada por simple preferencia personal o con la finalidad de acceder a tratamientos más modernos o sofisticados que no se ofrecen en el sistema público. En segundo lugar, busca preservar los principios que sustentan la sanidad pública, como son la eficacia, la eficiencia económica y la racionalización de los recursos. Como resultado, las prestaciones cubiertas se limitan a aquellas previstas en la normativa vigente, es decir, las incluidas en la cartera común de servicios²⁷.

No obstante, el análisis de las resoluciones judiciales sobre el reintegro de gastos médicos revela cierta incertidumbre respecto al alcance real de este derecho en la relación entre sanidad pública y privada. Los tribunales han adoptado un enfoque amplio y flexible, utilizando incluso la analogía para interpretar conceptos como urgencia vital o imposibilidad de acceso al sistema público. Esto ha permitido reconocer el derecho al reembolso en casos

²⁶ MÉJICA GARCÍA, J.M.: "El reintegro de gastos sanitarios. Actualización del concepto de urgencia vital por tratamientos de fertilidad en centros ajenos al sistema público", *Comunicación al XXX Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Oviedo, 2024.

²⁷ CARRIÓN VIDAL, A.: "Reembolso de gastos en los supuestos de imposibilidad de acceso a la reproducción asistida en centros públicos", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20, 2024, p. 947. Vid. STSJ Canarias 3 septiembre 2012.

no previstos expresamente por la norma, como intervenciones oncológicas adelantadas en centros privados. En consecuencia, la jurisprudencia muestra una clara tendencia hacia la expansión y flexibilización de los supuestos que permiten dicho reintegro²⁸.

2.3. El concepto de urgencia vital: evolución doctrinal y jurisprudencial

El concepto de urgencia vital presenta un carácter indeterminado y se define por su fuerte dependencia del caso concreto, lo que ha generado una considerable litigiosidad debido a la necesidad de interpretación individualizada en cada supuesto²⁹.

La urgencia de carácter vital se concreta en la presencia de una situación objetiva de riesgo que impide recurrir a los servicios sanitarios de la Seguridad Social, ya sea por la imposibilidad de acceso, por la demora en la prestación de la asistencia o porque dichos servicios no están en condiciones de ofrecer la atención necesaria en tiempo y forma adecuada, comprometiendo así la vida o la recuperación del paciente. En este sentido, no toda situación urgente puede considerarse vital, sino únicamente aquella que reviste una gravedad extrema y se distingue, esencialmente, por implicar un peligro real para la vida del afectado³⁰.

A partir de la evolución jurisprudencial, se han delineado dos teorías sobre el concepto de urgencia vital³¹:

- a) La primera, más restrictiva, entiende por urgencia vital solo aquellas situaciones extremadamente graves en las que esté en juego la vida del paciente, excluyendo otras formas de urgencia médica.
- b) La segunda teoría, que ha ido ganando terreno en la jurisprudencia, adopta un enfoque más amplio. Esta incluye no solo los casos en los que peligra la vida, sino también aquellos en los que la imposibilidad de acceder al sistema público puede derivar en la pérdida de funciones, órganos, capacidad de recuperación, o en un aumento del dolor y sufrimiento, reconociendo así una concepción más humanizada y flexible de la asistencia urgente.

En relación con el concepto de «urgencia vital» o «riesgo vital», la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha adoptado una interpretación amplia del término «vital», recurriendo a sus dos acepciones en el Diccionario de la RAE: como «relativo a la vida» y como algo «de suma importancia o trascendencia». Frente a una lectura estricta centrada únicamente en el peligro inminente de muerte, el Tribunal ha optado por una interpretación extensiva, que incluye también situaciones en las que esté en juego la funcionalidad de órganos esenciales para el desarrollo normal de la persona. Esta posición queda reflejada, entre otras, en la STS de 4 de julio de 2007, que señala que si el reglamento hubiera querido restringir el concepto a casos de muerte inminente, lo habría especificado expresamente. Así, se impone una lectura más comprensiva, acorde con el mandato constitucional de protección de la salud, que no admite interpretaciones restrictivas del derecho a la asistencia sanitaria urgente. De

²⁸ SÁEZ LARA, C.: «Reintegro de gastos por asistencia sanitaria privada y asistencia sanitaria pública», en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 150, 2011, pp. 349-386.

²⁹ VV.AA.: *Memento práctico. Seguridad Social*, Madrid, Francis Lefebvre, 2024. [Recurso de acceso digital].

³⁰ BLASCO LAHOZ, J.F.: «El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales», en *Aranzadi Social*, núm. 5, 2004. Vid. SSTS de 31 de mayo de 1995 y 29 de marzo de 2000.

³¹ NÚÑEZ ÁLVAREZ, A.: «Supuestos extraordinarios de reintegro de gastos sanitarios por asistencia médica fuera del Sistema Público: las listas de espera», en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 21, vol. 2, 2010.

esta forma, el Tribunal Supremo rechaza una interpretación meramente literal y restrictiva del Real Decreto 1030/2006, al considerar incorrecto limitar los supuestos de reintegro de gastos exclusivamente a situaciones de urgencia vital³².

En cuanto al momento de la valoración, la urgencia de la asistencia sanitaria debe apreciarse en el momento en que surge la necesidad de atención, teniendo en cuenta la gravedad del estado del paciente en ese instante. No resulta adecuado evaluar dicha urgencia con base en el resultado posterior del tratamiento, ya que el hecho de que la intervención haya reducido o eliminado el riesgo no altera la naturaleza urgente de la situación previa³³.

No es suficiente con que el tratamiento alternativo resulte beneficioso para la salud del paciente o contribuya a mejorar su pronóstico vital; tampoco se incluyen aquellos casos en los que la intervención no reviste un carácter urgente ni se presenta como absolutamente necesaria para preservar la vida o evitar un daño grave e irreparable³⁴.

A modo de síntesis, los requisitos jurisprudenciales que deben concurrir para que se reconozca la existencia de una urgencia vital son los siguientes³⁵:

- Existencia de una situación de riesgo objetiva y contrastada, es decir, médicaamente acreditada.
- Carácter inesperado e imprevisible del riesgo, que debe surgir de forma súbita.
- Perentoriedad o inmediatez en la actuación, de modo que sea imprescindible una atención inmediata, ya que cualquier demora podría poner en riesgo la vida del paciente o causarle un daño grave, irreparable o de difícil solución. La jurisprudencia descarta esta urgencia cuando hay retrasos notables entre la indicación médica y el tratamiento en la sanidad privada.
- Imposibilidad real de acudir a los servicios del sistema público de salud.

3. SENTENCIA 682/2024, DE 8 DE MAYO, DE LA SALA CUARTA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia 682/2024, de 8 de mayo, de la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo resuelve el caso de un celador del Hospital General Universitario Gregorio Marañón que, durante la primera ola de la pandemia de COVID-19, tras recibir el alta en el hospital público, acudió a un centro privado para recibir atención médica, reclamando posteriormente el reintegro de los gastos al Servicio Madrileño de Salud (en adelante, SERMAS). El caso fue desestimado en instancia y suplicación, por lo que le corresponde al Tribunal Supremo resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina.

³² MÉJICA GARCÍA, J.M.: “El reintegro de gastos sanitarios. Actualización del concepto de urgencia vital por tratamientos de fertilidad en centros ajenos al sistema público”, *Comunicación al XXX Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Oviedo, 2024.

³³ CARRIÓN VIDAL, A.: “Reembolso de gastos en los supuestos de imposibilidad de acceso a la reproducción asistida en centros públicos”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20, 2024, p. 953. Vid. STSJ Canarias 3 septiembre 2012.

³⁴ SÁEZ LARA, C.: “Reintegro de gastos por asistencia sanitaria privada y asistencia sanitaria pública”, en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 150, 2011, pp. 349-386. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1986.

³⁵ VV.AA.: *Memento práctico. Seguridad Social*, Madrid, Francis Lefebvre, 2024. [Recurso de acceso digital].

3.1. Hechos

La controversia analizada por el Tribunal Supremo se origina en la primera ola de la pandemia de COVID-19, cuando un celador del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, en situación de incapacidad temporal por coronavirus desde el 20 de marzo de 2020, acudió a las urgencias del mismo hospital el 24 de marzo, recibiendo el alta pocas horas después. El diagnóstico fue de insuficiencia respiratoria con sospecha de COVID-19, sin que se completara la exploración física para evitar el contacto, aunque se realizó una radiografía con indicios compatibles con neumonía.

Al día siguiente, el trabajador ingresó en el hospital privado Nuestra Señora del Rosario con diagnóstico de neumonía bilateral. Aunque inicialmente su estado era estable, su salud empeoró rápidamente, requiriendo ingreso en la UCI el 1 de abril, donde permaneció intubado y con ventilación mecánica durante 35 días. Durante ese tiempo, sufrió múltiples complicaciones graves, incluyendo barotrauma, traqueotomía, delirio y una infección respiratoria por SAMR.

Tras su salida de la UCI, continuó su recuperación en planta, con fisioterapia, antibióticos y reajuste de medicación, hasta recibir el alta médica el 15 de mayo de 2020. Por la atención recibida en el centro privado, abonó más de 80.000 euros, aunque solo se reconocieron como acreditados 2.013,44 euros. El 7 de octubre de 2020 solicitó el reintegro de los gastos al Servicio Madrileño de Salud, que lo denegó en marzo de 2021 al considerar que el paciente acudió voluntariamente a un centro ajeno al sistema público.

Frente a esta resolución, el demandante interpuso demanda judicial, que fue desestimada tanto por el Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid como por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En consecuencia, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo.

3.2. Análisis

La resolución dictada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo aborda una cuestión jurídica de evidente complejidad y relevancia: la determinación de los requisitos para el reintegro de gastos sanitarios derivados de la asistencia prestada en centros privados durante un periodo de excepcionalidad sanitaria como fue la primera ola de la pandemia de la COVID-19.

En cuanto al marco normativo, el pronunciamiento judicial parte del marco regulatorio establecido en el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, que dispone que «*la cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados*». Este precepto únicamente prevé el reembolso de gastos sanitarios ocasionados fuera del Sistema Nacional de Salud en casos de «*asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital*», debiendo comprobarse «*que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios*» públicos y «*que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción*». En consonancia con esta regulación, la jurisprudencia ha ido perfilando los requisitos para que proceda el reintegro de gastos: a) existencia de una situación de urgencia vital, b) carácter inmediato de la asistencia, c) imposibilidad de utilizar los medios públicos de salud, y d) ausencia de desviación o abuso. Estos requisitos deben ser interpretados atendiendo a los principios consagrados

en los artículos 41 y 43.2 de la Constitución, desarrollados en los artículos 3.2, 6, 18, 45 y concordantes de la Ley General de Sanidad.

El concepto de «urgencia vital» constituye el eje central sobre el que se centra la resolución analizada. Este término, no definido expresamente en la legislación, ha sido desarrollado por vía jurisprudencial como aquella situación en la que existe un riesgo para la vida del paciente o para su integridad física que requiere una actuación inmediata, sin posibilidad de demora, para evitar un daño irreparable o de extrema gravedad, como ya se ha analizado en la primera parte de este comentario.

El Tribunal Supremo, en la sentencia objeto de análisis, realiza una interpretación contextualizada de este concepto, tomando en consideración las extraordinarias circunstancias concurrentes durante la primera ola de la pandemia, caracterizada por la saturación de los servicios sanitarios públicos y el desconocimiento médico sobre el nuevo virus.

La resolución efectúa una ponderación integral de las circunstancias que acontecen, desmarcándose del criterio restrictivo sostenido por los órganos jurisdiccionales inferiores. El Alto Tribunal considera determinantes los siguientes elementos:

- El demandante había acudido inicialmente a la sanidad pública (Hospital Gregorio Marañón), recibiendo el alta con un diagnóstico de insuficiencia respiratoria y sospecha de COVID-19, tras una exploración física que, significativamente, el propio facultativo redujo *«para minimizar contacto»*.
- La evolución desfavorable posterior, que en apenas cinco días desde su primera visita a urgencias le condujo a precisar ingreso en UCI con intubación orotraqueal y ventilación mecánica, acredita retrospectivamente la gravedad de su situación clínica inicial.
- El actor, en su condición de celador del Hospital Gregorio Marañón, era conocedor directo de la situación de saturación que atravesaba dicho centro durante la primera ola pandémica.
- La urgencia vital no debe evaluarse exclusivamente por el estado del paciente en el momento concreto de decidir acudir a la sanidad privada, sino por la valoración prospectiva razonable de la evolución previsible de su patología, atendiendo a los indicios clínicos disponibles.

La sentencia analizada supone una evolución significativa respecto a la interpretación tradicionalmente restrictiva del concepto de «urgencia vital». El Tribunal Supremo, consciente de la excepcionalidad del contexto bajo la pandemia, adopta una postura interpretativa más flexible y adaptada a las circunstancias concurrentes, sin abandonar los principios rectores que sustentan la figura del reintegro de gastos.

Esta interpretación permite al Tribunal reconocer que el requisito de la imposibilidad de utilizar los servicios sanitarios públicos debe valorarse también considerando el conocimiento que el paciente pudiera tener sobre la situación real de dichos servicios. En el caso analizado, resulta especialmente relevante que el demandante fuera trabajador del propio hospital público, circunstancia que le otorgaba un conocimiento privilegiado sobre la capacidad asistencial disponible durante aquel periodo crítico.

Ahora bien, pese a su trascendencia doctrinal, la propia sentencia delimita cuidadosamente el alcance de la doctrina establecida. Esta caracterización deriva de dos factores fundamentales:

- La centralidad del contexto pandémico en la fundamentación jurídica, que dificulta su extrapolación a situaciones de normalidad sanitaria.
- La cuantía limitada del reintegro reconocido, pues de los más de 80.000 euros reclamados, solo se consideraron acreditados 2.013,44 euros.

Esta cautela en la expansión de la doctrina refleja una voluntad de equilibrio entre la tutela efectiva del derecho constitucional a la protección de la salud y la preservación de la sostenibilidad del sistema sanitario público.

4. CONCLUSIONES

El derecho a la protección de la salud constituye un derecho social de carácter constitucional, universal y vinculado a la dignidad humana, garantizado en España a través del Sistema Nacional de Salud. Este sistema se fundamenta en los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. No obstante, el acceso a la sanidad privada con reembolso público se encuentra restringido a supuestos excepcionales, lo que ha dado lugar a una notable conflictividad judicial.

El artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que regula la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y su procedimiento de actualización, establece que, en *«casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma»*. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha perfilado los requisitos necesarios para que proceda el reintegro de gastos médicos, exigiendo la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) que se trate de una asistencia sanitaria de carácter vital;
- b) que exista una naturaleza urgente e inmediata;
- c) que concurra la imposibilidad de utilización de los servicios del Sistema Nacional de Salud;
- d) que no se incurra en una utilización abusiva o desviada de la excepción contemplada.

En este marco, la Sentencia 682/2024, de 8 de mayo, de la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo, representa un pronunciamiento de especial relevancia jurídica. Sin apartarse de los principios fundamentales que rigen el régimen de reintegro, la Sala lleva a cabo una reinterpretación contextualizada de dichos principios, adaptándolos a las circunstancias excepcionales derivadas de la crisis sanitaria provocada por la pandemia de la COVID-19.

Esta resolución pone de manifiesto la capacidad de adaptación del ordenamiento jurídico español ante contextos sociales cambiantes, particularmente en situaciones de emergencia sanitaria, sin que ello implique una extensión indiscriminada del derecho al reintegro que pueda comprometer la sostenibilidad del sistema público de salud.

Finalmente, se considera necesaria una reforma normativa que aporte mayor claridad y seguridad jurídica en esta materia, en especial en torno al concepto de «urgencia vital», cuyo actual tratamiento depende en exceso de interpretaciones jurisprudenciales dispares. Sería deseable que el legislador delimitase con mayor precisión dicho concepto, a fin de evitar que la efectividad del derecho a la salud quede supeditada exclusivamente a valoraciones judiciales particulares, con el riesgo de derivar en soluciones excesivamente restrictivas o contradictorias.

5. BIBLIOGRAFÍA

BLASCO LAHOZ, J.F.: “El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales”, en *Aranzadi Social*, núm. 5, 2004.

CARRIÓN VIDAL, A.: “Reembolso de gastos en los supuestos de imposibilidad de acceso a la reproducción asistida en centros públicos”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20, 2024.

DESENTENDADO BONETE, A. y DESENTENDADO DAROCA, E.: “El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 44, 2003.

MÉJICA GARCÍA, J.M.: “El reintegro de gastos sanitarios. Actualización del concepto de urgencia vital por tratamientos de fertilidad en centros ajenos al sistema público”, *Comunicación al XXX Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Oviedo, 2024.

MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico-crítico a la sentencia del tribunal supremo de 13 de mayo de 2019”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2019.

MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 16, 2018.

MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La asistencia sanitaria y su reforma legislativa”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 4, 2015.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la protección de la salud en las “cartas sociales” europeas”, en VV.AA.: *La modernización de la asistencia sanitaria: Cohesión interterritorial, atención sociosanitaria ante el envejecimiento y revolución digital en la sanidad*, MORENO VIDA, M.N. y DÍAZ AZNARTE, M.T. (dirs.), Comares, 2022.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Fundamentos del derecho fundamental a la salud en los sistemas europeos”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. Extra 4, 2022.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “La garantía del derecho a la salud y la asistencia sanitaria en la normativa internacional general y comunitaria”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 3, 2019.

NÚÑEZ ÁLVAREZ, A.: “Supuestos extraordinarios de reintegro de gastos sanitarios por asistencia médica fuera del Sistema Público: las listas de espera”, en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 21, vol. 2, 2010.

ORTEGA LOZANO, P.G.: “Los límites del derecho a la salud: la racionalidad social sobre la racionalidad estrictamente económica”, en *Protección a la Familia y Seguridad Social: Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral, Laborum*, vol. 1, Murcia, 2018.

SÁEZ LARA, C.: “Reintegro de gastos por asistencia sanitaria privada y asistencia sanitaria pública”, en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 150, 2011.

VV.AA.: *Manual de Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), Madrid, Tecnos, 2023.

VV.AA.: *Memento práctico. Seguridad Social*, Madrid, Francis Lefebvre, 2024. [Recurso de acceso digital].

UN NUEVO GIRO EN LA PROTECCIÓN JURÍDICO SOCIAL DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES

SHEILA LÓPEZ VICO

Personal Investigador en Periodo de Orientación Posdoctoral (FPII)

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

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Seminario José Vida Soria

Universidad de Granada

 <https://orcid.org/0000-0002-2608-3436>

Sumario: 1. Planteamiento general; 2. El criterio jurisprudencial de la duración de los permisos de nacimiento y cuidado en familias monoparentales en el marco del sector público; 3. La postura del Tribunal Constitucional y su posible repercusión en nuestro marco legal; 4. Las dudas e incertidumbres ante los últimos pronunciamientos jurisprudenciales en materia de familias monoparentales y perspectivas de futuro; 5. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

En los últimos años hemos asistido a un intenso debate jurisprudencial en torno a la delimitación de la duración que debía de tener el permiso por nacimiento y cuidado del menor.

Como es bien sabido, dicho debate se inició con la STSJ del País Vasco 1217/2020 de 6 de octubre de 2020, mediante la cual se reconoció el derecho a ampliar en 8 semanas la duración del permiso por nacimiento y cuidado del menor a la titular de una familia monoparental y, con ello, a la ampliación también del periodo de cobro de la prestación inherente durante dicho periodo de tiempo¹.

Tras este pronunciamiento, lejos disiparse el debate en torno a esta cuestión, se sucedieron un elevado número de sentencias tanto a favor como en contra de dicha ampliación².

¹ En detalle sobre esta cuestión véase 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. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2023, pp. 137 y ss.

² 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>

Ante la inseguridad jurídica derivada de ello, intervino nuestro Tribunal Supremo (en adelante TS) por medio de su sentencia 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 se unificó doctrina denegando la posibilidad de llevar a cabo una ampliación de la prestación por nacimiento o cuidado³. Las razones sobre las que dicha Sala justificó su pronunciamiento fueron principalmente las siguientes⁴:

1. Por suponer una extralimitación de las funciones de aplicación e interpretación del Derecho legalmente reconocidas al poder judicial en nuestro país, al implicar dicha ampliación *“crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales”*.
2. Por constituir un perjuicio para el empresario en el ejercicio de sus poderes de dirección y organización.
3. Al considerar que no ampliar la duración de esta prestación para las familias monoparentales no suponía en ningún caso una conculcación ni de la CE, ni de ninguna otra norma, acuerdo o tratado ratificado por España.
4. Por no poder justificarse la misma sobre la base de 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”*.
5. Por no ser en este caso determinante el llevar a cabo una interpretación con perspectiva de género 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.”*
6. Por último, al entender que de haber sido la voluntad del legislador establecer una protección especial y diferenciada para las familias monoparentales así se habría recogido expresamente.

En principio, este pronunciamiento debería de haber supuesto el fin del citado debate jurisprudencial. Sin embargo, no tardó en hacerse patente la disconformidad tanto de la doctrina como la jurisprudencia ante el fallo de nuestro Tribunal Supremo. Ello quedó incluso ya recogido en los votos particulares de la referida STS 783/2023 de 2 de marzo de 2023 en los que dos de los magistrados manifestaron sus reservas sobre la decisión adoptada por dicha Sala⁵.

Pues bien, en fechas recientes se han producido dos nuevos pronunciamientos relevantes en esta materia. El primero de ellos por medio de la STS 1612/2024, 15 de Octubre de 2024 y el segundo por medio de la STC 140/2024, de 6 de noviembre de 2024.

³ Véase 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 VV.AA.: *Derecho vivo de la Seguridad Social. VII Seminario permanente de estudio y actualización URJC-AESSS 2022*, RODRÍGUEZ INIESTA, G. y LASAOSA IRIGOYEN, E. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2023, pp. 169 y ss.

⁴ Cfr. LÓPEZ VICO, S.: “La protección jurídico social de las familias monoparentales en el siglo XXI: Un análisis jurisprudencial sobre la posible ampliación del permiso por nacimiento” en VV.AA.: *Derecho vivo de la Seguridad Social: VIII Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2023*, RODRÍGUEZ INIESTA, G. y LASAOSA IRIGOYEN, E. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2024, pp. 148 y 149.

⁵ *Ibidem*, pp. 149 y 150.

2. EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA DURACIÓN DE LOS PERMISOS DE NACIMIENTO Y CUIDADO EN FAMILIAS MONOPARENTALES EN EL MARCO DEL SECTOR PÚBLICO

En primer lugar, cabe detenerse en la argumentación seguida por nuestro Alto Tribunal en la STS 1612/2024, 15 de Octubre de 2024, ya que si bien en dicho caso el debate se circunscribe al ejercicio y duración del permiso de nacimiento para las familias monoparentales en el sector público, no resulta baladí detenerse a analizar la línea interpretativa seguida en dicho marco⁶.

Para ello, la norma en torno a la que surge en este caso la controversia es el art. 49 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP). Esta norma, al regular la duración del permiso por nacimiento fija una duración total de diecisésis semanas, tanto para la madre como para el otro progenitor, debiendo de disfrutarse las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de manera ininterrumpida y obligatoria por ambos. No obstante, este precepto, no entra a desarrollar de manera específica el régimen jurídico aplicable a las familias monoparentales, limitándose a contemplar únicamente el supuesto de fallecimiento de la madre, caso en el cual sí se prevé de manera expresa la posibilidad para el otro progenitor de hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso.

Pues bien, encontrándonos ante un marco regulador similar al existente en el sector privado, cabría pensar que la Sala adoptaría una interpretación similar a la que anteriormente aludímos en el marco de la STS 783/2023 de 2 de marzo de 2023 en el sector privado. Sin embargo, para sorpresa de muchos, no fue así.

En el marco del sector público el Alto Tribunal esgrimió que “*en el caso de las familias monoparentales, el permiso previsto en el artículo 49 del TRLEBEP, ha de ser interpretado, para evitar la discriminación de los menores recién nacidos y teniendo en cuenta el interés superior de los mismos reconocido constitucionalmente, en el sentido de adicionarle al permiso previsto en el apartado a) (16 semanas), el previsto en el apartado b) (10 semanas al excluirse las 6 primeras semanas)*”⁷.

Para llegar a dicho razonamiento se basa la Sala en diversos puntos relevantes y, como veremos, totalmente opuestos a los que rigieron en el caso del sector privado. Pues bien, de ellos cabe destacar los siguientes:

En primer lugar, entiende la Sala que denegar dicha ampliación del permiso en el caso de las familias monoparentales “*no parece compatible ni con la Constitución, ni con el derecho de la Unión Europea, ni con las normas internacionales, y, en fin, ni con el resto del ordenamiento jurídico*⁸”. Es más, sobre la base del art. 49 EBEP entiende que no se “*autoriza, ni impone, ni prohíbe, que al permiso de maternidad del apartado a), pueda añadirse, o no, el permiso del otro progenitor que regula el apartado c) del mismo precepto legal*⁹”. Y, por tanto,

⁶ Un análisis comparativo detallado sobre los últimos pronunciamientos de las salas de lo social y contencioso-administrativa del TS puede encontrarse en GARCÍA GIL, M.B.: “Familias monoparentales y permiso por nacimiento y por cuidado de hijo o menor. Oportunidad de los pronunciamientos de las dos Salas del Tribunal Supremo” en *Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, ISSN-e 2660-7360, Vol. 5, N.º 3, 2024.

⁷ Véase el FD noveno de la STS 1612/2024, 15 de Octubre de 2024.

⁸ Véase el FD sexto de la STS 1612/2024, 15 de Octubre de 2024.

⁹ Véase el FD séptimo de la STS 1612/2024, 15 de Octubre de 2024.

“no nos puede conducir a declarar que ante el silencio de la Ley, lo que procede es denegar cualquier permiso, tanto los de apartado a), como los del apartado a) y c) del artículo 49 del TRLEBEP, porque ninguna clase de permiso se prevé específicamente para este tipo de familias¹⁰”. Recordando también que “en todo caso, la Ley ya ha encarado un supuesto de familia monoparental, como el que tiene lugar por el fallecimiento de la madre, en el artículo 49 a) párrafo segundo del TRLEBEP, antes aludido. Y ante esta circunstancia ha llegado a la conclusión de que el otro progenitor puede hacer uso de la totalidad del permiso en curso de la madre, permitiendo, por tanto, la suma o adición que postula aquí la parte recurrente, y que la Administración y la Sala de apelación vedaron¹¹”. Por todo ello, entiende la Sala que “a los efectos de la igualdad conviene reparar que entre los supuestos que cita el artículo 14 de la CE está específicamente el nacimiento... El tipo de familia no puede, por tanto, determinar la diferencia de trato, de modo que el nacido en una familia monoparental disfrutará del cuidado, atención y protección familiar..., por un tiempo muy inferior, 16 semanas, que tendría si hubiera nacido en una familia biparental, 26 semanas¹²”.

En segundo lugar, otro argumento que fue desecharido en el sector privado y que, por el contrario, adquiere un especial protagonismo en el marco del sector público es el *interés del menor*, entendiendo que si bien son relevantes todos los posibles intereses convergentes en el marco de este permiso (como son a título ejemplificativo el de la protección de la madre, favorecer la conciliación familiar y profesional o la promoción de la igualdad entre los progenitores respecto de los deberes de cuidado de los hijos, “el interés del menor destaca sobre todos ellos..., situándose en un plano destacado y preferente¹³”). Ello obliga por tanto a la necesidad de interpretar el citado precepto de forma que se evite “de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento, y por cualquier otra condición o circunstancia personal o social (artículo 14 de la CE), según haya nacido en un tipo u otro de familia¹⁴”, al estar en juego la igualdad entre los menores recién nacidos. Sobre la base de dicha argumentación entendió por tanto la Sala que nos encontramos “ante una discriminación entre menores que se cualifica por el perjuicio indudable que padecen quienes se ven privados tempranamente de los cuidados que dispensan con su presencia constante alguno de sus progenitores¹⁵”.

Por último, se trae también a colación la necesidad de atender en la interpretación al contexto o realidad social imperante en el momento en el que surge este conflicto¹⁶.

3. LA POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU POSIBLE REPERCUSIÓN EN NUESTRO MARCO LEGAL

No habiendo transcurrido ni un mes desde el pronunciamiento al que acabamos de aludir, se dio un nuevo impulso relevante en esta materia por medio de la STC 140/2024, de 6 de noviembre de 2024. En la que, por fin, tras años de intenso debate tanto doctrinal como jurisprudencial en torno a esta compleja cuestión, entra el Tribunal Constitucional a resolver la misma.

¹⁰ Véase el FD séptimo de la STS 1612/2024, 15 de Octubre de 2024.

¹¹ Véase el FD sexto de la STS 1612/2024, 15 de Octubre de 2024.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Véase el FD séptimo de la STS 1612/2024, 15 de Octubre de 2024.

Pues bien, por medio de la misma se vino a plantear la inconstitucionalidad de los artículos 48 (párrafos 4, 5 y 6) del ET y del art. 177 LGSS por la posible vulneración por parte de los mismos de los arts. 39 (apartados 1, 2 y 4) y 41 CE, y dentro de esta en particular del art. 10.2 CE en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y del art. 14 CE en relación con el art. 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Por otro lado, se plantea también la vulneración del art. 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea; y del art. 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Entrando en los antecedentes sobre los que se basan el auto de la presente cuestión, nos encontramos de nuevo ante la titular de una familia monoparental a la cual se le reconoció en el año 2021 la prestación por nacimiento y cuidado de menor por una duración total de dieciséis semanas y que posteriormente solicitó al INSS la ampliación de la misma hasta alcanzar una duración total de treinta y dos semanas, resultado de sumar a la prestación a la misma reconocida la duración de la que en su caso habría correspondido al otro progenitor. Dicha petición fue denegada por el INSS, situación que derivó, en primer lugar en una reclamación administrativa ante el INSS para posteriormente terminar en los tribunales, declarando el Juzgado de lo Social núm. 34 de Barcelona el derecho de la actora a percibir la prestación por nacimiento y cuidado durante dicho plazo de treinta y dos semanas al entender la sala que lo contrario, además de suponer una discriminación por razón de sexo ante la actual composición mayoritaria de las familias monoparentales, supondría un agravio de los hijos nacidos en familias monoparentales frente a aquellos de las familias biparentales. Dicho recurso fue recurrido en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que planteó la cuestión de inconstitucionalidad objeto de análisis.

Llegados a este punto, cabe detenernos en los fundamentos jurídicos sobre la base de los cuales, podemos ya adelantar, estima el TC polémicamente la cuestión de inconstitucionalidad y, con ello, declara inconstitucionales los arts. 48.4 ET y 177 LGSS.

Para llegar a dicho fallo realiza la sala un detallado e instructivo recorrido por la normativa que resulta aplicable a esta cuestión y su evolución en nuestro país, lo cual permite evidenciar una serie de cuestiones clave sobre las que luego se basa la Sala para resolver la presente cuestión de inconstitucionalidad:

1. Actualmente ni el art. 48.4 ET ni el 177 LGSS “*prevé un régimen específico para el disfrute de los permisos por nacimiento y cuidado de menor, así como la percepción de las correspondientes prestaciones de la seguridad social, en el seno de una familia monoparental*”¹⁷”.
2. Se ha producido también una evolución relevante en la finalidad sobre la base de la cual tradicionalmente se han configurado en nuestro país los permisos de paternidad y de maternidad, ahora calificados como permisos por nacimiento y cuidado de menor. Así, si bien inicialmente se contempló en nuestro país el permiso de maternidad como una medida destinada principalmente a proteger la salud de la mujer trabajadora que hubiese dado a luz y el de paternidad como una vía para fomentar la conciliación y corresponsabilidad, se ha ido progresivamente transitando a un modelo en el que la finalidad perseguida es

¹⁷ Véase FJ segundo de la STC 140/2024, de 6 de noviembre de 2024.

múltiple “en tanto no solo pretende preservar la salud de la mujer trabajadora ante el hecho biológico singular de la maternidad, sino también garantizar la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el ámbito laboral por la vía de fomentar la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos y facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar¹⁸”.

3. Por último, y esto es relevante en nuestra opinión, las últimas reformas operadas en nuestro país por medio del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, han evidenciado que, siguiendo expresamente las palabras de la Sala, “la especial consideración de las familias monoparentales no ha sido ajena a nuestro ordenamiento y el legislador ha mostrado una especial sensibilidad en su protección¹⁹”. Ello aun cuando dicha protección haya quedado limitada a una serie de supuestos especiales y muy concretos.

Sobre la base de dichos razonamientos entra la Sala a analizar en primer lugar la posible discriminación por razón de nacimiento de las familias monoparentales en nuestro país, entendiendo al respecto que “nos encontramos ante una diferencia de trato entre situaciones que son sustancialmente iguales y que son relevantes desde la perspectiva de una de las finalidades que persigue la norma de cuya constitucionalidad se duda, en concreto, la de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar a fin de que los progenitores puedan prestar a sus hijos los cuidados y atención que necesitan nada más nacer (art. 39.3 CE). Es obvio que la duración e intensidad de la necesidad de atención y cuidado de un recién nacido es la misma con independencia del modelo familiar en el que haya nacido..., en un supuesto como el ahora analizado, las normas cuya constitucionalidad se cuestiona provocan una diferencia de trato entre los menores nacidos en una familia monoparental y los nacidos en una familia biparental²⁰”. Añadiendo que, “debemos entender que la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, que el art. 14 CE expresamente contempla, incluye el nacimiento en cualquier modelo de familia²¹”. Por ello, descarta la Sala las razones esgrimidas por la Fiscalía General del Estado, la Abogacía del Estado y el representante de la Seguridad Social, de las cuales, a nuestro parecer, cabe resaltar aquella mediante la cual se aduce que no existe discriminación, puesto que los hijos de las familias monoparentales no siempre tendrán acceso a un mayor tiempo de atención sobre la base de los citados permisos, ya que ello depende “del cumplimiento por sus progenitores de ciertos requisitos de alta en la seguridad social y de períodos mínimos de cotización²²”. Sin embargo, como hemos adelantado ya, la Sala descarta este argumento al entender que “no se trata aquí de determinar si la norma que analizamos introduce una diferencia de trato objetiva y razonable al exigir ciertos requisitos de alta en la seguridad social y de períodos mínimos de cotización para el acceso a las prestaciones económicas por nacimiento y cuidado de hijo. Por el contrario, la duda de constitucionalidad que ahora se nos plantea parte del cumplimiento de esas exigencias legales y apunta que, cumplidas las mismas, la norma provoca una desigualdad de trato entre los menores nacidos en familias monoparentales y biparentales, en tanto los primeros podrán disfrutar de un período de tiempo de cuidado de sus progenitores nada más nacer sustancialmente menor que los segundos²³”.

¹⁸ Véase FJ cuarto de la STC 140/2024, de 6 de noviembre de 2024.

¹⁹ Véase FJ tercero de la STC 140/2024, de 6 de noviembre de 2024.

²⁰ Véase FJ quinto de la STC 140/2024, de 6 de noviembre de 2024.

²¹ *Ibidem*.

²² Véase FJ quinto de la STC 140/2024, de 6 de noviembre de 2024.

²³ Véase FJ quinto de la STC 140/2024, de 6 de noviembre de 2024.

En segundo lugar, entra a analizar el TC si dicha diferencia de trato encuentra justificación alguna. En este sentido se alega por la Fiscalía General del Estado, la Abogacía del Estado y el letrado de la Administración de la Seguridad Social que “*la equiparación de los permisos de nacimiento y cuidado de menor de la trabajadora, madre biológica, y el otro progenitor persigue, además de la conciliación de la vida laboral y familiar y la promoción de la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos, la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en todos los ámbitos*²⁴”. Pues bien, al respecto considera la Sala que dichos motivos “*de ningún modo satisfacen el canon más estricto y riguroso que en estos casos requieren las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad*²⁵”. Es más, matiza que en este supuesto la omisión por parte del legislador de una regulación de esta materia no puede encontrarse en el fomento de la corresponsabilidad (al no existir segundo progenitor con el que poder repartir dichas labores de cuidado) ni en materia de conciliación (al tener ambos modelos de familia las mismas necesidades en dicho punto y establecerse, pese a ello, una regulación diferenciada). Por último, y esta cuestión nos parece sumamente relevante, entiende la Sala que no puede entenderse que dicho aumento de la duración del permiso de nacimiento en el caso de familias monoparentales pueda ir en detrimento de la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres, ya que ello “*presupone reconocer a los empleadores un conocimiento de aspectos íntimos de la vida de sus empleados; conocimiento que, en principio, les está vedado ex art. 18 CE*²⁶”.

Sobre la base de dichos razonamientos entiende esta Sala que mediante la omisión por parte del legislador de una alusión concreta a las familias monoparentales en esta materia se introduce “*una diferencia de trato por razón del nacimiento entre niños y niñas nacidos en familias monoparentales y biparentales que no supera el canon más estricto de razonabilidad y proporcionalidad aplicable en estos casos, al obviar por completo las consecuencias negativas que produce tal medida en los niños y niñas nacidos en familias monoparentales*²⁷”. Otorgando para ello un especial peso por parte de dicho Tribunal, por un lado, a los propios menores de edad a los que expresamente considera como “*uno de los principales beneficiarios de las normas cuestionadas*²⁸” y por otro lado a la especial vulnerabilidad de los mismos ante la mayor exposición de estas familias al riesgo de pobreza o exclusión social.

Por todo ello, falla nuestro Tribunal Constitucional estimando la cuestión de inconstitucionalidad planteada, declarando que “*los arts. 48.4 LET y 177 LGSS..., generan ex silentio una discriminación por razón de nacimiento de los niños y niñas nacidos en familias monoparentales, que es contraria al art. 14 CE, en relación con el art. 39 CE, en tanto esos menores podrán disfrutar de un período de cuidado de sus progenitores significativamente inferior a los nacidos en familias biparentales*²⁹”. Para corregir dicho agravio, no se declara la nulidad plena de dichos preceptos, ya que ello supondría “*la expulsión de nuestro ordenamiento jurídico de las normas que reconocen a todos los progenitores los permisos y prestaciones por nacimiento y cuidado de menor*³⁰”, remitiendo al legislador “*en uso de su libertad de configuración normativa y a la luz de su específica legitimidad..., llevar a cabo, a*

²⁴ Véase FJ sexto de la STC 140/2024, de 6 de noviembre de 2024.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Véase FJ sexto de la STC 140/2024, de 6 de noviembre de 2024.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Véase FJ sexto de la STC 140/2024, de 6 de noviembre de 2024.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Véase FJ séptimo de la STC 140/2024, de 6 de noviembre de 2024.

partir de esta sentencia, las modificaciones pertinentes para reparar la vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 39 CE³¹”.

Sin embargo, y este es uno de los aspectos más controvertidos de esta Sentencia³², no se queda aquí la Sala, sino que por el contrario va más allá precisando que “*en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, en las familias monoparentales el permiso a que hace referencia el art. 48.4 LET, y en relación con él el art. 177 LGSS, ha de ser interpretado en el sentido de adicionarse al permiso del primer párrafo para la madre biológica (dieciséis semanas), el previsto en el segundo para progenitor distinto (diez semanas, al excluirse las seis primeras)*³³”.

Por último, y en aras de garantizar la seguridad jurídica, indica expresamente el TC que no serán susceptibles de ser revisadas aquellas sentencias que a la fecha del pronunciamiento objeto de análisis ya tuvieran fuerza de cosa juzgada ni tampoco aquellas para las que a fecha de la presente resolución no se hubiesen presentado la correspondiente solicitud.

Pues bien, como decimos, este pronunciamiento no ha estado exento de debates. Tanto es así, que el mismo cuenta de partida con dos votos particulares emitidos los magistrados D. Ramón Sáez Valcárcel y por D. Enrique Arnaldo Alcubilla y Dña. Concepción Espejel Jorquera. El primero de ellos sostiene que se incurre en un fallo metodológico al considerarse como situaciones iguales dos situaciones que “*no guardan la necesaria homogeneidad ni son, por tanto, susceptibles de ser comparadas jurídicamente a los efectos del juicio constitucional de igualdad, lo que debería haber llevado a descartar la vulneración del art. 14 CE*³⁴””. Para el magistrado, el principal fallo se encuentra en considerar que el permiso de nacimiento y la correspondiente prestación vinculada al mismo “*es un mecanismo de protección del hijo*”, sosteniendo el mismo que nos encontramos ante “*derechos estrictamente individuales e intransferibles del trabajador por cuenta ajena*” y, por tanto, ante un determinado mecanismo de protección laboral en función de sus condiciones individuales.

Mientras que, por otro lado, el segundo de los votos particulares aducidos considera que en el fallo de la Sentencia el Tribunal asume “*una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde, elimina la libertad de configuración normativa del legislador*³⁵”.

³¹ *Ibidem*.

³² Sobre esta punto ya se pronunció en su día MOLINA NAVARRETE, C.: “El «bamboleo» de la perspectiva de género (y de infancia) en la reciente jurisprudencia ¿se puede compensar el «daño de maternidad» (incluso monoparental) a través de la Seguridad Social sin su judicialización total? con ocasión de las Sentencias del Tribunal Supremo 111/2023, de 8 de febrero, 167/2023, de 27 de febrero, y 169/2023, de 2 de marzo”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 474, 2023, pág. 198, al sostener que la vulnerabilidad social y profesional a la que se encuentran expuestas las familias monoparentales “debe ser compensado jurídicamente...”, Pero esa necesidad debe atribuirse a quien, en un Estado no solo social sino democrático de derecho, le corresponde: la ley, primero, los servicios públicos sociales, después, y también las empresas, a través, por ejemplo, de una mayor flexibilidad en la aplicación para ellas del artículo 34.8 del ET”.

³³ Véase FJ séptimo de la STC 140/2024, de 6 de noviembre de 2024.

³⁴ En el mismo sentido puede encontrarse VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “El permiso y subsidio por razón de nacimiento y cuidado de menor en las familias monoparentales. Comentario a la STC 140/2024, de 6 de noviembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 70, 2025.

³⁵ Esta crítica se repite habitualmente en los distintos pronunciamientos doctrinales que se han producido tras dicha sentencia. Por todos véase CARMONA PAREDES, R.: “La ampliación del permiso por nacimiento en familias monoparentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2024, de 6 de noviembre”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 484, 2025, pág. 307.

4. LAS DUDAS E INCERTIDUMBRES ANTE LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE FAMILIAS MONOPARENTALES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Como ha podido extraerse del análisis hasta ahora realizado lejos de encontrarnos ante el cierre del debate en torno a la duración de los permisos por nacimiento y cuidado en el marco de las familias monoparentales lo que han hecho los últimos pronunciamientos y, especialmente aquel del TC, es pausar momentáneamente dicha conflictividad pero meramente a nivel jurisprudencial, siendo, si cabe, aún más intenso el debate doctrinal sobre esta cuestión³⁶.

Efectivamente, el expreso aumento de la duración del permiso por nacimiento por parte del TC ha hecho que los últimos pronunciamientos judiciales en esta materia se limiten a reproducir el criterio adoptado por el mismo, al menos mientras siga sin existir un pronunciamiento expreso por parte del legislador.

Sin embargo, ello no obsta a que, en el plazo que medie hasta ello puedan existir otros pronunciamientos a nivel europeo que den un nuevo giro en esta cuestión. Basta en este sentido con recordar el reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) por medio de la STJUE de 16 de mayo de 2024, asunto C-673/22³⁷, en el que si bien se declara la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial planteada, “no [se] descarta la posibilidad de que, bajo diferentes condiciones, la acumulación de permisos pueda ser considerada³⁸”.

Es más, actualmente se encuentra pendiente de resolver una reclamación colectiva interpuesta ante el Comité Europeo de Derechos Sociales por parte la confederación sindical ELA-EUSKAL SINDIKATUA contra España por la posible infracción de los arts. 12.3), 16, 17.1.a), 27.1, 30 y el artículo E de la Carta Social Europea (revisada) ante la insuficiencia del permiso de nacimiento y cuidado del menor en las familias monoparentales³⁹.

³⁶ En este punto, no resulta baladí resaltar la crítica al pronunciamiento del TC por algunos autores en tanto que en el mismo se “ha dejado pasar la oportunidad de resolver [esta cuestión] desde la perspectiva de la discriminación indirecta entre mujeres y hombres”. Véase CASTRO FRANCO, A.: “La corresponsabilidad y el interés superior del menor como principios en la interpretación judicial del tiempo de trabajo avances y deficiencias”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales, Derecho del Empleo*, Vol. 13, N.º 1, 2025, pág. 428. En el mismo sentido véase MARTÍNEZ MORENO, C.: “Han dejado de ser los obstáculos a la conciliación familiar una discriminación por razón de sexo? A propósito de la sentencia del Pleno del TC sobre la protección por nacimiento y cuidado de hijos en familias monoparentales” en VV.AA.: *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2024*, CASAS BAAMONDE, M.E. (Coord.), Madrid, Cinca, 2025, págs. 447-448.

³⁷ Un análisis detallado de la misma puede encontrarse, entre otros, en MONERO PÉREZ, J.L. y GUINDO MORALES, G.: “¿Tienen derecho las familias monoparentales a que se les amplíe diecisésis semanas el permiso de maternidad?: Sentencia del Tribunal de Justicia 7^a 16 de mayo de 2024, asunto C-673/22: Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 128, 2024 [recurso de acceso digital] o en RIVAS VALLEJO, P.: “Inidoneidad del planteamiento de la cuestión prejudicial cuando se invoca norma distinta a la aplicable al caso: aplicación de la regulación del permiso parental al permiso por (maternidad) nacimiento de hijos”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* (RJL), N.º 5, 2024.

³⁸ CHABANNES, M.: “Familias monoparentales y ampliación del permiso por nacimiento y cuidado del menor. El último episodio de la saga con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de mayo de 2024 (asunto C-673/22)”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º 115-116, 2024. [recurso de acceso digital]

³⁹ En detalle sobre esta cuestión y su regulación en la Carta Social Europea (revisada) véase BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: La Carta Social Europea y las familias monoparentales. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 140/24, de 6 de noviembre de 2024, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 70, 2025.

En nuestra opinión, no nos encontramos ante una cuestión nada fácil. Son relevantes y numerosos tanto los argumentos a favor como en contra de la ampliación de la duración de dicho permiso. Así, no puede negarse el relevante impacto que la ampliación de dicho permiso y de su correspondiente prestación de carácter contributivo tendría tanto desde el punto de vista del empresario como de la financiación de nuestro sistema de seguridad social. Y, del mismo modo, no puede desconocerse la especial exposición de este modelo de familias a situaciones de pobreza extrema y de exclusión social. Por ello, debería de avanzarse legalmente en la protección de las mismas, no solo mediante la ampliación de los permisos por nacimiento y cuidado, sino también recogiendo medidas que efectivamente permitan garantizar el acceso y mantenimiento del progenitor de dicho modelo de familias en el mercado laboral⁴⁰. Ello, además, encuentra su razón de ser en el posible “efecto bumerán⁴¹” que en cierto modo podría causar medidas en principios garantistas como las debatidas para las mujeres, al poder reforzar los ya de por sí asentados estereotipos de género existentes en nuestro país.

Por otro lado, en nuestra opinión, ampliar el derecho a la prestación contributiva por nacimiento en el caso de las familias monoparentales encuentra serios problemas que no han sido contemplados por el TC en el marco de su último pronunciamiento ya que, realmente, al encontrarnos ante una prestación contributiva se exige a ambos progenitores una serie de requisitos en cuya ausencia no cabría reconocer la misma⁴². Ello nos lleva

⁴⁰ En este sentido, CARMONA PAREDES, R.: “La ampliación del permiso por nacimiento en familias monoparentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2024, de 6 de noviembre”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, cit.*, pág. 308, sostiene que “es necesaria una regulación más amplia que la «recomendada» por el TC que comprenda extensamente los distintos tipos de familia conformados por una persona progenitora biológica o no biológica. Aquí comprenderíamos distintos modelos de familia, incluso aquellos en los que finalmente ha debido hacerse cargo de la persona menor otra u otro familiar directo, como pudiera ser el abuelo o abuela de la criatura. Una redacción de la norma que acogiera totalmente los fundamentos jurídicos en los que se sustenta la sentencia aquí comentada requeriría la adición de las 10 semanas de permiso y prestación en un ordinal independiente que hiciera alusión a la familia monoparental, pero también a otras fórmulas de familia reconocidas. Entonces sí, el interés superior de la persona menor estaría totalmente garantizado con el mismo nivel de cuidado de atención en los primeros meses de vida con independencia de la estructura familiar que la acoja”. También en este sentido CHABANNES, M.: “Familias monoparentales y ampliación del permiso por nacimiento y cuidado del menor. El último episodio de la saga con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de mayo de 2024 (asunto C-673/22)”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, cit.*, al considerar que “podría evaluarse la posibilidad de proporcionar apoyo adicional al progenitor único en el cuidado de los menores, facilitado por otros familiares hasta el segundo grado, por ejemplo”. Asimismo véase ARRIETA IDIAKEZ, F.J.: “Argumentos a favor y en contra de la acumulación de los permisos de nacimiento y de cuidado de menor recién nacido en las familias monoparentales, a la luz de la jurisprudencia existente. Comentario a la STS de 2 de marzo de 2023”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit.*, pág. 663, al disponer que sería más razonable “en la senda de lo previsto en el artículo 34.8 del TRLET, optar por medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, es decir, por medidas que no aparten a la mujer del trabajo durante largos períodos de tiempo y que al mismo tiempo permitan el debido cuidado del menor”. Por último, cfr. VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “El permiso y subsidio por razón de nacimiento y cuidado de menor en las familias monoparentales. Comentario a la STC 140/2024, de 6 de noviembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit.*, pág. 621, al resaltar la protección de las familias monoparentales puede pasar, desde luego, por implementar políticas de extensión de los permisos parentales, pero estos no deben considerarse de manera aislada, resultando preferible una visión global capaz de configurar apoyos económicos y asistenciales integrales que consideren todas las necesidades y respuestas en juego para evitar ahondar en brechas y sesgos que, ocultos tras la protección, terminen impactando negativamente sobre las posibilidades laborales de las progenitoras únicas”.

⁴¹ Véase VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “El permiso y subsidio por razón de nacimiento y cuidado de menor en las familias monoparentales. Comentario a la STC 140/2024, de 6 de noviembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit.*, pág. 626.

⁴² Alertando sobre las “aporías tan significativas que crearía reconocer, por decisión jurisdiccional, una prestación contributiva *ex novo* sin ponderación de criterios y presupuestos, solo con la simple regla de la duración

a plantearnos si dicha decisión podría suponer una discriminación de los hijos de las familias biparentales en las que uno de los progenitores no cumpliese los requisitos para acceder a la misma⁴³.

En todo caso, una cuestión queda clara, resulta imprescindible que el legislador tome por fin partida en esta cuestión al ser patente la inseguridad jurídica y controversia que actualmente rodean la determinación de la duración de los permisos por nacimiento.

En dicho sentido, resultó esperanzador la aprobación por el Consejo de Ministros del Proyecto de Ley de familias⁴⁴, sin embargo, habiendo transcurrido más de un año desde entonces dicha norma sigue en tramitación⁴⁵.

Por lo tanto, habrá que esperar para ver que nuevos avances se producen en esta materia en los próximos meses y cual es la posición que se asume al respecto tanto a nivel europeo como por parte de nuestro legislador.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARRIETA IDIAKEZ, F.J.: "Argumentos a favor y en contra de la acumulación de los permisos de nacimiento y de cuidado de menor recién nacido en las familias monoparentales, a la luz de la jurisprudencia existente. Comentario a la STS de 2 de marzo de 2023", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 68, 2024, págs. 627- 665.

BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: La Carta Social Europea y las familias monoparentales. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 140/24, de 6 de noviembre de 2024, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 70, 2025, págs. 458-467.

duplicada, sin más", véase MOLINA NAVARRETE, C.: "El «bamboleo» de la perspectiva de género (y de infancia) en la reciente jurisprudencia ¿se puede compensar el «daño de maternidad» (incluso monoparental) a través de la Seguridad Social sin su judicialización total? con ocasión de las Sentencias del Tribunal Supremo 111/2023, de 8 de febrero, 167/2023, de 27 de febrero, y 169/2023, de 2 de marzo", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, cit.*, pág. 198. Otros autores como Carmona Paredes, R.: "La ampliación del permiso por nacimiento en familias monoparentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2024, de 6 de noviembre", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, cit.*, págs. 307 y 308 entienden que la diferencia favorable que supone permitir para las familias monoparentales disfrutar de una "prestación doble que solo depende de un alta y cotización, cuando en las familias biparentales el permiso de cada persona trabajadora depende del cumplimiento de los requisitos de forma independiente, al igual que el disfrute del mismo...", debe analizarse con perspectiva de género, por lo que las diferencias, en caso de producirse, estarían plenamente justificadas en la consecución de una igualdad real y efectiva".

⁴³ Sobre esta cuestión véase ARRIETA IDIAKEZ, F.J.: "Argumentos a favor y en contra de la acumulación de los permisos de nacimiento y de cuidado de menor recién nacido en las familias monoparentales, a la luz de la la jurisprudencia existente. Comentario a la STS de 2 de marzo de 2023", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit.*, págs. 662-664.

⁴⁴ 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]

⁴⁵ Sobre el estado actual de dicho proyecto de ley: https://www.congreso.es/es/proyectos-de-ley?p_p_id=initiativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_initiativas_mode=mostrarDetalle&_initiativas_legislatura=XV&_initiativas_id=121/000011

Una crítica sobre el contenido de dicho proyecto puede encontrarse en VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: "El permiso y subsidio por razón de nacimiento y cuidado de menor en las familias monoparentales. Comentario a la STC 140/2024, de 6 de noviembre", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit.*

CARMONA PAREDES, R.: "La ampliación del permiso por nacimiento en familias monoparentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2024, de 6 de noviembre", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, Nº. 484, 2025, págs. 300-308.

CASTRO FRANCO, A.: "La corresponsabilidad y el interés superior del menor como principios en la interpretación judicial del tiempo de trabajo avances y deficiencias", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 13, Nº. 1, 2025, págs. 412-446.

CHABANNES, M.: "Familias monoparentales y ampliación del permiso por nacimiento y cuidado del menor. El último episodio de la saga con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de mayo de 2024 (asunto C-673/22)", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Nº. 115-116, 2024

GARCÍA GIL, M.B.: "Familias monoparentales y permiso por nacimiento y por cuidado de hijo o menor. Oportunidad de los pronunciamientos de las dos Salas del Tribunal Supremo" en *Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, ISSN-e 2660-7360, Vol. 5, Nº. 3, 2024, págs. 126-158.

GARCÍA ROMERO, B.: "Derecho de las madres biológicas de familias monoparentales a la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de menor para poder disfrutar del que le hubiera correspondido al otro progenitor", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, Nº. 1, 2025.

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-AESSS 2022*, RODRÍGUEZ INIESTA, G. Y LASAOSA IRIGOYEN, E. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2023, págs. 137-143.

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 INSUA, B.M., ORTEGA LOZANO, P.G. Y GUINDO MORALES, S. (Dirs.), Granada, Comares, 2023, págs. 153-178

LÓPEZ VICO, S.: "La protección jurídico social de las familias monoparentales en el siglo XXI: Un análisis jurisprudencial sobre la posible ampliación del permiso por nacimiento" en VV.AA.: *Derecho vivo de la Seguridad Social: VIII Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2023*, RODRÍGUEZ INIESTA, G. y LASAOSA IRIGOYEN, E. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2024, págs. 141-152.

MARTÍNEZ MORENO, C.: "Han dejado de ser los obstáculos a la conciliación familiar una discriminación por razón de sexo? A propósito de la sentencia del Pleno del TC sobre la protección por nacimiento y cuidado de hijos en familias monoparentales" en VV.AA.: *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2024*, CASAS BAAMONDE, M.E. (Coord.), Madrid, Cinca, 2025, págs. 445-448.

MOLINA NAVARRETE, C.: “El «bamboleo» de la perspectiva de género (y de infancia) en la reciente jurisprudencia ¿se puede compensar el «daño de maternidad» (incluso monoparental) a través de la Seguridad Social sin su judicialización total? con ocasión de las Sentencias del Tribunal Supremo 111/2023, de 8 de febrero, 167/2023, de 27 de febrero, y 169/2023, de 2 de marzo”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 474, 2023, págs. 181-199.

MONEREO PÉREZ, J.L. y GUINDO MORALES, G.: “¿Tienen derecho las familias monoparentales a que se les amplíe dieciséis semanas el permiso de maternidad?: Sentencia del Tribunal de Justicia 7ª 16 de mayo de 2024, asunto C-673/22: Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 128, 2024.

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 VV.AA.: *Derecho vivo de la Seguridad Social. VII Seminario permanente de estudio y actualización URJC-AESSS 2022*, RODRÍGUEZ INIESTA, G. Y LASAOSA IRIGOYEN, E. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2023, págs. 169-178.

RIVAS VALLEJO, P.: “Inidoneidad del planteamiento de la cuestión prejudicial cuando se invoca norma distinta a la aplicable al caso: aplicación de la regulación del permiso parental al permiso por (maternidad) nacimiento de hijos”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, Nº. 5, 2024.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “El permiso y subsidio por razón de nacimiento y cuidado de menor en las familias monoparentales. Comentario a la STC 140/2024, de 6 de noviembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 70, 2025, págs. 614-636.

NUEVOS SUPUESTOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL. LOS DONANTES DE ÓRGANOS

IRENE MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Investigadora predoctoral

Universidad de Deusto

 <https://orcid.org/0009-0009-7415-3687>

Sumario: **1.** La donación en vida de órganos y tejidos en España; **2.** Riesgos de los donantes en vida de órganos y tejidos; **3.** El camino hacia la protección sociolaboral de los donantes en vida; **4.** La Ley 6/2024 de 20 de diciembre, para la mejora de la protección de las personas donantes en vivo de órganos o tejidos para su posterior trasplante; **5.** Reflexiones finales.

1. LA DONACIÓN EN VIDA DE ÓRGANOS Y TEJIDOS EN ESPAÑA

La Real Academia Española define la donación como una «liberalidad de alguien que transmite gratuitamente algo que le pertenece a favor de otra persona que lo acepta»². Es, por tanto, por definición, un acto altruista, que se realiza sin esperar recibir nada a cambio. Cuando ese «algo» que se constituye como objeto de esa liberalidad es de tal importancia como lo es un órgano, tendente a mejorar la calidad de vida de la persona donataria o incluso tendente a permitir su supervivencia misma, podría ser considerado como el mayor acto de bondad que existe entre los seres humanos³.

¹ Investigadora predoctoral del grupo de investigación reconocido por el Gobierno Vasco «Estímulos como solución a las cuestiones jurídicas que plantean las transiciones digital, ecológica y social en materia laboral y de protección social. La necesaria adaptación del Derecho laboral» (IT1499-22), de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto.

Beneficiaria del Programa Predoctoral de Formación de Personal Investigador No Doctor del Departamento de Educación del Gobierno Vasco (Orden de 20 de junio de 2023, del Consejero de Educación, por la que se establecen las bases de la convocatoria de las ayudas nuevas y renovaciones para el Programa Predoctoral de Formación de Personal Investigador no Doctor correspondiente al curso 2023-2024).

² RAE: *Diccionario de la lengua española*, 2021. <https://www.rae.es/drae2001/donaci%C3%B3n> (última consulta 24 de marzo de 2025).

³ ORGANIZACIÓN NACIONAL DE TRANSPLANTES: «Donación de órganos», <https://www.ont.es/informacion-al-ciudadano-3/donacion-de-organos-3-4/> (última consulta 24 de marzo de 2025).

En el año 2023, España registró un máximo histórico en la actividad de donaciones y trasplante de órganos, actividad que crece también en el conjunto de la Unión Europea⁴. De hecho, de acuerdo con el último informe publicado a fecha de hoy por el *Global Observatory on Donation and Transplantation*, relativo igualmente al año 2023, España fue el primer país en donantes fallecidos de órganos por millón de habitantes⁵, y mantiene su liderazgo mundial, desde hace más de 30 años, en la actividad de donación de órganos y trasplantes en general⁶. En su balance de actividad relativo al año 2024, la Organización Nacional de Trasplantes (en adelante, ONT), anuncia un nuevo máximo histórico en la tasa de donantes de órganos por millón de habitantes⁷.

La donación de tejidos y médula ósea se regula en nuestro país en el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos⁸; mientras que la donación de órganos lo hace en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos⁹ la (en adelante, Ley de trasplantes).

De acuerdo con la Ley de trasplantes, la entrega de órganos es necesariamente altruista, puesto que se prohíbe terminantemente la percepción de compensación alguna por su realización. Además, en caso de fallecimiento toda persona se considera como donante si en vida no se ha expresado lo contrario, siendo necesario preguntar a familiares y/o allegados sobre la voluntad de la persona fallecida a este respecto, para tratar de conocer la voluntad del finado (artículo 5 Ley de trasplantes).

Sin embargo, la donación de órganos y tejidos no solo está prevista en el supuesto de muerte de la persona donante, sino también en vida de esta.

La donación en vida está limitada a un listado de órganos y tejidos delimitado, en concreto, limitado a aquellos cuya extracción no supone un riesgo para la vida del donante, y, en el caso de los órganos, cuando su función puede «ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura»¹⁰, como puede ser el riñón, una parte del hígado, páncreas o pulmón, la sangre, la médula ósea y el cordón umbilical¹¹.

⁴ LA MONCLOA: «España encabeza la donación de órganos en 2023, un año histórico para los trasplantes», 2024. <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/sanidad14/paginas/2024/280824-espana-lideracion-organos.aspx> (última consulta 24 de marzo de 2025).

⁵ GLOBAL OBSERVATORY ON DONATION AND TRANSPLANTATION: «International report on organ donation and transplantation activities 2023», 2024. <https://www.transplant-observatory.org/2020-internationactivities-report-%e2%80%8e/> (última consulta 24 de marzo de 2025).

⁶ LA MONCLOA: «El modelo español de trasplantes: funcionamiento y claves de su liderazgo mundial», 2024. <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/sanidad14/Paginas/2024/modelo-trasplante-y-donacion-espana.aspx> (última consulta 24 de marzo de 2025).

⁷ MINISTERIO DE SANIDAD: «La Organización Nacional de Trasplantes presenta su balance de actividad en 2024», 2025. <https://www.ont.es/wp-content/uploads/2025/01/BALANCE-ONT-2024-PRENSA-completo-1.pdf> (última consulta 24 de marzo de 2025).

⁸ «BOE» núm. 163, de 5 de julio de 2014.

⁹ «BOE» núm. 266, de 06 de noviembre de 1979.

¹⁰ Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad. «BOE» núm. 313, de 29 de diciembre de 2012.

¹¹ SERVICIO GALEGO DE SAÚDE: «Preguntas frecuentes sobre donación», <https://www.sergas.es/Doazon-e-Transplantes/Doaz%C3%B3n-Preguntas-Frecuentes?idioma=es> (última consulta 24 de marzo de 2025).

En este caso, esta donación de órganos en vida puede ser realizada por cualquier persona que decida que sus órganos se destinen a esa finalidad previo cumplimiento de lo previsto en el artículo 4 de la Ley de trasplantes. A saber: ser mayor de edad, gozar de buena salud física, disfrutar de plenas facultades mentales, haber sido informado de las consecuencias de su decisión, haber otorgado su consentimiento de forma expresa, libre y consciente -con especificidades en el caso de que el donante fuese una persona con discapacidad-, y que el destinatario del órgano extraído sea anónimo y reciba el órgano extraído con el fin de mejorar sustancialmente su esperanza o condiciones de vida. Adicionalmente, deberán, por supuesto, darse ciertos requisitos de carácter médico, también previsto en esta Ley.

En este supuesto de donación de órganos y tejido en vida el consentimiento ha de ser necesariamente escrito, contando con la firma tanto de la persona donante como del médico que ha de efectuar la extracción, tras haber dado las explicaciones necesarias. Es decir, como puede observarse, el consentimiento en el caso de la donación en vida está sometido a un tratamiento reforzado¹².

Sin embargo, si bien la donación de órganos y tejidos, como hemos dicho, se realiza sin contraprestación alguna, garantizándose así su altruismo, no menos cierto es que de este acto podría derivarse prejuicios, económicos y personales, para el donante. A este respecto, el propio artículo 2 de la Ley de trasplantes prevé que han de arbitrarse los medios necesarios para que la donación «no sea en ningún caso gravosa para el donante vivo».

No obstante, estos perjuicios en algunos casos son más evidentes que en otros, que pasan más desapercibidos y resultan más difíciles de compensar.

2. RIESGOS DE LOS DONANTES EN VIDA DE ÓRGANOS Y TEJIDOS

Las personas donantes de órganos y tejidos en vida se ven expuestas a una serie de riesgos de diversa índole, tanto físicos, como psicológicos y sociales.

El Observatorio de Bioética y Derecho de la Universitat de Barcelona presentó en 2011 el informe «Documento sobre trasplante de órganos de donante vivo»¹³ en el que ponía de manifiesto que, si bien el trasplante entre vivos presenta ventajas indudables para el receptor y para las instituciones -en términos de una mejor expectativa y calidad de vida, así como de un menor coste del trasplante-, también genera riesgos para el donante, que no siempre resultan tan evidentes, pero que no por ello deben pasarse por alto.

Además de los riesgos físicos propios del sometimiento a una intervención quirúrgica y de los posibles efectos somáticos y/o psicológicos que ello puede generar, existen otras consecuencias de índole laboral, económica y patrimonial que es necesario tomar en consideración. Así, no tener derecho a la baja laboral ni a la prestación correspondiente, como consecuencia de la no consideración expresa de la donación como causa de incapacidad temporal, o el aumento de las primas de seguros sanitarios y de vida, o de las dificultades para el acceso a préstamos bancarios¹⁴, entre otros, incrementan los

¹² VICANDI MARTÍNEZ, A., GIL MEMBRADO, C.: «De La Extracción de Órganos de donantes vivos (Artículo 78-80)», *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, 1^a ed., 515, Madrid, Dykinson, 2016, pág. 524.

¹³ BUISAN, L., GARCÍA MANRIQUE, R., MAUTONE, M., NAVARRO, M.: «Documento sobre trasplante de órganos de donante vivo», *Observatori de Bioètica i Dret*, 2011.

¹⁴ OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET: «Clipping de prensa «Documento sobre trasplante de órganos de donante vivo»», 2012. <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7606/9512> (última consulta 25 de marzo de 2025).

perjuicios a los que estas personas se enfrentan como consecuencia de un acto altruista y solidario.

Ya en 2021, con objeto de la trasposición de la Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante¹⁵, el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad¹⁶, se abordaron algunos de estos riesgos, contribuyendo a mejorar la protección de las personas donantes.

La Directiva reconoce en sus considerandos los riesgos que asumen los donantes tanto en relación con la pruebas de idoneidad previas a la donación, como con el procedimiento de obtención del órgano en sí mismo (considerando 23). Estos riesgos derivan de las posibles complicaciones médicas, quirúrgicas, sociales, financieras o psicológicas de las que, por supuesto, el donante tiene derecho a ser informado con carácter previo a prestar su consentimiento. Pero no solo basta con ser informado de los posibles prejuicios de este acto, sino que la Directiva insta a los Estados a minimizar estos riesgos, para así garantizar el mayor nivel de protección posible de los donantes.

Las iniciativas previstas por el Real Decreto 1723/2012, en trasposición de la Directiva, recaen sobre todo en el ámbito de la acreditación, homologación y autorización de centros; en las normas de calidad y seguridad de los órganos y de su obtención, preservación, transporte y trasplante, garantía de la calidad y seguridad en todo el proceso. Siendo, por supuesto, bien recibidas estas protecciones, tras la adopción de este Real Decreto aún quedaba un amplio camino por recorrer para maximizar la protección de los donantes en vida de órganos y tejidos.

3. EL CAMINO HACIA LA PROTECCIÓN SOCIOLABORAL DE LOS DONANTES EN VIDA

A pesar del liderazgo mantenido por España en la actividad de donación de órganos durante las tres últimas décadas, en 2014, se constató un descenso en la tasa de donación en vida en nuestro país, lo que motivó una campaña liderada por la Federación Nacional de Asociaciones para la lucha contra las enfermedades del riñón (ALCER)¹⁷, denominada «ConVida», tendente a su promoción. En esta campaña, participaron otros actores relevantes en el ámbito de la donación de órganos, en concreto, y de la salud, en general, como ONT, la Sociedad Española de Nefrología, la Sociedad Española de Trasplantes y la Sociedad Española de Enfermería Nefrológica y Astellas Pharma. Esta campaña, iniciaría un proceso tendente a la adopción de una legislación adecuada tendente a la protección de los donantes de órganos. Así, en el año 2017, la Federación hizo pública su petición de una ley a este respecto y se unió a la Federación Nacional de Enfermos y Trasplantados Hepáticos (FNETH), con el apoyo de la ONT, en su pretensión.

En aquel momento, las personas donantes de órganos y tejidos, en ausencia de previsión específica de la donación de órganos y tejido como causa de incapacidad temporal,

¹⁵ «DOUE» núm. 207, de 6 de agosto de 2010.

¹⁶ «BOE» núm. 313, de 29 de diciembre de 2012.

¹⁷ FEDERACIÓN NACIONAL DE ASOCIACIONES PARA LA LUCHA CONTRA LAS ENFERMEDADES DEL RIÑÓN: 2021, *op.cit.*

se encontraban cubiertas por la prestación por incapacidad temporal por enfermedad común, sin ninguna especificidad, lo cual conlleva una serie de perjuicios¹⁸, tanto para el trabajador como para el empleador. Una de las principales críticas de estos colectivos ante esta situación consistía en que el proceso de donación se compone de diversas etapas, tales como análisis de idoneidad, actos sanitarios previos, pruebas médicas, actos de asesoramiento, información, preparación entre otros, que exige a los donantes ausentarse de su puesto de trabajo, lo cual queda extramuros de la cobertura por incapacidad temporal por enfermedad común.

Además, esta cobertura tampoco ampara a quienes no tienen una carrera de cotización suficiente para acceder a la prestación por incapacidad temporal por enfermedad común.

Ante esta situación, sería inicialmente el Grupo Parlamentario Ciudadanos quien recogiera el guante de estas entidades, presentando una primera Proposición no de Ley sobre la mejora de la protección sociolaboral de las personas donantes vivas de órganos que, sin embargo, no prosperó, pues ni siquiera se votó a favor de su toma en consideración, quedando esta sin efecto en 2023¹⁹.

En ese mismo año, 2023, sería el Grupo Parlamentario Socialista quien presentaría otra iniciativa, en este caso, una proposición de ley, en este mismo ámbito. Si bien su contenido sería más limitado que el propuesto por Ciudadanos. La proposición se presentó el 17 de abril de 2023 y su toma en consideración se aprobó por el Pleno del Congreso de los Diputados el 18 de mayo de ese año por, a falta de un voto a favor, la totalidad de los votos emitidos²⁰.

Sin embargo, como consecuencia de la convocatoria anticipada de elecciones generales, que se celebrarían en julio de 2023, y consiguiente disolución de las cámaras, el proceso parlamentario se vio interrumpido, decayendo, en consecuencia, la proposición.

Siendo reanudado el proceso en 2024, una nueva proposición de ley para la mejora de la protección de las personas donantes en vivo de órganos para su posterior trasplante, liderada nuevamente por el Grupo Parlamentario Socialista, fue presentada²¹. Se acordó por unanimidad su toma en consideración, encomendándose su aprobación con competencia legislativa plena a la Comisión de Trabajo, Economía Social, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (en adelante, la Comisión)²².

El Grupo Parlamentario Socialista y SUMAR introdujeron enmiendas al texto inicial tendentes, por un lado, a incluir en su ámbito de aplicación subjetivo de la ley a los donantes de tejidos, y no solo a los de órganos, y a añadir igualmente, de forma expresa, al colectivo de trabajadores del sector marítimo-pesquero; y, por otro lado, a incluir una

¹⁸ GIL VILLANUEVA, M.: «Supuesto de solicitud de nuevo permiso donantes de órganos o tejidos vivos», Aranzadi Digital (CPR)2025\29), 2025.

¹⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie D. Núm. 49, de 10 de marzo de 2020. 161/000288.

²⁰ CORTES GENERALES: Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, núm. 271, 18 de mayo de 2023.

²¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie B: Proposiciones de Ley. Núm 110-1. 17 de mayo de 2024. 122/000097.

²² CORTES GENERALES: Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, núm. 43, 28 de mayo de 2024

disposición adicional para imponer la evaluación de los efectos de la ley y valorar la posible ampliación de su ámbito subjetivo a futuro.

Es este punto segundo el que genera un mayor debate, y que motivó la presentación por parte del Grupo Parlamentario Popular de una enmienda *in voce* tendente a la reformulación de esta disposición adicional. Sometidas a debate y votación las enmiendas propuestas, se acordó el texto final de la proposición de ley, incluyendo las enmiendas planteadas por el grupo socialista y SUMAR, pero no la del Grupo Popular, ni tampoco las enmiendas que fueron propuestas por VOX²³.

Rechazándose la enmienda presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario Popular, en el mismo sentido de la presentada en la Comisión, a la que hemos aludido en el párrafo anterior, el 12 de diciembre de 2024 se ratificó en el Pleno del Congreso el texto, en los términos en los que había sido aprobado por la Comisión²⁴. Es decir, incorporando la disposición adicional tal y como fue redactada por el Grupo Parlamentario Socialista y SUMAR, así como ciertas nociones técnicas y la inclusión del término «tejidos», además del de órganos y la inclusión de los trabajadores del sector marítimo-pesquero.

Es preciso poner de manifiesto que, conforme a la enmienda del Grupo Parlamentario Popular se planteaba la modificación del literal de la disposición adicional primera, contemplando igualmente una evaluación *ex-post* de la eficacia de la norma, que debía realizarse en el plazo de dos años desde la entrada en vigor, mediante informe elaborado por el Gobierno, así como de la posible extensión de su ámbito de aplicación, «que será remitido a las Cortes Generales». Es precisamente este matiz el relevante. La enmienda pretende contemplar expresamente que sean las Cortes Generales quienes tengan la última palabra en relación con la posible extensión subjetiva de la protección, entendiendo que, conforme al texto planteado por el Grupo Parlamentario Socialista y SUMAR, esta potestad correspondería al Gobierno.

En cualquier caso, y a pesar de estas fricciones puestas de manifiesto en el proceso legislativo, que hacen desaparecer la unanimidad existente en el momento de la toma en consideración de la Proposición, esta es aprobada y el 21 de diciembre de 2024, la Ley 6/2024, de 20 de diciembre, para la mejora de la protección de las personas donantes en vivo de órganos o tejidos para su posterior trasplante es objeto de publicación en el BOE²⁵.

4. LA LEY 6/2024 DE 20 DE DICIEMBRE, PARA LA MEJORA DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DONANTES EN VIVO DE ÓRGANOS O TEJIDOS PARA SU POSTERIOR TRASPLANTE

Esta ley supone un hito en la protección sociolaboral de los donantes en vida de órganos y tejidos y presenta novedades en materia de protección de los donantes vivos en dos ámbitos principales: incapacidad temporal y permisos retribuidos. Para ello, modifica siete normas con rango de ley, así como dos reglamentos.

²³ CORTES GENERALES: Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Trabajo, Economía social, inclusión, Seguridad Social y Migraciones, núm. 188, 16 de octubre de 2024.

²⁴ CORTES GENERALES: Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, núm. 88, 12 de diciembre de 2024.

²⁵ «BOE» núm. 307, de 21 de diciembre de 2024.

En relación con la protección social de las personas donantes, como hemos puesto de manifiesto, constituía una de las principales reivindicaciones de la sociedad civil y, como tal, su abordaje por la Ley 6/2024 constituye su principal innovación.

En concreto, esta ley concibe un nuevo supuesto específico de incapacidad temporal para los donantes en vida de órganos y tejidos, supuestos que antes solo se amparaban a través del supuesto general de incapacidad temporal por enfermedad común, como anticipábamos.

Para ello, se procede a la modificación de varios preceptos 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 Social²⁶ (en adelante, TRLGSS).

En cuanto a la duración de la obligación de cotizar, se introduce en el artículo 144.4 el literal «y aquella en la que se encuentren las personas donantes de órganos o tejidos para su trasplante» para explicitar que la obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal por aquel motivo en ese periodo; tiempo durante el cual el empleador tendrá derecho a la deducción del 75 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante la situación de incapacidad temporal.

Igualmente, se modifica el artículo 169.1.a) para añadir, en un cuarto párrafo, a «la persona trabajadora donante de órganos o tejidos para su trasplante» dentro del ámbito de las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes. Se explicita, como ya hemos mencionado, que esta «situación comprenderá tanto los días discontinuos como ininterrumpidos, en los que el donante reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo como consecuencia de la preparación médica de la cirugía, como los transcurridos desde el día del ingreso hospitalario para la realización de esta preparación o la realización del trasplante hasta que sea dado de alta por curación».

En relación con la prestación económica, se modifica el artículo 171 para precisar que, durante la incapacidad temporal por este supuesto, «la prestación consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes».

El artículo 172.a, que prevé que, en caso de enfermedad común, se exige haber cotizado 180 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante, se modifica para eliminar esta obligación en ciertas situaciones especiales. En concreto, en las situaciones previstas por el artículos 169.1.a), párrafos segundo y cuarto, es decir, la menstruación incapacitante secundaria, la interrupción del embarazo, la gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena y, por último, la incapacidad temporal especial por donación de órganos o tejidos para su trasplante. Supuestos en los que no se exigirá periodo mínimo de cotización para poder ser considerado como beneficiario de la prestación.

Por último en lo que respecta al TRLGSS, se procede a la modificación del artículo 173.1, relativo al nacimiento y duración del subsidio, para precisar que, en las situaciones especiales de incapacidad temporal por donación de órganos o tejidos para su trasplante, «el subsidio se abonará a cargo de la entidad gestora o colaboradora que cubra la incapacidad temporal por contingencias comunes desde el mismo día de baja».

²⁶ «BOE» núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

Por lo tanto, la previsión específica de este supuesto y consiguiente modificación de los preceptos del TRLGSS concernidos permite atender las preocupaciones a este respecto y subsanar las críticas que existían como consecuencia de la subsunción de esta situación dentro del supuesto de incapacidad temporal por enfermedad común.

Por un lado, se garantiza la adecuada cobertura del donante durante todo el proceso de donación, incluyendo tanto la preparación previa a la intervención, como la recuperación posterior y no solo, por lo tanto, el tiempo necesario para la intervención en sí misma.

Por otro lado, la eliminación de la exigencia de un periodo de cotización mínimo previo permite garantizar el acceso al íntegro de la prestación, que consistirá en un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora, para todos aquellos donantes de órganos y/o tejidos. Es importante matizar que la aplicación de esta situación de incapacidad temporal específica exige afiliación, alta o situación asimilada al alta, requisito que no se modifica con respecto a lo previsto en el artículo 165 del TRLGSS.

Además, la ley supone un hito en el reconocimiento de derechos esenciales para los donantes en vida, otorgándoles una mayor cobertura legal, a través del reconocimiento una serie de permisos retribuidos específicos para cubrir estas situaciones²⁷. La previsión de estos permisos se realiza a través de la modificación del Estatuto de los Trabajadores y del Estatuto Básico del Empleado Público.

En concreto, se añade una nueva letra g (sic) al artículo 37.3 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, Estatuto de los Trabajadores o ET)²⁸ que prevé la posibilidad de ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, previo aviso y justificación al empleador «por el tiempo indispensable para la realización de los actos preparatorios de la donación de órganos o tejidos siempre que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo». Esta previsión se contempla justo a continuación de los permisos retribuidos por catástrofes medioambientales introducidos como letra g por el Real Decreto-ley 8/2024, de 28 de noviembre, como consecuencia de la DANA.

En concreto, se reconoce la baja laboral por donación de órganos o tejidos durante los días, discontinuos o ininterrumpidos, en los que el donante no pueda prestar sus servicios ya sea por la preparación médica de la cirugía, por el ingreso hospitalario para la intervención, o por la posterior curación.

En términos similares, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, Estatuto Básico del Empleado Público)²⁹, reconoce dicho permiso para los empleados públicos, con el mismo literal (artículo 48.m)).

De esta manera, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la promulgación de la Ley 6/2024, se ampara la ausencia durante la jornada laboral para la asistencia a sesiones de información, la realización de informes y exámenes clínicos, la exploración médica previa a la declaración de idoneidad y la prestación del consentimiento. Con estas previsiones se cubren mediante estos permisos retribuidos las ausencias necesarias que,

²⁷ FEDERACIÓN NACIONAL DE ASOCIACIONES PARA LA LUCHA CONTRA LAS ENFERMEDADES DEL RIÑON: 2021, *op.cit.*

²⁸ «BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

²⁹ «BOE» núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

sin embargo, al producirse como consecuencia de actos preparatorios para la posterior donación y trasplante, no podrían quedar amparadas por la situación especial de incapacidad temporal al no alcanzar en su duración toda la jornada médica³⁰.

La Ley 6/2024 introduce también una modificación en el estatuto específico de protección de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, en concreto, del artículo 23.2 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero³¹ para recoger la situación de incapacidad temporal especial, por remisión a los artículos 169.1.a), párrafos segundo, tercero y cuarto, del texto refundido del TRLGSS, en los términos de los artículos 144, 172 y 173 de la misma norma.

En idéntico sentido, el régimen general del TRLGSS se extiende expresamente al personal al servicio de la Administración de Justicia -modificándose los artículos 11.b, 12, 18, 19.2 y 20.1 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio-, a las Fuerzas Armadas -modificándose los artículos 8.e, 9.1.b, 17.1, 18.1y 20 del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio-, y los Funcionarios Civiles del Estado -modificándose los arts. 11.e, 12.1.b, 14, 18.1, 19.1 21.1.c del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio-. Se modifican, en concordancia, los artículos 40.b, 41.b, 67.1.a, 69.1, 71. 3, 72.3 del Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y los artículos 88, 95.196.1 del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo.

5. REFLEXIONES FINALES

En tanto que acto altruista y solidario «está más allá de lo debido y, por tanto, más allá de lo exigible»³², por lo que la protección sociolaboral conferida a estas personas debe ser máxima. Más aún cuando, habida cuenta de que las personas donantes de órganos y tejidos en vida constituyen un grupo reducido en número de personas, la ampliación de la cobertura para su amparo no supone un problema para la sostenibilidad de la Seguridad Social.

Suscribimos aquí las reflexiones del profesor HIERRO HIERRO³³ en esta materia en el sentido de valorar positivamente la consideración de esta nueva situación específica de incapacidad temporal, sin por ello dejar de ser conscientes de algunas de las deficiencias que presenta.

³⁰ «Aprobada la Ley para la mejora de la protección de las personas donantes en vivo de órganos o tejidos para su posterior trasplante», 2024. <https://www.laboral-social.com/ley-mejora-proteccion-personas-donantes-en-vivo-organos-tejidos-posterior-trasplante> (última consulta 24 de marzo de 2025).

³¹ «BOE» núm. 253, de 22 de octubre de 2015.

³² BUISAN, L., GARCÍA MANRIQUE, R., MAUTONE, M., NAVARRO, M.: 2011, *op.cit.*: 33.

³³ HIERRO HIERRO, F.J.: «Una nueva situación especial de incapacidad temporal y permiso retribuido: por donación de órganos o tejido», Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 283, 2025, Cizur Menor, Editorial Aranzadi.

Estas deficiencias afectan a aspectos de técnica legislativa y a la creación de incoherencias en la utilización de elementos propios de las contingencias comunes y de las profesionales, entre otras.

Además, llama la atención tanto el retraso en la adopción de esta medida -preocupación constatada, por lo menos, desde 2020, cuando fue presentada la proposición no de ley de Ciudadanos- como, en tantas otras ocasiones, la dispersión normativa en materia de supuestos especiales de incapacidad temporal³⁴.

Adicionalmente, falta por profundizar en esta protección sociolaboral de los donantes en vida de órganos y tejidos, que siguen viéndose expuestos a perjuicios en el ámbito de los servicios financieros.

Resta por ver, por un lado, si, dado que no se ha previsto expresamente, la protección contra el despido de personas que hayan disfrutado de estos nuevos permisos es suficientemente garantista -o si, por el contrario, sería preciso configurarla como motivo expreso de nulidad, como propuso Ciudadanos³⁵- . Recordemos aquí brevemente que habría que tomar también en consideración a este respecto que la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación³⁶ prohíbe la discriminación por «enfermedad o condición de salud», previsión que podría también amparar la situación de las personas donantes en vida de órganos y tejidos. Adicionalmente, podría entrar en juego la nulidad por vulneración de derechos fundamentales, en concreto, de la garantía de indemnidad, de acuerdo con la interpretación realizada por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de diciembre de 2024³⁷.

Por otro lado, resulta asimismo relevante valorar si, en ausencia de inclusión expresa en el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 6/2024 de autónomos, personas incluidas en el Régimen Especial de la Minería del Carbón y desempleados en situación asimilada al alta, se consideran o no subsumidos dentro de esta. Esto último, de hecho, fue objeto de debate en el seno de la Comisión, como consecuencia de la disposición adicional introducida como enmienda por el Grupo Parlamentario Socialista y SUMAR en lo relativo a la extensión del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley tras la correspondiente evaluación de sus efectos³⁸.

³⁴ HIERRO HIERRO, F.J.: «Ley 6/2024, de 20 de diciembre: una nueva situación especial de incapacidad temporal», *Briefs AEDTSS*, 124, 2024.

³⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie D. Núm. 49, de 10 de marzo de 2020. 161/000288.

³⁶ «BOE» núm. 167, de 13 de julio de 2022.

³⁷ Sentencia 1359/2024, del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 2024 (núm. rec. 523/2024).

³⁸ CORTES GENERALES: Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Trabajo, Economía social, inclusión, Seguridad Social y Migraciones, núm. 188, 16 de octubre de 2024.

LAS FAMILIAS MONOPARENTALES/MONOMARENTALES Y LA DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO: UNA HISTORIA INTERMINABLE

CONCEPCIÓN MORALES VÁLLEZ

Magistrado Suplente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Profesor ayudante Doctor del Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos

Doctora en Derecho

 <https://orcid.org/0009-0003-2194-2734>

Sumario: 1. Introducción; 2. Marco jurídico; 3. Marco judicial; 4. Conclusiones; 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El problema de las familias monoparentales/monomarentales¹ y de la duración de la prestación por nacimiento, es recurrente y recibe un amplio abordaje por parte de nuestros Tribunales que en el presente artículo se pretende acometer al objeto de aportar una visión transversal de la materia.

Asimismo, hemos de señalar la necesidad de impulso urgente de la Ley de familias², y que desde el pasado 20/03/2024, se encuentra en periodo de ampliación de enmiendas, pues entendemos que es necesario un régimen jurídico propio que contemple medidas específicas para aquellas situaciones familiares en que exista una sola persona progenitora, con sus hijos e hijas, de modo que sus integrantes no queden en situación de desventaja, y se les reconozca el derecho a contar con un título acreditativo de validez estatal, denominado título de familia monoparental/monomarental, y con una acción protectora específica, en la que se incluya además la equiparación de las que cuentan con dos hijas o hijos como familia con mayores necesidades de apoyo a la crianza³, y ello sin obviar, la perspectiva de género, el interés superior del menor, la inclusión social de las personas con discapacidad,

¹ El término «monomarental» se recoge, por primera vez en VV.AA. *La realidad de la monoparentalidad en España. Un análisis multidisciplinar*. Obra colectiva dirigida por GARCÍA GIL, María Begoña y coordinada por CASTRO CONDE, Macarena. SEPÍN (diciembre 2022). 196 páginas. ISBN nº 978-84-1388-242-0.

² Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) nº 11-1, de fecha 08/03/2024 (Proyecto de Ley 121/000011, Proyecto de Ley de familias). https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-11-1.PDF (Disponible en página web a 27/04/2025).

³ Cfr. Disposición Final Octava del Proyecto de Ley de familias.

y las nuevas formas de familia existentes en nuestra sociedad, a las que no podemos dejar atrás en el reconocimiento de derechos para la protección de la familia y para el fomento de la natalidad en nuestro país⁴.

Y también hemos de indicar que por su especial configuración, esto es, familias con un solo progenitor, se expone a dicho modelo familiar, a una tasa de riesgo de pobreza y exclusión social casi del 53%, según la última encuesta de condiciones de vida elaborada por el INE⁵.

Y ya para concluir, hemos de hacer referencia a que en la actualidad, la monoparentalidad es reconocida según la comunidad autónoma, y tan sólo diez Comunidades Autónomas ofrecen el título de familia monoparental⁶, lo que pone en evidencia la existencia de una desigualdad territorial en torno al reconocimiento de derechos de las familias monoparentales/monomarentales, y a los diferentes presupuestos públicos para la ejecución de políticas enfocadas a este específico modelo familiar.

2. MARCO JURÍDICO

La familia es una institución esencial dentro de nuestra sociedad y una de las principales protagonistas de los cambios que ha vivido la ciudadanía a lo largo de las últimas décadas.

Desde la perspectiva constitucional, el artículo 39 de la Constitución insta a los poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de las familias, y además establece de forma expresa que los poderes públicos “aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación”.

Por su parte la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París con fecha 10/12/1948 establece en su artículo 16.3 que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”⁷.

Asimismo, la Carta Social Europea, hecha en Estrasburgo, con fecha 03/05/1996⁸, establece en su artículo 16 relativo al derecho de la familia a protección social, jurídica y económica, que “con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de

⁴ Según el INE, el número de hogares monoparentales según sexo, edad y estado civil del progenitor asciende en el año 2020 (último dato estadístico) a un total de 1.944,8, de los cuales 362,7 están formados por hombres y 1.582,1 están formados por mujeres (las unidades, expresan miles de hogares monoparentales).

⁵ Cfr. INE, encuesta de condiciones de vida (ECV) del año 2024, resultados definitivos, de fecha 13/02/2025. https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176807&menu=ultiDatos&idp=1254735976608 (Disponible en página web a 27/04/2025).

⁶ A saber, Aragón, Baleares, Asturias, Cataluña, Cantabria, Galicia, La Rioja, Navarra, Murcia y la Comunidad Valenciana.

⁷ Cfr. Informe del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre “Protección de la familia: contribución de la familia a la realización del derecho a un nivel de vida adecuado para sus miembros, en particular a través del papel que desempeña en la erradicación de la pobreza y en el logro del desarrollo sostenible”, de fecha 26/10/2015. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/ProtectionFamily/CivilSociety/InstituteFamilyPolicy.docx> (Disponible en página web a 01/05/2025).

⁸ Cfr. Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, en BOE nº 139/2021, de 11 de junio.

viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas”.

En el mismo sentido, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea señala en su artículo 7, relativo al respeto de la vida privada y familiar, que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar”; en su artículo 9, relativo al derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia, que “se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”; y en su artículo 33.1, relativo a la vida familiar y vida profesional, que “se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social”⁹.

Y también hemos de tener en cuenta, dada su importancia que la Comisión Europea ha denunciado a España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹⁰ por no haber informado sobre las medidas adoptadas para transponer la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo¹¹, Directiva en la que se establecen unos requisitos mínimos destinados a lograr la igualdad entre mujeres y hombres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, facilitando a las personas trabajadoras que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional, y a tal fin establece dos derechos individuales a favor de los progenitores y/o cuidadores.

El primero, es el derecho al permiso de paternidad, al permiso parental y al permiso para cuidadores.

Y el segundo, es el derecho a fórmulas de trabajo flexible para las personas trabajadoras progenitores o cuidadores.

Podemos entender que el hecho de facilitar a esos progenitores y cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional, permite contribuir a lograr los objetivos de igualdad entre mujeres y hombres por lo que respecta a las oportunidades del mercado laboral, igualdad de trato en el trabajo y fomento de un elevado nivel de empleo en la Unión Europea, tal y como se recoge en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹².

Además, es uno de los compromisos adquiridos por España como parte del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, inspirado en la Agenda del Cambio, en la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas, que se estructura en torno a diez políticas palanca que inciden directamente en aquellos sectores productivos con mayor capacidad de transformación de nuestro tejido económico y social.

Las diez políticas palanca integran, a su vez, 31 componentes o líneas de acción, estructuradas en 111 reformas y 142 inversiones, y en este punto, el componente 22, relativo al plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión, recoge en ordinal C22.R3, la reforma relativa a “aprobar una nueva Ley de protección de las familias y de reconocimiento de su diversidad para proteger los diversos

⁹ Diario Oficial C 202, de fecha 07/06/2016, páginas 389 a 405.

¹⁰ *Work-life balance: Commission decides to refer BELGIUM, IRELAND AND SPAIN to the Court of Justice of the European Union for failing to fully transpose the Work-Life Balance Directive* https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_5372 (Disponible en página web a 27/04/2025).

¹¹ Diario Oficial L 188, de fecha 12/07/2019, páginas 79 a 93.

¹² Diario Oficial C 326, de fecha 26/10/2012, páginas 47 a 390.

tipos de estructuras familiares existentes y la determinación de todas aquellas prestaciones y servicios a las que las mismas tienen derecho según sus características y niveles de ingresos”.

Y parece importante señalar, en este punto, que la propuesta de Decisión de ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de España¹³, ya establecía expresamente que debía ser aprobada una “nueva Ley de protección de las familias y reconocimiento de su diversidad, con el fin de responder a las transformaciones demográficas y sociales que se han producido en las últimas décadas. El objetivo de esta nueva Ley será proporcionar reconocimiento jurídico a los diversos tipos de estructuras familiares existentes y determinar las prestaciones y los servicios a los que tienen derecho según sus características y niveles de ingresos. A tal fin, las reformas comprenderán la sistematización, la actualización y la mejora del marco legal y de la acción protectora que la Administración General del Estado reconoce a las familias atendiendo a su diversidad, tanto en términos de protección social (prestaciones, servicios sociales) como jurídica (reformas en el Derecho Civil en relación con determinados colectivos: parejas no casadas, familias reconstituidas) y económica (fiscalidad, becas, etc.). Incluirá también una revisión de la Ley de familias numerosas.

Un objetivo general de la reforma es reducir la pobreza infantil. Por lo tanto, se prestará especial atención a la reducción de las desigualdades proporcionando protección a las familias con necesidades especiales o en situaciones de vulnerabilidad, como las familias monoparentales, o aquellas en riesgo de pobreza o de exclusión social. Además, la Ley establecerá principios y objetivos compartidos para garantizar la coherencia y la complementariedad con otras políticas públicas, incluida la fiscalidad, y mejorar la intensidad protectora en términos subjetivos.

La implementación de la medida estará terminada a más tardar el 30 de junio de 2023”, de modo que ya vamos tarde, para alcanzar los objetivos propuestos en el ambicioso Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia elaborado por el Gobierno de España, con el objeto de recibir el apoyo financiero de la UE¹⁴.

En definitiva, es preciso acomodar nuestro ordenamiento jurídico a las obligaciones internacionales y supranacionales establecidas, y también es necesario adaptarse a las transformaciones demográficas y sociales que se han producido en las últimas décadas, en las que las familias españolas han experimentado muchos cambios en su tamaño y en su composición, lo que afecta de forma directa a la natalidad¹⁵.

Y es precisamente la diversidad y pluralidad en las realidades y estructuras familiares la que fundamenta la existencia de un sinfín de necesidades particulares asociadas a los diferentes modelos de convivencia familiar.

Y ya para concluir, hemos de recordar que el artículo 9.2 de la Constitución establece el principio de igualdad material, y por ende, se mandata al legislador para impulsar las medidas oportunas para corregir las desigualdades y para garantizar que los miembros

¹³ COM/2021/322 final.

¹⁴ España es uno de los principales beneficiarios del Mecanismo con una suma total de 163.000 millones de euros incluyendo 84.000 millones de euros en préstamos, para el periodo 2021-2026.

¹⁵ Durante 2023 se registraron 320.656 nacimientos en España lo que supuso un descenso del 2,6% respecto al año anterior. Y el número medio de hijos por mujer se redujo hasta 1,12. https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177007&menu=ultiDatos&idp=1254735573002 (Disponible en página web a 01/05/2025).

de todas las familias se encuentren en una situación de igualdad en el acceso a derechos laborales, sociales, económicos o de cualquier otra índole.

3. MARCO JUDICIAL

Tal y como ha interpretado el propio Tribunal Constitucional, el concepto de familia no queda limitado a las familias de origen matrimonial, aunque “el contenido jurídico de cada una de esas formas de familia es cuestión del legislador ordinario y, por lo tanto, conceder derechos distintos a los integrantes de cada una de esas formas no implica una vulneración del principio de igualdad constitucional”¹⁶.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado, ya desde antiguo, que ningún problema de constitucionalidad existiría si el concepto de familia presente en el artículo 39.1 de la Constitución hubiera de entenderse referido, en términos exclusivos y excluyentes, a la familia fundada en el matrimonio, más lo cierto es que, sin embargo, “nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tutivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter «social» de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por lo tanto, con la constrictión del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura -en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales- esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo”¹⁷.

En fin, y a criterio del Tribunal Constitucional, del propio artículo 39.1 de la Constitución no cabe derivar, por lo tanto, una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales.

Por su parte, la RAE define a la familia como el “grupo de personas vinculadas por relaciones de matrimonio, parentesco, convivencia o afinidad”.

Llegados a este punto, la primera Sentencia del Tribunal Supremo que se pronuncia sobre la duración de la prestación por nacimiento y cuidado de menores en familias monoparentales, y en la que fija su doctrina en la materia, rechaza la posibilidad de que un progenitor de una familia monoparental pueda acumular el doble de la prestación por nacimiento y cuidado de hijo por el hecho de criar en solitario, cobrando así la prestación que habría correspondido al otro progenitor de haber existido¹⁸.

Analicemos sus razonamientos reiterados en múltiples Sentencias del Tribunal Supremo dictadas con posterioridad.

¹⁶ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) nº 93/2014, de 16 de junio, recaída en el Recurso nº 6704/2004.

¹⁷ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 222/1992, de 11 de diciembre, recaída en el Recurso nº 1797/1990.

¹⁸ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo nº 169/2023, de 2 de marzo, recaída en el Recurso nº 3972/2020, y también su interesante, a los efectos que aquí nos interesan, voto particular.

La prestación de nacimiento y cuidado del menor que se contiene en el artículo 177 del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre, es de naturaleza contributiva de la que son beneficiarias las personas incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos previstos en el artículo 48 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, siempre que además del alta o situación legalmente asimilada, reúnan el período de carencia que se determina en el propio precepto; además, hemos de tener en cuenta que la cuantía de la prestación depende de las bases de cotización del interesado (artículo 179 del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre) y su subsistencia durante el período de disfrute se condiciona a la no realización de otro trabajo por cuenta propia o ajena (artículo 180 del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre).

Y de ello se infiere, a criterio del Tribunal Supremo, por un lado, “que es frecuente que en las familias biparentales solo uno de los progenitores pueda disfrutar de la prestación; y, por otro, que, en algunas ocasiones, el disfrute de la suspensión contractual del artículo 48.4 ET no lleva aparejado necesariamente el acceso a la prestación que se examina”¹⁹.

En cuanto al tenor literal del artículo 48.4 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre²⁰, conviene destacar la equiparación de la duración de la suspensión contractual entre ambos progenitores, así como la obligatoriedad de disfrute conjunto de las seis semanas posteriores al parto y la prohibición de transferencia del derecho entre progenitores, que responde, según el propio preámbulo de la norma, “a la existencia de una clara voluntad y demanda social. Los poderes públicos no pueden desatender esta demanda que, por otro lado, es una exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución; de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

Las objeciones del Tribunal Supremo para denegar el reconocimiento del derecho son, en primer lugar, que ello supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador; y en segundo lugar, que ello necesariamente supondría modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo que tan prolijamente establece el artículo 48.4 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, lo que, sin duda de clase alguna, afectaría al otro sujeto de la relación contractual que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la Ley, lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social.

Y así el Tribunal Supremo ha señalado que una intervención de tal calibre dista mucho de lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y

¹⁹ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo nº 1124/2024, de 13 de septiembre (Recurso nº 44/2023); 1127/2024, de 13 de septiembre (Recurso nº 1807/2023); 1128/2024, de 13 de septiembre (Recurso nº 2277/2023); 13-09-2024, nº 1129/2024, de 13 de septiembre (Recurso nº 2584/2023); 1132/2024, de 13 de septiembre (Recurso nº 2944/2023); y 1109/2024, de 12 de septiembre (Recurso nº 1637/2023), por citar solo las más recientes.

²⁰ En la redacción que le otorga el RDLeg 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.

tribunales, ya que su función es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho²¹.

Y en este punto hemos de recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en la que se afirma que el artículo 41 de la Constitución convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales.

De modo que si bien es cierto que la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus artículos 41 y 50 de la Constitución y que han de informar la legislación positiva *ex artículo 53.3* del citado texto legal, sin embargo “este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable”²².

Parece importante aquí recordar que el considerando 37 de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo²³, establece que “el requisito de evaluar si las condiciones de acceso al permiso parental y las modalidades detalladas del mismo deben adaptarse a las necesidades específicas de los progenitores en situaciones particularmente adversas”, y por ello “se anima a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicio del derecho al permiso parental, el permiso para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, familias monoparentales, padres adoptivos, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas, o progenitores en circunstancias particulares, tales como las relacionadas con nacimientos múltiples o prematuros”.

Y ello llevó al Tribunal Supremo ha concluir que “la solución al conflicto no puede sostenerse, como hace la sentencia recurrida, en la necesidad de tener en cuenta el interés del menor; no sólo porque no es el único en juego, sino porque no existe una supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales. En éstas, 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, de modo que el interés del menor, cuya importancia no se desconoce

²¹ Cfr. artículo 117 de la Constitución

²² Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional nº 91/2019, de 3 de julio (Recurso nº 688/2019); 156/2014, de 25 de septiembre (Recurso nº 3361/2012); 92/2014, de 10 de junio (Recurso nº 93/2013); 75/2011, de 19 de mayo (Recurso nº 3515/2005); 213/2005, de 21 de julio (Recurso nº 4441/1998); 149/2004, de 20 de septiembre (Recurso nº 1508/2001); 78/2004, de 20 de septiembre (Recurso nº 4328/1999); 53/2004, de 15 de abril (Recurso nº 2192/1995); 197/2003, de 30 de octubre (Recurso nº 1836/1997); 231/1993, de 12 de julio (Recurso nº 1839/1990); y 184/1993, de 31 de mayo (Recurso nº 2082/1990).

²³ Diario Oficial L 188, de fecha 12/07/2019, páginas 79 a 93.

y se considera de especial relevancia por la Sala, no puede ser el único factor decisivo y determinante en esta cuestión que debemos resolver”²⁴.

Y en cuanto a la perspectiva de género el Tribunal Supremo entendió que “no es aplicable cuando el legislador, como es el caso, es consciente de la situación que regula y de las consecuencias de la misma y establece una normativa que tiende a responsabilizar al varón en la educación y crianza de los hijos. 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”²⁵.

Con estos antecedentes jurisprudenciales en el orden social de la jurisdicción en relación a la duración de la prestación por nacimiento en las familias monoparentales, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, declara que debe reconocerse el derecho de las familias monoparentales a doblar el permiso de maternidad para evitar la discriminación de los recién nacidos, pues en el caso de las familias monoparentales, el permiso previsto normativamente ha de ser interpretado para evitar la discriminación de los menores recién nacidos y teniendo en cuenta el interés superior de los mismos reconocido constitucionalmente, en el sentido de adicionarse al permiso previsto relativo a funcionarios públicos por nacimiento para la madre biológica, de diecisésis semanas, el permiso del progenitor diferente de la madre biológica, de diez semanas al excluirse las seis primeras semanas²⁶.

Y con este pronunciamiento de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, se genera una nueva discriminación en relación a la duración de la prestación por nacimiento en las familias monoparentales, de modo que los menores recién nacidos en familias biparentales puedan recibir durante más tiempo la atención y los cuidados de alguno de sus progenitores, empleados públicos y otros no, obviando que todos los menores recién nacidos deben recibir el cuidado y atención a que se refiere el artículo 68 del Código Civil, en la misma medida, sin que la interpretación de la Ley pueda conducirnos a conclusiones que lesionen el derecho a la igualdad.

En definitiva, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo considera que a resultas de lo que determine, en su caso, el Tribunal Constitucional en relación con las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, o en su caso también, el legislador en lo relativo a la regulación legal expresa de las familias monoparentales, “la igualdad por razón de nacimiento o por cualquier circunstancia social, respecto de los menores recién nacidos (artículo 14 de la CE) y el interés superior del menor (artículo 39 de la CE), nos conduce a una interpretación conforme con la Constitución, que no podemos soslayar, a tenor de lo ya razonado en esta sentencia”.

Y atendiendo al llamamiento efectuado por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional publica la nota informativa nº 109/2024, de 6 de noviembre, en la que se adelanta que se “declara inconstitucional que las madres

²⁴ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo nº 897/2024, de 6 de junio (Recurso nº 2301/2023); y 896/2024, de 6 de junio (Recurso nº 2044/2023).

²⁵ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo nº 897/2024, de 6 de junio (Recurso nº 2301/2023); y 896/2024, de 6 de junio (Recurso nº 2044/2023).

²⁶ Cfr. Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo nº 1612/2024, de 15 de octubre (Recurso nº 5372/2022)

biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, no puedan ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de hijo más allá de 16 semanas”²⁷

La Sentencia del Tribunal Constitucional²⁸ parte de la existencia de una diferencia de trato entre situaciones que son sustancialmente iguales y que son relevantes desde la perspectiva de una de las finalidades que persigue la norma de cuya constitucionalidad se duda, en concreto, la de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar a fin de que los progenitores puedan prestar a sus hijos los cuidados y atención que necesitan nada más nacer *ex artículo 39.3 de la Constitución*, ya que es obvio que la duración e intensidad de la necesidad de atención y cuidado de un recién nacido es la misma con independencia del modelo familiar en el que haya nacido.

A pesar de esta sustancial identidad de las necesidades de cuidado que tiene cualquier recién nacido, las normas cuya constitucionalidad se cuestiona²⁹ provocan una diferencia de trato entre los menores nacidos en una familia monoparental y los nacidos en una familia biparental, en tanto en el primer caso, tan solo podrán recibir los cuidados de su madre biológica por un período máximo de diecisésis semanas (ampliable en los supuestos previstos en la Ley), mientras que, en el segundo caso, podrán recibir también los cuidados del otro progenitor por idéntico período de tiempo (también ampliable cuando así lo prevea la Ley).

Una vez que hemos determinado que nos encontramos ante una diferencia de trato normativa -aunque fuere por defecto u omisión- que tiene su origen en una de las razones prohibidas de discriminación que expresamente contempla el artículo 14 de la Constitución, debemos plantearnos si esa diferencia de trato puede estar justificada, y en relación con esta cuestión, debemos recordar que, si bien el Tribunal Constitucional ha admitido que los motivos de discriminación que el artículo 14 de la Constitución prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica, también ha subrayado que “el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación”³⁰.

A este respecto el Tribunal Constitucional también ha declarado que, “a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor

²⁷ Cfr. Nota informativa del Tribunal Constitucional https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2024_109/NOTA%2520INFORMATIVA%2520N%25C2%25BA%2520109-2024.pdf (Disponible en página web a 02/05/2025).

²⁸ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 140/2024, de 6 de noviembre (Recurso nº 6694/2023).

²⁹ Esto es, los artículos 48.4 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre y 177 del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre.

³⁰ Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional nº 1/2021, de 25 de enero (Recurso nº 1343/2018); 31/2018, de 10 de abril (Recurso nº 1406/2014); 171/2012, de 4 de octubre (Recurso nº 311/2003); 59/2008, de 14 de mayo (Recurso nº 5939/2005); 233/2007, de 5 de noviembre (Recurso nº 6219/2005); 182/2005, de 4 de julio (Recurso nº 2447/2002); 140/2005, de 6 de junio (Recurso nº 6777/2000); 39/2002, de 14 de febrero (Recurso nº 1724/1995); y 200/2001, de 4 de octubre (Recurso nº 2992/1999).

respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad”³¹, e igualmente ha declarado que, en tales supuestos, “la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE”³².

No podemos en este punto perder de vista que la cuestión que se somete a la consideración del Tribunal Constitucional no pone en duda la equiparación de los permisos de nacimiento y cuidado de menor de la trabajadora, madre biológica, y el otro progenitor, sino el hecho de que la norma no prevea la posibilidad de que la primera extienda su permiso por el período que hubiera correspondido al otro progenitor, en caso de existir, y el impacto que esa omisión tiene en los niños y niñas nacidos en familias monoparentales.

Y parece claro que la justificación de esa omisión no puede hallarse en la voluntad del legislador de fomentar la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos (indiscutible desde el punto de vista del artículo 39.3 de la Constitución), en tanto en las familias monoparentales la corresponsabilidad no es sino una quimera y una utopía, al no existir un segundo progenitor con el que poder compartir las tareas de cuidado y atención.

Y tampoco puede justificarse tal omisión en la voluntad del legislador de fomentar la conciliación de la vida familiar y laboral, en tanto parece indiscutible que los progenitores de familias monoparentales tienen las mismas necesidades de conciliación que los de familias biparentales y, a pesar de ello, las normas enjuiciadas les ofrecen posibilidades de hacerlo distintas.

Y es que también hemos de tener en cuenta que una vez configurada una determinada herramienta de protección de las madres y los hijos (artículo 39 de la Constitución), en este caso el permiso y la correspondiente prestación económica por nacimiento y cuidado de menor previstos, respectivamente, en los artículos 48.4 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre y 177 del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre, su articulación concreta debe respetar las exigencias que se derivan del artículo 14 de la Constitución y, por lo que se refiere a la cuestión suscitada, las derivadas de la prohibición de discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el artículo 14 del texto constitucional.

Y es esto precisamente lo que el legislador no hace, al introducir -mediante su inacción/omisión- una diferencia de trato por razón del nacimiento entre niños y niñas nacidos en familias monoparentales y biparentales que no supera el canon más estricto de razonabilidad y proporcionalidad aplicable en estos casos, al obviar por completo las consecuencias negativas que produce tal medida en los niños y niñas nacidos en familias monoparentales.

Y es por todo ello, por lo que el Tribunal Constitucional concluye la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, y declara que los artículos 48.4 del

³¹ Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional nº 91/2019, de 3 de julio (Recurso nº 688/2019); 182/2005, de 4 de julio (Recurso nº 2447/2002); 140/2005, de 6 de junio (Recurso nº 6777/2000); 39/2002, de 14 de febrero (Recurso nº 1724/1995); y 200/2001, de 4 de octubre (Recurso nº 2992/1999).

³² Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional nº 81/2024, de 3 de junio (Recurso nº 3819/2020); 172/2021, de 7 de octubre (Recurso nº 4119/2020); 74/2020, de 29 de junio (Recurso nº 2094/2019); 91/2019, de 3 de julio (Recurso nº 688/2019); 31/2018, de 10 de abril (Recurso nº 1406/2014); 66/2015, de 13 de abril (Recurso nº 3875/2013); 171/2012, de 4 de octubre (Recurso nº 311/2003); 9/2010, de 27 de abril (Recurso nº 1026/2004); 233/2007, de 5 de noviembre (Recurso nº 6219/2005); 182/2005, de 4 de julio (Recurso nº 2447/2002); 140/2005, de 6 de junio (Recurso nº 6777/2000); 161/2004, de 4 de octubre (Recurso nº 4295/2001); 39/2002, de 14 de febrero (Recurso nº 1724/1995); y 200/2001, de 4 de octubre (Recurso nº 2992/1999).

RDLeg 2/2015, de 23 de octubre y 177 del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre, al no prever la posibilidad de que, la madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, puedan ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de hijo más allá de diecisésis semanas, disfrutando del permiso (y también de la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social) que se reconocería al otro progenitor, en caso de existir, generan *ex silentio* una discriminación por razón de nacimiento de los niños y niñas nacidos en familias monoparentales, que es contraria al artículo 14 de la Constitución, en relación con el artículo 39 de la Constitución, en tanto esos menores podrán disfrutar de un período de cuidado de sus progenitores significativamente inferior a los nacidos en familias biparentales³³.

Nos resta analizar en alcance del fallo, y en este punto hemos de señalar que el Tribunal Constitucional afirma que dado que la inconstitucionalidad declarada se produce por la imposibilidad de extender el permiso de nacimiento y cuidado de menor en familias monoparentales, no procede la declaración de nulidad de los artículos 48.4 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre y 177 del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre, en tanto tal declaración no solo no repararía la lesión del artículo 14 de la Constitución, en relación con el artículo 39 del mismo texto legal, en que la norma incurre, sino que determinaría la expulsión de nuestro ordenamiento jurídico de las normas que reconocen a todos los progenitores los permisos y prestaciones por nacimiento y cuidado de menor.

En suma, la apreciación de la inconstitucionalidad de la insuficiencia normativa del precepto cuestionado exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática³⁴, el que lleve a cabo, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional, las modificaciones pertinentes para reparar la vulneración del artículo 14 de la Constitución, en relación con el artículo 39 del citado texto legal.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha declarado en numerosas ocasiones que no es su tarea la de definir positivamente cuáles sean los posibles modos de ajuste de una Ley al texto constitucional, más el Tribunal Constitucional considera necesario precisar que, en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, en las familias monoparentales el permiso a que hace referencia el 48.4 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre y 177 del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre, ha de ser interpretado en el sentido de adicionarle al permiso del primer párrafo para la madre biológica (diecisésis semanas), el previsto en el segundo para progenitor distinto (diez semanas, al excluirse las seis primeras).

Y también señala el Tribunal Supremo, en relación con el alcance de su fallo, que por exigencias del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), no pueden considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en su sentencia aquellas que, a la fecha de dictarse esta³⁵, hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada³⁶ o mediante resolución administrativa firme³⁷. Y

³³ Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional nº 151/2024, de 2 de diciembre (Recurso nº 1880/2024); 150/2024, de 2 de diciembre (Recurso nº 1845/2024); 149/2024, de 2 de diciembre (Recurso nº 1084/2024); 147/2024, de 2 de diciembre (Recurso nº 6078/2023); y 140/2024, de 6 de noviembre (Recurso nº 6694/2023).

³⁴ Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional nº 82/2022, de 27 de junio (Recurso nº 6113/2020); y 273/2005, de 27 de octubre (Recurso nº 1678/1998).

³⁵ Recordemos, Sentencia del Tribunal Constitucional nº 140/2024, de 6 de noviembre (Recurso nº 6694/2023).

³⁶ Cfr. artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

³⁷ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 45/1989, de 20 de febrero (Recurso nº 1837/1988).

añade que también tendrán la consideración de situaciones consolidadas aquellas respecto de las que, a la fecha de dictarse esta sentencia, no se haya presentado la correspondiente solicitud.

Con posterioridad el Tribunal Constitucional ha dictado varias sentencias en las que declara la vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de nacimiento en resoluciones judiciales y administrativas que aplican una regulación legal declarada inconstitucional en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 140/2024, de 6 de noviembre, en tanto que omite la posibilidad de que las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, puedan ampliar su permiso por nacimiento disfrutando del permiso que correspondería al otro progenitor, caso de existir; y en su parte dispositiva se estiman las demanda presentadas por vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley sin discriminación por razón de nacimiento *ex artículo 14* de la Constitución, con reconocimiento de tal derecho, se declara la nulidad de las Resoluciones administrativas y judiciales dictadas, y se retrotraen las actuaciones al momento previo al dictado de las Resoluciones del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), a fin de que, dicte otra respetuosa con el derecho de las partes recurrentes cuya vulneración ha sido declarada³⁸.

En este punto, convendremos en que son muchos los supuestos que guardan cierta similitud y analogía con el supuesto analizado y quedan fuera del alcance de la parte dispositiva de la citada Sentencia del Tribunal Constitucional, pensemos por ejemplo en la madres no biológicas de familias monoparentales, en los padres biológicos y no biológicos de familias monoparentales, pensemos en situaciones de adopción o acogimiento con un solo progenitor, o simplemente pensemos en otras estructuras familiares o de convivencia, y como se vulnera igualmente el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley sin discriminación por razón de nacimiento *ex artículo 14* de la Constitución, y se obvia, constantemente, el interés superior del menor, en todos estos supuestos.

4. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, entendemos que es necesario avanzar en el reconocimiento de los derechos de los progenitores y de los cuidadores con el objeto de facilitar la conciliación de la vida familiar y de la vida profesional, y para ello se hace necesario que el estado Español legislativamente asuma el coste que el disfrute de los permisos de nacimiento y cuidado del menor, conlleva para las empresas y para los progenitores y los cuidadores, pues no podemos obviar que las tareas de cuidado conllevan a menudo una pérdida de ingresos para la familia, que las familias monoparentales/monomarentales, no pueden asumir.

Y tampoco podemos obviar que, con carácter general, el perceptor principal de ingresos de una familia sólo va a poder acogerse a su derecho de disfrutar de un permiso de nacimiento y cuidado del menor, si éste está suficientemente bien remunerado, para poder mantener un nivel de vida digno para la familia.

Entender lo contrario es perpetuar los roles y estereotipos de género y desincentivar la natalidad, por las dificultades que existen en orden a facilitar la conciliación de la vida

³⁸ Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional nº 151/2024, de 2 de diciembre (Recurso nº 1880/2024); 150/2024, de 2 de diciembre (Recurso nº 1845/2024); 149/2024, de 2 de diciembre (Recurso nº 1084/2024); y 147/2024, de 2 de diciembre (Recurso nº 6078/2023).

familiar y de la vida profesional, con las catastróficas consecuencias demográficas que ello supone para nuestro país.

En fin, es urgente, perentorio y necesario promulgar una Ley estatal que garantice, de manera uniforme, el pleno reconocimiento jurídico de los distintos tipos de familias y su protección, ya sea legal, económica, en términos de crianza y cuidado, de apoyo a través de servicios sociales, de salud y bienestar, de educación, cultura y ocio o con respecto a las tecnologías de la información, tal y como se señala de una manera meramente programática en la exposición de motivos del proyecto de Ley de familias.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN GÓMEZ, CRISTINA. "La prestación por nacimiento y cuidado en las familias monoparentales: Un fallo judicial (STC 140/2024) y muchas dudas". *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* nº 124 (2025).

ARAGÓN GÓMEZ, CRISTINA. "Sobre los límites del poder judicial: reflexiones al hilo de las recientes sentencias en materia de nacimiento y cuidado en caso de familias monoparentales y muerte fetal". *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* nº 97 (2023).

BLASCO JOVER, CAROLINA. "El Tribunal Supremo sentencia que 1+0 no es igual a 2: Se zanja el debate en torno al reconocimiento doble de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales", en la obra colectiva *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2024*, coordinada por CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA. Cinca (2025). 522 páginas.

BRAVO DÍAZ, CARMEN. "Permiso maternidad familia monoparental en el ámbito contencioso-administrativo". *Diario La Ley* nº 10609 (2024).

BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, PEPA. "La Carta Social Europea y las familias monoparentales. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 140/24, de 6 de noviembre de 2024". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 70 (2025).

CARMONA PAREDES, ROSARIO. "La ampliación del permiso por nacimiento en familias monoparentales: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2024, de 6 de noviembre". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 484 (2025).

FERNÁNDEZ NIETO, LIVINA A. "La declaración de inconstitucionalidad de los artículos 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y 177 de la Ley General de la Seguridad Social. El permiso de la madre biológica en las familias monoparentales". *Diario La Ley* nº 10647 (2025).

FERRANDO GARCÍA, FRANCISCA MARÍA. "La prestación por nacimiento y cuidado de hijo en las familias monoparentales: consideraciones desde las perspectivas de género e infancia", en la obra colectiva *Una visión multidisciplinar de la violencia sexista*, coordinada por SELMA PENALVA, ALEJANDRA. Aranzadi (2025). 480 páginas.

GARCÍA GIL, MARÍA BEGOÑA. "Familias monoparentales y permiso por nacimiento y por cuidado de hijo o menor. Oportunidad de los pronunciamientos de las dos Salas del Tribunal Supremo". *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social* Volumen 5, nº 3 (2024).

GARCÍA ROMERO, BELÉN. "Derecho de las madres biológicas de familias monoparentales a la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de menor para poder disfrutar del que le hubiera correspondido al otro progenitor". *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)* nº 1 (2025).

MARTÍNEZ MORENO, CAROLINA. "¿Han dejado de ser los obstáculos a la conciliación familiar una discriminación por razón de sexo?: A propósito de la sentencia del Pleno del TC sobre la protección por nacimiento y cuidado de hijos en familias monoparentales", en la obra colectiva *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2024*, coordinada por CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA. Cinca (2025). 522 páginas.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y GUINDO MORALES, SARA. "¿Tienen derecho las familias monoparentales a que se les amplíe diecisésis semanas el permiso de maternidad?: Sentencia del //Tribunal de Justicia 7ª 16 de mayo de 2024, asunto C-673/22: Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)". *La Ley Unión Europea* nº 128 (2024). Ejemplar dedicado a "Los efectos del asilo concedido en un país de la Unión en el proceso extradicional seguido en otro estado de la Unión".

MONTESDEOCA SUÁREZ, ARTURO. "¿Fin a la controversia sobre la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado del menor para las familias monoparentales?: Un breve apunte desde la perspectiva de la discriminación por razón de nacimiento", en la obra colectiva *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2024*, coordinada por CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA. Cinca (2025). 522 páginas.

MORENO CÁLIZ, SUSANA. "La doctrina constitucional sobre la protección por nacimiento y cuidado del menor en las familias monoparentales". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 70 (2025).

OLEA GODOY, WENCESLAO FRANCISCO. "Los permisos de paternidad en familias monoparentales". *Diario La Ley* nº 10712 (2025).

ROMERO BURILLO, ANA MARÍA. "La suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor en caso de familias monoparentales tras la STC 140/2024, de 6 de noviembre: el paso ¿definitivo? para su regulación legal". *Revista de derecho social* nº 109 (2025).

SALAR SOTILLOS, MARÍA JOSÉ. "La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español". *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº Extra 8, 2 (2018).

SANZ PÉREZ, ÁNGEL L. "La igualdad de las familias monoparentales". *Revista Aranzadi Doctrinal* nº. 4 (2025).

VALDEOLIVAS GARCÍA, YOLANDA. "El permiso y subsidio por razón de nacimiento y cuidado de menor en las familias monoparentales. Comentario a la STC 140/2024, de 6 de noviembre". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 70 (2025).

VV.AA. *La realidad de la monoparentalidad en España. Un análisis multidisciplinar*. Obra colectiva dirigida por GARCIA GIL, MARÍA BEGOÑA y coordinada por CASTRO CONDE, MACARENA. SEPÍN (diciembre 2022). 196 páginas. ISBN nº 978-84-1388-242-0.

**CONTRATACIÓN INFORMAL DE PERSONAS
TRABAJADORAS BENEFICIARIAS DE PRESTACIONES
DE SEGURIDAD SOCIAL Y RESPONSABILIDAD DE
LA EMPLEADORA CON INDEPENDENCIA DE SU
INCAPACIDAD TEMPORAL. COMENTARIO A LA STSJ DE
LO SOCIAL DE MADRID DE 14 DE MARZO DE 2024 (REC.
830/2023)**

ALEJANDRO MUROS POLO

*Doctor y Profesor Sustituto en Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Seminario José Vida Soria
Universidad de Granada*

ID <https://orcid.org/0000-0002-6192-8481>

Sumario: **1.** Introducción; **2.** Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo social, de 14 de marzo de 2024 (Rec. 830/2023); **2.1.** Antecedentes y supuesto de hecho; **2.2.** Pretensiones de las partes y litigio principal; **2.2.1.** La admisibilidad del recurso de suplicación; **2.2.2.** La pretendida infracción de normas o garantías del procedimiento con resultado de indefensión; **2.2.3.** La revisión de los hechos probados; **2.2.4.** La presunta infracción de normas sustantivas; **2.3.** El fallo y su fundamentación jurídica; **3.** Conclusiones críticas.

1. INTRODUCCIÓN

El presente comentario de sentencia pretende dilucidar qué responsabilidad administrativa le corresponde a la empleadora que contrata de manera informal a una persona que percibe prestaciones de Seguridad Social y estas son incompatibles con el trabajo. En efecto, se trata de una cuestión que ya ha sido ampliamente analizada por la

jurisprudencia¹ y la doctrina judicial² y que, como bien se sabe, supone una infracción administrativa muy grave en materia de Seguridad Social del art. 23.1.a) TRLISOS³.

Sin embargo, la sentencia a comentar, la STSJ de lo Social de Madrid de 14 de marzo de 2024 (rec. 830/2023), presenta un elemento novedoso en esta cuestión, que debe de ser analizado con atención. En el caso aquí propuesto la empresaria está de baja por incapacidad temporal y se discute, por ello, si es a ella a quien debe de imputarse la responsabilidad de la contratación sin alta en Seguridad Social de una persona que percibe prestación por desempleo. Veremos en las siguientes páginas qué relación tiene lo expuesto con la obligación de declaración de situación de actividad que tiene que realizar la persona encuadrada en el RETA una vez que accede a la situación de incapacidad temporal (art. 12 del RD 1273/2003).

2. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, SALA DE LO SOCIAL, DE 14 DE MARZO DE 2024 (REC. 830/2023)

2.1. Antecedentes y supuesto de hecho

El origen del litigio se encuentra en una visita por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a un centro de trabajo dedicado al servicio de bebidas y actuaciones musicales en directo, a los efectos de comprobar las obligaciones de la empresa en materia de contratos de trabajo a tiempo parcial, ya que el 100% de la plantilla pertenecía a esta modalidad de contratación. Según los hechos recogidos en el acta de infracción, el inspector actuante identificó al trabajador de la barra y, posteriormente, a Dña. Fidela, quien vestía la camiseta con el nombre comercial de la empresa y estaba sirviendo y atendiendo a las mesas de la sala. En un primer momento, la trabajadora indicó al inspector que no estaba trabajando y que simplemente era una cliente. No obstante, cuando el funcionario le explicó a Dña. Fidela que había sido vista atendiendo y sirviendo consumiciones a los clientes del local, ella misma reconoció que sí estaba trabajando, pero que era solo por ese día y que había sido por una llamada del empleado de la barra para que le prestara ayuda. La trabajadora en cuestión manifestó, ante preguntas de la ITSS, que estaba percibiendo prestaciones por desempleo y que no había transmitido su colocación al SEPE, ya que según su argumentación no estaba trabajando. Transcurridos aproximadamente quince minutos, se personó en el establecimiento Dña. Dulce, en calidad de titular de la explotación mercantil, quien insistió en lo manifestado por Dña. Fidela. Ante la imposibilidad de finalizar la actuación inspectora, se citó a la empresaria para que compareciera ante las dependencias de la ITSS a los efectos de aportar la documentación laboral y de Seguridad Social requerida. Al acto de comparecencia asistieron los asesores externos de Dña. Dulce, quienes manifestaron la misma versión: que Dña. Fidela no trabajaba en ese establecimiento, sino que había sido llamada por otro trabajador para que le ayudara ese día. La Inspección comprobó que no se había cursado alta en Seguridad Social y que no se había comunicado

¹ Entre otras, SSTS de 28 de junio de 2023 (rec. 2425/2020) y de 22 de febrero de 2023, rec. 1147/2019, aunque en realidad estas se ocupan de analizar el umbral mínimo para el acceso al recurso de suplicación.

² STSJ Castilla-La Mancha (Social), 27 de junio de 2024, rec. 650/2023; STSJ Andalucía (Sevilla) (Social), 22 de febrero de 2024, rec. 612/2022; STSJ Región de Murcia (Social), 19 de diciembre de 2023, rec. 257/2023.

³ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

al SEPE la colocación de la trabajadora, consultando, respectivamente, los datos de la TGSS y de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo.

En virtud de los hechos anteriores, se levanta acta de infracción muy grave en materia de Seguridad Social por dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad (art. 23.1.a) TRLISOS). Notificada el acta a la empresa, esta presentó escrito de alegaciones en el plazo legalmente previsto de quince días hábiles. No obstante, tras el correspondiente procedimiento administrativo sancionador, la sanción inicialmente propuesta es confirmada por el órgano resolutorio, por valor de 10.001,00 euros. Contra la citada resolución se interpuso recurso de alzada, el cual fue desestimado.

Finalmente, la empresaria impugna la resolución administrativa según los respectivos trámites procesales y el Juzgado de lo Social número 43 de Madrid, en su sentencia de 14 de junio de 2023, desestima en su totalidad la demanda interpuesta. Y, contra el citado pronunciamiento judicial, se interpone el recurso de suplicación que es objeto de análisis en el presente estudio.

2.2. Pretensiones de las partes y litigio principal

Frente a la sentencia del juzgado de lo Social, la representación de Dña. Dulce presenta un recurso de suplicación, por cada uno de los motivos que vienen expresados en el art. 193 de la LRJS. La parte demandada, en cambio, impugna el recurso de contrario alegando como causa de inadmisión que se trata de una sanción administrativa inferior a los 18.000 euros y que, por ello, no es recurrible.

2.2.1. La admisibilidad del recurso de suplicación

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid procede a estudiar, en primer lugar, si el recurso de suplicación debe de ser admitido. La cuestión controvertida se centra en determinar si en sanciones del TRLISOS en materia de Seguridad Social se debe de aplicar el límite del art. 191.3.g) LRJS, que se fija en 18.000 euros, o bien el límite general del art. 191.2.g) LRJS de 3.000 euros, en cuanto a la admisión del recurso. Esto, como bien subraya el TSJ madrileño, ya ha sido interpretado por el Tribunal Supremo.

En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo, en Pleno, de 2 de noviembre de 2017 (rec. 66/2016), concluyó que en la impugnación de sanciones en materia de Seguridad Social, el acceso al recurso viene determinado por la cuantía general de 3.000 euros prevista en el art. 191.2.g) LRJS; una cuantía que se calcula conforme al contenido económico del acto sancionador que se pretende anular (art. 192.4 LRJS). Como se ha recogido también en la reciente sentencia del TS de 28 de junio de 2023 (rec. 2425/2020), en un supuesto idéntico al discutido, el apartado 3.g) del art. 191 LRJS solo es de aplicación a la impugnación de

actos administrativos “en materia laboral”⁴, siguiendo un método de interpretación literal del citado precepto, y no se extiende a los de Seguridad Social⁵.

En el caso en cuestión, al impugnarse una infracción administrativa muy grave del art. 23.1.a) TRLISOS por la contratación sin alta de trabajadores que disfruten de prestaciones de Seguridad Social incompatibles con el trabajo, el límite aplicable en cuanto a la admisión del recurso de suplicación debe de ser de 3.000 euros. Resulta claro que las infracciones del art. 23 TRLISOS están dentro del Capítulo III del citado texto legal, donde se reúnen las infracciones en materia de Seguridad Social y no las de contenido laboral.

Por todo ello, el Tribunal madrileño descarta el argumento de la autoridad laboral en su oposición al recurso, ya que la cuantía de la sanción asciende a 10.001 euros y se supera el límite o umbral general de los 3.000 euros.

2.2.2. La pretendida infracción de normas o garantías del procedimiento con resultado de indefensión

El primero de los motivos del recurso de suplicación reside en la supuesta infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, por haberse denegado a la parte recurrente la testifical del inspector de trabajo actuante y la prueba de interrogatorio en el acto de la vista del juicio. Ambas pruebas fueron denegadas mediante auto, sin perjuicio de que en la vista se hubiera acordado lo contrario. Sin embargo, en tal momento procesal la parte demandada no reproduce su petición de prueba, a pesar de que el auto dio esta misma posibilidad.

Para resolver este extremo el Tribunal Superior de Justicia de Madrid recaba la doctrina constitucional en la materia. Según ha reiterado el Tribunal Constitucional⁶, la nulidad de actuaciones es siempre un remedio de carácter extremo y excepcional al que solo debe acudirse cuando efectivamente se haya producido una vulneración de normas procesales esenciales que no sea posible subsanar por otros medios y que, asimismo, tal infracción haya producido indefensión a la parte que la denuncia. Cualquier tipo de indefensión de carácter meramente procesal o infracción de la norma rituaría por los tribunales no se equipara con el concepto de indefensión de relevancia constitucional. Para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24.2 CE se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones para que le sean reconocidas.

No existe indefensión cuando ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, por lo que no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las

⁴ El Tribunal Supremo sí que ha determinado que las infracciones por obstrucción a la labor inspectora disponen del límite de la cuantía recurrible en suplicación de 18.000 euros, ya que no estamos ante una infracción en materia de seguridad social (STS de 10 de marzo de 2021, rec. 740/2019). Este mismo umbral también se aplica a las infracciones por contratación de extranjeros sin autorización para trabajar (STS de 21 de febrero de 2024, rec. 2683/2021).

⁵ Esta doctrina fue seguida por las sentencias del Tribunal Supremo (Social) de 12 de noviembre de 2019 (rec. 529/2017); de 21 de mayo de 2020 (rec. 4568/2017); de 10 de marzo de 2021 (rec. 740/2019); y 9 de diciembre de 2021, rec. 3767/2020.

⁶ SSTC 70/1984, 48/1986, 89/1986, 98/1987 y 140/1996.

normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado. Igualmente la referida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquélla resulta imputable a su propia conducta⁷.

De este modo, el TSJ de Madrid indica que para que exista vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e indefensión deben de concurrir los siguientes requisitos: a) Que se haya infringido una norma procesal; b) Que se cite por el recurrente el precepto que establece la norma cuya infracción se denuncia; c) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma, pidiendo la subsanación de la falta, con el fin de que no pueda estimarse consentida; d) Que el defecto no sea invocado por la parte que lo provoca, pues sólo el perjudicado puede denunciar el defecto y e) Que la infracción de la norma procesal haya producido indefensión (ex art. 24.1 CE).

En el caso en cuestión, la parte actora no agotó la posibilidad de reiterar su petición de prueba en el acto de la vista, tal y como ya se había indicado en el auto de denegación de la prueba. La actora podría haber reiterado su petición en el juicio por si, una vez centrado el objeto del pleito, con la contestación de la demanda y con el examen del expediente del que trae causa la sanción, se hubiera estimado necesario el concurso del inspector actuante como testigo o la contestación del Ministerio a las preguntas que se aportaron con carácter previo. Con base en todo lo anterior, el Tribunal determina que la denegación de prueba en la vista no puede tener como consecuencia la nulidad de lo actuado, por lo que rechaza el primer motivo de impugnación.

2.2.3. La revisión de los hechos probados

El siguiente de los motivos del recurso de suplicación reside en la revisión de los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas (art. 193.b) LRJS). En este sentido, la parte recurrente pretende modificar los hechos probados primero, cuarto y quinto. Previo al análisis de tales peticiones, el Tribunal recuerda la jurisprudencia consolidada respecto a la revisión de hechos probados, por la que no se admite una nueva valoración de la prueba practicada y, con ello, una remisión en masa a la documental practicada. La revisión únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a duda de documentos idóneos para ese fin que obren en autos.

De este modo, sobre la base principalmente de errores de fecha presentes en los hechos probados, tras la remisión a documentos obrantes en autos que así lo determinan, se admite la modificación del:

- Hecho probado primero, cuya redacción queda de la siguiente forma: *“La INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL inició actuaciones inspectoras el día 22 de febrero de 2019 mediante visita girada al centro de trabajo, que se finalizaron de comprobar el 19 de marzo de 2019, levantando ACTA DE INFRACCIÓN con fecha 21 de mayo de 2019, cuyo contenido se da por reproducido, contra la empresaria, por la comisión de una infracción consistente en dar ocupación como trabajadores beneficiarios de prestaciones periódicas de la Seguridad Social, como es la de desempleo, cuyo disfrute es incompatible con el*

⁷ SSTC 135/1986, 98/1987, 41/1989, 207/1989, 145/1990, 6/1992, 289/1993.

trabajo por cuenta ajena, cuando no se les ha dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad.

El Acta de Infracción que fue notificada a la empresaria el 28.05.2019 formulando ésta alegaciones

En fecha 30.08.2019 se dictó propuesta de resolución y el día 03.09.2019 se dictó resolución que confirma la sanción impuesta”.

- Hecho probado cuarto: “*Contra dicha resolución de 3 de septiembre de 2019, la trabajadora autónoma presentó recurso de alzada en fecha 15.10.2019, que fue desestimado por resolución de fecha 3 de febrero de 2022 notificada el día 15 de febrero de 2022*”.
- Hecho probado quinto, donde se propone la siguiente adición: “*Transcurridos quince minutos aproximadamente se personó en el establecimiento Dña. Dulce , visiblemente embaraza y en situación de Incapacidad Temporal desde el 15.12.2018, que insistió en lo manifestado por Dña. Fidela , de que la misma NO TRABAJABA en el establecimiento NI para ella*”. En realidad esto es lo que pretende introducir la parte recurrente. No obstante, el Tribunal tan solo admite añadir al hecho probado quinto que, a la luz de los partes de baja aducidos, la empresaria se encontraba de baja por IT entre el 5 de diciembre de 2018 y el 5 de marzo de 2019 con el diagnóstico de “*inicio de situación de maternidad*”. Se accede a tal añadidura, puesto que este extremo resulta fundamental para discernir otro de los motivos posteriores de impugnación, esto es, si la empresaria embarazada puede ser o no responsable de los actos realizados por sus empleados. No procede incluir el contenido de sus conversaciones con el Inspector al no dejar de ser una manifestación de parte.

2.2.4. La presunta infracción de normas sustantivas

El recurrente acude a la letra c) del art. 193 LRJS para alegar la infracción de normas sustantivas como motivo de su recurso de suplicación. En concreto, se denuncian las siguientes infracciones de normas sustantivas:

En primer lugar, se arguye la vulneración del principio de presunción de inocencia y de tutela judicial efectiva (art. 24 CE y art. 7.3 LOPJ). El TSJ madrileño desmonta nuevamente la tesis de la indefensión, recogiendo sus argumentaciones previas del fundamento jurídico segundo. A su vez, rechaza que se haya vulnerado el principio de presunción de inocencia, ya que la imposición de la sanción administrativa no se basa, contrariamente a lo que aduce la recurrente, en el mero hecho de que Dña. Fidela lleva la camiseta con el nombre comercial de la empresa y de que estuviera cobrando el desempleo por cotizaciones realizadas anteriormente en la citada empresa. La sanción se basa en la comprobación por parte del inspector, recogida en el acta, de que la trabajadora en cuestión estaba sirviendo las mesas, así como en virtud de que, tras la primera negación, posteriormente Dña. Fidela reconoció que estaba allí a petición del trabajador que se encontraba en la barra. Como indica el Tribunal, no es una prueba de indicios, sino una prueba directa del hecho que se sanciona, por lo que este motivo de impugnación debe de ser rechazado.

En segundo lugar, se alega la vulneración de los artículos 25 y 106 de la Ley 39/2015 (LPAC) y del art. 4.2 del TRLISOS, en cuanto a la excepción de caducidad y prescripción. Respecto al primer motivo, el TSJ de Madrid no aplica la caducidad del art. 25 LPAC, puesto que, a pesar de que se trata de un procedimiento iniciado de oficio en el que la Administración ejerce potestades sancionadoras, sí que se ha producido resolución expresa. Respecto al plazo máximo de resolución de seis meses que establece el art. 106.5 LPAC, el Tribunal acude a la ley especial para determinar cuál es el *dies a quo* en este procedimiento administrativo sancionador por infracciones del TRLISOS. De este modo, se remite al art. 20.3 del *Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social*, donde se fija el inicio del plazo para resolver los expedientes sancionadores desde la fecha del acta y se marca su fin en la fecha en que se notifique la resolución. En este punto, como bien indica la sentencia, debemos de distinguir entre la actividad inspectora previa, la cual se inicia con la visita al centro de trabajo⁸ y donde se tiene un plazo general de 9 meses⁹, que ha sido cumplido¹⁰; y, por otro lado, entre la fase del procedimiento sancionador que se inicia con el acta de la ITSS, de fecha de 21 de mayo de 2019, y que tiene un plazo de resolución de 6 meses. En efecto, tras la correspondiente instrucción y ordenación del expediente sancionador por parte de la Jefatura de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Inspección, que no coincide con el inspector actuante que levantó acta, el 3 de septiembre de 2019 se dictó resolución por la autoridad laboral competente (art. 18 bis RD 928/1998). Como indica el TSJ, iniciándose el cómputo el día 21 de mayo de 2019, el día 3 de septiembre de 2019 no había transcurrido el plazo de caducidad fijado, lo que conlleva, nuevamente, la desestimación de la excepción de caducidad. En realidad, en este punto hubiera sido más exacto hablar de la fecha de notificación de la resolución, que según los autos es de fecha de 19 de septiembre de 2019, aunque igualmente se cumple con el plazo de seis meses. El Tribunal también se pronuncia en cuanto a la prescripción de la infracción, que se enmarca en un período de 4 años desde su comisión (art. 4.2 TRLISOS), lo cual tampoco se produce puesto que, como el procedimiento sancionador no ha caducado, se ha cumplido sobradamente con el plazo al haberse cometido la infracción en febrero y haberse sancionado en septiembre de ese mismo año.

En tercer lugar, la empresa alega en su recurso de suplicación la vulneración del art. 1.294 del Código Civil, aunque en realidad se refiere al art. 1.259 CC respecto a la prohibición de contratar en nombre de otro si se carece de autorización o representación legal. Esto se relaciona con la introducción en el relato fáctico de que la empresaria el día de la visita de la ITSS se encontraba en situación de incapacidad temporal, en la idea de no responsabilizar a la cabeza del negocio respecto a la contratación de una trabajadora

⁸ “Se entiende por actividad inspectora previa al procedimiento sancionador, a los efectos del presente Reglamento, el conjunto de actuaciones realizadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social destinadas a comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenidas en el orden social” (art. 8.1 RD 928/1998).

⁹ Las actuaciones comprobatorias no se dilatarán por espacio de más de nueve meses, aunque también podrá ampliarse por un período más de 9 meses por circunstancias tasadas relacionadas con la complejidad del asunto, la obstrucción por parte del sujeto inspeccionado y cuando se requiera cooperación administrativa internacional (art. 21.4 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

¹⁰ Como indica el hecho probado primero, conforme a la nueva redacción, las actuaciones inspectoras se iniciaron el 22 de febrero de 2019 y el acta de infracción se levantó el 21 de mayo de 2019. El transcurso del plazo general de 9 meses hubiera comportado la imposibilidad de levantar acta de infracción y la no interrupción del cómputo del plazo de prescripción, sin perjuicio de la eventual responsabilidad en la que pudieran haber incurrido los funcionarios actuantes (art. 8.2 RD 928/1998).

perceptora de prestaciones por desempleo supuestamente por parte de un tercer empleado a su cargo. Como se puede apreciar esta es precisamente la cuestión interpretativa que resuelve la imputación de responsabilidad a la empresaria en cuanto a la infracción administrativa muy grave del art. 23.1.a) TRLISOS y que es motivo principal de la elección de la sentencia comentada.

Como bien resalta el Tribunal, en esta materia es necesario tener en cuenta la obligación que establece el artículo 12 del *Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia*. En concreto, se establece que los trabajadores del RETA que se encuentren en incapacidad temporal están obligados a declarar la situación de su actividad empresarial a la entidad gestora o a la mutua colaboradora con la Seguridad Social, debiendo de indicar o bien quién va a ser la persona que va a gestionar directamente su establecimiento o bien si tal actividad va a cesar temporal o definitivamente. Es más, el art. 12 del RD 1273/2003, en refuerzo de esta obligación, establece que la falta de presentación de la declaración dará lugar a que por la entidad gestora o colaboradora se suspenda cautelarmente el abono de la prestación, iniciándose las actuaciones administrativas oportunas a efectos de verificar que se cumplen los requisitos condicionantes del acceso y percibo de la prestación. El plazo para la presentación de la declaración será de 15 días desde la fecha de la baja, según lo que se indica en la correspondiente resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social¹¹.

En el presente caso, la actora no aporta la comunicación efectuada la Seguridad Social, por lo que para el Tribunal madrileño estamos ante dos opciones: “*o bien la demandante estaba percibiendo prestación de IT por no poder trabajar pero seguía manteniéndose a la cabeza del negocio o bien mantuvo abierto el negocio siendo gestionado por la persona que designase pero que, en este proceso omite su identificación para sostener su argumento*” respecto a la prohibición de contratación de tercero no autorizado.

En palabras del TSJ, “*en el primer caso, la actora es responsable de las prestaciones del servicio que se hagan en su local. En el segundo es responsable de las decisiones que tome quien gestiona el negocio en su nombre. En definitiva, la demandante responde ante la Administración de la prestación de un servicio caracterizado como laboral en su establecimiento*”. Por lo que, al no apreciarse vulneración del art. 1259 del CC, se desestima este motivo de impugnación.

Como última causa de suplicación, la recurrente alega la errónea tipificación de la falta según el TRLISOS. La empresa aduce que en realidad se trata a una infracción leve del art. 6.6 TRLISOS (“*Cualesquiera otros incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales*”) y el Tribunal tumba este motivo del recurso sobre la base de varios aspectos. Por un lado, porque ya se ha determinado con anterioridad que se trata de una infracción en materia de Seguridad Social respecto al límite de 3.000 euros para recurrir en suplicación y porque el art. 6.6 se encuentra en el Capítulo II del TRLISOS, destinado a las infracciones laborales. Por otro lado, porque el hecho sancionado se adapta

¹¹ Resolución de 4 de febrero de 2004, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre cumplimiento por los trabajadores por cuenta propia de la obligación establecida en el párrafo segundo del artículo 12 del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, sobre cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia.

a la perfección en la tipificación que realiza el art. 23.1.a) TRLISOS. Y, por último, porque como ya se ha argumentado no se ha vulnerado la presunción de inocencia, ya que del contenido del acta se constata que se sorprendió a la trabajadora prestando sus servicios en el centro de trabajo inspeccionado.

2.3. El fallo y su fundamentación jurídica

El fallo de la sentencia termina por desestimar en su totalidad el recurso de suplicación planteado por Dña. Dulce contra la sentencia de fecha 14 de junio de 2.023, dictada por el Juzgado de lo Social número 43 de los de Madrid, en sus autos número 383/2.022, seguidos a instancia de Dª. Dulce frente a MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL-INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL en materia de IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIONES DE LA AUTORIDAD LABORAL, confirmándose, por tanto, la Sentencia recurrida. Se impone a la parte actora las costas derivadas del recurso consistentes en el abono de los honorarios del abogado de la parte contraria en cuantía de 800€ más IVA.

El sentido del fallo basa su argumentación en rechazar que haya habido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, tanto por no existir indefensión respecto a la práctica de las pruebas, como por no haber sido infringido el principio de presunción de inocencia. También se rechaza que haya existido la caducidad del procedimiento o la prescripción de la infracción, al igual que se niega que se haya imputado ilegítimamente a Dña. Dulce la responsabilidad por contratación de tercero no autorizado. Y, por último, se defiende la correcta tipificación de la conducta bajo la infracción administrativa muy grave en materia de Seguridad Social del art. 23.1.a) TRLISOS.

El mayor interés que suscita la sentencia reside en la atribución de la responsabilidad administrativa a la recurrente por contratación irregular de persona que percibe prestación por desempleo, a pesar de que la empleadora durante este momento se encontraba en situación de incapacidad temporal. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia madrileño argumenta que, por mor de la declaración de situación de la actividad que debe de realizar la empresaria en los quince días posteriores al inicio de la incapacidad temporal, ella sigue siendo responsable de las decisiones que tome quien gestione el negocio en su nombre, por lo que se le ha de imputar la responsabilidad administrativa por infracción muy grave del art. 23.1.a) TRLISOS.

Respecto a la obligación de Seguridad Social, en la comunicación de la situación de la actividad solo caben dos opciones: o bien se cierra la actividad o bien se encarga su gestión a un familiar, a un empleado o a otra persona, siempre que por supuesto el beneficiario de la IT sea titular de un establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza¹². Por ello, ante el desconocimiento de cuál fue la elección de la empleadora, cuando indica el TSJ que una de las posibilidades podía ser que “*la demandante estaba percibiendo la prestación de IT por no poder trabajar pero seguía manteniéndose a la cabeza del negocio*”, se trata de una tesis que no encaja ciertamente bien en las alternativas que ofrece el art. 12 del RD 1273/2003.

¹² Véase el *Modelo de declaración de situación de la actividad* del Instituto Nacional de la Seguridad Social https://sede.seg-social.gob.es/wps/wcm/connect/sede/1275b4dd-ca54-4388-989f-d1e353e9b655/C-005_Castellano_Accesibilidad.pdf?MOD=AJPERES&CVID=

Cuestión distinta es que Dña. Dulce no haya realizado tal comunicación, lo cual tendrá el efecto de suspender cautelarmente el abono de la prestación por incapacidad temporal e iniciar las actuaciones administrativas oportunas a efectos de verificar que se cumplen con los requisitos condicionantes del acceso y percibo de la prestación, pudiendo incluso reclamarse el reintegro de la prestación indebida y la apertura del correspondiente expediente sancionador. Por ello, tanto si la recurrente no ha realizado la declaración de situación de la actividad como si la ha realizado y no ha atribuido a nadie la gestión del negocio (por lo que se entiende que opta por el cese del mismo, aunque en realidad no se haya cerrado la actividad), ella igualmente será la responsable de la contratación de forma irregular de terceros que perciban prestaciones de Seguridad Social, al margen de que en tales supuestos de falta o comunicación defectuosa se le retire o reclame al empleador la prestación de incapacidad temporal por incumplimiento de sus elementos configuradores. Recuérdese que la IT requiere de una alteración de la salud que, a su vez, impida o sea incompatible temporalmente con el trabajo y requiera de asistencia sanitaria *ex art. 169 TRLGSS*.

Realmente, como la recurrente no aporta al proceso la comunicación efectuada a la mutua colaboradora con la Seguridad Social, se desconoce por cuál de estas dos opciones ha optado. Sin embargo, como ya se ha indicado, el Tribunal Superior de Justicia señala que tal desconocimiento es irrelevante, puesto que en cualquier caso existe la responsabilidad de la empresaria.

3. CONCLUSIONES CRÍTICAS

Según el artículo 2 del TRLISOS son sujetos responsables las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la presente Ley¹³. En concreto, el TRLISOS precisa que los empresarios en la relación laboral serán responsables de las correspondientes infracciones administrativas.

Ahora bien, en el ámbito de las infracciones de Seguridad Social, es necesario tener en cuenta la definición que de empresario ofrece el art. 10.1 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (RD 84/1986), por el cual “*se considera empresario, aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro, a toda persona física o jurídica, pública o privada, a la que presten sus servicios, con la consideración de trabajadores por cuenta ajena o asimilados, las personas comprendidas en el campo de aplicación de cualquier Régimen de los que integran el sistema de la Seguridad Social*”¹⁴.

En este plano, serán responsables de las obligaciones en materia de Seguridad Social tanto los empleadores que sean persona física como aquellos que operen mediante una persona jurídica. La duda razonable que cabe preguntarse es qué ocurre con las

¹³ Se trata sin duda de una noción general de sujeto responsable que pretende evitar la impunidad de incumplimientos en el orden social por falta de determinación del sujeto activo (*inclusio unius exclusio alterius*). MONEREO PÉREZ, J.L.: “Teoría general del Derecho administrativo sancionador social: caracterización y principios sancionadores en el Derecho social”, en VV.AA., *Derecho administrativo sancionador sociolaboral: teoría y práctica*, Murcia, Laborum, 2023, p. 37.

¹⁴ RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Infracciones de los empresarios, entidades de formación, entidades que asuman la organización de acciones de formación profesional para el empleo programada por las empresas, trabajadores por cuenta propia y asimilados”, en VV.AA., *Derecho administrativo sancionador sociolaboral: teoría y práctica*, Murcia, Laborum, 2023, p. 425.

responsabilidades de Seguridad Social cuando el trabajador por cuenta propia persona física e incluso el “autónomo societario” que ostenta el control completo de la actividad se sitúa en incapacidad temporal y se levanta durante este tiempo acta de infracción por parte de la ITSS por incumplimiento de sus obligaciones¹⁵.

Este es el supuesto que viene a resolver la sentencia comentada, en cuanto expresa que la persona trabajadora autónoma siempre responde de su actividad respecto a la contratación laboral sin alta de un perceptor de prestaciones de Seguridad Social incompatibles con el trabajo. En efecto, la empleadora beneficiaria de IT asume su responsabilidad por infracción del art. 23.1.a) TRLISOS de forma indirecta o por gestión de tercero, habida cuenta de que esta habrá delegado la gestión del negocio en un familiar, empleado u otra persona por mor de la obligatoria declaración de situación de actividad que establece el art. 12 RD 1273/2003. En otro caso, si la persona empresaria no ha realizado tal obligación o bien si ha indicado el cese de la actividad, cuando realmente ello no era así, igualmente la empleadora será la responsable de la infracción administrativa, al margen de otras responsabilidades o del incumplimiento de los requisitos para el acceso y mantenimiento de la prestación por incapacidad temporal. Es más, podemos intuir que la empleadora también será responsable de esta operación, aun cuando haya dado de alta a la persona trabajadora que percibe prestaciones, pero esta vez por una infracción grave del art. 22.14 TRLISOS. Cabe plantearse la extensión de esta interpretación a otras infracciones que el empleador pueda cometer, incluso a través de su autorizado en la actividad durante la IT, como puede ocurrir en el caso de contratación sin alta o fuera de plazo tras inspección del art. 22.2 TRLISOS.

Como se puede comprobar, nos encontramos ante una sentencia de la doctrina judicial de importante trascendencia, no solo a efectos prácticos, sino también en cuanto a la posibilidad de colmar y resolver ciertos supuestos de hecho parecidos que con anterioridad no contaban con una respuesta judicial específica. Si bien la interpretación parece ajustada a derecho, por indicar algún aspecto crítico se echa en falta un mayor esfuerzo por parte del Tribunal a la hora de recalcar la presunción de certeza de las actas de infracción (arts. 23 LOITSS y 15 RD 928/1998, así como arts. 151.8 LRJS y 53.2 TRLISOS)¹⁶. Cuando se discute si se ha vulnerado o no el principio de presunción de inocencia, la sentencia no acude a esta condición por la que los hechos recogidos en el acta gozan del favor de ser presuntamente ciertos, en virtud de la imparcialidad y especialización propia de la ITSS, sin perjuicio de practicar prueba en contrario que lo desvirtúe¹⁷. El pronunciamiento se limita simplemente a destacar los hechos concretos que la ITSS recogió en el expediente (aunque ciertamente esto es implícitamente consecuencia de la presunción de certeza). En fin, una alusión expresa a tal presupuesto hubiera sido útil para reforzar, aún más si cabe, el valor probatorio que se le atribuye a aquellos aspectos que se recogen en las actas levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

¹⁵ Sobre las funciones de la ITSS en materia de Seguridad Social, cfr. ILLUECA BALLESTER, H.: “La Inspección de Trabajo y la Seguridad Social”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, N.º 27, 2021, pp. 215-230.

¹⁶ Para una conceptualización véase GARCÍA RUBIO, M.A.: *La presunción de certeza de las actas de la inspección de trabajo y seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

¹⁷ Véase la del STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de diciembre de 2009 (rec. 292/2008) y STS, Sala de lo Social, de 15 de octubre de 2024 (rec. 3/2023).

JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA Y CONSEJEROS SIN CONTROL SOBRE LA SOCIEDAD

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

Profesor Titular de la Universidad de Granada

Responsable de la Sección de Jóvenes y Nóveles de la AESSS

 <https://orcid.org/0000-0001-9880-4231>

Sumario: **1.** A modo de introducción; **2.** Sobre la jubilación parcial; **3.** Consejeros-Administradores asimilados y jubilación parcial; **4.** Algunas conclusiones.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Dentro del ciclo discontinuo de las reformas pactadas del sistema público de pensiones, y en el ámbito de la realidad y de lo común, cabe realzar el problema social derivado del factor estructural de la evolución demográfica -elevada esperanza de vida y bajas tasas de natalidad-, el factor coyuntural de la crisis económica, el desempleo masivo -acentuado por las políticas de austeridad- y las tensiones económicas que pesan sobre la reducción del gasto público social¹. La realización de reformas concertadas o pactadas ha contribuido a crear un sentimiento persistente de confianza relativa sobre la capacidad del sistema público de responder a los retos estructurales y coyunturales a los que se enfrenta en cada momento histórico. En esa lógica, se ha venido afirmando que las reformas pretendían garantizar la conciliación entre el principio de eficiencia y el principio de justicia social. Cuestión ciertamente distinta es que ese equilibrio se haya conseguido efectivamente².

A parte de su realidad física e individual, la “vejez” -lo que eufemísticamente la Constitución Española llama “tercera edad”-, desde los puntos de vista social, política y económico, aparece como una realidad cambiante dentro de entornos sociohistóricos

¹ ORTEGA LOZANO, P. G.: “Pensión de jubilación y esperanza de vida: el factor de sostenibilidad”, en AA. VV.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019]*, Vol. 1, Murcia, Laborum, 2019, pp. 325-343.

² ORTEGA LOZANO, P. G.: “La modalidad de jubilación anticipada: aspectos jurídico-críticos de proposición”, en AA. VV.: *La encrucijada de las pensiones del sistema español de seguridad social: El nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo: VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2022, pp. 787-810.

igualmente dinámicos y evolutivos. En las sociedades contemporáneas se está produciendo un fenómeno de enormes proporciones consistente en el “envejecimiento” progresivo de la población. El fenómeno sobrepasa la mera consideración demográfica, afectando también a la economía, la cultura, la política y la ciencia. En términos demográficos, una población envejece cuando se incrementa el nivel relativo del conjunto de los individuos “viejos” -normalmente los mayores de sesenta y cinco años-. Desde el punto de vista económico, el proceso se conecta sobre todo con el cambio de la relación entre la población económicamente “activa” y la población “dependiente”³.

Atendiendo a la demografía, el envejecimiento de la población se produce esencialmente por dos motivos⁴: por un lado, la disminución de la natalidad y, por otro, la disminución de las tasas específicas de mortalidad. En el primer caso, la proporción de viejos aumenta porque va siendo menor el tamaño de las generaciones de niños que se van incorporando (“envejecimiento por la base”); el otro motivo se refiere a que son más los que llegan a viejos, siendo mayores las expectativas de vida (“envejecimiento por la cúspide”). Se tiene la convicción de que el envejecimiento de las poblaciones es un proceso inevitable (especialmente en la cúspide) que marca el grado de madurez demográfico de una población, ya que es el resultado de la evolución a la baja de los principales fenómenos demográficos (natalidad y mortalidad), que se conoce como “Transición Demográfica”. Ambos tipos de descenso (el de la natalidad y el de la mortalidad) han estado relacionados con el incremento del nivel económico y cultural. En consecuencia, el envejecimiento es un proceso característico de los países más avanzados, que se concreta en el crecimiento relativo y absoluto de la población formado por los viejos. Esta fenomenología incide directamente en el problema de la protección a la vejez. Esta protección es de las más antiguas, y la más difícil, dentro de los sistemas de solidaridad social que traducen los sistemas de Seguridad Social.

Abordamos, en este texto, la jubilación parcial anticipada y, específicamente, en la problemática localizada entre el INSS y la doctrina judicial menor respecto a la posibilidad de que los consejeros sin control de la sociedad puedan (o no) acogerse a dicha modalidad.

2. SOBRE LA JUBILACIÓN PARCIAL

Una causa de jubilación anticipada especial es aquella en la que el trabajador accede a la llamada “jubilación parcial” (art. 215 TRLGSS, en relación con el art. 12.6 ET)⁵.

³ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Aspectos jurídico-críticos de la jubilación anticipada”, en NET21, núm. 3, 2021, recurso electrónico.

⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extra 1, 2010, pp. 159 y ss. MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019. Estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y normas concordantes*, Murcia, Laborum, 2019.

⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Aspectos jurídico-críticos de la jubilación anticipada”, en NET21, núm. 3, 2021, recurso electrónico. MONEREO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S.: “El derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva de los trabajadores contratados a tiempo parcial: el coeficiente reductor de parcialidad”, en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 228, 2020, pp. 285-316. MALDONADO MOLINA, J. A.: “La acumulación de la jornada del jubilado parcialmente”, en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 418, 2018, pp. 43-66. LÓPEZ INSUA, B. M.: “La jubilación parcial en el marco de las políticas de fomento del envejecimiento activo y de reparto del empleo”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 16, 2016, pp. 53-72. LÓPEZ INSUA, B. M.: “La jubilación parcial”, en AA. VV.: *La Pensión de Jubilación.: Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Granada, Comares, 2015, pp. 171-196.

Se trata de una modalidad encaminada al fomento del empleo, pero su eficacia en esta perspectiva resulta muy limitada, porque el relevo no es necesariamente definitivo⁶; puede ser temporal, manteniéndose hasta la jubilación total del trabajador. Ahora bien, su auténtica funcionalidad reside en su condición como técnica de jubilación no sólo flexible, sino gradual; de ahí su centralidad en los momentos actuales.

Por tanto, es necesario diferenciar la figura de la jubilación anticipada respecto de otra figura, atípica desde el punto de vista legislativo, pero muy usada: las llamadas “prejubilaciones”. La prejubilación constituye una situación jurídica intermedia -puente- entre la situación de desempleo y la jubilación conforme al sistema de Seguridad Social. Se concreta en el reconocimiento de una prestación económica “externa”, con la finalidad de sustituir las rentas de activo dejadas de percibir. Con origen en los procesos “extraordinarios” de reconversión industrial, los “sistemas de prejubilación” se han venido generalizando en extremo también para los procesos de reestructuración empresarial “ordinaria” o normalizados (procedimientos de regulación de empleo). Un proceso que, sin embargo, plantea innumerables desajustes y desequilibrios al sistema de pensiones excesivamente condicionado por las exigencias de la racionalidad económica del mercado. En gran medida, estas disfuncionalidades -la media de edad se sitúa nada más y nada menos que entre cuarenta y ocho y cincuenta y cuatro años- han determinado un cambio radical en la política del Derecho, en el sentido de retrasar el cese en el trabajador por jubilación.

De conformidad con el artículo 215 TRLGSS, los trabajadores que hayan cumplido la edad a que se refiere el artículo 205.1.a) y reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, siempre que se produzca una reducción de su jornada de trabajo comprendida entre un mínimo del 25 por ciento y un máximo del 75 por ciento, podrán acceder a la jubilación parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo. Por tanto, hemos de diferenciar los siguientes supuestos⁷:

- Jubilación parcial sin contrato de relevo:

Para la jubilación parcial sin contrato de relevo deben reunirse los siguientes requisitos que señalamos:

- Respecto a la edad mínima se exige la edad ordinaria de jubilación que en cada caso resulte de aplicación (años reales, sin aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación).
- Los trabajadores pueden estar contratados a jornada completa o parcial.
- La reducción de la jornada trabajo estará comprendida entre un mínimo de un 25% y un máximo del 50%. La reducción de jornada puede llegar hasta el 75%, para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado

⁶ GUINDO MORALES, S.: “Configuración y régimen jurídico de la jubilación parcial”, AA.VV.: *La encrucijada de las pensiones del sistema español de seguridad social: El nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo: VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2022, pp. 425-442. GUINDO MORALES, S.: “La jubilación anticipada por razón de la actividad, en caso de discapacidad, por causa no imputable al trabajador y por voluntad del interesado tras 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”, AA.VV.: *El futuro de las pensiones en un contexto de reformas y cambios tecnológicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

⁷ Información extraída de la web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

a jornada completa mediante un contrato de duración indefinido (art. 215.2.c) LGSS).

- Se exige un período mínimo de cotización de 15 años, de los cuales, 2 años deberán estar incluidos dentro de los 15 años anteriores al hecho causante.
- No se exige antigüedad en la empresa.
- No se exige contrato de relevo.

- Jubilación parcial con contrato de relevo:

Los trabajadores a tiempo completo podrán acceder a la jubilación parcial siempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo (artículo 12.7 ET) y se reúnan los siguientes requisitos:

- Deberán estar contratados a jornada completa. Sin perjuicio de ello, cabe la posibilidad de asimilación de los contratados a tiempo parcial cuyas jornadas, en conjunto, equivalgan en días teóricos a los de un trabajador a tiempo completo comparable, siempre que se reúnan en los distintos empleos los requisitos de antigüedad, reducción de jornada y contratación del relevista.
- Que se celebre simultáneamente un contrato de relevo.
- Respecto a la edad mínima (sin aplicación de las reducciones de edad de jubilación):
 - c.- Cuando se tenga la condición de “mutualistas”: 60 años de edad real.
 - d.- Cuando no se tenga la condición de “mutualistas”, la exigencia de este requisito de edad se aplicará de forma gradual, desde el año 2013 al 2027, en función de los períodos cotizados⁸:

Año del hecho causante	Edad exigida según períodos cotizados en el momento del hecho causante	Edad exigida con 33 años cotizados en el momento del hecho causante
2013	61 y 1 mes	33 años y 3 meses o más
2014	61 y 2 meses	33 años y 6 meses o más
2015	61 y 3 meses	33 años y 9 meses o más
2016	61 y 4 meses	34 años o más
2017	61 y 5 meses	34 años y 3 meses o más
2018	61 y 6 meses	34 años y 6 meses o más
2019	61 y 8 meses	34 años y 9 meses o más
2020	61 y 10 meses	35 años o más
2021	62 años	35 años y 3 meses o más
2022	62 y 2 meses	35 años y 6 meses o más
2023	62 y 4 meses	35 años y 9 meses o más
2024	62 y 6 meses	36 años o más
2025	62 y 8 meses	36 años y 3 meses o más
2026	62 y 10 meses	36 años y 6 meses o más
2027 y siguientes	63 años	36 años y 6 meses
		65 años

⁸ Tabla extraída de la web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

e.- Si no se tiene la condición de mutualista y se está afectado por la disposición transitoria cuarta, apartado 5, de la LGSS: 61 años de edad real.

- Respecto a la reducción de jornada:

La reducción de jornada estará comprendida entre un mínimo del 25% y un máximo del 50%, o del 75% si el contrato de relevo es a jornada completa y por tiempo indefinido, siempre que se acrediten el resto de requisitos (porcentajes referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable). Cuando se trate de supuestos en que resulte de aplicación la disposición transitoria cuarta, apartado 5, la reducción de jornada estará comprendida entre un mínimo del 25% y un máximo del 75%, o del 85% si el contrato de relevo es a jornada completa y por tiempo indefinido.

- Período mínimo de cotización:

Se requiere un período mínimo de cotización de 33 años (cotizaciones efectivas) sin que pueda tenerse en cuenta la parte proporcional de pagas extras.

Para quienes resulte de aplicación la disposición transitoria cuarta, apartado 5, se requiere un período mínimo de 30 años de cotizaciones efectivas, sin que pueda tenerse en cuenta la parte proporcional de pagas extras, ni el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria.

Para personas con discapacidad en grado igual o superior al 33% (a partir del 1 de enero de 2013) se requiere un período mínimo de cotización de 25 años.

- Antigüedad en la empresa.

Se requieren -al menos- 6 años de antigüedad inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. En tal sentido será computable la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa (de conformidad al artículo 44 ET) o en empresas pertenecientes al mismo grupo.

- Cotización durante la jubilación parcial:

Durante el período de disfrute de la jubilación parcial (cuando no resulte de aplicación la disposición transitoria cuarta, apartado 5), empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando éste a jornada completa.

La base de cotización durante la jubilación parcial se aplicará de forma gradual conforme a los porcentajes calculados sobre la base de cotización a jornada completa de acuerdo con la siguiente escala:

- a.- Durante el año 2013, la base de cotización será equivalente al 50 por 100 de la base de cotización que hubiera correspondido a jornada completa.
- b.- Por cada año transcurrido a partir del año 2014 se incrementará un 5 por 100 más hasta alcanzar el 100 por 100 de la base de cotización que le hubiera correspondido a jornada completa.

c.- En ningún caso el porcentaje de base de cotización fijado para cada ejercicio en la escala anterior podrá resultar inferior al porcentaje de actividad laboral efectivamente realizada.

3. CONSEJEROS-ADMINISTRADORES ASIMILADOS Y JUBILACIÓN PARCIAL

De conformidad al criterio de gestión 9/2022 del INSS de fecha 15 de febrero de 2022, “*el acceso a la jubilación parcial de quienes son consejeros-administradores asimilados a trabajadores por cuenta ajena no es posible, pues no están incluidos dentro de la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, ya que su relación con la empresa es de naturaleza mercantil, lo que les excluye de la posibilidad de celebrar un contrato de trabajo a tiempo parcial compatible con la pensión de jubilación parcial*”. Sin embargo, existe una última posibilidad: su reconocimiento por la vía de tribunales; por tanto, es posible que el INSS deniegue el acceso a la jubilación parcial anticipada del Consejero-Administrador asimilado y que haya que reclamarlo por vía de tribunales.

Para la doctrina judicial inferior, sin haber sido una cuestión que posea demasiadas resoluciones judiciales, y sin pronunciamiento específico por parte del Tribunal Supremo (por tanto, no hay unificación de doctrina), si el “consejero” que se encuentra en situación de asimilado a trabajador por cuenta ajena cumple con los requisitos específicos para acceder a la jubilación parcial anticipada, debería entenderse que no existe impedimento legal alguno para acceder a dicha situación (tal y como ahora referiremos).

Si bien es cierto que la norma parece no regular dicha situación de manera expresa, también es cierto que la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), tras la modificación que entrará en vigor en abril de 2025, establecerá, en el artículo 215.6 LGSS, lo siguiente:

“Podrán acogerse a la jubilación parcial regulada en este artículo los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, asimilados a trabajadores por cuenta ajena en los términos del artículo 14, que reduzcan su jornada y derechos económicos en las condiciones previstas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y cumplan los requisitos establecidos en este artículo, cuando la cooperativa concierte con un socio de duración determinada de la misma o con un desempleado la realización, en calidad de socio trabajador o de socio de trabajo en los mismos términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores para el contrato de relevo por lo que afecta a la duración de la jornada y al vínculo como socio”.

Mutatis mutandi, para el caso planteado, este precepto parece sugerir que en el supuesto de un consejero en situación de asimilado podría acceder a la jubilación parcial anticipada si cumple con los requisitos específicos mencionados en el artículo 215 LGSS.

La Sentencia del Tribunal Supremo del 19 de noviembre de 2014 aclara que los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas pueden ser considerados asimilados a trabajadores por cuenta ajena a efectos de la Seguridad Social, siempre que no tengan control sobre la sociedad. Esto implica que, bajo ciertas condiciones, podrían acceder a prestaciones de la Seguridad Social, como la jubilación parcial anticipada, aunque con exclusiones específicas como la protección por desempleo:

“Contamos por lo tanto con dos posibilidades para que quien ostente el cargo de consejero delegado pueda acceder a alguno de los regímenes de la Seguridad Social, en un caso al R.E.T.A., o bien al Régimen General de la Seguridad Social asimilado y percibiendo un salario bien por sus tareas como consejero delegado o administrador o por otro trabajo por cuenta de la sociedad, y siempre que no posean el control de la sociedad en los términos que acabamos de ver, es decir que no cuenten con una participación igual o superior a una cuarta parte del accionariado ya que la condición de Consejero lleva aparejada la realización de funciones de dirección y gerencia de la sociedad”.

En definitiva, si bien es cierto que los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas deben no tener control sobre la sociedad para ser considerados asimilados a trabajadores por cuenta ajena; e, igualmente, la protección por desempleo y el Fondo de Garantía Salarial están excluidos para los asimilados a trabajadores por cuenta ajena, sin embargo, no se localiza en la norma exclusión específica para la pensión de jubilación en cualquiera de sus modalidades. Por tanto, podría entenderse (reiteramos, con cierta inseguridad jurídica) que la aplicación de la jubilación parcial para asimilados a trabajadores por cuenta ajena está sujeta al cumplimiento de condiciones específicas, como la reducción de jornada y la celebración de un contrato de relevo, y que, en caso de cumplirse dichos requisitos que señala la ley en el art. 215 LGSS, debería otorgarse al interesado dicha posibilidad de jubilación.

El ejemplo más claro lo localizamos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia 351/2024 de 26 de marzo⁹, en tanto en cuanto confirma que “el actor es trabajador “asimilado” a trabajador por cuenta ajena, por tener vínculo mercantil con la empresa pero no ostenta el control en los términos legales”; y, por otro lado, considera que “el hecho de que se haya contratado a otro trabajador como relevista con carácter indefinido y tiempo completo, para el puesto de “gerente”” ya “justifica la reducción de jornada efectiva del trabajador jubilado parcial anticipadamente”. A mayor abundamiento, establece la citada sentencia lo siguiente:

“QUINTO.- Decisión de la Sala

Atendidos los términos legales en que se regula el acceso a la jubilación parcial anticipada y tomando como principio interpretativo el de que no pueden establecerse restricciones al acceso a las prestaciones más allá de los establecidas en la ley (“odiosa restringenda sunt”, en términos que recuerda la STS 9-11-2014, rcud 3323/2013 y las que le suceden), advertimos que el legislador en modo alguno establece, como requisito para acceder a la modalidad de jubilación cuestionada, que el beneficiario tenga un “contrato de trabajo” -como parece entender la parte recurrente-, exigiendo únicamente a que el jubilado parcial lleve a cabo una “reducción de su jornada de trabajo” y que el relevista, en el caso en que aquél reduzca su jornada en un 75% “sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida”, este sí, se regula en el art. 12.6 ET.

⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Social, Sentencia 351/2024 de 26 Mar. 2024, Rec. 474/2023 [JUR\2024\153049].

En este caso, el actor es trabajador “asimilado” a trabajador por cuenta ajena, por tener vínculo mercantil con la empresa pero no ostenta el control en los términos legales, cuestión que admite el impugnante y el INSS no ha desvirtuando acreditando que debiera estar afiliado al RETA por ostentar el control efectivo de la empresa. Además, el actor ha reducido su jornada de trabajo en un 75%, quedando reducida la jornada a 10 horas semanales, hecho pacífico que se recoge en el FD 2º de la sentencia y así lo como reconoce la parte impugnante y no se cuestiona por el INSS que tampoco alega ni prueba el fraude de ley en la contratación -pues el “fraude de ley” no se presume-.

En cuanto a si es admisible dicha reducción de jornada de un trabajador que no tiene vínculo laboral con la empresa, sino mercantil, lo que viene determinado no por la denominación del contrato, sino por las funciones reales que realice (STS 26 de diciembre 2007, Rcd. 1652/06). Entendemos que las sentencias del TS que cita la parte recurrente no excluyen dicha posibilidad, sino que la admiten para el caso en que se acreditará la reducción real de la jornada, por ejemplo, en supuestos de “concurrencia de actividades”. En este caso, consideramos que el hecho de que se haya contratado a otro trabajador como relevista con carácter indefinido y tiempo completo, para el puesto de “gerente” (HP 5º, que se deduce del folio 22/66 EA), regularidad contractual que no se cuestiona por la Entidad Gestora, justifica la reducción de jornada efectiva del trabajador jubilado parcial anticipadamente.

Además, en la STS de 1-7-2002 -que sustenta el recurso-, lo que se establecía era que la imposibilidad de la cotización a tiempo parcial del trabajador que tiene una relación mercantil con la empresa, imposibilidad que no concurriría en este caso, pues conforme al art. 215.2.g) LGSS, el jubilado parcial cotizará a tiempo completo al establecer:

“g) Sin perjuicio de la reducción de jornada a que se refiere la letra c), durante el período de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando este a jornada completa”.

Relevante también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias 23/2020 de 9 de enero¹⁰ en tanto en cuanto nos confirma lo siguiente:

“En otras palabras, aun cuando el actor fuera miembro del órgano de administración de una sociedad capitalista en su calidad de administrador solidario, como quiera que no consta acreditado que tuviera el control efectivo de la entidad, pues según el relato fáctico de la sentencia ostentaba únicamente del 5,59% del capital social, sin que se haya probado por la Entidad Gestora que dispusiera del “control efectivo de la entidad”, ni siquiera que fuera personal de “alta dirección”, debe entenderse que prestaba servicios como “asimilado al trabajador por cuenta ajena”,

¹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia 23/2020 de 9 Ene. 2020, Rec. 2077/2019 [AS|2020|543].

encuadrable en el Art. 136.2 c) Ley General de la Seguridad Social, tal y como ha venido cotizando desde abril del año 2000, por lo que sí puede acceder a la jubilación parcial (no así al desempleo o prestaciones del Fondo de Garantía Salarial) y el tiempo que ha prestado servicios como tal le ha de computar como antigüedad a efectos de la jubilación parcial”.

A mayor abundamiento, recordemos el contenido del artículo 136.2.c) LGSS cuando nos confirma que estarán obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social “*los trabajadores por cuenta ajena y los asimilados a los que se refiere el artículo 7.1.a) de esta ley, salvo que por razón de su actividad deban quedar comprendidos en el campo de aplicación de algún régimen especial de la Seguridad Social*”. Para, a continuación, en el apartado segundo, establece que a los efectos de esta ley se declaran expresamente comprendidos en el apartado anterior: “*c) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, los consejeros y administradores de las sociedades de capital, siempre que no posean su control en los términos previstos por el artículo 305.2.b), cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma*”.

Y, por último, referenciar también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 448/2017 de 21 de diciembre¹¹ en ese sentido de que parece no existir impedimento para acceder a la jubilación parcial:

“Contamos por lo tanto con dos posibilidades para que quien ostente el cargo de consejero delegado pueda acceder a alguno de los regímenes de la Seguridad Social, en un caso al R.E.T.A., o bien al Régimen General de la Seguridad Social asimilado y percibiendo un salario bien por sus tareas como consejero delegado o administrador o por otro trabajo por cuenta de la sociedad, y siempre que no posean el control de la sociedad en los términos que acabamos de ver, es decir, que no cuenten con una participación igual o superior a una cuarta parte del accionariado ya que la condición de Consejero lleva aparejada la realización de funciones de dirección y gerencia de la sociedad (Disposición Adicional vigésima séptima de la Ley General de la Seguridad Social).

En presente supuesto el actor sólo ostenta el 14,7% de las acciones de Electra Valdizarbe, S.A. y que, además, desde 2011 dejó de ser consejero delegado, no ostentando actualmente cargo de administración mercantil en dicha sociedad, no consideramos exista impedimento alguno para acceder a la Jubilación Parcial solicitada”.

Como conclusión parece ser que, a efectos del INSS (atendiendo a sus criterios), el acceso a la jubilación parcial de quienes son consejeros-administradores asimilados a trabajadores por cuenta ajena no es posible. No obstante, a efectos de tribunales, si el “consejero” que se encuentra en situación de asimilado a trabajador por cuenta ajena cumple con los requisitos específicos para acceder a la jubilación parcial anticipada (artículo 215 LGSS), debería entenderse que no existe impedimento legal alguno para acceder a dicha situación. No obstante, en este sentido, debe realizarse una advertencia que la empresa

¹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Social, Sentencia 448/2017 de 21 Dic. 2017, Rec. 414/2017 [JUR\2018\19381].

también tiene que analizar: la contratación del relevista y sus funciones en la empresa (atendiendo a la doctrina judicial inferior señalada). Sin perjuicio de lo anterior, tal vez, como “posibilidad” o “vía de escape” (no libre de inseguridades jurídicas), se puede valorar el cambio a trabajador por cuenta ajena del régimen general (no asimilado), en tanto en cuanto, atendiendo al artículo 215.2.b), como requisito obligatorio, se establece lo siguiente: “*b) Acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o en empresas pertenecientes al mismo grupo*”. Y atendiendo a criterio de gestión 9/2022 del INSS de fecha 15 de febrero de 2022: “*por tanto, a efectos del cumplimiento del requisito de 6 años de antigüedad en la empresa inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la jubilación parcial dispuesto en el artículo 215.2. b) del TRLGSS, se tendrá en cuenta el tiempo en que el interesado ejerció como consejero o administrador asimilado a trabajador por cuenta ajena en virtud del artículo 136.2.c) del TRLGSS*”. Por tanto, parece ser que, de la literalidad de la norma, a efectos de la antigüedad, no se diferencia entre consejero asimilado a trabajador por cuenta ajena y trabajador por cuenta ajena, por lo que, tras un traspase a esta última modalidad, tal vez (solo tal vez), las inseguridades jurídicas pudieran desaparecer, pero, eso sí, con el coste de haber pasado de consejero a trabajador por cuenta ajena.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

El envejecimiento de la población es uno de los principales problemas con el que convive el sistema de pensiones de España. Para su superación, deben implantarse políticas públicas que opten por el favorecimiento decidido del nacimiento de personas, por tanto, una clara decisión sobre el favorecimiento de la natalidad en España.

Igualmente, debe apostarse por la reducción y simplificación de un sistema legal muy complejo y apenas entendible por personas sin conocimientos técnicos. En efecto, aquel trabajador que comienza a pensar en su jubilación por encontrarse casi en el ocaso de su etapa profesional se enfrenta a una tesis bastante difícil en la que tendrá que valorar y analizar múltiples posibilidades en relación al anticipo o no de la edad de jubilación con un amplio elenco de posibilidades que, además, son de difícil compresión. Asimismo, también deberá valorar si es posible y si le interesa compatibilizar el trabajo con la pensión o si, por el contrario, es mejor esperar a después de tener la pensión. Consecuentemente, también deberá analizar la posibilidad y el interés de que pueda optar por legislación anterior a la actualmente vigente, así como si podrá o no proseguir total o parcialmente su actividad o ejercer otra diferente.

Por otro lado, en absoluto debe apostarse por retrasar, de manera obligatoria, la edad de jubilación. Retrasar la edad de jubilación no es realmente una solución correcta, ni tampoco deseable. Para ello es importante tener en cuenta la calidad de vida y el bienestar de la vejez. Cosa diferente sería la posibilidad de favorecer la jubilación voluntaria, pero no impuesta por vía legal, ni tampoco por negociación colectiva. Es evidente que prolongar la vida activa del trabajador va en contra de la naturaleza humana que, con el paso del tiempo procede al deterioro físico y psicológico de las personas. Además, no es justo prolongar una larga vida dedicada al trabajo productivo y necesario para sobrevivir. En definitiva, cualquier tipo de modificación en el sentido de prolongar la vida activa del trabajador

debería ser siempre una opción voluntaria y no forzosa de la persona trabajadora; por ello sería razonable repensar la edad pensionable fijando una edad mínima a partir de la cual se pueda acceder a la jubilación siempre que se desee (lógicamente, afectándose al importe por la edad que se tenga en la jubilación).

Llegamos así a la cuestión de las jubilaciones anticipadas. Lo cierto es que opera una falta importante entre la correspondencia que debiera existir entre la “vejez” y la “jubilación”. Al hilo de lo anterior, es lógico que cesar (por retiro) la vida activa no depende de la “vejez” en sí, sino de una decisión legal en la que se mezclan agentes sociales y empleadores. Lógicamente, debe tenerse en cuenta que se está produciendo un retraso en el envejecimiento biológico de la población, pues la esperanza de vida se está incrementando, pero ello no debe ser una circunstancia con la que proceder y justificar, legalmente, al incremento de la jubilación.

Dicho lo anterior, debe operarse un cambio respecto a lo que conocemos como jubilación anticipada. En este sentido, cuando el trabajador se jubila a la edad legal ordinaria de jubilación, no lo hace por ser “viejo”, ni por quedar impedido física o psicológicamente. Aunque también es cierto que a veces depende de la aptitud, capacitación e incluso del nivel de exigencia inherente a la actividad que viene desarrollando. No obstante, debe resaltarse que la contingencia que verdaderamente pretende proteger la prestación no es la vejez en sentido biológico, sino el envejecimiento tasado por el elemento de que el trabajador se encuentra en una edad avanzada de su ciclo vital. Es lógico que a la “tercera edad” le sucede, en la actualidad, una “cuarta edad” vinculada a la pérdida de autonomía personal. En efecto, los ciclos vitales han venido comportando una mutación de las políticas de protección de las personas mayores o de edad avanzada¹².

Por último, es evidente que la sociedad está en plena transformación -y siempre lo va a estar- por lo que debemos adaptarnos a una Seguridad Social cambiante. Por ello, se debe atender a los cambios vitales de la sociedad y ser coherentes con la idea de que la Seguridad Social se encuentra en constante reforma y transformación, pero, lógicamente, con modificaciones que apuesten por una misma idea de protección de las personas -especialmente las que nos encontramos tratando en este texto, las de edad avanzada o madura- y, lógicamente, de racionalización del equilibrio social y económico, pues ambos deben coexistir y nutrirse el uno del otro.

¹² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, en *RMTAS*, núm. extraordinario, 2008, pp. 49 y ss.

LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL

FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS

Doctor en Derecho

Profesor Universidad de Murcia

 <https://orcid.org/0000-0002-7332-786X>

Sumario: **1.** Planteamiento; **2.** La Administración electrónica; **2.1.** Antecedentes; **2.2.** La sede electrónica; **2.3.** La publicación edictal; **2.4.** La firma electrónica y el registro electrónico; **2.5.** Las relaciones con la Administración; **2.6.** Derechos electrónicos; **3.** El expediente administrativo. Los archivos; **4.** Notificaciones electrónicas. Acceso imposible; **5.** El expediente incompleto: Contencioso; **6.** El expediente y el TJUE: El derecho de la Unión Europea; **7.** El expediente incompleto: Social; **8.** El expediente y la prescripción: Social; **9.** La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social; **10.** La Ley de eficiencia. Reforma de la LRJS.

1. PLANTEAMIENTO

El presente trabajo aborda desde distintas perspectivas las relaciones del administrado y del profesional con la Administración, se realiza un estudio de la regulación normativa usando de partida los antecedentes legislativos y las posteriores normas. El desarrollo se realiza a través de epígrafes en todos los casos, y en el análisis del desarrollo de la administración electrónica por su amplitud y sus peculiaridades; realizándose en el resto del trabajo un estudio práctico sobre resoluciones judiciales del expediente administrativo y sus vericuetos en los distintos órdenes jurisdiccionales. Dentro del amplio campo que supone el mundo digital, se ha centrado el trabajo en las relaciones del profesional y del administrado con la Seguridad Social, en concreto en las comunicaciones, y tramitaciones que ha de realizar, en las notificaciones que recibe, el expediente electrónico, la firma electrónica.

Desde el caso se analiza la considerada en ocasiones defectuosa confección del expediente administrativo, para tratar también el pronunciamiento y las consecuencias del incompleto expediente administrativo y la posibilidad o no de completarlo o subsanarlo en sede judicial; además también se trata las respuestas a la interposición de un recurso tras la imposibilidad de acceso a la notificación electrónica, aquella a la que se accede sin poder visualizar el documento, para también ilustrar con la doctrina del Tribunal de Justicia de

la Unión Europea, su reciente pronunciamiento sobre el expediente digital, su contenido, y la forma de acceso al mismo.

2. LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

2.1. Antecedentes

En materia de trámites con la Seguridad Social, el sistema Red fue pionero en las comunicaciones de Seguridad Social, sistema operativo, con las limitaciones que entonces existían en materia de navegación, pero ya en 1995, ante un internet desconocido para la mayoría, la Seguridad Social abrió su primera página web y puso en marcha el sistema Red, sistema de remisión electrónica de datos dirigido a empresas y profesionales autónomos para el intercambio de datos, sobre todo a través de los operadores principales, Graduados Sociales.

Hay que remontarse al artículo 45 LRJAP, de la derogada la ley 30/1992 como punto de partida normativo del desarrollo digital por parte de las Administraciones Públicas españolas; esta temprana apuesta por la modernización tecnológica de la actividad administrativa en el año 1992 supuso un impulso decisivo en la implantación efectiva de los medios informáticos y telemáticos tanto en la gestión administrativa interna como, sobre todo, y durante los últimos años de su vigencia, en las relaciones con los ciudadanos; en efecto, la LRJAP determinó un gran estímulo en el desarrollo de esta imprescindible tarea de modernización digital de la Administración, y si bien es cierto que con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma se habían desarrollado algunas experiencias notables, la realidad es que la vetusta y derogada ley establecía previsiones de su artículo 45 con la referencia a los medios técnicos siendo a la postre la que haya incidido decisivamente en la fijación de unos principios elementales que del posterior desarrollo normativo, así y aun reconociendo el limitado alcance del artículo 45 LRJAP, es posible afirmar que el desarrollo normativo se ha caracterizado por la timidez para reconocer derechos a los ciudadanos y, por consiguiente, para establecer obligaciones claras y terminantes para las Administraciones Públicas en el encorsetamiento y exigencia de los usos de los medios telemáticos.

Así, otra norma que supuso el impulso de la administración electrónica vino con la promulgación de la Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, y una de las novedades más transientes de esta norma, comúnmente denominada LAE que desarrollaba el establecimiento de un exigente régimen jurídico para el sitio web de las Administraciones Públicas que, según el artículo 10, pasaría a tener la denominación de sede electrónica. Las normas referidas, ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo y la Ley 11/2007, fueron derogadas con la promulgación de la vigente Ley 39/2015 que en su disposición derogatoria única se ocupó de realizar una abolición expresa de las normas referidas si bien absorbiendo gran parte del contenido que se contemplaba en la redacción de las mismas.

Es de resaltar que la propia Ley 39/2015 en su disposición final séptima establecía la entrada en vigor al año siguiente de su publicación en el BOE, si bien en el inciso segundo de dicha disposición final se ocupó de prever que el registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirían efectos a partir de 2 de abril de 2021, aunque a fecha actual, más de dos años después de la fecha límite, no toda la

Administración ha obedecido el mandato ni respetado por tanto el plazo que estableció el legislador.

2.2. La sede electrónica

La tramitación de la sede electrónica en los organismos públicos, y en especial en las relaciones del administrado y/o asesor con la Seguridad Social no ha estado, ni está exenta de problemática, así mientras la Administración exige teléfono y el email para cualquier formulario, haciendo uso de sendos instrumentos para sus comunicaciones, se produce el contrasentido del voto en la bidireccionalidad de la comunicación, es decir ellos notifican o comunican por teléfono o por email pero no admiten que el administrado haga lo mismo, con el problema no resuelto de atención personal en las oficinas de atención sin citas, con colas interminables, y sin atención personalizada inmediata ni en el INSS ni en la TGSS.

La administración electrónica ha supuesto la automatización de la actuación de la Administración, el inicio de las tramitaciones electrónicas ha sido posible gracias a nuevos sistemas de información, aplicaciones, servidores y otros equipos informáticos que de forma paulatina han ofrecido la posibilidad de acceder a la información y a los servicios administrativos más allá de las limitaciones cronológicas propias de las oficinas tradicionales con un horario de atención al público relativamente reducido que llega, incluso, a la completa interrupción de la actividad administrativa los fines de semana y festivos, por no decir ni pensar en lo que hubiera supuesto en la época actual ante la imprevisible pandemia sufrida, que hubiera sido imposible ninguna tramitación de partes de baja, expedientes de incapacidad, solicitudes de prestaciones de autónomo, desempleo tramitación de Ertes, un imposible sin una administración electrónica.

Se le exige a la administración electrónica el deber de cumplir con las exigencias propias de naturaleza técnica a través de sus sedes electrónicas, exigencias de seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad, interoperabilidad, identificación de titular, uso de estándares y, al mismo tiempo cumplir cánones de responsabilidad, integridad, veracidad, calidad y actualización de la información y los servicios. Con la sede electrónica se instaura la dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a una Administración Pública, órgano o entidad administrativa en el ejercicio de sus competencias; en este punto es necesario advertir que la sede electrónica no es una dirección sino que con mayor precisión, podríamos afirmar que es la accesibilidad desde una dirección electrónica a través de la cual, y mediante la utilización de una red de telecomunicaciones, se puede consultar la información y utilizar los servicios ofrecidos. La titularidad de la sede electrónica corresponde a la Administración Pública, a través de sus órganos o entidades administrativas, como de sus organismos autónomos que podrán disponer -aunque no sea estrictamente imprescindible- de su propia sede electrónica, como ocurre con los portales específicos de INSS, TGSS, ISM...

En lo que respecta a la titularidad de la sede electrónica, por parte de los órganos administrativos, se trata de una previsión que en gran medida resulta superflua y que, en definitiva, sólo se justifica como solución específica para dotar de autonomía a las sedes con un gran volumen de actividad a fin de que tengan un nombre de dominio propio que les otorgue cierta singularidad; desde la perspectiva técnica, se establecieron una serie de principios que deben respetar las sedes electrónicas y que en consecuencia vinculan su regulación; así, en primer lugar, por lo que se refiere a la identificación del titular de la sede,

expresamente se habilita a que se utilice para la identificación electrónica y la autenticación de sus documentos certificados de dispositivo seguro que identifiquen la procedencia, lo que ha obligado a que las sedes se adapten a determinados requerimientos de naturaleza técnica, entre los que destacan los principios de calidad, ,seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad.

Una especial atención merece la cuestión relativa a la neutralidad desde la perspectiva del uso de “estándares abiertos y, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos” y, en concreto la utilización de una aplicación o un programa concreto que con carácter general las Administraciones Pùblicas tienen la obligación de ofrecer , y ofrecen, sin coste para el usuario a fin de que puedan acceder a sus servicios electrónicos en condiciones de neutralidad tecnológica de manera que no se produzcan restricciones y limitaciones indebidas; más aún, para el caso de que los programas y aplicaciones empleados por las Administraciones en orden a la garantía de la neutralidad tecnológica se produce la prohibición general en materia de contratación pública de hacer referencia a marcas o productos determinados.

Un problema añadido ha ocurrido en la tramitación en sede electrónica de la Seguridad Social con los accesos al sistema Red, no se ha establecido un control, ni caducidad a la concesión, de forma que más allá de los profesionales colegiados, cualquier empresario o persona que necesitara puntualmente un acceso al sistema sobre una empresa concreta ha permitido que una vez finalizado este trámite mantuviera su número de autorizado red lo que a la postre ha dado lugar a problemas e incidencias como empresas fantasma con altas de trabajadores que no existían, compra de prestaciones, fraude en desempleo...

Por lo que se refiere a la disponibilidad del acceso, nos encontramos ante una de las principales posibilidades que ofrece la administración electrónica: la superación de las rigideces cronológicas de las oficinas convencionales, cuyo horario de funcionamiento suele reducirse a las mañanas y los días hábiles., por otra parte y dentro del derecho de desconexión se está invocando a la Administración en general y a la de la Seguridad Social en particular, que no se realicen notificaciones en festivos, ni fines de semana; también existe una reivindicación, aún sin éxito, de transformar los plazos en días hábiles y todo por el derecho de desconexión del profesional sobre todo en fechas, como puentes, o de varios días festivos, donde los días naturales son un incordio sin que tampoco dicha medida, hacer los días de baja hábiles, suponga ningún perjuicio para la Administración.

En todo caso, debe destacarse que la responsabilidad patrimonial derivada de la información ofrecida en la sede electrónica son daños que se pueden derivar no sólo de la vulneración de los principios técnicos -y, en concreto de la accesibilidad- o, en su caso, del carácter fragmentario o desfasado de la información, sino también de la reacción del organismo contrario a la información proporcionada.

Por otra parte, la difusión de información administrativa también puede generar daños desde la perspectiva de la protección de los datos de carácter personal, en efecto, aunque se trata de un problema igualmente presente en aquellos supuestos en que se utilicen medios tradicionales, lo cierto es que la difusión por vía electrónica conlleva mayores peligros por cuanto se incrementan notablemente los problemas desde una perspectiva cualitativa ya que la difusión es potencialmente mucho mayor, sobre todo si tenemos en cuenta los eficaces buscadores actualmente disponibles de forma gratuita y la existencia de sistemas automatizados que rastrean, recopilan y ordenan todo tipo de información

existente en Internet, así el artículo 17 LSSI, Ley 34/2002 de la sociedad de la información y comercio electrónico, establece una relevante exención de responsabilidad para aquellos supuestos en que el titular de un sitio web incorpore un enlace externo a una página ajena, de manera que no incurrirá en responsabilidad mientras no tenga “conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesionan bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización” o, si lo tiene, actúa “con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente”; así y aun cuando el concepto legal de servicios de la sociedad de la información, del que parte la regulación de la LSSI y, en concreto, la referencia a la onerosidad de la actividad en que consista pueda suscitar ciertas dudas, entendemos que esta exoneración de responsabilidad debe aplicarse igualmente a los enlaces que aparezcan en los sitios web oficiales, de manera que la responsabilidad patrimonial sólo sería exigible cuando la Administración implicada conociera la ilicitud de los contenidos y/o informaciones enlazados y no actuase con la diligencia necesaria en la retirada de los enlaces, lo que no le exime de una vigilancia de sus contenidos web y la entrada de posibles hackers a sus sistemas.

En todo caso las páginas de acceso a los organismos públicos, y en concreto de la Seguridad Social, contienen enlaces propios y quedan exentos de publicidad, como ocurre con los accesos de las mutuas patronales que carecen de banners externas, y ambos casos, tanto en la navegación de las mutuas como de los organismos públicos de la Seguridad Social, el inicio del acceso exige la política de aceptación de cookies garantizando la conformidad a los links que se visitan y garantizando que no se abran páginas en segundo plano de terceros, y por supuesto de empresas ajenas o de publicidad.

2.3. La publicación edictal

La regulación de la notificación por edictos tantas veces reprochada como último y residual medio de notificación por nuestro Tribunal Constitucional se recoge expresamente en el art.44 de la Ley 39/2015, y es el vigente RD 327/2021 el que actualiza el tablón edictal único. La novedosa modalidad dispone que la publicación de los actos y comunicaciones en el tablón de anuncios podrá ser sustituida o complementada por su publicación en la sede electrónica del organismo correspondiente; así las cosas, partimos de un importante grado de indeterminación por cuanto se alude tanto a la posibilidad de no tener que acudir a la versión tradicional de los tablones, como en su caso, a la necesidad de hacerlo en función del alcance meramente complementario de la difusión utilizando la sede electrónica.

Los actos administrativos que ya no se pueden notificar han dejado de publicarse en los boletines de papel, así la Seguridad Social cuenta con su tablón edictal único que es su sistema oficial de publicación de anuncios, acuerdos y resoluciones.

La Seguridad Social cuenta con su sede electrónica donde constan todas sus notificaciones telemáticas y donde el administrado por cualquier medio, firma electrónica, DNIe, clave móvil, clave permanente, sms o cualquier otro puede acceder a la notificación, si bien, en no pocas ocasiones no recibirá ningún aviso previo de tener pendiente de descarga alguna comunicación, y ocurre que la mayoría de los administrados no acuden a su carpeta electrónica, o carpeta ciudadana cada día para comprobar si tienen o no alguna notificación pendiente de descargar, a tal fin se ha facilitado que los administrados faciliten un número de móvil o de email con la única finalidad de ser avisados, no de ser notificados, así con esta suscripción a las notificaciones electrónicas de la Administración, se recibirán los avisos cuando proceda, si bien, se exige dar una importante advertencia que es que en

caso que se haya producido un error o fallo al notificar el aviso, no llega el email o no se remite correctamente, error del sistema de alertas, los efectos jurídicos continúan, esto es, esta circunstancia de que el aviso no llegue no hace que la notificación deje de surtir efecto, aunque los tribunales vienen dando la razón a los administrados en casos de ausencia de ese aviso de comunicación.

Otra cuestión, muy recurrente en las notificaciones de TGSS, ocurre cuando el administrado no ha facilitado o a la Administración no le consta ni número de móvil para enviar mensaje a móvil, ni correo electrónico, y la Administración acude a la notificación edictal, en estos casos el Tribunal Supremo en su Auto 11050 fecha 18/09/2024¹ ha establecido que ante la ausencia de datos para aviso se ha de intentar la notificación por otro medio, siendo la notificación edictal el último remedio posible de practicar la comunicación, en el caso concreto era una empresa que tenía obligación de comunicarse electrónicamente y no se había dado de alta en el buzón electrónico.

2.4. La firma electrónica y el registro electrónico

La ausencia de las garantías de autenticidad e integridad de la comunicación conllevaría la invalidez de los documentos administrativos generados en soporte informático del mismo modo que sucede con los escritos: ¿alguien se atrevería a poner en duda esta consecuencia invalidante cuando no constara de forma fehaciente el autor de un acto administrativo escrito o no hubiera certeza sobre la ausencia de manipulaciones en su contenido?, estos dos problemas, autenticidad e integridad, gozan de una solución técnica razonablemente fiable, la firma electrónica, instrumento que cuenta con una regulación actual en la Ley 6/2020 reguladora de los servicios electrónicos de confianza.

Por lo que se refiere a los registros, la legislación de 1992 había dado lugar a una interpretación ciertamente inflexible que dificultaba la orientación de dicha herramienta a los auténticos protagonistas de los servicios: los ciudadanos; si se examina la regulación del hoy derogado artículo 38.9 LRJAP podrá comprobarse que el uso de los registros telemáticos se limitaba, a la realización de actuaciones relativas a la competencia del órgano o entidad que lo hubiera creado, es por tanto que se trataba de un precepto diseñado desde una realidad administrativa muy concreta la de la Administración General del Estado que estaba dotada de personalidad jurídica única, que a su vez dotaba a cada departamento ministerial de una autonomía considerable.; con la reforma operada en la Administración, y a fecha actual, se permite que el ciudadano pueda acudir a cualquier Administración de forma tradicional, papel o de forma telemática, para realizar el trámite registro con la excepción de empresas sociedades, fundaciones que se les exige de forma obligatoria que realicen la entrada de sus escritos a través de los registros electrónicos, si bien qué ocurre cuándo no funcionan.

En los procedimientos y trámites con la Seguridad Social la caída del sistema es una excepción y difícilmente esto suele ocurrir, pero en ocasiones ocurre, y en estos casos se reporta la incidencia, se acredita el problema del acceso y se sube una incidencia a la plataforma Casia que es el centro de coordinación, atención y soporte del autorizado red.

También, y según el trámite que se trate, se pueden utilizar, previa justificación y de forma excepción otros canales o medios alternativos como correos electrónicos o registros a través del registro general de la Red SARA- (Sistemas de Aplicaciones y Redes para las

¹ Tribunal Supremo. Sala Contencioso. Recurso 10322024.

Administraciones que conecta las redes de las Administraciones Públicas Españolas e Instituciones Europeas facilitando el intercambio de información y el acceso a los servicios).

En lo referente o a los posibles problemas de integridad y autenticidad la solución llega con la firma electrónica del documento, del envío a través de la web con seguridad https y con el software de auto-firma cuya descarga es gratuita y se facilita por la Administración para una verificación de la firma electrónica y firma de los documentos en el registro de la sede electrónica, en materia de Seguridad Social el autorizado red lo hace a través de su entrada al sistema, como lo hace con el Siltra aplicación de escritorio desarrollada por la TGSS para intercambio de información de las empresas y sistema de liquidación de cuotas a la Seguridad Social.

En lo que refiere a los navegadores como herramientas para el acceso a los organismos oficiales, si bien depende de cada administración, se puede entender casi está normalizado, y los desarrolladores van eliminando trabas y actualizando sus aplicaciones, como la supresión del componente de software Java, siendo cada vez más extendido el uso de Chrome de Google admitiéndose también como más estandarizado el uso del navegador Edge sustituto del Explorer.

Respecto a la firma electrónica, en determinados expedientes de prestaciones de Seguridad Social, aunque el envío de la solicitud de la prestación se realice por vía electrónica y con la firma electrónica del administrado, el INSS exige que la solicitud en cuestión también se firme pues el sistema del que dispone de comunicación no firma el documento cuando se remite, sino que exige que se haga previamente, pues de otra forma queda sin hacerse y se requerirá la subsanación.

2.5. Las relaciones con la Administración

Otro de derechos que se reconocen es el relativo a la elección del canal para relacionarse con la Administración Pública, que indirectamente tienen una gran incidencia en la organización y gestión de la actividad administrativa, ya que condiciona el soporte -digital o papel- que ha de utilizar la Administración en la tramitación de los procedimientos y, en general, en el ejercicio de sus funciones, de manera que indirectamente su alcance estará determinando la eficacia de la actividad administrativa.

En la actualidad el administrado, también persona física tiene una relación con la Seguridad Social a la que puede acceder a través del portal Importass, portal al que el ciudadano accede a su área personal y puede obtener vida laboral, informes, consulta de deudas, notificaciones, y documentos personales; por otra parte, a través del portal Tu Seguridad Social, - todos estos accesos son localizables en cualquier buscador- , permite la entrada como interesado, representado o apoderado, y a través de los medios de autenticación ya comentados acceder a los trámites de consulta de jubilación asistencia sanitaria, prestaciones familiares, entre otros.

También puede el administrado acceder a sus expedientes administrativos, de forma electrónica previa autenticación también, si bien, en ocasiones no resulta posible localizar el trámite iniciado o pendiente de resolución por estar incompleta o no volcada la información por el organismo competente de la Seguridad Social.

2.6. Derechos electrónicos

Es preciso dejar constancia de que el RD 203/2021 que aprueba el reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos reconoce un amplio elenco de derechos electrónicos a los ciudadanos, algunos de los cuales presentan una vinculación directa con la protección de sus datos personales. Así, por lo que respecta específicamente a la problemática objeto de nuestro análisis, es un derecho existente para todos los procedimientos administrativos de Seguridad Social.

Un derecho electrónico es el derecho a elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas, cuya incidencia en la problemática relativa a la gestión documental a la que antes nos referimos es más que evidente.

Otro derecho, ya existente, es el de no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, las cuales utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información siempre que, en el caso de datos de carácter personal, se cuente con el consentimiento de los interesados en los términos establecidos por la LOPD o una norma con rango de Ley así lo determine, salvo que existan restricciones conforme a la normativa de aplicación a los datos y documentos recabados.

Respecto a los requerimientos de documentos que constan en la Administración, el sistema electrónico nada ha solucionado, al momento hasta ahora, pues en la práctica el intercambio de información y ficheros entre administraciones no funciona de oficio, ni en ocasiones a instancias de parte, y sólo funciona, además de forma automática, cuando los distintos órganos de gestión recaudatoria cruzan de oficio sus datos, en el resto de los casos rara vez es posible que se facilite de una Administración a otra la información.

El legislador ha introducido ciertas previsiones de carácter técnico que presentan una relación muy directa con la protección de los datos personales, en particular por lo que respecta a la efectividad del derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de las Administraciones Públicas, lo cierto es que las reglas de interoperabilidad no constituyen, sin más, una habilitación legal para las cesiones indiscriminadas de datos personales por cuanto, de conformidad con las exigencias de seguridad jurídica fijadas, carecen del suficiente grado de concreción.

En todo caso, la automatización de estos tratamientos obliga a adelantar los mecanismos de seguridad referidos no tanto a las exigencias técnicas como, en particular, a la verificación de las condiciones jurídicas en las que el acceso o la interconexión pueden tener lugar desde la perspectiva de las exigencias de la protección de los datos personales. En muchas ocasiones basta ofrecer el consentimiento o la denegación expresa del administrado para la obtención o verificación de datos entre administraciones.

Existe el derecho a conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean interesados, así como a obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de interesado; teniendo en cuenta que, a diferencia de lo que sucede con los mecanismos de ejercicio de este derecho basados en la personación física del interesado en las oficinas administrativas, los medios electrónicos permitirán el acceso directo del interesado sin intermediación alguna, el respeto a la normativa sobre protección de datos personales requiere que, con carácter previo, se identifique al interesado y se vinculen

los documentos que formen parte del expediente a su identidad; proceso en el que, por razones, operativas resulta imprescindible la utilización de sistemas de firma electrónica.

Existe el derecho a la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas, previsión cuyo alcance por lo que respecta los datos personales nos ha de remitir a lo previsto a la LOPD y su normativa reglamentaria de desarrollo.

El propio RD 203/2021, que aprueba el reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, establece en su art.4 como canal de asistencia el sistema presencial, muy restringido en la actualidad; los portales de internet y sedes electrónicas, ya comentados; las redes sociales, ¿vale twiter X?, el sistema telefónico, problemas con la identificación y sobre todo casi siempre imposible comunicación con la Administración; el correo electrónico, muchos problemas con la suplantación y los correos falsos, y cualquier otro que se pueda establecer, que a la fecha se desconoce.

3. EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO. LOS ARCHIVOS

El expediente administrativo parte de la idea de un archivo digital único como con acierto menciona Bustos Pretel² lo que evidencia el pensamiento digital del legislador a fin de establecer la unión electrónica de la dispersión de archivos del mundo analógico. El problema principal, en la mayoría de los casos, es que el expediente administrativo carece de los elementos que exigen el formato electrónico pues se limita a un conjunto de documentos escaneados, foliados con un índice, y no siempre del todo legibles pues en ocasiones, son copia de fotocopia; otras veces carecen de orden cronológico, pero lo que es peor, la mayor de las veces, no se trata de un formato estrictamente electrónico pues desde el índice no se llega al documento, pues se trata de un texto plano escaneado o en pdf pero podemos decir que electrónico.

En procedimientos de Seguridad Social es habitual que el expediente que se aporte sea un elenco de folios con un índice, en ocasiones a mano, y no muy legible, y con documentos que no siempre son de fácil lectura, que además no se aportan, en muchas ocasiones, con suficiente antelación, y en otras se encuentra incompleto debiendo ya casi en el acto de juicio proceder a su supervisión.

La ley 39/2015 en su art.70 define el expediente administrativo como el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, y ya previamente la ley 18/2011, que es la norma reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, en su art. 26, establece la definición del expediente judicial electrónico para disponer que se trata del conjunto de datos, documentos, trámites, actuaciones electrónicas, grabaciones audiovisuales correspondientes a un proceso judicial; asimismo este precepto establece el necesario foliado y la incorporación de un índice electrónico, dotando al expediente de un número de identificación general.

En la actualidad, los expedientes judiciales que se facilitan por juzgados y tribunales contienen la integridad de los autos judiciales con unas pestañas que permiten ir a la parte del procedimiento que se desea consultar o revisar, si bien este acceso al desglose documental, en ocasiones no mantiene el orden cronológico del procedimiento sino una

² BUSTOS PRETEL Gerardo "La gestión del documento electrónico". Edición nº2. El Consultor 2020. Ed La Ley. Madrid

entrada no ordenada de documentos y escritos en las actuaciones, lo que obliga a un esfuerzo de trabajo, en el orden social, para localizar el documento determinante, y no así en el orden contencioso administrativo que permite su devolución a la Administración para su entrega de la forma debida.

El art.71.2 de la Ley 39/2015 establece el acceso del expediente a través de un índice cronológico, con orden y numeración por cuanto, remitir documentos bajo un árbol y con una ordenación alfabética no es, a mi juicio, cumplir con el mandato legal; pues bien, y ya entrando en el ámbito jurisdiccional, el art.48.4 de la LJCA establece que el expediente será original o copiado enviándose foliado con un índice, y el art. 52.1 habla de la recepción del expediente, lo que hace en singular, como no puede ser de otra forma, y es por tanto que no se entienda muy bien que por la Administración se produzca en ocasiones un envío desagregado de contenidos en distintos archivos con varias carpetas independientes haciendo imposible establecer una conexión fáctica del contenido.

Sobre el expediente administrativo y su conservación se ha pronunciado Palomar Olmeda³ en la correcta interpretación de la ley 39/2015 cuando dice que la norma en su art.17 lo que hace es limitarse a establecer una serie de obligaciones para la Administración, pues de un lado determina la necesidad de conservar los expedientes administrativos una vez finalizados, y de otra parte establece que dicha conservación se habrá de realizar por medios electrónicos y en formato que permitan la seguridad, conservación y el acceso.

La remisión del expediente electrónico se contempla en la Ley 18/2011, que regula el uso de las tecnologías de la información, y la comunicación en la Administración de Justicia, y esta norma es la que establece la remisión del expediente digital y obliga a la remisión del expediente con un índice electrónico, ex art.26, no pudiendo entenderse cumplida la norma cuando se está ante un texto plano, pues un índice electrónico no es un documento escaneado sino un documento que es accesible a través de un dispositivo o un sistema que permita su acceso y lectura; sobre la irregular forma de confeccionar el expediente cabe invocar también el art.70.2 de la Ley 39/2015 que establece que el expediente constará con la agregación ordenada de los documentos, y esta agregación ordenada lo que exige es un orden cronológico del expediente administrativo.

En la actualidad, los expedientes electrónicos de los juzgados y tribunales son accesibles a través de los sistemas que habilitan el acceso de los profesionales a los expedientes judiciales, así en Horus, se accede al portal de sede judicial electrónica y se puede realizar la consulta al expediente, evitando desplazamientos

4. NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS. ACCESO IMPOSIBLE

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁴ resuelve sobre el inicio del plazo para la interposición de una reclamación ante la imposibilidad de acceder el administrado al contenido de una notificación electrónica. La Sala declara nula la resolución que declaró la inadmisibilidad por extemporaneidad de la reclamación presentada. El supuesto es el siguiente, el recurrente accede a su notificación electrónica si bien aduce que la página aparece en blanco y no puede llegar a su contenido, y esta situación la pone de manifiesto y acredita ante la Administración y por tanto aduce que la reclamación interpuesta contra

³ PALOMAR OLMEDA Albert "Procedimiento Administrativo". Edición nº2. 2017. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra.

⁴ S TSJ Cataluña. Contencioso. Secc1. - Recurso 625/2015.

dicha comunicación no es extemporánea. La Administración considera que existe un acceso a la notificación y por tanto desestima la reclamación. La cuestión se reduce a determinar si la notificación realizada en sede electrónica fue correcta, y se tuvo acceso al contenido, o si por el contrario, el sistema informático impidió que se pudiera visualizar dicha notificación y se recibió, pero no se pudo tener conocimiento de lo que comunicaba, del contenido; por el recurrente se procede invocar el derecho a la tutela judicial efectiva afectado por el principio *pro actione* que exige una duda de la validez y eficacia de la notificación.

En el presente caso se considera que existió un fallo en el sistema informático que impidió el acceso a la contenido de la notificación electrónica encontrándonos ante un certificado o recibo de comparecencia electrónica por acceso el 11/02/2015 a las 13:05:18 lo que supone, en un principio, la puesta a disposición del acto notificado así como su contenido; sin embargo, por el recurrente se aportan las instrucciones del organismo en previsión de que al visualizar la pantalla quede en blanco, disponiendo dichas instrucciones sobre los pasos a seguir ante la falta de visualización.

Así, lo afirmado por el recurrente se corrobora con el informe pericial que constata el certificado digital apto y los errores de apertura y lectura del archivo descargado quedando evidenciado que la Administración tiene constancia del acceso y la descarga pero no de la visualización del documento y que el interesado interpuso la reclamación sobre lo sucedido en plazo, desde la recepción de la notificación por correo certificado, y por tanto cabe concluir que concurre la duda razonable que determina la aplicación del principio *pro actione*, esto es, que una vez accedido al documento y no estar visualizado por el administrado se siguió el procedimiento indicado y es por tanto que la sentencia del TSJ estima el recurso contencioso administrativo anulando la resolución con retroacción de actuaciones al no considerar la existencia de extemporaneidad alguna.

5. EL EXPEDIENTE INCOMPLETO: CONTENCIOSO

La sentencia de 13/01/2020 del Juzgado de lo Contencioso 6 de Murcia⁵, resuelve la situación jurídica surgida en atención las deficiencias y diferencias en el expediente administrativo con respecto al posterior expediente judicial, así en el expediente administrativo aportado constaba la documental de los datos personales y la valoración realizada de la persona, también constaba incorporado al expediente el recurso de alzada interpuesto y también el informe donde no se hacía la entrega de la totalidad del expediente administrativo.

Cabe reseñar que lo que se ha unido al expediente es la resolución denegatoria, pero en la misma no consta el pronunciamiento de forma expresa de las cuestiones planteadas en el recurso, ni tampoco la documental, ni los criterios técnicos ni científicos empleados, que a posteriori y en sede judicial, sí se incorporan como expediente, haciéndolo de forma novedosa, con datos no facilitados en el expediente administrativo, y es por cuanto se llega a la sorpresa de contar con un expediente administrativo, incompleto, y con un expediente judicial, distinto, al estar ampliado y completo.

Para el juzgador el expediente administrativo no puede servir cuando se utiliza una documental que no se ha puesto a disposición administrado, así se establece por la sentencia la imposibilidad de que por la Administración se pueda aportar un expediente

⁵ Juzgado Contencioso 6 Murcia. Sentencia 2/2020. PA 336/2018.

administrativo distinto y más amplio del que se facilitó en vía administrativa; la resolución judicial es determinante al establecer que lo actuado en el expediente judicial, aportación adicional a lo que consta en el expediente administrativo no es admisible, y con invocación a la doctrina del Tribunal Supremo, recuerda que la Administración no puede motivar actos fuera del expediente administrativo y no puede pretender hacer valer estos actos extemporáneamente en sede judicial una vez que se ha interpuesto el recurso contencioso administrativo.

La conclusión del juzgador es que no se puede completar o trasladar un expediente distinto, corregido y aumentado, pues no se trata de un acto susceptible de ser subsanado, toda vez que el expediente es un acto único, íntegro e invariable con identidad de contenido tanto en sede administrativa como en su aportación en sede judicial, y por tanto se concluye que la Administración no puede suplir ni completar el expediente administrativo prolongando su contenido más allá de sus límites, ya fijados en sede administrativa y por lo expuesto la resolución judicial declara la actuación administrativa contraria a derecho, dejándola sin efecto.

6. EL EXPEDIENTE Y EL TJUE: EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

En la sentencia del STJUE de 1 de diciembre de 2022 (C-564/21)⁶ acceso a expediente administrativo ECLI:EU:C:2022: 951 *BU contra República Alemana* se plantea la cuestión prejudicial sobre la exigencia de traslado del expediente administrativo. En el curso del procedimiento del litigio principal, se aportó el expediente electrónico en forma de varios documentos distintos en formato PDF y un conjunto de datos estructurales en formato XML que para su manejo requieren el uso de un software apropiado al objeto de reproducir la estructura inicial del expediente. El contenido de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia permite concluir que los órganos jurisdiccionales afectados poseen un tipo de *software*, que es de acceso público y puede descargarse gratuitamente en Internet por otras personas, incluidos los representantes de los solicitantes, es decir que el acceso es telemático, pero con un software de acceso libre, por cuanto resulta ser accesible, sin embargo, en la descarga se observa que el archivo generado no está paginado.

Se invoca al TJUE que el expediente administrativo que se transmitió no contenía el contenido íntegro del expediente, y por el órgano jurisdiccional se considera imprescindible el acceso completo, adicionalmente el órgano jurisdiccional y se advierte que no se transmitieron los originales, y habiéndose destruidos estos, se pregunta si puede dar lugar a la anulación del acto. Para entender lo que comprende el acceso completo al expediente ello supone el contenido completo con los metadatos, los accesos, los vínculos, los antecedentes, las inserciones, los borrados, es decir se considera que el no acceder al contenido íntegro podría vulnerar el art.23 de la Directiva 2013/32, que establece el acceso del solicitante de asilo a toda la información del expediente y a un proceso equitativo, si bien el órgano jurisdiccional podrá comprobar si existen o no objetivos de interés general que se puedan oponer a la divulgación de esos metadatos, manteniendo el equilibrio entre el derecho de defensa y el mantenimiento de confidencialidad de la información.

Las cuestiones principales para dilucidar, sucintamente, consisten en saber si se puede presentar el expediente completo, siendo válido de forma electrónica, aunque no esté paginado; y si es válida la entrega del expediente electrónico en formato pdf sin el

⁶ ECLI:EU:C:2022:951 *BU contra República Alemana*

contenido completo del expediente. Para dar respuesta a las cuestiones la sentencia del TJUE invoca la Directiva 2013/32 que establece el derecho de acceso al expediente, en el marco de los procedimientos relativos a las solicitudes de protección internacional, al disponer que el asesor jurídico que asista o represente al solicitante tendrá acceso a la información que obre en el expediente, para a continuación añadir que el derecho de acceso al referido expediente es el corolario necesario del ejercicio efectivo del derecho de defensa. Dicho cuanto antecede, se matiza por el TJUE según su propia jurisprudencia, dentro de los derechos fundamentales -como lo es el respeto al derecho de defensa- se incluye el derecho a la divulgación de los documentos pertinentes para llevar a efecto la defensa, si bien esto no constituye una prerrogativa absoluta, sino que puede ser objeto de restricciones, siempre y cuando responda efectivamente a objetivos de interés general.

Así las cosas, a juicio del TJUE, el derecho de acceso al expediente implica que la persona afectada por un acto lesivo, pueda examinar todos los documentos que obren en el expediente de instrucción y que puedan ser pertinentes para su defensa, y entre estos documentos se incluyen tanto las pruebas de cargo como las de descargo, con la única excepción de los secretos comerciales de otras personas, de los documentos internos de la autoridad, que haya adoptado el acto, y el de otros datos confidenciales.

La sentencia, respecto a los documentos que deben incorporarse al expediente de instrucción, entiende que puede corresponder únicamente a la autoridad que ha adoptado la resolución lesiva determinar cuáles son los documentos útiles para la defensa del interesado, estándose permitido excluir los elementos que no tengan relación alguna con los elementos de hecho y de derecho que fundamenten dicha resolución y que, por consiguiente, no son pertinentes para el caso en cuestión.; entiende por tanto el Tribunal que el acceso al expediente debe ser completo e incluir todos los documentos y pruebas documentales y los elementos posteriores a la resolución a fin de poder ejercerse eficazmente el derecho de defensa.

En cambio, a juicio del TJUE no se aprecia que la necesidad de descarga de un software para visualizar la estructura del expediente en orden cronológico constituya una intervención intolerable, siendo válida la transmisión de una copia del expediente electrónico en distintos archivos en formato PDF, y cuya estructura pueda visualizarse mediante un *software* gratuito y de acceso libre en Internet, siempre que, se garantice el acceso a toda la información, y, que se ofrezca una representación tan fiel como sea posible de la estructura y de la cronología de dicho expediente, dando validez el acceso a través de un link en el mismo para la descarga con la integridad del contenido.

Finalmente, y sobre la posible anulación del acto por la destrucción de los originales y el envío de documentos transmitidos, omite realizar un pronunciamiento expreso, despachando la cuestión con la afirmación de que dicha respuesta no es r necesaria sin que al final se ilustre., y por tanto quedamos sin saber, si se opone al derecho comunitario una práctica administrativa consistente en digitalizar el original firmado de una resolución y destruirlo a continuación conservando la versión digital en un expediente electrónico.

7. EL EXPEDIENTE INCOMPLETO: SOCIAL

La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 13/07/2022⁷ resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social 17 de

⁷ TSJ Cataluña. Social Secc1. Recurso 976/2022.

Barcelona, sentencia de 14/10/2021, en materia de recargo de prestaciones. El procedimiento se inicia por la empleada que sufrió un accidente de trabajo en el centro de trabajo en el que prestaba servicios a la empresa, ahora demandante, dedicada al comercio menor de carne y productos cárnicos y restaurante. El accidente ocurrió cuando la vendedora camarera al realizar las tareas de bajar las bandejas con comida a la cámara frigorífica de la planta inferior se dispuso a hacer uso del montacargas, y teniendo las manos ocupadas, al abrirse la puerta del montacargas no se percató que no estaba y se precipitó por el hueco a una altura de tres o cuatro metros. A consecuencia del accidente se causaron prestaciones de incapacidad temporal e incapacidad permanente para la profesión habitual.

Queda probado que el montacargas carecía de sistemas de seguridad y protección y no tenía instalado ningún mecanismo que impidiese la apertura de la puerta cuando no se encontraba en dicha planta, de forma, que se podía abrir en cualquier punto del recorrido de la plataforma pues el único sistema de seguridad que funcionaba era que si la puerta se encontraba abierta éste no funcionaba, pero se podía abrir la puerta si no estaba presente, aunque cayeras al vacío, como ocurrió.

La empresa llevaba a cabo un plan formativo anual en materia preventiva y la trabajadora no recibió la formación en materia de riesgos laborales de prevención, la Inspección de Trabajo extendió acta de infracción y promovió expediente de recargo de prestaciones cifrándolo en el 30%; el INSS por resolución declaró la responsabilidad por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo, así como la procedencia de las prestaciones de Seguridad Social con el incremento del recargo con cargo a la empresa como responsable. Formulada reclamación previa por la empresa impugnando la sanción del Departamento de Trabajo autonómico catalán y siendo desestimada se interpuso demanda al Juzgado de lo social impugnando la resolución administrativa que declaraba la existencia de responsabilidad empresarial y la imposición de recargo. En la demanda ante el juzgado la mercantil alega que no existe infracción de las medidas de seguridad y que la responsabilidad debe imputarse a la empresa encargada de instalación y mantenimiento del montacargas, estableciendo también la culpa de la trabajadora por el uso indebido del montacargas; adicionalmente solicita que se aprecie nulidad del expediente administrativo. El juzgado de lo social desestima la demanda y confirma el recargo.

El primer motivo del recurso invoca el art.193.a de la LRJS e interesa la reposición de los autos al momento previo a la comisión de la infracción de normas o garantías del procedimiento, y aduce el recurrente que con el Decreto de admisión a trámite de la demanda, la parte actora, la empresa, solicitó en reiteradas ocasiones disponer del expediente administrativo y los documentos necesarios, todo requerido con suficiente antelación, incluso solicitando la suspensión de la vista al carecer del expediente administrativo, si bien el juzgado decidió no suspender y puesto en contacto con las administraciones hizo llegar el expediente a la parte actora, ahora recurrente, la cual recurrió en reposición por no haberse facilitado con suficiente antelación ni estar completo, ni contar con ninguno de los documentos que integraban las actuaciones inspectoras que dieron lugar a la imposición del recargo de prestaciones, por cuanto a su juicio se había generado indefensión. De contrario, la representación de la trabajadora, en el escrito de impugnación hace saber que no se ha producido ninguna indefensión; por parte de la empresa del montacargas también hizo saber que se había notificado el expediente administrativo completo y que no se había producido ninguna indefensión.

En este punto por la Sala se invoca el contenido del art.238 de la LOPJ, que es el que regula la nulidad de actuaciones, precepto que establece que para que esta pueda darse la nulidad deben existir defectos de normas esenciales del procedimiento y que dicha indefensión haya causado indefensión no imputable a la parte.

El TSJ con mención a la doctrina constitucional, invoca la doctrina por la que la nulidad de actuaciones procesales constituye un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación, dada la notoria conmoción procedural que supone, tanto para las partes, como para el principio de celeridad y economía procesal; así se concluye que la indefensión es un concepto fundamentalmente procesal que se concreta en la posibilidad de acceder a un juicio contradictorio en el que las partes, alegando y probando cuanto estiman pertinente pueden hacer valer en condiciones de igualdad sus derechos e intereses legítimos, y es por tanto que el concepto constitucional de indefensión tiene un contenido eminentemente material. Para la Sala no se puede apreciar lesión del artículo 24.1 de la CE, cuando por circunstancia del caso pueda deducirse que el afectado tuvo oportunidad de defender sus derechos e intereses legítimos, y es por tanto que para que exista vulneración del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la CE no basta el mero incumplimiento formal de normas procesales, ni basta cualquier infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales sino que de las mismas ha de derivarse un perjuicio material para el interesado.

Así las cosas, continúa la sentencia de suplicación, la doctrina del TC establece que la infracción o irregularidad ha de tener una repercusión real sobre las posibilidades efectivas de defensa y contradicción, pues no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca, en todos los casos la eliminación o discriminación sustancial de derecho que corresponden a las partes en el proceso, dado que el concepto de indefensión con relevancia constitucional no coincide necesariamente con cualquier indefensión de carácter meramente procesal, ni menos con cualquier infracción de normas procesales.

Se procede por la Sala, una vez fijada la doctrina constitucional, al examen de la normativa procesal de la LRJS y desglosa los artículos de aplicación y su incidencia al proceso:

Se invoca el art.142 de la LRJS, reguladora de la documentación en procesos por accidente de trabajo o enfermedad profesional, y se establece en el número dos del precepto que en los procesos de determinación de contingencia o falta de medidas de seguridad en accidentes de trabajo y enfermedad profesional, la resolución que admite la demanda deberá interesar el informe a la Inspección de Trabajo, y si no figurase en el expediente, siempre se deberá constar con los datos del accidentado o enfermo, el salario que percibía, y la base cotización, datos que se facilitarán en el plazo máximo de diez días, debiendo reiterarse al menos cinco días antes del juicio si no hubiera tenido entrada la información.

Por otra parte, se hace saber que el art.143 de la LRJS dispone que al admitirse la demanda se reclamará el expediente o las actuaciones administrativas practicadas y en todo caso el informe de los antecedentes en el plazo de diez días debiendo enviarse completo, foliado y autentificado; y si se remitiera el original el secretario judicial lo devolverá una vez firme la sentencia; el art.144 de la norma fija los efectos de la ausencia de remisión del expediente administrativo estableciendo que si transcurrido el plazo no se hubiera remitido el secretario judicial reiterará con urgencia su remisión, y previendo además que

el juicio se celebrará el día señalado aunque la entidad correspondiente no hubiera remitido el expediente o su copia, salvo que justificara suficientemente la omisión; asimismo, si el demandante precisara la aportación del expediente podrá solicitar la suspensión para que se reitere la orden de remisión; y si llegado el nuevo señalamiento no se hubiera recibido se podrán tener como probados los hechos alegados.

Adicionalmente la Sala también invoca el art.82.4 de la LRJS que dispone que podrá requerirse el traslado entre las partes o la aportación anticipada, preferiblemente de forma telemática, con cinco días de antelación al acto de juicio comunicando por tanto la prueba documental o pericial que por volumen o complejidad requiera un examen previo al momento de la práctica de la prueba.

Por el TSJ tras el análisis procesal de la norma en los preceptos referidos anteriormente, desestima el motivo alegado de nulidad de actuaciones pues considera que para que prospere ha de producirse la infracción de una norma o garantía del procedimiento que haya ocasionado una indefensión efectiva y material a la parte, sin que concurran dichos requisitos en el caso, pues admitida a trámite la demanda, se requirió al INSS a la aportación del expediente administrativo, incorporación que consta en autos, con traslado a las partes, acordando también la no suspensión del acto de juicio.

Respecto a que el expediente no estaba completo, por no incluirse las actuaciones de la Inspección de Trabajo que efectuó la revisión del montacargas, ni de la empresa de prevención, y la solicitud de que se remitiera el expediente completo o en su caso se tuviera por interpuesto recurso de reposición con solicitud de suspensión de la vista, consta sin embargo que el juicio se celebró con normalidad y según consta en la grabación dicha solicitud de suspensión no se reprodujo en sala, ni se manifestó en el recurso de reposición interpuesto en la ratificación de la demanda, sin que tampoco en fase de prueba se impugnara el expediente administrativo, solo referido y de forma sucinta en fase de conclusiones.

Así las cosas, se concluye que la aportación del expediente administrativo con dos días de antelación al acto del juicio ninguna indefensión generó, ni puede dar lugar a la nulidad de actuaciones, como tampoco el hecho de que el expediente administrativo no estuviera completo, pues como señala el juzgador de instancia en su fundamentación jurídica tercera, ni el recurso de reposición, ni la suspensión de la vista se reprodujo en el acto de juicio, constando además que aunque de forma desordenada el expediente administrativo se encontraba completo, sin que pudiera por tanto generar indefensión a la parte.

No se aborda en la sentencia, ni siquiera se reprocha en la de suplicación la indefensión que pudiera generar el expediente desordenado, desconociendo, pues tampoco se expone, si contaba con un índice completo y cronológico, parece que no, o si en su caso, su aportación de forma poco manejable hubiera podido facilitar la suspensión del procedimiento cuando se tuvo acceso al mismo, recordamos que el art.143.1 de la LRJS exige que el expediente se enviará completo y foliado con un índice y mención de los documentos que lo contienen.

8. EL EXPEDIENTE Y LA PRESCRIPCIÓN: SOCIAL

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30/04/2007⁸ analiza la figura de la prescripción que no es alegada por la entidad gestora en el expediente administrativo. Los hechos probados del juzgado de lo social, juzgado n.º 5 de Bilbao, declaran que el trabajador, con categoría profesional de ajustador de segunda, queda expuesto a niveles sonoros que superan los 85 da. La empresa tiene la contingencia de enfermedad profesional suscrita con Mutua Fremenp,

El trabajador inicia actuaciones para la valoración de sus secuelas, siendo denegadas por resolución del INSS por no considerarlo afecto a lesiones permanentes no invalidantes; el informe médico de síntesis determina como cuadro clínico la hipoacusia neurosensorial bilateral con caída de agudos, con limitaciones orgánicas funcionales auditivas. Frente a la denegación se interpuso reclamación previa que fue desestimada. El juzgado de lo social estima la demanda reconociendo al trabajador afecto de lesiones permanentes no invalidantes indemnizables con baremo⁸ condenando a INSS y TGSS.

Interpone recurso contra la sentencia de instancia por el INSS que es desestimada por el TSJ del País Vasco en sentencia de 02/05/2006, contra la que se interpone el recurso de casación para unificación de doctrina aportando como contradictria otra sentencia de la misma Sala del País Vasco de 12/11/2002. Consta como fundamento de derecho primero en la sentencia del TS que la solicitud para reconocimiento de la contingencia profesional se presentó el 21/10/2004, habiendo quedado probado que en junio de 1999 el trabajador ya presentaba una hipoacusia originada por enfermedad profesional.

La cuestión que se plantea en el recurso de casación para unificación de doctrina consiste en resolver si la prescripción no alegada al resolver la reclamación previa puede aducirse en el acto del juicio verbal. La Sala inicia la resolución del recurso planteado con un análisis procesal, así establece que por el demandado, además de negar los hechos aportados por el actor, o de matizarlos conforme a su criterio, puede alegar hechos impeditivos como pudiera ser la falta de capacidad o la existencia de un vicio esencial en el consentimiento; como también podrá alegar hechos extintivos que hacen fenece la relación o la situación jurídica que antes existió, como pueda ser la alegación del pago de una deuda, o de cualquier otra causa de las previstas en el art. 1156 del Código Civil, y también puede alegar hechos excluyentes, que no atacan el nacimiento y existencia de la situación o relación jurídicas que son objeto del proceso, ni tampoco su subsistencia, pero que producen el efecto de hacer inexigibles las obligaciones que para el favorecido con el hecho se derivaban de las aludidas situación o relación jurídica.

Continúa la resolución razonando que para que el tribunal pueda apreciar la existencia de los hechos impeditivos y de los extintivos, basta con que tal existencia se deduzca de la prueba practicada en el proceso, sea cual fuere el litigante cuya actividad probatoria los demuestre, y aun cuando no se hubieran alegado de manera expresa; sin embargo, para que pueda ser apreciada la existencia de un hecho excluyente, no sólo se precisa su acreditación por parte del litigante a quien favorece, sino que es necesaria, además, su expresa alegación; es por tanto que el hecho del que se deriva la excepción material de prescripción es el prototipo de hecho excluyente, de tal manera que dicha prescripción únicamente puede apreciarse si el favorecido por ella expresamente la alega y la acredita, así el antiguo art. 72 de la derogada LPL coincidente con el vigente art. 72 de

⁸ TS. Social. Recurso 2582/2006.

la LRJS dispone que en el proceso no se podrán introducir variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto a los formulados en la reclamación previa y en la contestación de la misma.

Recuerda además la Sala que la norma procesal establece que cuando la empleadora es una de las Administraciones Públicas en lugar de la conciliación extrajudicial con carácter previo a la interposición de la demanda será requisito necesario haber reclamado en vía administrativa, y se trata con ello de que la Administración tenga un conocimiento de lo que se va a interponer en su contra, y así obtener la posibilidad de evitar la incoación del proceso, y también conocer lo que el actor va a pretender y conforme al principio de igualdad de las partes en el proceso, se impone a ambos litigantes no introducir variaciones sustanciales de lo que ha sido objeto, ataque y defensa que supone que el actor no podrá pedir más o distinto de lo postulado en vía administrativa y la demandada tampoco podrá oponerse con hechos o motivos distintos de los puestos de manifiesto en el expediente administrativo.

En el presente caso, razona el TS, se asiste a la excepción material de prescripción, que al tratarse de un hecho excluyente necesita de expresa alegación para que pueda ser judicialmente apreciada, no bastando con que su realidad pueda deducirse de la prueba; y es por cuanto que la consecuencia directa de su falta de alegación al resolver en vía administrativa la petición impide también que se proceda a su alegación en el seno del proceso, so pena de quebrantar la congruencia, pues no cabe introducir de forma novedosa y por sorpresa la excepción de la prescripción, toda vez que causa indefensión y no ha podido ser preparada por la defensa para rebatir dicha alegación que de haberse alegado temporáneamente quizás hubiera derivado en un planteamiento distinto de la demanda, o no se hubiera ejercitado, y es por los expuesto por lo que se desestima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el INSS.

9. LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Establece el art.47.1 de la LRJS que los autos (el expediente del proceso judicial) permanecerá en la oficina judicial bajo custodia del secretario, ahora LAJ, donde podrán ser examinados por los interesados que acrediten interés legítimo, y para ello facilita la norma la entrega de testimonios, certificados o copias en los soportes técnicos que se disponga.

Se trae al análisis el supuesto real acaecido en el juzgado de lo social 32 de Madrid, juzgado que denegó el acceso a los autos, en formato electrónico, en este caso se trataba de un expediente administrativo en un proceso de Seguridad Social. La controversia surge cuando se solicita que se ponga a disposición el expediente y se solicita que se remitiera de forma electrónica, para lo que se facilitó un correo electrónico del Colegio de Abogados además de la identificación del letrado para que se pusiera a disposición por cualquier medio, preferiblemente Lexnet, esto es por acceso telemático; esta petición además tenía un motivo más que razonado para que se otorgara la petición dado que la solicitud se hizo en fecha de 20/05/2020, en plena vorágine de la Covid donde primaba la ausencia de presencialidad; este mismo juzgado, y sobre el mismo procedimiento, solicitó el requerimiento a las partes para que para que se realizara un anticipo de la prueba, ahora sí, a remitir de forma electrónica; el juzgado no estaba acordando una prueba anticipada a la del acto de juicio, sino que estaba requiriendo la aportación de la prueba para su unión a los autos de forma previa a la celebración al acto de juicio.

Es curioso apreciar cómo la misma sede judicial que impide el traslado de los autos y su contenido de forma telemática, pese a estar previsto en la norma, solicita en cambio a modo de exigencia una entrega documental ante tempus.

En este punto procede recordar que el proceso judicial se rige, por los principios de oralidad, concentración, celeridad, economía procesal, veracidad e inmediación y esto significa que la práctica de la prueba se celebra en el acto de juicio pudiendo el letrado/ graduado social improvisar, incorporar o retirar documental en la práctica de la prueba por cualquier documento que tenga a bien, y sea pertinente incorporar o retirar para la defensa de sus intereses y no quedando por tanto constreñido a una obligatoriedad que por otra parte la norma procesal no establece.

Al hilo de lo expuesto procede invocar que el art.87 de la LRJS establece que se admitirán las pruebas que se formulen y puedan practicarse en el acto resolviendo el juez sobre la pertinencia, es decir, que salvo los supuestos tasados de los expedientes administrativos y su entrega previa - mandato legal expreso del legislador- toda prueba previa que no sea anticipada no es exigible pues así acordarlo contrariaría los principios rectores del proceso laboral. En sentido contrario al sostenido por el juzgado de lo social, en la referencia a la aportación de la prueba en momento distinto al acto de juicio, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, Sala de lo Social en 02/12/2014⁹ estimando el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Andalucía que ratificó la decisión del juez de instancia y que a la postre impidió a la parte actora la práctica en el acto de juicio de la prueba, por extemporaneidad, a juicio del Supremo no se puede rechazar la prueba pericial propuesta en juicio por estimar que no se había aportado con antelación a los cinco días anteriores al día del juicio, declarando el efecto no preclusivo de los plazos.

Razona la Sala que la LRJS ha mantenido la integridad de los principios del proceso social, que son los ya mencionados de inmediación, oralidad, concentración y celeridad, principios todas de fuerza suficiente para excluir o modular la aplicación supletoria de las normas procesales civiles o contencioso administrativas, así recuerda que con la demanda no se acompañarán todos los documentos u otras pruebas escritas o periciales con las que se pretenda fundar su derecho, sino solo los documentos concretos justificativos del cumplimiento de los presupuestos procesales, es decir, el agotamiento de la vía administrativa previa, como documento imprescindible.

Expone el Tribunal Supremo además que en la demanda no se indicarán los medios de prueba que se harán valer directamente a juicio, salvo que se precise del auxilio judicial para su realización - citación de testigos, peritos o documentos que han de obtenerse a través del juzgado-, sin que tampoco la norma exija el anuncio de los medios. El proceso ordinario social, seguimos con los razonamientos del TS, y sus correspondientes modalidades procesales guardan similitud con los juicios verbales regulados en la supletoria LEC, norma procesal civil que exige unir a las demandas todos los documentos, dictámenes periciales, certificaciones registrales, informes de detectives, ex art.265 LEC; si bien esto no ocurre así en los procesos laborales donde solo con la demanda se acompañará la acreditación de haber agotado la vía administrativa previa, interposición reclamación previa o resolución recaída sobre la misma.

Se continúa en la sentencia con la exégesis del art.90.3 LRJS que preceptúa que las partes podrán solicitar al menos con cinco días de antelación a la fecha de juicio,

⁹ TS. Sala Social. Recurso 97/2013

aquéllas pruebas que habiendo de practicarse en el mismo requieran diligencias de citación o requerimiento; ha de observarse, como señala el TS que la norma no fija las posibles consecuencias de la no aportación anticipada de la concreta prueba documental o pericial que pueda valorarse judicialmente como compleja o voluminosa y que por tanto haya de remitirse de forma anticipada, y esto supone que no puede establecerse ningún principio de preclusión que impida su aportación directa al acto del juicio; así, y a diferencia de la norma procesal civil, la LRJS configura otros medios de integración de la aportación anticipada de la documental o pericial requerida, y con carácter general, y de acuerdo a las reglas de la buena fe posibilita la imposición de multas, la apreciación de temeridad o mala fe, apremios pecuniarios, responsabilidad por daños evaluables económicamente o incluso pode estimar como probadas las alegaciones realizadas sobre la prueba interesada y acordada. Las garantías de defensa, continuamos con la redacción de la Sala, quedan por tanto intactas con la previsión legal permitiendo además la LRJS que si las pruebas documentales o periciales resultaran voluminosas o complejas el juez o tribunal podrá conceder a las partes efectuar conclusiones complementarias que además se harán preferiblemente por medios telemáticos; a la poste lo que hace la norma es establecer una agilización del proceso sin que ello suponga un detrimiento de la tutela judicial efectiva ni una desprotección de los intereses de las partes.

En el caso que resuelve el TS el juzgado de lo social no interpreta correctamente el art.82.4 de la LRJS, que establece que de oficio o a instancia de parte podrá requerirse el traslado o la aportación anticipada, preferiblemente en formato informático, con cinco días de antelación al acto de juicio de la prueba documental o pericial que por su volumen o complejidad sea conveniente examinar de forma previa a la práctica de la prueba.

La interpretación correcta de este precepto, seguimos con el razonar de la Sala, no comporta que incumplir la aportación previa de la documentación impida que se pueda realizar en el acto de juicio por no haberse entregado previamente, y por tanto esto nunca puede comportar una preclusión de la aportación de las pruebas en el acto del juicio.

Se concluye finalmente que el rechazo de la prueba por el que se pretende desvirtuar los datos contenidos de la documental aportada de contrario supone una vulneración a la tutela judicial efectiva, ex art.24 C.E., privando la utilización de la forma legalmente establecida los medios de prueba pertinentes para su defensa, sirviendo además para recordar la doctrina del Tribunal Constitucional por la que no toda infracción procesal es vulneradora del art.24 sino aquella infracción que alcanza relevancia por anular las posibilidades de alegación defensa y prueba.¹⁰.

Al hilo de esta resolución, tiene sentado el Tribunal Constitucional¹¹, que para estimar la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, se exige que se haya instado a los órganos judiciales la práctica de la actividad probatoria, que se haya rechazado su práctica sin motivación o con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, que no fuera admitida y hubiera podido tener una influencia en la resolución del pleito o que haya impedido a la parte hacerse valer de una prueba solicitada en la forma legalmente establecida, doctrina del Tribunal Constitucional de su sentencia de Pleno 76/2010¹².

¹⁰ S TC 122/2007. BOE 22/06/2007

¹¹ S TC 126/2011. BOE 17/08/2011.

¹² S TC Pleno 76/2010 de 19/10. BOE 18/111/2010.

La consecuencia final de la vulneración de la prueba hace que por el Tribunal Supremo se estime el recurso de casación anulando la sentencia del juzgado y ordenando un nuevo señalamiento para la celebración de juicio con admisión de la prueba pericial que se interesó y fue indebidamente denegada.

10. LA LEY DE EFICIENCIA. REFORMA DE LA LRJS

La Ley Orgánica 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del servicio público de la justicia, publicado en el BOE DE 03/01/2025, realiza una nueva redacción del art.82.5 de la LRJS, con una incidencia práctica respecto a la celebración de las vistas, con una apuesta por generalizar las vistas telemáticas, y también con una intención de corregir los problemas de aportación de prueba como el resuelto por el Tribunal Supremo en 29/05/2024¹³ en el que la parte actora compareció personalmente, la entidad gestora lo hacía telemáticamente y la aportación de la prueba de la actora no pudo ser revisada por la demandada, que no estaba físicamente en el juzgado, lo que motivó que la Sala obligara a celebrar un nuevo juicio por haberse vulnerado las garantías procesales, y el derecho a tener traslado de la prueba documental a la contraparte de forma que pudiera tener acceso, y proceder a su visualización.

El art.87 de la LRJS no ha sido objeto de reforma, y parece que su modificación iría por la aportación de las pruebas con antelación al acto de juicio, lo que rompería uno de los principios rectores del proceso laboral, la unidad de acto y la práctica de prueba en el juicio; pues bien, aunque no se ha producido la derogación del art.87, el 82.5 de la LRJS, que entra en contradicción con el art.87, en su nueva redacción, establece que en la citación se requerirá el previo traslado entre las partes a la aportación anticipada con diez días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial que intenten valerse, debiendo presentarse dicha prueba en formato electrónico obligatoriamente, vetando la aportación en un momento posterior salvo que no se hubieran podido obtener con anterioridad, no se pudiera haber tenido conocimiento antes de su existencia, o no se hubiera podido obtener por causas no imputables a la parte.

El problema que puede ocurrir con la nueva redacción, ya en vigor, es que se produjera una celebración de juicio por videoconferencia y se aportara documental, ex art.87 por el que se admitirán las pruebas que se puedan practicar en el acto, así parece que la redacción del legislador ha quedado a mitad de camino, si bien y con carácter preventivo se podría aconsejar, a fin de evitar sorpresas, que se aporte la documentación con antelación, tal y como establece el art.82.5, pues una interpretación estricta lleva a concluir que el art.87 se refiere a los documentos que no se hubieran podido aportar con antelación, y no los que ya se pudieron incorporar y no se unieron a los autos, pues la pretensión del legislador es que el sistema sea de general aplicación al proceso laboral.

¹³ TS. Sala de lo Social. Recurso 3063/2022.

¿LA DURACIÓN DEL SUBSIDIO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR COMO RIESGO PSICOSOCIAL?

MONICA RICOU CASAL

Profesora lectora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Oberta de Cataluña

 <https://orcid.org/0000-0003-0274-5017>

“Si en el trabajo se está mal se hará mal”

Sumario: 1. Introducción; 2. La duración del subsidio por nacimiento y cuidado de menor a debate; 3. La afectación psicosocial en la duración de los subsidios de nacimiento y cuidado del menor; 4. Conclusiones- *lege ferenda*.

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, está en pleno debate doctrinal y también legislativo la duración del subsidio por nacimiento y cuidado de hijo. La legislación española no es pionera en tener una regulación de la duración del subsidio por nacimiento y cuidado del menor amplia, sino más bien lo contrario, 16 semanas, ampliables dos semanas más por parto múltiple. Hay países como Suecia que disponen de 16 meses. Se avanzó para que tanto el padre como la madre, los dos progenitores la duración del subsidio fuese la misma, pero se requiere ir dando pasos para que este subsidio de carácter contributivo, junto con el de carácter no contributivo ponga el foco en el cuidado y atención del menor.

Así las cosas, los primeros años de vida de un niño requieren de un máximo cuidado, la conciliación y el trabajo no son un buen binomio. Volver al trabajo y pensar con quien se va a quedar, quien lo va a cuidar, y quien mejor que los progenitores. En este capítulo se pretende abordar la duración del subsidio por nacimiento y cuidado de hijo y los efectos que su duración si no se reformula producen en el rendimiento y salud de la persona trabajadora.

2. LA DURACIÓN DEL SUBSIDIO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR A DEBATE

Se pretende en los siguientes párrafos hacer un recorrido por lo que han indicado los tribunales por lo que se refiere a la duración del subsidio, principalmente atendiendo que es donde está centrado el debate a las familias monoparentales.

El TSJ del País Vasco, Sala de lo Social (Rec. 1217/2020 de 6 de octubre), reconoce el incremento de la duración del subsidio a familias monoparentales. Se fundamenta en el artículo 10.2 de la Constitución Española: *“los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*, artículo 31 de la Ley 25/2014 sobre Tratados y Acuerdos Internacionales, de 27 de noviembre

El Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia 140/2024 (BOE de 6 de diciembre) estimó la cuestión de inconstitucionalidad elevada por el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, de Cataluña. En este contexto, se trae a colación la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, principalmente su artículo 26. Además, la protección especial a los menores también se proclama: En la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23 y 24) o en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos económicos sociales y culturales.

En el artículo 26 de la Convención de los Derechos del Niño, prescribe el derecho de los niños a beneficiarse de medidas de la Seguridad Social, con la observación de que se deben tener en cuenta los recursos y la situación del niño. Con base en esta norma el tribunal modula la duración del subsidio por nacimiento y cuidado del menor en el caso de familias monoparentales, es decir que dependen de un solo progenitor.

El Tribunal Supremo (TS) se había pronunciado con anterioridad, en recurso de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, sobre el fondo del asunto en sentencia 169/2023, de 2 de marzo (Rec. 3972/2020). En este sentido, el Ato Tribunal entendió que los artículos 18 y 26 de la Convención de los Derechos del Niño no recogían ningún derecho que tuviese que prevalecer sobre la normativa del RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y ocupación (BOE 7 de marzo). En suma, no dilucidó discriminación indirecta ya que la comparación debería ser con las familias biparentales.

El TS subraya que se trata de una prestación contributiva, es decir, para que se pueda obtener debe haber un período de cotización previo, sin perjuicio del subsidio no contributivo. En efecto, argumenta la sentencia que, en dos beneficiarios del subsidio con el mismo período cotizado, la duración del subsidio será diferente si uno de ellos es familia monoparental. El TSJ de País Vasco, Sala de lo Social (Rec. 1217/2020 de 6 de octubre), se reconoce el incremento de la duración del subsidio a familias monoparentales. Valga señalar, que el fundamento jurídico cuarto de la sentencia del TS indica que la normativa española no es contraria a la Directiva de la UE 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. (DOUE de 12 de julio). En aras a prevalecer el interés

superior del menor, se podría dar el supuesto de que una familia biparental estuviese en peor situación jurídica de atención al menor que una familia monoparental.

3. LA AFECTACIÓN PSICOSOCIAL EN LA DURACIÓN DE LOS SUBSIDIOS DE NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR

El Estatuto de los Trabajadores (ET)¹ recoge en el artículo 4 los derechos laborales, y en el artículo 4.2, los derechos en la relación de trabajo individual. Tanto el punto c) que se refieren a la no discriminación para el empleo o una vez empleados, como el punto d) la “*integridad física y una adecuada política de prevención de riesgos laborales*”, como el punto e) relacionado con el respeto a la intimidad y a la dignidad, comprendida la protección frente al acoso laboral, acoso sexual o acoso por razón de sexo, todos ellos se relacionan con la protección de la salud en el entorno laboral.

En lo que respecta a la seguridad y salud en el trabajo, el ET le dedica el artículo 19. Se divide en cinco apartados. El primero prescribe el derecho de las personas trabajadoras a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. De este modo la contrapartida es el segundo apartado las personas están obligadas a adoptar las medidas legales y reglamentarias de seguridad y salud en el trabajo. Además, pueden participar por medio de sus representantes legales en el centro de trabajo en la inspección y control de las medidas que sean de observancia obligada por el empresario.

Importante es el apartado cuatro del artículo 19 dónde se prescribe la necesaria formación teórica y práctica suficiente y adecuada tanto al inicio de la relación laboral como en cualquier cambio que acontezca ya sea técnico o de otra índole, aquí se incide que el nacimiento de un hijo/a influye notablemente en el puesto de trabajo. La formación en prevención de riesgos laborales debe ser continua y actualizada. En el último apartado de este importante artículo se destaca el papel de los delegados de prevención y en su caso los representantes de los trabajadores.

Indica el apartado quinto del artículo 19 qué realizar si se observa una probabilidad *seria y grave de accidente* por inobservancia de la legislación de aplicación ¿y no lo es cuando una persona trabajadora se incorpora del subsidio por nacimiento y cuidado de hijo? Se requerirá, por parte de las y los delegados de prevención y en su defecto las y los representantes de los trabajadores al empresario por escrito para adoptar las medidas necesarias. Si en cuatro días la petición no es atendida se pueden dirigir a la autoridad competente. Si ésta considera también probabilidad seria y grave de accidente requerirá al empresario para la observancia de la normativa o paralización del trabajo si se estima un riesgo grave de accidente.

En el caso de *riesgo inminente* de accidente, por decisión mayoritaria de los representantes de los trabajadores se puede acordar la paralización de las actividades. Si los representantes de los trabajadores no pueden reunirse con urgencia el acuerdo podrá ser adoptado por decisión mayoritaria de los delegados de prevención. El acuerdo se comunicará a la empresa y a la Autoridad Laboral. Ésta en 24 horas anulará o ratificará la decisión acordada. Se reitera que se piensa exclusivamente en riesgos físicos.

A destacar el artículo 20.4 dónde se señala que las y los empresarios pueden verificar el estado de salud de las y los trabajadores para poder comprobar su ausencia, medida

¹ RD Legislativo 2/2015 de 23 de octubre (BOE del 24), (en adelante ET) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

que a juicio de la autora necesaria cuando se va a proceder a un despido y la persona trabajadora está enferma. Se realiza un reconocimiento a cargo del personal médico. La justificación de esta verificación deriva de la dirección y control de la actividad laboral. Por lo que la negativa al reconocimiento por parte de la persona trabajadora podría determinar la suspensión de los derechos económicos.

Adicionalmente el artículo 20 bis, que fue añadido por la LO 3/2018², es el que hace mención por primera vez en el ET a la desconexión digital: “*Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de derechos digitales*”. Ciertamente los artículos 37 y 38 del ET tienen una afección directa a la salud laboral, por su regulación respectiva al tiempo de trabajo, descanso semanal fiestas y permisos y a las vacaciones. Esta parca regulación, en la realidad obliga a que por el tema de cuidados las personas trabajadoras acaben realizando más horas de las establecidas legalmente.

Hay que traer a colación, para dar relieve al estado de una persona trabajadora cuando se reincorpora de un subsidio por nacimiento de menor la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021³ entronca con la figura jurídica del despido, bajas por incapacidad y la calificación jurídica de la nulidad. Se declara la nulidad del despido por vulnerar la integridad física y moral. La resolución argumenta que la doctrina del TS señala que la mera situación de enfermedad no comporta la calificación del despido como nulo. Y también argumenta que el TC advierte en sentencias como la STC 118/2019⁴ para que se pueda apreciar la “*vulneración del artículo 15 de la CE es necesario que se produzca una actuación de la que se derive un riesgo o se produzca un daño a la salud del trabajador*”.

Interesante es el voto particular del Magistrado Ilmo. Sr. FALGUERA BARÓ, al que se adhiere el Sr. AGUSTÍ MARAGALL. Explica que la demandante tenía la condición de “*trabajadora especialmente sensible*” (TES) en base al artículo 25 de la LPRL. “*sus propias características personales o estado biológico desconocido son especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo*”. La empresa no adoptó ninguna de las medidas previstas en dicho artículo (evaluación individual, adaptación del puesto, cambio de puesto, etc.). Funda su argumentación en la STJUE de 11 de septiembre de 2019, C-397/18⁵. ¿No es especialmente sensible una persona trabajadora que se reincorpora de un subsidio por nacimiento y cuidado de hijo?

En la sentencia no se tuvo en cuenta en ningún momento la “*gestión preventiva con clave de género*”. Una mirada vista desde los Planes de Igualdad (RD 901/2020⁶) o el

² LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos Personales y garantía de los derechos digitales. Se añade por la disposición final 13 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>

³ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia de 14 de septiembre de 2021. Núm. de resolución 4380/2021 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cffc16162d94abb0/20211011>

⁴ MORENO GENÉ, J. “La política empresarial de despedir a los trabajadores enfermos vulnera el derecho a la integridad física. Comentario a la STSJ Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (rec. 2943/2021)”. Universidad Pompeu Fabra. IUSLabor 3/2021 pág. 181

⁵ STSJ de 11 de septiembre de 2019. Asunto C-397/18 Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=217624&doclang=es>

⁶ RD 901/2020 de 13 de octubre por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-12214>

Convenio 190 de la OIT. Además, que no es baladí que se debe tener en cuenta el obligado art. 4 de la LO 3/2007⁷ para enjuiciar.

Así las cosas, el derecho a la salud de las y los trabajadores tiene su engarce en el derecho a la integridad física. Lo que queda también de manifiesto en la prevención de riesgos laborales al consagrarse tanto el principio de evitación del riesgo como de prevención de este dónde no es necesario que se produzca efectivamente la lesión. En palabras de CARRIZOSA: “*cualquier conducta que obligue al trabajador a reincorporarse al puesto de trabajo o cualquier sanción que se imponga como consecuencia del ejercicio de los derechos en aras de preservar la salud e integridad del trabajador enfermo, le reconoce la normativa legal suponen un atentado contra el derecho a la integridad física y moral del trabajador, incluyendo las decisiones extintivas en las que no se haya acreditado causa real*”.⁸ Así según art. 24 de la CSE se debería clasificar con la nulidad en los casos de un “*plus de arbitrariedad extintiva*”⁹.

En la Ley 15/2022 de 12 de julio¹⁰ se toma como referencia el artículo 14 de la CE para definir el ámbito subjetivo. La novedad es que introduce como motivo de discriminación la “*enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos*”¹¹. Es un motivo para elogiar al legislador al dar la importancia merecida a la protección a la salud: “*finalmente se incluye la enfermedad o la condición de salud como causa de discriminación, rompiendo por consiguiente con una doctrina judicial que concienzudamente había negado esta circunstancia como motivo discriminatorio en los supuestos de despido*”¹².

Dos artículos bastante significativos de esta Ley son el 27 y 30. Es el artículo 27 donde se obliga a la reparación del daño causado: “*proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral*”. Y en el artículo 30 se prescribe una inversión de la carga de la prueba “*cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*”.

Como bien señala el art. 16.2 a) de la LPRL “*se deberán tener en cuenta las circunstancias subjetivas de la persona que vaya a ocupar cada puesto de trabajo*” póngase así una persona que se incorpora después de disfrutar del cuidado por nacimiento y cuidado

⁷ LO 3/2007 de 22 de marzo (BOE del 24 de marzo) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>

⁸ CARRIZOSA PRIETO, E. “Despido por IT: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental? Sentencia del TS, Sala de lo Social, de 18 de diciembre de 2007” op. cit pág. 283.

⁹ MOLINA NAVARRETE, C “*El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la carta social europea? Comentario a la sentencia del TSJ de Andalucía/Sevilla 3571/2020 de 19 de noviembre*” CEF Revista de trabajo y Seguridad Social número 455 de febrero de 2021 pág. 245.

¹⁰ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación ((BOE de 12 de julio de 2022) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-11589>

¹¹ BELTRAN HEREDIA, I. “A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por IT?” Disponible A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal? - UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES (ignasibeltran.com) pág. 8. (Consulta julio 2022.)

¹² BAILOS, A. “La Ley 15/2022 Integral para la Igualdad de trato y la no discriminación” Blog Según Antonio Baylos... Disponible en <https://baylos.blogspot.com/>

del menor, los riesgos no son los mismos que si no la tuviera. Los criterios técnicos de evaluación de riesgos pueden estar recogidos en normativa específica, o sino en: las Normas UNE¹³, las Guías del INSHT¹⁴, normativa internacional o en bases de datos autorizadas, así en exposición a agentes químicos REPRORISK¹⁵.

En base a lo señalado como bien regula el artículo 25 de la LPRL las y los empresarios deben garantizar la protección de las y los trabajadores especialmente sensibles a riesgos derivados del trabajo. No deben ser empleados en puestos de trabajo que puedan ponerse en situación de peligro tanto a la persona trabajadora como a las demás.

Efectivamente el artículo 40.2 de la CE señala en los principios rectores de la política social y económica “*la obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo*”. Este mandato lleva implícito la necesidad de tener una buena política de prevención de riesgos laborales. La realidad en un inicio fue que la política de prevención de riesgos laborales sólo se aplicaba al personal que estuviera incluido dentro del ámbito subjetivo de aplicación del ET. Esto cambió con la promulgación de la LPRL, Ley que transpuso la Directiva 89/391/ sobre Salud y Seguridad en el Trabajo.

En este sentido uno de los principios de la acción preventiva es adaptar el trabajo a la persona. (art. 15. 1 d) de la LPRL) según la concepción de los puestos de trabajo. Sí es verdad que la normativa de prevención de riesgos laborales no prevé expresamente el cambio de puesto de trabajo a otro más adecuado por ser declarado “no apto”. Sólo ocurriría en los casos de cambios de puesto de trabajo como medidas de prevención de riesgos laborales en las trabajadoras en riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (artículo 26 de la LPRL).

A propósito de los riesgos laborales merecen la misma importancia los riesgos físicos que los mentales y psicológicos. Se deja atrás la concepción de la seguridad e higiene con más arraigo en los ATEP para dar paso a la *seguridad y salud*. Es un concepto más amplio dónde se tienen en cuenta factores físicos, psíquicos y sociales.¹⁶

Como ya se ha indicado en el artículo 4.2 e) del ET se regula el derecho de las y los trabajadores a ser protegidos frente al acoso laboral o sexual. Se debe recordar que la falta de evaluación o identificación de riesgos psicosociales, su falta de revisión o no llevar a cabo medidas para evitarlos se puede sancionar con infracción grave.¹⁷.

Los riesgos psicosociales están presentes en el medio de trabajo y se relacionan tanto con la actividad laboral realizada, la organización del trabajo o en el ámbito de las

¹³ Asociación Española de Normalización (UNE) entidad privada, multisectorial, y sin fines lucrativos, designada por el Ministerio de Economía, Industria y competitividad como organismo nacional de normalización. Disponible en: <https://www.une.org/la-asociacion>.

¹⁴ Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST). Se encarga de elaborar guías técnicas, no vinculantes, para facilitar la aplicación de los RD de desarrollo de la LPRL Disponible en <https://www.insst.es/guias-tecnicas-transversales>.

¹⁵ REPRORISK. Es una base de datos específica sobre riesgos para la reproducción (exposición de ambos sexos) que contiene información sobre la evaluación de riesgos ante la exposición a medicamentos, sustancias químicas, agentes físicos y agentes medioambientales. (NTP 414: Reproducción: Fuentes de información, complementada y actualizada parcialmente por la NTP 612).

¹⁶ GARCÍA GONZÁLEZ CASTRO, G., SABADELL BOSCH, M. “La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo” UOC *Oikonomics* número 4 de 2015 pág. 40.

¹⁷ RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto por el que se aprueba el Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (TRLISOS) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060>

relaciones sociales que las y los trabajadores mantienen en el seno de la empresa pública o privada. Todo ello repercute en la salud de la persona trabajadora¹⁸. Son los que se desencadenan de la influencia de factores psicológicos relacionados con el trabajo como la doble carga de las mujeres trabajadoras o el sentimiento de haber dejado de cuidar a un hijo. Estos pueden ser las diversas condiciones de realización u organización del trabajo, las relaciones interpersonales, sin perjuicio de factores como la precariedad laboral, la competitividad laboral o la doble carga de las mujeres trabajadoras.

Sea como fuere y como bien indica la Sentencia de 9 de diciembre de 2019¹⁹ de forma inexplicable el legislador español no ha regulado expresamente el desarrollo de los riesgos psicosociales. Sólo se hace referencia en el artículo 4.7 d) de la LPRL en relación con el artículo 15.1 d) de la misma Ley. “*No existe norma heterónoma que regule los mecanismos preventivos al respecto*”

La empleadora o empleador debe crear en base al art. 14 de la LPRL un ambiente psicosocialmente adecuado, también el art. 5 d) y 19 del ET. El art. 15 de la LPRL señala el principio de evitar los riesgos tanto físicos como psicosociales. El TSJ de las Palmas también en sentencia de 17 de mayo de 2019²⁰ destacaba la importancia del protocolo de acoso como medida preventiva frente a riesgos psicosociales como el acoso.

Merece poner de relieve el criterio técnico 104/2021 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en riesgos psicosociales. En ésta se expresa que la Comunicación de la Comisión Europea de 10 de enero de 2017 sobre “Trabajo más seguro y saludable para todos-Modernización de la legislación y las políticas de la UE de SST”²¹: dió indicaciones sobre las acciones que los Estados Miembros debían realizar en políticas de SST²². La “Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027”²³ contempla un enfoque integral en que la protección física y mental se sitúa al mismo nivel, por lo que es la primera vez que la salud mental constituye una prioridad, poniendo énfasis en los riesgos psicosociales.

De manera singular se puede advertir que se deberían salvar las enfermedades crónicas no declaradas incapacidad de ser consideradas como ineptitudes sobrevenidas para un despido vía art. 52 del ET. La negociación colectiva podría ser un buen instrumento para canalizar las enfermedades crónicas no reconocidas como discapacidad. Sin perjuicio de la conciliación de la vida familiar y laboral que ha obligado a la cobertura ficticia de ausencias mediante las bajas médicas.²⁴

¹⁸ CAMAS RODA, F. “Mobbing y prevención de riesgos laborales (sobre los problemas relativos a la prevención de riesgos psicosociales)” Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos. *Estudios jurídicos* núm. 6 de 2006 pág. 1.

¹⁹ STSJ de Cataluña de 9 de septiembre de 2019. Resolución 4134/2019 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9ab8ad232fbcd6ee/20191107>

²⁰ Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social de 17 de mayo de 2019 Resolución de 17 de mayo de 2019 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3cbc1331706881fd/20190918>

²¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Trabajo más seguro y saludable para todos- Modernización de la legislación y políticas de la UE de SST. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0012>

²² Criterio técnico OE ITSS número 104/2021 sobre actuaciones de la inspección de trabajo y Seguridad Social en Riesgos Psicosociales. Disponible en https://www.mites.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/crit_tecnicos/index.html

²³ Ministerio de Trabajo y Economía social. Estrategia Española de SST 2023-2027”, aprobada en Consejo de Ministros, reunido el 14 de marzo de 2023. Disponible en Seguridad y Salud en el Trabajo. Estrategia Española, 2023-2027 (inst.es)

²⁴ RIVAS VALLEJO, P. “Trabajadoras con enfermedades crónicas y discriminación múltiple” en *Revista de Derecho Social* núm. 54 de 2011. Pág. 92 a 114.

Se debe atender al artículo 27 de la LO 3/2007 sobre la integración del principio de igualdad en la política de la salud, dónde se incluye la salud laboral. También es clave la disposición final 12 que introduce el artículo 5.4 de la LPRL dónde se exige los factores de riesgo ligados al sexo en la política de prevención. Destacable el artículo 46.2, en relación con los planes de igualdad, ya que se indica expresamente la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

Se debe poner de relieve que el INSHT en sus normas de prevención constata que existen diferencias anatómicas, fisiológicas, antropométricas y diferente grado de exposición a los riesgos. De esta forma se definen diferentes niveles de exposición a agentes lesivos, la incidencia según sexo, y el diseño de las medidas preventivas desde la óptica de la eficacia. Sobre todo, se inciden en los riesgos causados por agentes químicos, físicos, carga física del trabajo, condiciones ambientales del lugar de trabajo o de naturaleza psicosocial.²⁵

Es el artículo 26 de la LPRL el que regula “*la protección a la maternidad*”. El deber de protección de la empresa frente a los estados correspondientes a la función reproductiva. Este artículo supuso la transposición al Derecho español de la Directiva 92/85/CEE del Consejo²⁶. A pesar de esta transposición en sus inicios no se contemplaban todos los supuestos que se señalaban en la mencionada Directiva. Respecto a las licencias y a la protección social de la trabajadora se regula en el ET y en la LGSS, que sufren sendas modificaciones por la Ley 39/1999²⁷ y LO 3/2007.

4. CONCLUSIONES- *LEGE FERENDA*

En los apartados anteriores se ha analizado tanto el debate sobre la duración del subsidio por nacimiento y cuidado de menor como lo que son los riesgos psicosociales que pueden tener su afectación en los trabajadores padres y madres que deben de dejar al cuidado de otra persona a sus hijos para reincorporarse al trabajo.

Primera: Para una mayor seguridad jurídica el legislador debería determinar la duración del subsidio de nacimiento y cuidado de menor centrada en el bienestar del mismo. A partir de aquí quien fuese el beneficiario tendría derecho según si es familia monoparental a toda la duración o si se trata de dos progenitores les correspondería la mitad del período a cada uno. Se trataría de poner el foco en qué la duración del subsidio dependiese de a cargo de cuántas personas está el menor o la menor

Segunda: Una situación especialmente sensible de las que se indican en el artículo 26 de la LPRL es la reincorporación de la persona trabajadora después de disfrutar del subsidio por nacimiento y cuidado del menor. Se debería incluir en la evaluación de riesgos laborales de cada puesto de trabajo, para así saber como actuar en cada caso.

²⁵ GARRIGUES GIMÉNEZ, A. “Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica diferencial de sexo y género op. cit Pág.778 a 785.

²⁶ Directiva 92/1985/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la SST de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. (DOUE 28 de noviembre de 1992) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31992L0085>

²⁷ Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE del 6 de noviembre) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-21568>

CONSTITUCIONALIDAD DE LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS AL PAÍS VASCO Y NAVARRA PARA LA GESTIÓN DEL INGRESO MÍNIMO VITAL: COMENTARIO DE LAS SSTC 19/2024 Y 32/2024

CATALINA SMINTINICA

Contratada Postdoctoral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Castilla-La Mancha

 <https://orcid.org/0000-0003-3855-823X>

Sumario: **1.** Introducción; **2.** Antecedentes de hecho de las SSTC 19/2024 y 32/2024; **3.** Objeto de las SSTC 19/2024 y 32/2024; **4.** Doctrina constitucional establecida en relación con la regulación material del IMV; **5.** Comentario.

1. INTRODUCCIÓN

El Ingreso Mínimo Vital (IMV) constituye una prestación no contributiva integrada en el Sistema de Seguridad Social español, cuyo objetivo principal es garantizar un nivel mínimo de ingresos a aquellas personas o unidades de convivencia que se encuentran en situación de vulnerabilidad económica. Se configura como un derecho subjetivo de carácter económico, orientado a asegurar una renta mínima a quienes carecen de recursos suficientes para cubrir sus necesidades básicas. La regulación actual del IMV se establece en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre¹, que sustituye y consolida el marco normativo previamente definido en el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo². Esta normativa ha entrado en vigor el 1 de enero de 2022, consolidando así el IMV como una prestación estructural de Seguridad Social en el ordenamiento jurídico español³.

¹ BOE de 21 de diciembre de 2021, núm. 304.

² Se ha argüido por la doctrina laboralista que la implantación de un ingreso mínimo vital es “*una exigencia de decencia social*” máxime en el contexto de la grave crisis social, económica y sanitaria originada por la COVID-19. Vid., al respecto, APARICIO TOVAR, J., “Por un ingreso mínimo vital”, en *Infolibre*, publicado el 9 de mayo de 2020, y accedido en el siguiente enlace: https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/ingreso-minimo-vital_1_1182725.html. Publicado en el BOE de 29 de mayo de 2020, núm. 154, se integró en el Sistema de la Seguridad Social el ingreso mínimo vital por medio del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, actualmente derogado y sustituido por la Ley 19/2021, de 20 de diciembre.

³ La consolidación del IMV puede verse con lujo de detalles en MONERO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., TRILLO GARCÍA, A.R., “El Ingreso Mínimo Vital: nuevo pilar del pacto social intergeneracional entre jóvenes y

La competencia para el reconocimiento y control de la prestación económica no contributiva de la Seguridad Social, de acuerdo con el art. 25.1 de la Ley 19/2021, corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). No obstante, de acuerdo con el art. 25.2 las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales podrán iniciar el expediente administrativo cuando suscriban con el INSS el oportuno convenio que les habilite para ello, y, de conformidad con la Disposición Adicional Quinta de la Ley 19/2021, las Comunidades Forales pueden asumir funciones y servicios correspondientes al INSS. Esta Disposición Adicional Quinta de la Ley 19/2021 ha sido objeto de impugnación tanto en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 19/2024, de 31 de enero de 2024⁴ como en la STC 32/2024, de 28 de febrero de 2024⁵, que son objeto de análisis y comentario del presente trabajo.

Pero, antes de ahondar en el análisis y comentario de las citadas sentencias, consideramos conveniente reproducir el tenor literal de la Disposición Adicional Quinta objeto de impugnación. En su redacción original, esta Disposición tenía el siguiente tenor:

“Disposición adicional quinta. Aplicación en los territorios forales.

En razón de la especificidad que supone la existencia de haciendas forales, las comunidades autónomas de régimen foral asumirán con referencia a su ámbito territorial, las funciones y servicios correspondientes que en esta Ley se atribuyen al Instituto Nacional de la Seguridad Social en relación con la prestación económica no contributiva de la Seguridad Social del ingreso mínimo vital en los términos que se acuerde antes del 31 de octubre de 2020.

En tanto no se produzca la asunción de las funciones y servicios a que hace referencia el párrafo anterior, se acordará mediante convenio a suscribir entre los órganos competentes del Estado y de la comunidad autónoma interesada, una encomienda de gestión para realizar las actuaciones que se prevean en el mismo en relación con la prestación económica del ingreso mínimo vital y que permitan la atención integral de sus beneficiarios en el País Vasco y Navarra”.

Esta disposición fue modificada por medio de la Disposición Final Trigésima de la Ley 22/2021 en los siguientes términos:

“Disposición final trigésima. Modificación de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida se modifica el primer párrafo de la disposición adicional quinta, que queda redactado como sigue:

«En razón de la especificidad que supone la existencia de haciendas forales, en relación con esta prestación, las comunidades autónomas de régimen foral asumirán, con referencia a su ámbito territorial, las funciones y

mayores. Cuatro años de su implantación en España (2020-2024)”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm.4 especial, 2024.

⁴ BOE de 29 de febrero de 2024, núm. 53.

⁵ BOE de 3 de abril de 2024, núm. 82.

servicios correspondientes que en esta Ley se atribuyen al Instituto Nacional de la Seguridad Social así como, en atención al sistema de financiación de dichas haciendas forales, el pago, en relación con la prestación económica no contributiva de la Seguridad Social del ingreso mínimo vital, en los términos que se acuerde.»

El resto de la disposición adicional permanece con la misma redacción”.

Precisamos que el análisis y comentario de ambas sentencias se realiza de forma conjunta debido a que los motivos de inconstitucionalidad esgrimidos en ambos procesos coinciden sustancialmente y por motivos de evitar ser reiterativos preferimos su análisis y comentario de forma conjunta.

2. ANTECEDENTES DE HECHO DE LAS SSTC 19/2024 Y 32/2024

Ambas sentencias resuelven sendos recursos de inconstitucionalidad que, interpuestos por los recurrentes, pertenecientes a los Grupos Parlamentarios de Vox (sentencia 19/2024, de 31 de enero) y del Partido Popular (sentencia 32/2024, de 28 de febrero), impugnan la constitucionalidad de la disposición adicional quinta de la Ley 19/2021, reguladora del ingreso mínimo vital (IMV), en su redacción dada por la disposición final trigésima de la Ley 22/2021, de Presupuestos Generales del Estado para 2022. Dicha disposición permite que las comunidades autónomas forales asuman, mediante convenio, funciones y servicios atribuidos al INSS, incluyendo el pago del IMV.

Los recurrentes sostienen que esta norma vulnera el artículo 149.1. 17^a de la Constitución Española (CE), que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social. En su argumentación jurídica, los recurrentes afirman que el IMV, al ser una prestación no contributiva de la Seguridad Social, debe gestionarse íntegramente desde el Estado, tanto en su reconocimiento como en su pago, por tratarse de actos que inciden directamente en la caja única del sistema y, por tanto, forman parte indisociable de su régimen económico. Apoyan su postura en la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, recogida en las SSTC 124/1989 (FJ 3 y 6), 239/2002 (FJ 8), 104/2013 (FJ 4), 133/2019 (FJ 5), 33/2014 (FJ 8), y especialmente en la STC 158/2021, donde se establece que la gestión económica del sistema no puede ser objeto de políticas territoriales diferenciadas que afecten a su unidad estructural y financiera. Además, los recurrentes argumentan que la disposición adicional impugnada permite una cesión encubierta de competencias mediante convenios, lo que consideran incompatible con el marco constitucional, al permitir que las comunidades autónomas de régimen foral -País Vasco y Navarra- asuman funciones ejecutivas sobre el IMV, sin una habilitación constitucional expresa. Alegan también que la disposición adicional primera de la CE sobre derechos históricos no puede operar como fuente autónoma de atribución competencial, en línea con lo afirmado en la STC 123/1984 (FJ 3). Finalmente, subrayan que incluso la remisión a acuerdos de traspaso no subsana la inconstitucionalidad de la norma, pues el precepto legal ya faculta a los órganos del Estado para desmembrar la unidad de caja mediante convenios bilaterales, lo que socava la igualdad y solidaridad interterritorial previstas en los artículos 1, 2 y 41 CE y la igualdad de todos los españoles, ex. arts. 14, 41 y 149.1. 1^a CE.

3. OBJETO DE LAS SSTC 19/2024 Y 32/2024

Ambas resoluciones tienen por objeto esclarecer si la previsión legal que permite a las comunidades forales gestionar y pagar el IMV, bajo convenio con el Estado, es conforme con la Constitución y con el sistema de distribución de competencias. En concreto, el análisis se centra en la validez constitucional de descentralizar funciones ejecutivas relativas a una prestación no contributiva estatal con impacto económico en la caja única.

4. DOCTRINA CONSTITUCIONAL ESTABLECIDA EN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN MATERIAL DEL IMV

En sus fallos, el Tribunal Constitucional declara la constitucionalidad de la disposición adicional quinta de la Ley 19/2021 impugnada, sosteniendo que la regulación material del IMV corresponde en exclusiva al Estado, incluyendo sus requisitos, cuantías y titulares, lo que asegura la igualdad en el acceso y disfrute en todo el territorio nacional. La gestión ejecutiva puede ser encomendada, mediante convenio, a las comunidades forales, sin que ello suponga una quiebra del régimen económico ni de la caja única, siempre que se cumplan los criterios estatales. La asunción de funciones ejecutivas por parte de las comunidades forales no implica una cesión de soberanía competencial, sino un ejercicio del principio de colaboración y reconocimiento de las especificidades tributarias y financieras derivadas del régimen foral (disposición adicional primera CE; art. 18 y la disposición transitoria quinta del Estatuto de Autonomía del País Vasco; art. 54 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y amelioramiento del régimen foral de Navarra). El principio de igualdad no exige que todas las comunidades autónomas gestionen idénticas funciones, siempre que ello no afecte a los derechos sustantivos de los ciudadanos ((STC 37/1987, STC 158/2021).

Las sentencias objeto de análisis reafirman una doctrina consolidada: la acción protectora de la Seguridad Social incluye tanto prestaciones contributivas como no contributivas, y ambas forman parte del régimen económico cuya competencia exclusiva corresponde al Estado. Sin embargo, la ejecución de servicios puede ser asumida por las comunidades autónomas cuando exista cobertura legal y garantía de coordinación. La disposición adicional quinta de la Ley 19/2021 no transfiere ni delega competencias normativas, sino que habilita convenios de gestión con las comunidades forales, conforme al sistema de concierto económico y a su autonomía financiera.

El Tribunal subraya que este mecanismo no genera un sistema paralelo ni fragmentado de Seguridad Social, y que la “unidad de caja” no excluye fórmulas de gestión compartida o descentralizada. Ello no supone una ruptura del sistema unitario, sino una fórmula de cooperación funcional en un marco jurídicamente seguro y políticamente viable.

5. COMENTARIO

Las Sentencias del Tribunal Constitucional 19/2024 y 32/2024 constituyen un hito en la doctrina constitucional sobre la delimitación competencial en materia de Seguridad Social, al resolver sendos recursos de inconstitucionalidad presentados contra la disposición adicional quinta de la Ley 19/2021, modificada por la disposición final trigésima de la Ley 22/2021. La cuestión central planteada en los recursos de inconstitucionalidad se articula en torno a la compatibilidad constitucional de la previsión legal que permite

que las comunidades autónomas de régimen foral -País Vasco y Navarra- asuman, mediante convenios, la gestión ejecutiva del ingreso mínimo vital (IMV), una prestación no contributiva estatal integrada en el sistema de Seguridad Social. Más allá del análisis puntual de esta figura prestacional, el núcleo del debate consiste en la consolidación de una doctrina constitucional en torno al principio de “caja única” de la Seguridad Social y la delimitación de los márgenes competenciales de las comunidades autónomas en esta materia⁶. En este contexto, el Tribunal Constitucional se ve llamado a interpretar el alcance del artículo 149.1. 17^a de la Constitución Española, que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre el régimen económico de la Seguridad Social, en estrecha conexión con el artículo 41 CE, que consagra el derecho a la Seguridad Social en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos.

Ambas resoluciones abordan con rigor la aparente tensión entre la competencia exclusiva del Estado sobre el régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE) y la posibilidad de que ciertas comunidades autónomas -al amparo de su régimen jurídico-financiero singular- asuman funciones ejecutivas relativas al reconocimiento y pago del IMV. Lejos de considerar esta asunción como una ruptura de la “unidad de caja” o del modelo único de Seguridad Social, el Tribunal desarrolla una interpretación constitucional evolutiva y sistemática, que permite conciliar el principio de unidad con fórmulas de descentralización funcional bajo supervisión estatal.

El punto de partida del Alto Tribunal es claro: el IMV forma parte del sistema institucional de la Seguridad Social como prestación no contributiva, lo cual exige su integración en la estructura común, reglada y financiada con cargo a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS). No obstante, el TC distingue entre titularidad estatal de la competencia normativa y de los recursos -que no se cuestiona- y gestión material delegada, que puede ejercerse por las comunidades autónomas siempre que esta no comprometa la unidad del sistema ni genere desigualdad en el acceso a los derechos.

La doctrina constitucional ya había dejado abierta esta posibilidad en la STC 158/2021, y ahora se consolida. El Alto Tribunal recuerda que existen precedentes consolidados en la gestión por parte de las comunidades autónomas -incluidas las forales- de otras prestaciones no contributivas, como las pensiones de jubilación e invalidez, sin que ello haya afectado a la unidad del régimen. Estas experiencias previas permiten avalar, en términos de coherencia y continuidad, la legitimidad constitucional del modelo de gestión previsto para el IMV.

Un elemento particularmente significativo de las sentencias es el reconocimiento de la funcionalidad del “bloque de constitucionalidad”, entendido no como simple catálogo de competencias, sino como estructura normativa dinámica que permite articular mecanismos de cooperación adaptados a las necesidades del Estado social. Esta visión -inspirada en los trabajos de Francisco Rubio Llorente y recogida doctrinalmente por Monereo Pérez- ofrece un marco interpretativo fértil para legitimar la coexistencia de unidad normativa estatal con autonomía ejecutiva subestatal, sin que ello implique fragmentación del sistema⁷.

Otro aspecto relevante de los pronunciamientos del TC viene constituido por su contribución en clarificar la línea jurisprudencial entre el ámbito de la Seguridad Social y el

⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., “Ingreso Mínimo Vital y Estado Social Autonómico: límites constitucionales de las competencias de las Comunidades Autónomas”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3/2024, p.3.

⁷ Ibidem, pp. 6-12.

de la Asistencia Social en el marco del reparto competencial del Estado autonómico⁸. En este sentido, el Tribunal reafirma que el ingreso mínimo vital, pese a su carácter no contributivo, no puede ser subsumido en el concepto de asistencia social recogido en el artículo 148.1.20 CE, cuya gestión corresponde a las comunidades autónomas. Por el contrario, se encuadra de forma indiscutible en el sistema de Seguridad Social estatal regulado por el artículo 41 CE y cuya organización básica y régimen económico corresponden en exclusiva al Estado, conforme al artículo 149.1. 17^a CE.

Esta calificación jurídica implica consecuencias prácticas importantes. En primer lugar, la titularidad de la competencia normativa y financiera sobre el IMV permanece en el Estado, incluso en aquellos supuestos en los que se admite una gestión descentralizada o colaborativa con las comunidades autónomas, como es el caso de las forales. En segundo lugar, la decisión del Tribunal evita que se difumine la línea divisoria entre prestaciones asistenciales autonómicas -marcadas por su discrecionalidad, variabilidad y financiación propia- y prestaciones de Seguridad Social -caracterizadas por su configuración legal homogénea, su derecho subjetivo y su financiación estatal-.

Al delimitar este marco, el Tribunal fortalece el principio de igualdad material entre los ciudadanos en el acceso a derechos prestacionales, garantizando que su reconocimiento y cuantía no dependan del lugar de residencia. Asimismo, previene los riesgos de fragmentación del sistema que podrían derivarse de una descentralización mal diseñada, al establecer que la colaboración autonómica en la gestión del IMV debe integrarse en un modelo de ejecución subordinado a criterios comunes, bajo la tutela normativa y financiera del Estado. Así, estas sentencias no solo clarifican el estatuto jurídico del IMV, sino que protegen la coherencia del sistema de Seguridad Social frente a posibles dinámicas de disgregación competencial.

Las SSTC 19/2024 y 32/2024 afianzan una visión flexible y madura del Estado social autonómico, donde el equilibrio entre unidad funcional y descentralización territorial se garantiza a través de instrumentos de cooperación interadministrativa, sostenidos por convenios y controles homogéneos. Este modelo no solo es constitucionalmente legítimo, sino jurídicamente necesario para responder a los desafíos de la gobernanza social en un Estado plural, que busca compatibilizar eficiencia administrativa, protección social universal y respeto al principio de solidaridad.

Ambas resoluciones tienen una trascendencia práctica inmediata y estratégica en varios planos del sistema constitucional y administrativo español. En primer lugar, clarifican el margen de actuación de las comunidades autónomas en la gestión de prestaciones estatales no contributivas, despejando dudas sobre si dicha colaboración podría suponer una vulneración del principio de unidad del sistema de Seguridad Social. La respuesta del Alto Tribunal, al validar constitucionalmente la fórmula prevista en la disposición adicional quinta de la Ley 19/2021, legitima el uso de convenios como técnica de gestión compartida, respetuosa con la unidad financiera y normativa.

En segundo lugar, estas resoluciones normalizan la intervención de las comunidades autónomas -y especialmente de las forales- en la gestión del ingreso mínimo vital bajo parámetros de control, coordinación y unidad de criterio. Esta validación consolida un

⁸ Vid. APARICIO TOVAR, J., "Constitucionalidad de la asunción de competencias por las comunidades autónomas del País Vasco y Navarra en la gestión del Ingreso Mínimo Vital: los sifofantes atacan de nuevo. Comentario breve a las SSTC 19/2024, de 31 de enero y 32/2024, de 28 de febrero", en *Revista de Derecho Social*, núm.106, 2024, pp. 175-177.

modelo técnicamente viable y jurídicamente seguro, replicable para otras prestaciones sociales de naturaleza estatal, lo que abre la puerta a una evolución del modelo hacia esquemas de gobernanza multinivel más eficientes y cercanos al ciudadano.

En tercer lugar, el impacto de estas sentencias es claramente integrador desde el punto de vista territorial. En lugar de agravar las tensiones entre el Estado y las comunidades forales, las decisiones del Tribunal ofrecen un marco que reconoce las singularidades financieras del País Vasco y Navarra sin erosionar los principios de igualdad y solidaridad. Se evita así tanto la creación de sistemas paralelos como el bloqueo de competencias legítimas, estableciendo un modelo de cooperación basado en la corresponsabilidad institucional.

Además, desde la perspectiva de política pública, la seguridad jurídica que deriva de estas sentencias permite reforzar la estabilidad del IMV como instrumento estructural de lucha contra la pobreza, blindando su continuidad y su capacidad operativa en todo el territorio. Este blindaje es fundamental en un contexto en el que la eficacia de las políticas de rentas mínimas depende, en gran medida, de su ejecución ágil, coordinada y socialmente legítima.

Por último, estas sentencias proyectan una imagen de un Estado social que no es centralista ni fragmentado, sino cooperativo y plural, capaz de adaptar sus instituciones a los retos actuales mediante mecanismos constitucionales flexibles. En este sentido, su importancia práctica radica en mostrar cómo es posible conjugar centralización normativa con descentralización operativa, sin menoscabar ni la igualdad de los ciudadanos ni la unidad del sistema de Seguridad Social.

LA COTIZACIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS “ESTRUCTURALES”. UN ANACRONISMO EN LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

DIEGO VELASCO FERNÁNDEZ

Investigador del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

 <https://orcid.org/0000-0003-3852-6115>

Sumario: 1. Introducción. Breve referencia a la clasificación de las horas extraordinarias; 2. La necesidad histórica de una cotización específica para diferentes tipologías de horas extraordinarias; 3. La cotización de las horas extraordinarias estructurales. Un anacronismo en la Ley General de la Seguridad Social; 4. La supervivencia de las horas extraordinarias estructurales en la actualidad. Utilidad a efectos de cotización; 5. Conclusión; 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN. BREVE REFERENCIA A LA CLASIFICACIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

La clasificación de las horas extraordinarias parte de la definición que el artículo 35.3 ET hace de las de fuerza mayor o salvamento como aquellas destinadas a “*prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes*”. La existencia de un régimen jurídico específico justifica un análisis separado del régimen general. Aunque no se regulan más tipos de horas extraordinarias, al existir las de fuerza mayor deducimos una clasificación tipológica de horas extraordinarias. Esta clasificación es exclusivamente doctrinal, ya que nada se establece en la ley al respecto.

En definitiva, en primer lugar tendremos las horas extraordinarias regulares o normales. Son aquellas que se atienen al régimen jurídico general del art. 35 ET, no requieren causa alguna para su realización y se caracterizan por la voluntariedad, su compensación retributiva o mediante descanso y por la sujeción a un límite máximo anual. Constituyen la figura más común dentro de la jornada extraordinaria.

En segundo lugar, hallamos las ya referidas horas de fuerza mayor o salvamento. Son aquellas a las que se refiere el art. 35.3 ET de forma específica. Constituyen una tipología de horas extraordinarias distinta al régimen general. Su razón de ser reside en una causa

concreta, como siniestros y otros daños extraordinarios o urgentes, lo que justifica un régimen jurídico especial.

En tercer lugar hallamos las horas extraordinarias estructurales, normalmente distinguidas de las normales o regulares. El origen de esta tipología se encuentra en la normativa de Seguridad Social, donde se establecen tipos de cotización diferentes para las distintas horas extraordinarias. Este trabajo se centrará en revisar este tipo de horas extraordinarias que, como se verá, son consecuencia de una clasificación en desuso y su presencia en la legislación de la Seguridad Social es anacrónica. No obstante, a raíz de esa división primigenia, esta denominación ha proliferado en la negociación colectiva, por lo que sigue estando presente en el derecho positivo, lo que genera confusión e inseguridad jurídica.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el amplio espacio que da el art. 35 ET a la negociación colectiva ha fomentado que en los convenios colectivos surjan tipologías singulares de horas extraordinarias. Las clasificaciones convencionales responden a situaciones específicas que las justifican. Ya he mencionado que la legislación no contempla causas que justifiquen las horas extraordinarias. Sin embargo, la negociación colectiva sí puede exigir requisitos causales para la jornada extraordinaria. Estas clasificaciones pueden ser útiles para controlar la realización de horas extraordinarias, ya que permiten identificar mejor las horas extra y definir los motivos que provocan jornadas prolongadas. Además, pueden servir para definir acuerdos sobre la obligatoriedad de realizar ciertos tipos de horas extraordinarias o para aplicar escalas salariales distintas según el tipo de trabajo extraordinario que se realice.

2. LA NECESIDAD HISTÓRICA DE UNA COTIZACIÓN ESPECÍFICA PARA DIFERENTES TIPOLOGÍAS DE HORAS EXTRAORDINARIAS

El nacimiento de las horas extraordinarias está ligado a las primeras legislaciones de corte social. Con las normas de signo protecciónista que emanen en las postrimerías del siglo XIX e inicios del siglo XX, arranca la sistematización de la jornada ordinaria y extraordinaria y la protección social asociada¹. Numerosas leyes sectoriales comienzan a abordar la cuestión de las horas extraordinarias para adecuar a cada industria las limitaciones horarias que se imponían en toda actividad económica².

¹ La Ley *Benot*, de 24 de julio de 1873, es considerada por la doctrina como una de las primeras de las leyes obreras españolas en sentido estricto. En ella se prevé por primera vez limitar la jornada a los jóvenes e implementar restricciones al trabajo nocturno. *Vid. DE LA VILLA GIL, L.E., La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, Granada, 2003, pág. 78.

² La Real Orden de 11 de marzo de 1902 fue una de las primeras regulaciones en limitar la jornada en España, establecía que la duración del trabajo equivalente al jornal ordinario fuera de ocho horas para los obreros de los establecimientos de la Hacienda Pública, previendo a continuación que “en lo que excediere del límite se pagare cada hora de aumento con una octava parte más del jornal estipulado”. Esto abría la puerta a una penalización para el empleador que usase horas extraordinarias para organizar su actividad productiva. La Ley de 27 de diciembre de 1910, relativa a la jornada laboral en la minería, establece el límite máximo de nueve horas al día de trabajo. No obstante, admite un antecedente a lo que actualmente consideramos como horas extraordinarias por fuerza mayor: “Cuando por razón de averías o accidentes (...) fuese mayor que de ordinario la duración de los trayectos, podrá aumentarse la de la jornada”. Se permitía exceder el límite dos horas. Otros ejemplos son el Real Decreto de 24 de agosto de 1913, que limitó la jornada máxima ordinaria de trabajo efectivo en la industria textil, así como la Ley de 4 de julio de 1918, sobre la regulación de la jornada en establecimientos mercantiles. *Vid. DE LA VILLA GIL, L.E., La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, Granada 2003, pág. 97.

Con la entrada en vigor del Real Decreto de 3 de abril de 1919, se instauró la jornada máxima de ocho horas en toda clase de trabajos en toda España³. Pocos meses después de esta regulación se promulgó la Real Orden de 10 de noviembre de 1919, sobre la licitud de autorizar trabajo en horas extraordinarias, siempre y cuando se dieran en casos de necesidad, pero de forma transitoria y con la condición expresa de ser remuneradas específicamente y sujetas a un recargo pactado entre obreros y patronos.

Con la sistematización del ordenamiento jurídico laboral y el reforzamiento de un régimen jurídico sistematizado de las horas extraordinarias se introducen sus características principales: límites temporales mensuales y anuales, recargo económico para el patrono y voluntariedad de estas⁴.

Durante la II República se vive una notable expansión de la normativa laboral y de las garantías de la jornada extraordinaria⁵. Situación que se ve subvertida tras la Guerra Civil, donde la administración franquista al negar la diferencia de clases prohíbe la autonomía colectiva. Esta postura, unida a la idea del trabajo como un deber al servicio del estado, implicó una desregulación generalizada de las horas extraordinarias⁶.

Con el aperturismo del régimen se llevará a cabo la modificación del Fuero del Trabajo por la Ley Orgánica de 10 de enero de 1967 y la adecuación de las Ordenanzas Laborales al capitalismo y al mercado internacional. Así surge la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 que regula expresamente las horas extraordinarias: aumentó su retribución en un cincuenta por ciento sobre el valor de las horas ordinarias y estableció el límite máximo a veinte horas mensuales y a ciento veinte anuales⁷.

El nuevo periodo constituyente trae consigo un nuevo régimen de las horas extraordinarias. El artículo 35.1 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los

³ Anteriormente, el Real Decreto de 15 de marzo de 1919 adelantó esta regulación a todos los oficios del ramo de la construcción en España. Posteriormente, se actualizó esta norma con el Real Decreto de 21 de agosto de 1919, sobre excepciones a la jornada máxima y la Real Orden de 9 de diciembre de 1919, sobre inspección de los límites del tiempo de trabajo. *Vid. DE LA VILLA GIL, L.E., La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, Granada, 2003, pág. 99.

⁴ La Real Orden de 15 de enero de 1920 dota a las horas extraordinarias un régimen jurídico más detallado. Establecía que las horas extraordinarias no pueden pasar de cincuenta al mes ni de ciento veinte al año. Excepcionalmente se permite alcanzar el límite de doscientas cuarenta horas anuales si mediaba pacto entre las partes. El artículo 5 introduce la “*iniciativa del trabajo en horas extraordinarias corresponde al patrono, y la libre aceptación, o denegación, al obrero*”.

⁵ La política social y laboral es una de las promesas claves de la Constitución de 1931. El artículo 1 establecía que “*España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia*”. En este periodo, destaca la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 por su sistematización de numerosas figuras jurídico-laborales. En lo relativo a las horas extraordinarias destaca la Ley de 9 de septiembre de 1931, que expande las garantías de la jornada de ocho horas y eleva el recargo de las horas extraordinarias al 25%. Diversas Órdenes limitan aún más el uso de horas extraordinarias o perfilan los topes de la jornada máxima en determinados sectores de actividad.

⁶ La Declaración I, 7 del Fuero del Trabajo establecía el principio del trabajo como un deber nacional: “*Servicio es el trabajo que se presta con heroísmo, desinterés o abnegación, con ánimo de contribuir al bien superior que España representa*”. Así lo recuerda RUIZ RESA, J. D., *Los derechos de los trabajadores en el Franquismo*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 223 y 224. A modo de ejemplo, en algunos sectores como el agrario, las ocho horas se tomaron como referencia para la jornada mínima de forma que, ante las presiones patronales, era común superar dicho umbral en dos o tres horas más como media. *Vid. ORTEGA LÓPEZ, T.M., “Las miserias del fascismo rural: las relaciones laborales en la agricultura española, 1936-1948” en Historia agraria: Revista de agricultura e historia rural*, nº 43, 2007, págs. 534 a 536.

⁷ RUBIO DE MEDINA, M.D e IDÍGORAS HURTADO, C. *Las horas extraordinarias*, Barcelona, Bosch, 2005, pág. 8.

Trabajadores, establece como hora extraordinaria: “*Cada hora de trabajo que se realice sobre la duración máxima de la semana ordinaria de trabajo, [...]*”. El precepto recoge varias limitaciones que ya venían estando asociadas a esta figura: la retribución pactada, un límite mínimo de retribución del setenta y cinco por ciento sobre el salario que correspondería a cada hora ordinaria, un número máximo de dos horas extraordinarias al día, quince al mes o cien al año (límites que no aplicarán en el caso de fuerza mayor) y se prohíbe la realización de estas en periodo nocturno. También se ratifica el principio de voluntariedad de la prestación de trabajo en horas extraordinarias, salvo pacto. Persiste el intervencionismo estatal al permitir excepciones a estos límites bajo autorización de la autoridad laboral.

Ahora bien, en materia de cotización, el artículo 73 de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974, excluía las horas extraordinarias de las contingencias generales a la Seguridad Social. De esta forma, sólo se tenían en cuenta para Accidentes de Trabajo, Enfermedades Profesionales, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional. Sin embargo esta tendencia es revertida, con el objetivo de fomentar la creación de empleo, con el Real Decreto 82/1979, de 19 de enero y el Real Decreto 1858/1981, de 20 de agosto. El objetivo era reducir el uso de horas extraordinarias mediante el aumento de los tipos de cotización. En un principio, con el RD 82/1979, se establece un recargo del 14% en la cotización. Que será aumentado hasta el 24% en 1981. Se dispuso que el coste del recargo sería asumido a partes iguales por el empresario y el trabajador. Si bien, de este recargo se excluyen específicamente las “horas estructurales”⁸.

Ante este escenario se promulga, el Real Decreto 92/1983, de 19 de enero, sobre cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional. En su artículo 7 se refuerza la distinción entre horas extraordinarias por fuerza mayor y estructurales distinguiendo tipos de cotización específicos para cada tipología. El Real Decreto 92/1983, de 19 de enero, vuelve a incrementar la cotización de las horas extraordinarias no estructurales, pasando al 30,60%, del cual el 25,80% corre a cargo de la empresa y el 4,80% a cargo del trabajador.

Esta regulación termina siendo completada por la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 1 de marzo de 1983, sobre cotización adicional a la Seguridad Social que avanza en la definición de ambos conceptos. En ella se incluye una posibilidad para reducir el incremento en la cotización al 14% en los supuestos en los que se cumplan los siguientes requisitos⁹:

- a) Ha de notificarse mensualmente a la Autoridad laboral conjuntamente por la empresa y representación legal de los trabajadores.
- b) Las horas extras se ejecutarán en períodos puntas de producción, ausencias imprevistas, cambios de turno o mantenimiento.
- c) Que no sea posible sustituir la ejecución de horas extras por contrataciones temporales a tiempo parcial.

El origen de la necesidad de una distinta cotización de las horas extraordinarias surge con el objetivo de modificar el mercado laboral. Como muchas otras reformas

⁸ DE LAS HERAS BORRERO, M. “Las horas extraordinarias en el ordenamiento jurídico español” *Revista de Política Social*, núm. 139, 1983, págs. 101 y 102.

⁹ DE LAS HERAS BORRERO, M. *Op. cit.* pág. 102.

laborales, el nacimiento de la distinción de la tipología estructural surge con un objetivo economicista para intentar corregir la elevada tasa de desempleo. Es práctica común por el legislador intervenir en el régimen laboral cuando se produce un desajuste en el mercado. Debemos recordar la coyuntura económica, política y social que vivía España a principio de los años ochenta. Se vivía un periodo económico convulso, sustentado en los Pactos de la Moncloa, y marcado por la inestabilidad política y la Crisis del Petróleo de 1979. El objetivo de la norma, al distinguir entre tipos de cotización de las horas extraordinarias, era dificultar el uso de las mismas interponiendo fuertes recargos, de esta manera se buscaba repartir el empleo limitando la jornada extraordinaria. Si bien se establece un trato más favorable en aquellos supuestos en los que las horas extraordinarias se realicen dentro de los parámetros estructurales de la empresa y previa notificación administrativa.

Posteriormente, diversas reformas alteraron el régimen de las horas extraordinarias. Comenzaron a priorizarse objetivos flexibilizadores, fomentando la negociación colectiva y eliminando las autorizaciones administrativas¹⁰. Se modifica el límite semanal¹¹ y se suprimieron los topes diarios y semanales a la prestación de horas extraordinarias, se redujo a ochenta el tope anual y se permitió su compensación con descansos¹². Finalmente, la reforma del artículo 35 ET llevada a cabo por la Ley 11/1994, deja la redacción del citado precepto en términos idénticos a la normativa vigente¹³. Tras la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, se equiparó la cotización a la Seguridad Social de las horas extraordinarias corrientes y aquellas realizadas por fuerza mayor¹⁴.

3. LA COTIZACIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS ESTRUCTURALES. UN ANACRONISMO EN LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como hemos visto, el art. 7 Real Decreto 92/1983, de 19 de enero, sobre cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, estableció la distinción entre horas extraordinarias por fuerza mayor y estructurales.

Esta orden realmente recogía los criterios de negociación fijados en el Acuerdo de Marco Interconfederal de 11 de enero de 1980 entre UGT, USO y CEOE. En él se establecían criterios de negociación sobre cuestiones referentes a las horas extraordinarias. En consecuencia, se previó una tipología de horas extraordinarias llamadas “estructurales”. El Acuerdo Nacional de Empleo de 1981 recogió esa tipología para diferenciar entre tipos de cotización de las horas extraordinarias. Todo ello quedó plasmado en la ya referida Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 1 de marzo de 1983, sobre cotización adicional a la Seguridad Social que avanza en la definición, al recoger lo que se debe entender por horas estructurales: “*se entenderían por tales horas las necesarias por*

¹⁰ Arts. 40 y 41 Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos

¹¹ Reforma del Real Decreto Ley 1/1986, de 14 de marzo, sobre el Estatuto de 1980 al respecto del art. 35.1 ET: “*Tendrán la consideración de horas extraordinarias cada hora de trabajo que se realice sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo*”. Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J. *Horas extraordinarias, delimitación, registro y régimen jurídico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pág. 23.

¹² RUBIO DE MEDINA, M.D. e IDÍGORAS HURTADO, C. *Las horas extraordinarias*, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 8.; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y MONREAL BRINGSVAERD, E.J., “La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores” *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 58, 2005, págs. 57 y siguientes.

¹³ Así lo hace ver GORELLI HERNÁNDEZ, J. *Op Cit.*, 2020, pág. 23.

¹⁴ RUBIO DE MEDINA, M.D. e IDÍGORAS HURTADO, C. *Las horas extraordinarias*, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 11.

pedidos imprevistos, períodos punta de producción, ausencias imprevistas, cambios de turno u otras circunstancias de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad de que se tratara, siempre que no pudieran ser sustituidas por la utilización de las distintas modalidades de contratación”. Esta definición fue posteriormente trasladada al art. 24.3 RD 2064/1995, de 22 de diciembre¹⁵. A partir de ahí, el art. 149 LGSS también adoptó esta tipología y, aún hoy, sigue haciendo referencia a las horas extraordinarias estructurales: “*La cotización adicional por horas extraordinarias estructurales que superen el tope máximo de ochenta horas establecido en el artículo 35.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores se efectuará mediante la aplicación del tipo general de cotización establecido para las horas extraordinarias en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.*”

Sin embargo, a partir de la Ley 65/1997 de Presupuestos Generales del Estado para el año 1998 desaparece el tipo de cotización específico de las horas estructurales, quedando asimiladas a efectos de cotización a las horas extraordinarias regulares¹⁶. A partir de entonces únicamente se diferencia entre horas extraordinarias regulares y por fuerza mayor. Esta práctica continúa vigente. A modo de ejemplo, el art. 122.2 apartado 3 Ley 31/2022, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (prorrogada a 2024 y 2025) no habla en la actualidad de horas estructurales, sino que distingue entre horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor (para las que señala un tipo de cotización inferior al ordinario) y el resto de las horas extraordinarias (con el tipo de cotización ordinario):

“(...) para la cotización adicional por horas extraordinarias establecida en el artículo 149 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se aplicarán los siguientes tipos de cotización:

- a) Cuando se trate de las horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor, el 14 por ciento, del que el 12,00 por ciento será a cargo de la empresa y el 2,00 por ciento a cargo del trabajador.*
- b) Cuando se trate de las horas extraordinarias no comprendidas en el párrafo anterior, el 28,30 por ciento, del que el 23,60 por ciento será a cargo de la empresa y el 4,70 por ciento a cargo del trabajador.”*

Esto quiere decir que las horas extraordinarias estructurales perviven en la redacción del art. 149 LGSS, pero no hay una distinción real que las diferencie de las horas extraordinarias regulares.

Por tanto cabe cuestionarse la redacción del art. 149.2 LGSS. Recordemos que establece que las horas extraordinarias estructurales que superen el tope máximo de ochenta horas del artículo 35.2 ET tendrán el mismo tipo de cotización que el resto de las horas extraordinarias (sin tener en cuenta las de fuerza mayor).

Hay que tener en cuenta que las horas extraordinarias son un elemento flexibilizador de la jornada de trabajo y que, en la actualidad, no están sujetas a causas productivas u

¹⁵ Para saber más en profundidad cómo se originaron las horas extraordinarias estructurales *Vid. EZQUERRA ESCUDERO, L.: Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 408 a 412; TRILLO PÁRRAGA, F. *Jornada de trabajo, descansos, permisos y vacaciones*, Bomarzo, Albacete, 2016, págs. 100 y 101.

¹⁶ EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 411.

organizativas. En el Estatuto de los Trabajadores no se establece exigencia causal alguna, si bien siempre podrá requerirse a través de la negociación colectiva. Por ello, las limitaciones cuantitativas suponen un elemento esencial para el control de su uso. Aunque estos límites pueden verse diluidos entre la complejidad de elementos flexibilizadores de la jornada de trabajo que, a menudo, pueden desvirtuar su razón de ser¹⁷. Por lo tanto, no se cuestiona la necesidad de establecer un posible recargo a las horas extraordinarias que superen los límites, lo cual tendrían un carácter desincentivador y ciertamente debe entenderse como una medida positiva para disuadir el abuso de la jornada extraordinaria para aquellos supuestos. No obstante, la limitación de las horas extraordinarias es una cuestión laboral que debe circunscribirse, por sistematización lógica, al Estatuto de los Trabajadores, no a la Ley General de la Seguridad Social. Es por ello por lo que el artículo 35.2 ET establece el límite de ochenta horas extraordinarias al año, excluyendo del mismo a las de fuerza mayor. Debemos entender, a todos los efectos, que las horas extraordinarias “estructurales” están incluidas en el límite.

En definitiva, el artículo 149.2 LGSS al referirse a la cotización de las horas extraordinarias “estructurales” que superen el límite de ochenta horas semanales, no está ofreciendo ningún elemento novedoso. Si la Ley de Presupuestos Generales del Estado no distingue entre horas extraordinarias estructurales, se entiende que se les aplica el tipo de cotización general. Por lo tanto esta distinción tipológica es prescindible.

Podemos concluir que la denominación de hora “estructural” y su diferenciación con la hora “regular” nace de una legislación anacrónica y que no responde a la regulación vigente. Es un término obsoleto que no refleja una tipología real recogida en el régimen jurídico de las horas extraordinarias. Su distinción ha caído en desuso y, por ende, sería necesaria la derogación del art. 149.2 LGSS para suprimir el tipo “estructural”.

4. LA SUPERVIVENCIA DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS ESTRUCTURALES EN LA ACTUALIDAD. UTILIDAD A EFECTOS DE COTIZACIÓN

A continuación, sí se debe reconocer que muchos convenios colectivos siguen manteniendo la arcaica clasificación de horas extraordinarias estructurales. En algunos, porque en ellos pervive un articulado antiguo en el que adoptaron la clasificación legal de la LGSS y, en otros, porque esta clasificación se ha desarrollado para otras utilidades en el sector concreto de su ámbito de aplicación.

Un ejemplo de supervivencia de la antigua definición de hora extraordinaria estructural en un convenio colectivo es el del artículo 23.2 del Convenio Colectivo de Izmar, SLU, para los años 2020-2023¹⁸. Esta empresa metalúrgica gallega recoge una definición de horas extraordinarias estructurales muy similar a la ofrecida en la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 1 de marzo de 1983 y no se añade nada sustancial sobre las mismas: “*Se considerarán horas extraordinarias estructurales las motivadas por pedidos o puntas de producción, ausencias imprevistas, cambio de turno y pérdida o deterioro de la producción o por cualquier circunstancia de carácter estructural que altere el proceso normal de la producción.*”

¹⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*, Comares, Granada, 2009, pág. 137

¹⁸ Resolución de 17 de mayo de 2022, de la Dirección General de Trabajo. BOE núm. 128, de 30 de mayo de 2022.

También es el caso de aquellos convenios colectivos que desarrollan una clasificación para restringir, retribuir o establecer la obligatoriedad de horas extraordinarias originadas por determinadas causas. Un ejemplo es el Acuerdo marco del sector de la pizarra¹⁹, dedica su artículo 44 a las horas extraordinarias “estructurales”, sin embargo, ofrece una definición de lo que legalmente se considera hora extraordinaria por fuerza mayor según el artículo 35.3 ET. Lejos de seguir la definición que dio lugar al término estructural utiliza el término para referirse a otra casuística. Esto incide más aún en la confusión terminológica a nivel de cotización. En este supuesto, se están definiendo como estructurales las horas extraordinarias por fuerza mayor que sí tienen un tipo de cotización especial en la LPGE.

Determinados convenios colectivos se refieren a horas extraordinarias de “carácter estructural”, que por la definición que se arroja se refiere a las habituales o las ejecutadas con determinada periodicidad, ya que no se añade nada a la regulación recogida en el Estatuto de los Trabajadores. Por ejemplo, el art. 18 Convenio colectivo para empresas de transportes de mercancías por carretera, agencias de transportes, despachos centrales y auxiliares, almacenistas distribuidores y operadores de la Provincia de Granada²⁰: “A los efectos previstos en el artículo 7 del Real Decreto 9 de 1991 de 11 de enero, sobre cotización adicional por horas extraordinarias, se pacta expresamente que tendrán la consideración de horas estructurales las 80 horas extraordinarias anuales permitidas por la legislación vigente”.

Finalmente, en otros supuestos, se mantiene la misma definición en la clasificación tipológica de horas extraordinarias pero sustituyendo el nombre “estructural”. Es el caso del art. 45 del XXI Convenio Colectivo General de la Industria Química²¹ que las define como de “mantenimiento”.

En definitiva, la supervivencia de la hora extraordinaria estructural en la negociación colectiva se debe a una trasposición de la clasificación recogida en la LGSS y que se usaba anteriormente a efectos de cotización. Normalmente, en los convenios colectivos suele entenderse por “estructural” aquella hora extraordinaria originada por la existencia de pedidos o períodos punta de producción, ausencias imprevistas o cambios de turno. Rasgos esenciales suelen ser la necesidad, la excepcionalidad y el requisito de causalidad que puede estar a una lista abierta²². Si bien en determinados supuestos se asocia a otras tipologías de horas extraordinarias como las de fuerza mayor o las habituales. También se emplean como horas extraordinarias asociadas a determinadas casuísticas. Sea como fuere, en todos estos escenarios se genera una patente confusión con esta figura y la clasificación del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores. Se abunda en la problemática originada por el artículo 149.2 LGSS, lo que refuerza la situación anacrónica en la que se encuentra esta figura y la inseguridad jurídica de una clasificación no sistematizada.

5. CONCLUSIÓN

En definitiva, en la actualidad la clasificación de las horas extraordinarias encontramos, de un lado, las “regulares o normales” y de otro las de “fuerza mayor”. Más allá de esta clasificación recogida en el artículo 35 ET, se hace referencia a las horas extraordinarias “estructurales” en el artículo 149.2 LGSS. Esta tipología tiene su razón de

¹⁹ Resolución de 17 de mayo de 2022, de la Dirección General de Trabajo. BOE núm. 128, de 30 de mayo de 2022.

²⁰ Resolución de 18 de junio de 2024, la Delegación Territorial de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo en Granada. Boletín Oficial Provincial de Granada, núm. 128, de 4 julio de 2024.

²¹ Resolución de 6 de febrero de 2025, de la Dirección General de Trabajo. BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2025.

²² TRILLO PÁRRAGA, F. *Jornada de trabajo, descansos, permisos y vacaciones*, Bomarzo, Albacete, 2016, pág. 102.

ser en una antigua clasificación relacionada con la cotización a la Seguridad Social que ha caído en desuso. Desde la Ley 65/1997 de Presupuestos Generales del Estado para el año 1998 desaparece el tipo de cotización específico de las horas extraordinarias estructurales, quedando asimiladas a efectos de cotización a las horas extraordinarias regulares.

En la negociación colectiva encontramos otras tipologías de horas extraordinarias. También en los convenios colectivos pervive la figura de la hora extraordinaria “estructural”, si bien en los casos analizados, cuando los convenios se refieren a este tipo de jornada extraordinaria lo hacen copiando la antigua definición de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 1 de marzo de 1983. En otros se utiliza como definición de hora por fuerza mayor o se ofrece una definición general de hora extraordinaria “regular” y en otros se copia a lo ya recogido en el artículo 149.2 LGSS.

Sea como fuere, tanto en la legislación básica, como en la negociación colectiva, la referencia a las horas extraordinarias estructurales no aporta sustancialmente ninguna distinción a la clasificación ni al régimen jurídico de la jornada extraordinaria. Estas horas estructurales surgen por la trasposición de preceptos relacionados con la cotización que han caído en desuso.

Por todo ello se concluye que sería conveniente la derogación del artículo 149.2 LGSS para eliminar la referencia que se hace a las horas extraordinarias estructurales, ya que realmente no tienen un tipo de cotización distinta en la LPGE, no aportan una realidad tipológica distinta y, sin embargo, sí generan confusión en la clasificación de la jornada extraordinaria e inseguridad jurídica en los sucesivos convenios colectivos que toman esta norma como referencia en su redacción.

6. BIBLIOGRAFÍA

DE LA VILLA GIL, L.E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, Granada, 2003

DE LAS HERAS BORRERO, M. “Las horas extraordinarias en el ordenamiento jurídico español” *Revista de Política Social*, núm. 139, 1983, págs. 101 y 102.

EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, Atelier, Barcelona, 2006

GORELLI HERNÁNDEZ, J. *Horas extraordinarias, delimitación, registro y régimen jurídico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020

MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M. *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011

MONEREO PÉREZ, J.L. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*, Comares, Granada, 2009, pág. 137

ORTEGA LÓPEZ, T.M., “Las miserias del fascismo rural: las relaciones laborales en la agricultura española, 1936-1948” en *Historia agraria: Revista de agricultura e historia rural*, nº 43, 2007

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y MONREAL BRINGSAERD, E.J., “La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores” *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 58, 2005

RUBIO DE MEDINA, M.D e IDÍGORAS HURTADO, C. *Las horas extraordinarias*, Barcelona, Bosch, 2005

RUIZ RESA, J. D., *Los derechos de los trabajadores en el Franquismo*, Dykinson, Madrid, 2015

TRILLO PÁRRAGA, F. *Jornada de trabajo, descansos, permisos y vacaciones*, Bomarzo, Albacete, 2016



Laborum
EDICIONES

ISBN 978-84-10262-80-5

9 788410 262805 >