Guillermo L. Barrios Baudor
Guillermo Rodríguez Iniesta
Directores

DERECHO VIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

V Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2020

Autores

María Desamparados Bohigues Esparza
Ana María Castro Franco
Sara Guindo Morales
Raúl López Baelo
Mª Rosa Martín Muñoz
Carlos José Martínez Mateo
Eva M. Mas García
José Luis Monereo Pérez
Belén Del Mar López Insua
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
Alejandro Muros Polo
Fulgencio Pagán Martín-Portugués
Mª Valvanuz Peña Garcia
Guillermo Rodríguez Iniesta
Josefa Romeral Hernández
Concepción Sanz Sáez
Andrés Trillo García

Laborum
EDICIONES

Guillermo L. Barrios Baudor
Guillermo Rodríguez Iniesta
Directores

DERECHO VIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

"V Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2020"

María Desamparados Bohigues Esparza
Ana María Castro Franco
Sara Guindo Morales
Raúl López Baelo
Mª Rosa Martín Muñoz
Carlos José Martínez Mateo
Eva M. Mas García
José Luis Monereo Pérez
Belén Del Mar López Insua
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
Alejandro Muros Polo
Fulgencio Pagán Martín-Portugués
Mª Valvanuz Peña Garcia
Guillermo Rodríguez Iniesta
Josefa Romeral Hernández
Concepción Sanz Sáez
Andrés Trillo García

EDICIONES LABORUM

Edita:
Ediciones Laborum, S.L.
Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª, Oficina 21 - 30008 Murcia
Tel.: 968 88 21 81
Fax: 968 88 70 40
E-mail: laborum@laborum.es
www.laborum.es

1.ª Edición, Ediciones Laborum S.L., 2021

ISBN Digital: 978-84-17789-95-4
ISBN Impreso: 978-84-17789-94-7
Depósito Legal: MU 1277-2021

© Copyright de la edición, Ediciones Laborum, 2021
© Copyright del texto, sus respectivos autores, 2021

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 7

Capítulo I.

EL ALTA CON PROPUESTA DE INCAPACIDAD PERMANENTE. UNA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11
MARÍA DESAMPARADOS BOHIGUES ESPARZA

Capítulo II.

LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE PENSIONES ¿HA ALCANZADO LA SEGURIDAD SOCIAL EL LÍMITE DE SU FINANCIACIÓN? 21
ANA MARÍA CASTRO FRANCO

Capítulo III.

POSIBLES REFORMAS ANTE LOS PRESENTES Y FUTUROS DESAFÍOS DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN..... 33
SARA GUINDO MORALES

Capítulo IV.

EL PLAZO PRESCRIPTIVO EN LA SOLICITUD DE REVISIÓN DE PRESTACIONES AL AMPARO DEL ARTÍCULO 53.1 LGSS. CONOCIMIENTO CABAL Y PRINCIPIO *ACTIO NATA* 45
RAÚL LÓPEZ BAELO

Capítulo V.

GÉNERO Y SISTEMA DE PENSIONES. BREVES NOTAS AL NUEVO COMPLEMENTO POR MATERNIDAD..... 51
Mª ROSA MARTÍN MUÑOZ

Capítulo VI.

LA PERSISTENTE INSUFICIENCIA DE AMPARO DE LAS ENTIDADES COLABORADORAS FRENTE AL AUTÓNOMO ADHERIDO..... 69
CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO

Capítulo VII.

LOS "MATRIMONIOS" CELEBRADOS POR EL RITO GITANO NO DAN ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD 81
EVA M. MAS GARCÍA

Capítulo VIII.

LA INCAPACIDAD PERMANENTE: RÉGIMEN DE COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES 93
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

Capítulo IX.

SOBRE LOS EFECTOS DE LA HUELGA Y EL CIERRE PATRONAL EN LA SEGURIDAD SOCIAL 121
POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

Capítulo X.

PROLONGACIÓN DE LA VIDA ACTIVA Y JUBILACIÓN FORZOSA: ¿UNA CONTRADICCIÓN DE PRINCIPIOS? 133
ALEJANDRO MUROS POLO

Capítulo XI.

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL 147
FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS

Capítulo XII.

EL CÁNCER COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL 153
Mª VALVANUZ PEÑA GARCIA

Capítulo XIII.

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL SOBRE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL DE JUBILACIÓN YSUPERVIVENCIA 161
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

Capítulo XIV.

TRABAJADORES DEL SECTOR SANITARIO Y SOCIO-SANITARIO Y COVID-19: RIESGO LABORAL Y ENFERMEDAD PROFESIONAL 193
JOSEFA ROMERAL HERNÁNDEZ

Capítulo XV.

EL TJUE CALIFICA NEGATIVA LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA DEL ART. 60 DE LA LGSS 207
CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ

Capítulo XVI.

LA DOCTRINA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE PRESTACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE DICTADA DURANTE EL TERCER MILENIO 219
ANDRÉS TRILLO GARCÍA

PRESENTACIÓN

Bajo el título "Derecho vivo de la Seguridad Social", en la presente obra colectiva se recogen las aportaciones realizadas por parte de las personas ponentes y/o asistentes al V Seminario permanente de estudio y actualización "El Derecho de la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia", así como a la V Reunión de noveles investigadores AESSS-URJC que, con motivo del citado seminario, fue nuevamente organizado por el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos y la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

A diferencia de ediciones anteriores, en esta ocasión ambas actividades académicas no tuvieron lugar a finales de junio, sino en el mes de septiembre de 2020. Pese a pretender en último término el encuentro personal entre quienes principalmente desarrollan sus carreras académicas en el ámbito de la Seguridad Social (verdadera justificación de estas jornadas), tampoco tuvimos la oportunidad de celebrarlas en formato presencial, sino en modalidad *online*. De hecho, tanto el seminario permanente de estudio y actualización como la reunión de noveles investigadores vieron profundamente afectados sus tradicionales contenidos que, por razones obvias, resultaron reducidos de manera importante.

Como resulta fácilmente deducible a estas alturas de la jugada, la pandemia COVID-19 y su extraordinaria incidencia en todos los ámbitos de nuestra sociedad fue la responsable principal de los citados cambios. Y es que el 2020 fue un año realmente duro desde muy diversas perspectivas; también la académica. Con todo y pese a los cambios introducidos en cuanto a fechas y/o contenidos, desde ambas entidades organizadoras en ningún momento dudamos de la importancia de celebrar la quinta edición del Seminario permanente y de la Reunión de noveles investigadores. Es por ello por lo que, gracias a la plataforma disponible en la Universidad Rey Juan Carlos, pudimos llevar a cabo dichas actividades en formato *online*.

Ciertamente, este formato *online* no permitió dar cumplimiento a los objetivos fundacionales de estas dos actividades académicas. Objetivos que, en el marco de las instalaciones del Campus de Vicálvaro (Madrid) de la Universidad Rey Juan Carlos, han venido consistiendo básicamente en ofrecer un espacio de encuentro personal entre académicos y profesionales provenientes de muy diversas instituciones. Ahora bien, en aquel concreto y muy complejo momento de crisis sanitaria el encuentro telemático suplió con creces las muy limitadas opciones que por entonces resultaban

posibles. Tan es así que desde todos los puntos de vista admisibles (especialmente, el de carácter participativo) el V Seminario permanente de estudio y actualización y la V Reunión de noveles investigadores AESSS-URJC fueron un completo éxito.

Por descontado, no es momento este para dar detallada cuenta aquí de las diversas intervenciones llevadas a cabo en ambas actividades por ponentes, asistentes y/o noveles investigadores. Pero sí para dejar expresa constancia de que, consecuencia directa de las mismas, es la obra que ahora se presenta y cuyo denominador común es el estudio de la Seguridad Social en muy diversas facetas.

Como es de suponer, la crisis sanitaria COVID-19 ha constituido el contexto obligado de referencia de todos los trabajos que aquí se contienen; ya sea en lo que respecta al contenido de las distintas aportaciones realizadas como a las complejas circunstancias en que las mismas debieron ser elaboradas por sus autores. No en vano, muy diversas han sido las instituciones jurídicas afectadas por la pandemia en el ámbito de la Seguridad Social. Este sería el caso de aspectos tales como, por ejemplo, la consideración de la COVID-19 como contingencia común o profesional; las bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social contempladas en la normativa de urgencia a propósito de los expedientes de regulación temporal de empleo o la protección extraordinaria por desempleo vinculada a dichos expedientes de regulación de empleo o a otras situaciones distintas. Aun así, muy diversas y variadas han sido las temáticas abordadas por las personas que colaboran en esta obra colectiva.

Así, por ejemplo, instituciones jurídicas tan importantes como las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y/o viudedad son específicamente analizadas a la luz de variados pronunciamientos judiciales (nacionales o supranacionales). Igual metodología es seguida, también, a la hora de abordar aspectos relativos a la determinación de contingencias y/o al régimen general de acceso y reconocimiento de prestaciones. Y, por descontado, no faltan aportaciones relativas a la siempre compleja sostenibilidad financiera del sistema público de pensiones.

Lógicamente, no es momento este para dar cuenta en detalle del contenido de todos y cada uno de los muy exhaustivos trabajos que esta obra colectiva alberga sino, más bien, de recomendar vivamente su consulta y/o lectura a los efectos que cada intérprete jurídico considere oportuno respecto de las muy diversas instituciones jurídicas tratadas. Pese a ello, siquiera brevemente, permítasenos en este pórtico introductorio resaltar la importancia que obras como la que ahora se presenta tienen, precisamente, en el actual contexto post pandemia. Y es que, si algo hemos aprendido con ocasión de la crisis sanitaria COVID-19, es la importancia de contar con un sistema público de protección social fuerte y cohesionado. Sistema público que, como no podría ser de otra manera, se encuentra en constante evolución debiéndose adaptar a los continuos cambios sociales.

A buen seguro, la Academia no es la responsable de las decisiones que, con muy diverso alcance y contenido, se vayan adoptando desde la clase política en el ámbito de una Seguridad Social en clara situación de crisis económica. Pero sí de seguir fomentando entre nuestros noveles investigadores su estudio y análisis de tal

manera que podamos contar al efecto con profesionales debidamente preparados ante los muy diversos retos a los que como sociedad nos enfrentamos (crisis financiera del sistema, envejecimiento de la población, desempleo, etc.). Tal es, precisamente, el espíritu con el que nacieron el Seminario permanente de estudio y actualización y, muy especialmente, la Reunión de noveles investigadores AESSS-URJC. Y, tal es, por tanto, el espíritu que, al igual que sus inmediatas precedentes, preside esta obra colectiva cuya utilidad práctica resulta a todas luces indiscutible.

Dicho lo cual y como no podría ser de otra manera, corresponde finalizar estas breves líneas introductorias agradeciendo muy sinceramente a todas las personas que han hecho posible esta publicación. En primer lugar a las entidades organizadoras (Universidad Rey Juan Carlos y Asociación Española de Salud y Seguridad Social) por haber facilitado los soportes técnicos necesarios para que, aun en formato *online*, las actividades académicas referenciadas pudieran llevarse a cabo. En segundo lugar, a cuantas personas participaron y asistieron al V Seminario permanente de estudio y actualización "El Derecho de la Seguridad Social a través de la jurisprudencia", así como a la V Reunión de noveles investigadores AESSS-URJC. En tercer lugar, a quienes en calidad de autores colaboran en esta obra colectiva por sus extraordinarias y cuidadas aportaciones. Y, en cuarto y último lugar, a la Editorial Laborum por permitir una vez más que este esfuerzo colectivo vea la luz en forma de publicación *online*. A toda/os ella/os, muchísimas gracias.

Madrid/Murcia, noviembre 2021

GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

Capítulo I.

EL ALTA CON PROPUESTA DE INCAPACIDAD PERMANENTE. UNA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

MARÍA DESAMPARADOS BOHIGUES ESPARZA
Personal Docente e Investigador en formación. Predoctoral.
Universidad de Valencia.bomade@uv.es

1. Introducción. 2. La enfermedad crónica, la discapacidad y la enfermedad "sin adjetivos"; incapacidad permanente versus incapacidad temporal. 3. Delimitación conceptual. 4. La extinción de la incapacidad temporal por alta con propuesta de incapacidad permanente ¿es inconstitucional?. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La Disposición Final cuarta de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado (LPGE en adelante), introdujo una modificación de importante calado en la extinción de la incapacidad temporal (en adelante IT), al introducir un nuevo supuesto de extinción que se produce antes del transcurso del plazo máximo de duración previsto en el artículo 169 LGS.

Asimismo, el artículo 174.1 del RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS en adelante) establece que, "el derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo de quinientos cuarenta y cinco días naturales desde la baja médica; por alta médica por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual; por ser dado de alta el trabajador con o sin declaración de incapacidad permanente; por el reconocimiento de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la mutua colaboradora con la Seguridad Social; o por fallecimiento".

En efecto, el plazo máximo de duración de la IT es de 365 días, pudiendo prorrogarse otros 180 días más, siempre que se prevea la curación de la enfermedad.

No debiendo tener efecto la prorroga cuando se trate de una enfermedad crónica y permanente que previsiblemente pueda ser generadora de una situación de incapacidad permanente (IP en adelante).

No obstante, aunque el artículo 174.1 LGSS únicamente prevé el alta por curación, o el alta con o sin declaración de incapacidad permanente, el artículo 174.4 establece igualmente, que también se producirá el alta con "propuesta de incapacidad permanente", es decir, en aquellos supuestos en los que el organismo competente considere que las dolencias del beneficiario de la prestación de IT son constitutivas de declaración de IP.

En efecto, esta duración máxima que se establece en la LGSS, desaparece en aquellos supuestos en los que opera el artículo 174.4 LGSS introducido por la LPGE del año 2013, creando una situación de desigualdad entre los beneficiarios de la prestación de IT.

Pues bien, el objeto de este estudio consiste en analizar esta situación. Así pues, se inicia el estudio realizando un breve apunte sobre la enfermedad crónica, la discapacidad y la enfermedad sin adjetivos, con la finalidad de arrojar algo de luz sobre los conceptos de discapacidad, incapacidad temporal e incapacidad permanente, para posteriormente analizar la extinción de la IT con propuesta de IP.

2. LA ENFERMEDAD CRÓNICA, LA DISCAPACIDAD Y LA ENFERMEDAD "SIN ADJETIVOS"; INCAPACIDAD PERMANENTE VERSUS INCAPACIDAD TEMPORAL

La enfermedad crónica y no la enfermedad "sin adjetivos o cualificaciones adicionales[1]", se configura en numerosos supuestos como generadora de un determinado grado de discapacidad. Sin embargo, la discapacidad no ha de ser necesariamente generadora de una incapacidad, pues si bien es cierto que ambas están estrechamente relacionadas, la discapacidad puede y es perfectamente compatible con el desarrollo de una profesión u oficio sin que, por razón de la enfermedad, se determine una situación de incapacidad.

En efecto, la enfermedad crónica puede conllevar aparejada una discapacidad, pero ni dicha enfermedad, ni dicha discapacidad, han de generar *per se* una situación de incapacidad.

Si bien es cierto, esto crea cierta confusión, es decir, incapacidad y discapacidad son términos que se confunden, pues cuando se habla de discapacidad con carácter general se hace referencia a una enfermedad de carácter crónico, y por ello, generadora de un determinado grado de discapacidad.

Sin embargo, la enfermedad crónica no ha de confundirse con la incapacidad temporal o permanente pues como se ha dicho la discapacidad puede y es perfectamente compatible con el desarrollo de una profesión u oficio.

[1] STS de 27 de enero de 2009, rec. 602/2008.

Asimismo, cabe destacar, la delimitación que realiza el Tribunal Supremo[2] para determinar que enfermedad y discapacidad tampoco son términos coincidentes o equiparables, al afirmar que: "la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado, y la discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un 'estatus' que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido".

No obstante, cabría realizar alguna matización a este respecto, por una parte, la determinación de la declaración administrativa reconocida oficialmente mediante la correspondiente resolución, a mi juicio, no es en todo caso constitutiva, pues la discapacidad existe por razón de la deficiencia física, psíquica o mental y no de la resolución que la declara (piénsese en aquellos supuestos de enfermedades congénitas, que por si solas y sin necesidad de resolución alguna son generadoras de un determinado grado de discapacidad).

Por otra parte, respecto de la validez, esta puede ser revisada y por tanto no es definitiva. En efecto, la discapacidad no siempre es duradera o permanente, aunque si limitadora de cierta deficiencia y en alguna ocasión por tiempo limitado, sujeta a la vigencia de la resolución por la que se reconoce el grado de discapacidad pudiendo ser revisada llegado el plazo estipulado.

3. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El termino discapacidad ha ido evolucionando a lo largo de los años, propiciado fundamentalmente por los cambios normativos producidos en el marco comunitario[3] a raíz de la aprobación de la Convención de las Naciones sobre los derechos de las personas con discapacidad (CIDDPD en adelante).

Así pues, la Convención de Nueva York de los Derechos de las Personas con discapacidad reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Otro de los factores que ha intervenido en la delimitación conceptual del termino discapacidad ha sido la doctrina comunitaria a partir de los casos (Chacón Navas, Danmark y Dauoidi) [4] cuando se produce el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal o por enfermedad de larga duración.

---

[2] *Ibidem.*

[3] BELTRAN DE HEREDÍA RUÍZ, I. (2017), "La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE", *Trabajo y Derecho,* núm. 6, p. 1.

[4] *Ibid, op.cit.,* p. 2.

No obstante, dada la extensión limitada del presente estudio se ha de centrar el objeto del mismo en el análisis de la normativa interna de ámbito nacional.

Dentro de este marco se promulgarían, entre otras, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI), la Ley 51/2003, de 2 de diciembre de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), en transposición de la Directiva 2000/78/CE, para luchar contra las discriminaciones basadas, entre otros motivos, en la discapacidad, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, o haciendo suyo el mandato derivado de la Convención de la ONU, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional.

Así, la Ley 13/1982 actualmente derogada por el RD Legislativo 1/2013, establecía lo siguiente: "se entenderá por minusválidos, toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales".

Por su parte, el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad establece que son personas con discapacidad aquellas que, presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

En identicos términos, el artículo 4 del RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundidode la Ley General de Derechos de las Personas con discapacidad y su inclusión social.

Respecto del concepto de IT, el artículo 169 LGSS establece lo siguiente: "tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal: a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y este impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación".

Por último, el artículo 193 LGSS define la IP como, "la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo".

Pues bien, de un primer análisis del concepto de discapacidad e IT se puede colegir lo siguiente: En primer lugar, la discapacidad es la condición personal de un

individuo, trabajador/a o no, cuya enfermedad puede o no incidir en su relación laboral, pero que sí, incide o impide su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones, cuando interactúa con determinadas barreras que impiden su plena inclusión en la sociedad.

En segundo lugar, la IT es la situación en la que se encuentra un trabajador incluso cuando ya se ha extinguido su contrato de trabajo, cuya enfermedad incide directamente en la prestación de sus servicios o en su actividad laboral, impidiendo la realización del mismo, de carácter temporal, y siempre que haya recibido asistencia sanitaria.

Por tanto, se podrían dar dos situaciones: por una parte, que la persona con discapacidad afectada por una enfermedad crónica y previsiblemente permanente, desarrolle su trabajo sin que esta impida la realización del mismo, aun recibiendo asistencia sanitaria por razon de su enfermedad. Sin perjuicio de la adopción de las medidas oportunas que faciliten o mejoren las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad, con la finalidad de garantizar su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

En este sentido, se ha admitido por la doctrina judicial, la situación de una enfermedad crónica compatible con la profesión habitual que no impide el desarrollo de las funciones fundamentales y que, aun teniendo una relativa incidencia en el mismas, se produzcan situaciones de alta y de IT por períodos breves, cuando dicha enfermedad no sea constitutiva de una incapacidad permanente, siempre que se pueda ejercer la profesión sin que la misma reduzca o disminuya su capacidad laboral de manera permanente. Siendo estos períodos de alta e IT aquellos en los que la enfermedad tiene una mayor incidencia, considerandose[5] como causantes únicamente de una incapacidad temporal.

Por otra parte, que la enfermedad generadora de la discapacidad, sea al mismo tiempo generadora de una situación de incapacidad, que podrá o no, ser permanente.

Así, la incapacidad temporal hace referencia a una situación de enfermedad, cuya esencia es la temporalidad, enfermedad "sin adjetivos", que puede ser común o profesional, siempre que esta impida la realización del trabajo y se reciba asistencia sanitaria. La norma engloba aquellas debidas a enfermedad comun, a las que se producen en el entorno laboral y a las derivadas de accidente, sea este de trabajo, o por accidente no laboral.

Es decir, cuando la enfermedad, en principio de carácter temporal, se convierte en una efermedad crónica previsiblemente de carácter permanente de la que no se prevé curación, no se debe continuar con la situación de incapacidad temporal una vez consumido el plazo de 365 días establecido en el artículo 169 LGSS, debiendo dar paso a la situación de incapacidad permanente, con la correspondiente apertura del procedimiento establecido al efecto para determinar la existencia o no, de la misma.

[5] En este sentido, algún pronunciamiento de los Juzgados del Orden Social.

No obstante, cabe descatar, por su especial trascendencia, la situación que se analiza en el apartado siguiente, cuando antes de la finalización del plazo maximo, se detecta por los organos competentes que dicha situación ya no es temporal, emitiendo a tal efecto un alta con propuesta de incapacidad permanente, pues como se verá, el trabajador queda totalmente desprotegido cuando no es declarado en situación de incapacidad permanente y por ende, se encuentra en situación de alta, *por mor* del artículo 174.4 LGSS.

4. LA EXTINCIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL POR ALTA CON PROPUESTA DE INCAPACIDAD PERMANENTE ¿ES INCONSTITUCIONAL?

La Disposición Final cuarta de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado (LPGE en adelante), introdujo una modificación de importante calado en la extinción de la incapacidad temporal, al introducir un nuevo supuesto de extinción que se produce antes del transcurso del plazo máximo de duración previsto en el artículo 169 LGS.

En efecto, el primer apartado del artículo 174.4 LGSS, establece que, "el alta médica con propuesta de incapacidad permanente, expedida antes de que el proceso hubiera alcanzado los trescientos sesenta y cinco días de duración, extinguirá la situación de incapacidad temporal".

Pues bien, de un primer análisis del precepto, cabe colegir que una persona en situación de incapacidad temporal, se encuentra en situación de alta por una propuesta de incapacidad permanente, que de oficio realiza el organo competente en esta materia (los Servicios Públicos de Salud a traves de la Inspección Médica de Salud competente en el ámbito de las CCAA).

No obstante, aunque la duración máxima que se establece en el artículo 169 LGSS es de 365 días y únicamente se prevé el alta por curación, el artículo 174.4 establece igualmente que también se producirá el alta con propuesta de incapacidad permanente.

Sin embargo, esta duración máxima de 365 días, que se establece en la LGSS, desaparece en aquellos supuestos en los que opera el artículo 174.4 LGSS introducido por la LPGE del año 2013, creando una situación de desigualdad entre los beneficiarios de la prestación de IT.

Por ello, si antes de la finalización de la duración máxima de la incapacidad temporal, los Servicios Públicos de Salud, consideran que la situación de IT está perdiendo su esencia (la temporalidad) por convertirse la enfermedad en crónica y que por si misma o conjuntamente con otras dolencias es constitutiva de ser declarada incapacidad permanente, por presentar reducciones anatómicas o funcionales graves y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral, se produce el alta médica, a mi juicio "técnica", con propuesta de incapacidad permanente, con la incongruencia de que el trabajador sigue en situación

de IT, pues no puede incorporarse al trabajo aunque se ha emitido un alta y no precisamente por curación, hasta que se emita la resolución de propuesta por IP.

En consecuencia, la Inspección de los Servicios de Salud expide un alta "técnica" causada por propuesta de incapacidad permanente, pero que dicha alta no es un alta a efectos laborales, pues se debe seguir acudiendo a los seguimientos que se realicen durante el plazo en que se tramite el correspondiente expediente de incapacidad permanente, alargandose durante este período la percepción económica en la misma cuantía que se percibía para la prestación por IT.

A mayor abundamiento, la impugnación de dicha alta médica nunca se va a producir por la prescripción de la acción impugnatoria, once días desde que se produce la notificación de la resolución de alta, de acuerdo con el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS en adelante), en este caso inexistente, pues la única resolución que se produce es la que reconoce o deniega la incapacidad permanente, cuando además ya ha transcurrido el plazo previsto para impugnar la citada alta médica o técnica, vulnerando el derecho de tutela judicial efectiva, pues no existe procedimiento de impugnación establecido al efecto para este supuesto concreto de alta con propuesta de incapcidad permanente, siendo además, que el objeto de impugnación se pone en entredicho cuando estamos ante un alta con propuesta de Incapacidad Permanente.

Además, la LRJS establece que no serán recurribles en suplicación las sentencias recaidas en los procesos de impugnación de altas médicas (art. 191 g) LRJS).

Asimismo, si la Resolución no declara la situación de incapacidad permanente, el trabajador en cuestión, se encuentra de alta, sin derecho a prestación, debido a una extinción de la IT que se produce al pasar de un proceso de IT a un Proceso de IP, sin que se haya producido curación alguna y, todo ello, por la vía de extinción, por aplicación del art. 174. 4 bis de la LGSS.

Pues bien, en supuestos comparables, cuando la tramitación del expediente se realiza directamente por el trabajador que se encuentra en situación de IT, no se produce alta alguna, ni por el tramite que se inicia con el procedimiento de solicitud de calificación de la incapacidad permanente, ni por la denegación de la incapacidad permanente de la resolución administrativa.

Por ello, el proceso de IT que se extingue por inicio de un Proceso de IP, no puede nunca dejar al beneficiario de la prestación declarada inicialmente como incapaciad temporal, en una situación de abandono, peor a la que se encontraba cuando se inició dicho proceso, pues en todo caso, sigue en una situación de incapacidad temporal al no producirse la curación, independientemente de la declaración o no de la incapacidad permanente.

Así, la resolución que no incluye de manera expresa ningún pronunciamiento a este respecto, crea en el trabajador afectado por incapacidad temporal una elevada inseguridad jurídica y una situación de indefensión que se fundamenta en el derecho

de tutela judicial efectiva que se deniega por no haberse pronunciado dicha resolución en un sentido u en otro.

Igualmente existe un agravio comparativo hacia el trabajador o beneficiario de la prestación de incapacidad temporal comparado con el resto de beneficiarios de procesos de IT, a los que se les concede la no conformidad o la impugnación mediante reclamación previa de dicha alta médica, que en el caso que se expone no se produce, pues lo que ocurre es que se ha extinguido por la vía del artículo 174.4 LGSS, sin concederle el derecho de defensa, debido a una situación motivada por un tramite iniciado de oficio por la propia Administración, que de no haberse iniciado, seguiría su curso normal, procediendo o no el alta médica de acuerdo con los diagnósticos de los facultativos que lo traten.

Por tanto, cabría afirmar, que el citado precepto atenta contra el Principio de Igualdad y contra el derecho de tutela judicial efectiva pudiendo ser susceptible de planteamiento de la consiguiente cuestión de inconstitucionalidad.

5. CONCLUSIONES

El análisis desarrollado evidencia que el tratamiento de la enfermedad, la discapacidad y la incapacidad plantea muchos problemas interpretativos. Algunos de ellos, han tenido que ser resueltos por los órganos judiciales, en cambio otros, deberán a mi juicio, resolverse de *lege ferenda*.

Así, a modo de conclusión cabe destacar lo siguiente:

En primer lugar, discapacidad e incapacidad son términos distintos y por tanto no deben confundirse, pues como se ha dicho la discapacidad puede ser compatible con el desarrollo de una profesión u oficio.

Asimismo, sus ámbitos son diferentes, tal y como establece el TS cuando se refiere a los distintos propósitos de protección que persiguen las normas que regulan la discapacidad y las que regulan la acción protectora de la Seguridad Social.

En consecuencia, la enfermedad crónica o la discapacidad no han de conllevar *per se* la declaración de una incapacidad. *A sensu contrario* una situación de incapacidad temporal o permanente, no determina por si misma la declaración de persona con discapacidad.

Por otra parte, no se puede obviar que la definición de los grados de incapacidad permanente atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo; en cambio, la definición de la discapacidad incluye como se ha visto otras dimensiones de la vida social, como son la educación y la participación en las actividades sociales, económicas y culturales.

Asimismo, un mayor control por parte de las entidades gestoras y colaboradoras con la seguridad social sobre las situaciones de incapacidad temporal, que puedan ser constitutivas de declararse como incapacidad permanente, realizando un estudio pormenorizado de cada una de estas situaciones, conllevaría un menor coste para el empresario, que sigue cotizando por el trabajador, durante el período

máximo de duración de la IT, aunque a su vez conllevaría, un mayor coste del gasto público, materializado en un mayor número de pensiones de incapacidad permanente.

En efecto, en muchas ocasiones, se alarga la situación de incapacidad temporal hasta su duración máxima, que como norma general es de un año, para declarar la IP una vez finalizado dicho plazo, debiendo el empresario abonar las cuotas empresariales de un trabajador que finalmente no se va a incorporar a su puesto de trabajo.

En otras ocasiones, el trabajador es dado de alta una vez llegado el plazo máximo de duración, sin que este se haya recuperado de sus dolencias, lo que le lleva a solicitar una nueva baja laboral por otra patología distinta a la que generó la primera situación de incapacidad temporal, y por ende, el empresario vuelve a asumir los costes de este trabajador enfermo, que la entidad gestora ha dejado de alta, sin entrar a valorar si quiera si está ante una situación de incapacidad permanente.

En segundo lugar, respecto de la extinción de la incapacidad temporal por alta con propuesta de IP, cabría afirmar, que el proceso de IT que se extingue por inicio de un Proceso de IP, no puede nunca dejar al beneficiario de la prestación declarada inicialmente como incapacidad temporal, en una situación de abandono, peor a la que se encontraba cuando se inició dicho proceso, pues en todo caso, sigue en una situación de IT al no producirse la curación, independientemente de la declaración o no de la incapacidad permanente.

Así, la resolución que no incluye de manera expresa ningún pronunciamiento a este respecto, crea en el trabajador afectado por incapacidad temporal una elevada inseguridad jurídica y una situación de indefensión que se fundamenta en el derecho de tutela judicial efectiva que se deniega por no haberse pronunciado dicha resolución en un sentido u en otro.

Por ello, considero de *lege ferenda* una modificación del precepto citado o la regulación de un procedimiento establecido al efecto, que tenga en cuenta que el trabajador ya se encontraba en situación de incapacidad temporal, y si no se declara la incapacidad permanente, la resolución deberá pronunciarse sobre este motivo expresamente.

Capítulo II.

LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE PENSIONES ¿HA ALCANZADO LA SEGURIDAD SOCIAL EL LÍMITE DE SU FINANCIACIÓN?

ANA MARÍA CASTRO FRANCO
Becaria ECYL en Despacho de Abogados. Preadmitida en Doctorado
Universidad de León

1. Introducción. 2. Los desafíos actuales para la financiación del sistema de Seguridad Social. 3. Alternativas para reforzar la sostenibilidad del sistema. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo esencial de garantizar la viabilidad del modelo español de financiación de la Seguridad Social pasa por analizar las diferentes variables que condicionan el futuro del sistema de pensiones y, conforme a ello, adoptar las medidas necesarias para hacer frente a los desequilibrios existentes derivados, fundamentalmente, de desafíos coyunturales, esto es, la pérdida de poder adquisitivo y bienestar de los jubilados, pero también dar respuesta a los retos estructurales, como son, la situación demográfica, caracterizada por el notable envejecimiento de la población y la consiguiente inversión de la pirámide de estructura poblacional, la incidencia de la inmigración o las alteraciones en los modelos laborales[1]. La futura reforma del sistema de pensiones deberá contar con mecanismos automáticos que garanticen el equilibrio financiero del sistema.

Los artículos 41 y 50 de la Constitución Española vinculan a los poderes públicos a garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos; no obstante, ni los citados artículos, ni las normas reguladoras de la Seguridad Social han delimitado el alcance de la noción "suficiencia". Sin pretender obviar las circunstancias económicas, sociales o demográficas adversas que afectan a la financiación del sistema, debe subrayarse la

[1] PÉREZ DEL PRADO, D.: *El debate actual sobre el futuro de las pensiones: algunos datos para el análisis*, Información Laboral, núm. 9, 2018, pág. 14.

responsabilidad del Estado en la búsqueda de fuentes de financiación complementarias que permitan el cumplimiento del mandato constitucional[2].

Todas estas observaciones se relacionan también con la situación vivida actualmente en todos los Estados miembros, que se ven afectados en mayor o menor medida según la propia organización de sus sistemas de Seguridad Social y de sus respectivos modelos de financiación, y en función de la distinta ponderación que en cada uno de ellos tengan los regímenes públicos, los profesionales y los sistemas de previsión individual[3]. Las instituciones europeas han marcado unas líneas políticas claras, centradas en la prolongación de la vida activa y la desincentivación de la jubilación anticipada, lo cual se traduce en diversas reformas legales a nivel estatal. Dichas políticas, principalmente se dirigen a promover la adopción de decisiones encaminadas a mantener en el futuro los actuales niveles de protección social.

2. LOS DESAFÍOS ACTUALES PARA LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

El principal reto al que se enfrenta el sistema de pensiones actual tiene su origen en el incremento de la proporción de población de mayor edad respecto de la población más joven, situación que ha venido de la mano de los siguientes factores: por un lado, la baja fecundidad en contraposición al aumento de la esperanza de vida a partir de 65 años acrecentada aproximadamente 16 meses cada diez años; por otro lado, la generación de los "baby boomers", nacidos entre 1945 y 1965, se empezará a retirar a principios de la próxima década, de esta forma, entre 2004 y 2050 la población entre 15 y 64 años disminuirá un 16% y la población mayor de 65 años aumentará un 77%[4]. Manteniendo el resto de los factores constantes, la evolución demográfica implicaría un aumento del gasto en pensiones entre 5,0 y 7,2 puntos porcentuales de PIB en 2035 y entre 7,6 y 13,6 puntos porcentuales de PIB en 2050[5]. Las principales consecuencias del cambio demográfico suponen un significativo cambio en el gasto público, debiendo potenciar los servicios públicos necesariamente ligados a una población envejecida, como la asistencia social y sanitaria[6]. El gasto asociado a sanidad y cuidados de larga duración aumentará casi 2 puntos porcentuales de PIB entre 2016-2050.

La presión sobre los sistemas de protección social irá en aumento y será muy notable en la década de los 40. Es por esto que la Organización para la Cooperación

[2] AIBAR BERNAD, J.: *La ineludible tarea de garantizar la suficiencia de las pensiones*, Información Laboral, núm. 7, 2016, pág. 4.

[3] DEL VALLE DE JOZ, J.I.: *La sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, un objetivo compartido*, Aranzadi Social, núm. 4, 2009, pág. 1.

[4] EUROPEAN COMMISSION: *The impact of ageing on public expenditure: projections for the EU-25 Member States on pensions, healthcare, long-term care, education and unemployment transfers (2004-50)*, European Commission, European Economy, Special Report núm. 1, 2006, pág. 27.

[5] ARCE, O.: *Informe sobre el envejecimiento y pensiones: situación, perspectivas y retos*, Dirección General de Economía y Estadística, 2019, pág. 9.

[6] DEL VALLE DE JOZ, J.I.: *La sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, un objetivo compartido*, cit., pág. 2.

y el Desarrollo Económico (OCDE), también alerta del desafío para la sostenibilidad financiera que supone el rápido envejecimiento de la población española, ya que, según la proyección prevista, España será el segundo país más envejecido en 2050, solo por detrás de Japón, momento en el cual la pirámide habrá desarrollado una forma de "pilar de población"[7]. En la misma línea, podría haber más de 14 millones de personas mayores, un 29,4% del total de la población española en 2068[8]. Aun cuando la población total experimentó muy brevemente un ligero descenso en 2020 como consecuencia de las defunciones por la crisis sanitaria, y las limitaciones a los flujos migratorios afectados por el cierre de fronteras y por la reducción de la movilidad, la tendencia es que la edad media de los inscritos continué al alza en España, habida cuenta –entre otros factores– de la disminución de la natalidad[9].

Como ya se anticipó en este ensayo, otro dato a tener en cuenta y que muestra el progresivo envejecimiento de la población española viene dado por la esperanza de vida. Indicador habitualmente utilizado para realizar comparaciones sobre la incidencia de la mortalidad en distintas poblaciones y, en base a ello, sobre las condiciones de salud y nivel de desarrollo de una población. Según las proyecciones, la esperanza de vida alcanzaría los 82,9 años en los hombres y los 87,7 en las mujeres en el año 2033[10]. Estos valores serían de 86,4 años de esperanza de vida para los hombres en el año 2067 y de 90,8 años para las mujeres en el año 2067. Ahora bien, la esperanza de vida en España disminuyó en 2020 situándose en 82,4 años, mientras que en 2019 era de 84,0 años, 1,6 años menos, una caída provocada por la pandemia de SARS-CoV-2; no obstante, es presumible el carácter eventual de este descenso, pues la trayectoria que venía anunciándose año tras año por los distintos indicadores posicionan a España como líder en el ranking de mayor esperanza de vida en el mundo en 2040[11].

En referencia a la natalidad, destaca la reducción drástica de personas jóvenes. A partir de enero de 2009 el número de personas menores de 14 años desciende en el período de 2010-2040. La tasa de natalidad en España fue en 2020 del 7,15%, una tasa notablemente baja. En resumen, el número de nacimientos se redujo un 5,9% y

---

7 ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO: *Pensions at a Glance 2017: OECD and G20 Indicators*, OECD Publishing, 2017, pág. 19, https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/pension_glance-2017-en.pdf?expires=1624951391&id=id&accname=guest&checksum=CD527FE69FEAA84F5E8D686E48435EC3

8 PÉREZ DÍAZ, J.; ABELLÁN GARCÍA, A.; ACEITUNO NIETO, P. y RAMIRO FARIÑAS, D.: *Un perfil de las personas mayores en España, 2020. Indicadores estadísticos básicos*, Madrid, Informes Envejecimiento en Red, núm. 25, 2020, pág. 5.

9 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2020-2021): *Estimación del número de defunciones semanales (EDeS) durante el brote de covid-19*, Madrid, INE, 2020 y 2021, https://www.ine.es/experimental/defunciones/experimental_defunciones.htm

10 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2018-2068): *Proyecciones de Población*, Madrid, INE, 2018, https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayout

11 INSTITUTE FOR HEALTH METRICS AND EVALUATION: *Mortalidad y esperanza de vida específicas por edad y sexo a nivel mundial, regional y nacional, 1950-2017: un análisis sistemático para el Estudio de la carga mundial de morbilidad de 2017*, The Lancet, Vol. 392, Ed. 10159, 2018, pág. 1700.

el número medio de hijos por mujer se sitúo en 1,18 durante el año 2020[12]. Un índice de fecundidad inferior a 2,1 por mujer, supone que no se garantiza una pirámide de población estable. En definitiva, el crecimiento vegetativo de la población residente en España fue negativo en 153.167 personas en el año 2020.

A este respecto, cabe centrar la atención en las instituciones comunitarias, las cuales han desarrollado una serie de iniciativas dirigidas a hacer frente al futuro demográfico de entre las cuales destacan "la aportación de ingresos adecuados a los jubilados y a las personas a su cargo, en combinación con sistemas sanitarios y de cuidados a largo plazo; garantizar la viabilidad financiera de los sistemas de pensiones, para que el futuro impacto del envejecimiento demográfico no ponga en peligro el equilibrio de las finanzas públicas a largo plazo; mejorar la capacidad de respuesta de los sistemas de pensiones ante los cambios en las necesidades de la sociedad y las personas, contribuyendo así a mejorar la flexibilidad del mercado de trabajo, la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres en materia de empleo y de protección social, y la adaptación de los sistemas de pensiones a las necesidades individuales[13]".

En estrecha relación con el elemento anterior, presenta mayor importancia el factor de dependencia económica, es decir, el número de personas dependientes de cada ocupado, donde el dato decisivo vendrá dado por si se trabaja o no. A estos efectos su valor está influido por el nivel general de empleo y por la duración del ciclo de vida laboral[14]. La importancia del aumento en el número de pensionistas respecto al número de trabajadores en activo entronca directamente con la protección de la jubilación, pues se trata de una contingencia caracterizada por la frecuencia de su cristalización, al constituir el término previsible y normal de la vida laboral del individuo, únicamente alterada por situaciones cuantitativamente irrelevantes de invalidez y muerte[15].

Es precisamente la prolongación de la vida activa una de las soluciones más recurrentes como medio para asegurar la eficiencia del sistema de pensiones. Incentivar el retraso voluntario de la jubilación es una fórmula posible que podría activar la economía y ampliar la base de cotizaciones a la Seguridad Social. Incluso si los trabajadores de edad más avanzada tienen una productividad inferior a la de trabajadores más jóvenes, el aumento de sus tasas de actividad incrementaría los ingresos per capita, pues estos trabajadores mayores podrían obtener sus propios

[12] INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (junio 2021): *Indicadores Demográficos Básicos,* Madrid, INE, 2021, https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177003&menu=ultiDatos&idp=1254735573002

[13] COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL: *Apoyo a las estrategias nacionales para garantizar pensiones seguras y viables mediante un planteamiento integrado*, COM2001/0362 final, 2001, pág. 3.

[14] GARRIDO MEDINA, L. y CHULIÁ RODRIGO, E.: *Ocupación, Formación, y el Futuro de la Jubilación en España*, Consejo Económico y Social, 2005, pág. 164.

[15] TORTUERO PLAZA, J. L.: *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial*, Civitas, 2002, pág. 19.

recursos económicos durante un tiempo más prolongado. Es más, varios países de la Unión Europea han vinculado la edad de jubilación a la esperanza de vida, como Italia, Portugal, Dinamarca y Finlandia. La evidencia internacional viene a confirmar que es errónea la idea de que prolongar la vida laboral de las personas mayores obstaculiza la inclusión de los jóvenes en el mercado de trabajo. Por tanto, el aumento del empleo de las personas mayores no reduce las oportunidades laborales o las tasas salariales de los jóvenes, no hay evidencia de que los trabajadores de más edad desplacen a los jóvenes. En todo caso ocurre lo contrario, pues un aumento de 1 punto porcentual en la tasa de empleo de las personas mayores se asocia con un aumento de 0,07 puntos porcentuales en el empleo juvenil[16], de tal manera que cuando los mayores trabajan más años su consumo es mayor, lo que genera más actividad y mayores oportunidades para los jóvenes.

Pues bien, un factor que indudablemente incide en la separación entre la edad legal y la real de jubilación viene dado por las jubilaciones anticipadas, aspecto este que previsiblemente en el futuro se verá afectado, en el sentido de restringir los requisitos de acceso, por el hecho de que la reducción actuarial a la que se sujeta el acceso a la misma puede poner en peligro la suficiencia de la pensión[17]. El endurecimiento se llevará a cabo por la vía de la aplicación de los coeficientes reductores directamente sobre la cuantía de la pensión y no sobre la base reguladores, como ocurre actualmente. Esta medida está enmarcada dentro de la recomendación 12ª del Pacto de Toledo que insta al Ejecutivo a adoptar actuaciones en el ámbito de la permanencia de los trabajadores en el mercado laboral con el objetivo de ajustar la edad efectiva de jubilación, con la edad legal de jubilación. Como lógica consecuencia de lo expuesto, deben introducirse reformas para que los mayores se sientan incentivados a seguir trabajando, produciendo, consumiendo, generando PIB y empleo, para ello, resultan aconsejables –como un primer paso– la formación continua, la eliminación de la discriminación por edad en la contratación y condiciones de empleo, la jubilación flexible, la adaptación de los lugares de trabajo, y la conciliación de la vida personal y laboral de los trabajadores mayores[18].

En relación al nivel de empleo, en el periodo comprendido entre 2005 y 2019, el aumento de la tasa de empleo de los hombres fue más reducido que el de las mujeres, y es precisamente España uno de los países donde se observó un cambio más acusado (-5.8 puntos porcentuales: de 79,8% a 74,0%). En consecuencia, la brecha en la tasa de empleo de hombres y mujeres se redujo (-12,8 puntos porcentuales), fruto de la combinación del aumento de las tasas de empleo femenino

[16] MUNNELL, A.H. y YANYUAN WU, A.: *Do Older Workers Squeeze Out Younger Workers?*, Stanford Institute for Economic Policy Research, núm. 13, 2011, pág. 11.

[17] DEL VALLE DE JOZ, J.I.: *La sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, un objetivo compartido*, cit., pág. 12.

[18] SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Envejecimiento activo: política social y derecho*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 160, 2013, pág. 2.

y la disminución de las tasas de empleo masculino[19]. No obstante, entre 2005 y 2019 el descenso del empleo juvenil es especialmente acusado en España y, por otro lado, la tasa de empleo de las personas de edad avanzada (entre 55 y 64 años) ha aumentado en general durante el mismo período. Asimismo, los efectos del coronavirus (SARS-CoV-2) se han traducido en un incremento de aproximadamente dos puntos porcentuales de la tasa de desempleo nacional durante el tercer y cuarto trimestre de 2020, con respecto al primero. Lógicamente, no sorprende que se hayan cumplido las previsiones de la tasa de desempleo realizadas por el Banco de España para 2021, situándose finalmente en 15, 98% en el primer trimestre[20].

Igualmente, debe vigilarse el alto nivel de contratación temporal y debe tenerse en cuenta que el salario mínimo no se ha subido de forma paulatina, lo que perjudica a los trabajadores más vulnerables. Entre los instrumentos normativas que intentan estimular la contratación indefinida existen disposiciones encaminadas a favorecer la prolongación en el mercado laboral de los trabajadores de mayor edad. Es el caso de la Recomendación 10ª del Pacto de Toledo, donde se regula la posible exoneración total o parcial, en función de la jornada, de la obligación de cotizar en aquellos supuestos en que el trabajador opte por permanecer en activo con suspensión proporcional del percibo de la pensión[21].Con todo, mejorar las tasas de empleo no constituye una solución adecuada por sí sola, pues tendría un recorrido limitado a la hora de compensar la presión demográfica hacia el sistema, incluso en los escenarios más optimistas. Dicho lo anterior, una hipotética tasa de empleo del 80% en 2050 (actualmente es del 61%), reduciría el aumento del gasto en pensiones debido al factor demográfico entre un 43% y un 58%[22]. Esta situación resulta poco realista dada la evolución histórica del empleo en España donde una tasa de empleo por encima del 70% constituye un objetivo demasiado ambicioso.

De proseguir en el análisis de los principales problemas a los que se enfrenta el sistema de Seguridad Social español destaca el debate en torno al propio modelo de financiación, existiendo diferentes teorías sobre la conveniencia de cuál resulta idóneo, porque resulta necesario reforzar la contributividad del sistema estableciendo una relación más adecuada entre el esfuerzo realizado en cotizaciones a lo largo de la vida laboral y las prestaciones contributivas a percibir. Los sistemas de financiación de las pensiones son: o bien el de reparto, o bien el de capitalización. En primer lugar, el sistema de reparto rige el modelo público de pensiones y son los trabajadores en activo quienes sostienen las prestaciones de los pensionistas dados de alta como perceptores en la Seguridad Social. Los trabajadores en activo abonan las cotizaciones sociales correspondientes a la Seguridad Social a través de la empresa

[19] OFICINA EUROPEA DE ESTADÍSTICA: *Employment anual statistics*, Bruselas, Eurostat, 2020, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Employment_-_annual_statistics/es&oldid=496968.

[20] INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2001-2021): *Encuesta de Población Activa (EPA)*, Madrid, INE, 2001, https://www.ine.es/prensa/epa_tabla.htm

[21] FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *Una respuesta a la viabilidad del sistema de pensiones públicas: la prolongación voluntaria de la vida laboral*, Aranzadi Social, núm. 20, 2006, pág. 4.

[22] ARCE, O.: *Informe sobre el envejecimiento y pensiones: situación, perspectivas y retos*, cit., pág. 13.

y generan de esta manera el derecho a acceder a la prestación en el futuro. A diferencia del sistema de capitalización, aquí si detectamos un principio de "solidaridad intergeneracional", ya que los empleados en activo financian a los ya jubilados. Es decir, las cotizaciones recaudadas de los trabajadores en activo no se acumulan en un fondo privado para la percepción de futuros pagos a los mismos, sino que son destinadas a financiar las pensiones existentes en el momento.

En segundo lugar, el sistema de capitalización concede las prestaciones en función de las aportaciones de cada uno de los partícipes. Cada uno de ellos cotiza para sí mismo y genera la futura pensión en función del capital que ha ido ingresando, por lo que en este caso las prestaciones guardan relación directa con las aportaciones que se han ido realizando, así como con la evolución financiera y temporal de las mismas. Las aportaciones ya sean periódicas, ya sean extraordinarias, nutren un fondo que genera pensiones individuales. No existe el concepto de solidaridad intergeneracional que sí configura el sistema de reparto. Por último, cabría impulsar un sistema de pensiones "mixto" que en la práctica implica mantener el sistema de reparto actual, combinándolo con un sistema de capitalización. Esto supone que parte de la cotización de cada empleado se ahorra para cuando este se jubile. Pero esto resulta ser una quimera en España, pues el sistema financiero es el de reparto para todos los Regímenes, y su modificación es expresamente descartada en el Pacto de Toledo.

3. ALTERNATIVAS PARA REFORZAR LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA

Como es sabido, el sistema de financiación de la Seguridad Social en España obtiene la mayor parte de sus recursos económicos a partir de las contribuciones sociales realizadas por los trabajadores y empresarios. Cualquier anomalía en el comportamiento del mercado de trabajo incide directamente en el volumen de recursos financieros disponibles para satisfacer las prestaciones sociales proporcionadas por el sistema de Seguridad Social. El deterioro del saldo presupuestario de la Seguridad Social, en los últimos años, se debe fundamentalmente a un aumento muy significativo del gasto en pensiones contributivas. La insuficiencia de recursos para poder cubrir el gasto social creciente ha obligado a ir cubriendo el déficit a través de los fondos del Estado y, es más, de mantenerse las condiciones invariables, es previsible que los gastos sociales sigan aumentando. Así, por ejemplo, adecuar las pensiones futuras al principio constitucional de suficiencia económica resulta obligado, ya que lo contrario provocaría situaciones de pobreza y de exclusión social en la vejez[23].

Cabe señalar que los recursos del sistema financiero de la Seguridad Social española son notablemente inferiores a los homólogos europeos. Resulta imprescindible encontrar vías alternativas de financiación de las prestaciones sociales del sistema ante las potenciales variaciones del ciclo económico, sobre todo, cuando

[23] RAMOS QUINTANA, M.I. *Factor de sostenibilidad e índice de revalorización del sistema de pensiones en España: dimensión constitucional y alcance jurídico*, Documentación Laboral, núm. 103, 2015, pág. 6.

tienden a originar grandes ajustes de empleo, aumentando, de este modo, la volatilidad de los recursos financieros del sistema. No obstante, sería un error alterar la financiación de la Seguridad Social en atención, exclusivamente, a soluciones "ad hoc" y a la crisis económica para garantizar la sostenibilidad del sistema, obviando el impacto tanto de los debates acerca del propio alcance de las prestaciones a la Seguridad Social como de los desafíos a largo plazo sobre el propio modelo, en especial, el envejecimiento creciente de la población española y la reducción de la tasa de reparto. Sería deseable, clarificar las fuentes de financiación, reservando el recurso a los Presupuestos Generales del Estado para aquellas prestaciones de carácter universal y/o complementarias y los instrumentos de cotización para satisfacer las prestaciones contributivas vinculadas a la actividad laboral[24].

a) En aras de mantener la eficiencia del sistema vigente de Seguridad Social, resulta adecuado un cierto cambio estructural de sus ingresos. Dicha alteración no debe ejecutarse de forma radical, ni sustituyendo totalmente a las cotizaciones sociales por otro tipo de recursos, ni sin tomar en consideración las prestaciones y la gestión, por ser estas, dos partes esenciales del funcionamiento del modelo de la Seguridad Social. Reducir el peso de las cotizaciones de la Seguridad Social, aumentando el papel de los impuestos resulta ser una técnica de financiación realizada en otros Estados miembros con, eso sí, resultados diversos, sin que quepa destacar ninguno como perfecto. Algunos países nórdicos pagan la mayor parte de sus pensiones con impuestos distintos a las cotizaciones. En este sentido, mayores impuestos indirectos en relación a menores contribuciones a la Seguridad Social facilitan que estos países alcancen menores niveles de desigualdad gracias a mayores tasas de empleo. Por lo expuesto, esta técnica implementada de manera gradual y no como solución exclusiva, podría paliar la disminución de recursos derivada de la reducción de las cotizaciones de la Seguridad Social compensando esta situación a través de una ligera elevación de las alícuotas del IVA[25]. Sin embargo, ante una economía fuertemente debilitada, como es la actual, una subida brusca de los impuestos puede provocar un retroceso en la recuperación.

b) Por otra parte, las reformas sobre el sistema llevadas a cabo en 2011 y 2013 supusieron un avance sustancial para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema. No obstante, al haber quedado en suspenso la aplicación de los principales elementos de la reforma (el factor de sostenibilidad y el Índice de Revalorización de las Pensiones), la viabilidad financiera del sistema a medio y largo plazo

[24] RUESGA BENITO, S.M.: *Hacia un nuevo modelo de financiación de la Seguridad Social en España*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012, pág. 281.

[25] Ibidem.

se ha visto comprometida[26]. Así, el Índice de Revalorización de las pensiones fue concebido como un mecanismo de ajuste automático, que de forma totalmente objetiva indica cuál es la revalorización que tendría que aplicarse a todas las pensiones existentes para conseguir el equilibrio financiero del sistema de pensiones en un plazo relativamente corto de años. Esta fórmula implica ligar la revalorización de las pensiones a la salud de las arcas públicas, de manera que las pensiones solo suben si aumentan los ingresos del sistema por encima de la tasa de crecimiento del número de pensiones. La norma establece que las pensiones nunca podrán revalorizarse por debajo del +0,25% e incluye un techo a la revalorización equivalente a la tasa porcentual de variación interanual del IPC + un 0,5%.

Por su parte, el factor de sostenibilidad supone ajustar la pensión inicial de jubilación de tal manera que el importe total a percibir por el pensionista a lo largo de su vida sea equivalente al que percibiría el que se jubile en un momento anterior. Está intrínsecamente relacionado con la esperanza de vida estimada en ambos momentos, pues la cuantía de la pensión de aquellos con una mayor esperanza de vida será menor, dado que la van a percibir durante un mayor número de años[27]. Es decir, el pensionista será beneficiario de una pensión de menor cuantía, pero durante mayor número de años. En la actualidad las citadas reformas se encuentran paralizadas temporalmente, siendo objeto de debate su idoneidad.

Pues bien, en este contexto la Seguridad Social ha propuesto que la revalorización de las pensiones quede ligada a una media de la inflación de varios años. Igualmente, ha planteado en la mesa de la negociación con los agentes sociales dos fórmulas: la primera sobre la media de cinco años y la más reciente –en el año 2021–, sobre tres. Sin embargo, la vinculación de las pensiones al IPC aumentará el gasto en, aproximadamente, dos puntos del PIB en 2030 y en más de tres puntos del PIB en 2050[28]. Asimismo, de aplicar la fórmula plurianual, quedaría garantizada la revalorización de las pensiones al mismo nivel que la inflación, pero nunca por encima, lo que impide a los beneficiarios ganar poder adquisitivo.

Aun cuando la aplicación de la fórmula de las medias anuales hace innecesario buscar un mecanismo para compensar la diferencia entre

---

26 MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *Factor de sostenibilidad e índice de revalorización: el estado de la cuestión*, Aranzadi Social, núm. 8, 2013, pág. 18.

27 BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA: *¿Se va a seguir manteniendo el IPC como índice de revalorización de las pensiones?*, Blog del Instituto BBVA de pensiones, 2019, https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/se-va-a-seguir-manteniendo-el-ipc-como-indice-de-revalorizacion-de-las-pensiones.html

28 ARCE, O.: *Informe sobre el envejecimiento y pensiones: situación, perspectivas y retos*, cit., pág. 12.

lo abonado desde el inicio de año y el comportamiento real de la inflación, si se abona la diferencia cuando la revalorización aplicada a principios de cada año es inferior al IPC de esa anualidad, podría plantearse que los pensionistas deberían compensar al Estado cuando les ha sido favorable y la revalorización aplicada ha superado a la inflación, lo cual genera una enorme controversia[29].

c) Una medida interesante en este análisis es la de aumentar los ingresos acabando con el tope de la base de cotización máxima. Terminar con ese tope de cotización podría suponer un elevado número de ingresos para cubrir una buena parte del déficit anual que tiene el sistema de pensiones. Con todo, suprimir el tope máximo de cotización, aunque tendría un potencial recaudatorio elevado, podría afectar negativamente al empleo y generaría un aumento del gasto en pensiones a largo plazo salvo que se mantenga el límite impuesto por la pensión máxima, en cuyo caso el carácter contributivo del sistema quedaría perjudicado[30].

d) Cabe mencionar la posibilidad de introducir cuentas nocionales de reparto, con un periodo transitorio, y de capitalización de adhesión automática, con aportaciones de trabajadores y empresas, asegurando la portabilidad mediante gestión pública. Dicho sistema estaría basado en cuentas individuales donde se irían anotando las contribuciones de los trabajadores. La pensión de jubilación estaría basada en el nivel de contribuciones que el trabajador ha realizado, tomando en consideración las bases de cotización de los últimos años, manteniendo el principio de reparto intergeneracional. Si bien, este sistema resulta transparente para los pensionistas, e incentiva la demanda y oferta de trabajo sin perder los componentes de reparto y progresividad, no elimina la disyuntiva entre la suficiencia y los recursos disponibles del sistema público de pensiones.

e) Otra de las propuestas sería elevar las bases de cotización, aumentando así la progresividad del sistema. Por un lado, está la posibilidad de acometer un cambio en las políticas públicas a través de un sistema progresivo con un tipo fijo y un mínimo exento en la base de cotización. Dicha medida requiere de un análisis riguroso y de una implantación gradual. Por otro lado, cabe aumentar la base máxima de cotización. Si la base máxima se destapa gradualmente, aumentando las pensiones máximas proporcionalmente, la medida no afectaría a la contributividad, pero tampoco aportaría recursos adicionales aun cuando permitiría cubrir parte del déficit anual del

[29] FERRARI, J.: *La Seguridad Social propone subir las pensiones con el IPC medio de los tres años previos*, El Economista, 2021, https://www.eleconomista.es/economia/amp/11006075/Moncloa-propone-subir-las-pensiones-con-el-IPC-medio-de-los-tres-anos-previos-

[30] ARCE, O.: *Informe sobre el envejecimiento y pensiones: situación, perspectivas y retos*, cit., pág.18.

sistema. Si el aumento es acelerado y sin ampliar la pensión máxima, el sistema sería menos contributivo, encarecería el factor trabajo y reduciría el empleo. En paralelo, algunos autores apuntan la posibilidad de aplicar una escala móvil de cotización que atienda a la dimensión de la empresa, ya sea al número de trabajadores, ya al volumen de negocio[31].

f) De considerar ahora la posibilidad de ligar el salario a la productividad se ha de señalar que esta propuesta topa con el histórico sistema del "plus" por antigüedad mantenido en España. Si al aumentar la esperanza de vida la población se jubila más tarde, el perfil de productividad puede llegar a decrecer en las personas de mayor edad, lo cual requiere gestionar el talento e invertir en formación continua[32].

g) Ante el panorama expuesto, existen otras posibles soluciones, de las que sin ánimo exhaustivo cabe destacar las siguientes: por un lado, aceptar la reducción de la pensión media sobre el salario medio y compensarla con más recursos procedentes del ahorro privado o mediante planes de pensiones de empresa, una práctica que ya se lleva a cabo en países del norte de Europa. Para ello, el cambio en la composición del ahorro privado, desde activos inmobiliarios a activos financieros podría contribuir en este sentido, especialmente, en la parte baja de la distribución de ingresos. Por otro, aumentar los recursos destinados a las pensiones públicas, es decir, financiar parte del sistema por la vía de impuestos más eficientes y reducir el gasto público en otras partidas. Por último, se podrían realizar reformas estructurales que disminuyan la tasa de desempleo, aumenten la población ocupada, la productividad y los salarios (más capital productivo, humano y tecnológico).

4. CONCLUSIONES

Todos los Estados miembros, incluyendo a España, deben asegurar la viabilidad del sistema de pensiones para equilibrar el gasto social, la activación social y, además, atraer y retener a más personas en empleos de calidad, promoviendo el crecimiento, la creación de empleo y el acceso al mismo mediante una mayor transparencia del mercado. Asimismo, resulta necesario modernizar los sistemas de protección social y aumentar la inversión en los medios humanos promoviendo la investigación y el desarrollo, así como la innovación, mejorando la educación y la formación profesional en el contexto del aprendizaje permanente para jóvenes y mayores.

---

[31] ROJAS, G.: *La sostenibilidad del sistema de Seguridad Social a través de fórmulas de financiación que procuren pensiones de jubilación adecuadas y suficientes*, Documentación Laboral, Vol. II, núm. 104, 2015, pág. 136.

[32] CIRIZA, M.: *¿Es viable nuestro sistema de pensiones?*, Blog BBVA, 2018, https://www.bbva.com/es/viable-sistema-pensiones/

El reto del envejecimiento de la población debe afrontarse desde una estrategia que combine el diseño de un plan de consolidación fiscal a largo plazo; acometer reformas estructurales que permitan mejorar el empleo y la productividad; articular políticas que favorezcan la participación laboral, y diseñar políticas de inmigración flexibles y acordes con las necesidades del mercado laboral. Para que el sistema de pensiones mantenga la generosidad actual en 2050 con el aumento de los pensionistas, los cotizantes tendrán que aumentar exponencialmente. El reto demográfico en las próximas décadas no se va a poder resolver solo con una mayor natalidad, sino que también necesita la implantación de políticas de inmigración activa y retorno del talento para atraer capital humano. Estas medidas, sumadas a las defendidas a lo largo del ensayo permitirían aumentar la eficiencia del sistema, al tiempo que aseguran la sostenibilidad y suficiencia del mismo.

POSIBLES REFORMAS ANTE LOS PRESENTES Y FUTUROS DESAFÍOS DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

SARA GUINDO MORALES
Profesora Ayudante Doctora
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

1. Posibles reformas ante los presentes y futuros desafíos de la pensión de jubilación. 2. Conclusiones. 3. Bibliografía.

1. POSIBLES REFORMAS ANTE LOS PRESENTES Y FUTUROS DESAFÍOS DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Si bien el aumento paulatino y progresivo del envejecimiento de la población plantea retos importantes en muchas dimensiones clave de la economía, no sólo en materia de pensiones[1], los poderes públicos deberían realizar reformas de calado, tanto preventivas como reparadoras, en materia de pensiones, las cuales requieren ajustes para abordar los desafíos anteriormente identificados y, de esta manera, contribuir a los objetivos de la Recomendación del Consejo, de 8 de noviembre de 2019, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia[2].

Así pues, partiendo de la base de que es necesario reconfigurar el sistema de recursos de las pensiones (pues el actual Sistema de Seguridad Social está construido sobre un modelo de vida de tipo fordista en el que el coste de las pensiones de

[1] ARCE, Ó.: *Envejecimiento y pensiones*, Banco de España, Eurosistema, 2019. Web: https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/DirectoresGenerales/economia/Arc/Fic/arce051219.pdf; También, ARCE, Ó.: *Envejecimiento y pensiones: situación, perspectivas y retos*, Banco de España, Eurosistema, 2019.

[2] Publicado en el DOUE en fecha de 15 de noviembre de 2019.

jubilación era escaso[3], además de las causas ya citadas de elevado desempleo estructural, precariedad, tiempo parcial indeseado, etc.) con nuevas y seguras fuentes de financiación para no vernos abocados a situaciones similares (e incluso peores como consecuencia de la COVID-19) a las que se vivieron en países como Grecia hace unos años, las posibles y viables reformas al respecto en donde se debería contar con la ayuda y participación activa y continua de los sindicatos más representativos a nivel estatal podrían consistir en lo siguiente:

1. Establecer una serie de normas mínimas europeas en materia de pensiones[4], aunque seamos conscientes de que ello sea complicado debido a las singularidades propias de cada Estado miembro de la Unión Europea.

2. Para afrontar el actual problema demográfico, los poderes públicos españoles deberían adoptar políticas laborales que impulsen la natalidad, tales como, por ejemplo, verdaderas medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, aumentar el permiso de maternidad, paternidad y situaciones análogas como sucede en otros Estados miembros de la Unión Europea, fomento e impulso a la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en materia de cuidados, etc. Y es que debe haber un equilibrio entre la población activa y la población pasiva para la sostenibilidad del Sistema Público de Pensiones Español.

3. Las personas deberían estar constantemente informadas sobre sus obligaciones y derechos del Sistema Público de Pensiones Español para poderse planificar con suficiente antelación[5], lo que significa que se debe reforzar la predictibilidad y transparencia al respecto.

4. La protección sociolaboral de las personas trabajadoras mayores, la cual constituye actualmente una de las principales preocupaciones como consecuencia del incremento del número de personas que viven hasta edades más avanzadas y de sus importantes efectos en la economía en general y en la Seguridad Social en particular[6].

Y es que, en España, el proceso de envejecimiento activo es especialmente acusado[7], entendiendo por tal, según la definición efectuada por la Organización Mundial de la Salud, "*el proceso por el que se optimizan las oportunidades de bienestar físico,*

[3] 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, Laborum, 2019, pág. 340.

[4] MONEREO PÉREZ, J. L.: "La renta mínima garantizada como medida estructural del Sistema de Seguridad Social en la "sociedad del riesgo"/Minimum income guaranteed as a structural measure of the Social Security System in the "risk society", en *Lex Social*, vol. 2., núm. 2, 2020, pág. 446.

[5] ARCE, Ó.: *Envejecimiento y pensiones*, Banco de España, Eurosistema, 2019. Web: https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/DirectoresGenerales/economia/Arc/Fic/arce051219.pdf

[6] MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, pág. 19.

[7] MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, Mª. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. Mª.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2014, pág. 17.

social y mental durante toda la vida, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable, la productividad y la calidad de vida en la vejez", es decir, una vejez con trabajo[8].

Aunque es un hecho real que los trabajadores maduros presentan especiales dificultades para acceder al mercado laboral, también es cierto que tienen un mayor riesgo de ser expulsados del mismo[9].

Existen indicios fundados de que la edad, especialmente en su franja superior, constituye hoy en día la principal causa de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales[10] (junto con el género/sexo y el racismo). Siendo precisamente las mujeres las que más sufren el fenómeno del edadismo en el lugar de trabajo[11], lo que supone una doble discriminación.

La tutela de este gran colectivo de trabajadores (debido a que los mayores de 55 años suponen aproximadamente el 20% de toda la población activa[12]) se encuentra establecida en el plano nacional, comunitario, europeo e internacional (cuya finalidad es la de mantener y proporcionar la salud y capacidad laboral de los trabajadores maduros conforme vayan envejeciendo, desarrollar sus habilidades y empleabilidad y ofrecerles condiciones laborales adecuadas y proporcionadas a su edad[13]).

Todo ello, con el objetivo de evitar, por un lado, que las personas mayores, maduras o de edad avanzada sean discriminadas en el empleo y, por ende, se encuentren en situación legal de desempleo por no ser contratadas o por ser despedidas en base a su edad y, por otro lado, la jubilación anticipada y la prejubilación. Sin embargo, lamentablemente, dicha normativa no siempre se cumple por la parte empresarial.

Si bien es cierto que, con frecuencia, la capacidad tanto física como psíquica de las personas trabajadoras se resiente al alcanzar una determinada edad y acercarse a la edad de jubilación, perjudicando seriamente su salud y trabajo, para estimular la

---

8 RAMOS QUINTANA, M. I.: "Envejecimiento activo en la sociedad del cansancio", en *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 54, 2019 (recurso electrónico).

9 ARAGÓN GÓMEZ, C.: "La ineptitud sobrevenida por razón de edad", en MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.): *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009, pág. 236.

10 SANGUINETI RAYMOND, W.: "La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones?", en *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales,* núm. 59, 2019 (recurso electrónico).

11 BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: "El edadismo: significado, causas y efectos en los ámbitos laboral y de la salud de las personas en edad de jubilación", 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* Murcia, Laborum, 2019, pág. 157.

12 ORTEGA LOZANO, P. G.: "Trabajadores de edad avanzada o trabajadores maduros en la política de empleo" en MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A. (Dirs.): *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019, pág. 495.

13 SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (Dirs.): *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2009, pág. 43.

conservación del empleo y consolidar el vínculo jurídico-laboral de los trabajadores mayores, maduros o de edad avanzada, se les debe facilitar una ordenación del tiempo de trabajo más flexible mediante la modificación de algunas de sus condiciones laborales para que puedan seguir trabajando con total normalidad[14].

A título ejemplificativo, y siempre y cuando el trabajador maduro esté de acuerdo, algunas medidas de propuesta de reforma al respecto podrían constituir las siguientes[15]: evitar tanto las jornadas continuadas como las intensivas de trabajo (impulsando, por el contrario, la jornada partida), disminuir las rotaciones en el régimen de trabajo a turnos, eliminar la prestación de servicios en horario nocturno cambiando los puestos de trabajo nocturnos en diurnos[16], reducir la jornada laboral (implantando medidas que permitan mantener al trabajador de mayor edad que opte por tal novación contractual la misma base de cotización que tenía con el contrato anterior con la finalidad de no perjudicarlo precisamente de cara a una cercana y futura jubilación, tales como, por ejemplo, mejoras establecidas en la negociación colectiva) o limitar o prohibir la realización de horas extraordinarias (como ocurre con los trabajadores menores de edad, por sus particulares condiciones personales).

Todo ello, con la finalidad de que el despido[17] sea el último recurso empresarial posible, fomentando así medidas de flexibilidad interna o de entrada frente a medidas de flexibilidad externa o de salida.

No sólo se trata del derecho individual al trabajo de las personas mayores, sino también de la articulación de unas políticas activas de empleo orientadas a la prolongación de la vida activa laboral con la finalidad de garantizar la sostenibilidad del Sistema Público de Pensiones Español[18].

En definitiva, se deben implantar ajustes razonables para las personas mayores, maduras o de edad avanzada. Por ejemplo, no existe en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales[19] un régimen específico para

---

14 *Ibídem*, págs. 14 y 107.

15 SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (Dirs.): *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2009, pág. 14; Asimismo, MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección sociolaboal multinivel de los trabajadores de edad avanzada,* Albacete, Bomarzo, 2019, págs. 59 y sigs.

16 CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y MORENO MÁRQUEZ, A.: "Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros", en MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.): *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009, pág. 233.

17 Al respecto, *vid.*, ORTEGA LOZANO, P. G.: *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad*, Murcia, Laborum, 2018, *passim*. También, ORTEGA LOZANO, P. G.: "El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados", en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 7, 2017, págs. 587-608.

18 MONEREO PÉREZ, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, pág. 734. También, MONEREO PÉREZ, J. L.: "La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas" en AA.VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2018, pág. 878.

19 Publicado en el BOE en fecha de 10 de noviembre de 1995.

las personas mayores, maduras o de edad avanzada como sí sucede, por ejemplo, con los trabajadores menores de edad, lo que conlleva que, en lugar de adaptar el trabajo a la persona, se obligue a los trabajadores a adaptarse al trabajo, lo que supone como consecuencia en caso de no aclimatación que se adopten medidas que no benefician a dicha sostenibilidad, tales como despidos, prejubilaciones, jubilaciones anticipadas, reconocimiento de incapacidades permanentes, etc.

5. Impulsar programas de formación permanente y de recualificación para que las personas mayores, maduras o de edad avanzada no sean expulsados del mercado laboral por no adaptarse a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

6. Revalorizar y, por ende, no congelar ni recortar la cuantía de las pensiones. Para poder conseguir más ingresos al respecto, se podrían adoptar las siguientes medidas estratégicas:

– Subir el Salario Mínimo Interprofesional (pues, de esta manera, se elevará la base mínima de cotización a la Seguridad Social y, por ende, ésta tendrá más ingresos para hacer frente al pago de las pensiones públicas[20]).

Ello, sin dejar de obviar que las pensiones mínimas deberían referenciarse al Salario Mínimo Interprofesional y sus progresivos incrementos. Manteniendo una situación coherente entre rentas garantizadas de activos y pasivos, contributivas y no contributivas.

– Más bonificaciones fiscales a los empresarios por la contratación de personal en las empresas con la finalidad de crear, de esta manera, empleo (y menos exenciones y reducciones de cotizaciones).

– Fomentar el retraso potestativo de la edad jubilación con medidas de flexibilidad interna o ajustes razonables con el fin de adaptar el trabajo a la persona mayor, madura o de edad avanzada, pero no elevando obligatoriamente vía legal o convencional la edad ordinaria de jubilación más allá de los 65-67 años (ya que esta solución a la sostenibilidad del sistema público de pensiones no es deseable en términos de justicia social al existir límites humanos intrínsecos respecto de la calidad de vida y bienestar en la vejez que deben quedar salvaguardados, no sólo por razones de deterioro físico que condicionan la empleabilidad de las personas mayores, maduras o de edad avanzada, sino también por el valor social de una larga vida dedicada al trabajo[21]).

---

[20] 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, Laborum, 2019, pág. 341.

[21] MONEREO PÉREZ, J. L.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", 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, Laborum, 2019, págs. 84 y 85.

– Eliminar/reformular el tope máximo de las pensiones instaurado en el año 1983 como media coyuntural (pero que finalmente se ha instaurado en nuestro sistema) para que las personas trabajadoras, voluntariamente, prolonguen su vida activa (a tiempo completo o a tiempo parcial) cuya finalidad es doble: abonar un menor importe en las cuantías de las pensiones y mantener parcialmente los ingresos al sistema[22].

Actualmente la cuantía mensual máxima de las pensiones es de 2.683,34 euros (cuantía que únicamente puede ser aumentada en dos casos: en primer lugar, por recibir un complemento de maternidad/paternidad y, en segundo lugar, por demorar voluntariamente la edad legal de jubilación).

– Eliminar el límite máximo de las bases de cotización (o aumentar las bases máximas de cotización[23]), de modo que cada persona trabajadora cotice por los ingresos reales que obtiene para así aumentar los ingresos al sistema de la Seguridad Social de los que más salario ganan.

7. Fomentar los planes de pensiones de empleo sobre los de ahorro (pues ambos tipos de planes tienen una naturaleza complementaria, pero, en realidad, no tienen la misma función socio-económica: la finalidad de los individuales es, sobre todo, la financiera, mientras que la finalidad de los de empleo es la protección social[24]), como complemento voluntario y nunca sustitutivo de la pensión pública.

En este orden de ideas, hay que tener en cuenta la iniciativa incorporada al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, que diferencia el tratamiento fiscal entre el 2º (planes del sistema de empleo; más subvención fiscal) y el llamado impropiamente 3º (planes individuales; menos subvención fiscal) pilar de Protección Social Complementaria y su diferente correspondencia con un modelo de pensiones complementarias acorde con la previsión constitucional española.

El artículo 41 CE hace referencia a prestaciones complementarias libres que tienen un contenido propiamente "social" al servir de complemento de mejora de las prestaciones dispensadas por el sistema público, presuponiendo una unidad funcional y teleológica entre la prestación pública de base mejorada y la prestación complementaria; y en tal sentido los instrumentos de previsión privada estrictamente individuales (sean planes individuales o sean seguros individuales) carecen realmente de esa finalidad "social", constituyendo más bien simples instrumentos de ahorro con objetivos más indiferenciados de rentabilidad financieras y fiscal.

---

[22] MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "El imparable camino hacia la *flexi jubilación* o la compatibilidad plena entre trabajo y pensión", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 9, 2016, pág. 16.

[23] MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2020, pág. 233.

[24] MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: "La política del derecho comunitaria de apoyo a los planes privados de pensiones nuevas medidas para su relanzamiento", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, 2018, págs. 55-89.

Además, el problema de los planes privados de pensiones estriba en que muchas personas trabajadoras, debido a sus precarias condiciones (que ya de por sí ello conlleva recibir en el futuro una baja pensión de jubilación pública) no pueden acceder a los mismos, ya que la capacidad de ahorro de estos trabajadores es poca por no decir nula.

En este sentido, el libro blanco Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles" de la Comisión Europea del año 2012 apuesta por un sistema de tres niveles o pilares: en primer lugar, un nivel de pensiones básico obligatorio, en segundo lugar, un nivel de pensiones complementarias colectivas y, en tercer lugar, un nivel de pensiones adicionales individuales[25].

Al respecto, no debe olvidarse la metáfora de los vasos comunicantes, que hace referencia al posible efecto inducido de sustituibilidad de las aportaciones a planes privados respecto de las cotizaciones al Sistema de la Seguridad Social, ejerciendo una presión hacia la reducción de éstas[26].

Por último, además, se debe dar prioridad a los planes de pensiones de empleo, que garantizan titularidad patrimonial, participación y control colectivo a los trabajadores, frente a otros mecanismos de previsión privados tales como, por ejemplo, los seguros individuales o colectivos.

8. Mejorar la calidad del mercado laboral para permitir la acumulación efectiva de pensiones adecuadas, con políticas activas de pleno empleo de calidad y decente o digno para la persona trabajadora.

9. Reforzar el papel de la negociación colectiva en las pensiones, pactando planes de pensiones de empleo en las empresas o sectoriales (para el tejido productivo español con alta concentración de microempresas y de pequeñas y medianas empresas, la fórmula más razonable y aún con muy escaso desarrollo), en los que, además, se elimine el requisito del periodo de permanencia previa en la empresa promotora de 2 años como mínimo para que todas las personas trabajadoras puedan acceder a ellos y no exista una doble discriminación indirecta, universalizando de esta manera su cobertura (en caso contrario, se produciría el efecto Mateo contenido en la Biblia en el Capítulo 13, Versículo 12 del Evangelio de San Mateo consistente en que "al que tiene se le dará y tendrá en abundancia; pero al que no tiene, incluso lo que tiene se le quitará"[27].

10. Reducir los contratos precarios: es decir, los contratos temporales, los contratos a tiempo parcial y los contratos con salarios bajos.

Y es que un modelo de relaciones laborales o de mercado de trabajo basado en la precariedad y en la competitividad para la reducción de costes es

[25] Web: https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/32eda60f-d102-4292-bd01-ea7ac726b731/language-es

[26] MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: "Planes y fondos de pensiones: propuestas de reforma", en *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, núm. 137, 2008, pág. 38.

[27] Ibídem, pág. 6.

manifiestamente incompatible con la viabilidad de la Seguridad Social y, su subsistema de pensiones (cuyo eje es la pensión de jubilación). La experiencia de nuestro país así lo confirma[28].

11. Implantar políticas migratorias para que las personas inmigrantes que se encuentran en situación legal en nuestro país coticen a la Seguridad Social, manteniendo, de este modo, la sostenibilidad del Sistema Público de Pensiones Español.

12. Luchar contra el fraude en la recaudación y en la economía sumergida, reforzando los mecanismos de control tanto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como de la Inspección tributara. Todo ello, con la finalidad de que las personas no se encuentren desamparadas a la hora de acceder a la jubilación por no haber cotizado –o haber cotizado menos, por ejemplo, por horas extraordinarias no pagadas– a la Seguridad Social[29].

13. Se deben corregir las desigualdades a lo largo de todas las etapas de la vida de las personas pues, en caso contrario, las desigualdades económicas y sociales experimentadas se trasladan a la vejez, tal y como ocurre con las brechas de género en las pensiones[30].

La cuantía de las pensiones de las mujeres es más baja con respecto a los hombres[31] (razón por la cual el 64% de todos los pensionistas que reciben un complemento a mínimos son mujeres[32]).

Además, las mujeres reciben menos pensiones de jubilación que los hombres (al no tener el periodo mínimo de cotización que exige la ley) por carreras profesionales inestables, con interrupciones y rupturas de la actividad profesional, debido a las insuficientes medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (motivo por el cual a las mujeres que reciban una pensión contributiva, desde el año 2016, se les reconoce un complemento por maternidad a partir del segundo

[28] MONEREO PÉREZ, J. L.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", 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, Laborum, 2019, pág. 78.

[29] MONEREO PÉREZ, J. L.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", 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, Laborum, 2019, pág. 81.

[30] MOLINER CROS, A., MARTÍNEZ POZA, A., FUNDACIÓN 1º DE MAYO Y FEDERACIÓN DE PENSIONISTAS Y JUBILADOS DE CCOO: *Observatorio social de las personas mayores para un envejecimiento activo*, Madrid, Federación de Pensionistas y Jubilados de CCOO, 2019, págs. 175 y 176.

[31] ERRANDONEA ULAIZA, E.: *Sistema español de pensiones: revisión crítica de los elementos comunes al cálculo de pensiones contributivas (Normas sobre tope máximo de pensiones, cuantías mínimas y revalorización de pensiones)*, Granada, Comares, 2016, pág. 7.

[32] RODRÍGUEZ CABRERO. G., MONTSERRAT CODORNIU, J., ARRIBA GONZÁLEZ DE DURANA, A. y MARBÁN GALLEGO, V.: *ESPN Thematic Report on Financing social protection – Spain, European Social Policy Network (ESPN)*, Brussels, European Commission, 2019, pág. 8.

hijo, si bien desde la Sentencia del TJUE de fecha 12 de diciembre del año 2019[33], también lo pueden solicitar los hombres[34]).

En otros términos, la temporalidad, la parcialidad y los salarios bajos son fenómenos muy vinculados también a la feminización de las responsabilidades y las cargas familiares. Lo anterior dentro de un modelo de regulación legal que permite e incluso promueve esa precariedad.

14. Modificar la CE, reubicando los artículos 41 y 50 (además, respecto de este último precepto, añadir que se va a garantizar la irregresividad de las pensiones públicas) en la Sección 1ª (titulada "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas") del Capítulo II del Título I de la Carta Magna, con la finalidad de introducir garantías reforzadas a las que este derecho tiene actualmente.

15. Regular al mismo par que desincentivar las prejubilaciones/bajas incentivadas en las empresas, ya que desplazan del mercado de trabajo a trabajadores maduros que son muy valiosos debido a su dilatada experiencia laboral, contradicen la línea a seguir en la sostenibilidad del Sistema Público de Pensiones Español: la prolongación de la vida activa laboral[35] y, por último, generan más gastos y menos ingresos a la Seguridad Social.

16. Por último, una vez que la situación económica mejore en nuestro país, podría plantearse la posibilidad de incrementar las cotizaciones sociales para aumentar los ingresos al sistema de la Seguridad Social.

2. CONCLUSIONES

En virtud de todas las posibles reformas anteriormente analizadas ante los presentes y futuros desafíos o retos de la pensión de jubilación en nuestro país (tales como, a título ejemplificativo, el reto demográfico a corto/medio plazo, los contratos de trabajo precarios, el fraude en la recaudación y en la economía sumergida, el actual fomento de los planes de pensiones de ahorro sobre los de empleo, la discriminación sociolaboral de las personas mayores, maduras o de edad avanzada y, especialmente, de las mujeres, etc.), la finalidad de todas ellas es la de buscar un equilibrio racionalizador entre dos principios:

1. El principio de eficiencia en términos de sostenibilidad económico-financiera.

33 [TJCE 2019\281].

34 EUROPEAN COMMISSION: *Pension adequacy. Report 2018. Current and future income adequacy in old age in the EU*, vol. 2 Country profiles, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018, pág. 85.

35 MONEREO PÉREZ, J. L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extraordinario 1, 2010, págs. 159-216.

2. El principio de justicia social respecto a las condiciones de acceso y a la calidad de la pensión pública de jubilación[36].

Siendo necesario para ello construir una política transversal e integral que atraviese todos los sectores y que incluya tanto a la población anciana de hoy como a la de mañana, mediante la articulación de políticas de empleo con políticas de protección y Seguridad Social[37].

3. BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN GÓMEZ, C.: "La ineptitud sobrevenida por razón de edad", en MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.): *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009.

ARCE, Ó.: *Envejecimiento y pensiones*, Banco de España, Eurosistema, 2019. Web: https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/DirectoresGenerales/economia/Arc/Fic/arce051219.pdf

ARCE, Ó.: *Envejecimiento y pensiones: situación, perspectivas y retos*, Banco de España, Eurosistema, 2019.

BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: "El edadismo: significado, causas y efectos en los ámbitos laboral y de la salud de las personas en edad de jubilación", 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* Murcia, Laborum, 2019.

CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y MORENO MÁRQUEZ, A.: "Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros", en MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.): *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009.

EUROPEAN COMMISSION: *Pension adequacy. Report 2018. Current and future income adequacy in old age in the EU*, vol. 1, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018.

EUROPEAN COMMISSION: *Pension adequacy. Report 2018. Current and future income adequacy in old age in the EU*, vol. 2 Country profiles, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018.

ERRANDONEA ULAIZA, E.: *Sistema español de pensiones: revisión crítica de los elementos comunes al cálculo de pensiones contributivas (Normas sobre tope máximo de pensiones, cuantías mínimas y revalorización de pensiones)*, Granada, Comares, 2016.

[36] MONEREO PÉREZ, J. L.: "Las reformas de las pensiones. Un análisis global del proceso reformista", en MONEREO PÉREZ, J. L., LÓPEZ CUMBRE, L. (Dirs.), MALDONADO MOLINA, J. A. y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. (Coords.): *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Granada, Comares, 2015, pág. 2.

[37] *Ibídem*, pág. 29.

MOLINER CROS, A., MARTÍNEZ POZA, A., FUNDACIÓN 1º DE MAYO y FEDERACIÓN DE PENSIONISTAS Y JUBILADOS DE CCOO: *Observatorio social de las personas mayores para un envejecimiento activo*, Madrid, Federación de Pensionistas y Jubilados de CCOO, 2019.

MONEREO PÉREZ, J. L.: "La renta mínima garantizada como medida estructural del Sistema de Seguridad Social en la "sociedad del riesgo"/Minimum income guaranteed as a structural measure of the Social Security System in the "risk society", en *Lex Social*, vol. 2., núm. 2, 2020.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección sociolaboal multinivel de los trabajadores de edad avanzada,* Albacete, Bomarzo, 2019.

MONEREO PÉREZ, J. L.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", 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, Laborum, 2019.

MONEREO PÉREZ, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019.

MONEREO PÉREZ, J. L.: "La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas" en AA.VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2018.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017.

MONEREO PÉREZ, J. L.: "Las reformas de las pensiones. Un análisis global del proceso reformista", en MONEREO PÉREZ, J. L., LÓPEZ CUMBRE, L. (Dirs.), MALDONADO MOLINA, J. A. y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. (Coords.): *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Granada, Comares, 2015.

MONEREO PÉREZ, J. L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extraordinario 1, 2010.

MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: "La política del derecho comunitaria de apoyo a los planes privados de pensiones nuevas medidas para su relanzamiento", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, 2018.

MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: "Planes y fondos de pensiones: propuestas de reforma", en *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, núm. 137, 2008.

MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2020.

MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "El imparable camino hacia la *flexi jubilación* o la compatibilidad plena entre trabajo y pensión", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 9, 2016.

MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, Mª. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. Mª.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2014.

OECD.: *Pensions at a Glance 2019: OECD and G20 Indicators*, Paris, OECD Publishing, 2019, pág. 77. Web: https://doi.org/10.1787/b6d3dcfc-en

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, Laborum, 2019.

ORTEGA LOZANO, P. G.: "Trabajadores de edad avanzada o trabajadores maduros en la política de empleo" en MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A. (Dirs.): *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019.

ORTEGA LOZANO, P. G.: *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad*, Murcia, Laborum, 2018.

ORTEGA LOZANO, P. G.: "El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados", en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 7, 2017.

RAMOS QUINTANA, M. I.: "Envejecimiento activo en la sociedad del cansancio", en *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 54, 2019.

RODRÍGUEZ CABRERO. G., MONTSERRAT CODORNIU, J., ARRIBA GONZÁLEZ DE DURANA, A. y MARBÁN GALLEGO, V.: *ESPN Thematic Report on Financing social protection – Spain, European Social Policy Network (ESPN)*, Brussels, European Commission, 2019.

SANGUINETI RAYMOND, W.: "La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones?", en *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales,* núm. 59, 2019.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (Dirs.): *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2009.

EL PLAZO PRESCRIPTIVO EN LA SOLICITUD DE REVISIÓN DE PRESTACIONES AL AMPARO DEL ARTÍCULO 53.1 LGSS. CONOCIMIENTO CABAL Y PRINCIPIO *ACTIO NATA*

RAÚL LÓPEZ BAELO
Abogado laboralista (Labormatters Abogados) y doctorando (URJC)

1. Legislación de aplicación, nociones introductorias y aproximación desde la doctrina judicial. 2. Problemática objeto de estudio. 3. Alternativas, vías de actuación y consideraciones finales.

1. LEGISLACIÓN DE APLICACIÓN, NOCIONES INTRODUCTORIAS Y APROXIMACIÓN DESDE LA DOCTRINA JUDICIAL

El recurrentemente citado artículo 53 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) contiene, de modo en apariencia poco significativo, un plazo perentorio complementario al más connotado por el que se decreta un plazo de cinco años para el reconocimiento de prestaciones desde el hecho causante de la prestación.

A seguido de la anterior limitación, en el párrafo segundo del ordinal primero de tal artículo 53 LGSS, se instituye un plazo de connotaciones independientes: los efectos jurídicos y económicos de dicho reconocimiento se producirán *"a partir de los tres meses anteriores a la fecha de solicitud."*

Lo intrincado y algo abstruso de la redacción precedente resulta esclarecido, en parte, por medio del siguiente ordinal del precepto al establecer que "*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".*

El articulado citado aborda, como viene admitiendo el Alto Tribunal[1], la distinción de naturaleza y efectos entre la acción conducente al reconocimiento inicial de una prestación, y la acción que derivará en la petición por el interesado de una revisión en el contenido económico de una prestación ya reconocida. Tampoco existe concordancia entre el plazo de ejercicio de la acción y el relativo a la eventual retroactividad de los efectos económicos.

El análisis jurisprudencial de dicho precepto[2], tras la reforma introducida por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, parece notablemente consolidada e incontrovertida: el plazo para el reconocimiento inicial de la prestación se establece en los cinco años, a salvo de terminadas excepciones por mor de su imprescriptibilidad, como pudieran ser la prestación contributiva de jubilación o las de muerte y supervivencia.

En cambio, el plazo de retroacción de los efectos económicos del anterior reconocimiento originario se limita a los tres meses anteriores a la fecha de solitud –con independencia del reconocimiento–, y, además, sin excepción alguna ligada a la imprescriptibilidad de la prestación en cuestión.

Tal previsión, en consonancia con la lectura jurisprudencial acotada, tornan en absoluta la limitación sobre la retroactividad advertida (otra consideración merecería la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos[3]), con las obvias y relevantes consecuencias que de ello se deriva.

Siguientemente se abordarán ciertas consecuencias prácticas contra el interés de los beneficiarios que, contra la esperable y declarada finalidad de la norma asistencial, se derivan del inamovible mandato prescriptivo contenido en el párrafo segundo del art. 53.1 LGSS.

Por ello, no tratándose de un error de cálculo, *ab initio* y unilateral de la Administración (STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 11 de octubre de 2018 (Rec. 1708/2018)), la prescripción en la solicitud de revisión –inclusiva como corolario de un hecho desconocido por el empleado–, traerá consigo la consecuencia de que el empleado no pueda ver incrementada su prestación pública pese a la existencia de causa legal para ello.

Lo cual, como se ha venido señalando, no debe confundirse con la ilimitación temporal para ver revisada la cuantía de modo prospectivo o ex post, a la cual no afectaría la delimitación de los tres meses contenida en el artículo 53.1 LGSS.

---

1 STS, Sala de lo Social, de 16 de enero de 2014 (Rec. 254/2013).

2 STS, Sala de lo Social, de 29 de marzo de 2010 (Rec. 1130/2009).

3 A modo de botón de muestra, puntualiza al respecto la STS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2020 (Rec. 557/2018) que *"los errores materiales que se pueden rectificar son los de hecho y los aritméticos y no los jurídicos, ni los que requieren una nueva calificación jurídica. Por errores materiales sólo pueden tenerse los evidentes, los que se pueden apreciar sin necesidad de hipótesis, deducciones o conjeturas, sin que puedan tener tal consideración aquellos errores cuya apreciación requiera realizar una nueva calificación jurídica o resolver cuestiones discutibles"*.

2. PROBLEMÁTICA OBJETO DE ESTUDIO

La ausencia de excepciones contemplada en el corpus legislativo, secundada por el Alta Tribunal, no está exenta de efectos perversos y, defenderemos, potencialmente antijurídicos: el hecho de vehicular el *dies a quo* de la retroactividad de tres meses al momento de la solicitud de revisión de la prestación pública, implica desconocer y soslayar la fecha de conocimiento del hecho causante por parte del empleado.

En definitiva, no arbitrar ni supeditar –en una rara excepción sin excepciones– el inicio de un cómputo prescriptivo al cabal y exacto conocimiento del derecho.

La solicitud de revisión de una prestación pública albergará como causa la aparición de un hecho nuevo que genera una nueva y superior base reguladora, como pudiera ser la generación del derecho a una retribución variable (bonus), y su devengo en la fecha que según sus criterios de concesión se pudiera estipular.

No resultaría, desde luego, inhabitual que dicho devengo y percibo del quantum salarial al que tuviere derecho la persona trabajadora coincida con una suspensión del contrato (por ejemplo, baja por maternidad) y su consiguiente prestación.

En tal caso, la nueva cotización efectuada por el empresario –previsiblemente, por medio de una liquidación complementaria–, y dimanada del percibo de la retribución irregular variable, se interesaría pasase a engrosar, con efectos retroactivos, la base reguladora de la prestación.

A tenor de lo explicitado, no resultaría inaudito cuestionarse cuán superlativa es la obligación impuesta a una persona trabajadora en situación de maternidad a que efectué, en situación de suspensión contractual, un seguimiento exhaustivo y periódico del devengo de su recibo salarial.

Dicha exigencia, amén de eventualmente desproporcionada, podría imponer en determinadas situaciones un afán discriminatorio, a la vista del colectivo de personas trabajadores al que afecte de forma mayoritaria.

Dicho en otros términos, podría censurarse la licitud de un mandato legislativo que impone, a empleados con su contrato de trabajo en suspenso, una obligación de tal calibre, incompatible con el discernimiento, ociosidad, descanso y reposición que caracterizan y guían gran parte de tales situaciones que otorgan derecho a una prestación pública.

3. ALTERNATIVAS, VÍAS DE ACTUACIÓN Y CONSIDERACIONES FINALES

Esbozadas las consecuencias de una interpretación rigorista del párrafo segundo, ordinal 1º, del art. 53.1 LGSS, se impone abordar las vías de actuación

–muchas de ellas por explorar– que asisten al administrado para tratar de eludir la perniciosa implicancia del instituto de la prescripción.

Prosiguiendo con el ejemplo a mejor ilustrar seguido, si una persona trabajadora en baja por maternidad percibiese un emolumento irregular durante la vigencia de su suspensión, y de ello se desprendiese un eventual aumento retroactivo de la base reguladora de su prestación, el cauce principal pasaría por instar de inmediato la revisión de su prestación.

Expirados los tres meses desde la fecha de devengo y abono, y más concretamente desde su subsecuente cotización por el empleado, cada período temporal transcurrido conllevará la consiguiente prescripción de cantidades económicas aparejadas. Si la solicitud de revisión se produjese seis meses después de la cotización, ello conllevaría la pérdida de la mejora económica correspondiente a tres mensualidades.

¿Cuál sería el cauce para tratar de impugnar dicha prescripción parcial de cantidades –que no de derechos? Podría entrar en términos de razonabilidad, máxime por analogía con otros términos prescriptivos, aducir que la retroactividad de tres meses desde la solicitud habría de quedar supeditado a que, habiendo podido realizar dicho requerimiento de revisión al organismo público, su no instancia responda a un acto voluntario, consciente y reprochable al interesado.

Dicho de otro modo, la solicitud de revisión de oficio será susceptible de instarse, según elemental lógica, cuando el administrado tenga conocimiento de un hecho o circunstancia que pudiera motivar tal revisión –lo contrario sería tanto como plantear una irrazonable *"solicitud de revisión ad cautelam"*–.

Por ende, el desconocimiento no imputable a la persona trabajadora del expresado hecho conducente a la solicitud de revisión es cuestionable que pudiera activar el *dies a quo* del plazo de prescripción indicado.

El hecho de que la norma reguladora no compadezca tal circunstancia, podría no empecer tal conclusión: son múltiples los ejemplos en que el plazo prescriptivo no recoge excepciones para su inicio basadas en el cabal conocimiento, y pese a ello los Tribunales –en conformación de doctrina– lo han instituido así.

Sin ánimo limitativo ni de exhaustividad, el conocimiento pleno y exacto de los hechos que dan curso a la prescripción ha sido señalado como idóneo para la prescripción de las faltas laborales –incluso ante las correspondientes a la prescripción larga,[4] pese a la aparente oposición del artículo 60 del Estatuto de los Trabajadores, que alude a los seis meses desde su comisión– o la reclamación de daños y perjuicios ante un accidente de trabajo, a la espera de conocer con exactitud las secuelas [5], en lo que corresponde al ámbito laboral. En la esfera civilista, los daños

[4] STS, Sala de lo Social, de 14 de septiembre de 2018 (Rec. 3540/2016).

[5] STS, Sala de lo Social, de 20 de abril de 2004 (Rec. 1954/2003).

continuados,[6] precisamente con base en la seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución (virtualmente extrapolable); o, en ámbito contencioso-administrativo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.[7]

Supondría, en definitiva, aplicar al controvertido plazo del artículo 53.º LGSS el clásico principio romanista: *actio nondum nata non praescribitur*, soportando que la acción (solicitud) para evacuar la revisión de la prestación no ha de comenzar su cómputo prescriptivo, en tanto la acción no ha nacido. Esta tesis encuentra concomitancias y apoyo en los artículos 1969 y 1902 del Código Civil.

Pese a la aparente renuencia de la normativa de aplicación a ver aplicada dicha posposición del plazo prescriptivo entre tanto no se produzca el conocimiento de la persona trabajadora, son múltiples los ejemplos –algunos recientes y connotados en el ámbito tributario– en que su institución se ha producido pese a su ausencia en la legislación regulatoria.

Por consiguiente, su aplicabilidad al supuesto de hecho propugnado –naturalmente, a expensas de que el beneficiario pueda ubicar y acreditar la fijación temporal de su conocimiento cabal, por ejemplo, al término de su suspensión y regreso a la prestación de servicios, en lo que constituye el ejemplo más palmario– podría obedecer a razones de congruencia y proporcionalidad, y constituir una excepción al límite económico en la retroactividad no contemplado expresamente en el párrafo segundo del artículo 53.1 LGSS.

[6] Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, de 6 de julio de 2018 (Rec. 271/2018).

[7] A tal efecto, arroja clarividencia la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de abril de 2019 (Rec. 4399/2017).

Capítulo V.

GÉNERO Y SISTEMA DE PENSIONES. BREVES NOTAS AL NUEVO COMPLEMENTO POR MATERNIDAD

Mª ROSA MARTÍN MUÑOZ
Contratada Predoctoral FPU. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

1. INTRODUCCIÓN. 2. DESIGUALDADES POR RAZÓN DE SEXO EN EL MERCADO DE TRABAJO: REPERCUSIÓN EN EL ACCESO AL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL. 3. BRECHA DE GÉNERO EN MATERIA DE PENSIONES. 4. PRINCIPALES MEDIDAS ADOPTADAS EN NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL PARA REDUCIR LA BRECHA DE GÉNERO EN MATERIA DE PENSIONES. ESPECIAL REFERENCIA AL NUEVO COMPLEMENTO POR MATERNIDAD. 4.1. Periodos reconocidos como cotizados. 4.2. Complementos para pensiones inferiores a la mínima. 4.3. Protección del trabajo a tiempo parcial: coeficiente de parcialidad y coeficiente global de parcialidad. 4.4. El nuevo complemento por maternidad: "Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género". 4.4.1. Antecedentes: la creación del complemento por maternidad y su inadecuación al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. 4.4.2. El nuevo artículo 60 de la LGSS: la reforma introducida por 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 económico. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Pese al innegable avance que en materia de igualdad de género se ha producido en nuestro Ordenamiento Jurídico, las desigualdades entre hombres y mujeres en el mercado laboral sigue constituyendo, a día de hoy, un problema latente que se ha traducido en una constante brecha de género en materia de pensiones, especialmente marcada para acceder a la pensión contributiva de jubilación[1].

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

Téngase en cuenta que nuestro Sistema de Seguridad Social continúa sustentándose sobre un modelo tradicional y masculinizado de relaciones laborales, en el que priman las carreras de cotización estables a la hora de acceder al sistema de pensiones y determinar la cuantía de las mismas. Dado que la diferente participación de la mujer en el mercado de trabajo provoca desigualdades en sus contribuciones al sistema de Seguridad Social, la brecha de género que arrastra durante su vida laboral activa, trasciende la misma, acentuándose sobre todo cuando alcanzan el momento de la jubilación[2].

Al hilo de lo expuesto, este trabajo pretende abordar las desigualdades que experimentan las mujeres durante su trayectoria profesional, así como el impacto directo que tales desigualdades tienen sobre la mayor dificultad para acceder al sistema de pensiones y sobre las cuantías de las mismas. Tras ello, se analizará las principales reformas introducidas en nuestro sistema de protección social para reducir esta brecha de género, dedicando una mayor atención a la reforma introducida por el RDL 3/2021, de 2 de febrero: el nuevo complemento por maternidad.

2. DESIGUALDADES POR RAZÓN DE SEXO EN EL MERCADO DE TRABAJO: REPERCUSIÓN EN EL ACCESO AL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL

Como ya se ha adelantado, las desigualdades de participación de las mujeres trabajadoras en el mercado laboral tienen un impacto directo en el acceso al sistema de pensiones. Algunos de los principales factores que ocasionan estas diferencias son los que a continuación se enumeran:

— Menor participación de la mujer en el mercado de trabajo

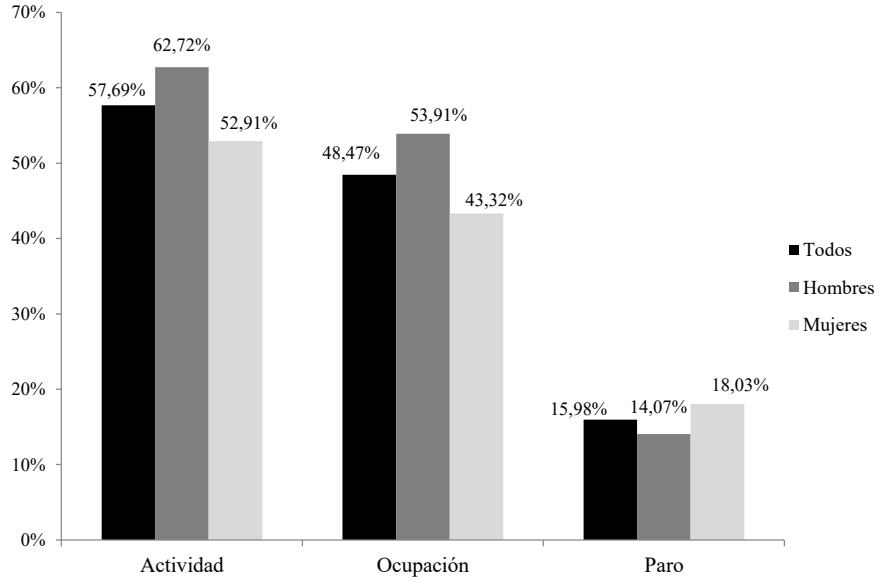
Es un hecho que las mujeres presentan tasas más bajas de participación en el mercado de trabajo que los hombres, lo que se traduce en menores oportunidades de empleo, socavando su capacidad para obtener ingresos y disminuyendo su seguridad económica en las distintas etapas, tanto laborales, como posteriores.

Según la EPA, la tasa de actividad de las mujeres se sitúa, actualmente, en el 52,91%, una diferencia de 10 puntos porcentuales con respecto a la de los hombres. En relación a la tasa de ocupación, el 53,91% de los ocupados son hombres y el 43,32% son mujeres. Sin duda, la menor tasa de ocupación de la mujer se debe a su papel de cuidadora del hogar y de los familiares que necesitan atención: niños, mayores o incapacitados. Tareas que si bien suponen prestar un servicio a la sociedad en cuanto a la atención de sus miembros más dependientes, eximiendo de alguna forma al Estado de reforzar las políticas relacionadas con el cuidado, el sistema, sin embargo, las

[2] VELA DÍAZ, R., "Capítulo XXXI. El impacto de las desigualdades de género sobre el sistema de protección social: la brecha pensional en el acceso a las prestaciones de jubilación," en VV.AA., *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible, Tomo I, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Ediciones Laborum, 2019, p. 777.

penaliza. Finalmente, si nos centramos en la tasa de paro, también aquí las mujeres se encuentran en peor situación que los hombres: mientras que para estos se sitúa en el 14,07%, para las mujeres el porcentaje asciende a un 18,03% (ver gráfico 1).

Gráfico 1: Tasa de actividad, ocupación y paro por sexo en España, primer trimestre de 2021



Fuente: elaboración propia a partir de datos de la EPA.

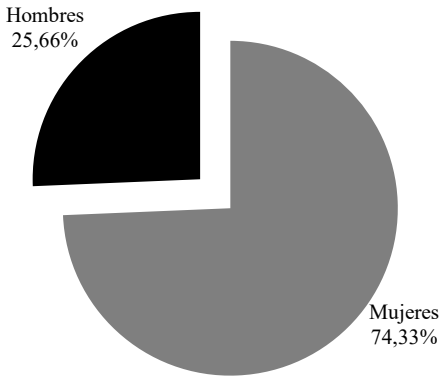
— Menor dedicación de la mujer a un trabajo remunerado: menos horas trabajadas y utilización abusiva del contrato a tiempo parcial

Junto a la menor participación de la mujer en el mercado laboral, existen otras causas que inciden en la brecha pensional, entre las que cabe destacar la menor dedicación de la mujer al empleo remunerado.

El hecho de que las mujeres soporten en mayor medida el peso del trabajo no remunerado del hogar y del cuidado de personas dependientes hace que trabajen un menor número de horas (pues se ven obligadas a recurrir al trabajo a tiempo a parcial. Tal y como se desprende del gráfico 3, el 14.3% de las mujeres se encuentran empleadas a tiempo parcial por tener a su cargo el cuidado de personas dependientes, frente a 2,9% de los hombres) y durante menos años (debido a las interrupciones a lo largo de la trayectoria laboral), lo que provoca, en consecuencia, carreras profesionales peor remuneradas, teniendo ello una clara repercusión en las condiciones de acceso al sistema de pensiones.

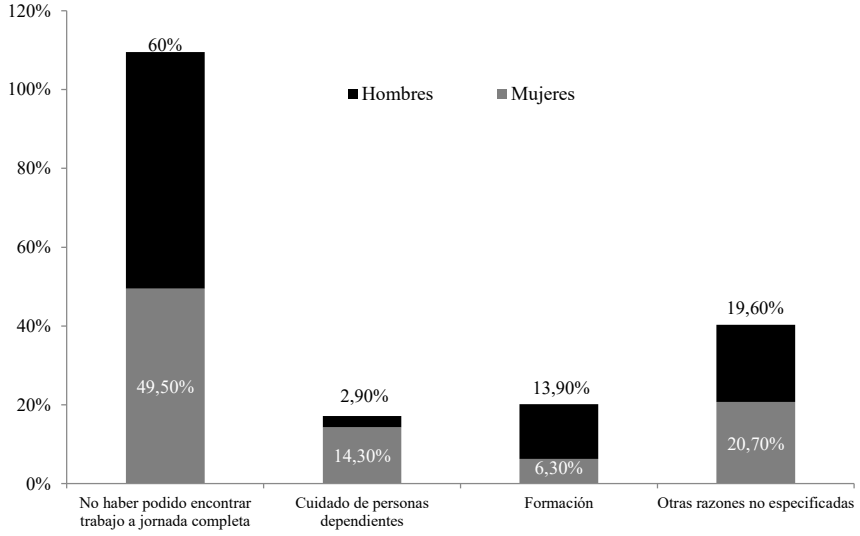
De los datos extraídos de la EPA se deprende un hecho: la feminización del empleo a tiempo parcial. Hoy en día la mujer concentra alrededor de las tres cuartas partes de este tipo de empleo en España, esto es, de las 2.696.100 personas ocupadas a tiempo parcial, 2.004.200 son mujeres (74,33%) [ver gráfico 2].

Gráfico 2: Ocupados a tiempo parcial por sexo en España, primer trimestre de 2021.



Fuente: elaboración propia a partir de datos de la EPA.

Gráfico 3: Principales razones del trabajo a tiempo parcial según sexo en España, 2020.



Fuente: elaboración propia a partir de datos de Eurostat.

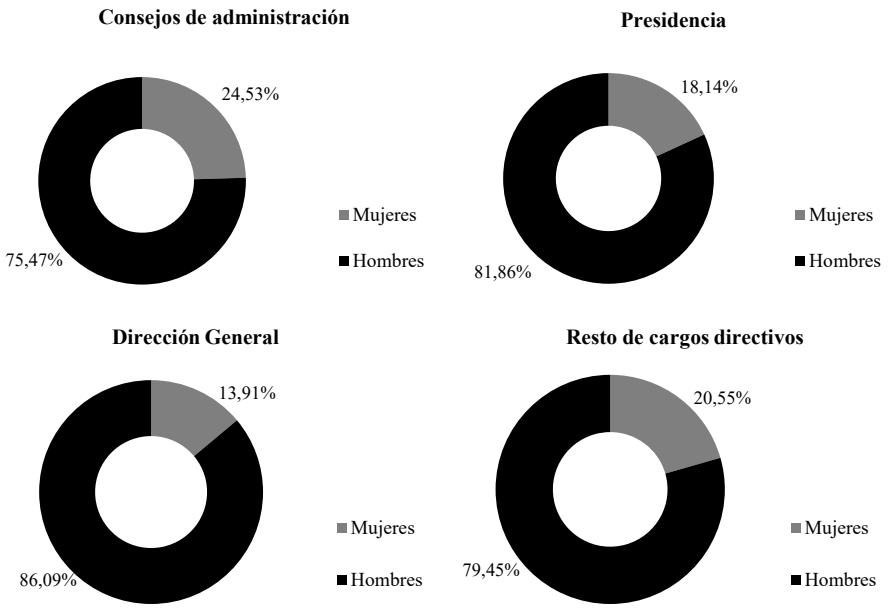
— Menor presencia de la mujer en puestos directivos y de liderazgo

Las mujeres siguen teniendo, a día de hoy, una menor representación en los puestos de más alta responsabilidad en comparación con los hombres.

Según un estudio realizado por la consultora Informa D&B "Presencia de las mujeres en la empresa española" (2021)[3], el 63% de las empresas españolas no cuenta con ninguna mujer en los puestos directivos, mientras que solo una de cuatro compañías alcanza el 40% de representación femenina que marca la Ley de Igualdad en sus Consejos de Administración.

De acuerdo con el citado estudio, las mujeres representan únicamente el 24,53 % de los Consejeros de Administración. Atendiendo al cargo, el 18,4% ocupa la presidencia, casi el 14% la Dirección General y el 20,55% otros cargos directivos (ver gráfico 4).

Gráfico 4: Participación de las mujeres en la empresa según el cargo en España, febrero 2021



Fuente: elaboración propia a partir del estudio realizado por la consultora Informa D&B (2021).

Como puede comprobarse de todos los datos expuestos hasta el momento, las mujeres sufren gran cantidad de desigualdades a lo largo de su trayectoria profesional. Los roles y estereotipos de género tradicionales siguen influyendo en la división de tareas en el hogar. El trabajo doméstico no remunerado es realizado en su mayor parte por mujeres, lo que las lleva a interrumpir reiteradamente sus carreras de cotización, viéndose obligadas a recurrir con más frecuencia al trabajo a tiempo parcial. Desde luego, todos estos factores contribuyen a la brecha de género en materia de pensiones.

[3] Disponible en: https://cdn.informa.es/sites/5c1a2fd74c7cb3612da076ea/content_entry5c5021510fa1c000c25b51f0/6040c6d29a9e3d1130d45fa8/files/mujeres2021.pdf?1614857938 (última consulta, 28 de junio de 2021).

3. BRECHA DE GÉNERO EN MATERIA DE PENSIONES

Tal y como se ha venido diciendo, la brecha pensional se considera una consecuencia directa de la posición de desventaja de la mujer en el mercado laboral.

En España, el sistema público de pensiones cuenta en su mayoría con pensiones contributivas (alrededor de 95% son de este tipo), aunque también existen las de carácter no contributivo, ya sea para completar la cuantía de las primeras hasta alcanzar el mínimo establecido o bien para garantizar un mínimo de renta a personas en riesgo de exclusión social que cumplan determinadas condiciones. Por tanto, son las pensiones contributivas las que se nutren de las diferencias originadas en el mercado de trabajo, de ahí que las siguientes líneas se centren en analizar estas últimas, y en especial, la pensión contributiva de jubilación, por cuanto que es la figura que presenta una relación de contributividad más directa de las del conjunto de prestaciones del sistema.

— Número de pensiones contributivas

A fin de detectar las posibles brechas de género que se producen en las pensiones contributivas de nuestro sistema de Seguridad Social, se procede a analizar, en primer lugar, el número de beneficiarios de tales pensiones en función del sexo.

De acuerdo con los datos consultados del INSS –a fecha de mayo de 2021– (ver tabla 1), el 52,14% de las mujeres son titulares de alguna pensión contributiva reconocida por nuestro Sistema de Seguridad Social. No obstante, más de la mitad de las mismas lo son de prestaciones derivadas de muerte y supervivencia (principalmente de pensiones de viudedad, donde las mujeres concentran casi el 91,88% del total de esta clase de pensiones).

De esta manera, en lo que respecta a la pensión de jubilación, que como ya se ha señalado es la figura que presenta una relación de contributividad más directa de las del conjunto de prestaciones del sistema, la presencia de la mujer es sensiblemente inferior, limitándose al 39,43% del total. Por lo tanto, la proporción de mujeres mayores españolas que perciben pensiones contributivas de jubilación es todavía pequeña en comparación con la de los hombres. Si atendemos al tipo de régimen, se comprueba que la presencia de la mujer es sensiblemente más baja en el caso de las pensiones derivadas del Régimen General (37,17%) que en el caso de las pensiones derivadas del Régimen de Autónomos (41,55%).

Estos datos dan cuenta de la principal brecha de género que presenta nuestro sistema de protección social, ya que la exclusión y las diferencias de participación en el mercado de trabajo que las mujeres han sufrido durante generaciones tiene hoy como consecuencia que la mayoría de ellas no generen derechos a una pensión contributiva de jubilación, accediendo solo a una pensión propia cuando pierden a su cónyuge o pareja, y ello sin obviar que las cuantías de las pensiones de viudedad son más reducidas que las de jubilación.

Tabla 1: Número de pensiones contributivas según el tipo de régimen y concepto en España, mayo 2021

Regímenes	NÚMERO DE PENSIONES			
	Jubilación			
	Total	Hombres	Mujeres	Brecha de género
General	4.431.663	2.784.454	1.647.196	37,17%
Autónomos	1.313.375	767.629	545.724	41,55%
Otros	403.374	172.032	231.341	57,35%
Total	**6.148.412**	**3.724.115**	**2.424.261**	**39,43%**
Regímenes	**Viudedad**			
	Total	**Hombres**	**Mujeres**	**Brecha de género**
General	1.738.490	138.636	1.599.847	92,02%
Autónomos	468.168	48.671	419.492	89,60%
Otros	147.957	3.798	144.156,00	97,43%
Total	**2.354.615**	**191.105**	**2.163.495**	**91,88%**
Regímenes	**Incapacidad permanente**			
	Total	**Hombres**	**Mujeres**	**Brecha de género**
General	719.469	430.125	289.343	67,27%
Autónomos	116.468	79.598	36.870	46,32%
Otros	111.973	88.451	23.522	21%
Total	**947.910**	**598.174**	**349.735**	**36,9%**
Regímenes	**Orfandad**			
	Total	**Hombres**	**Mujeres**	**Brecha de género**
General	258.643	136.690	121.951	47,15%
Autónomos	64.054	33.195	30.859	48,18%
Otros	19.149	10.060	9.087	47,45%
Total	**341.846**	**179.945**	**161.897**	**47,36%**
Regímenes	**Favor de familiares**			
	Total	**Hombres**	**Mujeres**	**Brecha de género**
General	30.924	10.281	20.643	66,75%
Autónomos	9.865	3.040	6.825	69,18%
Otros	2.543	694	1.849	72,7%
Total	**43.332**	**14.015**	**29.317**	**67,66%**
Regímenes	**Total pensiones**			
	Total	**Hombres**	**Mujeres**	**Brecha de género**
General	7.179.189	3.500.186	3.678.980	51,25%
Autónomos	1.971.930	932.133	1.039.770	52,73%
Otros	684.996	275.035	409.955	59,85%
Total	**9.836.115**	**4.707.354**	**5.128.705**	**52,14%**

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del INSS

— Importe medio de las pensiones contributivas

Igualmente, para detectar las posibles brechas de género que se producen en las pensiones contributivas, resulta fundamental analizar las cuantías medias percibidas por mujeres y hombres.

Según los datos consultados del INSS –a fecha de mayo de 2021– (ver tabla 2), la pensión media percibida por las mujeres (829,45 euros/mes) es inferior a la

percibida por los hombres (1253,38 euros/mes), es decir, la mujeres perciben casi un 34% menos que los hombres.

Únicamente en las pensiones de viudedad y en favor de familiares, que son las que ostentan las cuantías medias más reducidas (junto a la pensión de orfandad), las mujeres perciben un importe superior al de los hombres.

Centrando la atención en la pensión de jubilación, se mantiene también aquí el impacto que la brecha de género tiene sobre las cuantías medias: las mujeres perciben un 33,23% menos que los hombres. Los menores salarios y las carreras de cotización menos estables constituyen –muy probablemente– el origen de esta desigualdad.

Si analizamos la pensión de jubilación por regímenes, se da la peculiaridad de que la brecha de género es más alta entre las trabajadoras por cuenta ajena que cotizan en el Régimen General, donde las mujeres perciben un importe medio de 1062,54 euros/mes, que supone un 28,88% inferior a la de los hombres. La brecha se reduce hasta el 25,45% en el caso de las pensiones derivadas del Régimen de Autónomos, donde la pensión de las mujeres se sitúa en una cuantía media sensiblemente más baja (658,75 euros/mes).

Tabla 2: Importe medio de las pensiones contributivas según el tipo de régimen y concepto en España, mayo 2021

Regímenes	IMPORTE MEDIO			
	Jubilación			
	Total	Hombres	Mujeres	Brecha de género
General	1.333,60	1.493,95	1.062,54	-28,88%
Autónomos	792,08	886,88	658,75	-25,72%
Otros	6.997,79	7.198,18	5.146,82	-28,5%
Total	**1.187,80**	**1.366,88**	**912,70**	**-33,23%**
Regímenes	**Viudedad**			
	Total	**Hombres**	**Mujeres**	**Brecha de género**
General	787,20	565,91	806,38	42,49%
Autónomos	532,36	386,36	549,30	42,17%
Otros	3.775,53	3.499,25	3.841,50	9,78%
Total	**739,19**	**523,43**	**758,25**	**44,86%**
Regímenes	**Incapacidad permanente**			
	Total	**Hombres**	**Mujeres**	**Brecha de género**
General	1.013,80	1.067,93	933,34	-12,60%
Autónomos	756,22	784,86	694,38	-11,52%
Otros	5.298,79	5.475,75	4.874,01	-10,99%
Total	**993,83**	**1.047,25**	**902,45**	**-13,83%**
Regímenes	**Orfandad**			
	Total	**Hombres**	**Mujeres**	**Brecha de género**
General	427,94	429,48	426,22	-0,75%
Autónomos	345,48	343,51	347,60	1,19%
Otros	2.443,55	2.441,27	2.446,42	0,21%
Total	**416,49**	**417,50**	**415,37**	**-0,51%**

Regímenes	Favor de familiares			
	Total	Hombres	Mujeres	Brecha de género
General	625,47	598,23	639,04	6,82%
Autónomos	472,43	459,60	478,14	4,03%
Otros	3.775,53	3.499,25	3.841,50	9,78%
Total	**602,73**	**575,95**	**615,54**	**6,87%**
Regímenes	**Total pensiones**			
	Total	**Hombres**	**Mujeres**	**Brecha de género**
General	1.133,56	1360,64	917,51	-32,57%
Autónomos	712,20	831,29	605,43	-27,17%
Otros	5.654,07	6.631,39	4.222,36	-36,33%
Total	**1032,33**	**1253,38**	**829,45**	**-33,82%**

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del INSS

4. PRINCIPALES MEDIDAS ADOPTADAS EN NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL PARA REDUCIR LA BRECHA DE GÉNERO EN MATERIA DE PENSIONES. ESPECIAL REFERENCIA AL NUEVO COMPLEMENTO POR MATERNIDAD

De cara a combatir los efectos que las desigualdades en el mercado de trabajo producen sobre la protección social de las trabajadoras, desde el sistema de Seguridad Social se han adoptado distintas medidas, la última en febrero de 2021 con la modificación del artículo 60 de la LGSS, que adapta su previsión normativa al pronunciamiento del TJUE de 12 de diciembre de 2019 (Asunto C-450/18): el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social, en vigor desde enero de 2016, resulta contrario 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.

Pues bien, las páginas que siguen se dedican a analizar todas estas medidas, si bien dedicando una mayor atención, dada su reciente aprobación y relevancia, al nuevo complemento de maternidad, denominado "Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género".

4.1. Periodos reconocidos como cotizados

Teniendo en cuenta los efectos que la interrupción de la carrera profesional tiene sobre la mujer, determinados periodos vinculados a diversas situaciones familiares se han reconocido como periodos efectivamente cotizados. Pueden destacarse los siguientes[4]:

[4] Por falta de tiempo y espacio, no se incluyen las medidas adoptadas en materia de violencia de género. Sobre este tema puede consultarse 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*, núm. 11, 2017, pp. 15-24.

a) En los casos en los que la trabajadora no haya disfrutado del permiso de maternidad por el parto de alguno de sus hijos por no encontrarse en ese momento en situación de alta, el sistema de Seguridad Social computará, a efectos de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple (artículo 235 de la LGSS).

b) También se reconocen como efectivamente cotizados los periodos en los que se haya interrumpido la carrera de cotización como consecuencia del cuidado de un hijo o menor durante el tiempo que media entre los 9 meses anteriores al nacimiento (3 meses en caso de adopción o acogimiento permanente) y la finalización del sexto año posterior a esa situación. Durante este lapso de tiempo, el sistema de Seguridad Social dará por cotizados los periodos de interrupción de la actividad profesional de la madre o el padre, con independencia de la causa de la extinción de la relación laboral previa. Los periodos de interrupción pueden darse de forma continuada o discontinúa durante dicho lapso de tiempo. El periodo reconocido como cotizado será como máximo de hasta 270 días por cada hijo o menor adoptado o acogido, con un máximo de 5 años (artículo 236 de la LGSS).

   La finalidad de esta medida es clara: compensar las lagunas de cotización en las carreras de seguro de las mujeres derivadas de las interrupciones de su vida laboral, dado que son ellas quienes asumen, mayoritariamente, las labores de cuidado del hogar y de personas dependientes. No obstante, si se quiere conseguir una igualdad real entre hombres y mujeres, se hace necesario, junto a la existencia de este tipo de medidas de acción positiva, que compensan el desequilibrio inicial de las mujeres, seguir profundizando en el objetivo de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres.

c) Igualmente, se reconoce como periodo de cotización efectiva, a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, los períodos de hasta 3 años de excedencia en razón del cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción (artículo 237.1 de la LGSS); y del primer año de los dos de excedencia previstos para el cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida (artículo 237.2 de la LGSS).

Si bien esta medida debe valorarse positivamente, lo cierto es que la misma tiene un alcance bastante limitado, pues debe tenerse presente que, en muchos casos, la reducción de jornada excederá de los dos años en el supuesto de cuidado de menores o de un año en caso de otros familiares. La limitación temporal de la medida implica que se van a paliar de manera muy parcial las consecuencias negativas que sobre el derecho a una pensión futura derivan de la decisión –en mayor medida, femenina– de reducir la jornada laboral para atender a responsabilidades familiares.

d) Para finalizar, en los casos de reducción de reducción de jornada por razón del cuidado de un hijo o menor acogido se reconoce como cotizada la totalidad de la jornada, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, durante los dos primeros años si es para el cuidado de menores de 12 años; o durante el primer año si es para atender a otros familiares hasta el segundo grado o discapacitados (artículo 237.3, párrafo primero, de la LGSS).

4.2. Complementos para pensiones inferiores a la mínima

De acuerdo con el artículo 59.1 de la LGSS, los beneficiarios de pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social que no perciban ingresos o rentas de ningún tipo o que, percibiéndolos, no superen la cuantía que anualmente fija la LPGE, tendrán derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones, siempre que residan en territorio español, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen.

Con todo, estos complementos no pueden superar la cuantía máxima establecida para la jubilación/invalidez no contributiva, que en 2021 es de 5.638,09 euros al año o 402,72 euros al mes.

Ciertamente, los complementos a mínimos dan cuenta de la mayor o menor situación de necesidad en la que se encuentran las personas que son titulares de una pensión de este tipo, que en su gran mayoría son mujeres, pues son las que de forma mayoritaria acceden a pensiones de inferior cuantía.

Los datos consultados del INSS confirman que del total de pensionistas en cuantías mínimas (2.263.354 millones, en mayo de 2021), el 65.79% son mujeres. Frente a los 774.264 pensionistas hombres que tienen reconocido complemento a mínimos, las mujeres lo tienen en 1.489.070 casos, casi el doble.

En definitiva, las mujeres son beneficiarias en mayor medida de los complementos a mínimos por no tener acceso a la pensión mínima, pero lo cierto

es que, en la práctica, estos complementos están absolutamente limitados, lo que le confiere un rango asistencial[5].

4.3. Protección del trabajo a tiempo parcial: coeficiente de parcialidad y coeficiente global de parcialidad

A raíz de la sentencia del TJUE, de 22 de noviembre de 2012 (Asunto C-385/11), que declaró discriminatoria y contraria a la Directiva 1979/7/CEE la normativa española por la que se "*exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un periodo de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada*" y de la posterior sentencia del TC núm. 61/2013, de 14 de marzo, que declaró discriminatoria la fórmula utilizada por nuestro legislador en el cómputo de los periodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial, por cuanto que lesionaba el derecho a la igualdad a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, se aprobó la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, que introdujo, entre otros aspectos, la aplicación del denominado coeficiente de parcialidad y coeficiente global de parcialidad (artículo 247 de la LGSS) dirigida a garantizar el principio de igualdad de las personas trabajadoras, tanto a tiempo parcial como a tiempo completo para impedir la producción de efectos desproporcionados entre las cotizaciones realmente efectuadas y la cuantía de la prestación.

No obstante lo anterior, y en línea con la sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2019 (Asunto C-161/18), nuestro TC, en su sentencia núm. 91/2019, de 3 de julio, vino a declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la norma reguladora de la cuantía de la pensión de jubilación para los trabajadores a tiempo parcial, en concreto, la aplicación del referido "coeficiente de parcialidad", por vulnerar el principio de igualdad y constituir una discriminación indirecta por razón de sexo, lesionando el artículo 14 de la Carta Magna.

La principal razón por la que el Tribunal consideró que la aplicación del "coeficiente de parcialidad" no se adecúa al principio de igualdad es la siguiente: la cuantía de la pensión de jubilación se determina en función de dos factores: la base reguladora y el periodo de cotización (que sirve para fijar el porcentaje sobre la base reguladora, con lo que se obtiene el importe a cobrar). Si bien la base reguladora salvaguarda el principio de proporcionalidad entre ambos tipos de trabajadores, a tiempo completo y a tiempo parcial, no ocurre lo mismo con el cálculo del período de cotización. De forma tal que a los trabajadores a tiempo completo se les computa el tiempo cotizado por años y meses de cotización, sin practicar sobre ese periodo ninguna fórmula reductora; mientras que a los trabajadores a tiempo parcial se les aplica un coeficiente reductor sobre el tiempo cotizado –coeficiente de parcialidad–

[5] *Vid*., a tal efecto, VICENTE PALACIO, A., "Los complementos de pensiones y la pensión mínima de Seguridad Social", *Revista General del Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 29-30, 2012.

, a cuyo resultado se le aplica un coeficiente corrector del 1,5. De esta modo, "*el tiempo de cotización para un trabajador a tiempo parcial no se corresponderá con el que de manera natural deriva de los meses y años materialmente cotizados por él durante el tiempo de sus contratos, a diferencia de lo que sí sucede con los trabajadores a tiempo completo"*. Solo si el porcentaje de parcialidad global alcanza o supera el 67% podrá, tras la aplicación de la regla reductora mencionada obtener el trabajador a tiempo parcial, el 100% de la base reguladora; si el porcentaje de parcialidad no alcanza el 67%, aun aplicando el coeficiente multiplicador de 1,5, el porcentaje aplicable quedaría por debajo del que correspondería a los trabajadores a tiempo completo. De ello se deriva, más allá de una diferencia de trato en la fijación del periodo de cotización, que tal método *"castiga, sobre todo, a los trabajadores con menos porcentaje de parcialidad a lo largo de su vida laboral, esto es, a quienes conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo*".

Con lo cual, a día de hoy, en la fórmula de determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial ya no se aplica el "coeficiente de parcialidad", es decir, se calculan conforme al porcentaje que resulte según establece la regla general, asimilando así ese tiempo al período de alta del trabajador.

4.4. El nuevo complemento por maternidad: "Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género"

4.4.1. Antecedentes: la creación del complemento por maternidad y su inadecuación al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo

Mediante la disposición final segunda de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, se reconoció por primera vez el denominado "complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social", que se incorporó a la LGSS 1994 en su artículo 50 bis –actual artículo 60 de la LGSS 2015–, para las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente causadas a partir de 1 de enero de 2016.

Dicho complemento trataba de compensar a las madres beneficiarias de alguna de las pensiones del nivel contributivo de la Seguridad social por su contribución a la natalidad y, con ello, al sostenimiento del sistema de la Seguridad Social. Su cuantía ascendía al 5, 10 o 15% del importe inicial de la pensión, según que la beneficiaria hubiese tenido dos, tres o cuatro o más hijos, respectivamente.

Desde sus inicios, la aplicación del complemento por maternidad suscitó problemas. Su inadecuación al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, proclamado en el artículo 14 de la Constitución Española, fue objeto de cuestionamiento en sede judicial a raíz del planteamiento de la cuestión prejudicial de la que trae causa la sentencia del TJUE, de 12 de diciembre de 2019 (asunto

C-450/18)[6]: *"¿Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el art. 157 [TFUE] y en la Directiva [76/207] y en la Directiva [2002/73] que modifica a aquella, refundida por [la] Directiva [2006/54], una Ley nacional (en concreto el art. 60.1 de la [LGSS]) que reconoce la titularidad del derecho a un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente y no se concede, por el contrario, dicha titularidad a los hombres en idéntica situación?"*

La respuesta del TJUE fue bastante contundente: "*en cuanto que el objetivo perseguido por el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, a saber, recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, procede señalar que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres*", y que, "*por consiguiente, la aportación demográfica a la Seguridad Social no puede 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 controvertido*". Ello sin obviar que la naturaleza dual del complemento incluye un objetivo prioritario: *"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*".

Consecuentemente, el TJUE reconoció la aplicación de medidas de acción positiva para favorecer la posición de desventaja de las mujeres en el ámbito laboral, pero no admitió el carácter de acción positiva válida a la medida contemplada en el artículo 60 de la LGSS porque este reconocido derecho no supeditaba la concesión del "*complemento de pensión a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a tal motivo, 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*", lo que le sirvió para declarar discriminatorio dicho complemento por carecer de reconocimiento a los hombres que se encontraran en una situación idéntica.

[6] Un análisis exhaustivo de esta sentencia puede consultarse en MONEREO PÉREZ, J.L. y GUINDO MORALES, S., "El principio de igualdad en el complemento de maternidad en las pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social. (El complemento de maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social concedido por España a las madres beneficiarias de una pensión que tengan dos o más hijos, debe reconocerse también a los padres que se encuentren en una situación idéntica, en virtud de la jurisprudencia del TJUE)", *La Ley Unión Europea*, núm. 85, 2020. También en 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)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 22, 2020.

4.4.2. El nuevo artículo 60 de la LGSS: la reforma introducida por 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 económico

A raíz de que el TJUE, en su sentencia de 19 de diciembre de 2019, pusiera de manifiesto la defectuosa configuración legal del complemento por maternidad, el legislador, aunque con cierto retraso, ha procedido a reformar el artículo 60 de la LGSS a través del Real Decreto Ley 3/2021 de 2 de febrero, en cuya exposición de motivos se establece que "*la necesidad de proceder a su redefinición ofrece la oportunidad de convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones".*

Con una nueva denominación, el "Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género" se dirige a mejorar la cuantía de las pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente de las mujeres y los hombres que hayan tenido uno o más hijos.

Así pues, dando cumplimiento al pronunciamiento del TJUE, el nuevo complemento se reconoce tanto a las mujeres como a los hombres que reúnan los requisitos exigibles. En el caso de las mujeres que hayan tenido uno o más hijos y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad, tendrán derecho a un complemento por cada hijo, siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor, y si este otro fuera también mujer, se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía. El reconocimiento del complemento a los hombres se sustenta sobre el cumplimiento de uno de los siguientes requisitos: 1) causar pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad; o 2) 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, cumpliendo una serie de condiciones fijadas en el artículo 60.1 b) de la LGSS.

Desaparece el requisito específico de la aportación demográfica y con ello la idea de que el complemento sea un sucedáneo del viejo "premio a la natalidad a las mujeres". Téngase en cuenta que el anterior complemento se reconocía únicamente desde el nacimiento, adopción o acogimiento a partir del segundo y siguientes hijos, excluyendo de forma muy discutible que un solo hijo no constituyera aportación demográfica.

El importe del complemento será igual para todas las personas beneficiarias en función no del porcentaje de la prestación sino del número de hijos. Estará limitado a cuatro veces el importe mensual fijado por hijo con sujeción a determinadas reglas, como el reconocimiento en 14 mensualidades y la compatibilidad con el complemento a mínimos.

Desde luego, la nueva redacción del artículo 60 de la LGSS combina la acción positiva a favor de las mujeres con la previsión de una "vía abierta" para aquellos

hombres que puedan acreditar el perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo, indicando expresamente que "*si ninguno de los progenitores acreditara perjuicio en la cotización, el "complemento, lo percibe la mujer*". Por tanto lo que persigue el nuevo artículo 60 de la LGSS, tal y como expresa la exposición de motivos del Real Decreto Ley 3/2021 de 2 de febrero, es *"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".*

5. CONCLUSIONES

Tras la realización del presente trabajo se destacan las siguientes conclusiones:

— Es una realidad: a día hoy, las mujeres siguen experimentando gran cantidad de desigualdades a lo largo de su trayectoria profesional (menor participación en el mercado de trabajo, mayor representación en el empleo a tiempo parcial, carreras de cotización más discontinuas, brecha salarial, etc.), lo que pone de relieve que el modelo tradicional, basado en el clásico reparto de roles entre el hombre, como trabajador y sustentador económico de la unidad familiar, y la mujer, como responsable del trabajo doméstico no remunerado y del cuidado de personas dependientes, aún no se ha superado en su totalidad, pese al proceso de incorporación generalizada de la mujer en el mundo laboral.

— Lejos de desaparecer o atenuarse cuando se produce el retiro de la vida laboral activa, estas desigualdades no solo se mantienen sino que se acentúan, dada la propia configuración de nuestro sistema de Seguridad Social, pues, basado en el principio de contributividad, se sustenta sobre ese modelo tradicional y masculinizado de relaciones laborales, en el que priman las carreras de cotización estables a la hora de reconocer el derecho a las prestaciones y de determinar la cuantía de estas.

— Así pues, la brecha de género que las mujeres trabajadoras arrastran a lo largo de su vida laboral repercute negativamente tanto sobre el acceso al sistema pensiones, como sobre las cuantías de las mismas. Téngase en cuenta que, a fecha de mayo de 2021, la pensión media percibida por las mujeres (829,45 euros/mes) es un 34% inferior a la que perciben los hombres (1253,38 euros/mes). Únicamente en las pensiones de viudedad y en favor de familiares, que son las que

ostentan las cuantías medias más reducidas, las mujeres perciben un importe superior al de los hombres.

— Si bien se aprecia una evolución positiva en los últimos años como consecuencia del efecto de las distintas medidas que se han impulsado desde el sistema de Seguridad Social, aún resulta insuficiente para eliminar de manera definitiva la brecha pensional.

— De ahí que se precisen de nuevas medidas legislativas adaptadas a las legítimas demandas de igualdad que reclama la sociedad, al tiempo de seguir profundizando en las medidas ya implementadas que permiten reducir el impacto de la brecha por razón de sexo: reconocimiento de periodos cotizados, complementos a mínimos, etc.

— Igualmente se requiere mejorar la calidad de los servicios públicos, pues, desde mi humilde opinión, constituye la pieza clave para elevar las tasas de empleo femenino digno y, en consecuencia, el percibo, a su término, de una pensión de jubilación en términos equiparables a la que perciben los hombres. De no se así, es decir, de no crearse las instituciones correspondientes (y con ello, el empleo de calidad) que permitan al individuo (y, especialmente, al género femenino) desarrollarse tanto en el ámbito personal y familiar como laboral, el sistema de Seguridad Social dejará de ser un mecanismo protector para ser un instrumento de castigo social.

— En definitiva, las desigualdades persistentes en materia de pensiones solo desaparecerán si se alcanza la equidad plena y efectiva entre hombres y mujeres en su participación en el mercado de trabajo, además de una regulación apropiada del sistema de protección social que promueva la igualdad, siendo especialmente relevante, en este sentido, acreditar de forma adecuada los periodos dedicados al cuidado familiar y la lucha contra la brecha salarial existente en nuestro mercado laboral.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INFORMA D&B, "Presencia de las mujeres en la empresa española", 2021. Disponible en: https://cdn.informa.es/sites/5c1a2fd74c7cb3612da076ea/content_entry5c5021510fa1c000c25b51f0/6040c6d29a9e3d1130d45fa8/files/mujeres2021.pdf?1614857938 (última consulta, 28 de junio de 2021).

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

MONEREO PÉREZ, J.L. y GUINDO MORALES, S., "El principio de igualdad en el complemento de maternidad en las pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social. (El complemento de maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social concedido por España a las madres beneficiarias de una pensión que tengan dos o más hijos, debe reconocerse también a los padres que se encuentren en una situación idéntica, en virtud de la jurisprudencia del TJUE)", *La Ley Unión Europea*, núm. 85, 2020.

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)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 22, 2020, pp. 13-24.

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*, núm. 11, 2017, pp. 15-24.

VELA DÍAZ, R., "Capítulo XXXI. El impacto de las desigualdades de género sobre el sistema de protección social: la brecha pensional en el acceso a las prestaciones de jubilación," en VV.AA., *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible, Tomo I, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Ediciones Laborum, 2019.

VICENTE PALACIO, A., "Los complementos de pensiones y la pensión mínima de Seguridad Social", *Revista General del Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 29-30, 2012.

Capítulo VI.

LA PERSISTENTE INSUFICIENCIA DE AMPARO DE LAS ENTIDADES COLABORADORAS FRENTE AL AUTÓNOMO ADHERIDO

CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO
Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Acreditado contratado doctor
Universidad de Almería

1. Introducción. 2. Las mutuas y las medidas paliativas al desempleo. 3. La complejidad del acceso a la prestación por cese de actividad. 3.1. Análisis los requisitos establecidos en el rd.1541/2011 de 31 de octubre. 4. Incumplimiento de normativa en la gestión por cese de actividad de los trabajadores autónomos. 4.1. La creación de un derecho sustantivo y protector "ex novo". 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las prestaciones económicas más controvertidas que gestionan las Mutuas Colaboras con la Seguridad Social y que ha generado cierto margen de excepticismo es la Prestación por cese de actividad de los autónomos adheridos. Durante la primera década del siglo XXI, la asunción de la cobertura de este colectivo adherido a las Mutuas, no incluía la posibilidad de cobrar una prestación de esta naturaleza. Tras las nuevas reformas, se dio la opción voluntaria de percibir una ayuda por desempleo a todos aquellos trabajadores por cuenta propia que cumplieran con una serie de requisitos fácilmente demostrables a priori, como haber cotizado por las contingencias profesionales y evidenciar cierto nivel de pérdidas económicas.

La participación eficiente de las entidades privadas en la gestión de prestaciones[1] es reflejo de un Sistema de Seguridad Social basado en una solidaridad estatalmente organizada y con una manifiesta influencia del solidarismo jurídico-social "(muy propio de la IIIª República francesa)[2]". Este rasgo, ha sido algo

[1] Estas siguen siendo públicas mediante la fórmula de la colaboración de Mutuas

[2] Más ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L. y CALVO GONZÁLEZ, J.: "La Teoría Jurídica de León Duguit", estudio preliminar a DUGUIT, L.: Manual de Derecho Constitucional, Granada, Ed.Comares, 2005, págs. 13-50

específico del sistema español de gestión de los riesgos profesionales, pero en el caso de esta prestación (que podría haber beneficiado a cifras cercanas a los dos millones de autónomos afiliados a la Seguridad Social), ha habido excepciones a su concesión derivadas de una serie de dificultades posiblemente político-legislativas, institucionales o sociales.

Añadido a este problema y a pesar de nuevas reformas, esta desconfianza es creciente, pues actualmente un 20% de este colectivo refleja suscrito para beneficiarse de la ayuda por desempleo, una atribución con un importe muy bajo al tener una cotización muy reducida.

Para poder analizar este fenómeno, y los agentes que lo desencadenan, se hace necesario considerar en qué consiste esta prestación y entrar a conocer si la dificultad de su gestión es atribuible al legislador o a la propia Mutua.

2. LAS MUTUAS Y LAS MEDIDAS PALIATIVAS AL DESEMPLEO

Como alternativa a los mecanismos de desempleo establecidos a favor de los trabajadores por cuenta ajena, la Ley 32/2010 de 5 de agosto, estableció un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, si bien ligando el acceso al mismo a que los beneficiarios hubiesen dado cobertura previa a las contingencias profesionales.

Tras algo más de tres años de vigencia del sistema de cobertura por cese de actividad, nos encontrábamos con un sistema que no acababa de despegar, pudiendo afirmarse que las expectativas que generó "se vieron defraudadas"[3]. Los motivos de este fracaso que se mantienen hasta la actualidad, se sitúan en tres aspectos:

1.º La rigidez en el acceso a la prestación.

2.º La dificultad de cumplir los requisitos que condicionaban el acceso a los correspondientes beneficios, en especial en lo que se refiere a la acreditación de la situación de cese de actividad.

3.º Los grandes costes que el sistema implicaba para los beneficiarios.

Por esta razón, la Ley 35/2014 pretendió salir al paso de tales deficiencias con el objetivo, según se establecía en su preámbulo, de suavizar los requisitos y las formalidades de acceso a la protección y posibilitar la extensión de nuevos beneficiarios al mismo, aunque manteniendo el carácter voluntario de dicha cobertura, sin perjuicio de decisiones posteriores[4]. Este ámbito de protección, alcanza como se señaló al principio a los trabajadores autónomos comprendidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA),

[3] LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de las Mutuas*. Bomarzo. Albacete, 2015, pág. 16.

[4] Vid. PANIZO ROBLES, J.A. La reforma del régimen jurídico de las Mutuas colaboradoras de la seguridad social y de la regulación de la cobertura de la prestación por cese de actividad. Un breve análisis con ocasión de la Ley 35/2014 de 26 de diciembre CEF Laboral social. Diciembre 2014 p. 11, vid. http://www.laboral-social.com/files-laboral/PANIZOMUTUAS.pdf

incluyendo a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios y a los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE), o bien ser Trabajador por Cuenta Propia o armador asimilado[5] incluido en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar. La Ley 32/2010, de 5 de agosto estableció un sistema específico de protección para los trabajadores por cuenta propia[6] que, pudiendo y queriendo ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo, hubieren cesado en esa actividad[7]. Esta situación que actualmente sigue comprendiendo el abono de una prestación económica mensual por cese de actividad y la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, podría llevar a confusiones terminológicas con la idea del retiro, pues "el asegurado cesa efectivamente en su actividad"[8], pero a diferencia del primero, éste se concede cuando el trabajador llega al final de su vida laboral. Las medidas se aplicaron con el fin de flexibilizar los requisitos de acceso a la prestación y ampliar los beneficiarios. La Ley 35/2014[9] de 26 de diciembre (BOE del 29) estableció la voluntariedad de la cobertura del cese de actividad para los trabajadores por cuenta propia o autónomos a partir del 1 de enero de 2015.

Dicha opción, deberá formalizarse con la Mutua Colaboradora de la Seguridad Social con la que el trabajador autónomo haya formalizado el documento de adhesión para la cobertura de las contingencias comunes en el momento de causar alta en este Régimen Especial y sus efectos coincidirán con los de dicha alta. La renuncia o cobertura del riesgo que no se formalice con el alta, deberá efectuarse antes del 1 de octubre de cada año y surtirá efectos a partir del 1 de enero del año siguiente[10]. Si el trabajador adherido opta por la cobertura, la Mutua gestionará dichos servicios derivados de la prestación económica por cese de actividad y procederá al reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de estas prestaciones, así como su dotación.

---

[5] El Real Decreto 1541/2011, por un lado, amplia el ámbito subjetivo con los armadores de embarcaciones que, independientemente de su condición de empresarios de dicha embarcación, prestan servicio a bordo de la misma como el resto de la tripulación, enrolados como un tripulante más y percibiendo una parte del Monte Menor, si la retribución es a la parte, o un salario, como el resto de los tripulantes (disp. adic. sexta) y, por otro, y en este caso con entrada en vigor diferida a 1 de enero de 2012, desarrolladas las condiciones y supuestos específicos por los que se rige esta prestación para los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios (disp. adic. quinta).

[6] Desarrollada por RD 1541/2011, de 31 de octubre.

[7] Cfr. MALDONADO MOLINA , J.A, *."Gestión y control de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social para representantes sindicales. Escuela Julián Besteiro. UGT 2015"*.

[8] DURAND, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de trabajo y *Seguridad Social*,. 1991, p. 265.

[9] Vid. CABERO MORÁN, E.: "La Ley 35/2014 y sus Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social", Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núms. 2 y 3, 2015

[10] Más ampliamente vid. MARTÍNEZ MATEO C.J. "La interacción del ordenamiento jurídico sobre la identidad y función de las mutuas colaboradoras". Ed. Laborum. ISBN: 978-84-17789-38-1. P.169

3. LA COMPLEJIDAD DEL ACCESO A LA PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD

Actualmente, las primeras dificultades que tienen los autónomos para poder acogerse a la prestación por cese de actividad, dentro del ámbito de la Seguridad Social, están insertas en la propia normativa.

3.1. Análisis los requisitos establecidos en el RD.1541/2011 de 31 de Octubre

Para resolver esta problemática se hace necesario someter a análisis los requisitos establecidos en el RD.1541/2011 de 31 de octubre[11] para el trabajador autónomo comprendido en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA)[12]:

1º- "Estar afiliado y en situación de alta en la Seguridad Social, tener cubiertas las contingencias profesionales y estar al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social".

La cuota de autónomos es uno de principales obstáculos del colectivo para acceder a la prestación. No todos los trabajadores pueden abonar la cuota mensual a la Seguridad Social, (en el caso de que se opte solo por contingencias comunes), sin importar el volumen de ingresos. Como requisito de acceso a la prestación, la norma debería bajar considerablemente estas cotizaciones por igual a todos los trabajadores con el objeto también de facilitar la contratación y, de esta manera, el crecimiento y la competitividad empresarial". Esta reducción de las cotizaciones sería "tanto por Contingencias Profesionales, como por Contingencias Comunes". Otras asociaciones también han reclamado la cotización según el volumen de ingresos del autónomo.

2º- "Contar con un período mínimo de cotización por cese de actividad de doce meses continuados e inmediatamente anteriores al cese, siendo computable el mes en que se produzca el hecho causante del cese de actividad".

Este precepto, ofrece para el trabajador una garantía a medias, pues cotizar por cese de actividad aumenta la cuota de autónomo pero por otro, no asegura al cien por cien al trabajador que, una vez cerrado su negocio disponga de esa prestación, por la gran cantidad de documentación que debe presentar, la propuesta de lege ferenda se basaría en la equiparación de las prestaciones por desempleo para todos los autónomos con los trabajadores por cuenta ajena en tiempo, cantidades y condiciones administrativas". Esto podría provocar un cambio, así como una mayor

[11] Vid. Capítulo I (Arts. 1-10) del Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

[12] Quedan comprendidos en esta categoría incluidos los trabajadores del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios (SETA), que inicien la cotización por cese de actividad a partir del 1 de enero de 2012 y a los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE), o bien ser Trabajador por Cuenta Propia o armador asimilado incluido en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

flexibilidad por parte de las Mutuas colaboradoras, que son quienes gestionan la concesión de esta prestación, hasta ahora entregada solo al 20% de los autónomos que la solicitan.

3º- "Que el cese en la actividad desarrollada por el trabajador se deba a motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos, causas de fuerza mayor, pérdida de licencia administrativa, violencia de género, divorcio o acuerdo de separación matrimonial y sea debidamente justificado".

La mayoría de las solicitudes de cese de actividad son rechazadas, es decir, de 1.381 solicitudes cursadas, 1.027, el 70% no consigue acreditar correctamente" la caída de los ingresos o el descenso de la actividad. Esto se debe a que los autónomos que se encuentran en el régimen fiscal de los módulos, están obligados a ingresar a Hacienda la cantidad correspondiente a factores de valoración que, en teoría, definen su capacidad económica y de ingresos. Por ejemplo, la extensión del local o el número de trabajadores.

4º- "Suscribir el compromiso de actividad para el mantenimiento de la prestación a fin de realizar las actividades formativas, de orientación profesional y de promoción de la actividad emprendedora a las que pueda convocarle el Servicio Público de Empleo correspondiente así como a efectos de cumplir las obligaciones de los artículos 17.1 g) y h) de la Ley 32/2010, de 5 de agosto".

El problema que genera el compromiso de este requisito a la hora de pedir esta prestación, tiene una dificultad de carácter administrativo, que se debería resolver en otras ramas del derecho positivo, pues el solicitante, en la mayor parte de los casos lo suscribe sin darse cuenta, al firmar el impreso de una solicitud de prestaciones y no leer la letra pequeña que figura al dorso. Es con dicho acto, cuando acepta el llamado "compromiso de actividad", que le obliga a cumplir con los requisitos establecidos en la ley. Por ello, desde el momento de la solicitud, el trabajador puede incurrir por ignorancia en una infracción leve establecida en el ART. 24 la LISOS[13]: "No comparecer, previo requerimiento, ante los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación. El requerimiento se puede hacer por carta, sms, mail o llamada telefónica".

5º- "No haber alcanzado la edad ordinaria de jubilación, salvo que no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello".

Este requisito no ofrece dificultades, pero la realidad de las cifras está demostrando que la mayor parte de los autónomos prefiere ahorrarse esta cotización. Por un lado, por la escasa protección que brinda, con pocos meses de cobertura y, sobre todo, por las dificultades que tiene el proceso de demostrar el cese involuntario de actividad.

6º- "Que no concurra ninguna de las incompatibilidades previstas en la Ley 32/2010, de 5 de agosto".

[13] Letra a) del número 3 del artículo 24 redactada por el número dos del artículo 8 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social («B.O.E.» 1 marzo).

Se hace necesario que para el acceso a estos derechos se cumplan los requisitos impuestos por el derecho positivo, evitando criterios arbitrales.

4. INCUMPLIMIENTO DE NORMATIVA EN LA GESTIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

La actual crisis pandémico-económica ha originado una falta de eficacia o insuficiencia de amparo de las Mutuas en la gestión de determinadas prestaciones. Este factor ha quedado enmarcado como una de las causas que han desencadenado la pérdida de confianza del trabajador autónomo a la hora de solicitar las prestaciones por cese de actividad. Esta aparente falta de compromiso, encontró su respuesta normativa en la LISOS en su art. 28.2[14], tipificando como infracción grave no atender a las solicitudes de cobertura de la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos con los que tengan formalizada la cobertura por contingencias profesionales.

En el presente contexto económico-social, por seguridad jurídica, las Mutuas encuentran limitaciones, y sufren de un intervencionismo estatal que permite que su naturaleza asociativa no sea tal en términos absolutos. Ello podría traducirse en unas garantías indirectas pero muy eficaces para el trabajador adherido a la entidad colaboradora, por ello, hay pues cinco puntos en el precepto del 28.2 de la LISOS que refuerzan esta teoría que, desde hace más de un lustro, ya empezaron a sostener con la anterior LGSS y LISOS, SEMPERE NAVARRO, Y ARIETA MARTÍNEZ. Dentro de las labores que la LISOS concede a la Mutua[15], están las contempladas en el marco normativo de las funciones y servicios derivados de la gestión de la prestación económica por cese de actividad de los trabajadores autónomos[16]. La Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tiene por objeto, desde un punto de vista sancionador, controlar la actuación de las Mutuas en este marco, contribuyendo a regular el sistema específico de protección para los trabajadores autónomos y TRADES que, ejercen actividades económicas o profesionales a título lucrativo.

[14] Número 2 del artículo 28 redactado por el apartado cinco de la disposición final segunda de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos («B.O.E.» 6 agosto).

[15] El art.22.5 LISOS en la redacción dada por la Disposición final segunda que modifica el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, formaliza la protección por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en su caso, de la incapacidad temporal del personal a su servicio, así como de los trabajadores autónomos la protección por cese de actividad en entidad distinta de la que legalmente corresponda.

[16] Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

4.1. La creación de un Derecho sustantivo y protector "ex novo"

Para tener una visión global de este ámbito de protección del art. 28.9 de la LISOS[17], se hace necesario delimitar primero en qué es y en qué consiste el objeto de protección del bien. Los pilares principales del sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, fueron implantados con la derogada Ley 32/2010, de 5 de agosto[18], creando precísamente un derecho sustantivo "ex novo". A tal fin, los destinatarios[19] de esta protección, comezaron a gozar de una prestación económica que gestiona la Mutua. Ésta, comprende los siguientes derechos:

1.º El abono de una prestación económica mensual por cese de actividad.

2.º La cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes.

3.º Programas formativos y de inserción laboral para facilitar la reincorporación del autónomo al mercado de trabajo.

Dentro del catálogo de infracciones que puede cometer la Mutua a la hora de conceder estas prestaciones, el art. 28.9 LISOS, tipifica una sola acción omisiva que puede dar lugar a otras cuatro nuevas faltas graves. Tales son consistentes en una inobservancia por parte de la Mutua, de la normativa relativa al reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación derivada de la gestión de la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos[20]. Estas infracciones atentan contra la protección Cese de Actividad de los Trabajadores Autónomos (en adelante protección CATA), la cual tiene por objeto proteger al trabajador autónomo que, por motivos ajenos a su voluntad, cesa totalmente en su actividad laboral de forma temporal o definitiva[21]. El gran paso adelante facilitado por la LISOS para ofrecer una mayor eficacia protectora, supone un avance en el proyecto de lograr la equidad en el nivel de protección dispensado al trabajador por cuenta ajena. Por esta razón, la presente norma se ha adaptado a estas nuevas necesidades tipificando el citado cuarteto de acciones:

---

17 Más ampliamente vid. MARTÍNEZ MATEO C.J. Op.cit. P.175

18 Ley 32/2010, derogada por la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGSS. En la actualidad la protección por cese de actividad, se encuentra recogida en el título V de la LGSS 2015.

19 Según el ámbito objetivo de protección del Art.2.1 de la Ley 32/2010 son, aquellos sujetos que voluntariamente hayan optado por cotizar para esta contingencia, y están comprendidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA), los trabajadores del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios (SETA), que inicien la cotización por cese de actividad a partir del 1 de enero de 2012 y a los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE), o bien los trabajadores por Cuenta Propia o armador asimilado incluido en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

20 El número 9 del artículo 28 fue introducido por el apartado seis de la disposición final segunda de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos («B.O.E.» 6 agosto).

21 MARTÍNEZ MATEO C.J. Op.cit. P.176

1.º Inobservancia por parte de la Mutua, de la normativa relativa al reconocimiento por cese de actividad.

2.º No aplicar lo dispuesto sobre las causas de suspensión del derecho a la protección por cese de actividad.

3.º Vulnerar las condiciones de extinción del derecho a la protección por cese de actividad.

4.º Infracción de la normativa relativa a la reanudación por cese de actividad.

Tomando como muestra esta primera acción de entre las demás por su lesividad, esta "inobservancia por parte de la Mutua, de la normativa relativa al reconocimiento por cese de actividad", es una de las soluciones diseñadas de mayor acierto y con la que el legislador pretende acabar con ese factor de desconfianza que ayuda a desincentivar aún más a los autónomos para cotizar por cese de actividad, es decir la dificultad para cobrar esta prestación. La LISOS pues, sanciona la inobservancia por parte de la Mutua de la normativa relativa al reconocimiento dentro de su marco de obligaciones. En este sentido, como entidad gestora, el Ordenamineto la insta al deber de comprobar de manera objetiva, si en cada solicitud formulada por el autónomo, se cumple el principal requisito[22] necesario para la concesión de la prestación al beneficiario, es decir, la situación legal de cese de actividad.

La acción omisiva del art.28.9 LISOS conlleva automáticamente también dos conductas:

1.º No valorar cada una de las situaciones de cese en la actividad para estos trabajadores por cuenta propia que se establecen en el RD 1541/2011[23].

[22] Sin duda, éste está claramente entresacado del requisito de encontrarse en situación legal de desempleo previsto y desarrollado para trabajadores por cuenta ajena, en esta línea, véase el art. 208 de la LGSS.

[23] El Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, amplía considerablemente el catálogo de situaciones por cese de actividad que contenía el artículo 5 de la derogada Ley 32/2010. Actualmente, las situaciones legales de cese de actividad quedan determinadas por:

1.º Motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos. (Artículo 4).
2.º Cese de actividad por fuerza mayor. (Artículo 5).
3.º Pérdida de licencia administrativa (Artículo 6).
4.º Violencia de género (Artículo 7).
5.º Divorcio o acuerdo de separación matrimonial. (Artículo 8).
6.º Acreditación de la situación legal de cese de actividad en los trabajadores autónomos económicamente dependientes. (Artículo 9).
7.º Situación legal de cese de actividad por aquellos trabajadores autónomos que ejercen su actividad profesional conjuntamente, o por los socios trabajadores, y aspirantes a socios en periodo de prueba, de las de cooperativas de trabajo asociado. (Artículo 10).

2.º Incumplir el mandato legal, de tener en cuenta la documentación a presentar por los citados trabajadores con objeto de confirmar esta situación legal de cese.

Esta actuación lesiva, por tanto, se tipifica como una infracción grave, pues la no observancia de la normativa, cierra aun más la puerta a los autónomos para tener acceso al cobro de la prestación, y al Sistema de Seguridad Social por no contar con autónomos incentivados a aportar el 2,2% de cotización adicional por cese.

Desde el año 2010[24], cerca del 80% de las solicitudes para liquidar el paro del autónomo por cualesquiera causas de las expresadas en la ley, fueron desestimadas, y ello fue debido a la dificultad para acreditar formalmente el cese de actividad del negocio, cuyas bases fueron desarrolladas en el Real Decreto 1541/2011 de 31 de octubre. El legislador por mejorar esta situación, introdujo en 2015 diferentes novedades en términos generales, destinadas a facilitar el acceso a la prestación e incrementar el porcentaje de autónomos que se pudiesen beneficiar de la misma. Estas medidas se incluían en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 35/2014[25], y comenzaron a dar sus frutos tras 2015 (datos facilitados por OPA), donde el 47% de las solicitudes presentadas terminarían siendo aprobadas, una cifra considerablemente superior al 17% de años anteriores, pero a todas luces, insuficiente. Un aspecto discutido viene dado por la redacción del citado artículo de la LISOS, no ayuda al cumplimiento del cometido del reglamento aprobado por el Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, un ejemplo relevante es el reconocimiento de cese de actividad motivado por razones económicas o por pérdidas. En este apartado, con la finalidad de conceder un mayor número de prestaciones, se viene a imponer al autónomo, unas nuevas condiciones muy factibles[26] para la demostración de la causa del abandono de la actividad. En todo caso, la LISOS con su art.28.9, obliga a la Mutua a pronunciarse siguiendo la normativa vigente debiendo entrar a valorar justificadamente sobre este aspecto facilitando el acceso a la prestación teniendo en cuenta los datos aportados por el trabajador.

[24] Datos ofrecidos por la Organización de Profesionales y Autónomos (OPA). Rescatado de: https://www.opa.es/

[25] Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

[26] De manera ejemplificativa, desde la aprobación de la nueva Ley de Mutuas en otoño de 2014, para acreditar el cese de actividad por pérdidas sólo es necesario alegar un 10% menos de ingresos que de gastos., una medida que ha dado resultados positivos, a pesar de que el legislador olvidó, que buena parte del colectivo está sujeto a efectos del IRPF al Régimen Objetivo de Módulos, basado en criterios de beneficios estimados, por lo que no sólo no lleva contabilidad, sino que en ningún caso el autónomo puede demostrar el rendimiento neto negativo o pérdidas contables, como convencionalmente son conocidas.

5. CONCLUSIONES

En definitiva, las reformas legales nacen para combatir la persistente falta de protección del autónomo frente al acceso a la prestación por cese de actividad. Esta afirmación no es en terminos absolutos pues en temas similares, las Mutuas consultadas justifican su actuación por la existencia de una Ley cuya aplicación no sólo es farrogosa sino también subjetiva. Es por ello que, ante la duda, y para evitar casos de picaresca y de intento de fraude por parte del autónomo, las Mutuas denieguen la solicitud de la prestación por cese de actividad, pues no se debe olvidar que estas entidades gestionan el dinero público. No obstante, en un futuro próximo, ante la aparción de nuevas crisis derivadas de la presente, se hará necesario un nuevo trabajo legislativo cuya pericia permita que la Mutua siga evitando ofrecer la debida protección al trabajador por cuenta propia bien obstruyendo el acceso a la prestación, (a traves de sospechas o la ignorancia de los preceptos legales para el reconocimiento de cese de actividad), o bien actuando con cierta pereza administrativa a la hora de conceder esta la prestación por cese de actividad. En todo caso, sean cuales fueren las razones, bien achacables al legislador o a la propia Mutua, el hecho real sigue viniendo marcado actualmente por un porcentaje de autónomos que no se pueden beneficiar de la misma.

6. BIBLIOGRAFÍA

CABERO MORÁN, E.: "La Ley 35/2014 y sus Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social", Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núms. 2 y 3, 2015

DURAND, P., La política contemporánea de Seguridad Social. Madrid, Ministerio de trabajo y Seguridad Social. 1991.

Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de las Mutuas*. Bomarzo. Albacete, 2015

MALDONADO MOLINA, J.A. "Gestión y control de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social para representantes sindicales. Escuela Julián Besteiro. UGT 2015".

MARTÍNEZ MATEO C.J. "La interacción del ordenamiento jurídico sobre la identidad y función de las mutuas colaboradoras". Ed. Laborum. ISBN: 978-84-17789-38-1. P.169

MONEREO PÉREZ, J.L. y CALVO GONZÁLEZ, J.: "La Teoría Jurídica de León Duguit", estudio preliminar a DUGUIT, L.: *Manual de Derecho Constitucional*, Granada, Ed. Comares, 2005, págs. XIII-L

ORGANIZACIÓN DE PROFESIONALES Y AUTÓNOMOS: https://www.opa.es/

PANIZO ROBLES, J.A. La reforma del régimen jurídico de las Mutuas colaboradoras de la seguridad social y de la regulación de la cobertura de la prestación por cese de actividad. Un breve análisis con ocasión de la Ley 35/2014 de 26 de diciembre CEF Laboral social. Diciembre 2014 vid. http://www.laboral-social.com/files-laboral/PANIZOMUTUAS.pdf

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.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGSS.

Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

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 («B.O.E.» 1 marzo).

Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos («B.O.E.» 6 agosto)

Capítulo VII.

LOS "MATRIMONIOS" CELEBRADOS POR EL RITO GITANO NO DAN ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

EVA M. MAS GARCÍA
Universidad Internacional de La Rioja

1. Introducción. 2. Antecedentes del caso. 3. Marco jurídico básico de referencia. 4. Cuestión suscitada. 5. Doctrina constitucional. 5.1. Voto mayoritario. 5.2. Voto particular. 6. Diferencias con el caso muñoz díaz. 7. Comentario.

1. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas se han producido gran cantidad de cambios en la sociedad tanto personales como familiares, socio-económicos, etc. que han transformado, entre otros aspectos, el régimen jurídico de la pensión de viudedad, si bien la sociedad cambia a un rito tan acelerado que muchas veces los cambios normativos van un paso por detrás de la sociedad. Con el objeto de dar respuesta a estos cambios demandados por la sociedad en cada momento determinado, ha sido la jurisprudencia en muchas ocasiones la que ha tenido que interpretar las normas para aplicarlas a cada uno de los supuestos que se le van presentando[1].

Si bien esto es cierto, no siempre son los cambios en la sociedad los que ocasionan las modificaciones o las interpretaciones por parte de los tribunales de las leyes vigentes en el momento del hecho causante, sino que en ocasiones son hechos, circunstancias que a pesar de existir durante décadas, no se les ha dado una respuesta clara en ninguna de las modificaciones normativas producidas en el tiempo, siendo por ello por lo que los tribunales tienen que darles respuesta a través de sus sentencias. Este es el caso de las uniones celebradas por el rito gitano, sin ninguna

[1] Cfr. MAS GARCÍA, E.M.: *La familia en la doctrina social reciente del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pgs. 292-293.

inscripción posterior, y lo que esto conlleva en relación con las futuras prestaciones de viudedad.

La pensión vitalicia y prestación temporal de viudedad son unas de las prestaciones contributivas por muerte y supervivencia de la Seguridad Social que se regula entre otras normas en el RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). De acuerdo con la legislación vigente en estos momentos1, los beneficiarios de la pensión de viudedad pueden ser el cónyuge superviviente, los separados o divorciados y el sobreviviente de las parejas de hecho, siempre y cuando cumplan con el resto de los requisitos legales requeridos a cada uno de ellos, al efecto (art. 219 a 222 LGSS).

Para ser cónyuge superviviente en España, nuestro ordenamiento jurídico obliga a que el matrimonio se tenga que haber celebrado o bien en forma civil o bien en cualquiera de las formas religiosas admitidas, careciendo de validez los ritos no reconocidos por el Estado, como el caso del matrimonio, de la unión celebrada por el rito gitano.

De acuerdo con un sector de la doctrina, entre los que destaca DESDENTADO DAROCA, si una vez celebrada esta unión bajo el rito gitano, se da una convivencia *more uxorio* continuada, existe una unión de hecho[2].

Este año 2021, el TC ha vuelto a dictar una sentencia relacionada con la solicitud de una pensión de viudedad presentada ante el INSS por una mujer de etnia gitana casada por el rito gitano con el causante de la pensión que solicita, sin haber concluido ningún trámite posterior a esta unión. Este es el verdadero problema con los matrimonios celebrados por el rito gitano: como no tiene validez legal en España, no se considera que exista matrimonio y como los contrayentes no se inscriben en el registro de parejas de hecho, tampoco existe dicha figura. Para el estado español son simplemente una pareja, sin tener los derechos y obligaciones entre ellos que les concede el matrimonio o el ser pareja de hecho.

Como se ha señalado, el TC dictó sentencia 1/2021, el 25 de enero de 2021, en la que desestima la demanda de amparo frente a la STS 58/2018, de 25 de enero de 2018 por la que se le denegó la pensión de viudedad tras el fallecimiento de la persona con la que convivía.

2. ANTECEDENTES DEL CASO

El supuesto de hecho debatido es el que sigue: La solicitante de amparo se casó en 1994 conforme a los usos y costumbres gitanos, sin inscribir dicha unión como pareja de hecho, conviviendo con el causante durante 15 años y teniendo 5 hijos con él. En el libro de familia ambos progenitores aparecían como solteros. En

[2] DESDENTADO DAROCA, E.: "Los problemas de la pensión de viudedad en la última doctrina judicial", *Revista del Ministerio de Empleo y de la Seguridad Social*, núm. 129, 2017, pg. 126.

varias de las inscripciones de nacimiento de varios de sus hijos consta que el matrimonio no existe y en otra que la hija es extramatrimonial.

La demandante solicitó prestación de viudedad que le fue denegada por el INSS por no haberse constituido formalmente el vínculo como pareja de hecho con el causante al menos dos años antes del fallecimiento.

Al no estar de acuerdo con la resolución se interpuso demanda de pensión de viudedad dictando el juzgado de lo Social de Jaén sentencia desestimatoria al no apreciar la buena fe alegada por la actora, a diferencia de lo ocurrido en el asunto Muñoz Díaz c. España, además de señalar con respecto a la pretensión subsidiaria de tener por acreditada la convivencia *more uxorio*, que tras la reforma de la LGSS1994 por la Ley 40/2007 es obligatorio la inscripción de la pareja de hecho para causar derecho a la viudedad.

Fue el TSJ de Andalucía el encargado de revocar la sentencia de instancia y como consecuencia conceder la pensión de viudedad a la demandante, alegando que lo contrario supondría una discriminación por razones étnicas y culturales. Sin embargo, el INSS y la TGSS no estando de acuerdo con la resolución interpusieron recurso de casación para la unificación de doctrina, dictándose sentencia estimatoria de su recurso si bien dicha sentencia contenía un voto particular de dos magistradas que reconocían el derecho de la actora a la pensión de viudedad solicitada.

Para la mayoría del TS respetar la unión por el rito gitano no justifica el equipararlo a la inscripción de la pareja de hecho, siendo neutral desde un punto de vista racial dicha obligación de inscripción de las parejas de hecho, así como reconoce que el artículo 14 CE no consagra un derecho de trato normativo desigual. Considera igualmente que admitir la falta de inscripción de la pareja de hecho por razones culturales discriminaría a los que no se inscriben como pareja de hecho por motivos ideológicos. Por otro lado, señala que, la vulnerabilidad de las minorías étnicas, no pueden llevar a la inaplicación de las normas en lo que pueda verse afectada su diversidad étnica, por cuanto se llegaría a una inseguridad jurídica.

Finalmente, para el TS el hecho de pertenecer a una minoría étnica no es lo decisivo en lo que se refiere a la aplicación de la norma sino el hecho de que concurra o no buena fe[3].

El voto particular declara que la inscripción de hecho de la pareja gitana no tendría razón de ser por el hecho de que para "su ley gitana" la unión de la pareja bajo su rito matrimonial gitano la convierte en una unión matrimonial que no se cuestiona entre dicha etnia, "y que los datos disponibles avalarían esa unión de hecho" sin ser necesario el requisito de la inscripción en el registro correspondiente. Concluyen las magistradas discrepantes que, si bien es cierto que el colectivo gitano debe cumplir la norma "una interpretación conforme al respeto a las minorías étnicas, si permite flexibilizar su interpretación cuando se den las circunstancias que

[3] Analiza dicha sentencia del TS, SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Las uniones por el rito gitano ante la pensión de viudedad", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209/2018, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018 (BIB 2018/9625).

permitan afirmar que el mantenimiento de la convivencia ha sido real, efectivo y con indiscutible carácter de pareja unida maritalmente".

3. MARCO JURÍDICO BÁSICO DE REFERENCIA

Lo primero que se tienen que señalar es que en el momento del hecho causante la pensión de viudedad se encontraba regulada en los artículos 174 y 174 bis LGSS1994, señalando el tenor literal del artículo 174.3 LGSS1994 vigente en el momento del hecho causante que[4]:

> "Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el apartado 1 de este artículo, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior …
>
> A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. 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".

Es decir tendrá derecho a la pensión de viudedad el sobreviviente de la pareja de hecho, siempre que se cumplan entre los requisitos exigidos legalmente la inscripción de la pareja de hecho en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas (CCAA) o ayuntamientos del lugar de residencia o la formalización de documento público en el que conste la constitución de dicha pareja, en ambos casos, con una antelación mínima de 2 años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

Por otro lado, el TC se refiere tanto a la igualdad como a la prohibición de discriminación contenido en el artículo 14 CE, según el cual:

[4] Publicada en el BOE núm. 154, de 1 de septiembre de 1994, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, publicada en el BOE 291, de 5 de diciembre de 2007. Se declaró nulo el párrafo 6 del artículo 174.3 LGSS1994 "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", por STC 40/2014, de 11 de marzo.

> "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Es decir, como se ha señalado, se reconoce una igualdad ante la ley al igual que la prohibición de discriminación por diversos motivos (raza, sexo, religión, etc.).

En el Voto particular se hace referencia a las normativas antidiscriminatorias, recogiendo entre ellas, la Directiva 2000/43/CE DEL CONSEJO de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, en la que se define el concepto de discriminación, diferenciando la discriminación directa de la indirecta.

De acuerdo con su artículo 2:

> "Concepto de discriminación.
>
> 1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por «principio de igualdad de trato» la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico.
>
> 2. A efectos del apartado 1:
>
> a) existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable;
>
> b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios".

4. CUESTIÓN SUSCITADA

El problema que se suscita en la sentencia dictada por el TC es la denegación de la pensión de viudedad al no cumplirse uno de los requisitos exigidos por la LGSS para tener derecho a esa pensión; al no haberse constituido formalmente el vínculo como pareja de hecho con el causante al menos dos años antes del fallecimiento.

Para la recurrente se ha vulnerado el artículo 14 CE por cuanto existe una discriminación racial/étnica y partiendo asimismo del criterio de buena fe recogido en la STEDH 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz c. España, se le debería haber concedido la pensión de viudedad. Alega la recurrente, en resumen, que consideraba que era una mujer casada a todos los efectos, entendiendo también que al haberse acreditado la convivencia *more uxorio* consolidada con el fallecido le hacía acreedora de la viudedad, incurriéndose en una discriminación indirecta. Por otro lado, alega que debido al fuerte arraigo de sus tradiciones los convivientes gitanos

mantienen la convicción de que su unión bajo el rito gitano es como la de cualquier otro matrimonio, independientemente de la invalidez jurídica de dicho rito.

A la estimación del amparo se opusieron en sus alegaciones tanto el INSS como el Ministerio Fiscal, por entender ambos que no existe discriminación por no reconocer validez al matrimonio celebrado por el rito gitano, ya que ésta no deriva de la raza o etnia de los contrayentes sino del incumplimiento de la forma legal de la celebración.

De acuerdo con el escrito del INSS solicitando la desestimación de la demanda de amparo, es obligatoria la inscripción de la pareja de hecho en el registro correspondiente de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, citando varias sentencias, no siendo por otro lado esa obligación de inscripción contraria al artículo 14 CE ya que atiende a constatar el compromiso de convivencia entre los miembros de la pareja de hecho, señalando asimismo los fundamentos recogidos por el TS en su sentencia objeto de amparo.

El Ministerio Fiscal igualmente presentó sus alegaciones solicitando de igual modo la desestimación de la demanda de amparo por entender que no existió discriminación por razón de etnia/raza. Señala que de acuerdo con la jurisprudencia no existe discriminación por no conceder validez al matrimonio gitano y que la inscripción en el registro de parejas de hecho o que se formalice la pareja de hecho por medio de escritura pública es un requisito obligatorio al objeto de constituir dicha pareja de hecho, estimando neutral dicho requisito ya que se exige a todas las uniones que se quieran constituir como pareja de hecho sean de etnia gitana o no lo sean.

5. DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Si bien la mayoría de los miembros de la Sala Segunda que dictaron la sentencia coincidieron en desestimar la demanda de amparo, hubo un voto particular discrepante que entendió que se había producido en la demandante una vulneración de su derecho a no ser discriminada por razones de pertenencia a una minoría nacional (art. 14 CE).

5.1. Voto mayoritario

Para la mayoría de la Sala, no se ha vulnerado el derecho a no ser discriminada por razón de raza/etnia, recogido en el artículo 14 CE como consecuencia de la denegación de la pensión de viudedad solicitada por cuanto "la unión celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio con efectos de validez civil". Es por ello por lo que el voto mayoritario de la Sala coincide en la no existencia de discriminación directa basada en motivos sociales o étnicos al no haber equiparado la unión de la actora con las uniones de hechos legalmente formalizadas.

El TC sobre la base de todo lo señalado a lo largo de este análisis establece la siguiente doctrina básica:

"La inscripción en un registro de parejas de hecho o constituir formalmente su relación de pareja mediante documento público es "un requisito que estima neutral desde la perspectiva racial" (FJ 1), recogiendo además las alegaciones del Ministerio Fiscal que "se exige a todas las uniones de tipo marital que quieran constituirse como pareja de hecho a dichos efectos, sean gitanas o no, y cuya dificultad de cumplimiento en caso de pertenencia a la etnia gitana se podría considerar equivalente a la de la inscripción del nacimiento de los hijos comunes en el registro civil, cosa esta última que, sin embargo, sí hicieron los padres".

- "el artículo 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad, sino que contiene, además, una prohibición explícita de que se dispense un trato discriminatorio con fundamento en los concretos motivos o razones que dicho precepto prevé, entre los que se incluye expresamente la discriminación racial o étnica" (FJ 3).

- Por otro lado, admite el TC que: "un perjuicio que pudiera quedar asociado a la pertenencia a una etnia como la gitana, constitutiva de una minoría que precisa una especial atención a sus necesidades y a su propio modo de vida, podría encuadrarse en la prohibición de discriminación contenida en el segundo inciso del art. 14 CE" si bien y como "la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio con efectos de validez civil, no será posible afirmar, que suponga una discriminación directa basada en motivos sociales o étnicos el hecho de que no se reconozca dicha prestación si no consta vínculo matrimonial con el causante en alguna de las formas reconocidas legalmente" (FJ 4).

- No se puede apreciar la existencia de un trato discriminatorio directo por motivos raciales o étnicos derivado de que no se haya equiparado la unión de la recurrente conforme a los usos y costumbre gitanos con las uniones de hecho debidamente formalizadas, pues 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 (FJ 5).

- El TC señala que en este caso no existe una "forma de discriminación directa de la etnia gitana, sino la consecuencia ordinaria de la propia decisión personal, libre y voluntaria, de no acceder a alguna de aquellas fórmulas de constitución en Derecho del vínculo, las cuales ni en sus formas civiles ni en las formas confesionales reconocidas legalmente están condicionadas a la pertenencia a una raza, con exclusión de las demás, ni toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos o costumbres de una determinada etnia en detrimento de otras" (FJ 5).

- "el ordenamiento jurídico no solo garantiza una forma de acceso civil al vínculo matrimonial con una escrupulosa neutralidad desde el punto de vista racial, sino que, incluso cuando se ha optado por dotar de efectos en

materia de prestaciones de seguridad social a otras formas de convivencia, tampoco es posible apreciar connotaciones de exclusión étnica alguna o prejuicios particularmente relevantes y característicos, cualitativos o cuantitativos, que diferencien y generen un mayor impacto o un impacto adverso singularizado, a los miembros de la etnia gitana en caso de incumplimiento de los requisitos y de no reconocimiento consiguiente de la pensión" (FJ 6).

- "sin perjuicio de que el legislador pudiera, en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles, no se advierte en la actual realidad normativa en la interpretación efectuada por la resolución recurrida, ni desde el prisma de la discriminación directa ni desde el propio de la indirecta, un trato discriminatorio por razones étnicas o raciales" (FJ 6).

5.2. Voto particular

El voto particular dictado por uno de los magistrados de la Sala Segunda, don Juan Antonio Xiol Ríos, reconoce que se debería haber concedido el amparo por vulneración a su derecho a no ser discriminada por razón de pertenencia a una minoría nacional (art. 14 CE)[5].

Los argumentos que defienden que se ha producido una discriminación indirecta por razones de pertenencia a una minoría nacional se basan en lo siguiente:

— Pertenecer a una minoría nacional y el origen étnico no son criterios de prohibición de trato discriminatorio a los que se refiera expresamente el artículo 14 CE pero "la cláusula cualquier otra condición o circunstancia personal o social, permite englobar criterios de dicha naturaleza dentro de la prohibición antidiscriminatoria constitucionalmente protegida". Para este magistrado el pueblo romaní constituye una minoría discriminada y por ello les resultan de aplicación las normas antidiscriminatorias nacionales, europeas e internacionales (FJ 1).

— La discriminación indirecta por pertenecer a una minoría nacional o por razones de origen étnico se define en el artículo 2 Directiva 2000/34/CE, no existiendo "obstáculo alguno a la aplicación del parámetro de control desarrollado de manera amplia en la jurisprudencia constitucional de nuestro país, también en la del TEDH y del TJUE, en relación con la discriminación por motivos de género" (FJ 3).

[5] ROJO TORRECILLA, E. "El matrimonio gitano no permite el acceso a la pensión de viudedad según el TC. ¿Existe discriminación?", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2021, pgs. 7-8.

— Compartiendo la fundamentación del voto particular de las magistradas del TS de la que deviene esta sentencia del TC, considera que "en este caso se ha producido una discriminación indirecta por pertenencia a una minoría nacional por el diferente tratamiento dispensado para lucrar la prestación de viudedad, por una parte, a las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní y, por otra, a las uniones de vida no matrimoniales que hayan resultado inscritas en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o formalizadas mediante documento público en el que conste la constitución de dicha unión de vida" (FJ 4).

— Concluye la existencia de discriminación indirecta en la concurrencia de todas las características necesarias de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la del TEDH y la del TJUE, siendo dichas características las siguientes: "(i) el tratamiento dispensado a la demandante de amparo es formalmente neutro desde la perspectiva de cualquier criterio discriminatorio prohibido; (ii) este tratamiento supone una desventaja particular estadísticamente significativa tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa para los miembros de la comunidad romaní que, de conformidad con ancestrales tradiciones culturales, acceden a la conformación de uniones de vida al margen de formalidades legales en un porcentaje importante, con una especial afectación a las mujeres, en tanto que son las mayoritariamente potenciales beneficiarias de esta prestación de viudedad; y (iii) la exigencia controvertida de la inscripción de la unión de vida en un registro específico o mediante la formalización de un documento público, que es por completo ajena a su tradición cultural, cumple una finalidad de garantía que, aun siendo legítima, queda satisfecha, incluso en mayor medida, por los elementos que comporta la solidez de la tradición cultural de la unión de vida celebrada conforme al rito romaní" (FJ 9).

— Finaliza el voto particular señalando que no cabe excluir la concurrencia de la buena fe de la demandante de amparo (FJ 10).

6. DIFERENCIAS CON EL CASO MUÑOZ DÍAZ

La sentencia del TC con el fin último de evitar un posible recurso ante el TEDH señala expresamente que se ha dictado el fallo teniendo en cuenta la resolución del TEDH de 8 de diciembre de 2009 (asunto Muñoz Díaz vs España), en la que se analiza la posible discriminación por la denegación del derecho a percibir pensión de viudedad basada en la pertenencia de la solicitante de la pensión a la etnia gitana.

En el caso Muñoz Díaz c. España el TEDH entendió que fueron vulnerados los derechos a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por motivos de raza y condición social del artículo 14 CE reconociendo la existencia de dicha discriminación por cuanto se equiparó la situación jurídica de la demandante a la de una pareja de hecho, estando ella casada por el rito gitano, y con el convencimiento

absoluto de que el consentimiento que prestó en su día era válido respetando además todos los elementos de orden público afectos al matrimonio regulados por la legislación[6].

A pesar de que en ambos supuestos hay similitudes, pues ambos son de etnia gitana y contrajeron matrimonio por el rito gitano, las diferencias son las que decantan la resolución del TC hacía la no vulneración del artículo 14 CE. En el presente supuesto no se puede fallar en el mismo sentido que en el caso Muñoz Díaz c. España, basado en la buena fe de la demandante de amparo por cuanto en esta ocasión la demandante de amparo era conocedora de que el matrimonio que celebró por el rito gitano no era válido para nuestro ordenamiento jurídico y tampoco formalizó la inscripción de la pareja de hecho de acuerdo con la legislación para poder ser acreedora de la pensión de viudedad.

En el asunto Muñoz Díaz c. España, en la cartilla de la Seguridad Social, la demandante aparecía como beneficiaria del fallecido en calidad de esposa y en el presente caso en el libro de familia aparecían como solteros. Por otro lado, en el asunto Muñoz Díaz, se solicita la pensión de viudedad por matrimonio ya que el fallecimiento se produjo antes de la Ley 40/2007 y en el presente caso se invoca por pareja de hecho.

7. COMENTARIO

Como ya es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio puede celebrarse en la forma civil o en alguna de las formas religiosas reconocidas por el estado, siendo la pareja de hecho una institución diferente al matrimonio.

Por otro lado, los ritos no reconocidos por el estado carecen de validez, y por tanto no despliegan los efectos típicos de la institucional matrimonial, no teniendo validez los matrimonios celebrados por un rito no reconocido legalmente, como es la unión por el rito gitano, si bien si entre ellos persiste una convivencia *more uxorio*, posterior a la celebración del matrimonio por su rito, se concluirá que existe una unión de hecho.

Como la unión celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas de contraer matrimonio, no supone un trato discriminatorio basado en motivos raciales o étnicos, la denegación de la pensión a la recurrente[7], en primer lugar porque las partes tenían la opción de contraer matrimonio en alguna de las formas válidas en derecho, no estando excluidas a las personas pertenecientes a una determinada raza o etnia y en segundo lugar, porque el que no haya optado por estas formas admitidas en derecho es una decisión personal que no ha de condicionar el diseño realizado

[6] *Vid.* al respecto de este caso Muñoz Díaz c. España, MAS GARCÍA, E.M.: *La familia en la doctrina social reciente del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pg. 288.

[7] Cfr. STC 69/2007, de 16 de abril.

por el legislador de una prestación social vinculada a la existencia de un matrimonio válidamente celebrado.

La pensión de viudedad de las parejas de hecho se recoge actualmente en el artículo 221 LGSS que mantiene, con pequeños cambios, la redacción dada al artículo 174.3 LGSS1994.

De acuerdo con el citado artículo, tendrá derecho a la pensión de viudedad quien se encuentre unido al causante formando una pareja de hecho, siempre que no alcance un nivel de ingresos determinado en la ley, estando la pareja de hecho constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, sin tener por supuesto, vínculo matrimonial con otra persona y que acrediten una convivencia estable y notoria inmediatamente anterior al fallecimiento y por un periodo ininterrumpido no menor a 5 años, siendo obligatorio por otro lado la inscripción de la pareja de hecho en alguno de los registros específicos existentes con una antelación mínima de dos años antes de la fecha del fallecimiento del causante.

Como se deduce del contenido del artículo, es condición "sine qua non" para poder acreditar la existencia de la pareja de hecho la inscripción de tal condición de pareja de hecho en los registros creados al efecto.

La pertenencia a un colectivo o el hecho de profesar una religión u otra no exime a las personas de la obligación de cumplir con los requisitos exigidos legalmente a los efectos de lucrar la pensión de viudedad siendo pareja de hecho del causante, debiendo para ello estar inscrita la pareja de hecho en el registro correspondiente o haberse constituido como tal a través de documento público con dos años de antelación a la fecha del hecho causante de la pensión. La inscripción o documentación pública de la pareja de hecho es de naturaleza constitutiva, limitando por ello el legislador a dichos medios la acreditación de pareja de hecho.

Las múltiples minorías étnicas y culturales con diferentes sensibilidades que conviven en España a lo largo de los años pueden hacer que se produzca alguna interpretación normativa que tienda a su protección, pero lo que no se puede es llegar al extremo de no aplicar la ley en los aspectos en que se puede reflejar su diversidad étnico cultural, y ello en base a la seguridad jurídica[8].

El TC no considera discriminatoria la denegación de la pensión de viudedad, siendo esta consecuencia del hecho de que la pareja en su día no accedió a formalizar su unión bajo ninguna de las formas válidas en derecho para constituir el vínculo, es decir por matrimonio o pareja de hecho. Estas formas de unión legalmente válidas en España no excluyen a ninguna etnia/raza, así como tampoco toman en cuenta las tradiciones, usos o costumbres de una determinada raza, etnia en perjuicio de otras. Por otro lado, el TC señala que es imposible que una unión de hecho no formalizada válidamente desde un punto de vista jurídico reciba el mismo trato que la unión de

[8] *Vid.* al efecto MAS GARCÍA, E.M.: "Novedades jurisprudenciales acerca de la pensión de viudedad en 2018", en AAVV.: *Derecho Vivo de la Seguridad Social*. III Seminario Permanente de Estudio t Actualización URJC-AESSS 2018, BARRIOS BAUDOR, G.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2019, pg. 130.

hecho debidamente constituida, sin resultar por ello contrario la diferencia de trato a la prohibición de discriminación.

La STEDH en el asunto Muñoz Díaz c. España no reconoció efectos civiles a las uniones gitanas, y en este sentido no constituye una discriminación; y considera que la diferencia de trato se encuentra en otras situaciones que deben estimarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, tales como buena fe en matrimonio nulo que recoge el artículo 174 LGSS1994 o la STC 199/2004 de 15 de noviembre, reiterando constantemente la consideración de buena fe por la expectativa legítima creada en la demandante de su atribución conyugal[9], extremo que no se produce en el caso enjuiciado en la STC 1/2021.

BIBLIOGRAFIA

CREMADES GARCÍA, P.: La no discriminación en la exigencia de un rito matrimonial. a propósito de la sentencia del tribunal europeo de derechos humanos de 8 de diciembre de 2009. caso Muñoz Díaz contra España", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16, 2010.

DESDENTADO DAROCA, E.: "Los problemas de la pensión de viudedad en la última doctrina judicial", *Revista del Ministerio de Empleo y de la Seguridad Social*, núm. 129, 2017.

MAS GARCÍA, E.M.: "Matrimonio por el rito gitano" en BARRIOS BAUDOR, G.L. (Dir.): *La familia en la doctrina social reciente del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

MAS GARCÍA, E.M.: "Novedades jurisprudenciales acerca de la pensión de viudedad en 2018", en AAVV.: *Derecho Vivo de la Seguridad Social*. III Seminario Permanente de Estudio t Actualización URJC-AESSS 2018, BARRIOS BAUDOR, G.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2019.

ROJO TORRECILLA, E. "El matrimonio gitano no permite el acceso a la pensión de viudedad según el TC. ¿Existe discriminación?", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2021.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Las uniones por el rito gitano ante la pensión de viudedad", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209/2018, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018 (BIB 2018/9625).

[9] Cfr. MAS GARCÍA, E.M.: *La familia en la doctrina social reciente del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pg. 296, citando a CREMADES GARCÍA, P.: La no discriminación en la exigencia de un rito matrimonial. a propósito de la sentencia del tribunal europeo de derechos humanos de 8 de diciembre de 2009. caso Muñoz Díaz contra España", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16, 2010.

Capítulo VIII.

LA INCAPACIDAD PERMANENTE: RÉGIMEN DE COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

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

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

1. La incapacidad permanente en el sistema de Seguridad Social. 2. Concepto legal, características e identificación de los distintos grados de incapacidad permanente. 3. La incapacidad permanente y su relación con otras prestaciones: régimen general de compatibilidades e incompatibilidades. 3.1. Incapacidad permanente y trabajo. 3.2. ¿compatibilidad o incompatibilidad entre pensiones? Envejecimiento activo *versus* sostenibilidad del sistema pensiones. 4. Bibliografía.

"Ocurre con la ley lo que con el "tipo" del tipógrafo en la imprenta. Ambos son tipos para el fin de la multiplicación, las copias en las pruebas corresponden a los casos singulares en la ley. Si en una copia un pasaje debe decir otra cosa que en la "composición", eso sólo puede arreglarse haciendo que el tipógrafo cambie la última para ese caso especial"

R. V. IHERING[1]

[1] IHERING, R.V: *El fin en el derecho*, estudio preliminar "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho" por MONEREO PÉREZ, J.L., Comares (Col. Crítica del Derecho), Granada, 2011, pág. 167.

1. LA INCAPACIDAD PERMANENTE EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

En el marco de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, el art. 42 letra c) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) incluye la tradicionalmente denominada «invalidez», en sus modalidades «contributiva» y «no contributiva». En efecto, a partir del año 1997, las continuas referencias hechas a la «invalidez permanente» han de entenderse hechas a la «incapacidad permanente» (IP). Aunque por mandato constitucional (artículo 49 CE)[2] y por tradición se ha hecho acreedora de una particular atención protectora, en los últimos años esta prestación ha sufrido una llamativa desatención reguladora. En efecto, el Capítulo XI (artículos 193 a 200) de la LGSS, marco legislativo básico, fue objeto de una muy importante reforma por la Ley 24/1997, pero el alcance de este cambio –valoración del grado de incapacidad a partir de una lista predeterminada de enfermedades– ha quedado frustrado por la ausencia del desarrollo reglamentario al que remite la LGSS.

La inseguridad sobre el sentido actual de esta prestación de incapacidad permanente no sólo deriva del carácter inacabado de la reforma. La incertidumbre pesa también sobre la regulación reglamentaria vigente, por cuanto la existente, además de dispersa y fragmentada, responde al desarrollo de una legislación de Seguridad Social que ha perdido formalmente su vigencia. A la convivencia transitoria –pero sin término final– de dos modelos legislativos de protección, sustancialmente diferenciados, hay que añadir la supervivencia de una normativa histórica que, no obstante, su obsolescencia, sigue siendo la llamada en primer término a aplicarse, en los aspectos orgánicos o de gestión y en los prestacionales. Incerteza jurídica que sólo ha podido ser paliada por los esfuerzos de la doctrina científica y la labor de una doctrina judicial a menudo de carácter "creativo". Y es que, por decirlo con Clemente de Diego, "la tesis relativa a la jurisprudencia productiva no contradice el concepto fundamental de la aplicación del Derecho. Aplicar el Derecho es plegarse a las relaciones de la vida; es usarle y vivirle, informar en él nuestra conducta social". En determinados casos será insuficiente la actividad de subsunción y ella misma se transformadora en productiva y creadora, esto es, llegaría a ser producción de Derecho para aquel caso y podría hablarse con razón de desarrollo vivo de la regla jurídica y de reconocimiento de la norma inmanente en cada relación social enjuiciada[3].

[2] Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C: "El derecho a la protección de las personas 'con minusvalías' (artículo 49)", en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (Dirs. y Coords): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Comares, 2002, págs. 1755 y sigs.

[3] 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 de principio" (pp. IX-XIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2016, págs. 88-89. En la misma dirección, paradigmáticamente, HECK, PH: *El problema*

No es la determinación de la norma aplicable el único problema que suscita esta inexcusable pero compleja prestación. Para comprender globalmente su significado profundo hay que advertir que el sentido político-jurídico –la función o finalidad subyacente a la ordenación normativa– de esta prestación es bien diferente según se trate del denominado «nivel» contributivo o del «nivel» no contributivo –existente sólo desde 1990–, pues cada una obedece a razones y lógica jurídico-sociales diferentes y tienen una dinámica protectora sustancialmente diversas. El primer «nivel», el contributivo, busca una renta de sustitución (renta de sustitución de ingresos de activo) ante la disminución o anulación definitiva de la «capacidad de trabajo» de una persona. Lo cual incide lógicamente también en el momento de la determinación del grado de IP, pues el mismo atenderá a la incidencia de la lesión o enfermedad en la capacidad laboral de la persona. El segundo, el «no contributivo», ofrece sólo una renta de compensación por un factor biológico con relevancia social: el grado de minusvalía o «incapacidad» de una persona sin recursos económicos, al margen de la repercusión en su capacidad de trabajar.

Por otro lado, por lo que hace al nivel contributivo, una cuestión especialmente presente en la ordenación de la prestación, así como en la base de sus reformas recientes, se centra en la inquietud por controlar la actividad de la Administración de Seguridad Social a la hora de constatar la existencia de los presupuestos sobre los que se articula la protección. Este aspecto lo comparte con la incapacidad temporal –por lo general las reformas de ésta tienen efecto en la regulación de la IP– y revela una permanente sospecha sobre el fraude. En el nivel no contributivo influye más su relación con la inexistencia de rentas mínimas y con los requisitos de acceso a la jubilación –reproduce la visión de la incapacidad como «vejez prematura»–. No obstante, la instrumentalización de la prestación por invalidez o incapacidad permanente a fin de servir a diferentes fines de política social ha estado presente también en el ámbito contributivo, sirviendo como una suerte de mecanismo para anticipar la edad de jubilación.

2. CONCEPTO LEGAL, CARACTERÍSTICAS E IDENTIFICACIÓN DE LOS DISTINTOS GRADOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE

La incapacidad permanente es un concepto eminentemente legal que tiene como substrato o raíz la constatación de un estado patológico de la persona, pero

de la creación del Derecho, trad. Manuel Enteza, Prólogo de Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1999; POUND, R: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad,* edición y estudio preliminar sobre "La 'jurisprudencia sociológica' de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social" (págs. IX-LXXXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004; *Ibid., Las grandes tendencias del pensamiento jurídico,* trad. J. Puig Brutau, edición y revisión al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004, especialmente el cap. VII: "La interpretación que concibe el Derecho como una obra de ingeniería social" (El título original en inglés de esta obra era muy expresivo: *"Interpretations of Legal History",* Cambridge, The University Press, 1923).

que no se agota en él. La situación de incapacidad permanente presupone al mismo tiempo una intensa actividad administrativa de reconocimiento de la prestación constituida sobre tal situación de alteración grave de la salud del trabajador.

Se entiende por incapacidad permanente todo estado de reducción de la capacidad de trabajo de una persona que se produzca por patologías graves y presumiblemente definitivas[4]. En este sentido, la Ley de Presupuestos General del Estado del año 2014 introdujo una importante modificación en el concepto legal de incapacidad permanente contributiva. En este sentido, en la anterior redacción del artículo 136.1 LGSS, se identificaba por tal aquella «*situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral*». En la actualidad (artículo 193.1 LGSS), por contra, se elimina la exigencia de «alta médica», ya que al final de cualquier tratamiento médico el trabajador, o es apto para trabajar y por tanto, si está en IT, procede el alta médica por curación, o bien debe continuar en IT, con tratamiento médico, hasta su calificación como IP en el grado que corresponda, sin que resulte necesaria la existencia de un alta médica para pasar a calificación de la IP.

Por tanto, importa a estos efectos la existencia de una incapacidad laboral o profesional, y es resulta indiferente o irrelevante la incapacidad extralaboral de la persona. Significativamente la OIT configura a la "*persona inválida* toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida"[5]. De ahí el carácter funcional de la incapacidad profesional que resulta de la apreciación del binomio lesión (o enfermedad)-trabajo[6]. Lo relevante son las limitaciones que la lesión o enfermedad suponen respecto al desarrollo de la actividad laboral.

---

[4] Para la configuración general de la incapacidad permanente, véase, por todos, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M: "La Incapacidad permanente: configuración general, acceso y mantenimiento. Ponencia al XIV Congreso de la Asociación Española de Salud y seguridad Social", en VV.AA: RODRÍGUEZ INIESTA, G., ORTIZ CASTILLO, F y LÓPEZ INSUA, B.M (COORDS.): *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS) celebrado en Madrid, Murcia, Laborum, 2017, págs. 303 y sigs., y bibliografía allí citada; *Ibid.,* "La incapacidad permanente: su evolución en el proceso de reforma de la Seguridad Social", en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.M. (COORDS.): *La Seguridad Social a la Luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor Vida Soria con motivo de su jubilación,* Granada, Comares, 2008, págs. 836 y sigs.

[5] Convenio OIT, núm. 159 (1983), sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), adoptada el 20 de junio de 1983, establece en su art. 1.1. Por su parte, la Recomendación OIT, núm. 99 (1955), *sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos*, Adoptada en Ginebra, 38ª reunión CIT (22 junio 1955), establece en su art. 1 b) que "el término *inválido* designa a toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar empleo adecuado se hallen realmente reducidas debido a una disminución de su capacidad física o mental".

[6] Téngase en cuenta que en los supuestos de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional se localizan peculiaridades (algunas compartidas con el accidente de trabajo) respecto

En consecuencia, los elementos que integran el hecho causante de la incapacidad permanente se resumen en los siguientes:

A) *Persistencia previsiblemente definitiva de una alteración grave del estado de salud*, pese a haber seguido un tratamiento. Es indiferente el origen, común o profesional. La lista no es cerrada (STS de 13 de febrero de 2001), si bien debe tratarse siempre de patologías graves. Por lo que concierne al momento de aparición, las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación.

B) *Determinación objetiva mediante el tratamiento prescrito y dictamen científico-médico*. La norma evidencia la preocupación por reducir la discrecionalidad de la Administración en el reconocimiento de prestaciones por incapacidad permanente y así evitar un recurso excesivo –y costoso– a esta prestación. Por eso se introducen técnicas orientadas a reducir o eliminar, en lo posible, el margen de apreciación con el que sin duda cuenta para constatar la existencia de una situación de incapacidad permanente.

La valoración médica cumple otra finalidad. Su existencia es relevante para determinar la fecha del denominado «hecho causante», dominando un concepto «formal» –el momento de la calificación o final de la incapacidad transitoria– más que material –momento en que el efecto invalidante queda objetivado como permanente (STS de 9 de diciembre de 1999)– sin perjuicio de algunas matizaciones «humanizadoras» introducidas por la jurisprudencia (STS de 26 de diciembre de 1991)[7].

C) Reducción de la capacidad para trabajar. La alteración de la salud en sí misma no es objeto de protección económica –sí respecto de las prestaciones sanitarias–, sino que lo verdaderamente determinante es el efecto negativo que esta patología tiene sobre la capacidad para seguir trabajando. Esta concepción «profesional» ha venido orientando la regulación de la incapacidad permanente desde sus orígenes, aunque hoy presenta no sólo disfunciones sino correcciones dentro del Sistema, pues también tienen cabida otros criterios –personales, «capacidad de ganancia», referido

a los requisitos de acceso a la prestación, a la extensión e intensidad de la acción protectora o incluso en la gestión de prestación. Una exposición sucinta –y sin perjuicio de lo que se indicará después-, en PINTO PABÓN, B: "La protección de la incapacidad temporal y permanente y de la muerte por enfermedad profesional en el sistema de Seguridad Social", en BARCELÓ COBEDO, S. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dirs.): *Las enfermedades profesionales,* Valencia, Tirant lo Blach, 2017, págs. 265-273.

7 En la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2021 (recurso número 1010/2021) se admite la valoración de patologías nuevas alegadas en el acto del juicio oral que, sin embargo, no fueron valoradas ni alegadas en la vía administrativa, ni en la demanda, pero que dan lugar a una incapacidad permanente absoluta. Las dolencias alegadas (depresión mayor) son una consecuencia del cuadro patológico existente.

expresamente en la OM de 15 de abril de 1969–. En todo caso, para determinar estos efectos tendremos los mismos o mayores problemas que para fijar el estado patológico. Precisamente por ello, también aquí el legislador ha considerado oportuno confiar –quizás algo ilusamente– la solución de este gran problema, fuente de múltiples conflictos en la práctica, a un nuevo desarrollo reglamentario.

La norma legal, discutiblemente, remite –«delega»– la calificación de la incapacidad permanente, en sus distintos grados legales, a la fijación de un «porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca» (art. 194.2 LGSS). A la espera –casi mesiánica– de este desarrollo reglamentario –su plazo ya caducó– hay que seguir acudiendo a la legislación precedente (Disposición Transitoria 5.ª LGSS). En ésta sólo encontraremos dos límites: el mínimo –33 por 100 de la capacidad laboral– y el máximo –anulación por completo de la misma–.

Dentro de esta extremada e incierta horquilla encontraremos múltiples posibilidades, que la norma ha ordenado en cuatro «grados legales». Un factor de complejidad deriva, como ilustra la copiosísima jurisprudencia recaída en esta materia, de la posibilidad de que los mismos o análogos estados patológicos puedan generar, en atención a otras circunstancias, grados de incapacidad laboral diversos.

D) Carácter permanente. Si el impedimento para el trabajo era transitorio para el caso de la incapacidad temporal, en el supuesto de la permanente (la reducción o anulación de la capacidad laboral) ha de ser presumiblemente indefinido o definitivo de la situación. De ahí que en el primer caso estemos ante un «subsidio» –temporal por naturaleza–, mientras que en este caso sea una «pensión» –vitalicia por naturaleza– (Salvo los casos de incapacidad permanente parcial y de las lesiones permanentes no invalidantes o incapacitantes –ésta no es un grado de IP–, que no son situaciones protegidas "pensionables" ex artículos 196.1 y 201 LGSS). No es obstáculo para la calificación como IP la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral si tal posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo. Precisamente, por existir tal posibilidad se prevé la técnica de la «revisión» (art. 200 LGSS) a la que posteriormente aludiremos. De este modo, al menos en términos de presunción, la situación protegida por la prestación de incapacidad permanente presenta el rasgo constitutivo consistente en el carácter previsible y razonablemente definitivo de la afectación a la capacidad de trabajo. Pero no se olvide que los estados de salud y de incapacitación para trabajar son dinámicos y pueden producirse situaciones de empeoramiento o de mejora (Reténgase significativamente el supuesto especial suspensivo con reserva de puesto de trabajo previsto en el artículo 48.2 del ET)[8].

[8] También en la perspectiva dinámica y meramente instrumental y con afectación a forma calificadora de pensión vitalicia por IP, interesa retener que conforme al art. 200.4 de la LGSS, "las pensiones de IP, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y siete años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación". Ahora bien: precisando a reglón seguido, oportunamente, que "la nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la

Dada la multiplicidad de patologías graves (y presumiblemente definitivas) que pueden causar una incapacidad permanente, se ha previsto por el legislador el establecimiento de distintas acciones protectoras. Esta diversidad de situaciones se ordena, siguiendo un criterio profesional, por la LGSS a través del concepto de «*grado*». Por tal se entiende el concreto porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que, para el desarrollo de su profesión habitual, un determinado estado patológico genera en el trabajador. En consecuencia, como regla general, la TRLGSS (art. 194.1 LGSS) la ordena en cuatro grados: incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

Esta visión, sin duda correcta pero simplificadora, exige introducir algunas matizaciones, debiéndose tener siempre en cuenta que domina este espacio un especial –e insuprimible– casuismo. En primer lugar, llamamos la atención sobre la presente convivencia, no siempre pacífica o armónica, de dos modelos diferentes de protección frente a la incapacidad permanente. El primero, ya viejo pero vigente transitoriamente, rechaza la técnica del listado prefijado de enfermedades o estados patológicos laboralmente incapacitantes, así como de fijación de los correspondientes grados, para apostar por una tarea médico-administrativa de encuadramiento de cada concreta situación en el grado legalmente definido. El segundo, nuevo, pero en suspenso hasta el desarrollo reglamentario, apuesta decididamente por este instrumento.

En segundo lugar, en un modelo y en otro, si bien el criterio principal es el *profesional* –incidencia de la patología en la capacidad para realizar el trabajo habitual[9]–, en modo alguno se descarta el juego de factores de otra índole, como los *personales*, en la posibilidad –más que en la capacidad física– de trabajar de la persona a declarar «inválida». Así sucede respecto de la incapacidad permanente total «cualificada», que no es un grado autónomo, y también respecto de la gran invalidez, que sí lo es. Fuera de estas previsiones, es una perversión práctica el recurso «generoso» o indiscriminado a otros criterios personales o sociales –edad, situación del mercado de trabajo–, propias del nivel no contributivo o de otras prestaciones [p. ej., a favor de «minusválidos» (artículo 4.1 del RD 1.971/1999)].

En tercer lugar, es imposible salir del análisis individualizado –«no hay invalideces sino inválidos»– de cada situación para determinar el hecho causante sobre el que reconocer la prestación.

Finalmente, conviene precisar que, pese a lo que inicialmente pudiera creerse, la calificación del grado de incapacidad no es tanto, o no es sólo, un acto –juicio– médico relativo al alcance de una situación patológica o estado de salud de una

prestación que se viniese percibiendo". La misma indicación se realiza en relación a la IP No Contributiva (artículo 376.3 de la LGSS).

9 GONZÁLEZ ORTEGA, S: "La valoración y revisión de la incapacidad permanente", VV.AA., RODRÍGUEZ INIESTA, G., ORTIZ CASTILLO, F y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords.), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Congreso de la Asociación Española de la Salud y Seguridad Social celebrado en Madrid, Murcia, Laborum, 2017, págs. 607-610.

persona –como sucede en mayor medida con relación a la situación de incapacidad temporal–. Aquella calificación es también y, sobre todo, una decisión jurídico-administrativa articulada esencialmente sobre el juicio de adecuación de la situación biológico-profesional del trabajador a los requisitos legales.

La *incapacidad permanente parcial* se identifica con un porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del sujeto protegido no inferior al 33 por 100 de su rendimiento normal para la «profesión habitual» –«*profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada*»–. La dimensión relativamente reducida de este porcentaje evidencia la voluntad garantista del legislador, que busca hacer de este grado el básico para afrontar un amplísimo catálogo de discapacidades propias de personas que, sin embargo, tienen posibilidades de seguir prestando servicios profesionales.

Sin embargo, no deben confundirse los «grados de incapacidad permanente» con los denominados «*grados de minusvalía*» –aunque actualmente coincida el porcentaje exigido para la declaración de incapacidad permanente parcial y el grado mínimo de minusvalía–, útil a los efectos de aplicar todo un subsistema prestacional –el de los «minusválidos» (hoy «personas con discapacidad»)– que tuvo como eje cardinal la LISMI –Ley 13/1982, de 7 de abril, vigente hasta el 3 de diciembre de 2013, pues fue derogada por la letra *a*) de la disposición derogatoria única del RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social el 4 de diciembre de 2013–. La autonomía de las respectivas calificaciones de los órganos competentes, tanto de los técnicos como de los administrativos –INSS, para la incapacidad permanente; IMSERSO u órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma que haya asumido sus competencias en materia de Asistencia Social y Servicios Sociales–, está expresamente recogida en el RD 1.971/1999, de 31 de febrero. El ámbito adecuado para su estudio es, pues, como se verá, el de las prestaciones de acción social a favor de las personas con discapacidad.

El grado de *incapacidad permanente total* (IPT) se identifica con aquella situación de inhabilitación o ineptitud del trabajador para realizar todas o buena parte de las tareas correspondientes a la profesión habitual, pero que no perjudica su capacidad de realizar otra actividad profesional diferente (artículo 137.4 LGSS, en la redacción anterior a la reforma de 1997). Fuera de la decisión han de quedar, en estricta técnica jurídico-legislativa –otra cosa es lo que sucede en la práctica–, criterios tales como las posibilidades o expectativas reales del trabajador de poder acceder a esa otra actividad, o su situación socioeconómica. La incapacidad no ha de ser sólo la meramente física, sino que, conforme a una vetusta jurisprudencia, afecta a la aptitud global para trabajar «con un mínimo de capacidad y eficacia».

Dentro de este grado, también desde antiguo se viene reconociendo la denominada *incapacidad permanente total cualificada*, que acepta y presupone, pero no regula *ex novo* el actual artículo 194.2, párrafo 2.º, LGSS. Al atender a criterios heterogéneos, expresa el «debilitamiento» de la concepción profesional de la incapacidad permanente. El régimen jurídico ha de extraerse de la precedente

legislación y jurisprudencia, cuyas rigurosas exigencias hoy producen efectos disfuncionales que deberían revisarse [«hecho causante» posterior a la Ley 24/1972; tener, en el momento de la calificación de incapacidad permanente, cincuenta y cinco años, sin que este requisito sea discriminatorio (STC 137/1987); que concurran circunstancias profesionales –falta de preparación–, personales –edad, deficiente formación cultural–, o sociolaborales del lugar de residencia –deficiente mercado de trabajo–, que hagan presumir la dificultad para obtener empleo en actividad distinta de la habitual].

El siguiente grado (tercero) en la escala de incapacidades permanentes lo ocupa la *incapacidad permanente absoluta*, que es la que aparece concebida, en principio, con mayor severidad desde un punto de vista profesional, no así personal. Buena prueba de ello es que la legislación lo identifica con la situación de completa o radical ineptitud para «cualquier tipo» de trabajo, no ya sólo para el habitual como sucedía con el anterior grado. La rigidez con que viene legalmente concebida esta situación ha dado lugar a una interpretación mucho más atemperada por la jurisprudencia que, en aras de una mayor equidad –«interpretación humanitaria»–, ha flexibilizado el tenor literal, ciertamente a costa de individualizar –«subjetivar»– hasta el extremo los criterios de decisión.

Una posición propia y autónoma ocupa en la escala de incapacidades permanentes la denominada *gran invalidez*. En realidad, desde el criterio profesional no añade ninguna situación nueva, sino que nace de alguna de las generadas por los dos grados inmediatamente inferiores o precedentes. En efecto, la gran invalidez se identifica con una situación que, nacida a partir de la incapacidad permanente total o de la incapacidad permanente absoluta, implica la necesidad de estar asistido, para los actos básicos de la vida, por una tercera persona (antiguo artículo 137.6 LGSS). Por eso, la prestación económica adicional se concreta en una cantidad destinada a compensar los mayores gastos que supone esta situación de dependencia personal[10].

3. LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y SU RELACIÓN CON OTRAS PRESTACIONES: RÉGIMEN GENERAL DE COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

La inexistencia en el Sistema de Seguridad Social de un régimen de compatibilidad e incompatibilidad de las pensiones, mínimamente ordenado, completo y coherente, también se deja sentir, como no podía ser de otra manera, en las pensiones derivadas de la declaración de incapacidad permanente. Pero la legislación vigente –artículo 198 LGSS– se preocupa particularmente por establecer el régimen de compatibilidades entre, por un lado, el percibo de la pensión por incapacidad permanente y, por otro, la realización de un trabajo remunerado. Esta regulación, en términos generales, trata de favorecer la posibilidad de que la persona

[10] MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M.N. y MALDONADO MOLINA, J.A: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2020, *passim*.

declarada inválida incapacitada no pierda toda posibilidad de seguir incorporada al mercado de trabajo.

A tal fin, se acepta la compatibilidad con el trabajo remunerado tanto de la pensión por incapacidad permanente total –ordinaria o cualificada–. El alcance de esta regla era remitido a la regulación reglamentaria, que prevé la posibilidad de reducir el salario que pueda percibir el trabajador en la misma o distinta empresa, «cuando la invalidez del trabajador afecte a la capacidad exigida, con carácter general, para desempeñar el nuevo puesto de trabajo», sin que la reducción, que habrá de ser pactada con el empresario, pueda exceder del 50 por 100 del importe de la pensión (artículos 198 TRLGSS/2015 y 24.3 de la OM de 25 de abril de 1969). La versión actual, tras la reforma por la Ley 27/2011, ha suprimido esa remisión y la única condición que pone es que las funciones «no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total», lo que no deja de ser una obviedad, pues de lo contrario estaríamos ante un sinsentido o un fraude de ley. La ausencia de remisión a la normativa reglamentaria no parece que implique su derogación, pues se trata de una regulación complementaria con la legalmente prevista.

Esto hace que también se contemple la posibilidad de compatibilidad de la pensión por incapacidad permanente total con el subsidio por desempleo [artículos 213.1.*f*) de la LGSS y 16 del RD 625/1985]. Sin embargo, la regla sigue siendo la de extinción del derecho a la prestación por desempleo. Eso sí, «en estos casos de invalidez» –la ley no se libra del arcaico lenguaje– o incapacidad, «no obstante, el beneficiario podrá optar por la prestación más favorable».

Por lo que concierne a la incapacidad absoluta y gran invalidez, la propia norma legal establece condiciones para admitir la compatibilidad de las pensiones por los grados de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez con el trabajo, exigiendo que no perjudiquen su estado de inválido y no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión[11]. La jurisprudencia ha venido interpretando en sentido amplio este régimen de compatibilidad (sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1989). Sin embargo, paradójicamente, el nuevo apartado 3 del artículo 141 LGSS, incluido por la Ley 27/2011, en vigor desde el 1 de enero de 2014, prevé que el «disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el apartado 1 del artículo 165 de esta Ley»[12].

[11] MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R y MALDONADO MOLINA, J.A: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2020.

[12] Indica además el Tribunal Supremo, en la sentencia de 1 de julio de 2021 (recurso número 709/2021), que no cabe el acceso a la declaración de incapacidad permanente desde la jubilación cuando a ésta se haya accedido desde una situación de discapacidad.

3.1. Incapacidad permanente y trabajo

Una de las cuestiones que más litigios ha planteado en sede doctrinal y judicial es la relativa a la compatibilidad o no entre el desempeño de una actividad profesional y el disfrute de una incapacidad permanente. En principio, parece ésta una cuestión sencilla a tenor de las reglas dispuestas por la Ley General de la Seguridad Social. No obstante, el debate se complica dependiendo del grado de incapacidad permanente que afecte al solicitante, así como el carácter "principal y/o marginal" de la actividad a desempeñar y, por ende, su repercusión en la capacidad del trabajador.

La compatibilidad entre IP y trabajo se trata de una construcción legal[13] que, por otra parte, debe interpretarse de forma casuísticamente, pese a la indeterminación que presenta el artículo 198 de la LGSS. El debate que en sede judicial ha suscitado esta materia ha tenido un antes y un después. En efecto, hasta el año 1987 la jurisprudencia había sido muy reacia a admitir la validez jurídica entre trabajo e incapacidad permanente, sin embargo, la doctrina judicial fue, poco a poco, cambiando. De modo que ya se admite dicha compatibilidad y, con ello, el alta y las cotizaciones que del ejercicio de dicho trabajo genere el incapacitado con carácter permanente[14]. Ahora bien, esta regla no opera con carácter general y menos para todos los grados de incapacidad permanente, sino que a la misma hay que sumar, bajo un pretexto de fomento el "envejecimiento activo", algunas excepciones que –en función del caso concreto– va introduciendo paulatinamente la doctrina judicial[15]. Por otra parte, la Orden de 15 de abril de 1969, de aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social, establece en su artículo 24.3 y 24.4 el régimen de compatibilidades, del mismo modo que el Real Decreto Legislativo 8/2015[16]. De acuerdo con esta normativa, parece claro que

---

13 ROMERO RÓDENAS, Mª.J: "Compatibilidad de la incapacidad permanente con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, al no ser perjudicial o inadecuado al estado del trabajador", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Nº4/2019.

14 RON LATAS, R.P: *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2000, págs. 77 y siguientes.

15 SEMPERE NAVARRO, A.V y DEL ÁGUILA CAZORLA, O: "Artículo 141. Compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por incapacidad permanente", en VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V (Dir), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2003, pág. 752.

16 Inicialmente, la Ley General de la Seguridad Social contenían ya referencias a la imposibilidad de ejercicio de cualquier trabajo (de ahí, que el artículo 138.3 se intitulara "Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo"). De acuerdo con este precepto, el trabajador declarado en situación de Incapacidad Permanente Absoluta no podía ejercer ningún tipo de trabajo. En la reforma de la Ley General de la Seguridad Social —concretamente en su artículo 141—, el apartado 2 de este último precepto contiene una posible compatibilidad, cuando afirma que "las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta y gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión". Tal situación, sin duda, derivó en el Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, que modificó diversos aspectos de la normativa reglamentaria en materia de Invalidez Permanente. Dicha norma —refiriéndose al antiguo artículo 138 de la Ley General de la Seguridad Social— estableció en su artículo 2 la obligación de comunicar a la Entidad

tanto la incapacidad total como la absoluta no son un impedimento para el desarrollo de una actividad laboral y la percepción del correspondiente salario. La Ley no realiza ninguna matización, pero tampoco pone restricciones a esa compatibilidad siempre que el trabajador cumpla con los siguientes requisitos: 1) que el ejercicio de tales actividades no suponga mejoría de las lesiones o error de diagnóstico[17]; 2) la compatibilidad será con actividades (lucrativas o no)[18]; 3) tales actividades no pueden

Gestora cuando se simultanee "la percepción de la pensión con la realización de cualquier trabajo, por cuenta propia o ajena", dando lugar su incumplimiento a sanciones y al reintegro de las prestaciones indebidas.

Posteriormente, la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social dictó una Resolución, a fecha de 8 de octubre de 1991, por la que se declaraba compatible la actividad de venta de cupones de la ONCE con la invalidez permanente absoluta, "sin que la posibilidad de desarrollar tal actividad suponga mejoría de las lesiones o error de diagnóstico". Todo ello, sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de Seguridad Social y siempre que "... tales tareas por su entidad sean susceptibles de inclusión en alguno de los Regímenes del Sistema". Finalmente, el 2 de noviembre de 1992 se dicta por la Dirección General otra resolución que dispone las obligaciones de alta y cotización, sin perjuicio de su condición de pensionistas; teniendo en cuenta que ello no exime de la comunicación del inicio de cualquier trabajo retribuido a la Entidad Gestora. Y, además, todo ello será susceptible de revisión por la Entidad Gestora, quien podrá suspender la prestación cuando entienda que exista una situación de incompatibilidad. Véase LÓPEZ MOSTEIRO, R: "Compatibilidad entre gran invalidez e incapacidad permanente absoluta y trabajo en las prestaciones contributivas", *AFDUDC* nº10, 2006, págs. 677-678.

17 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de mayo de 1997 (*AS* 1997/1968). Aquí el tribunal hace una aclaración con respecto a las pensiones contributivas y las no contributivas, pues en las primeras la invalidez depende de la patología, mientras que en las segundas la invalidez va unida a la renta. Por ello, en las pensiones contributivas sí puede realizar trabajos compatibles con su estado y que no supongan una revisión —revisión que no puede ocurrir en este caso, al no existir error de diagnóstico ni mejoría de las lesiones— por lo que, de conformidad con la citada Resolución de 8 de octubre de 1991, concluye el Tribunal que "resulta improcedente suspender el pago de la prestación, en base a una situación (ejercicio de actividad laboral compatible) que no lleva aparejada tal medida".

18 Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1989 (RJ 1989/1974). Aquí el Alto tribunal aclara e interpreta el contenido de la LGSS respecto a la posibilidad de compatibilizar la invalidez permanente absoluta con el trabajo, a saber: " 1) que "es cierto, como destaca el motivo, que de la definición legal de incapacidad permanente absoluta del artículo 135.5 de la Ley General de la Seguridad Social se deriva una cierta dificultad teórica para aceptar una actividad laboral normal por parte del inválido"; 2) "pero frente a ello hay que señalar que la aparente rigidez de la definición se relativiza en el artículo 138.2 al contemplar la posibilidad del desarrollo por parte del perceptor de una pensión de incapacidad permanente absoluta de actividades –lucrativas o no– compatibles con su estado; referencia legal que no tiene las connotaciones de ocasionalidad y discontinuidad que le atribuye el motivo, como lo confirma el artículo 2.1 del Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, que impone a los pensionistas de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, que simultaneen la percepción de la pensión con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o propia, la obligación de comunicar tal circunstancia a la entidad gestora"; y 3) "se ponen así de relieve los límites prácticos de la calificación de la invalidez permanente que encierra siempre un juicio problemático sobre las expectativas de empleo desde parámetros de normalidad y bajo la subsistencia de determinadas condiciones; juicio que por su propia naturaleza no excluye la posibilidad de que, por especiales circunstancias de orden individual o social, sea posible una utilización de las capacidades residuales del inválido, incluso en supuestos objetivamente cualificados como de especial gravedad".

ser las mismas por las que fue declarado en incapacidad permanente[19]; 4) que las actividades sean de carácter marginal u ocasional, no pudiendo constituir la actividad principal o el núcleo de una profesión[20]; 5) debe generarse la obligación de alta y cotización[21]; 6) las actividades habrán de ser compatibles con el estado del inválido[22] y 7) que el desarrollo de la actividad profesional no genere un cambio en la capacidad de trabajo a efectos de revisión[23].

---

19 La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1986 (RJ 1986/3967) afirma que: "... las actividades compatibles no son, ni pueden ser, las mismas que el trabajador venía realizando cuando surgió la contingencia determinante de la Invalidez Absoluta: es evidente que aquellas tienen que ser de otro orden, objetivo o marginal".

20 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de marzo de 2003 (JUR 2003/149609). Recuerde aquí el TSJ que la jurisprudencia laboral ya ha concretado, en multitud de sentencias, lo que se entiende por trabajo marginal, por ejemplo: " 1) los de Administrador Único y Gerente de S.L., en un caso en que la esposa y él eran únicos propietarios, teniendo reconocida una Gran Invalidez, según una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 de abril de 2000; 2) los correspondientes al desempeño del cargo remunerado de Concejal de Ayuntamiento, según una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 22 de enero de 2001, que permite mantener la percepción de una pensión de Gran Invalidez; 3) los concernientes a la ocupación en un puesto de trabajo de control de vehículos en un garaje, según una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20 de febrero de 2001, que permite la compatibilidad de dicho trabajo con el percibo de una pensión de Incapacidad Permanente Absoluta; 4) los relativos al trabajo como coordinador de un centro especial de empleo, según una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de abril de 2003, que declara compatible dicho trabajo con el percibo de una pensión de Incapacidad Permanente Absoluta; y 5) los llevados a cabo en el ámbito de la formación vial, según una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de octubre de 2005 (AS 2005/2701), que permite su compatibilidad con una Incapacidad Permanente Absoluta".

21 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 26 de septiembre de 2005 (recurso 262/06).

22 Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8573).

23 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 29 de noviembre de 2002 (JUR 2003/101256). La "Sala entiende que el Art. 141.2 LGSS condiciona la compatibilidad del disfrute de pensión de incapacidad permanente absoluta con una actividad profesional a la concurrencia de dos presupuestos: que ese trabajo sea idóneo para las facultades laborales de quien lo lleve a cabo y que su ejecución no denote la procedencia de la revisión, por evidenciar un cambio en la capacidad laboral. Puesto que el INSS no ha procedido a la revisión del grado de invalidez del Sr. Pedro Jesús, hemos de pensar que este segundo requisito no se cuestiona, y sí el primero. Esta es la razón por la que aquél alega que el trabajo que realiza no es perjudicial para su salud, lo que supone, tácitamente, que es adecuado para sus facultades laborales. Pero lo cierto es que la valoración de tal idoneidad debe ponerse en relación con la patología que dio lugar al reconocimiento de la invalidez. Al respecto se advierte que el Sr. Pedro Jesús padecía en el año 79 artrosis lumbar de notable entidad y muy importante déficit de extremidad inferior derecha, hasta el punto de precisar el uso de bastones de codera. Actualmente no consta expresamente probado cuál es el estado del trabajador, ni éste ha suscitado este extremo como elemento relevante de debate, posiblemente porque, como se ha dicho, tampoco se plantea la procedencia del grado de revisión de incapacidad permanente ya reconocido. Lo que sí consta es que el cometido propio de operario polivalente implica funciones de matarife (trabajo de apuntillado, degüello, desuello, desventración de animales) y limpieza de naves de matanza, pareciendo indudable que un trabajo como el indicado, de evidente esfuerzo físico, no puede resultar idóneo para quien ya en el año 75 padecía importante limitación articular de columna lumbar y pierna derecha y no consta haya cambiado su estado funcional".

Por lo tanto, dependiendo del grado de incapacidad permanente podrá compatibilizarse o no la prestación de la actividad profesional con las pensiones por incapacidad permanente. Cuando la incapacidad derive de una enfermedad profesional no se tiene en cuenta el grado[24], pues el artículo 43 de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969 permite compatibilizar la prestación con cualquier trabajo, siempre que se obtenga la pertinente y previa autorización de la entidad gestora. Ahora bien, la incapacidad permanente total resulta compatible con el salario que pueda percibir la trabajadora o el trabajador, en la misma empresa o en otra distinta[25], pero siempre que las funciones desempeñadas por el incapacitado no coincidan con las que dieron lugar a la incapacidad (artículo 198.1 de la LGSS)[26]. Con carácter general, las pensiones por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez no impiden el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión (artículo 198.2 LGSS), incluso si provocan el deber de alta y cotización en algún régimen de Seguridad Social. En este sentido, se ha pronunciado ya el Tribunal Supremo quien interpreta de manera flexible y protectora las reglas de compatibilidad "trabajo e incapacidad permanente" que prevé la LGSS, a saber: "... la experiencia muestra que, por grave que pueda ser el estado del incapacitado, siempre resta una capacidad de trabajo residual que puede ser utilizada, incluso de forma regular, en determinados empleos" (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2009 (rcud. 1674/2008). En otras palabras, hay que estar a las circunstancias del caso concreto[27] y orientar la interpretación en

[24] Entre otras enfermedades, serán reconocidas con el grado de incapacidad permanente absoluta las siguientes: la Depresión mayor recurrente grave, la Fibromialgia y Fatiga Crónica en grado IV, el Déficit visual severo, Esquizofrenia, Trastorno bipolar, Trastorno esquizoafectivo, Alzhéimer, Parkinson, epilepsia, enfermedades cardíacas, cardiopatías, esclerosis múltiple, Artritis reumatoide, Tumores, Lupus, Parálisis, Obstrucción intestinal, Trasplantes óseos, Enfermedad de Chron, Traumatismo Cranoencefálico Severo, Encefalomielitis, Polineuropatía crónica desmielinizante, Enfermedad renal crónica, Lupus eritematoso, Infección por VIH, Diabetes Mellitus Tipo I... etcétera.

[25] Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2002 (rec. núm. 1651/2001), 28 de julio de 2003 (rec. núm. 3669/2002), 2 de marzo de 2004 (rec. núm. 1175/2003), 15 de octubre de 2004 (rec. núm. 5809/2003) y 29 de octubre de 2004 (rec. núm. 5644/2003).

[26] Indica el Tribunal Supremo: "En definitiva, admitido por las partes que el demandante desarrolla ahora una profesión distinta y tareas diversas a aquella para la que fue declarado en situación de incapacidad permanente total, resulta innecesario analizar si las secuelas que fueron tenidas en cuenta para esa declaración también la inhabilitaban para la realización de las tareas básicas de la nueva profesión, pues aunque ello ocurriese, estaríamos ante un supuesto de afectación de la capacidad que permitiría a empresario y trabajador mermar la retribución de los servicios prestados, pero nunca les obligaría a hacerlo y, desde luego, carece de incidencia en el derecho que la demandante tiene a cobrar la prestación que percibe por su imposibilidad de realizar las tareas básicas de una profesión distinta a la que ahora desarrolla" (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2005, recurso 841/2004).

[27] RIVAS VALLEJO, P: "El dudoso concepto de profesión habitual y la extinción del contrato por incapacidad permanente total cuando se adaptaron las condiciones de trabajo", *revista Jurisprudencia Laboral*, Nº10, 2020.

un sentido flexible[28]. Se advierten así dos elementos esenciales en su regulación, de un lado, las relaciones entre el trabajo y el estado del incapacitado, por lo que sólo cuando aquellas actividades sean inadecuadas o perjudiciales habrá entonces que considerarlas incompatibles. Y, de otro, nada impide que opere la revisión de la incapacidad permanente cuando se experimente un "cambio en la capacidad de trabajo", es decir, una mejoría[29] (artículo 198.2 de la LGSS)[30].

En la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1979 se indica que "el trabajador en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, por lo dispuesto en el art. 24.4 de la Orden de 15 abril 1969, puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna, sin que en ningún extremo de la disposición legal se afirme que sólo puede desempeñar actividades superfluas, accidentales o esporádicas" y la sentencia del

[28] En contra, se ha afirmado que la actividad compatible a la que alude el antiguo artículo 141.2 de la LGSS no comprende "el núcleo funcional de una profesión u oficio, cualquiera que sea, pues a todos afecta tal grado de invalidez" (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1988 y 26 de diciembre de 1988), sino que va referida a labores de orden adjetivo o marginal (sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1986, 19 de diciembre de 1988 y 26 de diciembre de 1988), pues "no deben manifestar un cambio en su capacidad de trabajo, ya que, de producirse éste, operaría la revisión, con las consecuencias económicas correspondientes" (sentencia del Tribunal Supremo 26 de enero de 1989). Por lo tanto, la disminución en la capacidad de trabajo debe seguir estando latente y no debe haberse producido modificaciones en su estado. No obstante, dicha situación puede permitir de forma paralela el desarrollo de determinadas actividades, que deberán ser compatibles con la situación de incapacidad laboral. En efecto, se trata de situaciones muy específicas, pero que ciertamente pueden producirse en la realidad, siendo, pues, criticable la negación automática de protección para este tipo de supuesto de hecho.
Esta conclusión, de que la actividad laboral compatible con las situaciones de incapacidad absoluta o gran invalidez, por necesidad, ha de ser de escasa significación, se dice que es una consecuencia de que la interpretación del antiguo artículo 141.2 de la LGSS ha de llevarse a cabo en función de los principios que inspiran la legislación de Seguridad Social, debiendo rechazarse una conclusión que contradice plenamente el sistema y el concepto de incapacidad absoluta. En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1985, reiteradas por la de 13 de mayo de 1986, "... el legislador se refiere única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal e intrascendente, en el sentido de ser de mínima significación y relieve, porque otro entendimiento del precepto rompería de manera frontal con todo el sistema y con la doctrina de la Sala que tiene reiteradamente declarado que la incapacidad permanente absoluta es aquella situación que impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea, con lo que de mantenerse un criterio amplio en la interpretación del precepto citado, el resultado sería, de contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo". En este sentido, vemos cómo este criterio supone una interpretación sumamente restrictiva para las personas con incapacidad, que impide su desarrollo personal mediante el trabajo y el acceso al mismo en condiciones de igualdad.

[29] BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I: "La suspensión de la relación de trabajo por incapacidad permanente con previsible revisión por mejoría", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol.2, Nº7-8, 2009, págs. 95-107.

[30] Esta singular compatibilidad, que en buena lógica debe entenderse aún más limitada que en el caso anterior, también se acota legalmente a partir de la edad de jubilación, dado que desde ese momento la pensión se declara expresamente incompatible con trabajos por cuenta propia o por cuenta ajena que determinen la inclusión del pensionista en algunos de los regímenes de seguridad social, "en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva" (artículo 198.3 de la LGSS).

Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1989 considera inaplicables las limitaciones que derivan del art. 138.2 de la Ley General de Seguridad Social de 1974 a quienes habían sido declarados en situación de incapacidad permanente absoluta sin derecho a prestaciones. Por todo ello, más allá del tipo de contrato (temporal o fijo) o de la modalidad de jornada (completa o parcial)[31] lo importante será la naturaleza del trabajo a desarrollar, que deberá ser compatible con la situación incapacitante del beneficiario en aplicación del artículo 198 LGSS. Esta línea jurisprudencial mantiene la plena compatibilidad trabajo/pensión ("las pensiones... no impedirán... aquellas actividades... compatibles"), al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida, que resulta exigible ex artículo 35 de la Constitución Española, siendo de destacar que la remisión al desarrollo reglamentario se hace exclusivamente en el apartado primero del precepto, para la incapacidad permanente total.

Negar este derecho al trabajo supondría un ataque directo a la dignidad de la persona, que intenta desarrollarse personalmente a través del trabajo, así como una restricción de una facultad reconocida legalmente que podría dar lugar a situaciones discriminatorias.

Aparte, tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras (pensión de jubilación/nueva prestación por incapacidad permanente absoluta; con independencia del régimen de incompatibilidad de pensiones y del derecho de opción que establece la LGSS), lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo –psicofísico– por parte del incapacitado (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2019 (rcud. 2648/2019) y 20 de septiembre de 2005 (rcud. 3115/2004).

En la jurisprudencia se ha observado un cambio de criterio en cuanto que, cada vez más, se ha reiterado en la compatibilidad entre el percibo de la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y el desempeño de trabajos por cuenta propia y ajena, aunque los mismos se hayan realizado a jornada completa. Y ello es porque la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 resulta de aplicación *ultra vires*, es decir, se trata de una norma que va más allá de las reglas que marca la Ley General de la Seguridad Social (tal y como reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2019 (rcud. 2648/2019).

Al hilo de esta previsión, algunas sentencias vienen manteniendo la compatibilidad entre la pensión por permanente absoluta y gran invalidez con el desempeño de una pluralidad de actividades, a jornada completa, y empleando las

[31] En este punto, llama la atención la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2021 (recurso número 155/2021) en donde se declara la nulidad parcial del precepto legal que regula las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común de los trabajadores contratados a tiempo parcial, tras aplicar el principio de igualdad y no discriminación que reconoce la Constitución Española.

nuevas tecnologías (entre las que se encuentra el teletrabajo). De manera que la compatibilidad defendida supone, en este marco, una importancia considerable para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008 y 14 de octubre de 2009).

Cuando se trate de una incapacidad permanente total, la jurisprudencia viene interpretando que la capacidad laboral restante permite la posibilidad de seguir generando rentas salariales por la misma u profesión diferente a la habitual (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 9 de marzo de 2006 (rcud. 1377/2005). Expresamente se declara la compatibilidad de la pensión correspondiente a este grado de incapacidad con el salario que pueda percibir la trabajadora o el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total (artículo 198.1 LGSS). Esta regla de compatibilidad con otro trabajo en la misma empresa plantea a veces el problema de calificación de la situación del trabajador o la trabajadora con ocasión de los actos de revisión de la incapacidad permanente total previamente reconocida, especialmente en aquellos ámbitos en los que se establece un nivel de "segunda actividad" con menores exigencias profesionales (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2019 (rcud. 2296/2019).

En la incapacidad permanente total la jurisprudencia teniendo en cuenta la merma que sobre el rendimiento de la persona interesada causa el conjunto de actividades que integran su profesión habitual y no sólo a las que corresponden a la eventual situación de "segunda actividad" (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2012 [RJ 2012, 8955] y 22 de mayo 2012 [RJ 2012, 6687]). Por ello, es posible legalmente compatibilizar el percibo de la pensión correspondiente con "el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión" (artículo 198.2 LGSS)[32]. Esta singular compatibilidad que debe entenderse limitada no puede, sin embargo, entenderse excluida de forma general y acusada, sin dejar margen alguno en la práctica por un criterio jurisdiccional restrictivo, que viene incluso a contradecir los propios términos del artículo 198 de la LGSS.

Empero, el percibo del incremento del 20% de la base reguladora de la incapacidad permanente total resulta incompatible con la realización de trabajos por cuenta ajena o propia, así como con las prestaciones de Seguridad Social que puedan derivarse de dichos trabajos como, por ejemplo: los subsidios por incapacidad temporal y de maternidad que persistan más allá de la relación laboral o la actividad

[32] Cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2020 (recurso número 792/2020) en donde se reconoce la posibilidad compatibilizar la incapacidad permanente total con el desempeño de la segunda actividad de un policía autonómico. Véase, para un conocimiento más exhaustivo, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: "Incompatibilidad entre la incapacidad permanente total y la segunda actividad en la Policía Autónoma Vasca: Comentario a la STS, Social, de 23 de septiembre 2020 (núm. 792/2020), *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº28, 2021.

profesional o las prestaciones de desempleo que pudieran corresponder por los mismos.

La jurisprudencia ha ido, poco a poco, flexibilizando el concepto de incapacidad absoluta llegando a calificar como incapacitado permanente: a) a quien no es capaz de realizar una actividad profesional con un mínimo de rendimiento y eficacia, o con un mínimo de profesionalidad (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1986 [RJ 1986, 1931] y 21 de enero de 1988 [RJ 1988, 33]); b) también podrá calificarse como de incapacidad permanente absoluta la situación del afectado cuando no pueda realizar la mayor parte de las profesiones u oficios; c) asimismo, cuando el trabajador no puede soportar unos mínimos de dedicación, diligencia y atención, que son indispensables en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales, sin poner en riesgo su vida: " la prestación de un trabajo, por liviano que sea, incluso sedentario, sólo puede realizarse mediante la asistencia diaria al lugar de empleo, permanencia en él durante toda la jornada, estar en condiciones de consumar una tarea, siquiera sea leve, que ha de demandar un cierto grado de atención, una relación con otras personas y una moderada actividad física; sin que sea posible pensar que, en el amplio campo de las actividades laborales, existe alguna en la que no sean exigibles salvo que se den un verdadero espíritu de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia en el empresario" (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1986 [RJ 1986, 698]).

3.2. ¿Compatibilidad o incompatibilidad entre pensiones? Envejecimiento activo *versus* sostenibilidad del sistema pensiones

Con carácter general, en el ordenamiento de la Seguridad Social rige el principio de unicidad de prestación, por lo que las pensiones son incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, salvo cuando expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente (tal y como indica el artículo 163.1 de la LGSS)[33].

Por lo que, en el momento en que se produzca tal incompatibilidad, la persona que pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas, debiendo renunciar a la otra. A este respecto, para las pensiones por incapacidad permanente, indica el segundo párrafo del artículo 195.1 de la LGSS que dichas prestaciones no podrán reconocerse cuando la persona tenga derecho a percibir la pensión de jubilación[34]. En idénticos términos se establece que, cuando el sujeto ya disfrute de

[33] SELMA PENALVA, A: "Supuesto especial de compatibilidad entre prestación de IPT, jubilación y trabajo. STSJ del País Vasco de 18 de junio de 2015 (AS 2015, 1620)", *Nueva revista española de Derecho del trabajo*, Nº191, 2016, págs. 273-281. LÓPEZ ANIORTE, M.C: "Dinámica de la pensión de jubilación y nuevo régimen de compatibilidad con el desarrollo de una actividad", en VV.AA., LÓPEZ ANIORTE, M.C. y GARCÍA ROMERO, M.B (Coords), *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 135 y siguientes. Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación,* Murcia, Laborum, 2020.

[34] "No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad

la prestación por incapacidad permanente, ésta se transformará en una pensión de jubilación, con la misma cuantía y condiciones que las que viniera percibiendo al cumplir la edad legal de jubilación (artículo 200.4 de la LGSS).

Se aprecia entonces que, aunque el legislador se ocupe expresamente de precisar que la declaración de ITP es compatible con el trabajo en determinadas circunstancias, nuestro ordenamiento jurídico no incluye por el momento ninguna especialidad por lo que respecta al cálculo de la base reguladora de la pensión de cotización de una persona que compatibilice prestación por IP Total y una segunda actividad[35], menos aún cuando se produzca la jubilación parcial del beneficiario para esta segunda actividad. En otras palabras, si durante el transcurso de su vida activa un sujeto compatibilizaba una prestación equivalente al 55% de la base reguladora calculada en función de su primitiva base de cotización y con los ingresos provenientes de su actividad profesional (bien por cuenta propia o por cuenta ajena), llegado el momento en el que acceda a la jubilación total, esta doble vía de ingresos desaparece (salvo supuestos muy particulares y excepcionales de pluriempleo)[36]. La única excepción, a esta regla general, es la que establece el artículo 5.1 del RD 691/1991 *sobre cómputo recíproco de cuotas en distintos regímenes de Seguridad Social*. Normativa ésta que se refiere a prestaciones causadas en diferentes regímenes y siempre que se haya optado por no totalizar las cotizaciones efectuadas en uno y otro[37].

prevista en el artículo 205.1.a) y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social".

35 SELMA PENALVA, A: "Posibilidades de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol.6, Nº2, 2013.

36 BARRIOS BAUDOR, G.L: "La cotización durante el percibo de la pensión de jubilación parcial: Estado de la cuestión" en *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social celebrado en Madrid., Murcia, Laborum, 2013, pág. 262.

37 En el caso de no optar por la totalización de cuotas, sí se podrían producir supuestos de compatibilidad entre dos pensiones de jubilación generadas respectivamente en regímenes diversos y ello, en virtud del principio *pro operario*. En los últimos años se está empezando a reconocer judicialmente otra forma de compatibilidad bastante particular: se trataría de la que se empieza a admitir en las poco frecuentes situaciones en las que se produce una eventual concurrencia entre dos «particulares» pensiones de jubilación: una de ellas generada en un régimen de Seguridad Social y otra, proveniente de una previa prestación de incapacidad permanente causada en otro régimen diferente pero que, al cumplir el beneficiario la edad legal de jubilación, ha pasado a considerarse, de forma sobrevenida, pensión de jubilación. Eso sí, debe insistirse en que esta flexibilización sólo podrá tener lugar en el supuesto de que las cotizaciones utilizadas para generar la pensión en uno de los regímenes no se hayan tenido en ningún momento en cuenta para calcular la pensión de incapacidad permanente causada en el otro –entre otras, véase las sentencias del TSJ de Asturias, de 8 de marzo de 2013 y de 10 de mayo de 2006 (rec. 4521/2004) y más recientemente, la llamativa sentencia TSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 16 de junio de 2015 (rec. 927/2015)–. Su principal ventaja radica en que, siempre que no se supere la cuantía máxima de las pensiones, permitirá que el sujeto en cuestión cuente simultáneamente con dos vías de ingresos: los que genera su pensión de jubilación y también los que le sigue reportando la que venía siendo una prestación por incapacidad permanente total ahora convertida en pensión de jubilación. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER; VALDÉS DAL-RÉ Y CASAS BAAMONDE, Mª.E: "La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para

A pesar de estos postulados, lo cierto es que el legislador ha puesto en marcha distintas iniciativas para permitir compatibilizar, de un lado, el desempeño de una actividad profesional con la jubilación parcial del trabajador y, de otro, el disfrute de una incapacidad permanente total con la jubilación parcial. En efecto, a fin de promover el "envejecimiento activo" que tanto aspira a conseguir el colectivo comunitario, se introducen una serie de excepciones a la regla general que pretenden no sólo incrementar la recaudación del sistema de Seguridad Social sino, al mismo tiempo, compensar la minoración en la cuantía media de las pensiones de jubilación para así garantizar una subsistencia digna.

El dilema entre la promoción del envejecimiento activo o la estabilidad presupuestaria del sistema institucional de la Seguridad Social se ha situado, hoy día, en el punto de mira doctrinal, lo que ha originado una fuerte tensión dialéctica que se eleva tanto a nivel nacional como europeo. De ahí, que unas de las cuestiones que más se hayan debatido en la nación española y que, de hecho, han incidido en el informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo[38] de 2020 sea ésta[39]. Y es que con el objetivo en mente de que en un futuro el sistema de Seguridad Social pueda seguir haciendo frente a la protección de las personas que se encuentran en situación de necesidad, otorgando así una cobertura protectora amplia y eficaz, se han adoptado algunas medidas de urgencia que "supuestamente" tratan de compensar estos dos factores –envejecimiento demográfico y búsqueda de equilibrios financieros del sistema de pensiones públicas[40]–.

Con el objetivo en mente de "prolongar la vida activa" de los trabajadores, el legislador ha establecido en estos últimos años una serie de reformas legislativas que buscan compatibilizar la actividad profesional, con el disfrute de una pensión de jubilación[41]. Por lo que se amplían así el número de excepciones a la tradicional regla

favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo", *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica,* nº5, año 29, mayo 2013, pág. 3. Un tratamiento completo de la problemática del envejecimiento activo puede encontrarse en la obra colectiva, MONEREO PÉREZ, J.L y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.): *Envejecimiento Activo y Vida Laboral*, Granada, Comares, 2019, 632 pp.

38 https://www.congreso.es/web/guest/notas-de-prensa?p_p_id=notasprensa&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_notasprensa_mvcPath=detalle&_notasprensa_notaId=38150

39 Una perspectiva jurídico-crítica del conjunto sobre las recomendaciones de la nueva versión del Pacto de Toledo, en MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* nº 25, 4º Trimestre 2020.

40 MONEREO PÉREZ, J.L: "Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria", en VV. AA, MONEREO PÉREZ, J.L (Dir), *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, Granada, Comares, 2010, pág. 146.

41 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 VV. AA, MONEREO PÉREZ, J.L y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs y Coords), *La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011, pág. 5. MONEREO PÉREZ, J.L: "Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria", en VV. AA, MONEREO PÉREZ, J.L (Dir), *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, Granada, Comares, 2010, pág. 146. MONEREO PÉREZ, J.L y

de la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo. Principalmente, representativas han sido aquí las reformas operadas por las Leyes 27/2011 sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y el RD-Ley 5/2013 de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

A pesar de esfuerzos para intentar elevar los ingresos que perciben los trabajadores una vez jubilados, lo cierto es que en los supuestos en los que el trabajador afectado por una incapacidad permanente total se jubila parcialmente no se establecen previsiones específicas[42]. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2020 (número de recurso 591/2020) admite la compatibilidad entre las pensiones de incapacidad permanente total y la jubilación parcial causada en un mismo régimen. Sin embargo, queda claro que en el momento en que el trabajador pase a la jubilación ordinaria, ambas prestaciones serán incompatibles, con el derecho del pensionista a optar por la prestación que considere más conveniente[43]. En esta misma línea, se mantuvo la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de noviembre de 2017, al desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la Tesorería General de la seguridad Social (TGSS) y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 35 de Madrid (y publicada el 13 de enero de 2017) contra los autos 363/2016, seguidos a instancia de Don Jacinto.

En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2020 efectúa una interpretación del artículo 163.1 de la LGSS (anterior 122 del Texto Refundido 1/1994, de 20 de junio) olvidando, por contra, lo previsto por el artículo 14 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, así como su jubilación parcial. Ciertamente, el Tribunal

FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: *La sostenibilidad de las pensiones públicas: análisis de la ley 23/2013, de 23 de diciembre reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2014. LÓPEZ GANDÍA, J: "La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones", *Documentación laboral*, nº 99, 2013, Vol.III, pág. 57. VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*., Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, págs. 169-173. ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2002. SÁNCHEZ URÁN-AZAÑA, Y: "Jubilación parcial: mitos y realidades. ¿Revitalización de una institución "fracasada"?. ¿Soluciones coyunturalmente satisfactorias o soluciones estructuralmente adecuadas, sostenibles y seguras?, *Universidad Complutense de Madrid*, 2013, pág. 2. BARRIOS BAUDOR, G.L y DEL VALLE DE JOZ, J.I: *Jubilación parcial y contratos de trabajo vinculados (a tiempo parcial y de relevo)*, Navarra, Thomson Reuters, 2010, págs. 16 y siguientes. CAVAS MARTÍNEZ, F y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C: "La reforma de la jubilación anticipada y parcial" en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, Mª.N (Dirs y Coords): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, págs. 633. GARCÍA MURCIA, J: "Las nuevas reglas sobre jubilación parcial y jubilación anticipada: el RDL 572013", *La Ley*, nº 269, mayo-junio 2013, págs. 8-10. LÓPEZ INSUA, B.M: "La jubilación parcial en el marco de las políticas de fomento del envejecimiento activo y de reparto del empleo", *Revista Trabajo y Derecho*, Nº16, 2016, págs. 53-72.

42 MONTOYA MELGAR, A: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2020, págs. 350 y 680. RON LATAS, R: *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2000.

43 Y, todo ello, en línea con otros pronunciamientos como la del TSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 16 de junio de 2015 (rec. 927/2015).

Supremo no entra a estudiar exhaustivamente esta materia debido a que no se cumple el principio de contradicción que describe el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en tanto que no puede producirse ninguna contradicción en la doctrina cuando falta uno de los términos de equiparación, esto es, la sentencia que cita la parte recurrente no cumple con los requisitos de identidad que establece el artículo 219 de la Ley de la Jurisdicción de los Social. En particular la sentencia de contraste que presenta la actora es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha de 12 de abril de 2013 (número de recurso 5449/2012), la cual describe los siguientes hechos: "... el 28.11.2002 el INSS reconoció al actor, una IPT para su profesión habitual de conductor, iniciando el 23.12.2002 prestación de servicios como "controlador" para la empresa Mantenimiento Bus S.L. Solicitado a los 60 años de edad el reconocimiento de jubilación parcial le fue concedida por resolución de 15.12.2010 y el INSS le dio de baja en la prestación de IPT. Presentada el 14.01.2011 reclamación previa, que fue desestimada por resolución del INSS de 11.03.2011. La Sala concluía la desestimación de la pretensión actora, señalando que "En definitiva, si el demandante ha obtenido la pensión de jubilación parcial con cargo a las mismas cotizaciones que han servido para generar el derecho a la pensión de invalidez no es admisible que perciba simultáneamente ambas pensiones, debiendo optar por una de ellas siempre y cuando la de invalidez lo sea con cargo a contingencias no profesionales".

Esta sentencia confirma el pronunciamiento de instancia por la que se admite la compatibilidad entre la incapacidad permanente total y la jubilación parcial. Y es que, para el Tribunal Superior de Justicia, el fin último es determinar si la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual resulta o no compatible con la jubilación parcial causada en trabajo diferente[44].

Claramente concurre un supuesto de compatibilidad en la situación jubilación parcial con el trabajo que desarrolla habitualmente el trabajador declarado en IPT. Y es que, no se olvide que, aunque don Jacinto es declarado en incapacidad permanente total se considera potencialmente activo para el desempeño de su profesión habitual, por lo que puede seguir desarrollando las tareas básicas que hasta entonces constituían su profesión. A este respecto, el artículo 14 del Real Decreto 1131/2002 declara la incompatibilidad con las pensiones de incapacidad permanente, en los grados de absoluta y gran invalidez, así como de incapacidad permanente total para el trabajo que se preste en virtud del contrato que dio lugar a la jubilación parcial, pero sin prohibir expresamente la compatibilidad de la jubilación parcial con la eventual pensión por IPT que pudiese venir percibiendo el trabajador en virtud de una segunda actividad en su momento declarada compatible con el estado del inválido.

Teniendo en cuenta la dicción literal del mencionado precepto, el criterio que vienen estableciendo los tribunales resulta favorable a la compatibilidad entre ambas prestaciones, como lo era el trabajo que efectuaba el interesado con la pensión de

[44] En esta línea, véase la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2014 (rec. 1600/2013).

IPT que venía percibiéndose, aunque eso sí, a estos efectos se venía exigiendo un requisito adicional y es que en el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación parcial no resultase necesario tener en cuenta algún período de cotización anterior en el tiempo a la concesión de la incapacidad permanente (de acuerdo con el criterio jurídico del INSS 8/2001). Ahora bien, en el caso que ha analizado previamente el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y ahora el Tribunal Supremo, no concurren estas circunstancias, pues tras el reconocimiento de la pensión de IPT el interesado acredita casi 19 años de cotización. Un periodo éste suficiente para completar el mínimo de cotización exigible para el acceso a una pensión de jubilación.

En cualquier caso, se debe fomentar el envejecimiento activo. Por lo que, si en su momento era posible la pensión de IPT con el trabajo en el que se pretenden causar la jubilación parcial, habrá de extenderse ahora esa misma compatibilidad al caso que nos entraña. En sintonía con esta idea se encuentra el pronunciamiento del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 28 de octubre de 2014 (recurso 1600/2013), en donde se afirma que la articulación que se efectúa entre las prestaciones de IPT y la de jubilación parcial es coherente con el encaje que sobre las mismas se ejecuta en el conjunto del sistema de la Seguridad Social y en sintonía con esa función de sustitución de rentas. Así es, si la pensión de IPT equivale a sólo un 55% de la correspondiente base reguladora, porque al trabajador le queda capacidad suficiente para poder realizar otra actividad y percibir así unos ingresos complementarios, compatibles con la pensión, el trabajador puede después jubilarse parcialmente y compatibilizar la IPT para la profesión habitual con la pensión de jubilación en una segunda actividad.

En cuanto al cómputo de las cotizaciones anteriores a la declaración de la IPT para el acceso a la pensión de jubilación parcial o la determinación de su cuantía, la sentencia de 2014 del Tribunal Supremo recuerda que hay que considerar que las mismas han podido dar lugar a otras prestaciones (incapacidad temporal, desempleo, etcétera) a lo largo de la vida laboral del interesado, por lo que se descarta –al no ser coherente con el funcionamiento del sistema– que no puedan computarse para conceder la jubilación parcial las cotizaciones correspondientes a periodos anteriores a la declaración de la incapacidad permanente[45].

4. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2002.

[45] SELMA PENALVA, A: "Jubilación del trabajador en situación de incapacidad permanente total para la profesional habitual. Del envejecimiento activo y otros problemas de interpretación y aplicación del derecho", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales,* Nº24, 2016, págs. 46-64.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M: "La Incapacidad permanente: configuración general, acceso y mantenimiento. Ponencia al XIV Congreso de la Asociación Española de Salud y seguridad Social", en VV. AA: RODRÍGUEZ INIESTA, G., ORTIZ CASTILLO, F y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords.): *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M: "La incapacidad permanente: su evolución en el proceso de reforma de la Seguridad Social", en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.M.(Coords.): *La Seguridad Social a la Luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor Vida Soria con motivo de su jubilación,* Granada, Comares, 2008.

BARRIOS BAUDOR, G.L y DEL VALLE DE JOZ, J.I: *Jubilación parcial y contratos de trabajo vinculados (a tiempo parcial y de relevo)*, Navarra, Thomson Reuters, 2010.

BARRIOS BAUDOR, G.L: "La cotización durante el percibo de la pensión de jubilación parcial: Estado de la cuestión" en *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, AA.VV., Murcia, Laborum, 2013.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I: "La suspensión de la relación de trabajo por incapacidad permanente con previsible revisión por mejoría", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol.2, Nº7-8, 2009.

CAVAS MARTÍNEZ, F y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C: "La reforma de la jubilación anticipada y parcial" en VV. AA, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, Mª. N (Coords): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008.

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 de principio", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2016.

ENGISCH, K: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001.

GARCÍA MURCIA, J: "Las nuevas reglas sobre jubilación parcial y jubilación anticipada: el RDL 572013", *La Ley*, nº 269, mayo-junio 2013.

GONZÁLEZ ORTEGA, S: "La valoración y revisión de la incapacidad permanente", VV.AA.: RODRÍGUEZ INIESTA, G., ORTIZ CASTILLO, F y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords.), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social celebrado en Madrid, Murcia, Laborum, 2017.

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

IHERING, R. V: *El fin en el derecho*, estudio preliminar "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho" por MONEREO PÉREZ, J.L., Comares, Granada, 2011.

LOPEZ ANIORTE, M.C: "Dinámica de la pensión de jubilación y nuevo régimen de compatibilidad con el desarrollo de una actividad", en VV.AA., LÓPEZ ANIORTE, M.C. y GARCÍA ROMERO, M.B (Coords), *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LÓPEZ GANDÍA, J: "La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones", *Documentación laboral*, nº 99, 2013, Vol.III.

LÓPEZ INSUA, B.M: "La jubilación parcial en el marco de las políticas de fomento del envejecimiento activo y de reparto del empleo", *Revista Trabajo y Derecho*, Nº16, 2016.

LÓPEZ MOSTEIRO, R: "Compatibilidad entre gran invalidez e incapacidad permanente absoluta y trabajo en las prestaciones contributivas", *AFDUDC* nº10, 2006.

MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: *La sostenibilidad de las pensiones públicas: análisis de la ley 23/2013, de 23 de diciembre reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2014.

MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ INSUA, B.M: "Incapacidad permanente total y compatibilidad con la jubilación parcial: la tendencia expansiva y su significación jurídica. Comentario a la STS de 2 de julio de 2020", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº58, 2021.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.): *Envejecimiento Activo y Vida Laboral*, Granada, Comares, 2019.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C: "El derecho a la protección de las personas 'con minusvalías' (artículo 49)", en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (Coords.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Comares, 2002.

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

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 VV. AA, MONEREO PÉREZ, J.L y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs y Coords), *La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011.

MONEREO PÉREZ, J.L: "Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria", en VV. AA, MONEREO PÉREZ, J.L (Dir), *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, Granada, Comares, 2010.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Derechos a la Seguridad Social en la Carta Social Europea Revisada (Artículo 12), en VV.AA, MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L. (DIRS)*: La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* Granada, Comares, 2017. Re

MONEREO PÉREZ, J.L., OJEDA AVILÉS, A. y GUTIERREZ BENGOECHEA, M.: *Reforma de las pensiones púbicas y planes privados de pensiones*, Murcia, Laborum, 2021 (versiones impresa y digital).

MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ INSUA, B.M: "Incapacidad permanente total y compatibilidad con la jubilación parcial: la tendencia expansiva y su significación jurídica", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº 58 de 2021.

MONEREO PÉREZ, J.L y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social,* 2 Tomos, MALDONADO MOLINA, J.A. y DE VAL TENA, Á.L. (Coords.), Murcia, Laborum, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* nº 8, 3º Trimestre, 2016.

MONEREO PÉREZ, J.L y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación,* Murcia, Laborum, 2020.

MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* nº 25, 4º Trimestre 2020.

MONTOYA MELGAR, A: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2020.

PINTO PABÓN, B.: "La protección de la incapacidad temporal y permanente y de la muerte por enfermedad profesional en el sistema de Seguridad Social", en BARCELÓ COBEDO, S. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dirs.): *Las enfermedades profesionales,* Valencia, Tirant lo Blach, 2017.

POUND, R: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad,* edición y estudio preliminar sobre "La 'jurisprudencia sociológica' de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social" (pp. IX-LXXXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004.

POUND, R: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico,* trad. J. Puig Brutau, edición y revisión al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004.

RIVAS VALLEJO, P: "El dudoso concepto de profesión habitual y la extinción del contrato por incapacidad permanente total cuando se adaptaron las condiciones de trabajo", en *revista Jurisprudencia Laboral*, Nº10, 2020.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: "Incompatibilidad entre la incapacidad permanente total y la segunda actividad en la Policía Autónoma Vasca: Comentario a la STS, Social, de 23 de septiembre 2020 (núm. 792/2020)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº28, 2021.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M; VALDÉS DAL-RÉ, F y CASAS BAAMONDE, Mª.E: "La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo", en *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica,* nº5, año 29, mayo 2013.

ROMERO RÓDENAS, Mª.J: "Compatibilidad de la incapacidad permanente con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, al no ser perjudicial o inadecuado al estado del trabajador", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Nº4/2019.

RON LATAS, R: *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2000.

SÁNCHEZ URÁN-AZAÑA, Y: "Jubilación parcial: mitos y realidades. ¿Revitalización de una institución "fracasada"? ¿Soluciones coyunturalmente satisfactorias o soluciones estructuralmente adecuadas, sostenibles y seguras?, *Universidad Complutense de Madrid*, 2013.

SELMA PENALVA, A: "Jubilación del trabajador en situación de incapacidad permanente total para la profesional habitual. Del envejecimiento activo y otros problemas de interpretación y aplicación del derecho", en *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales,* Nº24, 2016.

SELMA PENALVA, A: "Posibilidades de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo", en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol.6, Nº2, 2013.

SELMA PENALVA, A: "Supuesto especial de compatibilidad entre prestación de IPT, jubilación y trabajo. STSJ del País Vasco de 18 de junio de 2015 (AS 2015, 1620)", en *Nueva revista española de Derecho del trabajo*, Nº191, 2016.

SEMPERE NAVARRO, A.V y DEL ÁGUILA CAZORLA, O: "Artículo 141. Compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por incapacidad permanente", en VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V (Dir), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2003.

VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*., Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.

VV.AA.: MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ CUMBRE, L (Dirs)., MALDONADO MOLINA, J.A y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M (Coords), *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Granada, Comares, 2015.

VV.AA.: ORTIZ CASTILLO, F; RODRÍGUEZ INIESTA, G y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords)., *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible*, Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social celebrado en Madrid, Murcia, Laborum, 2019.

Capítulo IX.

SOBRE LOS EFECTOS DE LA HUELGA Y EL CIERRE PATRONAL EN LA SEGURIDAD SOCIAL

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO
Profesor Ayudante Doctor
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

1. Efectos de la huelga en la Seguridad Social. 2. Efectos de la huelga en el cierre patronal. 3. Bibliografía.

1. EFECTOS DE LA HUELGA EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Si contempláramos el derecho de huelga con la visión que ofrece la doctrina de la contratación privada estaríamos rompiendo todos los esquemas de una construcción jurídica medianamente rigorista; siguiendo dichas pautas, la conclusión sería la siguiente[1]: deberían aplicarse las consecuencias de un incumplimiento contractual, consciente y voluntario, por lo que, de acuerdo al Código Civil, deberíamos rechazar que la validez y el cumplimiento de los contratos se dejen al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 C.c) aplicando, al respecto, el art. 1124 C.c, precepto que proclama que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliese lo que le incumbe. Pero los principios que rigen el derecho fundamental a la huelga y los intereses que confluyen en la relación laboral se diferencia de lo que contempla la contratación civil; su propia esencia reclama la pervivencia de los vínculos laborales durante el tiempo que dure el paro colectivo y, después, naturalmente, situándose mientras dura en estado latente, para reanudar sus efectos una vez normalizada la situación laboral. Esto es obvio: si la huelga supone un acto de fuerza y de presión sobre los empresarios, nada de eficacia ni sentido tendría para los

[1] MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2019.

trabajadores, conscientes de que la adopción de tal medida podría separarlos definitivamente del empleo[2].

La huelga produce un cúmulo de efectos jurídicos tanto en el marco del contrato de trabajo o de la relación estatutaria administrativa, como en lo que concierne a las relaciones de Seguridad Social[3]. La diferencia básica entre un régimen jurídico de "huelga-libertad" (y más aún de "huelga-prohibición") y otro de "huelga-derecho", estriba en gran medida en los efectos que el fenómeno huelguístico tiene sobre los contratos individuales de trabajo y sobre las relaciones de trabajo en régimen administrativo estatutario.

En un sistema de "huelga-libertad", las faltas o ausencias al trabajo que conlleva la realización de la huelga se consideran injustificadas y voluntarias y, en principio, podrán desencadenar todos los mecanismos contractuales o estatutarios aplicables a cualquier falta del género. Es la consecuencia fundamental que consagra la tesis civilista o de derecho común de la posibilidad de resolución del contrato de trabajo de los trabajadores huelguistas "efectivos" –esto es, los que faltan al trabajo por esa causa–, como también la aplicación de los principios administrativistas del derecho común que regulan las relaciones profesionales estatutarias. En la fase histórica de la huelga-libertad una posible reconstrucción del efecto suspensivo contrasta con una concepción del derecho sobre bases individualistas; para ello se hacía necesaria la incorporación al derecho positivo de un derecho subjetivo de huelga.

En un modelo de "huelga-derecho" –con independencia de que éste ostente o no el rango fundamental– las faltas o ausencias al trabajo no podrán ser consideradas como sin justificación legítima, esencialmente por aplicación del principio general de interpretación jurídica de que, quién usa su derecho, no puede recibir consecuencia negativa alguna. En consecuencia, no deben aquellas faltas afectar a la normalidad, ni estática ni dinámica, del contrato de trabajo o de la relación estatutaria. En un sistema de este tipo, la realización de una huelga, en cuanto ejercicio de un derecho, constituye un acto jurídicamente lícito y no un incumplimiento contractual o de obligaciones profesionales estatutarias. Es aplicable el principio *qui suo iure utitur, neminem laedit*; en cuanto ejercicio de un derecho subjetivo, la realización de una huelga no puede comportar la aparición de responsabilidad alguna en la relación contractual, en prevalencia del interés a la autotutela del trabajador sobre el derecho al cumplimiento del programa negocial por parte del empleador.

---

[2] IGLESIAS CABERO, M.: "Efectos del ejercicio del derecho de huelga", en AA. VV.: *Cuadernos de derecho judicial. El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, págs. 201 y 202.

[3] *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L.: "Derecho de negociación y acción colectiva (art. 28)", en MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) *et al*: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, págs. 666 y ss.

El artículo constitucional establece una fórmula abierta donde pueden encontrar cabida diversos modelos en atención a la opción política mayoritaria y sin que haya un modelo directamente predeterminado en la redacción del precepto constitucional. La delimitación específica de ese modelo concreto constituye una elección de política legislativa, con el límite derivado del respeto a las normas de valor fundamental concretas y al contenido esencial del derecho. De cualquier modo, el legislador de desarrollo de las previsiones del art. 28 CE no podrá desconocer que éste consagra el modelo de huelga-derecho (fundamental) y que lo más coherente con este modelo constitucionalmente consagrado es la afirmación de los efectos de inmunidad contractual o estatutaria que se impone deducir del reconocimiento de un derecho subjetivo y no de una mera libertad civil.

En caso de huelga legal, ésta no supone la ruptura automática del contrato de trabajo, puesto que el reconocimiento del derecho de huelga impide calificar de incumplimiento a la cesación en la actividad laboral[4]. Si el ejercicio del derecho de huelga no permite o no justifica el despido (o cualquier sanción disciplinaria) del trabajador huelguista, se deduce que la situación en que el contrato correspondiente se encuentra es la de suspensión de sus efectos, es decir, la suspensión del contrato mismo, con la consiguiente inejecución temporal de las prestaciones fundamentales del mismo. Ésta es, en términos generales, la consecuencia laboral, general y abstracta, que se encuentra en todos los sistemas normativos que optaron por la configuración de la huelga como derecho de los trabajadores. Por consiguiente, la huelga legal no es causa de despido, y al constituir el ejercicio de un derecho fundamental, si se sanciona por el empresario mediante el despido del trabajador partícipe en la misma, el mismo merece la declaración de nulidad; tampoco podrá dar lugar a la adopción de medidas empresariales discriminatorias por causa de su ejercicio, lo que supondría la nulidad de dichas decisiones. Esta configuración técnica de la huelga como causa de suspensión del contrato actúa como garantía de conservación del empleo y, por tanto, de eficacia del derecho de huelga. Con todo, los efectos principales de la suspensión que se produce en situación de huelga legal son la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo. El descuento salarial es una legítima opción de política legislativa que no forma parte del contenido esencial o necesario del derecho de huelga y, por tanto, no se deriva inmediata y necesariamente del art. 28.2 CE un derecho del empleador al descuento del salario del huelguista. Por otra parte, es de señalar que la regla general es que la reducción salarial debe ser proporcional a la duración de la huelga, porque lo contrario supondría imponer al trabajador una sanción por el ejercicio del derecho de huelga[5]. En consecuencia, es atentatorio del derecho de huelga llevar a cabo

[4] Para mayor abundamiento sobre los efectos de la huelga, *vid.* AA. VV.: "Huelga y contrato de trabajo", en MONEREO PÉREZ. J. L. (Coord.) *et al: Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares 2002, págs. 329 y ss.

[5] Sobre retribución, *vid.* SEMPERE NAVARRO, A. V.: "La jurisprudencia unificada sobre huelga: una síntesis", en CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J. (Coords.) *et al*: *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez,* Murcia, Laborum, 2008, págs. 377 y ss.

reducciones salariales superiores a la duración de la huelga (principio de proporcionalidad).

Por otro lado, si el art. 6.2 RDLRT prevé la suspensión del contrato de trabajo, es decir, cese temporal de la prestación que, a su vez, lleva aparejada la suspensión de la percepción del salario, cabe interpretar, *a sensu contrario*, que se mantienen otros derechos y obligaciones, como el deber de buena fe contractual o el derecho a las vacaciones[6]. En efecto, no se descuenta el periodo de huelga a efectos de calcular las vacaciones anuales, pues se rige por el principio de impermeabilidad, por lo que no se verá afectado ni en cuanto a su duración ni retribución[7] (salvo que se trate de una huelga ilegal)[8].

En efecto, siendo el salario la contraprestación debida por el trabajo, si éste no se rinde, cesa la obligación de retribuirlo. Sin duda, es éste el efecto más relevante de cuantos produce la huelga. Los trabajadores son conscientes de que para forzar al empresario deben de trabar la producción a costa de perder el salario; no obstante, no todos los trabajadores pierden las rentas de trabajo pues aquellas personas a quienes se les encomiende el servicio de mantenimiento en empresas sí que desarrollan su trabajo[9].

Por otro lado, el ejercicio del derecho de huelga tiene efectos directos sobre la relación jurídica de Seguridad Social[10]. Se trata de un efecto reflejo que puede calificarse de relevante –y no meramente accesorio– para el mantenimiento de la protección social de los trabajadores huelguistas. Los efectos en la relación de aseguramiento público deberán ser los mínimos para que no sea excesivamente

---

[6] SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "Contenido del derecho de huelga", en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.) y MONREAL BRINGSVAERD, E. (Coord.) *et al*: *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo)*, Madrid, La Ley, 2014, p. 126.

[7] GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de la Huelga*, Valencia, Tiran lo Blanch, 1994, p. 30. ALFONSO MELLADO, C. L. y PEÑA OBIOL, S.: *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*, Valencia, Tiran lo Blanch, 1996, p. 82. FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Configuración jurídica del salario*, Granada, Comares, 2001, p. 400. CASTRO CONTE, M.: "De nuevo sobre las consecuencias económicas del ejercicio del derecho a la huelga", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2009, pp. 3 y 4.

[8] TOSCANI GIMÉNEZ, D.: "Algunas reflexiones acerca de los efectos de la huelga sobre el contrato: puntos críticos", en *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 127, 2014, p. 125.

[9] IGLESIAS CABERO, M.: "Efectos del ejercicio del derecho de huelga", en AA. VV.: *Cuadernos de derecho judicial. El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 205.

[10] Para mayor abundamiento, *vid.* AA. VV.: "Ejercicio del derecho de huelga y sus efectos en la relación jurídica de Seguridad Social", en MONEREO PÉREZ, J. L. (Coord.) *et al*: *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares, 2002, pp. 367 y ss. También, TORTUERO PLAZA, J. L.: "La huelga y la suspensión de la obligación de cotizar a la Seguridad Social. El alcance de la neutralidad del Estado", en *RFDUC*, núm. 17, 1993, *passim*. TORTUERO PLAZA, J. L.: "Supuestos legales de desempleo protegido en el ordenamiento español: una valoración crítica", en *Relaciones Laborales*, núm. 13, 1994, *passim*. Sánchez-Urán Azaña, Y.: "Contenido del derecho de huelga", en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.) y MONREAL BRINGSVAERD, E. (Coord.) *et al*: *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo)*, Madrid, La Ley, 2014, p. 134 y ss.

gravoso ejercer un derecho fundamental, porque no puede ignorarse que en el régimen español de "huelga-derecho" quien usa su derecho no puede recibir consecuencia negativa alguna, más allá de la propia derivada de la sinalagmaticidad de la relación jurídica del trabajo. En diversos ordenamientos jurídicos de los países miembros (aunque, reténgase, que las peculiaridades de las tradiciones nacionales se imponen) las situaciones de huelga y de cierre patronal suponen una seria alteración en el aseguramiento del trabajador huelguista, alteración que en nuestro ordenamiento jurídico se concreta en tres aspectos fundamentales (art. 6.3 RDLRT): permanencia en situación de alta especial en la Seguridad Social (art. 166.7 LGSS); suspensión de la obligación de cotizar, con la consiguiente incidencia en el cumplimiento de los períodos de carencia que puedan exigirse (art. 144.6 LGSS); e imposibilidad de causar las prestaciones por incapacidad temporal y desempleo durante la huelga (art. 173.3 LGSS).

El sentido político-jurídico de cada una de ellas es muy distinto, ya que en el primer caso se trata de evitar que el trabajador en huelga vea menoscabada su cobertura, evitando así que la Seguridad Social sea un obstáculo de libre ejercicio del derecho fundamental, mientras que las otras dos buscan garantizar la neutralidad del Estado ante su obligación de cotizar (sin que el Estado asuma esa posición), y se impide que el trabajador recurra a prestaciones sustitutivas del salario dejado de percibir, al presumirse que el acceso durante la huelga al desempleo o a la incapacidad temporal se hace fraudulentamente.

En suma, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, las consecuencias de la huelga relativas a la Seguridad Social constituyen el reflejo de un principio ligado de forma natural al ejercicio del derecho de huelga que un sector doctrinal ha denominado de neutralidad del Estado o de no interferencia en las relaciones conflictivas, y que conforme a él la posición del trabajador en huelga en relación a la Seguridad Social se configura como una situación de asimilación de alta, a efectos de permitir la generación de los derechos ligados a tal exigencia, prohibiéndose la atribución de prestaciones de incapacidad laboral transitoria y de desempleo. "*Si se tiene en cuenta que la cotización aparece ordinariamente ligada a la prestación de trabajo y consiguiente prestación del salario, a salvo de aquellos supuestos excepcionales expresamente previstos por el ordenamiento, no es en modo alguno irrazonable que la falta de salario motivada por la huelga origine al tiempo la suspensión de la cotización eximiendo al empresario de una carga que, aunque constituya una obligación frente al Estado, se relaciona con el hecho de la prestación de trabajo, cuyas vicisitudes pueden lógicamente afectarla, y la suspensión de la cotización por parte del trabajador no es sino una consecuencia de lo anterior, y si bien es cierto que el ordenamiento podría haber facultado su cotización voluntaria, no puede decirse que atente al derecho de huelga no haberlo dispuesto así*"[11].

Por último, en cuanto a los efectos de la huelga ilegal sobre la relación de Seguridad Social, en la práctica viene considerándose que el trabajador que participa en la misma se considerará de baja sin asimilación al alta: tan drástica solución es sin

[11] STCo. 13/1984, de 3 de febrero [RTC 1984\13].

duda criticable, máxime si tal resultado se alcanza sin distinguir entre responsabilidades colectivas e individuales y sin un análisis gradualista de la participación del trabajador en la huelga ilegal[12].

2. EFECTOS DE LA HUELGA EN EL CIERRE PATRONAL

Sobre el cierre patronal lícito, este tiene los mismos efectos que los atribuidos a la huelga legal: el contrato de trabajo no se extinguirá, sino que quedará en situación jurídica suspensiva, no pudiendo ser sancionado el trabajador. No se debe salario, pero tampoco prestación de servicios. Por otra parte, el trabajador permanecerá en situación de alta especial en la Seguridad Social, con suspensión de la obligación de cotizar por parte del empresario y del propio trabajador. Además, el trabajador no tendrá derecho a la situación legal de desempleo, ni a la económica por incapacidad temporal.

Más específicamente, los arts. 6.3 y 12.2 RDLRT, el art. 166.7 LGSS y el art. 35.6 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social establecen que, durante las situaciones de huelga y cierre patronal, el trabajador permanecerá en situación de alta especial en la Seguridad Social con suspensión de la obligación de cotización por parte del empresario y del propio trabajador (solo pueden dar lugar a la situación de alta especial cuando nos encontremos ante una huelga legal y un cierre patronal legal). Para ello, el empresario deberá presentar, ante la Tesosería General de la Seguridad Social, la "*relación nominal de los trabajadores cuyo contrato de trabajo quede suspendido como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga*". Dicha relación deberá presentarse en un plazo máximo "*de cinco días naturales, a partir del siguiente al del cese en el trabajo, y contendrá, respecto de cada uno de los trabajadores afectados, los siguientes datos: fecha del cese en el trabajo, razones que la motivaron y número de afiliación a la Seguridad Social*". Asimismo, "*los empresarios vendrán obligados a notificar la fecha de reincorporación al trabajo en la forma y plazos señalados en el número anterior*". Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en la Orden de 30 de abril de 1977 por la que se desarrolla el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, en materia de Seguridad Social[13].

Respecto al no derecho a la situación legal de desempleo, se refiere a ello, para la huelga, el art. 6.3 ("*el trabajador en huelga no tendrá derecho a la prestación por desempleo, ni a la económica por incapacidad laboral transitoria*" y, para el cierre patronal, el art. 12.2 RDLRT ("*el cierre patronal, efectuado dentro de los términos establecidos en el presente Real Decreto-ley, producirá respecto al personal afectado los efectos previstos en los párrafos uno, dos y tres del artículo seis del mismo*"). En este mismo sentido, el art. 3 de la Orden de 30 de abril de 1977 por la que se desarrolla el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo,

[12] GIL ALBURQUERQUE, R.: "Efectos de la huelga sobre la relación individual de trabajo y la relación de Seguridad Social. Responsabilidad individual típica: la huelga como causa de despido", en BAYLOS GRAU, A. (Coord.) *et al*: *Estudios sobre la Huelga*, Albacete, Bomarzo, 2005, p. 127.

[13] Para mayor abundamiento, *vid.* BARRIOS BAUDOR, G. L.: "Efectos de la huelga y el cierre patronal en el sistema español de seguridad social", en *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, núm. 4, 2012, p. 8.

sobre relaciones de trabajo, en materia de Seguridad Social, cuando establece lo siguiente: "*el trabajador no tendrá derecho a prestaciones por desempleo por el hecho mismo de la suspensión de su contrato de trabajo originada por el ejercicio del derecho de huelga o por cierre patronal, efectuado de conformidad con el capítulo II del Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo*". Como remarca el último de los preceptos, tal privación a la prestación por desempleo se debe por el hecho mismo de la suspensión del contrato de trabajo. Lo cual es la consecuencia lógica de los presupuestos que delimitan esta contingencia: capacidad, voluntad y disponibilidad para el trabajo, así como preexistencia de empleo, pérdida o reducción del mismo y pérdida o reducción de los correspondientes ingresos[14].

Y respecto a la incapacidad temporal[15], en plena vinculación con los citados preceptos (arts. 6.3 y 12.2 RDLRT), el art. 173 LGSS establece que "*durante las situaciones de huelga y cierre patronal el trabajador no tendrá derecho a la prestación económica por incapacidad temporal*". Por su parte, el art. 2 de la Orden de 30 de abril de 1977 por la que se desarrolla el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, en materia de Seguridad Social, dispone lo siguiente: "*la situación de alta especial, prevista en el número 3 del artículo 6.º del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, tendrá la consideración de asimilada a la de alta, a efectos del conjunto de la acción protectora del Régimen de que se trate, con las particularidades que a continuación se indican, en los supuestos de incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común y accidente no laboral, cuando tales contingencias se produzcan durante aquella situación: a) No se percibirá el subsidio mientras el trabajador se encuentre en situación de alta especial. b) Una vez finalizada la situación de alta especial, la percepción del subsidio se regulará de acuerdo con las normas generales vigentes en la materia*".

Mayores problemas se plantea en los accidentes sufridos por los representantes sindicales, unitarios y miembros del comité de huelga cuando, encontrándose en situación de alta especial, están ejerciendo sus funciones representativas. En este supuesto, y dado que el art. 2 de la Orden de 30 de abril de 1977 por la que se desarrolla el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, en materia de Seguridad Social, restringe el acceso a esta prestación cuando la incapacidad deriva de accidente no laboral, la solución vendrá

[14] BARRIOS BAUDOR, G. L.: "Efectos de la huelga y el cierre patronal en el sistema español de seguridad social", en *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, núm. 4, 2012, p. 27. ALMANSA PASTOR, J. M.: "Efectos de la huelga sobre las relaciones individual de trabajo y seguridad social", en *Revista de Trabajo*, núms. 49-50, 1975, pp. 31 y 32. GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1983, p. 358. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1995, p. 393. TORTUERO PLAZA, J. L.: "Supuestos legales de desempleo protegido en el ordenamiento español: una valoración crítica", en *Relaciones Laborales*, núm. 13, 1994, pp. 118 y 119.

[15] BARRIOS BAUDOR, G. L.: "Efectos de la huelga y el cierre patronal legales sobre el subsidio de incapacidad temporal", en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 159 y ss.

determinada por la calificación, laboral o no, que dicho accidente posea (no obstante, en este asunto, la doctrina es dispar)[16].

Al hilo de lo anterior, cuando el ejercicio de las funciones representativas guarda relación con el trabajo por cuenta ajena, puede deducirse la inclusión del accidente en el concepto amplio de accidente de trabajo del art. 156 LGSS. De acuerdo con este precepto, se considera accidente de trabajo "*los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos*". Por tanto, cabría admitir el nacimiento de la prestación económica por incapacidad temporal cuando el trabajador en situación asimilada al alta se encuentre ejercitando funciones representativas[17]. Lo mismo ocurrirá en el supuesto de enfermedad profesional que se manifieste durante el período de huelga o cierre patronal.

Por otro lado, se conservará el subsidio económico por incapacidad temporal si en el momento de iniciarse la huelga o el cierre patronal legal, el trabajador ya se encontraba disfrutando de la prestación[18]. Tal afirmación se justifica de acuerdo al art. 4 de la Orden de 30 de abril de 1977 por la que se desarrolla el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, en materia de Seguridad Social, que establece lo siguiente: "*durante la situación de alta especial se mantendrá la obligación de las Empresas de efectuar el pago delegado de prestaciones, de acuerdo con las normas generales vigentes en la materia. Asimismo, las Empresas que colaboren voluntariamente en la gestión de la Seguridad Social mantendrá las obligaciones derivadas de dicha colaboración, teniendo en cuenta lo establecido en la presente Orden y demás normas vigentes en la materia*". Es por ello que cualquier actividad de participación relacionada con la huelga, pero contraria al restablecimiento de la salud de quien se encuentra temporalmente incapacitado, podrá ocasionar no solo la pérdida o suspensión del subsidio, sino también la propia extinción del contrato de trabajo por despido disciplinario[19].

---

[16] BARRIOS BAUDOR, G. L.: "Efectos de la huelga y el cierre patronal en el sistema español de seguridad social", en *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, núm. 4, 2012, p. 27. A favor: GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1983, pp. 365 y ss. RUIZ CASTILLO, M. M.: *El cierre patronal*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, pp. 361 y ss. En contra, ALONSO GARCÍA, M., ALMENDROS MORCILLO, F., PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E.: *La huelga y el cierre empresarial*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1979, p. 77. MOLERO MANGLANO, C.: *Lecciones sobre Convenios Colectivos, Derecho de Huelga y Cierre Patronal*, Madrid, ICAI, 1985, p. 161. Negando tal posibilidad en caso de huelga ilegal: ALMANSA PASTOR, J. M.: "Ejercicio del derecho de huelga y Seguridad Social", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 17, 1993, p. 177.

[17] BARRIOS BAUDOR, G. L.: "Efectos de la huelga y el cierre patronal en el sistema español de seguridad social", en *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, núm. 4, 2012, p. 27. MERCADER UGUINA, J.: "Efectos del ejercicio del derecho de huelga sobre la relación de Seguridad Social", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 4, 1991, p. 92.

[18] MERCADER UGUINA, J.: "Efectos del ejercicio del derecho de huelga sobre la relación de Seguridad Social", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 4, 1991, p. 92. VIDA SORIA, J.: "Suspensión del contrato de trabajo", en AA. VV.: *Comentarios a las Leyes Laborales. Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, tomo IX, EDERSA, 1983, pp. 70 y ss

[19] BARRIOS BAUDOR, G. L.: "Efectos de la huelga y el cierre patronal en el sistema español de seguridad social", en *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, núm. 4, 2012, p. 28.

Por su parte, el cierre patronal ilegal se resuelve en un incumplimiento grave del empresario de sus obligaciones a la par que puede constituir una conducta antisindical del empleador. De este modo, el cierre ilegal se expone a responsabilidades contractuales (abono a los trabajadores de los salarios dejados de percibir indebidamente), responsabilidades administrativas (multas impuestas por la Autoridad Laboral), e incluso de naturaleza penal, si se demuestra la existencia de coacciones, conducta antisindical y, más excepcionalmente, delito de sedición cuando el cierre revista una finalidad política incardinable o encuadrable en dicho tipo penal, vinculada a subvertir la seguridad del Estado.

Por último, hacer referencia al cierre patronal en vinculación con el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga y de medidas de conflicto colectivo (PLOH). Comenzaba la exposición de motivos de esta normativa confirmando que la regulación de los conflictos colectivos deben quedar completados "*con los preceptos dedicados al cierre patronal, para que de esta forma el ejercicio de esta medida de conflicto de titularidad empresarial se lleve a cabo de forma equilibrada y armónica con el régimen jurídico de la huelga, al ser el cierre empresarial una medida que, de producirse, lo hace en el contexto general de la huelga*".

Dentro del cuerpo normativo del PLOH, el Capítulo I del Título II, en los arts. 35, 36 y 37, se refería expresamente al cierre patronal. Al hilo de lo anterior, el art. 35 se refería a la definición del cierre patronal. A efectos de la normativa citada "*se considerará cierre patronal la clausura o cierre de un centro de trabajo decidida por el empresario, o, en su caso, la autoridad administrativa responsable del servicio, con la finalidad de garantizar la seguridad de las personas y los bienes en las situaciones de huelga*". Respecto a los efectos del cierre patronal, este precepto se refería expresamente a los mismos al estipular que el cierre patronal "*tendrá los mismos efectos que la huelga en cuanto a la suspensión de contrato de trabajo y la situación de los trabajadores en la Seguridad Social*".

El art. 36 PLOH se refería expresamente a los supuestos en los que procederá el cierre patronal lícito: "*el cierre patronal sólo procederá en los supuestos en que una huelga se desarrolle de forma tal que provoque peligro para la integridad de las personas presentes en el centro de trabajo o riesgo de daños graves para las instalaciones del centro de trabajo o los bienes existentes en el mismo, así como en el caso de que el volumen o características de las inasistencias al trabajo derivadas de la huelga impida dar ocupación a los trabajadores que no participen en la misma*". Precepto que continuaba estableciendo que "*el cierre patronal sólo podrá mantenerse en tanto persistan las circunstancias que lo hubiesen motivado. A tal efecto, si existiese discrepancia entre el empresario y los órganos de representación de los trabajadores sobre la persistencia de las causas motivadoras del cierre una vez producido éste, cualquiera de ellos podrá acudir a la Autoridad Laboral, o, en el caso de huelga de funcionarios, la Autoridad Gubernativa. Dicha Autoridad resolverá la discrepancia en el plazo de 48 horas mediante Resolución motivada, en la que figurará el plazo para hacer efectiva la reapertura del centro de trabajo*".

El último de los preceptos del PLOH en referencia al cierre patronal era el art. 37. Este precepto confirmaba lo siguiente: "*una vez producido el cierre patronal, en el plazo máximo de 12 horas a partir del mismo, el empresario deberá comunicar tal hecho, así como las circunstancias motivadoras del cierre, a los Organos de Representación de los trabajadores y a la Autoridad Laboral*". Contenido del precepto que venía a recoger la siguiente

novedad en desarrollo del art. 37.2 CE: "*en el supuesto de que se tratase de una empresa que desarrollase una actividad relacionada con los servicios esenciales de la comunidad, el empresario deberá comunicar previamente su intención de proceder al cierre patronal a la Autoridad Gubernativa que tenga encomendada la tutela del correspondiente servicio, a fin de que ésta pueda adoptar las medidas de garantía que correspondan*". Preceptos y contenido regulatorio del cierre patronal que, sin embargo, fueron excluidos del PLOHN que llegó al Senado[20].

La huelga es, ante todo, un fenómeno social de no colaboración, mucho antes de ser una institución jurídico-positiva. Es un fenómeno bastante complejo, expresión de un malestar que puede manifestarse en multitud de formas, que analíticamente pueden reflejar un conflicto organizado (normalmente sindical) o un conflicto no organizado (o espontáneo). Pero que la huelga sea la forma de expresión principal de conflicto industrial no supone que se confunda con él, ni siquiera que a través de ella se localice la presencia de todos los conflictos; la huelga no agota las distintas y variadas formas de expresión del conflicto. Ello es tan evidente como el hecho de que la ausencia de huelgas no significa necesariamente la ausencia ni de conflicto ni de otras formas exteriorizadas de expresión del mismo. En suma, la huelga es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales. En una perspectiva de conjunto se puede definir como una perturbación del proceso productivo concertada colectivamente como medida de presión para la defensa de intereses colectivos o generales de los trabajadores. El derecho de huelga es indudablemente una libertad pública que se dirige frente los empresarios como frente a los poderes públicos y, por otra parte, un derecho fundamental social, en el que se expresa no sólo el aspecto de libertad sino también su componente igualitario. Es igualmente innegable que la huelga es también un derecho funcional al servicio de otras libertades fundamentales, ya que puede servir de soporte a la libertad sindical y a la libertad de opinión. Más aún: el derecho de huelga constituye en sí mismo una manifestación de la opinión de los trabajadores, una de las formas de manifestación o expresión del pensamiento. El art. 28.2 CE se ubica sistemáticamente dentro de la sección dedicada a la garantía "de los derechos fundamentales y libertades públicas" de los ciudadanos. Esto implica que este derecho fundamental social tiene "fuerza constitucional": en otros términos, no pueden establecerse limitaciones o injerencias legislativas que atenten contra su "contenido esencial" o supongan un vaciado de la operatividad práctica del precepto. Pero también significa que tiene una fuerza vinculante bilateral, tanto respecto a los poderes públicos como a los sujetos privados, desplegando sus efectos en las relaciones intersubjetivas privadas.

[20] MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G.: "El cierre patronal: causas, contenido y efectos", en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.) y MONREAL BRINGSVAERD, E. (Coord.) *et al*: *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo)*, Madrid, La Ley, 2014, p. 798.

3. BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO MELLADO, C. L. y PEÑA OBIOL, S.: *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*, Valencia, Tiran lo Blanch, 1996.

ALMANSA PASTOR, J. M.: "Efectos de la huelga sobre las relaciones individual de trabajo y seguridad social", en *Revista de Trabajo*, núms. 49-50, 1975.

ALONSO GARCÍA, M., ALMENDROS MORCILLO, F., PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E.: *La huelga y el cierre empresarial*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1979.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1995.

BARRIOS BAUDOR, G. L.: "Efectos de la huelga y el cierre patronal en el sistema español de seguridad social", en *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, núm. 4, 2012.

BARRIOS BAUDOR, G. L.: "Efectos de la huelga y el cierre patronal legales sobre el subsidio de incapacidad temporal", en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2017.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Configuración jurídica del salario*, Granada, Comares, 2001.
CASTRO CONTE, M.: "De nuevo sobre las consecuencias económicas del ejercicio del derecho a la huelga", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2009.

GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1983.

GIL ALBURQUERQUE, R.: "Efectos de la huelga sobre la relación individual de trabajo y la relación de Seguridad Social. Responsabilidad individual típica: la huelga como causa de despido", en BAYLOS GRAU, A. (Coord.) *et al*: *Estudios sobre la Huelga*, Albacete, Bomarzo, 2005.

GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de la Huelga*, Valencia, Tiran lo Blanch, 1994.

IGLESIAS CABERO, M.: "Efectos del ejercicio del derecho de huelga", en AA. VV.: *Cuadernos de derecho judicial. El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993.

MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G.: "El cierre patronal: causas, contenido y efectos", en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.) y MONREAL BRINGSVAERD, E. (Coord.) *et al*: *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo)*, Madrid, La Ley, 2014.

MERCADER UGUINA, J.: "Efectos del ejercicio del derecho de huelga sobre la relación de Seguridad Social", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 4, 1991.

MOLERO MANGLANO, C.: *Lecciones sobre Convenios Colectivos, Derecho de Huelga y Cierre Patronal*, Madrid, ICAI, 1985.

MONEREO PÉREZ. J. L. (Coord.) *et al: Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares 2002.

MONEREO PÉREZ, J. L.: "Derecho de negociación y acción colectiva (art. 28)", en MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) *et al*: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2019.

RUIZ CASTILLO, M. M.: *El cierre patronal*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "Contenido del derecho de huelga", en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.) y MONREAL BRINGSVAERD, E. (Coord.) *et al*: *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo)*, Madrid, La Ley, 2014.

SEMPERE NAVARRO, A. V.: "La jurisprudencia unificada sobre huelga: una síntesis", en CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J. (Coords.) *et al*: *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008.

TORTUERO PLAZA, J. L.: "La huelga y la suspensión de la obligación de cotizar a la Seguridad Social. El alcance de la neutralidad del Estado", en *RFDUC*, núm. 17, 1993.

TORTUERO PLAZA, J. L.: "Supuestos legales de desempleo protegido en el ordenamiento español: una valoración crítica", en *Relaciones Laborales*, núm. 13, 1994.

TOSCANI GIMÉNEZ, D.: "Algunas reflexiones acerca de los efectos de la huelga sobre el contrato: puntos críticos", en *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 127, 2014.

VIDA SORIA, J.: "Suspensión del contrato de trabajo", en AA. VV.: *Comentarios a las Leyes Laborales. Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, tomo IX, EDERSA, 1983.

Capítulo X.

PROLONGACIÓN DE LA VIDA ACTIVA Y JUBILACIÓN FORZOSA: ¿UNA CONTRADICCIÓN DE PRINCIPIOS?

ALEJANDRO MUROS POLO
Personal Investigador Predoctoral en Formación – FPU
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

1. El reto del envejecimiento activo y su promoción. 2. La otra cara de la moneda: la jubilación forzosa y su régimen jurídico actual. 2.1. Cumplimiento de la edad legal de jubilación. 2.2. Derecho al "cien por ciento (*sic*) de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva". 2.3. Vinculación de la medida con "objetivos coherentes de política de empleo". 3. ¿la jubilación forzosa constituye discriminación por razón de edad?. 4. Conclusiones críticas y propuestas de *lege ferenda*.

1. EL RETO DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y SU PROMOCIÓN

La sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social se enfrenta en la actualidad a los siguientes desafíos que amenazan su viabilidad[1]. En primer lugar, a un mercado de trabajo con altas tasas de desempleo y muy precarizado a consecuencia de la crisis económica de 2008, lo cual supone un aumento del gasto en prestaciones por desempleo y menos ingresos por cotización. En segundo lugar, al efecto que pueda tener el empleo de baja calidad "desestandarizado" que ofrecen las plataformas digitales, así como a la destrucción de trabajos que provoque, sobre todo a corto plazo, la denominada Cuarta Revolución Industrial[2] integrada, principalmente, por

* Ayudas para contratos predoctorales de Formación de Profesorado Universitario del año 2019, financiadas por el Ministerio de Universidades y concedidas por Orden de 7 de octubre de 2020.

[1] GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Sostenibilidad de la Seguridad Social: perspectivas y propuestas de actuación", en VV.AA.: *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, MARÍN ALONSO, I. e IGARTUA MIRÓ, M.T. (Dirs.) y SOLÍS PRIETO, C. (Coord.), Murcia, Laborum, 2020, págs. 454-460.

[2] Término acuñado por SCHWAB, K.: *La cuarta revolución industrial,* Barcelona, Editorial Debate, 2016. Sin embargo, MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica,*

la robotización y la inteligencia artificial[3]. Por último, y no menos importante ya que se presenta como el problema de mayor relevancia para la Seguridad Social, se encuentra el desafío del progresivo envejecimiento poblacional, impulsado por la disminución de la natalidad, la inminente jubilación del grueso poblacional de los *babyboomers*, el aumento de la esperanza de vida y la posible reducción de la inmigración a causa de la crisis económica[4].

En efecto, el aumento de la esperanza de vida –que es sin duda un logro para la sociedad– se sitúa en España en torno a 80 años para los hombres y 86 años para las mujeres, con previsiones de aumento[5]; lo cual, unido a la disminución de la natalidad[6], provoca que se hable de una pirámide poblacional envejecida. De este modo, según proyecciones del INE, para 2035 la población de 65 y más años supondrá el 26,5% del total de la población, alcanzando la tasa de dependencia el 43,2%, frente al 30% actual. Sin embargo, este problema será más grave todavía, pues previsiblemente para 2055 se espera un porcentaje de población de 65 años y más del 31%[7], alcanzando la tasa de dependencia el 55,7%. En otras palabras, cada vez habrá menos población activa (y previsiblemente con trabajos más precarios) para contribuir a las pensiones de un colectivo cada vez más creciente[8], habida cuenta además del retraso en la incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo[9].

Ante esta situación toma mayor protagonismo el concepto acuñado por la OMS de "envejecimiento activo" que, desde una perspectiva integral y holística, lo

Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, páginas 24 y siguientes, prefiere hablar de una única y continua revolución industrial en constante evolución más que de diversas revoluciones estancas entre sí.

3 No existe consenso científico acerca de cómo afectará la evolución de la tecnología sobre el empleo. Buena muestra de ello, son las denominadas posiciones "tecnopesimistas" de RIFKIN, J.: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era,* Barcelona, Paidós, 1996 y FORD, M.: *El auge de los robots: la tecnología y la amenaza de un futuro sin empleo,* Barcelona, Paidós, 2016; así como las posiciones "tecnooptimistas" de BRYNJOLFSSON, E. y MCAFEE, A.: *La segunda era de las máquinas*, Madrid, Temas, 2013. A medio camino, WORLD ECONOMIC FORUM: *The future of jobs. Report 2020*, octubre de 2020, estima que para 2025, 85 millones de trabajo pueden ser desplazados por la división del trabajo entre humanos y máquinas, aunque también prevé que 97 millones de nuevos roles puedan emerger, siendo estos más adaptados a la nueva división del trabajo entre humanos, máquinas y algoritmos. Sin embargo, también advierte que la tendencia de creación y destrucción de puestos de trabajo se está invirtiendo, ya que mientras la creación de trabajos se está ralentizando, la destrucción de puestos se acelera, llamando la atención sobre los efectos especialmente negativos que ello puede tener sobre los trabajadores con mayores desventajas.

4 GORELLI HERNÁNDEZ, J.: op. cit., pp. 456-458.

5 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Nota de prensa: Proyecciones de Población 2020-2070,* de fecha de 22 de septiembre de 2020, pág. 4. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/pp_2020_2070.pdf

6 *Ibidem,* págs. 4 y 5.

7 *Ibidem*, pág. 8.

8 En nuestro país se pasará de un jubilado por cada cuatro personas en edad de trabajar a un jubilado por cada 1,7 personas en edad de trabajar, véase, CONDE RUIZ, J.I.: "Los retos del factor de sostenibilidad de las pensiones: presente y futuro", *Documentación Laboral,* N.º 99, 2013, pág. 24.

9 En este sentido, véase ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas,* Madrid, Tecnos, 2014.

estructura en cuatro pilares básicos: salud, participación, seguridad y aprendizaje continuo, con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen. Así, el envejecimiento activo busca disfrutar de la salud tanto física como mental, promover la participación activa en la sociedad (lo que incluye la vida laboral activa), garantizar la seguridad de la existencia y la educación y el aprendizaje permanente para la adaptación a los cambios del entorno y de las propias circunstancias determinantes del ciclo de vida de la persona[10]. En este sentido, una sociedad envejecida como la que presidirá el siglo XXI, debe de reflejar el peso de los mayores en la misma, no solo como una carga, sino como una parte importante del motor económico, y por supuesto situando jurídicamente a los mayores donde se merecen, sin que estos queden completamente al margen de la vida laboral[11].

En esta misma línea, la Unión Europea ha promovido y promueve la prolongación de la vida activa, sobre todo como un mecanismo de equilibrio en el sostenimiento de las pensiones públicas. Véase, entre otros muchos documentos, el Libro Verde de la Comisión Europea "en pos de unos Sistemas de Pensiones Europeos Adecuados Sostenibles y Seguros" (COM(2010)365 final, de 7 de julio de 2010); el Libro Blanco de la Comisión Europea: "Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles" (COM (2012) 55 final, de 16 de febrero de 2012); la Decisión N.º 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2011 sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012); y en general, la Estrategia Europea 2020 para el Empleo, donde se prevé un aumento de la vida laboral como mecanismo de integración y sostenibilidad de pensiones[12].

En lo que respecta a España, dichos planteamientos europeos han impregnado las últimas reformas de la Seguridad Social (véase, la recomendación 12ª del informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2011 y de 2020). De hecho, en esta idea de favorecer la permanencia del trabajador para mantener su cotización y ahorrar en pensión de jubilación, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, ha retrasado la edad ordinaria de jubilación hasta los 67 años o 65 en función de una carrera laboral completa (teniendo en cuenta sus períodos transitorios), así como ha reformado la jubilación demorada[13]. Además, aunque se debe de decir que en el

[10] MONEREO PÉREZ, J.L.: "La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros", en: VVAA: *Envejecimiento activo y vida laboral,* MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019, págs. 208 y 209.

[11] MALDONADO MOLINA, J.A.: "Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral", en: VVAA: *Envejecimiento activo y vida laboral,* MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019, pág. 520.

[12] CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: "La jubilación forzosa y la gestión de la diversidad generacional en la empresa: ¿dos conceptos antagónicos?", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo II, Murcia, Laborum, 2019, pág. 216.

[13] Para un estudio completo de la jubilación demorada, véase, MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación,* Murcia, Laborum, 2020, págs. 157-169.

marco de políticas de empleo activas el tratamiento ha sido deficitario[14], también se han previsto otras medidas para el fomento de la prolongación de la vida laboral entre las que destaca el desincentivo de las jubilaciones anticipadas; la exoneración del pago de cuotas por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas, de los trabajadores de 65 años o más; el desincentivo, al menos en parte, de la extinción prematura de la relación laboral de los trabajadores maduros con las aportaciones económicas al Tesoro Público; así como el recurso a las figuras de la jubilación flexible y activa para los denominados pensionistas productivos[15].

2. LA OTRA CARA DE LA MONEDA: LA JUBILACIÓN FORZOSA Y SU RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL

Llama poderosamente la atención cómo, a pesar de las anteriores medidas de envejecimiento activo laboral y la delicada situación de la Seguridad Social, la jubilación forzosa ha sido introducida, de nuevo, en nuestro ordenamiento jurídico, una vez que la Ley 3/2012, de 6 de julio, suprimió la habilitación legal para negociar cláusulas de jubilación forzosa en convenio colectivo[16]. Efectivamente, el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo[17], reintroduce las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos a raíz de las solicitudes de los interlocutores sociales, recogidas en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva[18], y en línea con lo establecido en el "Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021", aprobado por el Consejo de Ministros[19], estrategia propiciada para alcanzar el "relevo generacional" y disminuir la situación de desempleo juvenil (véase, punto VI exposición de motivos RD-ley 28/2018).

---

14 LÓPEZ INSUA, B.: "La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones", *e-Revista Internacional de la Protección Social,* Vol. III, Nº1, 2018, pág. 86.

15 Sobre estas medidas que buscan incentivar la actividad laboral de las personas de edad avanzada, véase, MALDONADO MOLINA, J.A.: … op. cit., págs. 524-548.

16 Sobre el devenir histórico de la jubilación forzosa y los vaivenes legislativos en el Derecho español desde que esta se introdujo en el ET de 1980, véase, SALA FRANCO, T.: "Las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva: una larga historia probablemente inacabada", *Revista de información laboral,* N.º 8, 2018 (versión electrónica) y MUROS POLO, A.: "La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum,* N.º 26, 2021, págs. 93-98.

17 Críticos con el recurso a la figura del Real Decreto-ley por su aparente falta de la "extraordinaria y urgente necesidad", *vid.,* MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema pensiones y en la "jubilación forzosa"", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, N.º 18, 2019, págs. 13-16.

18 Resolución publicada en el BOE el día 18 de julio de 2018, ref. BOE-A-2018-10096.

19 Resolución de 7 de diciembre de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021, publicada en el BOE el 8 de diciembre de 2018, ref. BOE-A-2018-16793.

Con este fin, la disposición final primera del citado RD-ley 28/2018 modifica el contenido de la disposición adicional 10ª del ET, a la vez que deroga el régimen transitorio de la anterior Ley 3/2012 (contenido en la disposición transitoria novena del ET) a través de la disposición derogatoria única del citado RD-ley. Todo ello con efectos a partir del 1 de enero de 2019, con la entregada en vigor del RD-ley 28/2018 (disp. final undécima). Asimismo, la nueva redacción de la disposición adicional 10ª del ET, no es ajena a su devenir histórico, ya que su contenido se asemeja bastante al empleado por la Ley 14/2005, de 1 de julio, y en mayor medida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, tal y como se puede observar[20]:

"Los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá cumplir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.

b) La medida deberá vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo."

De este modo, tal y como se desprende del tenor literal de la disposición, las cláusulas convencionales de jubilación forzosa a la luz de la nueva redacción deberán de reunir las siguientes consideraciones en su efectiva aplicación:

2.1. Cumplimiento de la edad legal de jubilación

Una de las principales modificaciones que ha introducido el RD-ley 28/2018 respecto a la tradición legislativa anterior de la jubilación forzosa es el término de "edad legal", el cual sustituye al anterior de "edad ordinaria". De este modo, la negociación colectiva no podrá fijar libremente edades de jubilación forzosa[21] –como ya se reconocía en la redacción dada por la Ley 14/2005, de 1 de julio–, sino que deberá de ceñirse a las edades previstas en el artículo 205.1.a) y, en función del año, en el régimen transitorio contenido en la disposición transitoria séptima del TRLGSS[22]. Así, se podrá acceder a la jubilación forzosa incluso cuando se haya acreditado una carrera laboral completa a la edad de 65 años –y se cumplan con los otros requisitos de afiliación y alta o situación asimilada y lógicamente con el período

[20] Para una comparativa, véase, BARRIOS BAUDOR, G.L.: "El regreso de la jubilación forzosa", *Revista Aranzadi Doctrinal,* Nº3, 2019, págs. 8-10 (versión electrónica).

[21] *Ibidem*, pág. 10.

[22] Este régimen transitorio se hará plenamente efectivo en 2027, cuando se sitúe la edad mínima de jubilación en: a) 67 años; o b) 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización.

mínimo de cotización–, lo cual entra aún más en contradicción con los planteamientos del envejecimiento activo (véase, las SSTSJ de Asturias de 28 febrero de 2014, rec. 241/2014, y de Galicia de 28 de enero de 2021, rec. 3289/2020).

2.2. Derecho al "cien por ciento (*sic*) de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva"

En segundo lugar, procede resaltar la mejora en la tasa de sustitución de las personas jubiladas forzosamente[23], pues se ha transcurrido desde la exigencia meramente del periodo mínimo de cotización con las primeras intervenciones legislativas –esto es, 10 o 15 años[24]–, lo que se traducía en el acceso a una pensión mínima (el 50% de su base reguladora) y en la expulsión de estos trabajadores y trabajadoras del mercado laboral, con el riesgo que ello provocaba en términos de pobreza y calidad de vida; pasando por la ley 27/2011, de 1 de agosto, que exigía que la cotización supusiera un 80% de la base reguladora para la jubilación forzosa del trabajador; hasta llegar a la regulación actual donde se reconoce el "derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva".

En este sentido, el legislador español ha dado un paso más hacia la protección de la persona trabajadora, pues solo se jubilará forzosamente a aquellas personas que tengan derecho al 100% de la pensión ordinaria de jubilación, entendiendo la doctrina que este porcentaje será el aplicable a la base reguladora[25], calculada esta en función del artículo 209 y su régimen transitorio contenido en la D.T.8ª TRLGSS. De este modo, en cuanto a la aplicación del porcentaje a la base reguladora, habrá que seguir las reglas previstas en el art. 210.1 y el régimen transitorio de la D.T.9ª TRLGSS, por las que para obtener el 100% habrá que cotizar al menos 37 años (a partir de 2027). Aunque, teniendo en cuenta lo anterior, a pesar de ostentar el 100% de la base reguladora, la persona trabajadora tendrá que esperar (para 2027) a la edad mínima de 67 años o contar con un periodo de cotización superior a 37 de 38 años y 6 meses para poder acceder a la pensión de jubilación a partir de los 65 años. Es decir, para acceder a la pensión a la edad de 65 años, aun teniendo el 100% de la base reguladora, tendrá que cotizar un año y medio extra.

Por último, la expresión utilizada por el legislador de "tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación" y la alusión a la "edad legal", podría posibilitar que le fueran aplicables las cláusulas de jubilación forzosas a aquellos trabajadores situados en los estratos salariales más altos que, aun no habiendo alcanzado el 100% de su base reguladora, alcancen la pensión ordinaria máxima[26].

---

[23] En sintonía con lo que ya establecía el TC en sus sentencias, especialmente, STC 22/1981, en lo que tiene que ser una "compensación adecuada".

[24] Hasta 1985 el período mínimo de cotización necesario fue de 10 años, cambio introducido por la Ley 26/1985, de 1 de julio.

[25] *Vid.*, BARRIOS BAUDOR, G.L.: op. cit., pág. 10.

[26] FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: "La jubilación forzosa como causa extintiva de la prestación de servicios. El perpetuo viaje de ida y vuelta en el devenir del instituto jurídico guadianesco por excelencia de la seguridad social y la negociación colectiva", en: VVAA: *Por una pensión de jubilación,*

Aspecto que deberá de ser determinado por los tribunales, aunque atendiendo al cambio en la redacción literal de la norma, probablemente ello pueda hacerlo factible.

2.3. Vinculación de la medida con "objetivos coherentes de política de empleo"

Otro de los condicionantes en materia de cláusulas convencionales de jubilación forzosa viene dado por la vinculación de la medida con los denominados "objetivos coherentes de política de empleo", los cuales deben de estar expresados en el propio convenio regulador[27], al igual que ya se había determinado desde la redacción dada por la Ley 14/2005, de 1 de julio. De este modo, la disposición adicional 10ª ET, en su redacción dada por el RD-ley 28/2018, recoge una serie de objetivos de política de empleo a través de unos términos genéricos y a modo ejemplificativo[28] ("tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo"). Así, en comparación con la anterior regulación, el presente RD-ley ha suprimido la referencia al "sostenimiento del empleo" y ha introducido el término "relevo generacional", en consonancia con la preocupación expuesta en su Exposición de Motivos. Y lo más preocupante, en este sentido flexibilizador, se ha reiterado la expresión "cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo", apartándose de la exigente doctrina jurisprudencial temprana (STC 22/1981, de 2 de julio), que exigía la "no amortización del puesto de trabajo", expresión de la idea de reparto de los puestos de trabajo[29].

Además, algunas voces indican que la inversión de los requisitos (inédita), esto es, que aparezca la exigencia del 100% de la pensión ordinaria en primer lugar, y su vinculación con objetivos coherentes de política de empleo en segundo lugar, podría condicionar la aplicabilidad judicial del segundo requisito[30]. Aunque esto no debería de ser así, pues la compensación en la vertiente individual del derecho del trabajo del jubilado forzosamente no se realiza por la justa pensión de jubilación, generada por

adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019, pág. 252.

27 Esta justificación podrá encontrarse en el propio precepto que se dedique a la jubilación forzosa o en el contexto del mismo, *Vid.,* STJCE de 16 octubre 2007, *Palacios de la Villa,* C-411/05.

28 Pues no debemos de olvidar que esta lista es meramente ejemplificativa según indicó la STJUE de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England,* C-388/07.

29 Muy críticos con esta expresión que no garantiza un "equilibrio virtuoso" de la medida se sitúan MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: op. cit., pág. 25.

30 "No parece que, cumplido el primer requisito, este segundo vaya a tener una virtualidad condicionadora de la jubilación forzosa pactada", DURÁN LÓPEZ, F.: op. cit., pág. 4.

el propio trabajador, sino por la adecuada justificación coherente y concisa en políticas de empleo adecuadas y vinculadas a un interés colectivo[31].

En síntesis, se configura nuevamente el instituto jurídico de la jubilación forzosa, calificado como guadianesco por la doctrina[32], a través de una regulación simplista, que deja muchas dudas interpretativas al respecto[33]. Entre las dudas más significativas, se desconoce si la aplicación de la cláusula es automática o necesita de la voluntad del empleador ("cláusulas que posibiliten")[34]; al igual que se desconoce si se puede oponer frente a la jubilación forzosa el derecho a la jubilación demorada previsto en el art. 210.2 TRLGSS.

3. ¿LA JUBILACIÓN FORZOSA CONSTITUYE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD?

Es sobradamente conocido como durante los primeros años de la crisis económica de 2008 se aprovecharon las reestructuraciones empresariales para expulsar a la mano de obra madura del mercado de trabajo a través de prejubilaciones, jubilaciones anticipadas o, en general, despidos colectivos[35]. Dando lugar, por tanto, a la socialización del coste empresarial de despedir a trabajadores mayores, en el sentido de consumir prestaciones por desempleo a causa de su difícil inserción en el mundo laboral, además de, probablemente, reducir su cotización y pensión futura de jubilación y acceder a esta de forma anticipada[36]. Dicho panorama mereció una respuesta gubernamental a través del RD-ley 5/2013, que resultó ser sin ninguna duda excesivamente tardía, ya que el denominado "rejuvenecimiento" de plantillas ya había expulsado a un enorme volumen de trabajadores mayores del mercado de trabajo[37]. Y en esta misma idea de "minusvaloración y subalternidad social de las personas mayores"[38], se plantea la reincorporación del mecanismo de

31 TOMÁS JIMÉNEZ, N.: "La jubilación forzosa y su evolución legislativa", en VVAA.: *La edad de jubilación,* MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2011, pág. 262.

32 FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: op. cit., pág. 237.

33 DURÁN LÓPEZ, F.: op. cit., pág. 4.

34 Buena muestra de ello son las diferentes fórmulas que utilizan los convenios colectivos, v.gr.: mientras el CC de Mahou (BOE de 11/05/2019) utiliza el verbo "podrá" extinguir, el CC de Iberdrola Grupo (BOE de 2/03/2021) utiliza la extinción automática, salvo pacto individual en contrario.

35 Para un estudio sistemático y exhaustivo, véase, LÓPEZ INSUA, B.M.: "El despido colectivo de los trabajadores de edad avanzada", en: VV.AA.: *Envejecimiento activo y vida laboral,* MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019, págs. 409-438.

36 MONEREO PÉREZ, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* nº Extra 1, 2010, pág. 174.

37 MONEREO PÉREZ, J.L.: "La garantía de los … op. cit., pág. 245.

38 MONEREO PÉREZ, J.L.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019, pág. 74.

jubilación forzosa incluido en convenio colectivo, más aún cuando no hay evidencias empíricas de que dicha medida contribuya a la disminución del desempleo juvenil[39].

En efecto, a lo largo del presente apartado, de manera sintética se reflexionará acerca de si la jubilación forzosa y, por tanto, la limitación al derecho al trabajo y al derecho a la jubilación –que recordemos, no es una obligación–[40], constituye un factor discriminatorio por razón de la edad. Para ello, se debe de destacar la normativa, tanto nacional, comunitaria e internacional en materia de prohibición de discriminación por razón de edad. Así, se debe de indicar, en primer lugar, que, por desgracia, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Internacional de Derechos Humanos de la ONU no prevén disposiciones en este sentido, aunque existen en la actualidad movimientos a favor de una Convención de Naciones Unidas en Defensa de los Derechos de las Personas Mayores que unifique y aborde un problema tan acusado hoy en día[41]. En segundo lugar, de igual modo tampoco se refiere a la edad expresamente el Convenio n.º 111 de la OIT de 1958 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, aunque sí encontraremos trato diferenciado, por un lado, en la Carta Social Europea (revisada)[42] y en la acción del Comité de Ministros del Consejo de Europa[43]. Por otro lado, en el ámbito de la UE, destaca la regulación de la CDFUE en su artículo 21, y especialmente, en el artículo 25 de la citada Carta de Niza, "punto de inflexión en la política comunitaria de atención a los mayores"[44], enfocando más el problema del edadismo o *ageism* hacia la solución del envejecimiento activo. Resultado de lo anterior en el ámbito de la UE, será la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Por último, en el ordenamiento

39 FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: op. cit., pág. 251.

40 VV.AA.: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores,* MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.), Granada, Comares, 2012, pág. 1186.

41 Para una mejor comprensión, *Vid.:* MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A.: "Igualdad y no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores", en VV.AA.: *El sistema Universal de los Derechos Humanos,* MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.), Granada, Comares, 2014, págs. 105-127.

42 *Vid.,* MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A.: "Derecho de las personas con edad avanzada a la protección social (Artículo 23)", en: VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.), Granada, Comares, 2017, págs. 821-833; GUINDO MORALES, S., "Normas europeas en materia de ocupación y protección social en relación con el ámbito local", en: VVAA.: *Las políticas de empleo en el ámbito local: Especial atención a colectivos desfavorecidos: Jóvenes, mayores y discapacitados,* ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Dir.) y VILA TIERNO, F. (Ed.) *et al.*, Málaga, AMEIS, 2017, págs. 55 y ss.

43 MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: "La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad", *LA LEY Unión Europea*, Nº 58, abril 2018, Editorial Wolters Kluwer, págs. 3 y 4 (versión electrónica).

44 MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: op. cit., pág. 5.

jurídico interno español destacará el artículo 14 CE, entendido de forma amplia[45], y el 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, con referencia expresa a la nulidad de aquellas previsiones, incluyendo dentro de ellas a las cláusulas de los convenios colectivos, que ocasionen tanto discriminación directa como indirecta por razón de edad.

Una vez llegado a este punto, procede adelantar la respuesta a la pregunta inicial: la jubilación forzosa no constituye discriminación por razón de edad siempre que se respeten una serie de límites y justificaciones. Así lo ha determinado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con claro paralelismo en la doctrina de nuestros tribunales nacionales[46]. En efecto, ello ya fue determinado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 280/2006, de 9 de octubre (en sintonía con la STC 22/1981, de 2 de julio), en la que se recogían una serie de "precondiciones de constitucionalidad" para justificar el trato desigual y compensar el sacrificio que supone la jubilación forzosa, siendo: la percepción de la pensión de jubilación, de manera que "no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado" y la garantía de una oportunidad de trabajo a las personas en paro, "por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo". Del mismo modo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia 16 octubre 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05*,* determinó que la previsión española de jubilación forzosa (en concreto, la Ley 14/2005, de 1 de julio) no era contraria al principio de no discriminación por razón de edad de la Directiva 2000/78/CE[47]. La jubilación forzosa, por tanto, cumplía, en principio, los estándares del artículo 6 de la mencionada Directiva, por el que una diferencia de trato por motivos de edad no es discriminatoria si está justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima (entre las que se encuentra, las políticas de empleo y del mercado de trabajo) y siempre que los medios sean adecuados y necesarios. Así, el TJCE entendió legítima esta medida, no solo porque se garantizaba el acceso a la pensión de jubilación, sino porque se estableció "en el marco de una política nacional destinada a favorecer el acceso al empleo mediante su mejor distribución intergeneracional, así como a regular el mercado nacional de trabajo con el fin, en particular, de reducir el desempleo"[48]. Sin embargo, el

[45] Aunque el artículo 14 CE no se refiere expresamente a la discriminación por razón de edad, se puede encuadrar dentro del *cajón de sastre* "circunstancia personal", CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: op. cit., pág. 213.

[46] Expresión de MORALES VÁLLEZ, C.: "La jubilación forzosa en el derecho de la UE", *Revista Aranzadi Doctrinal,* N.º 8, 2020, donde, a su vez, se recogen exhaustivamente todas las sentencias del TJUE en materia de jubilación forzosa.

[47] De este modo, el Tribunal se apartó del principio general comunitario de no discriminación por razón de edad que estableció en la STJCE de 22 de noviembre de 2005, Caso *Mangold*, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo", *Relaciones Laborales*, Nº 13, Sección Editorial, Quincena del 8 al 23 Jul. 2008, pág. 8 (versión electrónica).

[48] En el mismo sentido, SSTJUE de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England,* C-388/07*;* y de 18 de junio de 2009, *Hütter*, C-88/08. Destacan otras sentencias del TJCE/TJUE como la de 12 de

tratamiento tenue que le dio el TJCE a los objetivos de política de empleo fue criticable, calificado de oportunidad desaprovechada, pues el Tribunal dio "unos argumentos esquivos y en ocasiones demasiado forzados para terminar presuponiendo la existencia de objetivos de empleo tanto en la Ley 14/2005 como en los convenios colectivos"[49].

De este modo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mantiene una posición favorable acerca de la inclusión de la jubilación forzosa en convenio colectivo siempre que se cumplan las citadas limitaciones, las cuales deberán de ser valoradas por los tribunales nacionales (véase, la STS de 4 de mayo de 2017, rcud. 2238/2015). En otras palabras, aunque el principio de igualdad "es un concepto complejo que es perfectamente compatible con el reconocimiento de la diferencia"[50], el tratamiento desigual de los trabajadores situados en la edad de jubilación debe de residir en una política de empleo que supere la "triple comprobación sobre la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de las desigualdades"[51].

Sin embargo, más allá de lo anterior, en la práctica las jubilaciones forzosas no se caracterizan por atenerse a exigencias de política de empleo realmente atendibles (en línea con el art. 6.1 Directiva 2000/78 y la doctrina del Tribunal Constitucional), sino por ser una medida de amortización barata de puestos de trabajo al no existir garantía de indemnización legal[52]. Y ello se debe a una redacción ambigua de la disposición adicional 10ª del ET –avalada por la jurisprudencia– que reconoce (al igual que ya se recogía en la Ley 14/2005, de 1 de julio) como objetivo coherente de política de empleo "cualesquiera otras (medidas) dirigidas a favorecer la calidad del empleo". En efecto, "la expresión utilizada por el legislador no ha de entenderse limitada a la ocupación de la vacante dejada por el cesado, sino que ha de serlo en el sentido más amplio de mantenimiento o mejora del empleo, que realmente se concreta –pese a la redundancia de la norma– en tres exclusivos apartados: a) estabilidad en el empleo [conversión delos contratos temporales en indefinidos]; b) sostenimiento del empleo [contratación de nuevos trabajadores]; y c) incremento en la calidad del empleo [fórmula que hace referencia a medidas de la más variada naturaleza, como promoción profesional, conciliación de la vida laboral y familiar, implantación de innovaciones tecnológicas, etc, que repercutan en bondad del empleo]" (STS de 4 de mayo de 2017, rcud. 2238/2015)[53].

En definitiva, para que la jubilación forzosa no constituya discriminación por razón de edad se ha de garantizar (además del acceso a la pensión de jubilación) la

octubre de 2010, *Ronsenbladt,* C-45/09 y la de fecha 28 de febrero de 2018, Asunto *Hubertus John y Freie Hansestadt Bremen,* C46/17.

49 TOMÁS JIMÉNEZ, N.: op. cit., págs. 256-257.

50 MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: op. cit., págs. 4 y 5.

51 *Ibidem,* pág. 15.

52 MONEREO PÉREZ, J.L.: "La garantía de los … op. cit., pág. 236-239.

53 Interpretación flexible plenamente aplicable a la redacción actual de la disp. adicional 10ª ET en palabras de BARRIOS BAUDOR, G.L.: op. cit., pág. 9.

no amortización del puesto de trabajo y la real sustitución del jubilado forzosamente, sin que se pueda recurrir a otras medidas genéricas que encubran supuestos de expulsión de trabajadores mayores[54]. Tampoco puede suponer una falta de concreción o de mínima enumeración de las medidas en el convenio colectivo, esto es, una exposición vaga o global de política de empleo en la empresa[55], que aumente excesivamente los poderes del empresario[56] y que, incluso suponga que este decida a quien despedir y a quien no, de una forma arbitraria, sin tener que abonar la indemnización[57]. De lo contrario, estaríamos ante un despido por la sola razón de edad[58], claramente discriminatorio, el cual debería de dar lugar a la nulidad, y no a la improcedencia, como erróneamente, a mi modo de ver, ha entendido el Tribunal Supremo[59].

4. CONCLUSIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

El hecho de alcanzar la edad de jubilación con garantías de percepción de la pensión no puede suponer la presunción de falta de capacidad física o intelectual para garantizar el ejercicio de la actividad profesional que ha venido desempeñando. Si bien es cierto que a medida que se envejece se aprecia un cierto deterioro de las capacidades, esta disminución (razonable) puede ser compensada con una adaptación del puesto de trabajo a la persona del trabajador[60]. Entender lo contrario equivaldría a contribuir a la estigmatización de un colectivo de trabajadores mayores que son más que necesarios para el sostenimiento de las pensiones públicas.

En efecto, el retorno de la jubilación forzosa al ordenamiento jurídico español se contradice con las políticas de envejecimiento activo que se vienen desarrollando desde las propias instancias europeas y nacionales. Si se quiere fomentar la prolongación de la vida activa laboral, no se entiende que, por otro lado, se posibilite la extinción del contrato de trabajo una vez se alcance la edad de jubilación, por

54 MONEREO PÉREZ, J.L.: "La garantía de los … op. cit., pág. 238 y 239.

55 Lo que suele ocurrir en la realidad, pues los convenios colectivos se limitan a reproducir el tenor literal RD-Ley 28/2018, así como no prevén medidas específicas que se amolden a las circunstancias propias de un determinado sector, provincia o empresa, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: "La vuelta de las cláusulas de jubilación forzosa a los convenios colectivos", en: VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019, pág. 234.

56 CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: op. cit., pág. 214 y 215.

57 FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: op. cit., pág. 252.

58 MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: op. cit., pág. 24.

59 La STS de 11 de mayo de 2016 (rec. 2530/2014) entiende la nulidad aunque la mayoría de las sentencias han declarado el despido improcedente: SSTS de 2 de febrero de 2016 (rec. 1624/2014), de 9 de marzo de 2015 (rec. 651/2014), 28 de abril de 2016 (rec. 3062/2014) o 4 de mayo de 2017 (rec. 2238/2015).

60 MONEREO PÉREZ, J.L.: "La garantía de los … op. cit., pág. 237.

mucho que los requisitos sean más garantistas (derecho al "cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva").

De este modo, se propone en el presente trabajo la derogación de la jubilación forzosa pues, aunque no sea de por sí la panacea en el sostenimiento de las pensiones públicas, sí que es cierto que su supresión entra en mayor consonancia con los planteamientos de envejecimiento activo y la extensión de la vida laboral más allá de la edad legal de jubilación, siempre que tal decisión permanezca voluntaria y no impuesta. El mecanismo de la jubilación forzosa no puede ser utilizado como moneda de cambio en unas reestructuraciones claramente "baratas" que expulsen a aquellos trabajadores maduros que quieran seguir aportando sus conocimientos a la empresa, así como al sistema de la Seguridad Social para disfrutar de la denominada jubilación demorada. El legislador debe de focalizar sus esfuerzos en promover la llamada "gestión de la diversidad generacional"[61] en la empresa, en el sentido de revitalizar el papel del trabajador más experimentado en la misma, no solo con políticas de formación constantes, sino con programas de *mentoring* o *coaching* que hagan posible la integración de los más jóvenes en la empresa, sin renunciar a la mano de obra más longeva, la cual pasaría a desarrollar otro tipo de rol. Sin embargo, ello no obsta a que se mantenga la jubilación forzosa en aquellos sectores que, más allá de su justificación en objetivos de política de empleo, devenga necesario la extinción del contrato de trabajo por motivos de seguridad y orden público (véase SSTJUE 5 de julio de 2017, *Fries*, C-190/16 y de 7 de noviembre de 2019, *Cafaro,* C-396/18).

Por otro lado, si no se estimara la derogación de la jubilación forzosa, sería recomendable que se garantizaran verdaderos objetivos de política de empleo, restringiendo estos a una real sustitución del trabajador jubilado forzosamente, sin que se admita la amortización del puesto de trabajo. Asimismo, dichos objetivos deberán de estar claramente especificados en el convenio colectivo para que ante una eventual impugnación el órgano judicial pueda comprobar si se han alcanzado razonablemente tales objetivos y así apreciar la justificación del trato desigual por razón de edad (véase, la STSJ Galicia de 28 de enero de 2021, rec. 3289/2020). También se aprecia como adecuado que se incremente la edad para jubilar forzosamente, esto es, que no sea la legal (que, recordemos, puede posibilitar la extinción del contrato a los 65 años si se cuenta con una carrera laboral completa) sino que se eleve, por ejemplo, a los 68 años. De este modo, se estaría posibilitando tanto el recurso a la jubilación forzosa como el ejercicio del envejecimiento activo. Por último, si el recurso a la jubilación obligatoria no se rigiera por objetivos razonables y proporcionados de política de empleo (o se incumplieran cualquiera de sus requisitos), el despido debería de ser declarado necesariamente como nulo ya que se estaría extinguiendo el contrato de trabajo por la sola razón de edad, motivo por el que resultaría discriminatorio.

[61] CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: op. cit., págs. 216 y 217.

Capítulo XI.

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS
Abogado y Graduado Social. Profesor Asociado de la Universidad de Murcia

1. Resolución comentada. 2. Introducción. 3. Comentario. 3.1. El caso suscitado. 3.2. Relevancia del asunto. 3.3. El criterio de la sala de lo social del TSJ de Murcia. 3.4. Análisis discrepante. 3.4.1. El recargo.. 3.4.2. El INSS. 3.4.3. La ejecución provisional. 3.4.4. La LRJS. 3.4.5. Condenas de hacer. 3.4.6. Los TSJS. 4. Conclusiones.

1. RESOLUCIÓN COMENTADA

S Sala Social TSJ de Murcia 09/02/2021 – RSU 602020

Ponente: Sr. Alonso Saura

2. INTRODUCCIÓN

Los causahabientes del trabajador obtienen, por sentencia del Juzgado de lo Social n.2 de Cartagena, que se condena al INSS a tramitar el expediente de recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo por el accidente mortal sufrido, sentencia hoy firme y confirmada por la Sala de lo Social.

3. COMENTARIO

3.1. El caso suscitado

La cuestión suscitada es si procede o no ejecutar provisionalmente la sentencia que condene al INSS a tramitar el expediente de recargo o si por el contrario procede esperar a la firmeza de la sentencia de instancia.

Por otra parte, se debate también si el INSS tiene que empezar a cumplir con la obligación o si basta el mero anuncio sin consignación, ni depósito ni cumplimiento de la sentencia en tanto se resuelve el recurso de suplicación.

3.2. Relevancia del asunto

El inicio del expediente administrativo, en tanto se resuelve el recurso contra la sentencia, parece lo más lógico, pues no supone ningún perjuicio para la Administración, produciendo una agilización en los trámites y una anticipación futura con las lógicas consecuencias beneficiosas para los beneficiarios.

El art.230c de la LRJS establece que durante la tramitación del recurso la entidad gestora, y para que éste pueda llevarse a efecto, acompañará con el anuncio la certificación de abono de la prestación y su continuación durante toda la vigencia del recurso, y si esta condena de pago es imprescindible para llevar a efecto el recurso, no será menos exigible certificar el inicio del expediente y reportar los trámites efectuados.

3.3. El criterio de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia

La sentencia de Murcia refiere la solicitud de tramitación del expediente de recargo de prestaciones y la invocación de los arts.294 a 296 alegados por el recurrente en materia de ejecución provisional de sentencias condenatorias en materia de Seguridad Social distinguiendo el art.294 que se ocupa de la ejecución provisional de sentencias de condena al abono de las prestaciones de pago periódico de Seguridad Social; el art.295 que regula la ejecución provisional de sentencias condenatorias de pago único; y el art.296 que regula la ejecución provisional de sentencias condenatorias de obligaciones de hacer o no hacer en materia de Seguridad Social.

A continuación la Sala, en vez de centrar la petición de ejecución e incardinarla en uno de los supuestos posibles, sin más análisis ni estudio rechaza el recurso al entender que las alegaciones son inviables pues entiende que la condena cuya ejecución provisional se pide supondría o significaría la ejecución definitiva lo que no refleja la finalidad de los artículos invocados –ningún razonamiento más realiza– pues entiende que no se trata de una condena a pago de recargo sino de una condena al INSS de inicio de expediente, y por este motivo no puede acceder a lo solicitado por entender que no es un derecho absoluto sino que deben ponderarse los requisitos para su procedencia o improcedencia valorando las circunstancias que limiten o impidan la ejecución provisional preservando los derechos de la otra parte, concluyendo, con apoyo a sentencias del TC, la más reciente de 20/06/2003 ¿? , que la pretensión es abusiva.

3.4. Análisis discrepante

3.4.1. El Recargo

La figura jurídica del recargo de prestaciones tiene como consecuencias que se abone por el empresario empleador e infractor, pero a su vez, que por el INSS se inicie el expediente dentro de su competencia para la declaración de responsabilidad empresarial por las faltas de medidas de seguridad, conforme al art.1.e del RD 1300/1985 de 21/07.

El recargo es acreedor de los caracteres que la LGSS atribuye a las prestaciones, participando del mismo régimen jurídico que éstas, sin que nada impida que sea susceptible de ejecución provisional

3.4.2. El INSS

El inicio del expediente de recargo a realizar por el INSS, se configura en la Orden de 18/01/1996, que establece que la tramitación del expediente puede iniciarse de oficio, a instancias de la ITSS, o a instancias del interesado o su representante legal, y en este caso procede iniciarse por mandato de una resolución judicial a instancias del interesado; y por tanto sería el INSS quien requiriera a la ITSS el informe-propuesta sobre los hechos y circunstancias existentes, disposición infringida y causa para el incremento de la prestación junto con el porcentaje del mismo, y el Acta de Infracción, confirmado por resolución administrativa firme, con todas las circunstancias del accidente y del incumplimiento de las medidas de Seguridad e Higiene.

Todo lo expuesto motiva que sea el INSS quien tenga que iniciar el expediente y por tanto ante el INSS cabe la ejecución provisional.

3.4.3. La ejecución provisional

La sentencia condenó a la tramitación del expediente de recargo, y el expediente de recargo no deja de tener una índole prestacional, y por tanto no queda excluido de la ejecución provisional.

Entendemos que la oposición a la ejecución provisional solo alimenta la pasividad del INSS, o su velada desobediencia a la resolución judicial, que no puede quedar justificada con la retahíla de vetustas resoluciones, las mismas que utiliza la Sala, todas de hace más de veinte años, y algunas treinta, ninguna del orden social, abstrayendo la doctrina constitucional sobre ejecución provisional, que en ningún caso queda referida al derecho del trabajador, ni refiere a interpretación alguna de la LRJS.

El Tribunal Supremo, en su Sala de lo Social, sentencia de 21/01/2016, recurso 2126/2014, ha establecido la posibilidad de la ejecución provisional del recargo de prestaciones, al punto que incluso reprocha al trabajador que no la instara. El recargo, establece el TS, disfruta de los mismos beneficios que las prestaciones, como tiene establecido en distintas sentencias, y por tanto es susceptible de ejecución provisional, así ya modo de ejemplo las sentencias de 23/03/2015 de Sala General Tribunal Supremo, Sala Cuarta recurso 2057/2014; y la sentencia de 2/11/2015, recurso 3426/2014.

3.4.4. La LRJS

Los arts. 294 a 296 LRJS regulan la ejecución provisional de sentencias condenatorias en materia de Seguridad distinguiendo tres realidades procesales distintas. El Art. 294 se ocupa de la ejecución provisional de sentencias de condena

al abono de prestaciones de pago periódico de Seguridad Social, el Art. 295 regula la ejecución provisional de sentencias condenatorias al abono de prestaciones de pago único y, finalmente, el Art. 296 se emplea en la regulación de la ejecución provisional de sentencias condenatorias a obligaciones de hacer o no hacer en materia de Seguridad Social.

Esta ejecución provisional de sentencias derivadas del accidente de trabajo se remonta a los textos refundidos de Procedimiento Laboral de 1958, 1966 y de 1980, adoptándose la actual estructura a partir del Texto articulado de la LPL de 1990. Fue a partir de este último texto legal, la LPL de 1990, cuando se amplió el supuesto tradicional de ejecución provisional de sentencias que reconocían el pago de rentas periódicas de Seguridad Social a los otros dos supuestos actualmente vigentes: el de sentencias de condena al abono de prestaciones de Seguridad Social de pago único y el de sentencias condenatorias a obligaciones de hacer y no hacer en materia de Seguridad Social. El supuesto de análisis.

Con la entrada en vigor de la Ley 36/2011, actual LRJS, se establece que también serán susceptibles de esta ejecución provisional aquellas sentencias que reconozcan en vía judicial el recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad, previa fijación por la TGSS del capital coste o importe del recargo, tal y como dispone el párrafo segundo de la letra a) del apartado 2 del Art. 230.

3.4.5. Condenas de hacer

Las sentencias en materia de Seguridad Social son ejecutivas conforme al art. 294 de la LRJS, y las condenas de hacer son instables sin fianza por el interesado, art. 296 de la LRJS.

Conforme a lo expuesto nada impide a que se proceda a la Ejecución Provisional, y por tanto el inicio del expediente de recargo y a la tramitación del expediente de abono de la prestación, pues otra forma de actuar sería interpretar la norma desde el incumplimiento y dejaría sin contenido la resolución judicial que se ejecuta y el mandato establecido en la misma.

3.4.6. Los TSJs

Los Tribunales Superiores de Justicia vienen admitiendo la ejecución provisional en materia de recargo de prestaciones, así la sentencia n.5102/2018 de 3 de octubre del TSJ de Cataluña, y también de Cataluña la sentencia n.5007/2016 de 13 de septiembre, como la sentencia n.1590/2007 de 22 de junio de Andalucía, sede Granada.

4. CONCLUSIONES

La conclusión final sobre si procede ejecutar provisionalmente una sentencia que establece una condena al INSS de inicio del expediente de recargo de

prestaciones, a mi juicio, solo puede ser afirmativa, y discrepante con el criterio de la Sala.

La parte ejecutante lo que se pretende con el inicio del expediente, que no es solo que se proceda al pago, como ocurre con las condenas de prestaciones periódicas, sino que principalmente se active el inicio de la prestación, es decir que se inicie el expediente administrativo impulsando los trámites previos y necesarios, oficiando a la Inspección de Trabajo, a las empresas responsables, en definitiva agilización en los procedimientos internos para avanzar en la determinación de la cuantía del recargo –que al día de hoy, y tras cuatro meses desde la firmeza de la sentencia de instancia aún se desconoce–, y a la postre poder contar con todos los datos preparatorios para realizar el cumplimiento efectivo de la resolución judicial en tanto esto sea posible.

Entiendo que el inicio de expediente, en los términos expuestos de preparación, no supone ningún perjuicio, ni una ejecución definitiva como entiende la Sala, sino que hubiera supuesto un impulso para que ahora, una vez firme la sentencia del juzgado, se hubiera posibilitado el cobro de la prestación con inmediatez, y en definitiva hubiera facilitado la tramitación del expediente con la celeridad deseable, y no tener que esperar el indeseable plazo de espera desde la firmeza, para que el INSS entonces. inicie el expediente y seguir en espera hasta que se vayan andando, muy tranquilamente, todos los pasos, de tramitación y todo por no hacer cumplir una ejecutividad que la propia norma ampara y que hubiera obligado al ente gestor a activar todos los trámites y procesos para que hoy, ya firme la sentencia, se pudiera estar cobrando el pago del recargo sin ninguna demora como la que tienen que seguir soportando los beneficiarios sin contar aún con fecha de inicio.

Capítulo XII.

EL CÁNCER COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL

Mª VALVANUZ PEÑA GARCIA
Profesora Asociada Doctora
Universidad complutense de madrid
Magistrada (sst) de los Juzgados de lo social de la Comunidad de Madrid

1. Introducción. 2. Concepto de enfermedad profesional. 3. Distincion de la enfermedad profesional con otras contingencias. 4. El cancer como enfermedad profesional. 4.1. Distincion con el cáncer ocupacional. 4.2. El cáncer profesional. 4.3. Condiciones para que el cáncer sea enfermedad profesional. 4.4. Factores que pueden favorecer el cáncer profesional. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCION

El cáncer es un conjunto de enfermedades, relacionadas a diferentes factores de riesgo y que constituye un problema de salud pública a nivel mundial. La exposición ocupacional a agentes cancerígenos en el lugar de trabajo tiene una gran importancia en el desarrollo de esta enfermedad.

La organización Mundial de la Salud, (OMS), indica que al menos el 40% de los casos de cáncer podrían evitarse si se controlan los agentes causales de la enfermedad. Los denominados "carcinógenos", que ya están reconocidos, son agentes que se encuentran en el ambiente en general o en el ámbito laboral, o se originan en hábitos y condiciones de vida no saludables. La contribución de tales condiciones al total de casos de cáncer es variable y particularmente la exposición a carcinógenos en el ambiente de trabajo puede ser responsable del 4 al 20% dependiendo del país y del tipo de cáncer. En general, los países más industrializados tienen más casos de cáncer ocupacional, aunque también está demostrado, que los países con ingresos medios y bajos generan más cáncer a partir de exposiciones laborales, debido a las condiciones de protección personal y a la vigilancia e inspección de la población trabajadora.

Estas patologías, están creciendo a un ritmo alarmante y dan cuenta de la necesidad de implementar estrategias y métodos de prevención para contener la enfermedad.

2. CONCEPTO DE ENFERMEDAD PROFESIONAL

La enfermedad profesional es "la contraída como consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones legales, y que está provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional. En tales disposiciones se establecerá el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que se estime deban ser incorporadas al mismo. Dicho procedimiento comprenderá, en todo caso, como tramite preceptivo el informe del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad". (Art. 157 LGSS y art. 3.5 del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre). La misma definición, se contiene también en la D.A. 1º del RD 63/2006, de 27 de enero, en relación con la cobertura de esta contingencia en el ámbito de los becarios de investigación, o personal investigador en formación de beca. (disp. adic. 1º RD 63/2006, de 27 de enero).

En términos muy similares, para los trabajadores autónomos, se establece que se entiende por enfermedad profesional "la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia que este provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas anexas al RD 1299/2006, de 10 de noviembre". Asimismo y en relación con este específico régimen, se reconoce la protección obligatoria por riesgos profesionales en el artículo 316.2 de la LGSS y art. 3.5 RD 1273/2003, de 10 de octubre.

La enfermedad profesional, al igual que el accidente de trabajo, es una contingencia profesional, frente a la enfermedad común y al accidente no laboral. Sin embargo, tiene características propias, que como se verá, la diferencian del accidente de trabajo.

A efectos de prestaciones de seguridad social, la enfermedad profesional exige que se desarrolle por ejecución de una actividad de las listadas y en virtud de la acción o de elementos o sustancias también listadas.

Es decir, no es lo mismo una enfermedad profesional, que una enfermedad contraída por razón del trabajo, ya que su concepto es mucho más reducido, porque si la enfermedad no esta incluida en el cuadro de enfermedades profesionales y se ocasiona por razón del trabajo o se agrava a consecuencia de la lesión sufrida en un accidente laboral, su tipificación correcta es la de "accidente de trabajo" (art. 156.2 e y f de la LGSS)

3. DISTINCION DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL CON OTRAS CONTINGENCIAS

La peculiaridad de la enfermedad profesional, radica en que la enfermedad profesional no es cualquier enfermedad contraída en el trabajo, sino únicamente, la que, teniendo su origen en el medio de trabajo, está tipificada como tal en el correspondiente cuadro o lista "oficial". Esto es lo que la distingue del accidente de

trabajo, ya que si bien tienen la misma acción protectora, el "nexo causal" es diferente, ya que la prueba del nexo lesión-trabajo, no se exige para la enfermedad profesional (STS 14-02-06, (RJ 2006,2092)).

Esta clasificación o listado proviene de los Convenios de la OIT, que ya existe desde el Convenio núm. 42 de 1934 y el Convenio num.121 de 1964, y que fue incorporado a la normativa europea, que en su Recomendación 2003/670/CE, recoge una "Lista europea de enfermedades profesionales" que los Estados miembros deberían introducir en sus sistemas nacionales, así como una "Lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha". La citada Recomendación también incluye la solicitud para los estados miembros del establecimiento de las oportunas medidas de indemnización y prevención, así como procedimientos adecuados de control, información, y estadística, en coordinación con el sistema sanitario.

Por ello, para que una dolencia o patología tenga la consideración de enfermedad profesional es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) que la enfermedad se haya contraído a consecuencia de la actividad profesional realizada, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia; b) que se trate de alguna de las actividades que reglamentariamente se determinen; c) que este provocada por la acción de elementos y sustancias que se determinen para cada enfermedad.

Por tanto, la principal diferencia con el accidente de trabajo, es que no se exige el nexo causal, ya que en el accidente laboral, se exige la necesaria prueba causal lesión-trabajo, para la calificación de laboralidad, y "en virtud de la presunción contenida en el artículo 116 de la LGSS tal prueba no se exige al trabajador en ningún caso en las enfermedades profesionales listadas", lo que pone de relieve que el sistema vigente en nuestro ordenamiento conlleva una férrea seguridad jurídica, puesto que se presumen iuri et de ire enfermedades profesionales las listadas en el RD 1299/2006, 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. (STS 18-05-05, (Rec 1643/14)). También hay que tener en cuenta que la enfermedad contraída por razón del trabajo, puede ser o no enfermedad profesional, siendo relevante el tipo de actividad y la clase de enfermedad de que se trate o los elementos o agentes que la provoquen, ya que deben de estar incluidas en el cuadro de enfermedades profesionales.

También hay que diferenciar la enfermedad profesional, de la enfermedad común, que es la que no tiene conexión alguna con el desempeño del trabajo, y también ha de distinguirse de la enfermedad que, a pesar de ser contraída en el trabajo o por causa del mismo, o incluso, agravada por el trabajo, no se encuentra en el listado oficial (STS 14-07-95, (RJ 1995,6587)).

De lo expuesto, se deduce con facilidad, que el accidente de trabajo y la enfermedad profesional son contingencias muy similares en nuestro sistema de seguridad social, aunque, son de etiología y naturaleza distinta (STS 14-02-2006 (RJ 2006,2092)).

Importante es también resaltar, para diferenciar la enfermedad profesional del resto de contingencias, que, según establece el artículo 3, del RD 1999/2006, de 10 de Noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, la calificación de una enfermedad como profesional, corresponde a la entidad gestora respectiva, sin perjuicio de su tramitación como tales por parte de las entidades colaboradoras que asuman la protección de las contingencias profesionales.

4. EL CANCER COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL

4.1. Distincion con el cáncer ocupacional

Los nuevos casos de cáncer han seguido un aumento progresivo durante los últimos años. En 2020, concretamente, aparecieron 281.478 casos nuevos según cifras de la Asociación Española contra el Cáncer. Supusieron un 2,36 más respecto al año anterior [1].El número de cánceres diagnosticados en España en el año 2021 se estima que alcanzará los 276.239 casos, según los cálculos de la Red Española de Registro de Cáncer (REDECAN), un número muy similar al del año 2020, Sin embargo, igual que a nivel mundial, la realidad puede ser ligeramente diferente ya que esta estimación no incluye el posible efecto de la pandemia de la COVID-19[2]. Estas son cifras globales para toda la población española, no solo para la población trabajadora, y según la Sociedad Española de Oncología Medica (SEOM), en 2021, se diagnosticaran 91.832 casos de cáncer para población menor de 65 años, es decir población trabajadora[3].

Para comenzar, hay que distinguir entre el "cáncer ocupacional" del "cáncer como enfermedad profesional". Este último, engloba el cáncer ocupacional o causado por el trabajo, ya que no todos los canceres relacionados con el trabajo y la presencia de agentes causales, son enfermedad profesional, porque no todos los canceres con evidencia científica en relación con la exposición laboral se encuentran dentro del listado y pueden ser considerados como enfermedad profesional.

El "cáncer laboral" o "cáncer ocupacional" es un concepto amplio de carácter médico, de relación científica causal, epidemiológica y fisiopatológica, con aplicación universal, con carácter amplio y modificable, es un término prevencionista,

[1] Últimos datos disponibles actualizados a 3 de febrero de 2021, de la Asociación Española frente al cáncer.

[2] Datos extraídos de la página web de la sociedad española de Oncología Medica, SEOM. https://seom.org/images/Cifras_del_cancer_en_esanha_2021.pdf

[3] Datos extraídos de la página web citada en la nota número 2, indicando que" a causa de la pandemia de la COVID-19 los programas de cribado de cáncer se vieron afectados en mayor o menor grado por lo que, con toda probabilidad, el número de cánceres colorrectales y de mama finalmente diagnosticados en 2020 fue menor al esperado. Todavía no está claro cómo todo esto afectará al número de diagnósticos de cáncer del año 2021. Así pues, las estimaciones de incidencia que se presentan en esta publicación deben entenderse como la incidencia que habría este año 2021 si no hubiera habido factores que hubieran alterado o todavía alteraran las posibilidades diagnosticas del sistema sanitario.

fundamentado en la causalidad, estando su fundamentación normativa en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales[4]. Los tipos más comunes de cáncer ocupacional son el cáncer de pulmón, el mesotelioma (causado por la exposición a partículas de amianto) y el cáncer de vejiga, siendo los sectores más afectados la construcción, la fabricación de productos químicos, la industria del automóvil y del mueble, la fabricación de productos alimenticios y textiles, la industria maderera y el sector sanitario.

El "cáncer profesional" es un concepto más restringido que el anterior, ya que es un listado restringido, reducido a un listado, que se basa en el artículo 157 de la LGSS, ya expuesto y en el Cuadro de Enfermedad Profesional en el Grupo 6 "Enfermedades causadas por Agentes Carcinogénicos en el Anexo I (enfermedades cuyo origen profesional se ha reconocido científicamente) del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

4.2. El cáncer profesional

El cáncer profesional es el que se recoge en un cuadro, del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre. Éste cuadro, es una lista cerrada en el cual encontramos 11 canceres y 18 agentes causales, y no hay que olvidar que es una lista cerrada, no una lista de enfermedades, sino una lista de agentes causantes de una enfermedad. En el cuadro 6 del citado Anexo 1, figuran 11 canceres y 18 agentes causales, que hacen mención a enfermedades profesionales causadas por agentes carcinógenos, y a continuación referencia cada agente su cáncer (subagente) y una relación de las principales actividades capaces de producirlas, en la exposición a ese agente.

Así los canceres recogidos como enfermedad profesional son: Mesotelioma, Cáncer de bronquio y de pulmón, cáncer hepático, cáncer de vejiga, leucemias, linfomas y mielomas, cáncer de próstata, cáncer cavidad nasal, cáncer de etmoides y senos de la cara, angiosarcoma de hígado, cáncer vesical, cáncer epidermoide de piel, cáncer de células escamosas y cáncer de laringe.

Los agentes que se recogen, son los siguientes:

- Amianto: Neoplasia maligna de Bronquio y Pulmón. Mesotelioma. Mesotelioma de Pleura. Mesotelioma de Peritoneo. Mesotelioma de otras localizaciones. Cáncer de Laringe.
- Aminas aromáticas: Neoplasia maligna de Vejiga.

[4] VV.AA.: *"Cáncer en población trabajadora. Incapacidad y riesgo de exclusión laboral y social", Medicina y Seguridad en el trabajo, vol. 64 nº 253* Vicente Pardo, J.M.; López-Guillen Garcia, A. Madrid, 2008.

— Arsénico y sus compuestos: Neoplasia maligna de Bronquio y Pulmón. Carcinoma Epidermoide de Piel. Disqueratosis lenticular en disco (Enfermedad de Bowen). Angiosarcoma del Hígado.

— Benceno: Síndromes Linfoproliferativos (LNH) y Mieloproliferativos (PV TE LMC MFP).

— Berilio: Neoplasia maligna de Bronquio y Pulmón.

— Bis-(Cloro-Metil) Éter: Neoplasia maligna de Bronquio y Pulmón.

— Cadmio: Neoplasia maligna de Bronquio, Pulmón y Próstata.

— Cloruro de Vinilo Monómero: Neoplasia maligna de Hígado y conductos Biliares Intrahepáticos.

— Cromo VI y compuestos de Cromo VI: Neoplasia maligna de Cavidad Nasal. Neoplasia maligna de Bronquio y Pulmón.

— Hidrocarburos Aromáticos Policíclicos (PAH), Hollín, Alquitrán, Betún, Brea, Antraceno, Aceites minerales, Parafina bruta y otros factores carcinógenos.: Lesiones premalignas de Piel. Carcinoma de Células Escamosas.

— Níquel y Compuestos de Níquel: Neoplasia maligna de Cavidad Nasal. Cáncer primitivo del Etmoides y de los Senos de la Cara. Neoplasia maligna de Bronquio y Pulmón.

— Polvo de Madera dura: Neoplasia maligna de Cavidad Nasal.

— Radón: Neoplasia maligna de Bronquio y Pulmón.

— Radiación Ionizante: Síndromes Linfoproliferativos y Mieloproliferativos. Carcinoma Epidermoide de Piel.

— Aminas (primarias, secundarias, terciarias, heterocíclicas) E Hidracinas Aromáticas y sus Derivados Halógenos, Fenólicos, Nitrosados, Nitrados y Sulfonados: Cáncer Vesical.

— Nitrobenceno: Linfoma.

— Ácido Cianhídrico, Cianuros, compuestos de Cianógeno y Acrilonitrilos: Cáncer de Etmoides y de Senos Paranasales.

— Sílice: Cáncer de Pulmón.

De lo anterior se desprende que "no están todos los que son, ni son todos los que están", por utilizar una expresión común y clarificadora, y ello es así, porque son de origen profesional todos los que están recogidos en ese listado, pero no están todos los cánceres que pueden derivar de agentes oncogénicos presentes en la ocupación laboral.

4.3. Condiciones para que el cáncer sea enfermedad profesional

Para que el cáncer, pueda ser incluido como enfermedad profesional, necesita de los siguientes requisitos:

A) Relación de causalidad del cáncer con el trabajo;

B) Cáncer listado causado por agente listado;

C) Demostrada presencia del agente causal cancerígeno en el puesto de trabajo;

D) Exposición verificada al agente en el trabajo;

E) Actividad desarrollad de riesgo probado;

F) Actividad en la que estuvo expuesto al agente cancerígeno;

Para calificar el cáncer como enfermedad profesional se requiere probar:

— Riesgo y puesto de trabajo: Cual fue el agente concreto de los listados y condiciones del trabajador que lo padece;

— Tiempo de exposición al agente listado;

— Diagnostico medico: características personales del trabajador afectado, problemas de salud, hábitos personales, exposición fuera del trabajo a los agentes causantes de la enfermedad.

Existen tres vías principales de entrada al organismo de los agentes patógenos que producen el cáncer, estos son:

— **Por inhalación**: es la principal vía de entrada al organismo puesto que junto al aire van otros productos y/o sustancias como gases, vapores, polvos, humos etc.

— **Por ingestión**: al ingerir preparados y/o sustancias junto a líquidos y alimentos.

— **Por contacto directo con la piel** (vía dérmica): debido al contacto con las sustancias o preparados y o exposición a radiaciones.

4.4. Factores que pueden favorecer el cáncer profesional

Hay que tener en cuenta que las condiciones del puesto de trabajo, pueden tener efectos carcinógenos, como son el trabajo a turnos o el trabajo en el turno de noche.

El trabajo por turnos que implica la interrupción de los ciclos circadianos y el trabajo sedentario han sido establecidos como posibles factores que contribuyen al desarrollo del cáncer ocupacional, y la evidencia de que la radiación no ionizante específica puede estar vinculada al riesgo de contraer cáncer es cada vez más sólida.

El estrés asociado al trabajo puede constituir una fuente indirecta de cáncer en la medida en que, para combatirlo, los trabajadores recurrirían a estrategias que implican fumar, beber, consumir drogas, comer en exceso o no seguir una dieta equilibrada. También han aparecido nuevos riesgos asociados a los nanomateriales, como los nanotubos de carbono, y los componentes alteradores endocrinos.

También hay que tener en cuenta que hay grupos de trabajadores que son más vulnerables o especialmente sensibles, como son los trabajadores mayores o muy jóvenes, trabajadores que tienen problemas metabólicos o de salud preexistentes, trastornos respiratorios, mujeres embarazadas, trabajadores itinerantes y condiciones específicas del lugar de trabajo, condiciones que, a veces, se yuxtaponen y hacen que haya grupos de trabajadores especialmente vulnerables a esta enfermedad.

5. CONCLUSIONES

El cáncer tiene gran impacto en la población trabajadora, tanto desde el punto de vista de los elevados costes en prestaciones, ya sea en prestaciones de incapacidad temporal como de incapacidad permanente, así como en costes para las empresas y el sistema económico en general y el de seguridad social, en particular.

A ello hay que añadir , el impacto personal que supone, en edad de trabajar, el sufrimiento por parte del trabajador de una grave enfermedad con un elevado riesgo vital, de consecuencias imprevisibles y en muchos casos, de difícil pronóstico, y que, en cualquier caso, condicionara su vuelta, si es que esta se produce, a su actividad laboral.

Sería necesario por todos los agentes implicados, establecer estrategias frente al cáncer en la población trabajadora, y más si cabe ahora, que se pretende alargar la edad para llegar a la jubilación, con lo que nos encontramos con una población de trabajadora cada vez más envejecida, y sobre todo, establecer medidas para una adecuada prevención y procurar un adecuado retorno laboral en aquellas personas que lo han padecido, para evitar posibles recidivas, de consecuencias para la salud, generalmente, graves.

Mejores políticas ambientales o de salud pública, dar mayor importancia y medios a la atención primaria o al servicio de prevención laboral, si bien no están íntimamente relacionadas con el puesto de trabajo, tendrían gran impacto en la detección y prevención de esta enfermedad.

La prevención es fundamental, y es la verdadera base de todo el problema, un ambiente de trabajo sano, unos hábitos saludables, son la mejor forma de evitar el padecimiento de esta enfermedad, a la que ni siquiera, muchas veces nos atrevemos a llamar por su nombre y denominamos "una larga y penosa enfermedad", que no hace sino estigmatizar más la misma y al trabajador que lo padece.

Capítulo XIII.

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL SOBRE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL DE JUBILACIÓN YSUPERVIVENCIA[1]

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

1. Pensión de jubilación. 1.1. Efectos sobre la pensión de jubilación de la nulidad radical del alta en seguridad social del trabajador. 1.2. Cobertura del período mínimo de cotización. 1.3. Responsabilidad en la pensión de jubilación por falta de cotización en supuestos de sucesión empresarial. 2. Prestaciones de supervivencia. 2.1. Pensión de viudedad. 2.1.1. Sujeto causante. Cobertura del requisito de cotización mínima previa al hecho causante. 2.2. Beneficiarios. Condiciones. 2.2.1. Duración mínima del matrimonio. 2.2.2. Parejas de hecho. 2.2.2.1. Viabilidad de equiparar a ella las uniones bajo rito gitano. 2.2.3. Acceso a la pensión de viudedad en situación de crisis matrimoniales. 2.2.3.1. Interpretación del requisito ser acreedor de pensión compensatoria en los supuestos de supervivientes procedentes de separación o divorcio. 2.2.3.1.1. Interpretación. Evolución de la doctrina del tribunal supremo de una interpretación literal a otra flexible o finalista. 2.2.3.1.2. Efectos de un cambio de criterio del tribunal supremo. 2.2.3.2. Excepciones a la exigencia de ser acreedor de pensión compensatoria. 2.2.3.2.1. Acreditación de la existencia de violencia de género. 2.2.3.2.2. Violencia de género que motivó la ruptura de la pareja de hecho. 2.2.4. Cuantía de la pensión de viudedad. 2.2.4.1. Pensión de viudedad procedente en aplicación de la dt. 13.ª2 LGSS. 2.3. Pensión de orfandad. 3. Perspectiva de género en la seguridad social. 3.1. Pensión favor familiares. 3.2. Pensión de jubilación. 4. Bibliografía

1. PENSIÓN DE JUBILACIÓN

1.1. Efectos sobre la pensión de jubilación de la nulidad radical del alta en Seguridad Social del trabajador

El TS analiza el supuesto de un trabajador que había venido cotizando regularmente a la Seguridad Social desde el inicio de su relación laboral en 2002, por

[1] Comprende un elenco de la doctrina del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en el período 2020-2021 (Primer semestre).

prestar servicios para la empresa Organización de Impulsora de Discapacitados[2]. En octubre de 2006 la TGSS de oficio acordó declarar indebida la inscripción de la empresa y de las altas de todos los trabajadores de la misma reponiendo a la empresa y a los trabajadores al momento anterior a su inscripción y alta, respectivamente. El trabajador solicitó pensión de jubilación que le fue denegada por el INSS al entender que solo acreditaba 503 días en los últimos quince años. El Juzgado de lo Social n.º 2 de Salamanca en su sentencia 31/2017 de 6 de febrero (proc. 704/2016) desestima la demanda del trabajador después de aclarar que *"debemos partir de que existió alta y cotización durante la vigencia de la relación laboral, siendo la cuestión que se plantea determinar los efectos que produce un alta y cotización anulada, en concreto, si no obstante esa anulación cabe entender cumplido el requisito de carencia*" la sentencia argumenta que la declaración de nulidad del alta y cotización priva de consecuencias a la cotización pues de otra forma sería irrelevante y se dejaría sin efecto la referida anulación de la resolución de la TGSS, confirmada judicialmente. La sentencia fue recurrida en suplicación y el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), de 19 de octubre de 20017 (rec. 818/2017), estima el recurso de suplicación interpuesto por el actor y declara su derecho a percibir la prestación contributiva de jubilación; condena a la

[2] Notas de la sentencia anotada:

— REF. STS 391/2020, de 22 de mayo, rec. 54/2018-ECLI:ES:TS: 2020:1480

— VÍA ADVA.: Denegatoria de la pensión de jubilación por no acreditar período mínimo necesario.

— VÍA JUDICIAL: SJS núm. 2 Salamanca 6 febrero 2017, denegatoria. STSJ Castilla y León 19 octubre de 2017 (rec. 818/2017) estimatoria de la demanda.

— DATOS DE INTERES (además de los reseñados en el texto, son de tener en cuenta):

o El demandante D. Anselmo con DNI nº NUM000 nacido el NUM001 de 1951 prestó servicios para la empresa ORGANIZACIÓN IMPULSORA DE DISCAPACITADOS (OID) con categoría profesional de agente comercial desde el 21 de mayo de 2002 mediante contrato temporal a tiempo parcial de 20h semanales hasta el 20-11-02. Posteriormente suscriben con la empresa dos contratos indefinidos a tiempo parcial uno el 1-9-06 y otro el 1-6-07. Durante este periodo la empresa abonó los salarios al actor descontando las cotizaciones a la Seguridad Social y efectuando las correspondientes cotizaciones.

-Desde el 1 de enero de 2013 el actor comenzó a prestar servicios para la empresa ORGANIZACION NACIONAL DE DISCAPACITADOS ESPAÑOLES Y EUROPEOS (O.N.D.E.E) con categoría profesional de dependiente percibiendo un salario de 24,07€/ día.

o Por Resolución de la TGSS de fecha 30 de octubre de 2006 se acordó de oficio declarar indebida la inscripción de la empresa OID y de las altas de todos sus trabajadores entre ellos el actor, y reponer a la empresa y a sus trabajadores al momento anterior a su inscripción y alta respectivamente. Se interpone recurso de alzada que fue desestimada por Resolución de la TGSS de 11- 12-06 y recurso contencioso administrativo siendo desestimado por sentencia de 5 de junio de 2008 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n°1 de Salamanca, autos n° 80/2007 y confirmada en apelación por STSJ de 6-3-09. El motivo de la anulación fue que la empresa realizaba la actividad de venta de cupones careciendo de autorización administrativa siendo "ilegal el ejercicio de una actividad que precisa de la preceptiva autorización administrativa si no se cuenta con ella".

o La empresa O.N.D.E.E procedió al despido por causas objetivas del actor con efectos de 22-3-13 siendo declarado improcedente por sentencia de fecha 26 de julio de 2013 del Juzgado de lo Social n°1 de Salamanca, autos n° 419/2013, condenando a la empresa OID y ONDEE calculando la indemnización con una antigüedad de 21-5-02.

OID, como responsable del pago de la referida pensión, sin perjuicio del deber de anticipo de la Entidad Gestora.

El TS recuerda la doctrina contenida en La STS 16 diciembre 2009 (rcud. 4356/2008) reconoce el derecho al anticipo en casos en los que, como en la jubilación, ya no se exige esa situación para poder acceder al derecho. En la sentencia reseñada en su fundamento de derecho tercero se dice lo siguiente:

"Literalmente, ya se ha visto que el número 2 del artículo 95 de la Ley de la Seguridad Social de 1966 exige para ello que el trabajador esté en situación de alta en ese momento del hecho causante, pero esa exigencia debe moderarse en el caso de aquellas prestaciones que permiten acceder a ellas desde la situación de no alta, como es el caso de la jubilación, desde la entrada en vigor de la Ley 26/1985. De esta forma, la concesión de la pensión de jubilación en supuestos de responsabilidad empresarial ofrece dos momentos distintos. El primero se contrae en determinar si tiene el beneficiario derecho a la pensión, y en esa tarea habrá de analizarse si concurren los previstos en el artículo 161 LGSS , edad y cotización de 15 años. Una vez que se obtiene una respuesta positiva a la existencia de esos requisitos, aunque sea declarando la responsabilidad parcial de la empresa que no afilió ni cotizó por el trabajador, deberá examinarse si procede el anticipo. Establecida entonces la existencia del derecho, y sin perjuicio de exigir a la empresa responsable la constitución del correspondiente capital coste necesario para ello, si concurre el supuesto anterior, el INSS deberá proceder al anticipo de la pensión, tal y como establece el artículo 95.2 de la referida Ley de 1966, desde el momento en que la exigencia del alta se correspondía con los requisitos que existían legalmente en esa norma de Seguridad Social, pero no en la actual de 1994.

En suma, no siendo exigible la situación de alta para acceder a la pensión de jubilación con declaración de responsabilidad empresarial, tampoco cabe establecer ese requisito para un momento posterior y complementario del percibo que constituye el anticipo como garantía del cobro de la prestación, aunque sea con los límites que introdujo la Ley 24/2001 al modificar el apartado 3 del artículo 126 de la LGSS".

Por otro lado, el TS advierte que en el presente supuesto no se está ante un contrato ilícito, ya que la ilicitud de la actividad desempeñada no es intrínseca (como lo sería el contrato para la sustracción de mercancías), sino extrínseca al negocio jurídico (la venta de cupones sería legal si la empresa hubiera obtenido la correspondiente autorización administrativa), siendo las anomalías ajenas al beneficiario, se ahí que proceda el anticipo por la entidad gestora de la pensión.

En definitiva, considera la Sala que cuando se trata de acceder a una pensión de jubilación en las condiciones expuestas: a) Trabajador que durante largo tiempo o ve descontada su cotización de los haberes devengados; b) Empresa que cumple con todas sus obligaciones y cuya infracción surge a posteriori a virtud de una resolución administrativa; c) Acceso a una prestación de Seguridad Social que no precisa inexcusablemente el requisito de encontrarse en alta; d) Ausencia de fraude o mala fe en el solicitante; y e) Admisión de las cotizaciones por parte de la TGSS.

1.2. Cobertura del período mínimo de cotización

El art. 205 LGSS norma el acceso a la pensión de jubilación en unas condiciones en las que se conjuga edad-cotización y situación de alta o asimilada a ella en los siguientes términos (y aunque no se diga expresamente encontrarse afiliado al sistema de Seguridad Social)[3]:

A) En situación de alta o asimilada:

-Haber cumplido sesenta y siete años de edad, o sesenta y cinco años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias.

Para el cómputo de los períodos de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a ellos las fracciones de los mismos.

-Tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias.

En los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada a la de alta, sin obligación de cotizar, el período de dos años de cotización específica, deberá estar comprendido dentro de los quince años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

B) En situación de no alta o asimilada

Será necesario el cumplimiento de los requisitos de edad y cotización en los términos anteriormente indicados.

C) Pluripensionistas

Para causar pensión en el Régimen General y en otro u otros del sistema de la Seguridad Social será necesario que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos, durante quince años.

El TS se plantea la posibilidad de computar los periodos cotizados al RGSS durante la percepción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años para causar pensión de jubilación en el RGSS a trabajador que cotizó a dicho régimen y al RETA, y ello por acreditarse, computando dichas cotizaciones el período mínimo

[3] Ver MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, Ediciones Laborum, Murcia, 2020, págs. 34-40.

de cotización necesario para lucrar la pensión[4]. El TS entiende que la DA 28ª LGSS/1994 (art. 280.1 LGSS) dispone que, si bien la entidad gestora cotizará por la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, dichas cotizaciones tendrán efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión y porcentaje aplicable a aquella en cualquier de sus modalidades, así como para completar el tiempo necesario para el acceso a la jubilación anticipada, pero no tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el periodo mínimo de cotización exigido en el art. 161.1 b) LGSS/1994 (art. 205.1 b LGSS), de conformidad con lo dispuesto en el art. 215.3 LGSS/1994 (art. 274.4 LGSS).

1.3. RESPONSABILIDAD EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR FALTA DE COTIZACIÓN EN SUPUESTOS DE SUCESIÓN EMPRESARIAL

El asunto planteado ante el TS es determinar alcance de la responsabilidad prestacional en caso de sucesión empresarial de pensión de jubilación no reconocida al momento de la sucesión[5]. El TS rechaza la pretensión de la empresa de que conforme al art. 127.2 LGSS/1994, en la sucesión en la titularidad de la industria o

[4] Notas de la sentencia anotada:

— REF.: STS 160/2020, de 19 febrero, rec. 3766/2017-ECLI:ES:TS: 2020:1186

— VÍA ADVA.: Se denegó el acceso a la prestación por no encontrarse al momento del hecho causante al corriente de sus cuotas a la Seguridad Social

— VÍA JUDICIAL: SJS núm. 3 de Elche de 21 marzo 2016 desestimatoria, STSJ Valencia, estimatoria del recurso del trabajador rec. supl. 2237/2016

— CONTRADICCIÓN: STS 15 marzo 2016 (rec. 3249/2014).

— DATOS DE INTERÉS:

o El actor, que acredita 4898 días cotizados hasta el 27-04-2009, en la fecha del hecho causante se encontraba de alta en el Régimen General, habiendo estado de alta en dicho régimen un total de 705 días entre el 25-06-1964 y el 03-09-1970, y un total de 6.013 días, durante diversos periodos comprendidos entre julio de 1972 y abril de 2014, resultando que desde el 28-04-2009 hasta el 21-04- 2014 (1.820 días) ha figurado de alta como perceptor del subsidio para mayores de 52/55 años. El actor ha estado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos un total de 7.611 días, comprendidos en los siguientes periodos: desde 01-04-1985 hasta 31-12-1985 y desde 01-03-1986 hasta 31-12-2006.

o El actor mantenía descubiertos de cotizaciones al RETA por los siguientes periodos: julio, noviembre y diciembre de 1995; enero de 1996 a marzo de 1999; marzo a junio de 2000; octubre de 2002; enero y febrero de 2003; julio de 2003 a diciembre de 2003; febrero, marzo, abril, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2004; de enero a diciembre de 2005; y de enero a diciembre de 2006. V. En la resolución impugnada y en la de 06-05-2009, por la que se denegaba al actor la pensión de jubilación por no hallarse al corriente en el pago de las cuotas, se le comunicaba al mismo que si procedía al ingreso de las cuotas adeudadas se procedería al reconocimiento de la pensión con los efectos económicos correspondientes, sin que por parte del actor se haya efectuado ingreso alguno.

[5] Notas de la sentencia anotada:

— REF.: STS 289/2020, de 7 de mayo, rec. 169/2018-ECLI:ES:TS: 2020:1182

— VÍA JUDICIAL: SJS 1 Pamplona 13 febrero 2017; STSJ Navarra 16 noviembre 2017, rec. supl. 364/2017

— CONTRADICCIÓN: STS 13 noviembre 2006, rec. unif. 578/2005.

negocio solo responde solidariamente el adquirente de las prestaciones causadas con anterioridad a la sucesión. Y ello con fundamento en reiterada jurisprudencia de la Sala 4ª, especialmente la STS (Pleno), de 23 de marzo de 2015 (rec. 2057/2014), y posteriores, que rectificando jurisprudencia anterior en materia de recargo de prestaciones señaló que conforme al art. 127.2 LGSS, la expresión "causadas" no debe interpretarse en el sentido de prestaciones "reconocidas" con anterioridad a la subrogación, sino a prestaciones "generadas" al ser la interpretación más razonable cuando de su aplicación al recargo se trata, puesto que podría aplicarse a las enfermedades profesionales que son insidiosas y de manifestación tardía, jurisprudencia que debe extenderse a los incumplimientos de la empresa que ha sido adquirida por fusión y que afecten a los derechos prestacionales de los trabajadores subrogados. Añade el TS que cuando el art. 127.2 LGSS/1994 (actual art. 168.2 LGSS), al establecer que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión, no está excluyendo la responsabilidad que correspondería a las empresas que se han transformado estructuralmente por medio de operaciones de fusión, respecto de las prestaciones que se reconozcan con posterioridad a dicha reestructuración, ya que dichas situaciones llevan implícita una sucesión universal en todos los derechos y obligaciones de una empresa a otra, de forma que no habiendo desaparecido ni extinguido la responsabilidad en que ha incurrido la anterior empresa por sus incumplimientos en las obligaciones de cotización y respecto de las prestaciones que corresponden a los que fueron sus trabajadores, dicha responsabilidad ha pasado a asumirla la nueva empresa, colocándose en la posición de aquella respecto de todos los derechos y obligaciones que a aquellos les podía corresponder, como en materia de prestaciones de la Seguridad Social.

3. JUBILACIÓN FORZOSA

En realidad, la cuestión debatida no aborda directamente la jubilación, se centra en la calificación del cese del trabajador al cumplir 65 años[6], sosteniendo éste

[6] Notas sobre la sentencia anotada:

— REF.: STS 151/2020, de 18 febrero, rec. 982/2018-ECLI:ES:TS:2020:700

— VÍA JUDICIAL: SJS núm. 2 Valencia de 17 mayo de 2017, desestimatoria; STSJ Valencia 5-12-2017 rec. supl 2965/2017, desestimatoria

— CONTRADICCIÓN: STSJ Madrid 3 octubre de 2016 (rec. 559/2016 y STJUE 13-9-2011 (asunto -477/09)

— DATOS DE INTERÉS:

- Anterior criterio del TS en STS 22 febrero 2017, rec. 138/2016.
- En el momento de recibir la comunicación extintiva el trabajador tenía cumplidos 65 años y tenía cotizados 39 años, 4 meses y 7 días, y que el II Convenio Colectivo profesional de los controladores de tránsito aéreo en la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea se encontraba en situación de ultraactividad, quedando su art. 175 –el que establecía la jubilación forzosa-afectado por lo dispuesto en la DA 10ª ET en redacción dada por Ley 3/2012 –que declaraba nulas y sin efecto las cláusulas convencionales de jubilación forzosa-y DT 15ª Ley 3/2012 –que preveía que la prohibición entraría en vigor para los convenios cuya vigencia inicial pactada se produjera después de la fecha de entrada en vigor de dicha ley–.

que la extinción acordada por la empresa en aplicación de la Disp. Ad. 4ª Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo, constituye un despido nulo por discriminación en razón de la edad y si la decisión de la empresa de extinguir el contrato de un controlador aéreo por jubilación forzosa resulta o no ajustada a derecho. Argumenta la Sala que, dado que el convenio colectivo se encontraba en situación de ultra actividad, la jubilación forzosa de los controladores aéreos no vendría impuesta por norma convencional, sino por norma legal, debiendo examinarse si se cumplen las exigencias de la DA 10ª ET. Por ello se recuerdan las previsiones antidiscriminatorias contempladas en los arts. 14 CE, 14 Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y doctrina del Tribunal Constitucional, conforme a las cuales se estableció que para que en un determinado sector de actividad se justifique la jubilación forzosa, la misma debe estar amparada por una justificación objetiva y razonable, lo que en el supuesto acontece en aplicación de lo dispuesto en la Ley 9/2010, de 14 de abril –que prevé la jubilación forzosa a los 65 años de los controladores civiles de tránsito aéreo–, en que por el alto nivel de estrés, la rotación de turnos y la extrema responsabilidad sobre las operaciones aéreas, estaría justificada una medida que intentara evitar la incidencia de dichos factores sobre el interés general.

2. PRESTACIONES DE SUPERVIVENCIA

2.1. PENSIÓN DE VIUDEDAD

2.1.1. Sujeto causante. Cobertura del requisito de cotización mínima previa al hecho causante

Pueden ser sujetos causantes de las prestaciones de supervivencia las personas integradas en el Régimen General o en los Regímenes que integran el sistema que reúnan los requisitos generales de estar afiliadas y en alta o en situación asimilada al alta (art. 217.1 LGSS) y que acrediten el período mínimo de cotización en caso de que el fallecimiento sea debido a enfermedad común que será de 500 días cotizados dentro de un período especifico de cinco años anteriores al hecho causante o a la fecha en que cesó la obligación de cotizar (art. 219.1 LGSS). No será exigible periodo alguno en caso –siempre que se esté en alta o asimilada a ella– de muerte imputable a enfermedad profesional o accidente común o de trabajo. Si no se encontrase en el alta o en situación asimilada a ella, cualquiera que sea la causa de la muerte será exigible entonces un período mínimo de 15 años (art. 219.1 párrafo 2 LGSS)[7]. En realidad, este requisito de cotización mínima no suele ser muy conflictivo –al menos

[7] RODRÍGUEZ INIESTA, G: *La viudedad en el sistema español de Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2006, págs. 154-160.
RODRÍGUEZ INIESTA. G.*: Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares,* Ediciones Laborum, Murcia, 2009, págs. 48 y ss.

cuando se está en alta o asimilada a ella– dado el reducido período de cotización previa exigida.

La cuestión que ha sido objeto de atención por parte del Tribunal Supremo es si para la cobertura de dicho período mínimo son o no computables los denominados días cuota o días de cotización por pagas extraordinarias. Se trata en definitiva de si a los días naturales acreditados como cotizados cabe sumar los correspondientes a pagas extraordinarias cotizados por dicho período[8].

El tema debatido no había sido una cuestión controvertida, al menos, en lo referente a las prestaciones de supervivencia. El cómputo de los denominados días cuota se había venido admitiendo pacíficamente desde la STS de 10-6-1974. La cuestión se ha planteado a raíz de las reformas introducidas en el sistema de

[8] Notas de la sentencia analizada:

— REF. TS.: 788/2020, de 22 septiembre de 2020 (rec. unif. 2429/2018); Roj: 3146/2020-ECLI:ES:TS: 2020:3146.

— VÍA ADVA.: Se desestima la prestación por no reunir el período mínimo de 500 días cotizados en los cinco años anteriores al hecho causante

— VÍA JUDICIAL: SJS núm. 4 Córdoba 12-7-2016 estima la demanda y reconoce la prestación; STSJ Andalucía 7-2-2018 (Rec. 570/2017) estima el recurso del INSS revoca la de instancia.

— CONTRADICCIÓN: STSJ Andalucía-Sevilla 11-2-1999 (rec. 3608/1997).

— DATOS RELEVANTES: Análisis de la STS 10-6-1974. Esta sentencia resuelve un recurso en interés de la ley interpuesto por el Ministerio Fiscal. En el supuesto, el demandante solicitó de la Mutualidad demandada la suscripción de convenio especial para conservar la condición de mutualista voluntario, recayendo acuerdo derogatorio de tal solicitud por no tener 1.800 días de cotización dentro de los siete años anteriores. El demandante tenía 1942 días cuota computando las gratificaciones extraordinarias. La STS 10 de junio de 1974 señala que "como ya se he declarado por esta Sala en sentencia de 12 de marzo de 1.973 debe primar el sentido de "día de cotización" y no el de día de trabajo o natural" pues "los textos legales no imponen, ni de sus términos puede deducirse, una distinción entre los efectos que produce la cotización por las pagas ordinarias y por las extraordinarias", por lo que "el año a dichas cotizaciones no consta solamente de los trescientos sesenta y cinco días naturales, sino de estos y los días-cuotas abonados por las gratificaciones extraordinarias". Esta doctrina judicial se completa con otras posteriores que puntualizaron, SSTS 3 de marzo de1992 (rcud 1412/1991), 24 de enero y 4 de julio de 1995 (rcud 735/1994 y 959/1994), 17 de abril de 1997 (rcud. 3255/1996) y 20 de junio de 2002 (rcud 1463/2001), que los días cuotas tenían que tenerse en cuenta para el cómputo del periodo mínimo de cotización exigido, pero no a otros efectos, como, por ejemplo, para determinar la cuantía y el porcentaje a aplicar a la base reguladora de la pensión. En este sentido véase la STS 28 de enero de 2013 (Pleno, rcud 812/2012), "en la STS/IV 24-enero-1995 (rcud 735/1994), relativa a una pensión de jubilación del RGSS ya se rechazó que a los efectos de fijación del porcentaje aplicar a la base reguladora por años cotizados (lo que incide en el importe económico de la prestación) se debieran contabilizar, además de los días naturales comprendidos en el correspondiente período, los denominados " *días-cuota*", es decir los días que se corresponden a las pagas o gratificaciones extraordinarias recibidas por el trabajador y por los que éste satisfizo las pertinentes cotizaciones". La razón no era otra "que las pagas extras se prorratean en los doce meses de cotización (...) y que, por tanto, ya se computan para el cálculo de la base reguladora y que, de entenderse lo contrario y adicionar los días-cuota, existiría una duplicidad en lo que a tales pagas extraordinarias afecta." y la incidencia que las reformas legislativas posteriores hubieran podido tener en dicha doctrina, singularmente la Ley 40/2007, de 4 diciembre.

Seguridad Social por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social[9].

El TS no comparte la afirmación contenida en la sentencia del TSJ recurrida en el sentido de que la jurisprudencia de las SSTS 28 de enero de 2013, seguida por otras posteriores (SSTS 23 de septiembre de 2013, 26 de noviembre de 2013 y 4 de diciembre de 2013) no "resulta aquí aplicable", en atención a que las prestaciones de invalidez –allí analizadas– se regulan por "normas propias". A los efectos que aquí importan, tanto las normas que regulan las prestaciones de invalidez, como las que regulan la pensión de viudedad, se limitan a requerir un "periodo mínimo de cotización" (artículo 138.1 y 2 LGSS/ 1994 y artículo 195.1, 2 y 3 LGSS) o un "periodo de cotización" (artículo 174.1 LGSS/1994 y artículo 219.1 LGSS), sin que en ninguno de los dos casos el legislador haya introducido la previsión que sí incorporó a la pensión de jubilación de que "a efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias" (artículo 161.1 b) LGSS/1994 y artículo 205.1 b) LGSS de 2011). Ello asemeja las pensiones de invalidez y de viudedad y las diferencian de la pensión de jubilación.

2.2. BENEFICIARIOS. CONDICIONES

2.2.1. Duración mínima del matrimonio

El art. 219. 2 LGSS, señala que en los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. Este condicionamiento de una "antigüedad mínima" del matrimonio se introdujo con la reforma de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social[10]. No obstante, no se exigirá dicha duración cuando en la fecha de celebración del matrimonio se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el artículo 221.2

[9] En la exposición de motivos de la misma se decía: *"…Por lo que se refiere a la jubilación, y con el fin de incrementar la correlación entre cotizaciones y prestaciones, se establece que, para acreditar el período mínimo de cotización actualmente exigido para acceder al derecho a la pensión, se computarán únicamente los días efectivos de cotización y no los correspondientes a las pagas extraordinarias…".*

[10] La Exposición de motivos, en relación con la pensión de viudedad indicaba que *"…. También se introducen modificaciones en las condiciones de acceso a la pensión de viudedad en caso de matrimonio. En los supuestos excepcionales en los que el fallecimiento del causante esté ocasionado por una enfermedad común y no existan hijos comunes, se exige un período reducido de convivencia matrimonial y, de no acreditarse el mismo, se concederá una prestación temporal de viudedad …".*
Véase: RODRÍGUEZ INIESTA, G.: La reforma de la protección por muerte y supervivencia, capítulo VIII de la obra colectiva *La reforma de la Seguridad Social (el Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo)*, coordinada por Francisca Ferrando García, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, 187-218.

LGSS (los relativos a la pareja de hecho)[11] que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos. La cuestión analizada por el TS es como debe ser esta convivencia a efectos de su cómputo[12] años. Los términos literales de la norma exigen claramente la convivencia como pareja de hecho, por tanto entre *"quienes no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona ",* requisito que, sin embargo, aquí no concurre hasta el dictado de la sentencia de divorcio del matrimonio anterior, pues la subsistencia del vínculo precedente impide la calificación pretendida de pareja de hecho (en este sentido también lo expresó, reiterando otras anteriores, la STS de 20/7/15, rcud 3078/14) y, correlativamente la convivencia acumulada computable desde el 31/10/2014 no suma el periodo de tiempo requerido, vedando en definitiva el acceso a la prestación demandada.

[11] Dicho precepto dice así: "*2. A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.*

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.".

[12] Notas de la sentencia analizada:

— REF. TS: 53/2020, de 23 enero (rec. unif. 1353/2017), Roj: STS 576/2020-ECLI:ES:TS:2020:576.

— VÍA ADVA.: Se reconoce prestación temporal de viudedad.

— VÍA JUDICIAL: Sentencia desestimatoria JS núm.1 Gijón 3-10-2016; STSJ Asturias 337/2017, de 7-2 estimatoria reconociendo pensión.

— CONTRADICCIÓN: STS 30-9-2014 (rec. unif. 2516/2013).

— DATOS RELEVANTES:

- D. Germán contrajo matrimonio con Doña Rebeca el 11 de septiembre de 1958. Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 5 de Gijón, de 13 de febrero de 1988, se declaró la separación y por sentencia de 31 de octubre de 2014, del Juzgado de Primera Instancia n° 9 de Gijón, se disolvió el matrimonio por divorcio.
- D. Germán y la demandante, Doña Guadalupe convivían en el domicilio al menos desde el 8 de junio de 2012.
- La actora y el Sr. Germán contrajeron matrimonio el 10 de agosto de 2015, siendo éste pensionista.
- D. Germán falleció el 16 de octubre de 2016, por enfermedad común, no sobrevenida tras la celebración del matrimonio.
- La actora presentó escrito el 1 de diciembre de 2015 ante la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social solicitando una pensión de viudedad derivada del fallecimiento del Sr. Germán.
- El 3 de diciembre de 2015 recayó resolución en la que se reconocía a la actora una pensión de viudedad. -Por resolución con fecha de salida de 8 de febrero de 2016 se comunica a la actora que la pensión reconocida por la anterior resolución tiene carácter temporal y que el vencimiento de la misma sería el 31 de octubre de 2017, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social.

2.2.2. Parejas de hecho

El art. 221 de la LGSS norma el acceso a la pensión de viudedad en situaciones de pareja de hecho en los siguientes términos:

- El causante debe tener reunir los requisitos de afiliación, alta y cotización establecidos en el art. 2319 LGSS.
- El supérstite de la unión debe encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditar que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período (si no hubiere hijos comunes con derecho a pensión de orfandad el porcentaje será del 25 por ciento. No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.
- Se tendrán en cuenta como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital, así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos por mínimos de pensiones establecidos en el artículo 59 LGSS.
- Se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. 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[13].

Es este último apartado el más controvertido. Es decir, ser una pareja de hecho como norma el precepto de la LGSS indicado, acreditar su existencia y el período mínimo de convivencia.

2.2.2.1. Viabilidad de equiparar a ella las uniones bajo rito gitano

Se plantea si se tiene derecho a la pensión de viudedad el supérstite de una pareja que convivía maritalmente bajo el rito gitano, sin haber documentado o

[13] Sobre el requisito de formalización de la inscripción de la pareja de hecho la doctrina de la Sala de lo Social es unánime (véase Auto TS 29 septiembre 2020, rec. 3745/2019-ECLI:ES:TS:20220:8509A): *"Es doctrina ya reiterada de esta Sala IV la de que la existencia de pareja de hecho ha de acreditarse en los términos del art. 174.3 LGSS , pues la voluntad de la ley es limitar la atribución de la pensión a las parejas de hecho regularizadas (STS de 20 de julio de 2010 -rcud. 3715/09-, 3 de mayo de 2011 -rcud. 2170/10-, 15 de junio de 2011 -rcud. 3447/10-, 28 de noviembre de 2011 -rcud. 644/11- , 20 de diciembre de 2011 -rcud. 1147/11-, y 21 de febrero de 2012 -rcud. 973/11-). De ahí que los elementos de acreditación de la constitución de la pareja hayan de ser necesariamente, los que el precepto legal expresamente establece, sin que quepa confundir la existencia de la pareja de hecho con el requisito de la convivencia ininterrumpida. Hemos afirmado que, aunque el precepto tiene una redacción confusa, no hay en él una duplicidad de exigencia probatoria sobre un único requisito; sino dos requisitos diferentes, sometidos a su específico mecanismo de prueba. Así, para la convivencia basta el empadronamiento o cualquier otro medio de prueba. Sin embargo, dicha convivencia aparece adjetivada; no basta cualquier tipo de convivencia entre dos personas, sino que se atiende a la de quienes conviven "formando una pareja de hecho" entendida como relación de afectividad análoga a la conyugal. De ahí que se exija una acreditación específica relativa a la naturaleza de la convivencia y, en tal sentido, se precisa de la prueba documental a la que de modo expreso se refiere la ley que se exija una acreditación específica relativa a la naturaleza de la convivencia y, en tal sentido, se precisa de la prueba documental a la que de modo expreso se refiere la ley".*
Criterio este que no coincide con la Sala de lo Contencioso Administrativo del propio Tribunal Supremo. En STS 608/2020, de 28 mayo, rec. 6304/2017-ECLI:ES:TS:2020:1541, en relación con una pensión de viudedad a causar en el régimen de clases pasivas del estado se plantea la interpretación que cabe dar al art. 38.4 RD-legislativo 670/1987, de 30 abril, texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, para acreditar la existencia de una pareja de hecho si deben atenerse a los medios exclusivamente previstos en dicho precepto o caben otros. El órgano administrativo había desestimado la petición por "falta de inscripción de dicha relación en alguno de los registros existentes en la Comunidad Autónoma o en el Ayuntamiento. El art. 38.4 párrafo cuarto de dicho texto refundido dice así: *A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. 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 Sala Tercera del TS entiende (FD.2 último párrafo) que *"En atención a los anteriores elementos probatorios –se refiere a las pruebas testificales- consignados este Tribunal considera que existió pareja de hecho y que la misma se ha acreditado con los elementos hoy expuestos".*

inscrito esa unión en los registros de pareja de hecho[14]. Y para ello es necesario discernir, si resulta aplicable a tal efecto la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 8-12-09 (asunto Muñoz Díaz)[15].

[14] Notas de la sentencia analizada:

— REF.: STS 524/2020, 24 junio (rec. unif. 716/2018); Roj: 2761/2020-ECLI:ES:TS2020:2761

— VÍA ADVA.: Desestimatoria entre otras causas por no reunir período mínimo de cotización acreditando solo 457 días.

— VÍA JUDICIAL: JS 1 Burgos 13-10-2017 desestimatoria; STSJ Castilla y León 21-12-2017 (rec. 741/2017, estimatoria al entender que el cómputo de los quinientos días cotizados dentro de los últimos cinco años debe hacerse desde 10-1-1996 que fue la fecha en que se le reconoció una invalidez no contributiva y que resulta de aplicación la doctrina del TEDH en el asunto Muño Díaz.

— CONTRADICCIÓN: STSJ Galicia 27-3-2013 rec. 4657/2010.

— DATOS DE INTERÉS:

A) De la sentencia recurrida:

- La demandante y el causante han convivido bajo el rito tradicional gitano, desde 24 de mayo de 1981 hasta el fallecimiento de este último el 28 de julio de 2009.
- La convivencia ha sido ininterrumpida y han tenido tres hijos en común, sin haberse inscrito en ningún momento en el registro de parejas de hecho.
- En el libro de familia aparecen como solteros, y en el certificado de defunción del causante figura como casado.
- En tales circunstancias solicita la actora pensión de viudedad. En la solicitud inicial alega que se trataba de una pareja de hecho, en la reclamación previa sostiene que estaba casada con el causante por la ley gitana. La sentencia recurrida estima la pretensión. Razona en tal sentido que resulta de aplicación al caso la doctrina de la STEDH de 8 de diciembre de 2009 (asunto Muños Diaz), por concurrir todos los elementos que en ella se exigen para el reconocimiento de la pensión de viudedad a quienes han estado unidos bajo el rito gitano.

B) De la sentencia de contraste:

- La demandante y el causante han convivido bajo el rito tradicional gitano, desde el año 1985 hasta el fallecimiento de este último en diciembre de 2009.
- La convivencia ha sido ininterrumpida y han tenido dos hijos en común, sin haberse inscrito en ningún momento en el registro de parejas de hecho.
- En el libro de familia aparecen como solteros, y en el certificado de defunción del causante figura como casado.

[15] Son datos de interés de la STEDH los siguientes:

— La demandante nació en 1956 y reside en Madrid. La actora y el fallecido y M.D., ambos miembros de la comunidad gitana, contrajeron matrimonio en noviembre de 1971 según los ritos propios de su comunidad y fue reconocido como válido por dicha comunidad. Para la comunidad gitana, un matrimonio contraído según sus propios ritos trae aparejado los efectos sociales tradicionales, como el reconocimiento público, la obligación de vivir juntos y los demás derechos y deberes inherentes a la institución matrimonial.

— La demandante tenía seis hijos, inscritos en el Libro de familia que fue emitido a favor de la pareja por las autoridades del Registro Civil español el 11 de agosto de 1983.

— El 14 de octubre de 1986, la demandante y su familia recibieron el título de Familia numerosa de primera categoría, con el número 28/2220/8, de conformidad con la Ley de Protección a las Familias Numerosas (Ley 25/1971, de 19 de junio). El 24 de diciembre de 2000, fallece el cónyuge de la demandante. Era albañil y en el momento del fallecimiento había trabajado haciendo aportes a la Seguridad Social durante diecinueve años, tres meses y ocho días, manteniendo a su esposa

No obstante, la cuestión que aquí se ventila es distinta a la examinada allí. En el asunto Muñoz Díaz se trataba de una situación de convivencia bajo el rito gitano que se inicia en noviembre de 1971, con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1978; y el fallecimiento del causante tiene lugar el mes de diciembre de 2000, antes de la modificación operada en nuestro sistema de seguridad social por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que regula las condiciones, requisitos y circunstancias en las que la situación de pareja de hecho permite causar la prestación de viudedad, hasta entonces reservada exclusivamente al matrimonio.

El TEDH solo se plantea si la situación de convivencia constituida bajo el rito gitano puede equipararse al matrimonio a efectos de causar la pensión de viudedad.

Nada se dice sobre las parejas de hecho, porque en aquel periodo temporal no estaba aún contemplada en España tal relación como válida para el acceso a la pensión de viudedad.

Por ello, el TS en su análisis advierte que, en el presente caso, como en el de la sentencia de contraste, y en los resueltos anteriormente por el mismo (STS del Pleno de 25/1/2018, rcud.2401/2016), ya no solo se plantea la pretensión de equiparar la unión por el rito gitano al matrimonio, sino que también se suscita la posibilidad de otorgar a esta última situación de convivencia el mismo régimen jurídico previsto para las parejas de hecho en orden al reconocimiento de la pensión.

Ambas cuestiones vienen a entremezclarse en las alegaciones de las partes y en las diferentes respuestas judiciales, por más que acaben finalmente confluyendo en un mismo y único punto, que no es otro que el de determinar si la convivencia por el rito gitano despliega el efecto jurídico de permitir el acceso a la pensión de viudedad, ya sea con su equiparación al matrimonio, o en el reconocimiento como pareja de hecho sin necesidad de la preceptiva inscripción o formalización documental.

(registrada como tal) y a sus seis hijos como dependientes. Había recibido la cartilla de la Seguridad Social, sellada por la agencia nº 7 de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social – "INSS".

— La demandante solicitó una pensión de viudedad. El INSS le denegó la concesión el 27 de marzo de 2001 alegando que ella "no [era] y nunca [había] sido la esposa del difunto con anterioridad a la fecha de la muerte, según lo establecido en el párrafo 2 de la séptima enmienda a la Ley 30/1981, de 7 de julio (en vigor en aquel momento), junto con la sección 174 de la Ley General de la Seguridad *Social* – "LGSS" aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio".

— Dicha decisión se vio confirmada por una decisión del mismo Instituto de fecha 10 de mayo de 2001.

— La demandante presentó una denuncia en el Juzgado de lo Social. En una sentencia de fecha 30 de mayo de 2002 del Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid, se le autorizó una pensión de viudedad con una base de 903.29 euros mensuales, reconociéndose por lo tanto los efectos civiles de su matrimonio gitano El INSS interpone recurso de suplicación. El 7 de noviembre de 2002, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicta una nueva sentencia revocando la resolución anterior.

— La demandante presenta un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, basado en el principio de no discriminación por cuestión de raza y condición social. El 16 de abril de 2007, el Tribunal Constitucional dicta sentencia en la que se deniega el recurso de amparo

En definitiva, de lo que en realidad se trata, es de establecer si la unión por el rito gitano es título jurídico suficiente para acceder a la pensión de viudedad.

Recuerda el TS que el TEDH sustenta su decisión en una serie de consideraciones que giran, todas ellas, sobre la existencia de buena fe en la convicción de la demandante sobre su condición de mujer casada, que entiende avalada por la existencia de ciertos documentos públicos que interpreta como un reconocimiento oficial de esa situación.

La sentencia del TEDH concede al hecho de que en aquel asunto se había iniciado la convivencia bajo el rito gitano en el año 1971, con anterioridad a la vigencia de la Constitución, y cuando en España solo era posible casarse de acuerdo con el rito del derecho canónico de la Iglesia católica, excepto previa declaración de apostasía. Lo que lleva al Tribunal a afirmar que no se podía exigir a la demandante, "sin vulnerar su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, es decir, según el derecho canónico en 1971, cuando manifestó su consentimiento para casarse según el rito gitano". Se trata, dice el TS, de un argumento totalmente superado en el momento actual, tras la promulgación del texto constitucional y de toda la normativa legal que admite la celebración del matrimonio en forma civil, o por cualquiera de los ritos de las diferentes confesiones que disponen de acuerdos con el Estado a tal efecto o han obtenido el reconocimiento de notorio arraigo, respetando absolutamente de esta forma el derecho a la libertad religiosa.

El TEDH destacaba, que "*para valorar la buena fe de la demandante, el TEDH debe tomar en consideración su pertenencia a una comunidad en el seno de la cual la validez del matrimonio según sus propios ritos y tradiciones no ha sido nunca discutida ni considerado éste contrario al orden público por el Gobierno o por las autoridades nacionales, que incluso han reconocido en ciertos aspectos, la condición de esposa de la demandante. Considera que la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorad*a".

En una consideración que obviamente no se corresponde con la actual realidad de nuestro ordenamiento jurídico y no puede por consiguiente trasladarse en esos mismos términos al momento presente, en el que resulta evidente que en ningún caso se admite por las autoridades españolas la eficacia jurídica del rito gitano como elemento constitutivo de la existencia de matrimonio, y constituye además cuestión de orden público la configuración legal de las formas y requisitos del matrimonio.

Una cosa es que en nuestro actual ordenamiento jurídico no se discuta ni cuestione el legítimo derecho de la comunidad gitana a celebrar ese rito tradicional, como no puede ser de otra forma dentro del más absoluto respecto a la libertad individual, pero otra distinta es que eso suponga actualmente su aceptación como matrimonio por parte de las autoridades nacionales.

Todo lo contrario, a la par que el legislador ha venido ampliando el ámbito de protección de la familia, para hacer extensivos los mismos derechos y niveles de protección a todas las distintas posibles modalidades de unidades familiares constituidas bajo formas distintas al matrimonio, igualmente ha perseverado en la

configuración legal del matrimonio como un negocio jurídico solemne, hasta el punto de limitar la existencia de la institución matrimonial a las uniones que expresamente se formalizan bajo el cumplimiento de determinados requisitos sin cuya concurrencia no cabe admitir la existencia de matrimonio, ni de los efectos jurídicos que despliega en orden al reconocimiento de la pensión de viudedad.

Por otro lado, se añade por el TS, que no puede admitirse la concurrencia de buena fe en la creencia de la existencia de vínculo matrimonial a los efectos del derecho español, cuando en el libro de familia se hace constar la cualidad de "solteros", y tampoco puede equipararse la unión por el rito gitano a la inscripción registral o documentación pública de la "pareja de hecho", que exige el art. 174. 3 LGSS/1994 para tener derecho a las prestaciones de viudedad.

Se recuerda que la inscripción o documentación pública de las parejas de hecho es un requisito constitutivo absolutamente ineludible, que no puede ser sustituido por la celebración del rito tradicional gitano. Una circunstancia de especial trascendencia para la adecuada y correcta interpretación de la doctrina emanada de la STEDH, cual es el momento histórico y la realidad social en la que se desenvuelve la situación de convivencia en aquel asunto, muy alejada y diferente a la existente en las fechas y periodos del presente caso, cuando se trata de analizar si realmente es posible admitir una subjetiva convicción, de buena fe, sobre la validez como matrimonio a todos los efectos de la convivencia formalizada por el rito tradicional gitano.

2.2.3. Acceso a la pensión de viudedad en situación de crisis matrimoniales

El art. 220 LGSS norma las situaciones de acceso a la pensión de viudedad para supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial en los siguientes términos:

A) Separación o divorcio

Para acceder a la pensión de viudedad será necesario:

— La concurrencia los requisitos en cada caso exigidos en el artículo 219 LGSS, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el art. 221 LGSS.

— Que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y esta quedara extinguida a la muerte del causante. Si la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última.

— En caso de mujer víctima de violencia de género podrá acceder a la pensión aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria,

pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

— Sí, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, esta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el artículo siguiente.

B) Nulidad matrimonial

En este caso el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el artículo siguiente. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar en caso de concurrencia de varios beneficiarios.

Las controversias analizadas por el TS en el período de referencia han girado –en general– al tema de la pensión compensatoria: su existencia, límites y excepciones a su exigencia.

2.2.3.1. Interpretación del requisito ser acreedor de pensión compensatoria en los supuestos de supervivientes procedentes de separación o divorcio

2.2.3.1.1. Interpretación. Evolución de la doctrina del Tribunal Supremo de una interpretación literal a otra flexible o finalista

En un primer momento el TS venía entendiendo que el precepto de la LGSS era claro y contundente cuando señala expresamente al art. 97 CC. Y que legislador había optado por acudir a este concepto jurídico y no por otro tipo de requisito ni por la remisión a otro concepto de configuración legal, como lo sería la pensión de alimentos. Y así en su STS de 14 febrero de 2012 (rcud. 1114/2011), se denegó la prestación porque lo que en aquel caso se había fijado era una pensión de alimentos para los hijos. La razón invocada era que la pensión compensatoria no podía confundirse con otra cosa, como era esa pensión de alimentos en favor de los descendientes. Básicamente la Sala de lo Social del TS acudía a la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que había establecido

claramente las diferencias existentes tanto en el concepto como en la finalidad, entre la pensión compensatoria que regula el art. 97 CC y la pensión alimenticia entre parientes regulada en el art. 142 y ss. del mismo[16].

No obstante, la Sala de lo Social del TS con el paso del tiempo, ha venido tomando conciencia de que los conceptos de las prestaciones económicas que se satisfacen como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial mediante decisión judicial generan confusión al identificarlos, particularmente desde esta óptica de la pensión de viudedad, dada la remisión hecha por el legislador. Especialmente cuando existen hijos a los que, sin duda, ha de satisfacerse pensión de alimentos. Y ello porque la atribución del cuidado de los hijos al otro progenitor provoca que la pensión en favor de los hijos se entregue a aquél con el que permanecen, incluyendo, por tanto, la compensación por los gastos que ello genera. En este sentido, las cargas que se derivan, por ejemplo, de la utilización de la vivienda forman parte del concepto de alimentos a favor de los hijos y no de la pensión compensatoria al ex cónyuge, aunque éste habite en ella.

Por otro lado, la realidad demuestra que, mientras las pensiones para el sustento de los hijos constituyen la regla habitual, la pensión compensatoria a la que se refiere el art. 97 CC exige la ponderación de circunstancias mucho más sutiles y, por ello, no sigue una tónica de automaticidad.

Está claro que la pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que pueda producir la convivencia recaiga solo sobre uno de los cónyuges, y para ello se ha de tener en consideración lo que haya ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido desequilibrio que genera posibilidades de compensación.

No cabe confundir una y otra. La pensión compensatoria debe distinguirse de la pensión de alimentos, pues la primera no está basada en la concurrencia de necesidad, sino que trata de solucionar el desequilibrio tras una ruptura matrimonial en los términos. La prestación de alimentos requiere, en el caso del divorcio, de una atribución expresa en el momento de la ruptura del vínculo, pues la obligación de prestar alimentos entre cónyuges viene determinada por razón del parentesco establecido entre esposos y está ligada al vínculo matrimonial. La pérdida de la condición de esposos supone la extinción de la obligación, salvo que haya habido un contrato entre las partes.

Y aquí aparece un elemento de diferenciación importante con la pensión compensatoria que, precisamente surge cuando se ha producido la ruptura de la convivencia o del vínculo matrimonial, sin que la pensión compensatoria venga a sustituir a la pensión de alimentos.

[16] Por todas la STS/1ª de 10 de octubre de 2008, rec. 839/2008.

En atención a ello la Sala de lo Social se plantea la necesidad de examinar el mismo partiendo de lo que las partes determinaron el convenio regulador de la separación o divorcio en los que falta una calificación jurídica estricta, utilizando terminología variada y equívoca sobre las obligaciones que asume uno de los cónyuges frente al otro y frente a los hijos (ya así se señalan ejemplos como los pactos en que se indican "alimentos y ayuda a esposa e hijos", "pensión para subvenir "a las cargas familiares" sin que constara que existieran hijos o pensión "para gastos de la esposa e hijos". Pues bien, la Sala de lo Social del TS se inclina frente a este panorama de pensiones innominada de no ceñirse a la denominación dada por las partes. Es decir, no cabe una interpretación literal que exija que a cargo de quien después resulta ser el supérstite habrá de presumirse como pensión de alimentos en favor de éstos, cuando se optó por la remisión que la legislación de Seguridad Social hace al citado art. 97 CC hay que entender que la pensión de viudedad en caso de separación o divorcio no guarda relación alguna con el estado de necesidad del beneficiario, sino con la pérdida del montante económico que aquél percibiera en el momento y a causa del fallecimiento del causante a cargo de éste la pensión compensatoria haya sido fijada con esa denominación para poder admitir que se cumple con el requisito para el acceso a la prestación de viudedad.

Hay que acudir en definitiva a la verdadera naturaleza de la pensión fijada a cargo del causante, extraída de las circunstancias del caso y acudiendo, en suma, a una interpretación finalista del otorgamiento de aquélla.

Y este es el criterio que también aplican otras decisiones como la STS 405/2021, de 14 abril, en la que se había pactado expresamente no haber desequilibrio económico al momento de la separación[17]; la STS 263/2020, 5

[17] Datos de la sentencia anotada:

— REF.: TS 405/2021, 14 abril (rec. unif. 4997/2018); Roj: STS 1897/2021.

— VÍA ADVA.: Desestimatoria por no acreditar ser acreedora de pensión compensatoria

— VÍA JUDICIAL: SJS núm. 3 La Coruña 22-2-2018 desestimatoria; STSJ Galicia 11-10-2018 desestimatoria.

— CONTRADICCIÓN: STSJ Cataluña 19-3-2018

— DATOS RELEVANTES: Consta que el esposo de la demandante se quedó con el negocio familiar, compensándose a la demandante con la vivienda habitual, lo que constituía una compensación singular, toda vez que dicha vivienda estaba grabada por dos créditos hipotecarios, suscritos para cubrir dos préstamos, cuyo importe ascendía entonces a 46.566,49 euros y 98.539,31 euros el segundo, conviniéndose que la demandante se haría cargo del pago del primero y su esposo del segundo, lo cual comportaba objetivamente que la vivienda, adjudicada a la demandante como compensación por la adjudicación del negocio familiar a su esposo, presentaba unas cargas muy importantes, de las cuales la demandante tenía que ocuparse en una cuantía relevante, provocando un claro desequilibrio entre las partes. Desequilibrio éste, admitido por los propios actos del esposo de la actora, quien asumió desde el primer día el abono del crédito hipotecario, adjudicado a la demandante, a tal punto que, ingresaba en la cuenta corriente de la actora su pensión de incapacidad, para satisfacer dicho crédito hipotecario, así como los alimentos de su hija. Al tiempo, se hizo cargo del abono del segundo crédito, que gravaba la vivienda, cuyo importe era más del doble que el primero, acreditando, de este modo, el claro desequilibrio patrimonial de los cónyuges, debido a la adjudicación del negocio ganancial al esposo, a cambio de un inmueble fuertemente gravado por las hipotecas reiteradas para la esposa.

mayo[18], en la sentencia de divorcio se recogen como estipulaciones la "contribución a las cargas familiares y alimentos" en concepto de 40 mil pesetas; la STS 405/2021, de 14 abril, sobre la asunción de gastos derivados de préstamos suscritos vigente el matrimonio[19]; o la STS 3567/2017, de 11 de marzo, en el convenio regulador de la separación se acordó una pensión compensatoria de 40.000 pesetas y luego tras el divorcio se acordó mantener una ayuda de 53.300 pesetas, para sufragar gastos de manutención de la hija de ambos[20].

2.2.3.1.2. Efectos de un cambio de criterio del Tribunal Supremo

La sentencia que aquí se comenta[21] mantiene el criterio flexible en la interpretación de ser acreedor de pensión compensatoria y en relación con la cuestión planteada entiende que las normas administrativas generales ya contemplan y regulan la diversidad de supuestos, así, en esta línea, el art. 39.3 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre dispone, como excepción a la regla general que establece de eficacia de los actos desde la fecha en que se dicten, que " *excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran*

[18] Rec. unif. 3474/2017-ECLI:ES:TS: 2020:1545.

[19] Rec. unif. 4997/2018-ECLi:ES:TS: 2021:1897.

[20] Rec. unif. 3567/2017-ECLI:ES: 2020:1145.

[21] Notas de la sentencia anotada:

— REF.: STS 1080/2020, 3 diciembre (rec. unif. 1518/2020); Roj: 4155/2020-ECLI:ES:TS: 2020:4155.

— VÍA ADVA.: Desestimatoria por no acreditar "ser perceptor" de pensión compensatoria. El fallecimiento del causante se produjo en 17- 10-2013. Solicitó la prestación en 31-10-2013 que fue desestimada por no acreditar estar percibiendo la pensión compensatoria, no recurrió. Reiteró la solicitud en 2014 y recibió la misma respuesta, tampoco recurrió. Volvió a solicitarla en 2015 y le fue reconocida (por aplicación del cambio jurisprudencial de 17-7-2014, con efectos retroactivos de tres meses a la última solicitud. Esto es lo que se cuestiona en sede judicial

— VÍA JUDICIAL: JS 32 Madrid 12-4-2016 Desestimatoria; STSJ Madrid 8-2-2018 estimatoria.

— CONTRADICCIÓN: STSJ Madrid 12-9-2016 (REC. 829/2015).

— DATOS DE INTERÉS: La actora contrajo matrimonio con D. Jorge el 06 de noviembre de 1976, inscrito en el Registro Civil de DIRECCION000 (Madrid) al tomo 9. El 26 de noviembre de 1999 a través de un convenio regulador, presentaron la demanda de separación legal, la cual recogía en la III estipulación una pensión compensatoria a favor de Doña María Rosario por un importe mensual de treinta y cinco mil pesetas (35.000 ptas.). Dicha separación legal fue reconocida tras sentencia de fecha 18 de enero de 2000, por el Juzgado de la instancia nº 27 de Madrid. D. Jorge falleció el 17 de octubre de 2013. El 31 de octubre de 2013 la actora solicitó la prestación de viudedad en la provincia de Ciudad Real, que fue denegada el 4 de noviembre de 2013, por lo siguiente: "según lo dispuesto en el art. 174.2 de la LGSS, que establece que el derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código Civil, ésta quedará extinguida por el fallecimiento del causante. Usted no acreditó que D. Jorge le abonaba la pensión compensatoria hasta su fallecimiento." Frente a tal resolución no interpuso reclamación previa. Volvió a solicitar la prestación por viudedad, y el 14 de enero de 2014 se le volvió a denegar y tampoco presentó reclamación previa. Volvió a solicitarlo el 07 de enero de 2015 y se le reconoció con efectos económicos de los tres meses anteriores a la petición, es decir, con efectos de 07 de octubre de 2014.

ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas".

El INSS y la TGSS se limitaron a impugnar la fecha de efectos de la prestación, pues, solicitada una prestación de la Seguridad Social que es inicialmente denegada sin impugnación del beneficiario, luego reiteradas las peticiones y desestimaciones, expresas o presuntas, cuando finalmente se reconoce el derecho del beneficiario en los términos inicialmente solicitados con base en los mismos datos fácticos de los que disponía la Entidad Gestora y con fundamento en idéntica normativa jurídica que la regía en el momento de la inicial solicitud, ha de otorgarse eficacia retroactiva a los actos dictados en sustitución de los revisados o anulados siempre que la retroactividad, como ahora acontece, no lesiona derechos o intereses legítimos de otras personas[22].

2.2.3.2. Excepciones a la exigencia de ser acreedor de pensión compensatoria

2.2.3.2.1. Acreditación de la existencia de violencia de género

El tema planteado gira en torno a la vulneración de los criterios que rigen la valoración de la prueba, con el modo de acreditar por la viuda debe considerarse víctima de violencia de género y con la interacción de la pensión por alimentos con la de Seguridad Social[23].

El TS señala que resulta necesario atender a todas las circunstancias del caso a fin de valorar si concurre lo que hemos denominado elemento cronológico para obtener la pensión de viudedad a título de víctima de violencia de género.

Los antecedentes (se refiere a los hechos probados) ponen de relieve que la exigencia no puede interpretarse de modo mecanicista, examinando lo que acaece en un determinado día. Lo que debe concurrir "en el momento de la separación judicial o divorcio" es una razonable conexión de funcionalidad temporal, una proximidad que ponga de relieve la probabilidad de que la ruptura del matrimonio viene condicionada por cualquier "acto de violencia física y psicológica, incluidas las

[22] Véase en sentido contrario la STS 674/2000, de 1 de febrero, Recud. 3214/1998-ECLI:ES:TS: 2000:647, que sería luego matizada por STS 978/2014, de 29 de enero, Recud. 743/2013-ECLI:ES: 2014:978.

[23] Notas sobre la sentencia anotada:

— REF.: STS 524/2021, 12 de mayo (rec. unif. 4697/2018); Roj: 2002/2021.

— VÍA ADVA.: Se reconoce pensión en cuantía limitada a la pensión compensatoria. Se discute la existencia de violencia de género y por tanto exención de limitación alguna.

— VÍA JUDICIAL: JS 5 Zaragoza 25-5-2018 Desestimatoria; STSJ Aragón 15-10-2018 estimatoria.

— CONTRADICCIÓN: STSJ Andalucía 2-5-2012 (rec. 1180/2012) y STS 26-9-2017 (rec. 2445/2015).

— DATOS DE INTERÉS: Divorcio en 22-1-2009. Sentencia 19-1-2005 condena al causante por un delito de amenazas a diez días de trabajos para la comunidad. El Ministerio Fiscal retiró los cargos por violencia doméstica.

agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad" (art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género). Es comprensible que la Entidad Gestora desee administrar los recursos del Sistema con criterios de certeza, pero ello debe ceder ante la decisión del legislador de introducir criterios flexibles, conceptos abiertos que permitan una mejor atención a las situaciones de necesidad (art. 41 CE), al menos en casos determinados, Sin ir más lejos, el propio concepto de accidente de trabajo requiere una compleja valoración de las circunstancias concurrentes en número importante de casos. Eso es lo que entiende le TS con la exigencia de coetaneidad de los hechos y la ruptura.

2.2.3.2.2. Violencia de género que motivó la ruptura de la pareja de hecho

La cuestión que analiza el TS es si la demandante, que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, tiene derecho o no a la pensión de viudedad de parejas de hecho[24].

El TS se pronuncia en el sentido de que no es razonable entender que la voluntad de la ley sea la exigir la convivencia en el momento del fallecimiento del causante para acceder a la pensión incluso en el supuesto de que la convivencia haya tenido que cesar con anterioridad por la existencia de violencia de género. Lo que sucede es, más bien, que la protección, integral y trasversal, contra la violencia de género se va afinando y perfeccionando según se detectan lagunas y déficits de protección. La respuesta global y multidisciplinar que reclama la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004 sigue presentando deficiencias que hay que

[24] Datos de la sentencia anotada:

— REF.: STS 908/2020, 14 octubre (rec. unif. 2753/3018)-ECLI:ES:TS: 2020:3846.

— VÍA ADVA.: Denegada la prestación por no acreditar vínculo matrimonial y no requisitos para reconocerle la condición de pareja de hecho.

— VÍA JUDICIAL: JS 9 Barcelona 31-7-2017 desestima. STSJ Cataluña 26-3-2018 (rec. supl. 379/2018) estimatoria.

— CONTRADICCIÓN: STSJ Valencia 28-7-2020 (rec. 963/2015).

— DATOS DE INTERES:

- La demandante se encontraba soltera y el causante divorciado de su primera mujer.
- La demandante y el Sr. Segundo tuvieron un hijo en común, Valeriano, nacido el día NUM000 de 1996. -La parte demandante y el Sr. Segundo dejaron de convivir en el año 2000 dictándose sentencia en fecha de 5 de marzo de 2001 que acordó el cese de la convivencia entre ambos y los efectos derivados de la ruptura aprobando el convenio regulador suscrito entre ambos en fecha de 28 de febrero de 2000. No se estableció pensión compensatoria ni por razón de desequilibrio económico ni por causa de desequilibrio patrimonial. -En fecha de 27 de septiembre de 2003 la demandante formuló denuncia contra el Sr. Segundo, se sometieron a un procedimiento de mediación penal y la causa penal fue archivada.
- La Sra. Segundo fue atendida en el Programa de Atención a la mujer de la asociación Tamaia.
- El Sr. Segundo fue condenado por dos faltas de amenazas contra el hermano y la hija de la demandante.

Véase: RODRÍGUEZ INIESTA, G.: La relevancia de la violencia sobre la mujer en la protección por muerte y supervivencia en la Seguridad Social, capítulo décimo de la obra colectiva *Envejecimiento, cuidados y dependencia: hacia una protección socia*l con perspectiva de género, dirigida por M. C. López Aniorte y B. García Romero, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020, págs. 265-292.

corregir y subsanar, lo que es particularmente exigible en un ámbito (el de la violencia de género) donde se ven comprometidos derechos y bienes tan primordiales y esenciales y cuya protección integral cuesta tanto conseguir.

La aplicación analógica es plausible y persuasiva. si las mujeres separadas y divorciadas víctimas de violencia de género pueden acceder a la pensión de viudedad, lo mismo debe poder suceder con las mujeres que forman uniones de hecho y que son igualmente víctimas de violencia de género.

La interpretación con perspectiva de género conduce a interpretar el artículo 174.3 LGSS/1994 (actual artículo 221 LGSS) en el sentido de que, si cumple todos los demás requisitos, la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho.

2.2.4. Cuantía de la pensión de viudedad

2.2.4.1. Pensión de viudedad procedente en aplicación de la DT. 13.ª2 LGSS

La disposición transitoria 13ª.2 de la LGSS norma una situación transitoria sobre la pensión de viudedad en supuestos de divorcio o separación anteriores a 2008 en los que no se ha pactado pensión compensatoria. Y lo hace en los siguientes términos:

Es preciso que entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concurra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:

a) La existencia de hijos comunes del matrimonio.

b) Que tenga una edad superior a los cincuenta años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.

También tendrán derecho a la pensión de viudedad las personas que se encuentren en la situación antes indicada, aunque no reúnan los requisitos antes indicados, siempre que se trate de personas con sesenta y cinco o más años, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración el matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a quince años

La cuestión planteada ante el TS gira en torno a la exigencia de que los beneficiarios no tengan derecho a otra pensión pública[25]. La sentencia recurrida considera que se trata de un requisito para el reconocimiento de la pensión de viudedad que impide el ejercicio del derecho de opción. En el presente caso, se

[25] Datos de la sentencia anotada:
— REF: STS 51/2021, de 19 enero, rec. 2952/2017-ECLI:ES:TS: 2021:90.

reclamó la pensión de viudedad por dos mujeres. Si se atendiese el criterio del TSJ, la pensión de viudedad que no se reconoce a la primera esposa, incrementaría la pensión de viudedad de la segunda.

Por otro lado, si estuviéramos ante supuestos de separación o cuando el causante divorciado no ha contraído segundo matrimonio, ni ha integrado una pareja de hecho, la interpretación de la sentencia recurrida privaría de la pensión de viudedad al cónyuge histórico, sin que ello incrementase la pensión de viudedad de ningún beneficiario. En dichos supuestos, el INSS está reconociendo el derecho del beneficiario a percibir la pensión de viudedad, debiendo optar entre ambas pensiones. Si se acogiera esa tesis, los beneficiarios no tendrían derecho a la pensión de viudedad.

El TS entiende que a interpretación de la disposición transitoria 13ª.2 de la LGSS tiene que ser la misma cuando concurren varios solicitantes de la pensión de viudedad que cuando solo hay uno, en aras a la seguridad jurídica. Admite que el tenor literal de la disposición adicional 3ª de la Ley 40/2007[26] es distinto de la disposición transitoria 13ª.2 de la LGSS. Aquella norma hace referencia a tener reconocido derecho a una pensión contributiva. Por el contrario, el precepto aplicable a este pleito exige no tener derecho a otra pensión pública. Pero en ambos preceptos se regula una pensión de viudedad en supuestos específicos exigiendo un requisito negativo consistente en que el beneficiario no sea titular o no tenga derecho a otra pensión.

En definitiva, el TS entiende que la disposición transitoria 13ª.2 de la LGSS debe interpretarse en el mismo sentido que la sentencia del TS de 23 de febrero de 2017, recurso 2759/2015, interpretó el requisito de la pensión de viudedad establecido en la disposición adicional 3ª de la Ley 40/2007. No es un requisito que impida el reconocimiento de la pensión, sino que el beneficiario puede optar entre dos pensiones incompatibles.

[26] Dicha DA. 3.ª dice así:
"Pensión de viudedad en supuestos especiales
Con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurran las siguientes circunstancias:
a) Que, a la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 174 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.
b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo cuarto, artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el artículo 5 de la presente Ley, con el causante, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste.
c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes.
d) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.
e) Para acceder a la pensión regulada en la presente disposición, la correspondiente solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley. La pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero de 2007, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición."

Recuerda además su doctrina respecto pensiones del SOVI, pese a su carácter residual (por todas, sentencia del TS de 7 de julio de 2017, recurso 4240/2015 y las citadas en ella), la exigencia legal de que los interesados no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, no impide el reconocimiento de la pensión del SOVI cuando se tiene derecho a otra pensión, solamente determina su incompatibilidad. Si la pensión residual del SOVI se devenga en dicho supuesto, previa opción, por la misma razón el perceptor de una pensión pública no debe verse privado de la pensión de viudedad regulada en la disposición transitoria 13ª.2 de la LGSS de 2015.

No debe hacerse de peor derecho a la primera esposa del causante por haber cotizado a la Seguridad Social y tener reconocida una pensión de jubilación; que si no hubiera cotizado y no tuviera derecho a pensión alguna. El devengo de una pensión de jubilación a favor de la primera esposa no debe privarle de la pensión de viudedad, sin perjuicio de que deba optar entre ambas. La tesis de la sentencia del TSJ recurrida supondría que un viudo mayor de 65 años que por su carencia de rentas esté percibiendo una exigua pensión de jubilación no contributiva, no tendría derecho a esta pensión de viudedad. Por el contrario, un viudo cuyas elevadas rentas excluyen la pensión no contributiva y que tampoco percibe una pensión contributiva, sí que tendría derecho a la pensión de viudedad.

El hecho de que el cónyuge histórico esté percibiendo una exigua pensión contributiva o no contributiva (en el caso enjuiciado, de 367,90 euros mensuales), no debe impedir el devengo de esta pensión de viudedad (de 439,81 euros mensuales) a la que tiene derecho por su vínculo matrimonial y edad, sin perjuicio de que deba optar por una de las pensiones públicas.

Por ello se entiende que disposición transitoria 13ª.2 de la LGSS debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de que los beneficiarios "no tengan derecho a otra pensión pública", excluye que el beneficiario perciba simultáneamente ambas pensiones, debiendo optar por una de ellas. Pero no debe impedir el devengo de la pensión de viudedad

2.3. PENSIÓN DE ORFANDAD

El art. 38 del D. 3158/1966, de 23 de diciembre, reglamento general de la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, norma el denominado incremento de las pensiones de orfandad e indemnizaciones especiales a tanto alzado, en los siguientes términos[27]:

A) En los casos de orfandad absoluta las prestaciones correspondientes a los huérfanos podrán incrementarse en los términos y condiciones siguientes:

[27] RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Un juez concede por primera vez la pensión de orfandad al hijo de una pareja de hecho. Sostiene que garantizar la integridad de los hijos es una obligación constitucional de los poderes públicos", Aranzadi Social número 16/2005, págs. 33 y ss.

— Cuando a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad, la cuantía de la pensión de orfandad que se reconozca al huérfano se incrementará en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el 52 por ciento.

— Cuando a la muerte del causante exista algún beneficiario de la pensión de viudedad, la pensión de orfandad que se reconozca podrá, en su caso, incrementarse en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje de pensión de viudedad que no hubiera sido asignado.

— Cuando el progenitor sobreviviente fallezca siendo beneficiario de la pensión de viudedad, procederá incrementar el porcentaje de la pensión que tuviera reconocida el huérfano, sumándole el que se hubiere aplicado para determinar la cuantía de la pensión de viudedad extinguida.

— En el caso de existir varios huérfanos con derecho a pensión, el porcentaje de incremento que corresponda se distribuirá a partes iguales entre todos ellos.

— Los incrementos de las pensiones de orfandad en ningún caso podrán dar lugar a que se supere el límite establecido en el apartado 4 del artículo 179 de la Ley General de la Seguridad Social, para las pensiones por muerte y supervivencia. Sin perjuicio de su compatibilidad con la prestación temporal de viudedad, pudiendo, por tanto, ser reconocidos durante el percibo de esta última.

B) En caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional la indemnización que se reconozca a los huérfanos absolutos se incrementará con la que hubiera correspondido al cónyuge o a quien hubiera sido cónyuge o pareja de hecho del fallecido. En el caso de concurrir varios beneficiarios, el incremento se distribuirá a partes iguales entre todos ellos.

C) Los incrementos de prestaciones regulados en este artículo sólo podrán ser reconocidos con respecto a uno solo de los progenitores.

D) Cuando el progenitor superviviente hubiera perdido la condición de beneficiario de la pensión de viudedad a tenor de lo establecido en el apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, el huérfano tendrá derecho a los incrementos previstos para los casos de orfandad absoluta en el apartado anterior.

E) Se asimila a huérfano absoluto el huérfano de un solo progenitor conocido.

La cuestión que se le plantea al TS es si procede incrementar la pensión de orfandad con la de viudedad no percibida por el progenitor vivo[28]. De resolverse del modo pretendido por la actora, se vulneraría la norma que establece para todos los supuestos la exigencia de orfandad absoluta, requisito que está justificado en atención a la especial situación de necesidad que contempla: la inexistencia de algún progenitor que pueda hacerse cargo del huérfano. De otra parte, se establecería un trato desigual injustificado si se concediera el acrecimiento a los hijos de ex cónyuges sin derecho a pensión compensatoria y no se concediera en el caso de hijos de cónyuges actuales que no acceden a la pensión de viudedad por cualquier otra causa.

Añade el TS que de lege ferenda, la solución más completa e integradora mientras se mantenga la vinculación entre la pensión de orfandad y la de viudedad sería incluir en la prestación correspondiente a la primera tanto la situación que constituye orfandad absoluta de derecho –inexistencia de ambos progenitores como la que pudiéramos denominar orfandad absoluta de hecho cuando el que quede carezca de medios suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad– siendo entonces en este segundo caso necesario alegar y acreditar tal extremo para reconocer el incremento de la pensión en el porcentaje resultante de la aplicación de dicho precepto, pero lo cierto es que el tenor gramatical del mismo o sentido propio de las palabras (orfandad, según el DRAE, es "estado de huérfano" y a este término lo define en su primera acepción como "dicho de una persona de menor edad a quien se le han muerto el padre y la madre o uno de los dos, especialmente el padre", señalando también en torno al adjetivo "absoluto/a" que equivale a "ilimitado" y a entero, total,completo.

[28] Notas sobre la sentencia analizada:

— REF.: STS 570/2021, de 25 mayo, rec. 4369/2018-ECLI:ES:TS: 2021:2168.

— VÍA ADVA.: Reconoce pensión de orfandad sin incremento de la de viudedad.

— VÍA JUDICIAL: SJS núm. 7 Murcia 8 de noviembre 2016 desestimatoria; STSJ Murcia 13 junio de 2018 estimatoria. Recurre Mutua

— CONTRADICCIÓN: STS 30 abril de 2014 (rec. 584/2013).

— DATOS DE INTERÉS: Ver FD. Segundo 1. De la sentencia del TS anotada que señala lo siguiente: La sentencia de contraste (STS, 4ª, 30/04/2014, rec. 584/2013) abordaba si un huérfano, perceptor de pensión de orfandad (del 20 % de la BR) por fallecimiento de su padre, tiene derecho al incremento de dicha pensión en cuantía equivalente a la pensión de viudedad (el 52 % de la BR) en el caso de que su madre, que vive aún, no sea perceptora de esa pensión no haber tenido vínculo matrimonial ex art. 174.3 LGSS con el causante fallecido. Allí desestimamos el recurso, denegando la pretensión. Se razonaba, que para acrecer con la pensión de viudedad la prestación de orfandad, ésta debe ser absoluta, en los términos del art. 38 RD 3158/1966, caracterizada por la ausencia de ambos progenitores salvo excepcionalmente (orfandad absoluta asimilada o impropia), en supuestos de progenitor sobreviviente desconocido o maltratador, que no es el caso. La Sala puntualiza la sentencia de 28/06/2013 y ratifica doctrina del Pleno, porque en aquél caso había una situación de necesidad familiar, sin que pueda calificarse como tal la sola ausencia de pensión de viudedad que se produce en el supuesto contemplado.

3. PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA SEGURIDAD SOCIAL

En el período analizado nos encontramos con dos resoluciones del TS en las que en apoyo de su decisión se acude a la denominada perspectiva de género. Se trata de un asunto en el que se debatía el reconocimiento de una pensión favor familiares de una causante pensionista SOVI y otra que trata de la viabilidad de tomar en consideración el período de prestación de servicio social de la mujer para el acceso a la pensión de jubilación anticipada.

3.1. Pensión favor familiares

El asunto que analiza el TS es la determinación del acceso a la indicada prestación para el supuesto de que la persona causante de la misma no sea beneficiaria de pensiones de jubilación o incapacidad contributiva, pero sí de una pensión de vejez SOVI[29]. Se trata de interpretar el requisito del art. 217. 1 c) LGSS y examinar si la aplicación de su literalidad –"pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente"– con exclusión de pensiones de vejez e invalidez, que, como las del SOVI, eran también contributivas, puede tener un impacto negativo superior sobre las mujeres.

El TS parte de recordar sus decisiones anteriores, como la recogida en la STS de 10 diciembre 1992 (rcud. 832/1992) y en la de 19 noviembre 1993 (rcud. 1436/1993) se analizaron supuestos análogos relativos a la pretensión de prestaciones en favor de familiares por la muerte de los correspondientes progenitores de las allí actoras, quienes habían fallecido siendo beneficiarios de pensión de vejez SOVI. En dichas sentencias se negaba que un causante de dichas características pudiera ser equiparado a un pensionista de jubilación del Régimen General de la Seguridad Social con el argumento de que, lo contrario sería dar efectos retroactivos a la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y de Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, que fue la que creó e implantó la prestación en favor de familiares, sin incluir precepto de Derecho intertemporal en dicho sentido. En definitiva, en dichas sentencias se indicaba que, si el SOVI no contemplaba la prestación en favor de familiares, no cabía completar dicho régimen con prestaciones creadas *a posteriori* sin expresa inclusión de éstas en aquél.

[29] Notas sobre la sentencia anotada:

— REF.: STS 79/2020, 29 enero, rec. 3097/2017-ECLI:ES:TS: 2020:416.

— VÍA ADVA.: Se desestima por no ser la causante pensionista de jubilación o incapacidad permanente contributiva.

— VÍA JUDICIAL: JS núm.7 Las Palmas de Gran Canaria de 26 junio de 2016 desestimatoria; TSJ Canarias 2 mayo de 2017 rec. sup. 1237/2016, estimatoria.

— CONTRADICCIÓN: STSJ Madrid 5 febrero de 2016 (rec. 684/2015).

— DATOS DE INTERÉS –del antecedente de hecho primero–: Con fecha de 30-1-16 doña Estibaliz, nacida el NUM000 -62 solicitó prestación en favor de familiares por el fallecimiento de su progenitora Doña Gregoria el 18-1-16. Por resolución del INSS de 22-3-16 se denegó por carecer de los requisitos de "tener condición de pensionista de jubilación o incapacidad contributiva". La causante era titular de una prestación contributiva de viudedad y de una de jubilación SOVI.

Pero ahora se replantea tal criterio, en la medida en que pueda estar en juego la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres –como a continuación se explicitará–, la Sala se ve en la coyuntura de revisar los criterios seguidos en esas dos sentencias puesto que los mismos han sido superados por la evolución normativa experimentada, tanto en nuestro ordenamiento jurídico, como en el Derecho Europeo e internacional al que el español está estrictamente conectado y vinculado. Y por ello recuerda que ya el TS en sentencia de 21 diciembre de 2009 (rcud. 201/2009), admitiendo la diferencia del SOVI respecto a las prestaciones derivadas del R. General acudía por vez primera a llevar a cabo un enjuiciamiento guiado por la perspectiva de género mediante el examen de la transversalidad del principio de igualdad a través de una interpretación normativa que fuera acorde con los postulados impuestos por la Ley Orgánica de Igualad de Mujer y Hombre, la cual supone un hito normativo que compele a los jueces y tribunales a incorporar tal criterio de hermenéutica normativa. Considera que la evolución experimentada por el ordenamiento jurídico es fruto de la incorporación del concepto de "gender mainstreaming" elaborado en IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas (Beijing, 1995) y que, en el Derecho español, tiene su primera plasmación en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. Tras inspirar la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, halla su plasmación con alcance general en la LO 3/2007, de 22 de marzo, de para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en la que se positiviza la configuración del principio de igualdad efectiva, superando el de igualdad formal, a todas luces insuficiente.

Por ello, se entiende que una interpretación estricta y literal del precepto aquí aplicable puede generar un impacto de género, una discriminación indirecta, al desplegar efectos desproporcionados sobre el colectivo femenino. El principio de igualdad de trato exige eliminar, no sólo la discriminación abierta, sino también toda forma de discriminación encubierta que, por la aplicación de otros criterios, lleve, de hecho, al mismo resultado. Y tal eliminación resulta aquí factible mediante la utilización de criterios interpretativos finalistas que, partiendo de la indudable concurrencia de la existencia de una pensión de características análogas (vejez/jubilación) y ganada por la contribución al sistema, abarque también a aquélla obtenida en un régimen precedente al actual (el TS se pronuncia a favor de considerar las pensiones SOVI como contributivas).

Nos encontramos aquí ante un supuesto de discriminación refleja o transferida porque, a la conclusión anterior de que determinada interpretación de la norma pudiera derivar en una discriminación indirecta por excluir a un sistema de pensiones que, en la práctica, se caracteriza porque sus beneficiarias son mujeres, ha de añadirse que las consecuencias negativas son sufridas sobre quien resulta la beneficiaria por su conexión directa, aun cuando no sea la persona que sufre la discriminación inicial, sino una discriminación por asociación. Se añade En todo caso, y por último, la Sala no puede dejar de poner de relieve que la circunstancia ya analizada de la afectación ampliamente femenina, que el sistema de pensiones del

SOVI presenta, se reitera igualmente en relación con las prestaciones en favor de familiares, las cuales se generan en número también significativamente superior por parte de personas beneficiarias de sexo femenino (los datos estadísticos de la Seguridad Social del mes de octubre de 2019 arrojan un total de 29.450 mujeres, frente a 13.330 hombres).

La utilización como criterio interpretativo la perspectiva de género es muy sugerente, pero de muy compleja aplicación luego al caso que se analiza en cada momento. Si se analiza la sentencia del TSJ de Canarias que se ha recurrido en unificación de doctrina, se puede ver que todo su razonamiento gira en torno a las siguientes ideas básicas: a) El régimen SOVI y su impacto de género; b) Integración de la Dimensión de género en la impartición de justicia, es decir juzgar con perspectiva de género; y c) Resolución del caso. Y así se llega a consideración de que se debe reconocer una prestación favor familiares a tenor de un porcentaje del 72% sobre una base reguladora de 6,85 euros (fallo de la sentencia del TSJ Canarias).

Antes se ha dicho que juzgar con perspectiva de género es muy sugerente, pero puede llevar a juzgador a olvidar el complicado y no satisfactorio camino de relativo a la interpretación y aplicación de la ley y tomar su resolución de su visión acerca de la perspectiva de género, en definitiva, de su propia comprensión de lo que es justo, equitativo y adecuado. El peligro puede estar en que el juez olvide su fidelidad a la ley, a la que está obligado, para extraer de ella su propia percepción. Y aquí la perspectiva de género le ha llevado a crear una prestación inexistente, que el legislador no entendió oportuno introducir en el régimen SOVI. Hay en las sentencias del TSJ de Canarias y en la del Tribunal Supremo un argumento muy cuestionable que es el relativo a que las pensiones SOVI son unas prestaciones feminizadas y pone como ejemplo cifras actuales de sus beneficiarios, sin tener que desde 1967 es un régimen residual. Quizás hubiera sido deseable que se hubiera hecho un análisis más profundo de ese dato y las razones para calificar tales prestaciones como "femeninas" y no hacer "una foto" al número actual de pensionistas SOVI. No se olvide, por señalar algún dato, que tales prestaciones que en su acceso no hay discriminación alguna por razón de sexo, que si se analiza detalladamente las estadísticas se puede observar como la edad media en su percepción está en 83 años, siendo el número más alto de pensionistas el correspondiente a la franja de edad de 85 años o más y algo tendrá que influir en ello las diferentes expectativas de vida entre ambos sexos. Por otro lado, hay varios aspectos que conviene recordar y a los que habrá que dar una respuesta:

-Estamos hablando de una prestación en la que sujeto causante y beneficiario se separan, con lo que habrá que plantearse determinar quién o quiénes deben de considerarse discriminados: ¿causante? ¿beneficiario? ¿causante y beneficiario?

-Si se facilita el acceso a prestaciones del actual sistema, habrá que tener en cuenta la situación de necesidad y condiciones de acceso a la misma (por cierto, ni el TSJ de Canarias, ni el Tribunal Supremos dicen nada al respecto, ni tampoco de los hechos que se recogen en sus resoluciones puede saberse si se dan las condiciones reglamentarias para su disfrute, que dado que se trata de una hija de pensionista,

serían[30]: a) mayor de 45 años; b) soltera, viuda, separada judicialmente; c) acreditar dedicación prolongada al cuidado; d) convivencia con el causante al menos dos años antes del fallecimiento; e) no tener derecho a pensión pública; y f) carecer de medios de subsistencia o de familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos. Pues bien, la pregunta que se puede hacer uno a continuación y de cara a un futuro es si reuniéndose tales condiciones y el sujeto causante o el beneficiario o bien ambos fueran hombres ¿podría causarse derecho a pensión favor familiares? Si la respuesta es negativa por la propia esencia de la perspectiva de género, estaríamos dejando de atender la misma situación de necesidad a reparar por razón de sexo, reuniéndose todos los requisitos para ello.

3.2. Pensión de jubilación

La cuestión que se plantea ante el TS es la viabilidad de completar el periodo mínimo para acceder a la jubilación anticipada el tiempo de prestación del Servicio Social Obligatorio de la Mujer, aplicando lo establecido en el art. 208.1 b) último párrafo LGSS respecto al servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria[31]

Basa su decisión la Sala en lo dispuesto en el Decreto de 7 de octubre de 1983 y Decreto de 28 de noviembre 1983 de creación del Servicio Social Obligatorio –suprimidos por RD 1914/1978, de 19 de mayo–, y en la obligación establecida en el art. 4 LOI, que obliga a que la interpretación de las normas se haga en favor del principio de igualdad de trato y oportunidades, y ello en virtud de la "función integradora del principio de igualdad de trato y oportunidades". Considera que como en nuestro ordenamiento jurídico no existe norma que considerarse como periodo cotizado a efectos de alcanzar el periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la jubilación parcial el periodo de prestación del Servicio Social de la Mujer, debe realizarse una interpretación integradora teniendo en cuenta la perspectiva de género. En virtud del mismo, considera que si se interpretara literalmente el art. 208.1 b) LGSS, se estaría violando el principio de igualdad de trato, ya que reconoce, a los efectos de acreditar el periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la jubilación anticipada, el periodo de prestación del servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria con el límite de 1 año, servicio que sólo realizaban los hombres, por lo que se estaría reconociendo un periodo no cotizado únicamente a los hombres. Añade que como a las mujeres se les exigía la realización del Servicio Social de la Mujer, siendo así que en ninguna de las dos prestaciones (servicio militar y servicio social), existía obligación de cotizar a la Seguridad Social, aplicando la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del art. 208.1 b) último párrafo

[30] Véase RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Las prestaciones en favor de familiares", CIVITAS *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 49/1991, págs. 749-776.

[31] Notas de la sentencia anotada:

— REF.: STS 115/2020, 6 febrero, rec. 3801/2017-ECLI:ES:TS: 2020:338.

— VÍA ADVA.: Denegatoria por no acreditar período mínimo de cotización

— VÍA JUDICIAL: JS. 33 Barcelona 17 de enero 2017 estimatoria; STSJ Cataluña 15 de junio2017 estima recurso INSS, rec. 2308/2017

— CONTRADICCIÓN: STSJ País Vasco 11 octubre de 2016, rec. 1821/2016.

LGSS la única conclusión posible es reconocer que el periodo de prestación del Servicio Social de la Mujer ha de tomarse en consideración a efectos del acceso a la jubilación anticipada, en la misma forma en la que se tiene en cuenta, a dichos efectos, el servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria.

El debate sobre este asunto si es discriminatorio o no el cómputo del Servicio Social de la Mujer a los efectos antes indicados, si Servicio Militar o Prestación Social Sustitutoria eran situaciones equiparables ha perdido actualidad. La entidad gestora ha aceptado para la acreditación de períodos mínimos de cotización previstos en los arts. 207.1.c), 208.1.b, 215.2.d) y en la DT. 4.ª, apartado 6, letra f) de la LGSS h en su criterio de gestión: 3/2020, de 18 de febrero de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica.

Solo un apunte de interés meramente histórico, la Ley 16/1976, de 8 abril, de Relaciones Laborales en su art. 10.4 dispuso lo siguiente: "*El Servicio Social de la mujer, legalmente obligatorio, cuando sea incompatible con el trabajo, producirá en la relación laboral los mismos efectos que supone el servicio militar*."[32]

4. BIBLIOGRAFÍA

MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, Laborum ediciones, Murcia, 2020.

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Las prestaciones en favor de familiares", CIVITAS *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 49/1991.

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: La reforma de la protección por muerte y supervivencia, capítulo VIII de la obra colectiva *La reforma de la Seguridad Social (el Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo)*, coordinada por Francisca Ferrando García, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007.

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Un juez concede por primera vez la pensión de orfandad al hijo de una pareja de hecho. Sostiene que garantizar la integridad de los hijos es una obligación constitucional de los poderes públicos", *Aranzadi Social* número 16/2005.

RODRÍGUEZ INIESTA, G: *La viudedad en el sistema español de Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2006, págs. 154-160.

RODRÍGUEZ INIESTA. G.*: Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares,* Ediciones Laborum, Murcia, 2009.

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: La relevancia de la violencia sobre la mujer en la protección por muerte y supervivencia en la Seguridad Social, capítulo décimo de la obra colectiva *Envejecimiento, cuidados y dependencia: hacia una protección socia*l con perspectiva de género, dirigida por M. C. López Aniorte y B. García Romero, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020.

[32] Derogada por Ley 8/1980, de 10 de marzo, Estatuto de los Trabajadores.

Capítulo XIV.

TRABAJADORES DEL SECTOR SANITARIO Y SOCIO-SANITARIO Y COVID-19: RIESGO LABORAL Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

JOSEFA ROMERAL HERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

1. Cuestiones previas. 2. Normas de urgencia reguladoras de la contingencia de la COVID-19 y su protección. 3. El SAR-COV-2 como riesgo profesional de los trabajadores en centros sanitarios y socio-sanitarios. 4. La COVID-19 como enfermedad profesional de los trabajadores en centros sanitarios y socio-sanitarios. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. CUESTIONES PREVIAS

La pandemia de la Covid-19, desencadenada por la propagación del virus Sars-CoV-2 en el primer trimestre de 2020, perturbó la vida social y económica en la órbita mundial, con particular incidencia en el ámbito interno por la hibernación económica, lo que ha generado un panorama incierto en las relaciones laborales. En la misma medida, el sistema de protección social se vio alterado ante la necesidad de afrontar la parálisis productiva y la enorme contingencia sanitaria que hemos sufrido en este tiempo. Ante la situación generada fueron muchos los aspectos necesitados de intervención normativa inmediata, los cuales propiciaron desde el momento del Estado de Alarma (RD 463/2020, de 14 de marzo) un torrente de sucesivas disposiciones normativas de urgencia para abordar una serie de materias de carácter inaplazable en el ámbito del empleo y la protección social. Intervenciones normativas (en muchos casos excesivas y no siempre acertadas) que exigieron sucesivos reajustes técnicos afectantes a sus propias previsiones.

Centrándonos en el ámbito laboral, fueron muchas las actividades profesionales y los sectores económicos en los que el desempeño del trabajo se convirtió en un factor de riesgo para el contagio del virus, especialmente en las

actividades consideradas esenciales[1]. De todas las actividades, sin duda, los trabajadores del sector sanitario y socio-sanitario han sido y siguen siendo los más expuestos al contagio, presentando balances abrumadores del desarrollo de la enfermedad y desafortunadamente de fallecimientos[2]. El trabajo en primera línea de exposición (en condiciones de prevención claramente mejorables, al menos al comienzo de la pandemia) no sólo afectó las labores asistenciales, sino a todos aquellos profesionales de distintos niveles que de alguna manera desarrollaban tareas de contacto con enfermos y su atención: desde la asistencia sanitaria primaria, servicios de urgencia, asistencia hospitalaria, transporte de enfermos, hasta residencia de ancianos, a los que se unen las actividades conectadas con el núcleo básico a través de sistemas de externalización de servicios, como es el personal de limpieza de cetros sanitarios y socio-sanitarios, lavandería, cocinas, comedores, conductores, técnicos sanitarios, etc., (a los que no siempre se ha tenido en cuenta en la normativa de protección).

La magnitud de la crisis provocada por la pandemia y la declaración del Estado de alarma dieron lugar a una situación extraordinaria: colapsó el sistema sanitario, tanto los centros de atención primaria como urgente, se decretó el confinamiento de la población y se produjo el cierre de la atención al público de las mutuas (salvo atención urgente) y de la administración de la seguridad social. Ante el caos ocasionado se adoptaron medidas excepcionales por parte de la Seguridad Social para la mayor protección de los trabajadores en general, sin distinción de que fueran sanitarios o no, afectados por la incapacidad temporal derivada de la enfermedad. Lo que básicamente suponía que los Servicios Públicos de Salud emitieran los partes de baja y alta en todos los casos de afectación por coronavirus (conforme a los códigos de la CIE9-MC y a la CIE10 ES consensuados) como enfermedad común, tanto en las situaciones de aislamiento como de enfermedad y a todos los trabajadores que lo necesitasen, tanto para personal sanitario como para el resto de trabajadores, con la mayor protección de la baja asimilada al accidente de trabajo.

Esta medida en principio razonable y necesaria para el mejor funcionamiento y protección del conjunto de trabajadores, una vez superada la etapa de colapso sanitario e iniciada la fase de desescalada, debió haberse subsanado dado que los trabajadores en centros sanitarios y socio-sanitarios ya disponían de normativa protectora específica que recoge el contagio del virus Sars-CoV-2 como riesgo laboral, y que en caso de materializarse la baja laboral está catalogada como enfermedad profesional. Sin embargo, lejos de subsanarse, las sucesivas normas que han ido matizando la protección de estos trabajadores han seguido manteniendo

[1] La Orden SND/310/2020, de 31 de marzo (BOE 1-4-2020), formulaba una relación de centros, servicios y establecimientos sanitarios a los que, debido a su importancia en la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19, debían considerarse como de carácter esencial.

[2] En valores porcentuales, el número de profesionales con positivo de Covid-19 asciende a 118.063 hasta el 28 de enero y 63 fallecidos hasta el 5 de junio de 2021, lo que significa el 4,3 % de la población infectada, puede verse el seguimiento en: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos.htm

limitaciones, como veremos. Por tanto, parece razonable, que una ver retornada la actividad ordinaria, de forma extraordinaria se establezca un procedimiento por la Seguridad Social para la conversión de las bajas de estos trabajadores y sus secuelas a la consideración de enfermedad profesional. Y, las generadas una vez retornados a la normalidad tengan el tratamiento legal que corresponde.

Con este trabajo se pretende añadir una visión más a lo analizado y razonado por la doctrina laboralista en cuanto a por qué la enfermedad de la Covid-19 padecida por los trabajadores en el sector sanitario y socio-sanitario es una enfermedad profesional derivada de un riesgo laboral que debe estar recogido en la evaluación de riesgos.

2. NORMAS DE URGENCIA REGULADORAS DE LA CONTINGENCIA DE LA COVID-19 Y SU PROTECCIÓN

Como punto de partida de las actuaciones normativas de urgencia, días antes de la declaración del Estado de alarma, con objeto de proteger al conjunto de los trabajadores y aligerar las cargas a los empresarios, el legislador procedió a considerar de forma excepcional los periodos de aislamiento y contagio de todos los trabajadores como consecuencia del virus como situación asimilada al accidente de trabajo, aunque de manera exclusiva a efectos de la prestación económica de incapacidad temporal (art. 5 del RD-Ley 6/2020, de 10 de marzo)[3]. Dicha asimilación no se hace extensible a la prestación de asistencia sanitaria, que derivará de contingencias comunes, salvo que se pruebe que la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo. Estas medidas declaradas para el Régimen General de la Seguridad Social se hicieron extensivas a los Regímenes Especiales y a los colectivos funcionariales, de acuerdo con su normativa específica.

El carácter genérico de la norma, dirigido a todos los trabajadores, podría haber hecho pensar que el objetivo no era excluir la concurrencia con la consideración de enfermedad profesional en el caso de los trabajadores cuyos puestos de trabajo estuvieran expuestos al Sars-CoV-2, y así se recogiera en sus evaluaciones de riesgos[4]. Teniendo esto en cuenta, la estimación como accidente de

[3] Por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública. Artículo 5 Incapacidad Temporal por aislamiento, confinamiento o contagio.

[4] Al respecto, el Criterio Operativo 102/2020 de la ITSS, de 16 de marzo, pp. 8-9, establecía, entre otros, para los servicios de asistencia sanitaria (comprendidos los desarrollados en aislamiento, traslados, labores de limpieza, cocina, eliminación de residuos, transporte sanitario, etc.), laboratorios y trabajos funerarios, como obligación empresarial desde el inicio de la pandemia, en los puestos de trabajo en los que existe riesgo de exposición profesional al SARS-CoV-2, evaluar el riesgo de exposición al nuevo Coronavirus según lo dispuesto en al artículo 2 RD 39/1997, y lo dispuesto en el artículo 4.1 RD 664/199, siguiendo las recomendaciones que sobre el particular emitiera el Servicio de Prevención, además de seguir las pautas y recomendaciones formuladas por las autoridades sanitarias.

trabajo afectaría a los puestos de trabajo que no implicaran riesgo de exposición profesional y, por tanto, el riesgo de contagio no estuviese previsto ni fuese exigible desde el momento inicial de la pandemia en la evaluación de riesgos de su puesto de trabajo. Razonamiento lógico que se sostenía desde diferentes Equipos de Valoracion de Incapacidades y profesionales sanitarios[5]. Pero el espíritu de la norma no parecía ser este, y tras las reclamaciones desde sectores representativos (Confederación Estatal de Sindicatos Médicos), pidiendo la consideración de la baja por enfermedad para estos colectivos como profesional, junto con la dificultad que en esos momentos entrañaba la acreditación de que el contagio de la enfermedad se había contraído con causa exclusiva de la realización del trabajo, se introdujeron modificaciones en la prescripción normativa excepcional para el personal sanitario y socio-sanitario.

Así, el RD-Ley 19/2020, de 26 de mayo, sin derogar expresamente el art. 5 del RD Ley 6/2020, prevé en su artículo 9 que las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios, inscritos en los registros correspondientes, y que en el ejercicio de su profesión hayan contraído el virus SARS-CoV-2 durante cualquiera de las fases de la epidemia, por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios, cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos laborales y Salud Laboral, se considerarán derivadas de accidente de trabajo, al entender cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 156.2.e) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

La previsión, en principio, venía a facilitar las cosas en cuanto a la calificación inicial que debía tener la enfermedad para este personal, ya que permitía el establecimiento de un proceso ágil de reconocimiento de la contingencia como profesional[6]. Aun así, no cumplía los objetivos perseguidos por las reivindicaciones de los profesionales, ni se ajustaba a la tutela preventiva que en realidad correspondía legalmente a la contingencia. Precisamente por ello, desde diferentes voces de la doctrina científica se ha sostenido que el precepto era innecesario y el hecho de que se calificara como accidente de trabajo lo que ya encontraba encaje en el concepto

[5] Vid., en este sentido LÓPEZ-GUILLÉN GARCÍA, A., y VICENTE PARDO, J. M., "Incapacidad Temporal por Coronavirus (Covid-19), enfermedad profesional en personal sanitario", mayo de 2020, www.prevencionar.com. Posteriormente, de los mismos autores, *vid.* también: "Covid-19, Enfermedad profesional en personal sanitario, un derecho laboral sin restaurar", febrero de 2021. www.prevencionar.com.

[6] Según BARRIOS BAUDOR, G. L., La medida, además de agilizar el procedimiento, en sí misma considerada pretendiera la obtención de un efecto práctico como evitar el más que probable colapso judicial que de no contemplar una medida similar se produciría en el ámbito de las relaciones laborales sanitarias y socio-sanitarias, en "Covid-19: consideración como accidente de trabajo respecto del personal que presta servicios en centros sanitarios y socio-sanitarios". *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2020, pág. 7 de 25. En el mismo sentido MOLINA NAVARRETE, C., "La COVID-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Centro de Estudios Financieros, núm. 446, 2020, pág. 8.

de enfermedad profesional, no solo no era una ventaja, sino que disminuía las garantías de los trabajadores[7].

Lejos de corregir la opción normativa adoptada en mayo, la disposición adicional octava del RD-Ley 27/2020, de 4 de agosto, amplía el alcance temporal de la medida del artículo 9 del RD-Ley 19/2020 hasta que concluyan las medidas de prevención frente a la crisis sanitaria. Habría que esperar hasta febrero de 2021 para ver un cambio en la postura. El RD-Ley 3/2021, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en el ámbito de la Seguridad Social y económico[8], avanza en la protección de los profesionales que prestan servicios sanitarios o socio-sanitarios y contraigan el Covid-19 en el ejercicio de su profesión, concediéndoles las mismas prestaciones que el Sistema de la Seguridad Social otorga a quien se ven afectadas por una enfermedad profesional. Ahora bien, como se observa, la medida sigue introduciendo limitaciones tanto temporales como subjetivas, exigiendo el cumplimiento de requisitos y solo a los efectos prestacionales, no en cuanto a la contingencia. Es decir, sigue operando un reconocimiento excepcional, no una consideración de "facto" como enfermedad profesional, ya recogida en el cuadro de enfermedades profesionales o incluirla de forma expresa, lo que sigue generando conflicto de derechos derivado de las limitaciones:

Ámbito subjetivo: La norma limita la protección al personal que preste servicios en centros sanitarios y socio-sanitarios inscritos en los registros correspondientes, y durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios (art. 6.1 RD-Ley 3/2021). Aunque en principio la expresión "al personal que preste servicios" incluye la protección a todo sujeto que desarrolle actividad en estos centros, con independencia del vínculo contractual que ostenten (contratación directa, subcontratación o empresa de trabajo temporal), la naturaleza (pública o privada) o el carácter (laboral, autónomo o funcionarial), el inciso posterior limita la protección a las actividades sanitarias o socio-sanitarias, dejando fuera el resto de funciones accesorias como limpieza, lavandería, vigilancia, seguridad, restauración, administración, trasporte o mantenimiento; personas que siguen estando en primera línea de acción y contagio del virus. Igualmente, quedan fuera todos los profesionales que desarrollen su actividad al margen de centros sanitario o socio-sanitario como son el personal de cuidado de enfermos a domicilio, trabajadores de laboratorios de

[7] Entre otros, ARAGÓN GÓMEZ, C., "El COVID-19 como riesgo causante de prestaciones de Seguridad Social", en Rodriguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Casas Baamonde, M. E. (Dirs.): *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, pág. 26, donde concluye que no se alcanza a entender cuál es el objetivo perseguido por el legislador de urgencia, pues su previsión provoca una situación más perjudicial para este colectivo que la que se hubiera derivado de la aplicación de la legislación ordinaria. En el mismo sentido ARENAS GÓMEZ, M., "Prestaciones extraordinarias de Seguridad Social durante la situación COVID-19", *Iuslabor*, núm. 2, 2020, págs. 11 y ss., y TRILLO GARCÍA, A. R.: "Medidas adoptadas en materia de protección de la Seguridad Social en la crisis sanitaria provocada por el COVID-19", *Trabajo y Derecho*, núm. 66, 2020.

[8] BOE de 3 de febrero de 2021.

investigación, personal de auxilio, o trabajadores de centros penitenciarios por nombrar algunos.

Por lo que respecta a los centros sanitarios y socio-sanitarios se exige que estén inscritos en los registros correspondientes (art. 6.1 RD-Ley 3/2021): a) Registro general de centros, servicios y establecimientos sanitarios (REGCESS) a los que de forma expresa se refiere el art 26.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud[9]; b) Registros de centros socio-sanitarios existentes en las Comunidades Autónomas, en todo caso con independencia de que sean públicos o privados. Así pues, existe una desconexión sustancial en relación con el ámbito subjetivo de la contingencia de enfermedad profesional regulada por el art. 157 de la LGSS que atiende en exclusiva al desarrollo de enfermedad por contagio en el desempeño de la actividad profesional siempre que esté expuesto al riesgo, igual criterio toma en consideración la LPRL, como veremos, para determinar el concepto de riesgo y daño (art. 4). Claro está, que en el caso de trabajadores que quedan fuera de la norma deberán acudir al reconocimiento del derecho por la vía del accidente de trabajo (art. 156 LGSS).

En relación con el desarrollo de la enfermedad, se exige que se haya contraído durante la prestación de servicios por exposición al virus, y como señalamos antes, en actividades sanitarias o socio-sanitarias (art. 6.1 RD-Ley 3/2021), lo que requiere acreditación por el servicio de prevención de riesgos laborales mediante el correspondiente informe donde se haga costar que en el ejercicio de su profesión ha estado expuesto al virus Sars-Cov-2 por la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios (art. 6.2 RD-Ley 3/2021). Esta acreditación se llevará a cabo teniendo en cuenta el procedimiento de actuación establecido por el Ministerio de Sanidad[10].

Por último, y no menos importante, la norma reitera el carácter excepcional de la media al señalar que la protección opera dentro de un margen temporal: el virus Sars-Cov-2 debe haberse contraído dentro del periodo comprendido desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud hasta el levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el mencionado virus (art. 6.1 RD-Ley 3/2021); circunstancia que debe quedar acreditada mediante el correspondiente parte de baja que deberá haberse expedido dentro del mismo periodo de referencia. La limitación temporal, muy criticada desde sectores representativos, deja sin protección a los profesionales que contrajeron la enfermedad previo a la declaración de la pandemia y sus posibles efectos posteriores, además de crear incertidumbre ante los posibles rebrotes y sucesivas oleadas del virus, porque con independencia del levantamiento de las medidas de prevención

9 Puede verse la información en: https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/prestaciones/regCess/home.htm

10 Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2 (COVID-19), pág. 10. En el anexo IV se recoge una Guía de actuación para la gestión de la vulnerabilidad y el riesgo en el ámbito sanitario y socio-sanitario. En él se establecen hasta cuatro posibles niveles de riesgo en atención a la mayor o menor exposición al virus.

(que se realiza de forma progresiva en el tiempo y el espacio) el virus seguirá presente entre la población y los trabajadores expuestos al riesgo de contagio, en menor o mayor medida dependiendo de las medidas preventivas. Una vez levantadas todas las medidas de prevención quedaría plenamente operativo el reconocimiento de la contingencia como enfermedad profesional regulado en el art. 157 de la LGSS, y en su caso como accidente de trabajo (art. 156) para los supuestos en que el trabajador contraiga la enfermedad de forma accidental sin que esté previsto en su evaluación de riesgos.

Entre tanto, una vez acreditado el contagio del virus en el ámbito temporal establecido, y aportado el informe por el servicio de prevención que acredite que se ha estado expuesto al virus Sars-Cov-2, se presumirá, en todo caso, que el contagio se ha producido en el ejercicio de su profesión en la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios (art. 6.3 RD-Ley 3/2021), lo que dará derecho a las prestaciones como enfermedad profesional. Una vez reconocido el derecho operará respecto de todas las prestaciones, dado que el precepto se expresa en plural: tanto del subsidio económico por incapacidad temporal, como en relación con el resto de prestaciones vinculadas (incapacidad permanente o muerte y supervivencia); así como los efectos que resulten de aplicación en cada supuesto concreto (en cuanto gestión y dinámica de las prestaciones, incluído recargo de prestaciones por incumplimiento empresarial de medidas de seguridad o higiene en el trabajo). La entidad responsable de dichas prestaciones será aquella que cubriera las contingencias profesionales en el momento de producirse la baja médica por contagio de la enfermedad (art. 6.4 RD-Ley 3/2021).

La disposición adicional tercera del RD-Ley 3/2021 extiende la misma protección y durante el mismo periodo al personal sanitario de la inspección médica de los Servicios Públicos de Salud, de la inspección médica del Instituto Nacional de la Seguridad Social y el personal sanitario de Sanidad Marítima que preste servicios en el Instituto Social de la Marina, que hayan contraído, la enfermedad causada por el virus Sars-Cov-2. Igualmente, serán los servicios de prevención de riesgos laborales los encargados de emitir el correspondiente informe donde se haga constar que en el ejercicio de su profesión ha prestado atención a enfermos contagiados por dicho virus.

3. EL SAR-COV-2 COMO RIESGO PROFESIONAL DE LOS TRABAJADORES EN CENTROS SANITARIOS Y SOCIO-SANITARIOS

La Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), reconoce a los trabajadores el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Este derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 14.1 LPRL). En desarrollo de este derecho-deber general el legislador concreta un conjunto de obligaciones específicas, entre las que se encuentran: evaluación de riesgos y adopción de cuantas medidas sean necesarias para su prevención y protección, el

deber de información y formación a los trabajadores frente a los riesgos expuestos en la relación de trabajo, reconocimientos médicos, consulta y participación.

A la hora de determinar los riesgos a que el trabajador está expuesto, su evaluación y las medidas a adoptar, la Ley concreta una serie de términos a tener en cuenta a la hora de la acción preventiva. Entre ellos, y por lo que interesa a este análisis, el art. 4.2 señala que se entenderá como "riesgo laboral" la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo, circunstancias que se determinarán mediante la evaluación de los riesgos[11]. En el caso del "daño derivado del trabajo" la norma considera que será cualquier enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo (art. 4.3 LPRL). El trabajador en el desempeño de su actividad y según las condiciones de trabajo (entendidas como cualquier característica a del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos, art. 4.7 LPRL), está expuesto a riesgos que el empresario debe evaluar para adoptar medidas de prevención. Como se observa la definición es genérica y abierta; de forma que, desde el punto de vista de la prevención, todo daño sufrido por la materialización de un riesgo recogido en la evaluación de riesgos es un daño profesional. Una vez materializado el daño la norma preventiva da paso a la LGSS que será quién determina la protección frente a la contingencia.

Para determinar los riesgos de exposición y obligaciones se debe atender a la normativa específica que desarrolla la prevención en actividades concretas (art. 1 LPRL)[12]. Así, en el caso de los trabajos con exposición a riesgos biológicos, más allá de la aplicación de la LPRL y el RD 39/1997, de los Servicios de Prevención (RSP), hay que observar el RD 667/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo por ser normativa específica en desarrollo de la LRPL. Este RD en los inicios de la pandemia clasificaba a los virus "Coronaviridae", como un riesgo en el grupo 2 (Anexo II), que pone en peligro a los trabajadores con posibilidad de causar enfermedad, siendo poco probable que se propague a la colectividad, y para los que generalmente existe profilaxis o tratamiento eficaz. De todos es conocido que esto no coincide con el grado de peligrosidad del virus que genera la Covid-19, por lo que desde instancias Europeas se aprueba la Dir. 2020/739, de 3 de junio, que modifica el anexo III de la Dir. 2000/54/CEE, de protección de los trabajadores

[11] En el caso del personal al servicio de establecimientos sanitarios, el Criterio Operativo nº 102/2020, Sobre medidas y actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social relativas a situaciones derivadas del nuevo Coronavirus (SARS-CoV-2), especifica el nivel de exposición al virus en el entorno laboral sanitario o socio-sanitario dependiendo de la actividad desarrollada, lo que tendrá que tenerse en cuenta en la evaluación de riesgos a fin de adopción de medidas de prevención, para las que también estable indicaciones.

[12] La normativa sobre prevención de riesgos labores está constituida por cuantas normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral, o susceptibles de producirlas en dicho ámbito.

contra la exposición a agentes biológicos, en lo que respecta a la inclusión del Sars-Cov-2 en la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos[13]. Con ello nace la obligación de España de modificar el RD 667/1997, que desarrolla la Dir. 2020/730.

La modificación se lleva a cabo por la Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre[14], por la que se adapta en función del progreso técnico el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, incluyendo entre los agentes biológicos el "coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave" (Sars-CoV), el "coronavirus del síndrome respiratorio de Oriente Medio" (Mers-CoV) y el "coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave 2" o, en forma abreviada, "Sars-CoV-2" dentro del grupo 3 (Anexo II). Es decir, se cambia la antigua calificación que recogía de forma genérica la familia del "coronaviridae" y su inclusión en el grupo 2 de la clasificación de agentes biológicos, por esta más específica y protectora.

En cuanto al ámbito de aplicación, según el art. 1.2 del RD 664/1997, se extiende a las actividades en las que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a agentes biológicos debido a la naturaleza de su actividad laboral[15]. En el Anexo I, establece una lista indicativa de actividades entre la que se encuentran: trabajos de asistencia sanitaria; trabajos en laboratorios científicos, veterinarios, de diagnóstico y de investigación; trabajos en unidades de eliminación de residuos. Por su parte, el Procedimiento de actuación para los servicios de prevención[16], incluye dentro del ámbito de aplicación a todos los trabajadores involucrados en trabajos de asistencia sanitaria (comprendidos los desarrollados en aislamiento, traslados, labores de limpieza, eliminación de residuos, etc.), así como los de transportes aéreo, marítimo y ferrocarril de larga distancia o internacional, los colectivos de rescate (bomberos, salvamento marítimo, policía, guardia civil, etc.), atención al público, hostelería, sector servicios, etc.

4. LA COVID-19 COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL DE LOS TRABAJADORES EN CENTROS SANITARIOS Y SOCIO-SANITARIOS

Aunque, como se ha señalado, la regulación de urgencia solo considera la enfermedad Covid-19 a efectos de prestaciones, para lo que exige el cumplimiento

[13] El Anexo queda modificado con la entrada siguiente: "Coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave (SARS-CoV)" y "Coronavirus del síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS-CoV)".

[14] BOE. 10 de diciembre de 2020.

[15] Consustancial o relacionada directamente con su actividad laboral ya sea por la intención deliberada de manejar estos agentes o, aun no forzando parte del proceso productivo, por ir asociado a la actividad por su propia naturaleza o por las condiciones en que se desarrolla la actividad de temperatura, humedad etc. Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos, INSST, 2014.

[16] Aprobado por el Ministerio de Sanidad en colaboración con el INSST, febrero de 2020, actualizado el 8 de junio de 2020.

de determinados requisitos. Son muchas las voces que reclaman su consideración a todos los efectos como enfermedad profesional dado que deriva de la materialización de la exposición al riesgo biológico Sars-Cov-2.

El concepto de enfermedad profesional se recoge en el art. 157 LGSS el cual indica que "se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado en las actividades que se especifiquen en el cuadro de enfermedades profesionales y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional". Por tanto, la regulación se complementa con el RD 1299/2006 que recoge el listado de enfermedades profesionales, de manera que para que una enfermedad sea considerada profesional deben concurrir tres requisitos: estar recogida como tal en el citado cuadro legal; que sea causada por el agente o subagente señalado en el citado cuadro; y que la profesión aparezca listada en el RD como actividad expuesta a los agentes causantes del daño profesional. Cuando estos requisitos se cumplen la relación causal entre la enfermedad y la prestación de servicios se presume, sin necesidad de acreditación circunstancia alguna que conecte el contagio con el desempeño de la actividad[17].

El cuadro de enfermedades profesionales recoge en el Grupo 3 de su Anexo I, las causadas por Agentes Biológicos A, Subagente 01. Concretamente se incluyen en este grupo "*las enfermedades infecciosas causadas por el trabajo de las personas que se ocupan de la prevención, asistencia médica y actividades en las que se ha probado un riesgo de infección, con exclusión de aquellos microorganismos incluidos en el grupo 1 del RD 664/1997, de 12 de mayo, por el que se regula la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo*".

Entre las actividades de riesgo, menciona todas aquellas en las que se produzca exposición suficiente al riesgo, y específicamente incluye (códigos de 0 a 10): personal sanitario; personal sanitario y auxiliar de instituciones cerradas; personal de laboratorio; personal no sanitario, trabajadores de centros asistenciales o de cuidados de enfermos, tanto en ambulatorios como en instituciones cerradas o a domicilio; trabajadores de laboratorios de investigación o análisis clínicos; trabajos de toma, manipulación o empleo de sangre humana o sus derivados; odontólogos; personal de auxilio; trabajadores de centros penitenciarios; y personal de orden público. Como se observa, a diferencia de otros supuestos, en este grupo 3 se incluye una cláusula abierta en la que tiene cabida cualquier actividad no incluida entre las anteriores, pero que suponga la exposición a una fuente de contagio derivada de la actividad laboral, lo que deberá acreditarse fehacientemente.

En todo caso, la remisión por el cuadro de enfermedades profesionales en este punto al RD 664/1997 sobre protección de los trabajadores frente a los riesgos de exposición a agentes biológicos durante el trabajo es esencial a la hora de

[17] Así lo afirma el tribunal Supremo en Sentencia de 19 de mayo de 1986, cuando indica que "en virtud de la presunción contenida en el artículo 116 de la Ley General de la Seguridad Social tal prueba no se exige al trabajador en ningún caso en las enfermedades profesionales listadas.

determinar el riesgo. Al efecto hay que recordar que el listado europeo de agentes biológicos, ahora actualizado, es la referencia seguida por el cuadro de enfermedades infecciosas causadas por el trabajo.

Considerando todo lo anterior, en concreto la inclusión del Sars-Cov-2 dentro del grupo de contaminantes laborales generadores de enfermedad profesional listada en el grupo 3 del RD 1299/2006 de enfermedades profesionales, existía base normativa suficiente desde el inicio de la pandemia para la calificación como enfermedad profesional las patologías derivadas de la Covid-19 padecida por los trabajadores de dependencias sanitarias y socio-sanitarias, como consecuencia del contagio durante sus actividades profesionales a los efectos de la acción protectora de la Seguridad Social[18]. Y mucho más una vez que se incluye expresamente el Coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave Sars-CoV-2 dentro del grupo 3 de agentes biológicos de riesgo grave en el RD 664/1997, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.

En este sentido la OMS, el 19 de marzo de 2020, establecía que se debe considerar el derecho a compensación, rehabilitación y servicios curativos para trabajadores de la salud infectados con COVID-19 después de la exposición en el lugar de trabajo, considerada como una enfermedad profesional derivada de exposición ocupacional[19]. Sin embargo no es la postura mantenida en el ámbito institucional de la Seguridad Social desde el inicio de la pandemia[20]. Igual desde el Gobierno promoviendo sucesivas acomodaciones a la normativa de urgencia para amoldar la protección de estos profesionales a las reivindicaciones que desde diferentes ámbitos se hacían oír; pero sin que en ningún caso se adaptaran a la protección que ya tenían reconocida mediante legalidad ordinaria, como ha quedado claro, y que sin duda ofrece mayor protección a los trabajadores tanto material como temporal y subjetiva: 1) Al dar cobertura a todos los trabajadores que en el desarrollo de su actividad estén expuestos al virus, 2) el periodo de aislamiento sería considerado como periodo de observación de enfermedad profesional, 3) el reconocimiento del derecho es imprescriptible, siendo posible en cualquier momento posterior a los sucesos que dieran lugar a la declaración de la contingencia, incluso superando la edad de jubilación, y 4) puesta en marcha del escudo de

[18] En el mismo sentido, entre otros, BAZ RODRÍGUEZ, J., "La Covid-19 como contingencia profesional de seguridad social del personal sanitario y sociosanitario. Análisis diacrónico de un precipitado puzzle normativo". *Trabajo y Derecho*, nº 74, sección estudios, febrero 2021, pág. 7 de 32.

[19] OMS consideración del contagio del personal sanitario como enfermedad profesional. "Brote de la enfermedad por coronavirus(COVID-19): derechos, roles y responsabilidades de los trabajadores de la salud, incluidas las consideraciones clave para la seguridad y salud en el trabajo".

[20] La Secretaría de Estado de Seguridad Social y Pensiones, a través de un informe oficial de 13 de julio de 2020, rechaza el criterio defendido por la Asociación de Médicos y Titulados Superiores de Madrid (AMYTS), que reclamaba la viabilidad de la calificación como enfermedad profesional. Ante esta decisión la asociación presentó una queja colectiva ante el Defensor del pueblo: vid. https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/reconocimiento-de-la-covid-19-como-enfermedad-profesional-para-los-profesionales-sanitarios/ (10/12/2020).

protección de vigilancia de la salud por parte de la empresa de forma periódica, según establece el 8 del RD 664/1997, de exposición a riesgos biológicos.

La resistencia al reconocimiento de la Covid-19 como enfermedad profesional para los profesionales expuestos al virus en el desarrollo de su actividad puede sustentarse en la negativa mayoritaria de los TSJ a declarar como enfermedad profesional de los sanitarios las enfermedades pandémicas como la gripe[21], por cuanto consideran que al presentarse como epidemias sus posibilidades de contagio no son mayores dentro de un recinto médico y para el personal sanitario de un centro de salud que fuera de las instalaciones médicas y para las personas con las que el personal sanitario establece contagio, aun ocasional[22]. Siendo respetables las posturas, nada tienen que ver con las infecciones del Sars-Cov-2 por la gravedad de los efectos, y porque en este caso estamos ante un patógeno incluido entre los peligrosos para la salud (grupo 3) en el RD 664/1997, de exposición a riesgos biológicos en el trabajo, que conecta con el RD 1299/2006 que registra las enfermedades contraídas por contagio del virus como enfermedades profesionales para la lista de actividades allí recogidas, entre las que se encuentran los trabajadores de centros sanitarios y socio-sanitarios. Y, aunque la doctrina en la materia no es unánime[23], van surgiendo pronunciamientos que reconocen el carácter profesional de la enfermedad, como la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de Talavera, de 21 de mayo de 2021[24], en un supuesto de incapacidad temporal por Covid-19 de auxiliar administrativo de atención a usuarios en un hospital. Criterio que esperemos sea extensivo a los futuros pronunciamientos.

5. CONCLUSIONES

En conclusión, como ha quedado demostrado, la COVID-19 en personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios es enfermedad profesional por ser causada a consecuencia del trabajo, y siendo como es enfermedad recogida en el actual Cuadro de Enfermedades Profesionales, dentro de las enfermedades infecciosas causadas por el trabajo de las personas que se ocupan de la prevención, asistencia médica y actividades en las que se ha probado un riesgo de infección (anexo I, RD 1299/2006).

[21] *Vid*., entre otras SSTSJ de Asturias, de 7 de marzo de 2014 (rec.262/2014), y 19 de septiembre de 2014 (rec. 837/2014), pronunciamiento con voto particular relevante.

[22] STSJ de Asturias, de 30 de septiembre de 2014 (rec. 836/2014).

[23] Así ocurre con las reclamaciones del percibo de mejoras voluntarias previstas en convenio colectivo para la contingencia profesional. En contra por considerar la situación excepcional, sin que exista demostración de que la enfermedad tiene conexión con el trabajo: SSTSJ de Valencia 3324/2020, de 29 septiembre (rec. 17/2020); y Castilla León, Burgos, 65/2021, de 10 de maro de 2021 (rec. 40/2021). A favor de la concesión de las mejoras voluntarias a trabajadores de residencias de ancianos por considerar la incapacidad temporal derivada de enfermedad profesional: STSJ País Vasco 574/2021 de 23 de marzo (rec. 284/2021), y SJS de Soria 146/2020 de 14 diciembre (JUR 2021/106487).

[24] Sentencia 187/2021, de 21 de mayo (JUR 2021/176201).

Igual consideración debe tener para los trabajadores que en el desempeño de su actividad estén expuestos al Virus Sars-Cov-2 y así se reconozca en su evaluación de riesgos, puesto que es un virus clasificado en el grupo 3 de agentes biológicos, cuya exposición presenta peligro para los trabajadores (RD 664/1997, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo).

Las normas de urgencia, habiendo jugado un papel protector importante y necesario para el conjunto de los trabajadores en el inicio de la pandemia, una vez volvemos a la normalidad resultan inadecuadas para los trabajadores expuestos al virus en su desempeño laboral, dado que ya tenían normativa sólida de prevención del riesgo (LPRL) y de protección de la contingencia (LGSS) desde antes de la pandemia. De manera que sería conveniente que de forma extraordinaria se establezca un procedimiento por la Seguridad Social para la conversión de las bajas de estos trabajadores y sus secuelas a la consideración de enfermedad profesional. Y, las generadas una vez retornados a la normalidad tengan el tratamiento legal que corresponde; lo que supondría la restitución del derecho y reduciría las reclamaciones y los conflictos judiciales.

6. BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN GÓMEZ, C., "El COVID-19 como riesgo causante de prestaciones de Seguridad Social", en Rodriguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Casas Baamonde, M. E. (Dirs.): *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020.

ARENAS GÓMEZ, M., "Prestaciones extraordinarias de Seguridad Social durante la situación COVID-19", *Iuslabor*, núm. 2, 2020.

BARRIOS BAUDOR, G. L., "Covid-19: consideración como accidente de trabajo respecto del personal que presta servicios en centros sanitarios y socio-sanitarios". *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2020.

BARRIOS BAUDOR, G. L., Covid-19 ¿Contingencia común o profesional? Aranzadi, 2020.

BAZ RODRÍGUEZ, J., "La Covid-19 como contingencia profesional de seguridad social del personal sanitario y sociosanitario. Análisis diacrónico de un precipitado puzzle normativo". *Trabajo y Derecho*, nº 74, sección estudios, febrero 2021.

CORDERO GONZÁLEZ, J., "Coronavirus Sars-Cov-2 (Covid-19) y prevención de riesgos laborales: Infodemic y análisis urgente (y preliminar) de la normativa aplicable", *Trabajo y Derecho*, núm. 64, abril, 2020.

LÓPEZ-GUILLÉN GARCÍA, A., y VICENTE PARDO, J. M., "Covid-19, Enfermedad profesional en personal sanitario, un derecho laboral sin restaurar", febrero de 2021.

LÓPEZ-GUILLÉN GARCÍA, A., y VICENTE PARDO, J. M., "Incapacidad Temporal por Coronavirus (Covid-19), enfermedad profesional en personal sanitario", mayo de 2020.

MOLINA NAVARRETE, C., "La COVID-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Centro de Estudios Financieros, núm. 446, 2020.

POQUET CATALÁ, R., "Covid-19, ¿Entre "situación asimilada a accidente de trabajo", accidente de trabajo y posible enfermedad profesional?, *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* Laborum, núm. 26, 2021.

TRILLO GARCÍA, A. R.: "Medidas adoptadas en materia de protección de la Seguridad Social en la crisis sanitaria provocada por el COVID-19", *Trabajo y Derecho*, núm. 66, 2020.

Capítulo XV.

EL TJUE CALIFICA NEGATIVA LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA DEL ART. 60 DE LA LGSS

CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla La Mancha. Ciudad Real

1. Introducción. 2. La justificación del art. 60 lgss: un matiz muy cuestionado. 3. Un nuevo complemento de maternidad de las pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género. 4. El impacto del fallo de la sentencia del tjue en los tribunales españoles. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En esta publicación voy a tratar brevemente la controversia jurídica suscitada alrededor del complemento por maternidad que se prevé en el artículo 60 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), para las pensiones contributivas de incapacidad, jubilación y viudedad reconocidas desde el 1 de enero de 2016, pero exclusivamente para las madres de dos o más hijos, ya fuesen biológicos o adoptados, siendo el motivo de dicho complemento, según aparece en la propia norma, la "*aportación demográfica*" de la madre al sistema de la Seguridad Social[1].

Tras la entrada en vigor de dicho complemento, se presentaron al Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS) varias peticiones de padres en iguales condiciones (2 o más hijos, y pensiones contributivas reconocidas después de la fecha citada) solicitando dicho incremento, alegando discriminación por razón

[1] Apartado 1 del artículo 60 LGSS: *"Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente."*

de sexo, porque entendían que ellos también aportaban demográficamente al sistema.

Todas las peticiones fueron desestimadas en vía administrativa, pues era obvio que la limitación del ámbito subjetivo que hacía el precepto, este complemento se reconocería exclusivamente a las madres, biológicas[2] o por adopción[3]. A sensu contrario, quedan excluidos de su ámbito subjetivo todos los varones, inclusive los progenitores masculinos unidos en una relación homosexual. Pero la norma va más allá, al excluir también a las madres de un solo hijo, al hablar la norma de "hijos".

Es en este punto, donde varios juzgados nacional se plantean si dicho precepto contraviene o no el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el artículo 157 [TFUE], y en la Directiva [76/207] y en la Directiva [2002/73], que modifica aquella refundida por la Directiva [2006/54], destacando los casos C450/18 de el Juzgado de lo social nº 3 de Girona[4] y C-811/18 del TSJ de Canarias[5], la primera por ser la que genera la sentencia que crea jurisprudencia y la segunda por su excelente argumentación sobre la situación de fondo planteada ya que recoge un precedente similar (caso Griesmar C-366/99), sobre una norma francesa que concedía una cotización ficticia adicional a las funcionarias madres en el momento de acceder a la pensión de jubilación, de concesión automática por hijo biológicos, y adoptados sólo si se había dedicado a sus cuidados mínimo 9 años, con misma discriminación directa para padres que cuidaban a sus hijos, y mismo pronunciamiento del TJUE.

[2] El concepto de "maternidad" utilizado por la norma se refiere a una interpretación amplia del término que transciende de la maternidad biológica y se vincula a la práctica de cuidados proyectados sobre los menores descendientes, siendo la situación protegida la pérdida de oportunidades laborales o inferior cotización que conlleva irremediablemente el tiempo dedicado al cuidado de hijos e hijas, pues tal "trabajo"(con alguna excepción) carece de reconocimiento social o contributivo al sistema de la Seguridad Social.

[3] Criterio de gestión nº 1/2018 del INSS de 1 de febrero de 2018. Los 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 adopción.

[4] La litis, ciertamente sucinta, deriva de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo social número 3 de los de Gerona en virtud de la cual un hombre acreedor de una prestación por incapacidad permanente solicitó ese mismo complemento alegando que como padre de dos hijos por reunir las mismas condiciones previstas en la norma, salvo la de género.

[5] La doctrina europea ha sido aplicada por la STSJ Canarias Nº 44/2020, de 20 de enero de 2020, estimando el recurso interpuesto y declara el derecho al complemento por maternidad aplicable sobre la cuantía inicial de la pensión de jubilación contributiva reconocida a un padre varón viudo, con 4 hijos biológicos que tras el fallecimiento de su esposa en 2003, dedicó tiempo y esfuerzo en exclusiva, al cuidado y educación de su prole, padeciendo por ello las mismas desventajas laborales ligadas a tal práctica.

2. LA JUSTIFICACIÓN DEL ART. 60 LGSS: UN MATIZ MUY CUESTIONADO

La cuestión prejudicial pedía que el TJUE interpretara si el art. 60 LGSS contradecía los art. 157 del Tratado Fundacional de la Unión Europea[6] y el art. 1 de la Directiva 2006/54/CE, que establecen la igualdad de trato de hombres y mujeres en materia laboral, y así resolver si la norma cuestionada discriminaba a los padres por razón de sexo, si bien el propio órgano remitente consideraba que las mujeres aceptan un mayor peso en el fenómeno reproductivo debido a las dificultades del embarazo y las limitaciones que puede suponer física y laboralmente[7].

Y tal y como ya ha advertido en varias ocasiones, el TJUE ha vuelto a justificar que el hecho de que la intención final se encuentre acompañada de buenas intenciones no implica que la norma promulgada sea la más adecuada, y ello es lo que exactamente ha razonado en su Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2019 (Asunto WA), en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Lo Social nº 3 de Girona mencionado.

El Tribunal comienza señalando que efectivamente concurre una situación potencialmente similar en los términos exigidos por la propia doctrina del Tribunal (Sentencia de 26 de junio de 2018 Asunto MB contra Secretary of State for Work and Pensions), atendiendo a la propia finalidad contenida en la normativa objeto de examen.

Por tanto, parece que el artículo 60 en su apartado 1 de la LGSS española, determina una diferencia de trato injustificada en favor de las mujeres, por el simple hecho de serlo[8], y en perjuicio de los hombres que se encuentran en una situación idéntica.

Ante esta situación, el legislador español señala que este complemento por maternidad cumple con las recomendaciones del Pacto de Toledo y de la propia UE, pues entiende que ha tenido la obligación de actuar, por imperativo del 9.2 CE[9], con acciones de discriminación positiva que establezca ventajas para las mujeres[10], y eso,

---

[6] Artículo 157 TFUE, apartado 4: *"con objeto de garantizar en la práctica 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".*

[7] SANZ SÁEZ, C.: "La compensación del complemento de maternidad en las pensiones contributivas". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*. 2021. págs. 161-188.

[8] 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)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social.* nº 22. 2020. págs. 13-24.

[9] REY MARTÍNEZ, F.: "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, 2008. págs. 251-283.

[10] BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: ¿De qué exonera la certificación negativa del art. 42 ET? (a propósito de la STS\C-A 03/02/21). Una mirada crítica a las relaciones laborales.

según indica el artículo 157.4 del TFUE, no incumple el principio de no discriminación por razón de sexo de los arts. 4.1 y 7.1 de la Directiva 2006/54/CE.

Del mismo modo, objeta que así, por una parte, reconoce públicamente la contribución demográfica al sistema de Seguridad Sociales de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad, una forma de agradecerles su aportación de futuros contribuyentes que sustenten el "deficitario" sistema con sus cotizaciones en años venideros. Y por otra, lucha contra la brecha salarial que históricamente ha sufrido la mujer en el ámbito de las pensiones, provocado por las interrupciones en el empleo[11], de su carrera y la menor cotización en el tiempo de cuidado de hijos[12], ya que las brechas de género en pensiones constituyen uno de los mayores desequilibrios cualitativos y cuantitativos que tienen los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea, y, sin duda, en España[13].

A ello el INSS añadió en sus observaciones, que dicho complemento se creó por razones de política social aportando datos estadísticos que confirman la diferencia existente entre las pensiones de mujeres y hombres, así como la diferencia existente entre las pensiones de las mujeres que no tuvieron hijos, que tuvieron solo uno o que tuvieron dos o más[14].

A lo cual, la Sala europea señala, por un lado, que el principio de igualdad de trato no se opone a la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y en el período que sigue al parto. Pero es que el artículo 60.1 LGSS, no establece ningún vínculo entre el complemento en cuestión y el disfrute del permiso de maternidad o las desventajas que una mujer sufre a consecuencia del embarazo y posterior parto.

---

https://ignasibeltran.com/2021/03/17/de-que-exonera-la-certificacion-negativa-del-art-42-et-a-proposito-de-la-stsc-a-03-02-21/. (consultada el 25 de marzo de 2021).

11 BALLESTER PASTOR, M. A.: "*La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo". Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, Nº. 3, 2019, págs. 150-161.

12 RIVAS VALLEJO, P.: "La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad". *Revista Jurídica Laboral*, 1. 2020. Págs. 2-7: "*no se recoge en la redacción de la norma, pero aparece en una enmienda del Congreso (la 4242) en su tramitación parlamentaria y también en el Real Decreto de desarrollo del complemento que no llegó a aprobarse, es de suponer por el cambio de gobierno producido al poco de ser aprobada la LGSS de 2015".*

13 MOLINA NAVARRETE, C.: "Análisis de actualidad. De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio?". *RTSS. CEF*. Nº 457. 2021. págs. 135-163

14 El INSS sostiene la existencia de esa brecha salarial en las pensiones con estadísticas cuya tendencia perdura a fecha actual, según puede verse de estos datos de abril de 2021 obtenidos de la Seguridad Social:

– El 72% de las pensiones contributivas de importe inferior a 600€ es cobrada por mujeres
– El 66% de las pensiones con complemento a mínimo se cobran por mujeres
– La pensión media en abril 2021 era de 1.252,70€ para los hombres y 828,49€ para las mujeres

https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST24

Y por otro, que la mera alegación de que el complemento reconocido tiene por objetivo eliminar la brecha de género existente entre las trayectorias laborales de hombres y mujeres por cuanto estadísticamente se revela una diferencia significativa entre las pensiones de los hombres y las mujeres, *"no es causa suficiente por cuanto resulta obvio que los hombres tiene idéntica participación en el proceso de reproducción"*. Añade igualmente que suponer que la mujer asume en exclusiva la educación y cuidado de los hijos, es una calificación difícilmente demostrable porque puede producirse el caso de que efectivamente el hombre participe de idéntica o superior forma y que también haya sufrido menoscabos en su carrera profesional derivadas de la asunción de las obligaciones paternas que le son propias.

Hace hincapié el TJUE en que el art 3.2 de la Directiva 79/7/CEE[15], sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social (que es la que toca aplicar en este caso), faculta a los Estados a establecer disposiciones de protección de la mujer en razón de su maternidad, pero este no es un complemento por dicha contingencia, y, aunque la propia norma recurrida lo define a todos los efectos como pensión contributiva (punto 3 del art 60), como la pensión principal, el TJUE afirma que se concede exclusivamente por consideraciones sociales, no existiendo conexión con la relación laboral del beneficiario ni con el tiempo cotizado.

También el art. 7 de la Directiva permite ventajas (discriminación positiva) en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos, pero habla de "*personas*", viéndose claramente que la redacción remite a quien tenga que ver interrumpida su "carrera de seguro", por atender el cuidado de hijos, sea hombre o mujer. El TJUE achaca al complemento ser sólo un plus concedido en el momento de la jubilación y no suponer remedio a los problemas de las mujeres, que siguen existiendo y produciendo la brecha salarial, por más que indica que esa es su finalidad.

Asimismo sostiene el Tribunal que, si el complemento es concedido por maternidad en sentido de natalidad, por las consecuencias del parón biológico que supone a la madre, en ese caso es contradictoria la inclusión de la adopción, lo cual sólo puede suponer que su concesión es debido a los efectos de la interrupción del trabajo por el cuidado de los hijos, que si bien recae históricamente en la mujer por su rol de cuidadora, existen casos de que esa tarea sea realizada por los hombres (padres solteros, viudos o parejas de mismo sexo). La privación del derecho del complemento al hombre, que cuida a sus hijos con igual parón en su carrera y mismos efectos que las mujeres, supondrá una discriminación por razón de sexo.

[15] El Tribunal centra el objeto de análisis en determinar si la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que, debido a la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, establece el derecho a un complemento de pensión para aquellas que hayan tenido al menos dos hijos, biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema nacional de la Seguridad Social, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión. artículo 4, apartado 1.

Por todo lo anterior, el TJUE responde a la cuestión prejudicial declarando el complemento discriminatorio por razón de sexo para los hombres, y en base a la obligada observancia de la norma europea por la nacional, procede anular o modificar la redacción del art. 60 LGSS.

3. UN NUEVO COMPLEMENTO DE MATERNIDAD DE LAS PENSIONES CONTRIBUTIVAS PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO

El trato desigual o discriminación positiva es posible dentro de los límites fijados por la doctrina del Tribunal Constitucional y del TJUE (norma justificada objetivamente por un fin legítimo, necesario y proporcionado). Pero el legislador no puede vulnerar el principio de igualdad ante la ley y caer en discriminación directa por alguna de las razones del art.14 CE, que regula la igualdad formal (en este caso, por razón de sexo).

Y así viene a recordarlo la sentencia del TJUE a la que nos estamos refiriendo en el texto, por lo que exige, tal y como vemos, la modificación del art 60 del LGSS, cosa que se realizó, aunque con un poco de retraso, mediante 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 económico[16].

Entre las novedades de este Real Decreto-ley encontramos que redefine el derecho al complemento, siendo preferente en su concesión a la mujer, pero contempla el posible reconocimiento de los padres pensionistas, aunque sólo en situaciones donde se haya acreditado que se ve paralizada o afectada su carrera profesional por el cuidado de hijos.

También en el caso de padres adoptivos del mismo sexo. Con ello se da debida respuesta a la igualdad de trato en situaciones similares a las madres en caso de interrupción de la carrera durante el periodo de cuidado acreditado, pero esa acreditación no se solicita a la madre biológica, y aunque resulta obvia durante el parón al dar a luz o la lactancia, tampoco se pide en caso de adopción. Aquí pudiera haber otra vez un posible caso de discriminación directa, como podría ser el supuesto de padres adoptivos en la que el hombre que pide reducción de jornada para cuidado y mujer continúa trabajando a jornada completa, donde él deberá acreditar ese periodo a la jubilación, pero ella no.

La nueva regulación del artículo 60 LGSS –y su réplica en el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo

[16] El legislador ha modificado el artículo 60 LGSS, tal y como afirma la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero: *"el TJUE ha puesto de manifiesto la defectuosa configuración legal del citado complemento en tanto compensación por aportación demográfica. Y la necesidad de proceder a su redefinición ofrece la oportunidad de convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones"*. Y así, dice, se *"...sustituye el complemento de maternidad por aportación demográfica por un complemento dirigido a la reducción de la brecha de género en el que el que el número de hijos es el criterio objetivo que se utiliza para articular la medida por cuanto su nacimiento y cuidado es la principal causa de la brecha de género"*.

670/1987, de 30 de abril (disposición adicional decimoctava)[17]– supone la sustitución del complemento de maternidad por aportación demográfica por un complemento dirigido a la reducción de la brecha de género[18], en el que el que el número de hijos es el criterio objetivo que se utiliza para articular la medida por cuanto su nacimiento y cuidado es la principal causa de la brecha de género[19].

La propia norma lo justifica en función de la sentencia del TJUE de referencia, que proclamaba, como hemos advertido ya, que el art. 60 LGSS, sobre el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema, era contrario 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. Al reformarse el citado art. 60 LGSS, se ha sustituido el complemento de maternidad por aportación demográfica por un complemento dirigido a la reducción de la brecha de género en el que el número de hijos es el criterio objetivo que se utiliza para articular la medida por cuanto su nacimiento y cuidado es la principal causa de la brecha de género.

El propio texto añade que estas medidas exigen establecer el sistema de financiación (transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social), así como precisar qué alcance tendrá el nuevo complemento para los pensionistas que vienen percibiendo el complemento por maternidad y para ello añade una nueva disp. adic. 36ª a la LGSS.

Del mismo modo (nueva disp. adic. 37ª LGSS), 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%. La norma, como advertimos, justifica de la siguiente manera esta modificación, al afirmar que *"No es exagerado afirmar que la brecha de género constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas"*. Y, por tanto, la finalidad de la misma, sería "*que se combina una acción positiva en favor de las mujeres (si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, el «complemento» lo percibe la mujer) con la previsión de una «puerta abierta» para aquellos hombres que puedan encontrarse en una situación comparable"*. Pero eso sí, con alcance temporal, que *"se vincula a la consecución del objetivo de reducir la*

[17] El art. 2 RDL 3/2021 introduce el complemento para la reducción de la brecha de género en el Régimen de Clases Pasivas. Se modifica la disp. adic. 18ª TRLCP y se incorpora una disposición transitoria 14ª para regular el mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones de Clases Pasivas.

[18] concretar, respecto del sistema de clases pasivas que se prevé la plena equiparación de la cobertura y alcance del complemento en todos sus aspectos a excepción de las jubilaciones anticipadas. De modo que el nuevo complemento se reconocerá en el caso de pensiones de viudedad, incapacidad permanente y jubilación forzosa..

[19] MORENO ROMERO, F.: "La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: apunte sobre su reforma por Real Decreto-Ley 3/2021". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58. 2021. págs. 22-26.

brecha de género en las pensiones contributivas de jubilación por debajo del 5 por ciento" como adelantamos.

Al mismo tiempo, si uno de los progenitores, de alguno de los hijos o hijas, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicita el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo, 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.

4. EL IMPACTO DEL FALLO DE LA SENTENCIA DEL TJUE EN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Las consecuencias de la sentencia van mucho más allá de esta declaración de la existencia de discriminación por razón de género en el complemento por maternidad de pensiones y el necesario reconocimiento de este con independencia del sexo de la persona beneficiaria, ya que ha marcado un antes y un después. Desde entonces las resoluciones acaecidas en el ámbito nacional han seguido la doctrina del TJUE al ser vinculante, ya que el hecho de reconocer eficacia jurídica a los actos legislativos nacionales y ser incompatibles con el Derecho comunitario, sería como negar los compromisos asumidos por los Estados miembros y pondría en peligro los propios fundamentos de la Unión Europea (STJCE de 9 de marzo de 1977-Asunto 106/77, Simenthal).

Por tanto, en Sentencia del TSJ de Las Palmas de Gran Canaria, de 20 de enero de 2020, mencionada, se reconocía una discriminación directa por razón de sexo al excluir a un padre pensionista de jubilación, viudo y con cuatro hijos del complemento de maternidad al encontrarse en una situación completamente comparable e igual a la de las madres trabajadoras, puesto que *"la práctica de cuidar 'de facto' puede ser desempeñada tanto por mujeres como por hombres"* [20].

Del mismo modo, el Juzgado de lo Social de Girona nº 3, al que ya hemos hecho alusión también, que planteó inicialmente la cuestión de discriminación por razón de sexo del art. 60 LGSS, en sentencia de 13 de marzo de 2020 reconoce el derecho al complemento por maternidad al padre de dos hijas biológicas al ser declarado en situación de incapacidad permanente absoluta en aplicación de la misma doctrina del TJUE, sentencia de 12 de diciembre de 2019 (Asunto C 450/18) y con motivo de la discriminación generada al denegar a los padres trabajadores estas bonificaciones.

[20] Este Tribunal había planteado también una cuestión prejudicial ante el TJUE, conforme al art. 267 TFUE, y en la que se planteaba igualmente si la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE se oponía a la regulación nacional del art. 60 de la LGSS que excluía de la bonificación a los padres pensionistas que probasen el cuidado de sus hijos.

También, en Sentencia del Juzgado de lo Social de Teruel, de 23 de noviembre de 2020, también se realizó la aplicación de la doctrina del TJUE, reconociendo en este caso el complemento de la pensión de jubilación a favor de un hombre que ha tenido dos hijos, no llevándose a cabo la aplicación de la restricción por razón de sexo del art 60 de la LGSS por ser discriminatoria al excluir al padre pensionista en cuestión y estar en una situación completamente comparable a la de las madres trabajadoras.

Esta tendencia en aplicación de la doctrina del TJUE desde entonces, y la repercusión alcanzada con diferentes sentencias[21], hizo necesario y urgente hacer las modificaciones legales oportunas para cumplir con la Directiva comunitaria, culminando, como ya hemos adelantado, con la nueva redacción del art. 60 de la Ley General de la Seguridad Social llevada a cabo a través del reciente RD-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 económico, contemplando a partir de ese momento el derecho de los padres trabajadores con hijos a beneficiarse del complemento.

Pero una vez realizada dicha modificación del art. 60 LGSS, y ya que según la DA 1 del RDL 3/2021 se indica textualmente que *"El complemento para la reducción la brecha de género introducida en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y en la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, se reconocerá a las pensiones causadas a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley"*. Y en la DF 3ª: "*El presente real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»"*, toca por tanto prestar atención a que han ido determinando los tribunales en cuanto a la polémica fecha de efectos retroactivo de esta norma.

De hecho, al principio del año 2021, la sentencia n.º 958/2021, de 17 de febrero de 2021 del TSJ Cataluña, consideraba aplicable con efectos retroactivos la prestación en acceso de jubilación anticipada voluntaria en base a los principios de retroactividad e igualdad y no discriminación al tratarse una modificación normativa favorable para los prestacionistas[22].

---

[21] Entre otras: STSJ de Galicia 4757/2020, de 24 de diciembre; STSJ de Murcia 1157/2020, de 27 de octubre; STSJ de Murcia 1050/2020, de 22 de septiembre.

[22] *"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 Generales del Estado para las pensiones contributivas".*
La sentencia que se cita del TSJUE de 12 de diciembre de 2019 (frente a lo sugerido por el Juzgador de instancia) en la medida que ponía de manifiesto la defectuosa configuración legal del complemento en cuestión (brecha de género vs aportación demográfica) vino a imponer la necesidad de una modificación legislativa plasmada en el nuevo texto, al que resulta de plena aplicación no ya por aplicación del principio de retroactividad de Norma favorable (de Seguridad Social) como del de igualdad y no discriminación que ampara su reforma; debiendo, en armonía con lo así expuesto y razonado, admitirse el recurso interpuesto, estimándose la pretensión deducida por la beneficiaria en su inicial escrito de demanda".

Del mismo modo, el fallo el Juzgado de lo Social número 3 de A Coruña, que hemos indicado al principio de este apartado, también se desmarca de la tendencia hasta ese momento, donde solo se estaba concediendo el complemento por contribución demográfica a los hombres con tres meses de antelación desde la fecha de la solicitud[23].

Además, en la Sentencia del TSJ de La Rioja 24/2021, de 4 de marzo, la Magistrada-Juez señala que el repetido art. 60 de la LGSS *"adolece de nulidad parcial, por tanto, debe de entenderse que tal nulidad tiene efectos 'ex tunc', es decir, 'desde siempre', en relación con la mención del sexo, por tanto, es nulo desde su inicio"*.

Igualmente, el Juzgado de lo Social nº 2 de Jaén ha declarado en su reciente sentencia de 18 de mayo de 2021 que, el actor, varón, beneficiario de la prestación de jubilación y con tres hijos, tiene derecho al complemento de maternidad del art. 60 de la LGSS, con efectos desde la fecha de reconocimiento de la prestación de la jubilación. El complemento de maternidad lo es de la pensión de jubilación, y se reconoce en base al mencionado precepto de la LGSS, viciado de nulidad parcial en cuanto a la referencia al sexo, *"por ello debe retrotraerse el reconocimiento del complemento y sus efectos, al momento de los efectos de la pensión de jubilación"*, notifica la sentencia.

Asimismo, la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su sentencia de 31 de mayo de 2021 (recurso de suplicación 1883/2020) nos revela que *"Es evidente a juicio de esta sala que expulsado de nuestro ordenamiento jurídico por tribunal competente –el TJUE– que el complemento pueda afectar exclusivamente a las mujeres, en tanto el legislador no altere el precepto la única conclusión que se puede extraer es que el complemento ha de abonarse igualmente a los hombres que reúnen los requisitos exigidos por la norma, tal como se ha interpretado en la sentencia recurrida. Lo resuelto en la sentencia recurrida viene a reforzarse con lo dispuesto en la nueva redacción del art. 60 de la LGSS tras la redacción dada por el Real Decreto Ley 3/2021, a pesar de que este no sea aplicable por entrar en vigor en fecha posterior a la reclamación del actor"*.

De la misma manera que en la reciente sentencia de 17 de junio de 2021 del Juzgado de lo Social n.º 1 de Palencia se declara, que, el actor, varón, beneficiario de la prestación y con tres hijos, tiene derecho al complemento de maternidad previsto en el art. 60 LGSS, y contradiciendo los argumentos de la letrada del INSS[24], la Juzgadora declara tal estimación con efectos desde el 3 de noviembre de 2020, es decir, desde el día en el que se reconoció al actor el derecho a la prestación de jubilación.

[23] Sentencia Nº 138/2021, Juzgado de lo Social de A Coruña, Sección 3, Rec. 75/2021 de 06 de abril de 2021.

[24] INSS: *"en caso de accederse a las pretensiones del actor se aplique la retroactividad prevista en el art. 53 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social"*.

5. CONCLUSIONES

Todo lo anterior permite concluir que no es posible, en atención a un mero dato estadístico negar que hombres y mujeres no se encuentren en idéntica situación por su condición de progenitores. Asimismo, el artículo 60.1 LGSS únicamente requería para lucrar el complemento por prestación que la mujer haya tenido al menos dos hijos y que haya generado a una prestación del sistema español de Seguridad Social, pero sin que en momento alguno se fije una correlación entre las posibles interrupciones o perjuicios en la carrera profesional y la maternidad.

De hecho, parece que si la pretensión del legislador nacional era proteger una condición biológica y, por tanto, específica de la mujer relacionada con el nacimiento de sus hijos que la coloca, irremediablemente, en situación de desigualdad en el mercado laboral con respecto al hombre, debería haberlo regulado de una manera más específica y cuidadosa en el artículo 60.1 LGSS, ya que como hemos podido comprobar *"la aportación demográfica a la Seguridad Social"* es tan predicable respecto de las mujeres como de los hombres ya que ambos son contribuidores necesarios a la procreación.

El TJUE nos está avisando de que la discriminación es o no es. Y esa advertencia implica que más que velar por crear efectos positivos o artificios legislativos sustentados en una mera cuestión de género, las políticas nacionales deben velar porque los derechos de los trabajadores –más allá de su sexo o condición– sean debida y cuidadosamente protegidos, observados y salvaguardados.

6. BIBLIOGRAFÍA

BALLESTER PASTOR, M. A.: "*La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo". Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, Nº. 3, 2019.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: ¿De qué exonera la certificación negativa del art. 42 ET? (a propósito de la STS\C-A 03/02/21). Una mirada crítica a las relaciones laborales. https://ignasibeltran.com/2021/03/17/de-que-exonera-la-certificacion-negativa-del-art-42-et-a-proposito-de-la-stsc-a-03-02-21/. (consultada el 25 de marzo de 2021).

MOLINA NAVARRETE, C.: "Análisis de actualidad. De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio?". *RTSS. CEF*. Nº 457. 2021.

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)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social.* nº 22. 2020.

MORENO ROMERO, F.: "La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: apunte sobre su reforma por Real Decreto-Ley 3/2021". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58. 2021.

REY MARTÍNEZ, F.: "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, 2008.

RIVAS VALLEJO, P.: "La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad". *Revista Jurídica Laboral* 1. 2020.

SANZ SÁEZ, C.: "La compensación del complemento de maternidad en las pensiones contributivas". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*. 2021.

Capítulo XVI.

LA DOCTRINA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE PRESTACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE DICTADA DURANTE EL TERCER MILENIO

ANDRÉS TRILLO GARCÍA
Jefe del Servicio Jurídico de la Delegación Central del Instituto Nacional de la Seguridad Social

1. INTRODUCCIÓN. 2. INCAPACIDAD PERMANENTE. 2.1. CONCEPTO. 2.2. HECHO CAUSANTE. 2.3. REQUISITOS DE ACCESO A LA INCAPACIDAD PERMANENTE. 2.3.1. Alta o situación asimilada al alta. 2.3.2. Cotización mínima. 2.4. CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN. 2.4.1. Base Reguladora. 2.4.2. Cuantía y edad. 2.4.3. Cuantía incapacidad permanente parcial. 2.5. EFECTOS ECONÓMICOS DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE. 2.6. COMPLEMENTO POR MÍNIMOS. 2.7. CALIFICACIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE. 2.8. PROFESIÓN HABITUAL. 2.9. LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES. 2.10. INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL. 2.11. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. 2.12. GRAN INVALIDEZ. 2.13. ENFERMEDAD PROFESIONAL. 2.14. ACCIDENTE NO LABORAL. 2.15. REVISIÓN DE GRADO. 2.16. COMPATIBILIDAD CON EL TRABAJO. 2.17. INCOMPATIBILIDAD CON OTRAS PRESTACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE. 2.18. INCOMPATIBILIDAD CON OTRAS PRESTACIONES. 2.19. RÉGIMEN AL QUE CORRESPONDE OTORGAR LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE. 2.20. EMPLEADOS DE HOGAR. 2.21. TRABAJADORES AUTÓNOMOs. 2.22. MINERÍA DEL CARBÓN. 2.23. REGIMEN ESPECIAL DEL MAR. 3. PENSIÓN EXTRAORDINARIA POR ACTOS DE TERRORISMO. 4. COORDINACIÓN DE SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL. 4.1. Aplicación de reglamentos comunitarios. 4.2. Aplicación de los Convenios bilaterales. 5. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. 6. REINTEGRO DE PRESTACIONES INDEBIDAS. 7. RESPONSABILIDAD. 8. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL. 8.1. Reglas generales. 8.2. Responsabilidad empresarial. Accidentes de Trabajo. 8.3. Responsabilidad empresarial y alta. 8.4. Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. 8.5. Capitales-Coste. 9. relaciones entre INCAPACIDAD PERMANENTE E INCAPACIDAD TEMPORAL. 10. relaciones entre INCAPACIDAD PERMANENTE Y PRESTACIONES POR supervivencia. 11. relaciones entre INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL Y PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. 12. INCAPACIDAD PERMANENTE Y DISCAPACIDAD. 13. RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE

SEGURIDAD. 14. SEGURIDAD SOCIAL COMPLEMENTARIA. 15. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ACCIDENTE DE TRABAJO. 16. PROCESAL. 16.1. Competencia. 16.2. Acumulación de acciones. 16.3. Legitimación. 16.4. Reclamación previa. 16.5. Congruencia. 16.6. Excepciones. 16.7. Recurso de suplicación. 16.8. Ejecución. 16.9. Nulidad de la sentencia. 16.10. Revisión de actos administrativos firmes. 16.11. Otras cuestiones relacionadas. 17. INVALIDEZ SOVI. 18. INVALIDEZ NO CONTRIBUTIVA.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se escribe con ocasión de las jornadas organizadas con el quinto seminario permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS, y pretende condensar, con un ánimo exclusivamente recopilatorio, la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en materia de incapacidad permanente desde el 1 de enero de 2000 al 30 de junio de 2021. Esta recopilación no se limita a recoger la doctrina relativa al régimen jurídico de la prestación de Seguridad Social sino que se extiende a otros aspectos relacionados como las mejoras, la responsabilidad civil deriva de los hechos causantes de la incapacidad permanente, los efectos en la relación laboral o los aspectos procesales entre otros.

2. INCAPACIDAD PERMANENTE

2.1. CONCEPTO

1. No se accede por el transcurso máximo de la Incapacidad Temporal[1]

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2001 (recurso 1889/2000) recuerda que la incapacidad permanente total o absoluta está necesariamente anudada a que el presunto beneficiario "presente reducciones anatómicas o funcionales graves previsiblemente definitivas que disminuyen o anules su capacidad laboral" –artículos 193 y 195 LGSS/1995– preceptos que se aplican al RETA, por ello cuando el presunto beneficiario al que no se dio de alta, es reconocido y no se aprecian no se le reconocen limitaciones que le impidan su trabajo habitual, como ocurre en el caso de autos, no puede reconocérsele automáticamente una invalidez permanente por el solo hecho de no haber sido dado de alta en incapacidad temporal.

2.2. HECHO CAUSANTE

1. Hecho causante: Determinación en la fecha del dictamen emitido por el EVI por enfermedad común

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2006 (recurso 2880/2004) se ha afirmado reiteradamente por esta Sala, en sus sentencias de 26 de junio de 1996 (recurso 1995/95) y 22 de junio de 1999 expresiva de que la fecha del hecho causante de la prestación de invalidez fijada con carácter general por la fecha

[1] Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2001 (recurso 2832/2000).

del dictamen del UMVI, salvo los casos en que las lesiones residuales padecidas por el beneficiario quedarán fijadas con el carácter de definitivas, irreversibles o invalidantes con anterioridad, doctrina recordada como vigente por nuestra reciente auto de 13 de septiembre de 2005 (recurso 2925/2004).

2. Hecho causante en accidente de trabajo [2]

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2003 (recurso 12/2003) señala que el hecho causante de las prestaciones de incapacidad permanente derivada de accidente es la de la fecha en la que ocurrió el siniestro.

2.3. REQUISITOS DE ACCESO A LA INCAPACIDAD PERMANENTE

2.3.1. Alta o situación asimilada al alta

1. Debe entenderse cumplido si cuando se produjeron las lesiones el trabajador estaba en alta, aunque no lo estuviera en el momento de la solicitud [3]

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2002 (recurso 906/2001) recordando doctrina anterior indica que el artículo 165 LGSS refiere la exigencia del alta al momento de sobrevivir la contingencia o situación protegida, abriendo así una alternativa que no queda plenamente precisada, especialmente en aquellos supuestos como la incapacidad permanente, en los que la situación protegida no deriva directamente de la actualización de la contingencia determinante, ya que ésta determina normalmente la existencia de situaciones previas de incapacidad temporal. Por otra parte, el artículo 195 LGSS menciona el requisito de alta refiriendo el mismo al memento del hecho causante y el momento en que se produce este puede ser también distinto, en principio, del de la actualización de la contingencia protegida. Así, la sentencia añade que "estas divergencias pueden plantear problemas graves de articulación de la protección, pues si se aceptara que el alta ha de exigirse en el momento del hecho causante –entendiendo por tal el día del dictamen de la unidad de valoración médica de la invalidez, el momento en que las lesiones adquieren carácter permanente o el de la solicitud, según las distintas hipótesis– podrían producirse supuestos generalizados de desprotección contrarios al sentido y finalidad de la norma, pues en la invalidez provisional, que no se configura como situación asimilada al alta, el trabajador ha causado baja y ésta podría además producirse como consecuencia de incidencias de la relación laboral acaecidas después de la contingencia determinante. Pero antes del comienzo de la situación protegida que se inicia con el hecho causante. Por ello se concluye que la solución más adecuada para superar los problemas es la que se recoge en el artículo 19 de la Orden de 15 de abril de 1969, en el que se establece que la cobertura del periodo de carencia ha de producirse en la fecha en que se causó la baja en el trabajo a

[2] Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2003 (recurso 1846/2002).
[3] Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2007 (recurso 275/2006).

consecuencia de la invalidez. Esta regla, aunque referida al periodo de cotización, ha de extenderse también al requisito de alta.

2. Situación de asimilación al alta de autónomo que se inscribe como demandante de empleo [4]

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2000 (recurso 18/2000), se considera en situación de asimilación al alta la del trabajador autónomo que se inscribe en la Oficina de Empleo dentro de los 90 días siguientes al cese voluntario en el RETA. La baja voluntaria en el RETA no presupone necesariamente que el cese de la actividad por cuenta propia deba ser imputable al asegurado, pues a diferencia de lo que ocurre con el trabajo por cuenta ajena, el cese de la actividad por cuenta propia puede obedecer a la inviolabilidad o a la falta de rentabilidad a corto plazo o medio plazo del negocio.

En cambio, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2021 (recurso 4668/2018) considera que no procede reconocer la pensión de invalidez por no encontrarse en situación asimilada al alta, ya que después de la baja en el RETA estuvo dos años y seis meses sin inscribirse como demandante de empleo, sin que concurra ninguna especial circunstancia personal o familiar que lo justifique, lo que evidencia especial circunstancia personal o familiar que lo justifique, lo que evidencia la voluntad de apartarse del mundo laboral.

3. Situación de asimilación al alta. Omisión de inscripción como demandante de empleo por un descuido explicable fundadamente

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2000 (recurso 4436/1999) indica que puesto que es fundadamente explicable que pudiera haber dilatado su –inscripción formal como demandante de empleo durante un breve periodo de tiempo su o inscripción formal como demandante de empleo durante un breve periodo de tiempo que ni siquiera alcanza los noventa días tras la declaración de alta médica, tanto más cuanto en el momento de producirse la baja en la Seguridad Social estaba afecto de la misma enfermedad ya iniciada que le condujo a la situación de invalidez permanente absoluta cuestionada, unido a que no puede presumirse un abandono por parte del mismo del Sistema de Seguridad Social.

4. Interpretación humanitaria cuando el beneficiario se encuentra enfermo estando en desempleo [5]

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2000 (recurso 4308/1999) mantiene que desde la aplicación flexible y humanizadora del requisito de alta en Seguridad Social que las circunstancias del caso aconseja, que queda acreditado dicho requisito en la fecha en la que surgió la enfermedad que impidió a la actora mantener su actividad laboral hasta que falleció meses más tarde. Cierto es

4 Sentencia del Tribunal supremo de 28 de abril de 2000 (recurso 3056/1999).

5 Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2003 (recurso 1308/2002).

que la causante descuidó sus obligaciones de Seguridad Social, pero ello es explicable en quien, durante el periodo en que se produce la baja, permanecía internada en un centro hospitalario y aquejada de una gravísima enfermedad que le condujo rápidamente a la muerte.

De la misma manera se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2004 (recurso 4551/2003) al hacerse patente las serias afectaciones psíquicas que padecía la trabajadora le hacían imposible el cumplimiento de su inscripción como demandante de empleo, amén de lo inútil de semejante trámite burocrático para quien no tenía posibilidad real de la prestación de servicios.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014 (recurso 2588/2013) considera cumplido el requisito de estar en alta o asimilada, en aplicación de la "doctrina flexibilizadora", al estar la trabajadora afectada de unas graves dolencias que justifican el haber dilatado su inscripción formal como demandante de empleo, al evidenciarse su imposibilidad de efectuar una actividad laboral con habitualidad, rendimiento y eficacia.

5. Situación de desempleo [6]

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2002 (recurso 1872/2001) considera al trabajador en situación asimilada al alta, pues el beneficiario estaba en desempleo e inscrito en el SEPE, en la fecha del accidente de tráfico, es decir, cuando se produjo la contingencia, causa de la Gran Invalidez, la consecuencia, es que sin necesidad de aplicar la doctrina sobre la flexibilidad del requisito de alta es que la actora estaba en situación asimilada de alta con derecho a la prestación, sin que por lo demás, en contra de lo que expresó la Gestora en su Resolución de 3 de junio de 1999, denegatoria de la prestación, se exija tiempo alguno de cotización de acuerdo con el artículo 124ñ4 LGSS por tratarse de accidente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2007 (recurso 4698/2005) afirma que el artículo 124 LGSS establece que "las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen General causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevivir la contingencia o situación protegida. Salvo disposición legal expresa en contrario", añadiendo el artículo 125.1 que la situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba la prestación por dicha contingencia será asimilada al alta.

Este último precepto fue desarrollado por el RD 84/1996, que establece en su artículo 36, bajo el epígrafe "situaciones asimiladas a la de alta", que "continuarán comprendidos en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, pero en situación asimilada a la de alta en el mismo, quienes, aun cuando hubieren cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la

[6] Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2001 (recurso 749/2001); 8 de marzo de 2017 (recurso 2686/2015).

actividad determinante del encuadramiento en dicho Régimen, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

1º.- La situación legal de desempleo, total o subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo.

2º.- Esta última exigencia legal ha sido flexibilizada por la jurisprudencia en aquellos supuestos en los que la inscripción en la oficina de empleo carecía de todo sentido al ser evidente que el trabajador no podía prestar servicios laborales (STS de 26 de enero de 1998 recurso 2460/1997), (17 de septiembre de 2004 recurso 4551/2003), resoluciones que exponían la doctrina ya unificada en los siguientes términos: "la jurisprudencia de esta Sala ha atenuado la exigencia del requisito de alta o situación asimilada en la relación especialmente con las prestaciones de incapacidad permanente y por muerte y supervivencia, mediante una interpretación humanizadora que pondera las circunstancias que pondera las circunstancias en cada caso concreto con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección". Esta línea jurisprudencial ha tenido fiel reflejo en la incapacidad permanente.

De los hechos probados de la sentencia no se desprende dato o circunstancia alguna de donde pueda deducirse una racional dificultad para la inscripción en la Oficina de Empleo (desde luego no puede conceptuarse como tal el que el esposo tuviera reconocida una gran invalidez, o inutilidad de la inscripción como demandante de empleo), por lo que la expuesta doctrina jurisprudencial flexibilizadora del requisito legal no se puede aplicar.

6. Se cumple el requisito de asimilación al alta cuando se sufre un accidente no laboral

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2017 (recurso 2120/2015) considera que se cumple el requisito de estar en alta o situación asimilada al alta a quien sufre un accidente no laboral a los pocos días de causar baja voluntaria en su última ocupación con la intención de iniciar una nueva relación laboral con otra empresa en fechas próximas, sin haberse inscrito como demandante de empleo en la oficina pública correspondiente.

7. No se encuentra en situación asimilada cuando la falta de inscripción como demandante de empleo es duradera sin que concurra otras situaciones especiales

Se cumple el requisito de asimilación al alta cuando el alejamiento intermedio del sistema obedece a especiales circunstancias, entre las que cabe destacar las siguientes:

a) La enfermedad que provoca la declaración de invalidez ya instaurada y con tal carácter en la fecha en que se produjo el cese en el trabajo (sentencias de 12 de noviembre de 1992 y 9 de octubre de 1995).

b) Cuando se inicia la enfermedad, cuyo posterior desarrollo en tan grave que explica que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta (sentencias de 2 de febrero de 1987, 21 de marzo, 12 de julio, 13 de septiembre y 19 de diciembre de 1988).

c) Cuando aparece, en fecha anterior o coetánea a la interrupción de la inscripción, una dolencia tan deteriorable de la voluntad del trabajador –enfermedad mental, etilismo crónico, adicción prologada a otras drogas, etc.–, que en expresión de la sentencia de 16 de diciembre de 1999, "introduce un desorden en la vida ordinaria del trabajador que explica el abandono de los trámites burocráticos necesarios para el acceso o la permanencia en la Oficina de Empleo". Se hacen eco de esta doctrina, además de la última citada, las sentencias de 2 de diciembre de 1996, 19 de noviembre de 1997, y 27 de mayo y 10 de octubre de 1988.

d) La inscripción como demandante de empleo se produce en un momento posterior a una incapacidad laboral transitoria cuya extinción ha sido impugnada en vía judicial, pero cuando aún ha recaído sentencia firme confirmando o revocando el alta médica (sentencia de 26 de enero de 1998).

e) Un interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo. "no revela su voluntad de apartarse del mundo laboral" (sentencias de 12 de marzo de 1988 y 9 de noviembre de 1999).

La interrupción en su demanda de empleo fue superior a los dos años, tiempo excesivo para poder considerar que durante el mantuvo el actor el "animus laborandi, y de otro lado no concurre en el caso examinado ninguna de las circunstancias antes expuestas que permitan entender, excepcionalmente, que el actor estuvo impedido, pese a su voluntad, para mantener aquella sin interrupciones. Es más, no tan siquiera pueden presumirse, pues en el relato de hechos probados, de la sentencia de instancia, que fue asumido sin alteraciones por la recurrida, no consta, y lo mismo ocurría en el caso examinado por la sentencia referencial, un solo dato que así lo permita, ni que la única enfermedad que el hoy recurrente presenta infarto agudo de miocardio postero-inferior con extensión lateral y angor postinfarto, hubiera aparecido ya en el periodo de interrupción.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2006 (recurso 2003/2004) señala que no constituye situación de asimilación al alta la falta de inscripción durante 16 meses.

8. Fallecimiento dentro de los 90 días siguientes a la baja voluntaria en el Régimen General de la Seguridad Social

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010 (recurso 4014/2008) significa que dicha situación asimilada al alta durante los noventa días

siguientes a la baja en la seguridad social no está prevista expresamente para los trabajadores del régimen general, a diferencia de lo que sucede para los trabajadores del RETA, si bien la Orden de 13 de octubre de 2003, que regula el Convenio Especial con la Seguridad Social, tras disponer en su artículo 3 que la solicitud de suscripción del citado convenio puede realizarse en cualquier momento –siempre que el interesado se encuentre pen alguna de las situaciones que permitan suscribir dicho convenio– dispone en su artículo 5 que la fecha de iniciación de efectos del convenio –la consideración del trabajador en situación de alta o asimilada al alta en la seguridad social– se retrotraerá a la fecha de la baja en la seguridad social si la solicitud de inscripción de inscripción del convenio se hubiera presentado dentro de los 90 días siguientes a la situación que determinó la baja en la seguridad social. Teniendo en cuenta que la causante falleció antes de que transcurrieran los 90 días siguientes a su baja en la seguridad social, así como las especiales circunstancias concurrentes en el supuesto examinado y el hecho de que se trate de la aplicación de normas protectoras, cuales son las de seguridad social, que han de ser interpretadas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, no de forma aislada, atendiendo a su pura literalidad, sino poniéndolas en relación de manera concurrente e integradora, con las que tienen una misma o análoga finalidad, atendiendo a la realidad social en que se aplica el precepto.

9. Momento en que hay que acreditar la situación de asimilación al alta en las prestaciones de incapacidad permanente derivadas de accidente no laboral

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2006 (recurso 904/2005) refiere que el requisito de esta en alta o situación asimilada al alta ha de exigirse en el momento en que se produjo el accidente no laboral.

10. La declaración de despido o nulidad como situación asimilada al alta[7]

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2004, considera que la declaración de improcedencia o nulidad de despido obliga a la empresa, de acuerdo con las normas legales y reglamentarais de aplicación, a cotizar por el periodo correspondiente a salarios de tramitación, sin perjuicio de la obligación del empresario de dar de baja al trabajador en cuanto se produce su cese en la prestación de servicios. El modo de conciliar ambas previsiones normativas es considerar que el trabajador despedido, durante la tramitación del proceso de despido, puede adquirir con efectos retroactivos la situación de asimilación al alta, en caso de improcedencia o nulidad sobrevenidas del despido acordado.

11. Incapacidad permanente total como situación asimilada al alta

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011 (recurso 2994/2010) considera en situación asimilada al alta, a los efectos de solicitar el

[7] Sentencia del Tribunal supremo de 4 de diciembre de 2007; 3 de noviembre de 2009 (recurso 1434/2009); 10 de noviembre de 2016 (recurso 902/2015).

reconocimiento del baremo correspondiente por lesiones permanentes no invalidantes, al trabajador que está en situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común.

12. Invalidez no contributiva como situación asimilada al alta

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2013 (recurso 1008/2012) señala que constituye situación asimilada al alta a los efectos de acceder a la IPA del sistema contributivo, el reconocimiento de una prestación de invalidez no contributiva.

2.3.2. Cotización mínima

1. Cómputo del tiempo de incapacidad temporal aunque no se hubiera estado en esta situación sino en paro involuntario

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2000 (recurso 3051/1999) que la situación del trabajador en la que estaba en situación de desempleo debe entenderse en situación de asimilación al alta no pudiendo acceder a la situación de incapacidad temporal al no trabajar padeciendo unas lesiones ya instauradas, de carácter permanente y no invalidante por lo que procede computar a efectos de carencia el periodo de cotización por dicho periodo.

No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2006 (recurso 3201/2005) señala que no se puede entender cumplido el requisito de carencia cuando la incapacidad temporal previa resulta muy distante en el tiempo a la solicitud de la incapacidad permanente y fue abonado por la Mutua o la entidad gestora sin que existiera la obligación de cotizar al haberse extinguido el contrato.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2005 (recurso 2029/2004)[8] afirma que el cómputo del periodo de incapacidad temporal aunque no hubiera permanecido en esta situación, sino que es posible cuando el beneficiario se encuentre en tal situación en el momento de solicitar la incapacidad permanente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2005 (recurso 1366/2004) determina que el cómputo del tiempo de incapacidad temporal aunque no se hubiera permanecido en esta situación, No obstante señala que solo es posible cuando el beneficiario se encuentra en tal situación en el momento de solicitar la incapacidad permanente[9].

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2010 (recurso 3495/2009) estima que la validez de las cotizaciones relativas al periodo de incapacidad temporal aun cuando se señale que el hecho causante se sitúa en el momento del inicio de la incapacidad temporal.

---

[8] Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2007 (recurso 3424/2006); 13 de marzo de 2007 (recurso 4843/2004).

[9] Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2004 (recurso 1525/2003); 18 de marzo de 2004 (recurso 2429/2003); 14 de mayo de 2004 (recurso 3162/2003).

2. Cómputo de los días pendientes de Incapacidad temporal para cubrir el requisito de carencia de una pensión de incapacidad permanente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2012 (recurso 2530/2011) considera que el cómputo de los días que falten para agotar el periodo máximo de incapacidad temporal solo es posible si el interesado se encuentra en situación de incapacidad temporal o de prórroga de sus efectos y solo alcanza al máximo de 365 días, más la prórroga ordinaria de 180 días, no así a la prórroga excepcional hasta 730 días contemplados en el artículo 174 LGSS.

3. Cómputo de cotizaciones por pagas extraordinarias

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2000 (recurso 1712/2000) se pronuncia sobre la extensión y límites del cómputo de las cotizaciones por pagas extraordinarias en los siguientes términos:

1.- La sentencia de esta Sala de 24 de enero de 1995 resolvió el problema litigioso señalando que el artículo 155 LGSS/1974, antes de la reforma efectuada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, establece que "la cuantía de la pensión de jubilación se determinará para cada trabajador aplicando a la base reguladora el porcentaje procedente de acuerdo con la escala que se fije en los Reglamentos Generales de esta ley en función de los años de cotización que correspondan al beneficiario". Norma análoga se contiene en el artículo 27.1 del Reglamento General de Prestaciones aprobado por Decreto de 23 de diciembre de 1966e, siendo desarrolladas las mismas en los artículos 7 y 8 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967. El número 3 del artículo 155 puntualiza que "para determinar el número de años de cotización se dividirá el total de los días cotizados por 365, y la fracción de años, si existiera, se asimilará a un año completo de cotización, cualquiera que sea el número de días que comprenda.

Concluye, luego, esta sentencia que "a la vista de lo que estas normas establecen es forzoso entender que las mismas se refieren a días naturales de cotización, y que por tanto tales días naturales o reales son los únicos que se pueden tomar en consideración a fin de llevar a cabo el cómputo de años preciso para la aplicación del referido porcentaje". Y además que la finalidad que se persigue con la fijación de este porcentaje es la de establecer una proporción entre la cuantía de la pensión de jubilación y el tiempo real de trabajo u cotización, proporcionalidad que quebraría si los cálculos pertinentes se hiciesen admitiendo cotizaciones que no responden a tiempo real y efectivo sino al cobro de unas especiales percepciones o gratificaciones.

2.- Es cierto que la sentencia de esta Sala de 10 de junio de 1974, dictada en interés de ley, ha mantenido que cuando la ley exige un determinado número de días de cotización "deben contabilizarse cotizaciones", pues…los textos legales no imponen, ni de sus términos puede deducirse, una distinción entre los efectos que produce la cotización por las pagas extraordinarias y por las extraordinarias"; pero no puede olvidarse que esa misma sentencia se cuidó de fijar el ámbito y alcance de tal regla, y así precisa que "la cotización por las gratificaciones reglamentarias de 18

de julio y Navidad aprovecha para los dos efectos siguientes, a saber, por un lado, "conceder el derecho a la prestación", es decir, ser tenidas en cuenta al objeto de la cobertura del periodo de carencia preciso a tal fin, y por otro lado "calcular la cuantía de las bases tarifadas", lo que en definitiva incide sobre el montante de la base reguladora de la prestación, Y es obvio que el tema de que se trata en esta litis está claramente fuera del radio de acción de esos "dos efectos", por lo que no es posible mantener que le es aplicable la doctrina de esta sentencia que comentamos; máxime cuando los fines y objetivos a que responde el porcentaje que regula el artículo 155.1 LGSS/1974- son claramente diferentes de aquellos que son propios del periodo de carencia y del importe de la base reguladora.

3.- Cabe añadir a las anteriores consideraciones que las normas que regulan la relación jurídica de Seguridad Social son de carácter público, no siendo disponibles por la voluntad de trabajadores y empresarios, a quienes no les es dado modificar las normas que regulan tal relación, ni consecuentemente, las que determinan las condiciones para el reconocimiento de las prestaciones públicas de Seguridad Social. La tesis del recurrente de computar a los efectos del periodo de carencia obligatorio las cotizaciones realizadas no en virtud de las dos pagas extraordinarias establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, sino de todas aquellas que se acordaren en Convenio Colectivo incidirá y modificaría el sistema público de Seguridad Social, lo que está expresamente prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

Es pacífico que, en el convenio colectivo, pueden establecerse mejoras voluntarias de Seguridad Social, pero también es claro que tales mejoras voluntarias han de hacerse "en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los Regímenes Especiales", y que en todo caso, con la excepción de dichas mejoras "la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva". En definitiva pues, no se han violado los preceptos del Estatuto de los Trabajadores, ni de la Ley General de la Seguridad Social, que se dicen infringidas, ni tampoco el artículo 41 de la Constitución, pues, de contrario, la decisión adoptada, aparte de ser conforme con el reconocimiento constitucional de una seguridad pública y una privada complementaria, es, también, más adecuada a los principios de igualdad y solidaridad, principios que quebrarían si se admitiera que los trabajadores que, por su mejora voluntaria salarial en el convenio, tuvieran derecho a más pagas, habrán de tener derecho a una mayor y mejor cobertura del requisito de carencia, y ello naturalmente, sin perjuicio de la trascendencia del mayor salario en la determinación de la base reguladora, conforme a la relación triangular entre salario-cotización-base reguladora dentro de los límites impuestos por la ley.

4. Validez de las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la declaración de invalidez sin derecho a las prestaciones aunque las dolencias no hayan variado[10]

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2005 (recurso 6651/2003) señala que las declaraciones de invalidez permanente sin derecho a prestaciones económicas carecen de efectos jurídicos, lo que equivale a la nulidad de las resoluciones que efectos jurídicos, lo que equivale a la nulidad de las resoluciones administrativas que las efectúan, Y que en consecuencia de ello, si el trabajador continua en la realidad de los hechos desarrollando su actividad laboral y mantiene su situación de alta y cotización a la Seguridad Social cuando posteriormente solicita su pensión de invalidez y esta es de apreciar por el carácter irreversible de las deficiencias funcionales que padece, habiendo alcanzado en tal momento el periodo de cotización a la Seguridad Social cuando posteriormente solicita su pensión de invalidez y ésta de apreciar por el carácter irreversible de las deficiencias funcionales que padece, habiendo alcanzado en tal momento el periodo de cotización exigible y demás condiciones legalmente impuestas, le ha de ser reconocida la mencionada situación y el derecho al percibo de la prestación correspondiente, sin que quepa argüir que el hecho causante se produjo al dictarse la primera resolución, dada la nulidad de ésta, siendo ello así porque el hecho causante se ha producido ahora y no en la fecha en que pretende el Instituto fijar la causa de invalidez.

5. No se computan las cotizaciones durante la situación de incapacidad temporal cuando no se han percibido las prestaciones económicas de IT

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2004 (recurso 4806/2002) señala que la nueva expresión que exige la existencia de una nueva situación de incapacidad temporal o de prórroga de sus efectos, pone de manifiesto la necesidad de que el beneficiario se encuentre no sólo en baja médica expedida por los servicios oficiales de la Seguridad Social e incapacitado para el trabajo, como exige el artículo 169.1.a) LGSS, sino que además se halle dentro del sistema de la prestación, pues en otro caso no se trataría realmente de incapacidad temporal, no podría técnicamente hacerse referencia a las prórrogas de la situación, pues éstas solo tienen sentido en relación con el propio percibo del subsidio a que se refiere el artículo 170 LGSS. La duración máxima de 12 meses prorrogables por otros seis meses de la incapacidad temporal únicamente tiene sentido si se vincula con el percibo de la prestación. En otro caso, la norma no tendría que fijar límites temporales a una situación a una situación de incapacidad para el trabajo apreciada por los servicios médicos, que determina el derecho a la asistencia sanitaria –artículos 38.1.a)– pero no necesariamente al subsidio integrado en el propio precepto de la incapacidad temporal.

En consecuencia, si en el caso de autos, la actora no pudo llegar a percibir la prestación por incapacidad temporal, no puede decirse que estuviera en esa situación

[10] Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2004 (recurso 5363/2003); 2 de diciembre de 2004; 29 de septiembre de 2004 (recurso 5363/2003); 21 de febrero de 2008 (recurso 64/2007).

a los efectos de acogerse al beneficio previsto en el artículo 4.4º del RD 1799/85 computado ficticiamente como cotizados los días que le faltasen para completar el tiempo máximo de duración de la incapacidad o de su prórroga a efectos del cómputo del periodo mínimo de cotización para causar el derecho a la prestación de incapacidad permanente.

6. Validez para cumplir el requisito de carencia de las cotizaciones que han sido objeto de aplazamiento

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2002 (recurso 454/2002) recuerda que la sentencia de 12 de julio de 2002 (recurso 3502/2001) afirmaba que "…el artículo 22.2 de la OM de 22 de febrero de 1996, que es la aplicable por la ocurrencia del hecho causante, y que para entonces el desarrollo del Reglamento General de Recaudación de los recursos de la Seguridad Social dispuso que las empresas y demás sujetos responsables que tengan concedido aplazamiento en el pago de sus deudas con la Seguridad Social, en tanto cumplan las condiciones para su efectividad se considerarán al corriente en el pago de las mismas a los efectos previstos en el apartado 3.b) del artículo 42 del Reglamento General y demás disposiciones complementarias, de donde hay que concluir que las cuotas aplazadas deben ser útiles para el cumplimiento de los requisitos de devengo de prestaciones y de asunción de su pago por el Sistema".

Y se añade después, que "…es claro que las cuotas aplazadas y en tanto se cumplan los compromisos de pago deben tener eficacia plena para causar las prestaciones condicionadas por tal satisfacción. Porque en el Reglamento y, en otros preceptos, paraliza la actuación ejecutiva. Incluso iniciada, en persecución del cobro del descubierto, y además, previene esta eficacia liberadora de responsabilidad privada, o sea, instaura la responsabilidad del Sistema, con la decisión de que se causen las prestaciones con cargo al propio sistema, siempre que concurran dos circunstancias: a) que el aplazamiento estuviera concedido antes de sobrevivir el hecho causante; y b) que el sujeto estuviera cumpliendo los compromisos adquiridos.

En el caso, se ha de afirmar que las cotizaciones cuyo pago aplazado se permitió llevar a cabo al demandante por resolución de la entidad gestora, han de surtir efectos en cuanto a considerar a esos periodos en situación de "al corriente" para el reconocimiento del derecho a las prestaciones como a los efectos indicados en el apartado 3.b) del artículo 42 del Reglamento General de Recaudación.

7. Carencia. Trabajo a tiempo parcial y dias-cuota

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2008 (recurso 2502/2007) señala que en el coeficiente multiplicador 1,5, no se han incluido los denominados "días-cuota", ya que ´estos no corresponden a la retribución ordinaria que devenga el trabajador por su prestación de servicios a lo largo de los 365 días del año, como razona la sentencia recurrida, sino a las pagas extraordinarias que todo trabajador tiene derecho a percibir (artículo 3.1 ET) además del salario diario o mensual, y que se incluyen en la base de cotización, tanto para el trabajador a tiempo

parcial como para el tiempo completo. Y esa es la razón por lo que la doctrina de esta Sala ha establecido que a efectos de acreditar el periodo de carencia "el año no consta sólo de los 365 días naturales, sino de éstos y de los días-cuotas abonados por gratificaciones extraordinarias".

La interpretación contraria de tales preceptos, para excluir del cómputo de los días-cuota a los trabajadores a tiempo parcial, además de atender contra el principio de igualdad en la ley, constituiría una discriminación indirecta por razón de sexo, igualmente proscrita por el artículo 14 predominantemente al sexo femenino (quienes demandan en los dos casos contrapuestos son mujeres) como razona el Tribunal Constitucional en la sentencia 253/2004).

8. Cobertura del periodo de carencia con las cotizaciones efectuadas al amparo de un Convenio Especial

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2015 (recurso 127/2014) señala que procede acreditar el requisito de carencia computando las cotizaciones efectuadas al amparo de un Convenio Especial suscrito con la seguridad social con posterioridad a la denegación del reconocimiento de la incapacidad permanente por no acreditar el periodo mínimo de cotización exigido, habiéndose producido una agravación en el estado de salud del trabajador.

9. Computo de la bonificación de 112 días por maternidad, con independencia del lugar donde se haya producida y aunque tal hecho sea anterior al alta de la madre en el sistema de la Seguridad Social

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2016 (recurso 1733/2015) señala que la finalidad del precepto no es mejorar la vida laboral de las trabajadoras que hayan cotizado a la seguridad social, sino beneficiar a todas las mujeres cuando hayan de obtener beneficios prestacionales o sociales derivados de su actividad laboral, pues esa actividad laboral la que se ha visto afectada por la circunstancia derivada de su sexo. Las trabajadoras ya acreditan de modo efectivo la cotización por 112 días (16 semanas), mientras disfrutan del descanso de maternidad –y así lo contempla el precepto, al excluir de su aplicación a quienes hubieren cotizado por las 16 semanas– Lo que la ley pretende es incrementar la vida cotizada cuando no ha habido esa protección. Precisamente por ser el parto una eventualidad exclusivamente femenina, el juicio sobre el valor de la norma encaminada a paliar la discriminatoria se hace relevante, puesto que la falta de cotización en ese periodo obedece exclusivamente a aquella circunstancia", el beneficio otorgado, con independencia de la fecha de la legislación por la que se rijan.

En consecuencia, el criterio para acudir a la suma de los 112 días ficticios es el de la fecha en que se cause la prestación y no la de la vigencia del régimen en que se cause.

El hecho de que el beneficio cuestionado no se reconozca a las trabajadoras o funcionarias que hubiesen cotizado por estar en activo al tiempo del parto nos muestra que el beneficio controvertido se reconoce, precisamente, a quienes no

acreditan cotizaciones durante aquel periodo de 16 semanas, a fin de compensar a esas mujeres por la falta de protección que en ese momento tuvieron.

Por otro lado, debe recordarse que la bonificación estudiada se concede por el parto con independencia del lugar en el que se produzca, porque es principio aplicable en el presente caso dado el espíritu que informa la norma y que de su literalidad se deriva que el reconocimiento de los 112 días de cotización asimilada o ficticia se produce al tiempo de causarse la prestación contributiva de incapacidad permanente o jubilación, prestaciones para las que se establece la bonificación dicha, lo que impide excluir su cómputo si pretexto de que el parto se produjo antes del alta en el sistema por cuanto, precisamente, se bonifica el hecho de que la maternidad impidiera el trabajo.

10. Carencia específica y paréntesis

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2006 (recurso 175/2005) concreta la doctrina sobre la cuestión en los siguientes términos: 1) cuando se acredita una voluntad de acceder al trabajo puesta de manifiesto por la inscripción en la Oficina de Empleo, ese periodo de ausencia de cotización debe configurarse como un paréntesis; 2) este paréntesis obliga a retrotraer el momento a partir del cual se ha de computar el periodo de carencia específica a la fecha en la que efectivamente, cesó el trabajo efectivo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004 (recurso 4636/2003) extiende esta doctrina a los supuestos en los el trabajador estuvo en paro involuntario con interrupciones breves en la inscripción como demandante de empleo en la oficina de empleo. De esta forma la STS de 24 de noviembre de 2010 (recurso 777/2009) que la doctrina del paréntesis se aplica también a quienes en el momento del hecho causante se encuentren en situación de alta y cotizando en relación a periodos de actividad con otros de paro involuntario.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2004 (recurso 332/2003) aplica la doctrina del paréntesis al periodo transcurrido en prisión.

11. No es necesario que la incapacidad permanente derive de incapacidad temporal[11]

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2001 (recurso 4396/2000) afirma que en realidad la referencia del actual artículo 193.2 LGSS no puede considerarse propiamente como un requisito autónomo para el acceso a la protección por incapacidad permanente, porque lo que describe es un proceso lógico de articulación de la protección en el tiempo, en el que normalmente no se accede directamente a las prestaciones de incapacidad permanente, sino que se llega a éstas a partir de la incapacidad temporal. Ello es así porque como establece el artículo 193

[11] Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2001 (recurso 2129/2000); 16 de enero de 2001 (recurso 1830/2000); 27 de enero de 2003 (recurso 1363/2002).

LGSS, al definir la incapacidad permanente, ésta es la situación del trabajador que "después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves", lo que supone, como regla general, que ni la gestora ni el trabajador pueden iniciar directamente el expediente de declaración de la incapacidad permanente, sin haber recurrido al tratamiento sanitario y/o rehabilitador preciso durante el cual se está en una situación de incapacidad temporal. Pero esta es solo una regla general que tiene excepciones.

2.3.3. No haber cumplido la edad ordinaria de jubilación.

1. Se puede acceder a la incapacidad permanente desde una jubilación anticipada[12]

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2006 (recurso 5069/2004) cambia el criterio jurisprudencial anterior y recuerda, que en efecto la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2005 (recurso 6733/2003) manejaba argumentos, indudablemente serios y meditados, en los que se afirma que la contingencia de vejez así como la de invalidez son legalmente configuradas como de carácter profesional, y por ello "el hecho causante de la invalidez ha de venir precedido por el desempeño de profesión u oficio, o por la posibilidad de hacerlo; indicando además tales sentencias, que no procede mecanismos protectores por situación de invalidez cuando con anterioridad al hecho causante ya se ha accedido a la jubilación pensionada, pues esta situación lleva de suyo la culminación de la vida laboral, con voluntario apartamiento de la actividad de tal clase, debiéndose entender que el eje del sistema contributivo de protección es la pensión de jubilación y a ella corresponde el protagonismo en el mismo, no a la invalidez. A todo lo cual añade la sentencia de 27 de julio de 2005 que una interpretación finalista de los preceptos referidos conduce a igualar, a los efectos de lo que se trata, la jubilación anticipada y la ordinaria, pues la razón de ambos casos es la misma, impedir que quien esté jubilado o pueda jubilarse, tenga acceso a otra pensión.

En la situación anterior a la Ley 24/1997, de 15 de julio, en que realmente no existía en nuestro derecho una norma específica reguladora, pero al establecerse un mandato distinto, las cosas han cambiado, pues ante todo hay atenerse al mandato legal de tal mandato, en el que aparece con claridad que la imposibilidad de obtener la pensión de incapacidad permanente solo opera a partir de los 65 años.

Debe tenerse en cuenta que el precepto no se opone al centro o núcleo esencial de esa doctrina jurisprudencial, sino que lo sigue y mantiene, ya que, al igual que esta, la regla general que proclama es que quien tiene derecho a obtener la pensión de jubilación, no puede acceder a la de invalidez permanente. La diferencia entre este precepto y esa jurisprudencia se reduce únicamente al momento a partir del cual esa obtención de una prestación de jubilación anticipada la hacía efectiva,

[12] Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007 (recurso 2282/2006); 21 de enero de 2015 (recurso 491/2014).

mientras que el artículo 138.1 (actual 195) no habla para nada de este concreto supuesto y fija el citado momento en el cumplimiento de los 65 años (obviamente, cuando se reúnen los requisitos para lucrar la pensión de jubilación). Se destaca además que este mandato del legislador se estatuye cuando la doctrina del Tribunal Supremo estaba manteniendo con toda claridad el criterio que se viene exponiendo, doctrina que aquel conocía sin duda, ya pesar de ello el imperativo que establece constriñe y limita los efectos de esa imposibilidad a los 65 años.

Así, pues la dicción literal del artículo 139.1 LGSS, (actual 196) que se remite al artículo 161.1.a) (actual 205.1.a) fija con claridad en los 65 años el momento en que comienza la imposibilidad para lucrar una pensión de incapacidad permanente, Y, como es sabido, el artículo 3.1 del Código Civil precisa que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras…".

Así mismo, no puede olvidarse que el núcleo de esa norma y la jurisprudencia a que se viene aludiendo contiene una disposición sumamente restrictiva y reductora de los derechos de los beneficiarios de la acción protectora de la Seguridad Social, pues en definitiva tal disposición veda el acceso a la pensión de incapacidad permanente a personas que, sin ese mandato, tendrían derecho a la misma. Y una norma de tales características, no puede ser objeto de una interpretación amplia o extensiva, ya que todo cuanto se amplíe el campo de acción de la misma supone mermar o reducir, en similar proporción, los derechos de los beneficiarios de la Seguridad Social. De ahí que una vez que entró en vigor el artículo 138.1 LGSS (actual 195), no es aplicable la doctrina jurisprudencial anteriormente referida, en aquella parte de la misma en que se extiende a los supuestos de jubilación anticipada.

La Sala nunca ha dudado del acierto y licitud del mandato que contiene el artículo 138.1 párrafo segundo LGSS (actual 195), considerándolo totalmente conforme con la Constitución Española, los derechos fundamentales de los ciudadanos y con los principios que regulan la acción protectora de la Seguridad Social; y también se valoran, como acertados y válidos los razonamientos de las anteriores sentencias del TS, que reiteradamente se han mencionado, en cuanto que se refieren a la cuestión o problema general de la incompatibilidad entre las prestaciones de jubilación y de invalidez permanente. Lo que ahora mantenemos es que el artículo 138.1 (actual 195), al ser un precepto marcadamente limitativo de derechos, no permite ninguna interpretación que amplíe o haga más extensa esa limitación de derechos; y por ello, no se puede seguir manteniendo en la actualidad criterios de la jurisprudencia comentada relativa a los supuestos de jubilación anticipada.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2020 (recurso 3058/2019) considera que no procede el abono por haber accedido a la pensión de jubilación anticipada, por vía excepcional por razón de discapacidad.

2. Denegación a pensionistas de jubilación anticipada por discapacidad al amparo del artículo 206 LGSS[13]

La sentencia del 24 de junio de 2020 (recurso 1411//2018) establece la siguiente doctrina: del acceso a la prestación de incapacidad permanente se excluye a quien a la fecha del hecho causante ha alcanzado la edad ordinaria de jubilación, prevista en el art. 205.1 a) y reúna los requisitos para su reconocimiento [...] El elemento configurador de la protección por jubilación que aquí interesa es el de la edad de acceso a la misma. Como hemos dicho, la edad general de jubilación es la de 67 años o 65, según se alcancen determinados periodos cotizados. Esta edad, o la que corresponda según el régimen transitorio (Disposición Transitoria 7ª de la LGSS), puede verse alterada configurando otra modalidad de protección de la contingencia. Así, tenemos los supuestos en que la edad ordinaria pasa a ser otra diferente en razón de la actividad profesional o de la situación física del trabajador. La primera es la contemplada en el art. 206.1 y Disposición adicional 20ª de la LGSS y la segunda es la que aquí se está debatiendo, conocida como jubilación por discapacidad, del art. 206.2 de la LGSS. Junto a ellas existen otras modalidades en las que la contingencia puede retrotraerse [...] Con ello queremos poner de manifiesto que la jubilación ordinaria no solo es la que establece el art. 205 sino que, junto a ella, hay otras que merecen igual calificativo al constituirse como jubilaciones propias y autónomas, como son las del art. 206 de la LGSS y sin coste en la protección.

En efecto, la LGSS al referirse a la edad de jubilación a lo largo de su articulado lo hace teniendo como elemento de referencia la que se fija en el art. 205.1 a), como edad ordinaria de jubilación (en otros casos se identifica como edad de jubilación forzosa, incluso teórica). A su vez, también establece como edad de jubilación una distinta a aquella haciendo a tal efecto uso de la técnica de sustitución por remisión, bajo las expresiones "rebaja" o reducción de la edad común –caso del art. 206 y de la Disposición Adicional 20ª–. A parte de ello y sin hacer uso de esa técnica de remisión, y como hemos dicho anteriormente, lo que establece es una retroacción de la contingencia permitiendo que aparezca antes del tiempo ordinario, diciendo que se podrá generar a "una edad inferior en x años a la legal" –casos del art. 207 y 208 de la LGSS–.

Pues bien, la expresión rebaja o reducción de la edad ordinaria de jubilación no puede entenderse en otro sentido que en el de sustituir el número de años de la general o ordinaria por otra que, en definitiva, también viene a constituirse como edad ordinaria de jubilación establecido para los supuestos expresamente contemplados. Por ello, aunque la denominación de esa jubilación vaya acompañada en el texto legal del término "anticipada", esa edad no deja ser una edad ordinaria para el colectivo al que se le aplica.

[13] Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2020 (recurso 1062/2018); 2 de diciembre de 2020 (recurso 2916/2018); 1 de julio de 2020 (recurso 1935/2018).

Distintos son los otros supuestos en los que la edad ordinaria de jubilación se puede retrotraer o adelantar por concretas circunstancias que afectan a la vigencia del contrato y no sustituye a la ordinaria –general o especial–."

A la misma conclusión se llega interpretando el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía. La citada sentencia añade: "En dicha norma, relativa a la discapacidad igual o superior al 65%, se dice que la edad ordinaria de jubilación, establecida entonces en los 65 años, "podrá ser reducida en el caso de trabajadores minusválidos que acrediten un determinado grado de minusvalía. Y se justifica la reducción de la edad por el mayor esfuerzo o penosidad que pueda ocasionar la actividad profesional al trabajador discapacitado", y porque, en relación con la discapacidad igual o superior al 45% y según el posterior Real Decreto 1851/2009, además, "en la exigencia de que en las personas con discapacidad con respecto a las que se establezca la anticipación de la edad de jubilación concurran evidencias de reducción de su esperanza de vida".

En el citado RD de 2003 ya se indica que el acceso a la jubilación de dicho colectivo lo es sin reducción de la cuantía de la pensión y si bien opta por el fijar la edad en atención a coeficientes reductores, esa alternativa se adoptó frente a otra cual era la de establecer una "edad de acceso ordinario a la jubilación antes de los 65 años de edad", criterio este último que es el que, por cierto, ha seguido el Real Decreto de 2009, tal y como en él se indica al decir que "Ello hace que en este supuesto se haya estimado más adecuado el establecimiento de una edad fija de acceso a la jubilación anticipada en lugar de la fijación de coeficientes reductores de la edad de jubilación".

En el citado RD de 2003 ya se indica que el acceso a la jubilación de dicho colectivo lo es sin reducción de la cuantía de la pensión y si bien opta por el fijar la edad en atención a coeficientes reductores, esa alternativa se adoptó frente a otra cual era la de establecer una "edad de acceso ordinario a la jubilación antes de los 65 años de edad", criterio este último que es el que, por cierto, ha seguido el Real Decreto de 2009, tal y como en él se indica al decir que "Ello hace que en este supuesto se haya estimado más adecuado el establecimiento de una edad fija de acceso a la jubilación anticipada en lugar de la fijación de coeficientes reductores de la edad de jubilación".

Siguiendo con el RD de 2003, también es conveniente destacar que, junto a la reducción de la edad de jubilación, en los términos que expresa su art. 3, también regula el acceso a la "jubilación anticipada", de forma que, las personas bajo el ámbito de aplicación de aquel RD no solo tienen una específica edad de jubilación, sino que pueden beneficiarse de las reglas de la jubilación anticipada entonces existentes, como bien indica la sentencia recurrida. Esto es, pueden causar la pensión de jubilación cuando alcancen su edad ordinaria –siempre inferior a los 67 años de edad– y también pueden, anticipar la contingencia a un momento anterior acudiendo a las previsiones del art. 207 y 208 [...] Lo anteriormente expuesto permite interpretar

el art. 206.2 de la LGSS en el sentido de que la prestación de incapacidad permanente, en tanto que en ella entre en juego como requisito para su reconocimiento el no ostentar la edad de jubilación ordinaria, no podrá reconocerse cuando se haya alcanzado la edad ordinaria del art. 205.1 a) ni cuando se alcance la que como tal tengan establecida colectivos específicos, en donde el número de años de edad del art. 205.1 a) se ve sustituido por el allí establecido [...] la remisión que hace el citado precepto al art. 205.1 a) no lo es a un simple guarismo, sino que dicho número, referido a la edad de una persona, se vincula también a una contingencia; esto es, la edad lo es en tanto exista la posibilidad de generar la pensión de jubilación, de forma que, sin dicha posibilidad, la edad de 67 años (o la que corresponda) no impediría el reconocimiento de la incapacidad permanente, tal y como dispone el ya citado art. 196.5 de la LGSS".

3. Denegación por ser pensionista de jubilación ordinaria [14]

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2004 (recurso 6508/2003) considera que no debe reconocer la incapacidad permanente a quien es beneficiario de la pensión de jubilación en el momento del hecho causante aunque no hubiera solicitado esta prestación.

4. Invalidez Permanente Absoluta derivada de accidente de trabajo. Hecho causante y edad de jubilación

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2008 (recurso 3242/2007) señala que en el supuesto en el que las secuelas que dieron lugar a la declaración de invalidez permanente son las que quedaron consolidadas en la fecha del alta médica. Y en dicha fecha el beneficiario continuaba en activo y, aunque tenía cumplidos los 65 años, no le afectaba la limitación establecida en el artículo 138.1 LGSS/1994 (actual 195) ya que su situación invalidante derivaba de contingencias profesionales.

2.3.4. Obligación de estar al corriente en el pago de las cuotas

1. No procede exigir el requisito cuando la pensión se reconoce en el Régimen General por acreditar período de cotización suficiente, sin acudir al cómputo recíprocos de cotizaciones por los periodos en los que estuvo en alta en el RETA[15]

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2011 (recurso 2088/2010) señala que "puede observarse que esta disposición en primer lugar se limita a reiterar la obligación que tienen los trabajadores por cuenta propia, autónomos responsables del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, de estar al corriente en el pago de las cotizaciones a su cargo para causar las prestaciones del

[14] Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2004 (recurso 1264/2003).

[15] Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2012 (recurso 895/2011); 21 de junio de 2012 (recurso 3823/2011); 4 de octubre de 2012 (recurso 4073/2011); 2 de julio de 2012 (recurso 3028/2011); 27 de abril de 2016 (recurso 1084/2014).

sistema, como requiere el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto. Seguidamente, insiste que esa obligación es exigible, no sólo para causar las prestaciones por el régimen especial de los trabajadores autónomos, sino, también, cuando la prestación se causa por un régimen de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena, siempre que se computen las cotizaciones del RETA, cual muestra el que diga que esa obligación subsiste "aunque la correspondiente prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones…", con lo que viene a reconocer que el requisito de estar al corriente no es exigible al trabajador autónomo que causa la prestación en el régimen general y no precisa el cómputo de las prestaciones que realizó al régimen de trabajadores autónomos para generar ese derecho, máxime cuando en la fecha del hecho causante se encontraba de alta en el régimen general, en el que reunía todos los requisitos exigidos para causarla, cual ocurre en el caso que nos ocupa".

2.4. CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN

2.4.1. Base Reguladora

1. Cálculo cuando existen periodos de invalidez provisional precedentes a la incapacidad permanente [16]

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2000 (recurso 109/1999) recuerda que es ilustrativa la doctrina de la misma Sala acerca del concepto material del hecho causante que, frente al concepto formal (dictamen del EVI), considera que aquel se sitúa en el momento invalidante de las lesiones en que quedó acreditado (STS de 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9720), lo que puede llevar hasta la fecha del efecto invalidante, mientras que, en su acepción literal, la expresión legal "hecho causante" parece referirse, más que a su efecto, a su causa, esto es, al suceso (accidente o enfermedad) del que en definitiva deriva la invalidez.

Esta equivocidad ha permitido un juego flexible a la Jurisprudencia para lograr una solución adecuada y justa en determinados casos, entre los que pueden citarse los dos siguientes. En primer lugar, la determinación del momento en que haya de exigirse el cumplimiento del requisito de alta. El artículo 138.3 (actual 195 LGSS/2015) señala que "es en el momento del hecho causante; pero si este es el momento final de la invalidez provisional, entonces el solicitante ya no está en alta y se queda sin prestación, salvo que acredite en todos los casos quince años de cotización. Como quiera que ello conduce al absurdo, ya que privaría de la prestación a gran número de solicitantes procedentes de la situación de invalidez provisional, las SSTS 4ª de 12 de noviembre de 1992 (RJ 1992/8800) y 9 de octubre de 1995 (RJ

[16] Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2000 (recurso 1976/2000); sentencia de 4 de octubre de 2000 (recurso 1191/2000); 25 de septiembre de 2000 (recurso 1116/2000); 7 de junio de 2001 (recurso 3731/2000); 6 de junio de 2001 (recurso 3501/2000); 16 de mayo de 2001 (recurso 1219/2000); 14 de junio de 2001 (recurso 3776/2000); 6 de junio de 2001 (recurso 3478/2000); 26 marzo de 2001 (recurso 2354/2000); 14 de febrero de 2001 (recurso 2487/2000); 14 de junio de 2006 (recurso 4375/2204); 5 de febrero de 2001 (recurso 1544/2000); 20 de enero de 2003 (recurso 2197/2002); 12 de julio de 2004 (recurso 5513/2003).

1995/7675), llegaron a la conclusión en el sentido de que no es posible que el legislador pretendiera la obtención de la aludida consecuencia. Y en segundo término. La determinación del momento a partir del cual ha de comenzar a computarse hacia atrás el periodo de cotización exigible. El artículo 138.2 LGSS/1994 (artículo 195.2) se refiere al hecho causante como término, la determinación del momento final del periodo, por lo que, si se aplica rígidamente la regla, los trabajadores procedentes de la antigua situación de invalidez provisional, y también los de la actual incapacidad temporal prorrogada, u otros periodos de tal situación de incapacidad temporal en que no exista obligación de cotizar, tendrían serias dificultades para el cumplimiento de las denominadas carencias cualificadas (la exigencia de un 1/5 parte del periodo de cotización se cumplan en los últimos 10 años anteriores al hecho causante), por lo que en estos casos las SSTS 4ª de 10 de diciembre de 1993 (RJ 1993,9771) y 24 de octubre de 1994 (RJ 1994,8106) sentaron la doctrina conocida como del "paréntesis" para solucionar el problema.

El mismo criterio debe aplicarse en materia de base reguladora, pues los términos de la regulación son los mismos: la referencia al "hecho causante" en los términos de los artículos 138 y 140 LGSS (actuales 195 y 197 LGSS/2015); y también existe identidad de razón: evitar imponer al solicitante un perjuicio no justificado por un hecho que no le resulta imputable, y en virtud de la utilización por parte de la ley de un concepto equívoco.

2. Cálculo cuando existen periodos de invalidez provisional no precedentes a la incapacidad permanente. Procede la integración de lagunas [17]

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2006 (recurso 2183/2005). Para la solución del supuesto planteado no tiene relevancia la fijación del hecho causante, pues la invalidez provisional no se inserta en una situación de situaciones protegidas que han de llevado a la incapacidad permanente, ya que se produjo en el marco de un proceso anterior que se cerró con una reanudación de la actividad que se mantuvo durante varios años hasta que se produce la actual incapacidad permanente.

[17] Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2000 (recurso 1976/2000); sentencia de 4 de octubre de 2000 (recurso 1191/2000); 25 de septiembre de 2000 (recurso 1116/2000); 7 de junio de 2001 (recurso 3731/2000); 6 de junio de 2001 (recurso 3501/2000); 16 de mayo de 2001 (recurso 1219/2000); 14 de junio de 2001 (recurso 3776/2000); 6 de junio de 2001 (recurso 3478/2000); 26 marzo de 2001 (recurso 2354/2000); 14 de febrero de 2001 (recurso 2487/2000); 14 de junio de 2006 (recurso 4375/2204); 5 de febrero de 2001 (recurso 1544/2000); 20 de enero de 2003 (recurso 2197/2002).

3. Cálculo cuando existen periodos de incapacidad temporal. No procede la integración de lagunas de cotización con bases mínimas sino la aplicación de paréntesis [18]

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2000 (recurso 1209/2000) analiza los efectos de la determinación de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el periodo en que el beneficiario estuvo en situación de incapacidad temporal en pago directo por el INSS, por finalización del contrato tomándose como base de cotización las mínimas correspondientes en cada momento al grupo de la categoría profesional del trabajador. La sentencia haciendo una interpretación declarativa de la verdadera voluntad de la Ley se llegaba a la conclusión ante dicha, y ello partiendo de la propia naturaleza del hecho causante de la prestación de invalidez provisional y cuando determina ésta, que ha permitido por parte de la Sala una doctrina flexible de los artículo 138 y 138.3 LGSS/1994 (actuales artículos 195 y 195.3 LGSS/2015) logrando una solución adecuada y justa, evitando que si el artículo 138.2 LGSS/1994 (actual 195.2 LGSS/2015) se refiere al hecho causante como término final del periodo, la aplicación rígida de esta regla, perjudique a trabajadores procedentes de la antigua situación de Invalidez Provisional y, de la actual de Incapacidad Temporal prorrogada u otros periodos de tal situación de Incapacidad Temporal en que no exista obligación de cotizar, por las dificultades que tendrán para el cumplimiento de las denominadas carencias cualificadas, por lo que en estos casos debía también aplicarse la doctrina del paréntesis, establecidas por las sentencias de 10 de diciembre de 1993 y 24 de octubre de 1994, dado que los términos de la regulación son los mismos, la referencia al hecho causante en los artículos 138 (actual 195 LGSS/1015) y 140 (actual 197 LGSS/2015), siendo además idéntica la razón evitar al solicitante un perjuicio no justificado por un hecho que no le resulta imputable, y en virtud de la utilización por parte de la Ley de un término equívoco.

4. Cálculo cuando existen periodos de incapacidad temporal. Procede la integración de lagunas de cotización con bases mínimas. Cambio de criterio [19]

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2002 (recurso 3666/2001) Si en incidencias como la extinción del contrato de trabajo durante la incapacidad temporal o eventualmente la aparición de una situación de paro involuntario –se aplica el criterio del "paréntesis" la regla del artículo 140.4 LGSS

[18] Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2002 (recurso 4929/2000); 30 de mayo de 2002 (recurso 3568/2001); 11 de diciembre de 2002 (recurso 649/2002); 4 de octubre de 2001 (recurso 4336/2000); 2 de julio de 2001 (recurso 4557/2000); 21 de julio de 2001 (recurso 4419/2000); 18 de septiembre de 2001 (recurso 257/2001); de 31 de enero de 2002 (recurso 2075/2001); 29 de octubre de 2001 (recurso 467/2001).

[19] Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2006 (recurso 88/2005); de 19 de diciembre de 2001; 26 de febrero de 2003 (recurso 1958/2002): 28 de mayo de 2003 (recurso 4120/2002); 5 de octubre de 2007 (recurso 3402/2006); 14 de noviembre de 2007 (recurso 4239/2006); 20 de noviembre de 2007 (recurso 1319/2007); 5 de julio de 2007 (recurso 689/2006; 26 de diciembre de 2007 (recurso 4112/2006)); 15 de marzo de 2010 (recurso 2149/2009).

(actual 197) quedaría sin aplicación práctica alguna o limitada a los supuestos excepcionales de inactividad voluntaria, contrariando así la clara voluntad del legislador de establecer el recurso a las bases mínimas como criterio general para la integración de las lagunas de cotización en la fijación de la base reguladora. Tampoco se suscita en esas incidencias ningún problema de determinación general del hecho causante en alguno de sus posibles significados (actualización de la contingencia determinante, surgimiento formal o material de la situación protegida). En efecto, en el caso decidido no se trata de fijar este hecho en el inicio de la incapacidad laboral transitoria, en la determinación del hecho causante es aquí irrelevante, porque lo que interesa es excluir el periodo posterior al cese en el trabajo, con lo que se atiende a las consecuencias de ese cese en la relación de cotización y no a la situación protegida en que el mismo se produce, en la que –hay que insistir en ello– subsistiría la obligación de cotizar si no se hubiera extinguido el contrato de trabajo. No hay, por tanto, aquí ningún problema de determinación del hecho causante, ni de coordinación del esquema general de la acción protectora; lo que suscita es una incidencia derivada de los efectos en la cotización de la extinción del contrato de trabajo del actor, es decir, un problema específico de integración de lagunas en el que hay que estar a la regla del artículo 140.4 LGSS (actual 197.4). Por otra parte, ya a diferencia de lo que es normal en relación con la invalidez provisional. La solución del "paréntesis" no es siempre la más beneficiosa para el trabajador y sería contrario al carácter imperativo de las normas de Seguridad Social –donde no rige el principio de favorabilidad– que quedará a la elección de aquel la regla aplicable para la fijación de la base reguladora.

5. Cálculo de la base reguladora. Periodos de desempleo involuntario. Aplicación de la teoría del paréntesis [20]

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2001 (recurso 4806/2000) recuerda que tras la sentencia de 7 de febrero de 2000, dictada en Sala General, partiendo del concierto de hecho causante de la incapacidad, que puede llevarse hasta la fecha inicial del accidente o de la enfermedad, se aplicaría un criterio análogo para calcular la base reguladora de las prestaciones económicas, pues los términos de la regulación son los mismo, es decir, la referencia al hecho causante en los artículos 138 (actual 195) y 140 LGSS/1974 (actual 197), existiendo asimismo identidad de razón, pues se trata de evitar que el solicitante soporte un perjuicio no justificado por un hecho que no le puede ser imputado, y la doctrina de la Sala no solamente ha aplicado, la teoría del paréntesis a los supuestos de incapacidad permanente precedidos de invalidez provisional, sino también para otros en que no existe obligación legal de cotizar, como el desempleo involuntario, y así se recoge en la sentencia de 4 de octubre de 2000 que aplicó lo que haya había dicho la Sala General en la sentencia de 7 de febrero de 2000.

[20] Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2001 (recurso 4947/2000); 1 de octubre de 2001 (recurso 250/2001); 19 de diciembre de 2001 (recurso 251/2001); 14 de diciembre de 2001 (recurso 796/2001); 25 de octubre de 2001 (recurso 4351/2000).

6. Cálculo de la base reguladora. Periodos de desempleo involuntario. Cambio de doctrina

La sentencia de 25 de octubre de 2002 (recurso 1/2002) recuerda que la sentencia de 1 de febrero de 2002 (recurso 3666/2001) analizando las posibilidades de extensión de la interpretación flexibilizadora al cálculo de la base reguladora cuando la ausencia de cotizaciones en el periodo computable procede de causas distintas a la invalidez y al respecto afirma que: "Ahora bien, esta doctrina no puede extenderse a otros supuestos diferentes, que ya no reflejan un problema general de la articulación de la protección, no se relacionan con la interpretación de una expresión legal equívoca, sino que ponen de relieve incidencias diversas en la situación de empleo del beneficiario; incidencias que están dentro de la regla general del artículo 140.4 LGSS/1994 (actual 197.4), según la cual "si el periodo que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años". Si en estas incidencias –como la extinción del contrato de trabajo durante la incapacidad temporal o eventualmente la aparición de una situación de paro involuntario– se aplica el criterio del "paréntesis", la regla del artículo 140.4 LGSS/1994 (actual 197.4) quedaría sin aplicación práctica alguna o limitada a los supuestos excepcionales de inactividad voluntaria, contrariando así la clara voluntad del legislador de establecer el recurso a las bases mínimas como criterio general para la integración de las lagunas de cotización en la fijación de la base reguladora. Tampoco se suscita en esas incidencias ningún problema de determinación general del hecho causante en alguno de sus posibles significados (actualización de la contingencia determinante, surgimiento formal o material de la situación protegida…). En efecto, en el caso decidido no se trata de fijar este hecho en el inicio de la incapacidad laboral transitoria, en la terminación de esta situación o en el comienzo de la incapacidad permanente. La determinación del hecho causante es aquí irrelevante, porque lo que interesa es excluir el periodo posterior al cese en el trabajo, con lo que se atiende a las consecuencias de ese cese en la relación de cotización y no a la situación protegida en que el mismo se produce, en la que –hay que insistir en ello– subsistiría la obligación de cotizar si no se hubiera extinguido el contrato de trabajo. No hay, por tanto, aquí ningún problema de determinación del hecho causante, no de coordinación del esquema general de la acción protectora; lo que se suscita es una incidencia derivada de los efectos en la cotización de la extinción del contrato de trabajo del actor, es decir, un problema específico de integración de lagunas en el que hay que estar a la regla del artículo 140.4 LGSS/1994 (actual 197.4). Por otra parte, y a diferencia de lo que es normal en relación con la invalidez provisional, la solución del "paréntesis" no es siempre la más beneficiosa para el trabajador y sería contrario al carácter imperativo de las normas de Seguridad Social –donde no rige el principio de favorabilidad– que quedara a la elección de aquel la regla aplicable para la fijación de la base reguladora.

Por ello, ha de rectificarse la doctrina de la sentencia de contraste y de las ya relacionadas que se pronuncian en el mismo sentido para volver al criterio

anteriormente mantenido por la Sala en la sentencia de 18 de septiembre de 1991, sin perjuicio de mantener la doctrina de la sentencia de 7 de febrero de 2000 para los supuestos de invalidez provisional y para las prórrogas del artículo 131 bis LGSS/1994 (actual 174).

7. Base reguladora. Los días-cuota no son computables para incrementar la base reguladora o el porcentaje aplicable a ella por años de cotización [21]

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2013 (recurso 812/2012) considera que la doctrina jurisprudencial sobre los días-cuota, entendida en el sentido de que la cotización necesario para la concesión del derecho a prestaciones, a cuyos efectos el año no consta sólo de los 365 días naturales, sino de éstos y de los días-cuotas abonados por gratificaciones extraordinarias, sigue plenamente vigente para la determinación del periodo de carencia de las prestaciones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, pero ya no por lo que se refiere al cálculo del periodo de carencia necesario para la pensión de jubilación, respecto de la cual la Ley 40/2007 ha incorporado al artículos 161.1.b) LGSS/1994 (actual 205), la misma previsión de que a efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias que ya había introducido la Ley 35/2002 en el número 3.d) del citado artículo respecto de la jubilación anticipada, No debiéndose, con fundamento en dicha Ley 40/2007, modificar la doctrina jurisprudencial que ha venido excluyendo el cómputo de los días cuota a efectos del cálculo de la base reguladora o el porcentaje aplicable a ella por años de cotización, puesto que las pagas extraordinarias se prorratean en los doce meses de cotización y, por tanto, ya se computan para el cálculo de la base reguladora y que, de entenderse lo contrario y adicionar los días-cuota, existiría una duplicidad en lo que a tales pagas extraordinarias afecta.

8. Base reguladora. Aplicación de las bases mínimas cuando el trabajador en situación de Incapacidad temporal en el momento de extinguirse el contrato de trabajo, permaneciendo los efectos de ésta hasta que es declarada la incapacidad permanente [22]

La sentencia de 29 de mayo de 2008 (recurso 2318/2007) indica que el artículo 222.1 LGSS/1994 (actual 284), según la cual "cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal y durante la misma se extinga su contrato, seguirá

[21] Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2013 (recurso 271/2013); 18 de septiembre de 2013 (recurso 3120/2012); 17 de abril de 2013 (recurso 2357/2012); 28 de enero de 2013 (recurso 814/2012); 26 de noviembre de 2013 (recurso 2909/2012)23 de septiembre de 2013 (recurso 3039/2012); 16 de julio de 2013 (recurso 2720/2012); 5 de junio de 2013 (recurso 1630/2012); 5 de diciembre de 2013 (recurso 210/2013); 4 de diciembre de 2013 (recurso 144/2013); 23 de octubre de 2013 (recurso 60/2013); 18 de abril de 2013 (recurso 1340/2012); 2 de julio de 2014 (recurso 269/2013); 25 de marzo de 2014 (recurso 150/2013).

[22] Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2008 (recurso 450/2007); 4 de marzo de 2008 (recurso 57/2007); 19 de mayo de 2008 (recurso 1727/2007); 14 de octubre de 2008 (recurso 2651/2007); 25 de febrero de 2009 (recurso 1877/2008); 26 de mayo de 2009 (recurso 2410/2008).

percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208 (actual 267) y a percibir, si reúne los requisitos necesarios la prestación por desempleo contributiva que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo, o el subsidio por desempleo", añadiendo que "en todo caso, se descontará del periodo de percepción de la prestación como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de extinción del contrato de trabajo" y que "la entidad Gestora de las prestaciones por desempleo efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social … por todo el periodo que se descuente como consumido".

Como se desprende de dicho precepto, el legislador, modificando en algún punto la redacción anterior, pero no en lo sustancial, lo que ha hecho es distinguir dos situaciones, a saber; la del trabajador que estando en IT ve extinguido su contrato de trabajo y permaneciendo en situación de IT no pasa a causar derecho a prestaciones por desempleo, percibir prestaciones por desempleo. En el primer caso, que es el que aquí nos ocupa, además de prever que la prestación por IT que siga percibiendo en pago directo y por la que no existe obligación de cotizar, la percibirá en la cuantía correspondiente a la prestación por desempleo que pudiera haberle correspondido, no dispone nada más sobre el particular por lo que para computar por lo que para tal periodo habrá de regir la regla del artículo 140.4 LGSS (actual 197), cuando haya que computar dicho periodo para el cálculo de una base reguladora, o sea, el cómputo de las bases mínimas en cuanto que ni es aplicable a esta situación la doctrina del paréntesis prevista para otras situaciones (SSTS 1-10-2002 recursos 3666/2001) y 11 de diciembre de 2002 (recurso 649/2002). Por el contrario, cuando después de aquella situación de IT, el trabajador, por ser dado de alta, pasa a percibir prestaciones por desempleo en el caso de que le correspondan, aquel periodo lo descuenta de que le correspondería percibir como desempleo si bien en este caso si que prevé que el INEM (actual SEPE) cotice a efectos ulteriores por el periodo descontado.

Es obvio que esta regulación es distinta para quien ve extinguido su contrato de trabajo en situación de Incapacidad temporal y pasa después a percibir prestaciones de invalidez frente a quien después de extinguida la IT pasa a percibir prestaciones por desempleo, pero es una desigualdad de trato derivada del hecho de que quien se halla en la primera situación no ha pasado realmente a ser desempleado, puesto que en tal caso no podría percibir prestaciones por IT dada la incompatibilidad intrínseca existente entre la situación en que se halla dicho interesado que no puede trabajar y la del desempleado que por esencia es una persona con capacidad laboral; se trata de un desempleado en potencia a quien no se le exige por lo tanto acreditar el cumplimiento de los requisitos del artículo 207 LGSS requiere a quien pretende tener derecho a prestaciones por desempleo. Son dos situaciones tan distintas las que contempla el legislador que la diferencia de trato que da a la una y a la otra se halla completamente justificada desde el principio de

igualdad del artículo 14 de la Constitución, sin que tampoco pueda considerarse contraria a las previsiones del artículo 41 de la Constitución como sostiene la sentencia de contraste, si se tiene en cuenta que es el legislador al que le corresponde determinar el nivel de prestaciones que debe garantizar a los ciudadanos y su suficiencia , dado el carácter o prestacional de aquella previsión, cual el Tribunal Constitucional ha dicho de forma reiterada –por todas SSTC 68/1982 65/1987), 189/1987 o 70/1991.

9. Base reguladora. Aplicación de las bases mínimas cuando el trabajador en situación de Incapacidad temporal en el momento de extinguirse el contrato de trabajo, permaneciendo los efectos de ésta hasta que es declarada la incapacidad permanente, tras la reforma operada por la Ley 40/2007

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2020 (recurso 1069/2018) indica que el art. 222.1 LGSS (actual 284) fue objeto de modificación por la Ley 40/2007, de 4 diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, que entró en vigor el 1 de enero de 2008. Desde entonces, se establece lo siguiente: "1. Cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y durante la misma se extinga su contrato, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del art. 208 (actual 267)y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo, o el subsidio por desempleo. En tal caso, se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo.

La entidad gestora de las prestaciones por desempleo efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo b) del apartado 1 del art. 206 (actual 274), asumiendo en este caso la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuente como consumido, incluso cuando no se haya solicitado la prestación por desempleo y sin solución de continuidad se pase a una situación de incapacidad permanente o jubilación, o se produzca el fallecimiento del trabajador que dé derecho a prestaciones de muerte y supervivencia. (...)".

3. Esta Sala había interpretado el art. 222.1 LGSS/94 (actual 284) declarando que la redacción del mismo, a partir de la entrada en vigor de la Ley 24/2001, venía a implicar que "la prestación percibida por el asegurado en situación de incapacidad temporal a partir de la extinción del contrato de trabajo sigue siendo un subsidio de incapacidad temporal y no una prestación de desempleo, sin perjuicio de cómo tal subsidio sea calculado". Sosteníamos que "dicha prestación de incapacidad temporal es abonada por la entidad gestora en régimen de pago directo y por ella no existe obligación de cotizar". Acudíamos a una interpretación histórica y a la intención del

legislador manifestada en la exposición de motivos de la Ley 24/2001 que, al dar nueva redacción al art. 222.1 LGSS (actual 284), revelaba que la finalidad de esta reforma legal era reducir costes en materia de prestaciones y cotizaciones, por lo que no resultaría coherente entender que el período de incapacidad temporal controvertido generara obligación de cotización a cargo de la entidad gestora. Por último, se añadía que "la desigualdad de trato dispensada por el legislador al incapacitado y al desempleado, a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente, se justifica por las diferencias objetivas existentes entre una y otra situación de necesidad, que se manifiestan en la exigencia al desempleado de los requisitos previstos en el art. 207 LGSS (actual 266)" (STS/4ª de 26 mayo 2009 –rcud. 2410/2008–, y las sentencias anteriores que en ella se citan).

Ahora bien, tal doctrina obedecía al texto del citado art. 222.1 LGSS/94 (actual 284) que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2007; el cual disponía: "1. Cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal y durante la misma se extinga su contrato seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del art. 208 (actual 267) y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo, o el subsidio por desempleo.

En todo caso, se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo.

La entidad gestora de las prestaciones por desempleo efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo b) del apartado 1 del art. 206 (actual 266), asumiendo en este caso la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuente como consumido".

La nueva redacción de la Ley 40/2007 introdujo un importante matiz al régimen de concatenación de IT/desempleo al señalar que la asunción de cotizaciones por parte de la entidad gestora del desempleo se produce incluso cuando el beneficiario no llegue a solicitar la prestación de desempleo por pasar –entre otros supuestos– a la situación de incapacidad permanente sin solución de continuidad. Se trata de un inciso en el párrafo segundo del art. 221.1 LGSS (actual 283) cuya inclusión obedece a una enmienda del Grupo Socialista en el Senado, que se justificaba en los términos siguientes: "Para evitar que aquellos trabajadores que encontrándose en situación de incapacidad temporal, se extingue su relación laboral y continúan en IT y pasan, sin solución de continuidad, a ser pensionistas de incapacidad permanente o de jubilación, no vean mermadas sus bases de cotización para el cálculo de dichas pensiones por no efectuar cotizaciones el INEM durante la situación de incapacidad temporal por no ser considerados demandantes de empleo"

(B.O. CORTES GENERALES. Senado. VIII Legislatura, 16 de octubre de 2007), y que quedó plasmada en la citada Ley 40/2007.

10. Base reguladora. Integración con bases mínimas el periodo de percepción provisional de la incapacidad permanente absoluta, posteriormente revocada por resolución judicial

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004 (recurso 5513/2003) considera que la doctrina de la Sala sobre el cómputo de la base reguladora cuando el periodo en que ha de realizarse el cálculo existen lagunas de cotización ha sido revisada y aclarada en su alcance por la sentencia de la Sala General de 1 de octubre de 2002. En esta sentencia se dijo que la función de la doctrina del "paréntesis", en lo que se refiere a la determinación de la base reguladora, no es la de solucionar los problemas planteados por la existencia de lagunas ajenas a su voluntad, porque esa solución ya ha sido establecida por el legislador con la regla del artículo 140.4 LGSS (actual 197.4), a tenor de la cual "si el periodo que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiesen existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años". De conformidad con la doctrina de la sentencia de 1 de octubre de 2002, el "paréntesis" en cuanto eliminación de un periodo de cómputo, que se sustituye por otro anterior, queda referido exclusivamente a la situación de invalidez provisional y, en su caso, a las prórrogas del artículo 131 bis 2 LHSS/1994 (actual 174) en el marco de un problema técnico de ordenación de la protección y de interpretación en el contexto legal de un término en sí mismo equívoco como es el de "hecho causante", que ha tenido también que ser precisado a otros efectos, como es el de "hecho causante", que ha tenido también que ser precisado a otros efectos, como la exigencia del alta y el cómputo de las llamadas "carencias cualificadas". Esta técnica del "paréntesis" –se dice– no puede extenderse a otros supuestos diferentes, que ya no reflejan un problema general de la articulación de la protección, ni se relacionan con la interpretación de una expresión legal equívoca, sino que ponen de relieve incidencias diversas en la situación de empleo del beneficiario". Y estas incidencias están dentro de la regla general del artículo 140.4 LGSS (artículo 197). En realidad, si en estos supuestos se aplicará también el criterio del "paréntesis", la regla del artículo 140.4 LGSS (artículo 197.4) quedaría sin aplicación práctica alguna o limitada a los supuestos excepcionales de inactividad voluntaria, contrariando así la clara voluntad del legislador de establecer el recurso a las bases mínimas como criterio general para la integración de las lagunas de cotización en la fijación de la base reguladora.

11. Base reguladora. Cómputo de las cotizaciones efectuadas en caso de pluriactividad

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2019 (recurso 2270/2017) señala que el artículo 49 LGSS, bajo el título "Efecto de las cotizaciones superpuestas en varios regímenes en orden a las pensiones de la Seguridad Social",

dispone que "Cuando se acrediten cotizaciones a varios regímenes y no se cause derecho a pensión en uno de ellos, las bases de cotización acreditadas en este último en régimen de pluriactividad podrán ser acumuladas a las del régimen en que se cause la pensión, exclusivamente para la determinación de la base reguladora de la misma, sin que la suma de las bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento".

Como ya dijimos en la STS de 15 de marzo de 2018, rcud. 494/2016 (con cita de jurisprudencia anterior), a propósito de la interpretación de la anterior DA 38ª LGSS (actual 49), la misma naturaleza contributiva del sistema determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que las mismas pueden ser aprovechadas, así, en la Disp. Ad. 38ª LGSS (actual artículo 49) establece, para el caso de pluriactividad que, de no causar derecho a pensión en uno de los Regímenes, las bases de cotización acreditadas en éste, podrán ser acumuladas a las del Régimen en que se cause la pensión, exclusivamente para la determinación de la base reguladora de la misma, siempre que la suma no exceda del límite máximo de cotización vigente en cada momento y con la condición de acreditar la permanencia en la pluriactividad durante los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante y en otro caso, la parte proporcional. "El resultado es, obviamente una sola pensión obtenida de la suma de cotizaciones que se originan en diversas fuentes de obligación. Por contra la superposición, que impide la intercomunicación podrá, en su caso, dar origen a distintas prestaciones, con el único límite del que en cada momento se imponga a las percepciones de fondos públicos. En definitiva, se está en todo momento configurando un paisaje prestacional vinculado a la presencia de cotizaciones con independencia de su origen, siendo lo relevante su uso con el matiz temporal de su carácter sucesivo a la hora de construir una carrera de seguro, de suerte que de una sola no surja un haz de prestaciones coincidentes en el objeto de cobertura".

Siendo la clave del asunto la interpretación del párrafo de la norma transcrita cuando establece que "no se cause derecho a pensión en uno de ellos", la aludida doctrina de la Sala en la interpretación del mismo precepto lleva a la conclusión de que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida.

3.- En efecto, más que en un supuesto de cómputo recíproco de cotizaciones, estamos ante un supuesto estricto de pluriactividad con cotizaciones que se superponen en dos regímenes distintos. Lo que la norma aplicable pretende es que, ante la imposibilidad de que las cotizaciones efectuadas en un régimen no den derecho a pensión, puedan acumularse a las efectuadas en el otro régimen a los efectos exclusivos del cómputo de la base reguladora. Ahora bien, esa posibilidad está condicionada, normativamente, a que con ello no se exceda del límite máximo de cotización vigente en cada momento y a que quede acreditado que en el régimen cuyas cotizaciones se acumulan "no se cause derecho a pensión".

Y este último requisito no se refiere en modo alguno al momento en que se solicita la pensión sino al dato, que pone de relieve la sentencia recurrida, de que no

exista posibilidad real de causar derecho a pensión en el régimen cuyas cotizaciones se acumulan. Es, por tanto, la imposibilidad de que determinadas cotizaciones sirvan para causar derecho a pensión lo que desencadena el beneficio previsto por la norma, esto es, que las cotizaciones no se pierdan y puedan acumularse. Ahora bien, cuando tal imposibilidad no existe en la medida en que resulta posible que en el futuro se cause pensión por dicho régimen, no puede darse por cumplido tal requisito que constituye condición indispensable para que se produzca el beneficio previsto por la norma.

Es lo que ocurre en el caso examinado en el que la pensión reconocida en el RGSS de incapacidad total para la profesión habitual coexiste con el desarrollo de la actividad –gestor de herbolario– que dio lugar al alta en el RETA, lo que impide que pueda considerarse concurrente la imposibilidad de causar pensión por dicho régimen y, consecuentemente, no procede aplicar el beneficio de acumulación de cotizaciones para la determinación de la base reguladora.

12. Huelga. No aplicación de la doctrina del paréntesis sino la integración con bases mínimas

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 (recurso 2345/2009) señala la llamada doctrina del paréntesis ha sido aplicada por la Sala para evitar perjuicios excesivos para los beneficiarios que se derivan de la imposibilidad o de la extrema dificultad en que se encontraban algunos trabajadores para acreditar las denominadas "carencias cualificadas" exigidas por el artículo 138 LGSS (actual 195) cuando procedían de la antigua situación de invalidez provisional y consiste en calcular la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente –cuando en el periodo de cotización legalmente exigido existe un largo periodo de cotización legalmente exigido existe un largo periodo de tiempo en el que hubo la obligación de cotizar, como sucedía en los aludidos supuestos de invalidez provisional– partiendo del día inmediatamente anterior al momento en que se produjo la situación que dio lugar a la exención del deber de cotización.

Un supuesto de aplicación de esta doctrina lo constituyó nuestra sentencia de 7 de febrero de 2000 (recurso 109/99), que ordenó calcular la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente de un trabajador que procedía de la expresada situación de invalidez provisional comenzando a contar desde el día inmediatamente anterior al momento en que se produjo dicha situación. Se apoyó para ello en la falta de concreción del concepto "hecho causante" utilizado en los artículos 138 (actual 195) y 140 LGSS (actual 197), y, como consecuencia de ello, en "evitar imponer al solicitante un perjuicio no justificado por un hecho que no resulta imputable y en virtud de la utilización por parte de la ley de un término equívoco", de lo que se deduce que la Sala requería que, para la aplicación de la mencionada doctrina, habría de concurrir dos requisitos: a) un periodo prolongado durante el que no hubiera habido obligación de cotizar, y b) que la situación de exención del deber de cotizar fuera ajena a la voluntad del interesado, requisitos ambos que se daban en la antigua situación de invalidez provisional, que podía extenderse hasta un periodo de cuatro años.

Esta doctrina, que recayó a propósito de una situación anterior a la Ley 42/1994 –fue matizada por la sentencia de 2 de octubre de 2002 (recurso 3666/01) señaló que el "paréntesis" en cuanto eliminación de un periodo de cómputo, que se sustituye por otro anterior, queda referido exclusivamente a la situación de invalidez provisional y, en su caso, a las prórrogas del artículo 131 bis 2 LGSS (actual 174)".

Haciendo descender esta doctrina al caso aquí enjuiciado, debe llegarse a las conclusión en el sentido de que no procede en él aplicar la doctrina del paréntesis, por diversas razones: a) la incapacidad permanente que aqueja al recurrente no ha estado precedida de la antigua situación de invalidez provisional; b) la situación de huelga en la que se mantuvo durante el periodo a tener en cuenta que el cálculo de la base reguladora de la prestación, no ha sido prolongada, toda vez que, en total, ha durado 20 días, y c) la exención del deber de cotizar, por más que corresponda al ejercicio de un derecho fundamental como es el de huelga, no es ajena a la voluntad del interesado, sino puramente voluntaria, como corresponde al ejercicio de cualquier derecho.

13. Cálculo de la Base reguladora, periodos cotizados a tiempo parcial. No procede la integración de lagunas, únicamente en proporción al tiempo trabajado [23]

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2006 (recurso 1353/2005) establece que no procede la integración de lagunas de cotización con las bases de cotización con bases mínimas por los periodos no trabajados durante la vigencia del contrato.

14. Cálculo de la Base reguladora, periodos cotizados a tiempo parcial. Tiempo no trabajador durante la vigencia del contrato [24]

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008 (recurso 3677/06) considera "que no cabe admitir que: "no cabe admitir que, en el caso enjuiciado (sustancialmente idéntico al presente, como ya dijimos), se dé una propia y verdadera situación de laguna de cotización, antes al contrario, se verifica una auténtica cotización, si bien adecuada a la índole y naturaleza del contrato de trabajo mantenido por la demandante– recurrente (allí era la actora) en el periodo computable a los fines de obtención de la prestación de la Seguridad Social reclamada en la demanda rectora de autos. El hecho de que en el periodo final a tener en cuenta respecto a la obtención del reconocimiento de una pensión de invalidez permanente se hubiesen prestado servicios a tiempo parcial no autoriza a entender que por el tiempo no trabajado en dicho periodo hubiera producido una propia laguna de cotización, porque lo cierto y verdad es que sí trabajó y cotizó y pudo haberse hecho,

[23] Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009 (recurso 347/2008); 31 de octubre de 2007 (recurso 2928/2006); 26 de enero de 2010 (recurso 2151/2009); 30 de enero de 2008 (recurso 3677/2006); 20 de abril de 2017 (recurso 1480/2011).

[24] Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2009 (recurso 4160/2009); 6 de noviembre de 2009 (recurso 4234/2008); 23 de marzo de 2006 (recurso 1353/05).

también, a tiempo completo. Pretender en tal situación, ha de recurrirse a una ficción contraria al principio de que la base de cotización deba atemperarse a las retribuciones realmente percibidas y previstas, únicamente, para aquellos casos en los que no hay obligación de cotizar excede, claramente, de cualquier visión lógica del ordenamiento jurídico aplicable …", añadiendo más adelante: "siendo de significar que el RD 144/1999, de 29 de enero, tanto el artículo 3 como en su apartado 6, al hacer referencia a la integración de periodos de cotización, se refiere a las horas trabajadas efectivamente y a la proporción al tiempo de trabajo desarrollado en el contrato a tiempo parcial extinguido previamente".

Añade más adelante que "la parte actora lo que pide realmente es que dichas lagunas se cubran como se tratara de una trabajadora a tiempo completo, que es la situación regulada por el artículo 140.4 LGSS (actual 197) y esta pretensión carece de justificación, no sólo porque existe una norma especial y clara que regula de manera proporcionada su situación de trabajadora a tiempo parcial y no a tiempo completo la cobertura de las lagunas de cotización por los periodos en que no existe obligación de hacerlo que por los periodos reales trabajados. Pero por otra parte invoca la modificación introducida por la Ley 52/2003 como una novedad legislativa cuando el añadido del segundo párrafo de aquel apartado cuarto del precepto en cuestión lo único que contiene es una aclaración al párrafo anterior sin añadir ninguna modificación del sistema de cobertura preexistente. Sin olvidar que la ley 52/2003, de 10 de diciembre en rúbrica. lo que hizo según aparece en su exposición de motivos fue modificar algunos concretos preceptos de la LGSS con unas finalidades específicas que en aquella se establecen concretamente y que en ningún momento se refiere a modificación alguna en régimen de Seguridad Social con unas finalidades específicas que en aquella se establecen concretamente y que en ningún momento se refiere a modificación alguna en régimen de seguridad social de los contratos a tiempo parcial como de haberlo pretendido hubiera dicho con toda seguridad.

15. Base reguladora. Meses previos en los que el trabajador estuvo en jubilación anticipada por discapacidad sin obligación de cotizar. Integración con bases mínimas, no aplicándose la teoría del paréntesis [25]

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2020 (recurso 3011/2018) señala que dado que la teoría del paréntesis solo es aplicable a los supuestos de invalidez provisional o de incapacidad temporal prorrogada solo es posible la integración de las lagunas de cotización con bases mínimas.

16. Deportistas profesionales. Exclusión de la base reguladora el importe del derecho de imagen por no tener carácter salarial

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2009 (recurso 925/2008)sostiene que el derecho a la imagen viene recogido como uno de los

[25] Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2020 (recurso 2432/2018); 18 de noviembre de 2018 (recurso 2241/2018); 10 de julio de 2018 (recurso 3104/2017).

derechos fundamentales de la persona en el artículo 18.1 de la Constitución Española y, en lo que aquí interesa, lo contempla el artículo 7.3 del RD 1006/1985, señalando que "en lo relativo a la participación en beneficios que se deriven de la explotación comercial de la imagen de los deportistas se estará a lo que en su caso pudiera determinarse por convenio o pacto individual, salvo en el supuesto de contratación por empresas o firmas comerciales previsto en el número 3 del artículo 1 del presente Real Decreto". Esta exploración por parte de empresas ajenas a la empleadora constituye la figura jurídicamente conocida como "merchandissing", que no viene expresamente recogida, al menos con este nombre, en nuestra Ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 de noviembre) pero sí se contempla en algunos convenios colectivos.

Entre estos convenios, cabe hacer referencia al pactado entre la Asociación de Baloncestistas Profesionales (AEB) y la Asociación de Clubes de Baloncesto (ACB), del que tuvo ocasión de ocuparse nuestra sentencia de 29 de abril de 2003 (recurso 126/02). En ella se recoge lo que, acerca del "merchandissing" o explotación de los derechos de imagen se señala en el Anexo III del aludido Convenio.

"Se trata de una forma de explotación comercial de la imagen que mediante la conclusión de contratos y de "merchandissing" permite la comercialización y venta de fotografías, posters o videos del equipo, de sus figuras y de momento de los partidos, así como de cromos, pegatinas o juegos de salón, comprendiendo asimismo toda clase de objetos que tengan una salida en el mercado: chaquetas, camisetas, gorras, bufandas, banderas, pins, bolígrafos, llaveros, muñecos, ceniceros o cualquier otro objeto en el que se puede reproducir una imagen. Consiste en un supuesto de explotación de la imagen del equipo y de sus integrantes fuera del espacio y del tiempo a los que se circunscriben los eventos deportivos, aunque sigue tratándose de explotación de la imagen captada durante el desarrollo de la actividad profesional.

Ya vimos lo que, al respecto de los derechos de imagen en el caso que aquí nos ocupa se establece en los correspondientes Convenio colectivo y contrato individual. Y de todo ello, lo que resulta claro es que la retribución pactada por tal concepto no obedece ni responde a la prestación de los servicios profesionales del actor, sino que se retribuye únicamente la cesión que el deportista hace de su imagen y sin necesidad de contratar tal explotación con ninguna otra empresa. Aparece, pues, claro que los emolumentos relativos a los derechos de imagen del actor carecen de naturaleza salarial.

17. Base reguladora. Inclusión de la cantidad establecida en el convenio colectivo que asigna a la mensualidad correspondiente a las vacaciones de verano el mismo importe que a una paga extraordinaria

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2010 (recurso 3137/2009) considera que dicha paga debe incluirse en la base reguladora.

18. Base reguladora calculada sobre las bases mínimas de cotización en España para la categoría del trabajador. Convenio Hispano-Andorrano [26]

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2005 (recurso 2002/2004) señala lo siguiente: 1) La mención del artículo 32,2 del convenio Hispano-Andorrano de Seguridad Social de 1978 a las "bases tarifadas de cotización vigentes en España tiene en cuenta, como es lógico, la normativa existente a la sazón; 2) tal mención ha de entenderse referida hoy a los vigentes límites mínimos (o bases mínimas) de la base individual de cotización, que son los que se cumplen una función equivalente a dichas "bases tarifadas" en el nuevo sistema; 3) la remisión del precepto del artículo 33.2 del propio Convenio Hispano. Andorrano a las "bases de cotización" que, en su caso, hubiera escogido el trabajador se refiere a la facultad de elección de la base de cotización que se reconoce a los trabajadores autónomos, los cuales están incluidos en el campo de aplicación del convenio (artículo 2.a.2.f.).

19. Base reguladora. Computo del 100 % de la base de cotización los periodos correspondientes al segundo año de excedencia por cuidado de hijo menor

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2016 (recurso 568/2015) establece que respecto al segundo año de excedencia voluntaria para el cuidado de hijo menor ha de considerarse periodo de cotización efectiva a los efectos pretendidos de prestación por IPT, pues la nueva redacción del artículo 180.1 LGSS (actual 237), dada por la LO 3/2007, es aplicable a las prestaciones causadas a partir de la entrada en vigor de la ley, sin atenerse a la fecha del inicio de la situación de excedencia propugnada por el INSS. Y respecto a los periodos de reducción de jornada, por cuidado de hijo, has de computarse incrementadas al 100 % conforme al artículo 180 (actual 237).

20. ONCE. Vendedor de cupones: pensión por incapacidad permanente absoluta. Determinación de la base tras declararse que la relación laboral es común y no especial de representante de comercio

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2004 (recurso 1428/2003) recuerda que la cuestión litigiosa parte del hecho de que la ONCE ha venido otorgando tradicionalmente a los vendedores del cupón pro ciegos la consideración de fecha 26 de septiembre de 2000 (recurso 1737/99) declaró que la verdadera naturaleza de la relación existente entre los expresados vendedores y su empleadora era la correspondiente a un contrato de trabajo de carácter común, y no la mencionada de representante de comercio.

De lo que no cabe duda es que la de la calificación jurídica de la relación laboral que declaró la STS de 26 de septiembre de 2000 existía ya antes de dictarse la misma, pues ésta se limitó a constatarla, interpretando la normativa jurídica de aplicación al caso. Hemos de recordar aquí la doctrina de esta Sala sentada en

[26] Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2006 (recurso 1724/2005); 28 de junio de 2005 (recurso 2002/2004); 25 de junio de 2009 (recurso 2530/08; 29 de junio de 2009 (recurso 3024/3024).

numerosas resoluciones a partir de varias sentencias de fecha 29 y 30 de abril de 2002 (recursos 1468/01; 2760/01 y 1231/01), conforme a las cuales "la regla general acerca de la irretroactividad de toda norma jurídica que no disponga lo contrario viene expresamente consagrada en el artículo 2.3 del Código Civil, pero esta irretroactividad no puede predicarse también respecto de la jurisprudencia, porque ésta no tiene carácter de tal norma jurídica, y no constituye tan siquiera una verdadera fuente del ordenamiento, sino que únicamente "complementa" a éste (artículo 1.6 del mismo Código), lo que significa que los pronunciamientos jurisprudenciales no son constitutivos, sino meramente declarativos, de tal suerte que el precepto que ha sido objeto de interpretación jurisprudencial no se ven en modo alguno modificado o alterado por virtud de la doctrina que lo interpreta, sino que el significado y el alcance del precepto interpretado ha sido siempre el mismo desde que la norma legal o reglamentaria de la que aquel forma parte se promulgó, y lo seguirá siendo en tanto no se derogue o se modifique. Las sentencias sólo pueden tener eficacia constitutiva con carácter general cuando así venga establecido por excepción, como es el caso del control de constitucionalidad de las leyes, o de la legalidad de los reglamentos, o de los convenios colectivos; pero, aun en estos casos, no se reemplaza La norma anulada, sino que se declara la nulidad de ésta, de acuerdo con otra norma, y lo único que se preserva son los casos anteriores decididos por sentencias firmes.

Así pues, no se ha infringido el artículo 140.1 LGSS (actual 197), pues se fijó la base reguladora de la pensión de la demandante en el cociente resultante de dividir entre 112 las bases de cotización que corresponderían conforme a la verdadera naturaleza jurídica de la relación laboral, durante los noventa y seis meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produjo el hecho causante.

21. Base reguladora de la pensión de invalidez permanente de los trabajadores fijos discontinuos [27]

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2009 (recurso 3024/2008) establece que las lagunas de cotización con bases mínimas correspondientes a las horas contratadas en último término debe realizarse en proporción al tiempo trabajado durante la campaña y no atendiendo al cómputo anual. Añade la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2010 (recurso 1265/2009) que la expresión horas contratadas en último término se refiere al tiempo trabajado durante la campaña y no atendiendo al cómputo anual.

22. Cálculo en la pensión de incapacidad permanente derivada de accidente no laboral [28]

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2002 (recurso 832/2002) El cálculo de la base reguladora se realiza en el artículo 7 del Decreto

[27] Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2004 (recurso 4717/2003).

[28] Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2001 (recurso 3999/2000); 21 de marzo de 2005 (recurso 878/2004); 4 de octubre de 2004 (recurso 3604/2003); 4 de abril de 2007 (recurso

1646/72, de 23 de junio, artículos 15,2.a) y 17 de la Orden de 15 de abril de 1969, normas que fijan la base reguladora ateniéndose a la cotización de 24 meses consecutivos elegidos dentro de los 7 años precedentes al hecho causante, y que expresamente excluyen que sean los meses en que no hubo obligación de cotizar, garantizando en todo caso, en el caso de la invalidez absoluta, no la integración de las lagunas de falta de cotización, sino que se tomarán las bases mínimas de cotización o el salario mínimo interprofesional, artículo 17.a) y b) de la Orden de 19 de abril de 1969. Es pues, claro, que si el cálculo de la base reguladora se realiza con arreglo a las normas precedentes a la Ley 26/85, cuya regulación es recogida en el artículo 140 LGSS, no puede aplicarse una norma aislada de dicho precepto –el número 4 del artículo 140– sino que la totalidad del cálculo ha de verificarse con arreglo a la normativa precedente, que tiene sus ventajas, un divisor del cálculo muy inferior, de 24 meses a 96, y sus inconvenientes, no integrar las lagunas en que no se haya cotizado y si garantizar los mínimos del artículo 17 de la Orden de 15 de abril de 1969.

23. Base reguladora: Accidentes de trabajo. Trabajadores fijos discontinuos: determinación del salario diario

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2008 (recurso 4689/2006) se pronuncia sobre la cuestión en los siguientes términos: "El problema a resolver en la presente sentencia, como se vio, consiste en decir si, en el caso de un trabajador fijo discontinuo, la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo ha de calcularse multiplicando por 365 días el salario diario acreditado o, por el contrario, multiplicarlo sólo por los días transcurridos entre aquel en el que el trabajador comenzó a prestar servicios en la correspondiente campaña y aquel otro en el que tuvo lugar el accidente laboral. Y el recurso merece favorable acogida con sólo reparar en la literalidad de la norma aplicable. En efecto, el artículo 7.3 del RD 1131/2002, de 31 de octubre, que en este caso resulta ser el precepto vigente en el momento en el que se produjo el hecho causante, pues el RD 144/1999 aparece expresamente derogado por la única disposición de tal carácter que contiene aquella norma, establece con toda claridad que "para la determinación de la base reguladora de las pensiones derivadas de contingencias profesionales, en los supuestos en que el trabajador no presente servicios todos los días o, prestándolos, su jornada de trabajo sea no obstante irregular o variable, el salario diario será el que resulte de dividir entre siete o treinta el semanal o mensual pactado en función de la distribución de las horas de trabajo concretadas en el contrato de trabajo fijo-discontinuo, el salario diario será el que resulte de dividir, entre el número de días naturales de campaña transcurridos hasta la fecha del hecho causante, los salarios percibidos por el trabajador en el mismo periodo".

5571/2005); 1de febrero de 2010 (recurso 359/2009) respecto al cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total derivada de accidente no laboral.

El periodo de cálculo, pues, no es el del último año completo, como erróneamente decide la sentencia recurrida, sino, como sostiene la resolución referencial, el que comprende los días transcurridos entre el que dio comienzo a la campaña laboral del fijo-discontinuo y aquel otro en el que se produjo el accidente de trabajo. Y como quiera que ésta es precisamente la única cuestión sometida a la consideración de la Sala, ya que los parámetros concretos utilizados por el INSS o por la Mutua para determinar una u otra base reguladora no han sido objeto de discusión, ni ahora ni en el trámite de suplicación, la solución que se impone no es sino, como se adelantó, la estimación del recurso para, resolviendo el debate planteado en suplicación, concluir estimación del recurso para, resolviendo el debate planteado por el trabajador beneficiario, y, en definitiva, terminar desestimado la demanda interpuesta en su día por la Mutua, sin que con tal decisión, en cintra de lo aducido por la entidad recurrida en su escrito de impugnación, se contraríe precepto constitucional alguno, ni se haga de mejor condición a los fijos discontinuos en relación con los trabajadores comunes o permanentes, no sólo porque también aquí, como ya se dijo en la sentencia de 5 de octubre de 2000 (recurso 2553/1999), citado por la propia Mutua, aunque allí se trataba de un supuesto de incapacidad temporal y la normativa específica de aplicación era otra, se trata de una cuestión de estricta legalidad ordinaria, sino también porque la heterogeneidad de las situaciones no permiten establecer comparaciones en términos de igualdad.

24. Base reguladora de la incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional. Cómputo de las pagas extraordinarias en su importe anual

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2009 (recurso 1243/2008) establece que el artículo 60.2ª del Decreto de 22 de junio de 1956 establece con meridiana claridad los artículos 3,1 y 1281.1 del código Civil – los conceptos económicos que se han de tener en cuenta en la determinación de la base reguladora de una prestación de la Seguridad Social y, en este sentido, establece, entre otros extremos, el salario percibido en el momento del accidente laboral multiplicado por 365 días que corresponde a un año y, por lo que hace al cómputo de las pagas extraordinarias, señala que se tendrá en cuenta "su importe anual".

Y este contenido normativo se reproduce en el artículo 63, párrafo 2º, del propio Reglamento.

Siendo esta la clara regulación que, en orden a la determinación de la base reguladora de una prestación derivada de accidente de trabajo, se contiene en la normativa de aplicación, que resulta extensiva a los supuestos de enfermedad profesional, no cabe la menor duda que lo que han de tener en cuenta has de ser los importes anuales tanto de la retribución salarial ordinaria como los correspondientes a las pagas extraordinarias, las que, además y como es sabido, se integran en la retribución diaria percibida por el trabajador.

Si el legislador hubiera querido limitar el cómputo de las pagas extraordinarias a la parte proporcional de lo percibido hasta el momento de la baja por enfermedad

determinante, luego, de la invalidez permanente, lo hubiera dicho expresamente y no, en cambio, hubiera utilizado una expresión tan clara e indiscutible como resulta "el importe anual de las pagas extraordinarias".

2.4.2. Cuantía y edad

1. Cuantía de la pensión de incapacidad permanente absoluta cuando el beneficiario es mayor de 65 años sin carencia para acceder a la pensión de jubilación

Sentencia de Tribunal Supremo de 22 de junio de 2010 (recurso 1045/2009) considera que tanto cuando se trata de incapacidad permanente total como si es absoluta, en el caso de beneficiarios mayores de 65 años que no pueden acceder a la pensión de jubilación por acreditar un periodo de cotización inferior a quince años, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente será idéntica: el 50 por 100 de la base reguladora.

2.4.3. Cuantía incapacidad permanente parcial

1. Incapacidad permanente parcial. Cantidad a tanto alzado. Base reguladora según se perciba retribución mensual o diaria

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2004 (recurso 821/2003) establece que para obtener la indemnización de 24 mensualidades de IPP bastará, en la práctica, con multiplicar por 24 la mensualidad equivalente a la base de cotización del mes anterior al inicio de la IT, ya que esa operación arroja indefectiblemente el mismo resultado que si acude a las más compleja –pero que es la formalmente querida por el artículo 13 para obtener la base diaria de la IT– de dividir por 30 dicha base mensual de cotización y luego volver a multiplicarla de nuevo siempre por 30 (cualquiera que sea el número de días que tenga el mes de referencia, porque pese a ello el importe del salario mensual a percibir no varía y por ello no cabe utilizar un multiplicador variable en función de los días reales del mes) para obtener la mensualidad y ésta a su vez multiplicaría por 24.

La regla anterior es válida para los casos de retribución mensual, conduce a resultados perjudiciales para el trabajador cuando éste percibe su remuneración con carácter diario. En este caso se debe multiplicar la base diaria de la IT por los 365 días del año, y el resultado dividirlo por 12 para obtener la mensualidad de referencia y luego multiplicarla por 24, ya que de esa operación resulta siempre.

2. Incapacidad Permanente Parcial. Indemnización a tanto alzado. Base reguladora. Cálculo; promedio mensual de pluses no procediendo en los incentivos

La sentencia del Tribunal supremo de 9 de julio de 2004 (recurso 226/2003) recordando la anterior sentencia de 14 de diciembre de 1999, afirma que los pluses e incentivos vinculados a la actividad que se perciben en cuantía muy variable, tienen la condición de periódicos, pues esa periodicidad se refiere al devengo, no a la cuantía

del mismo. Por otra parte, aunque no se perciban todos los meses su naturaleza no cambia, pues por su propia razón de ser y vinculación a la productividad, cuando ésta resulta inferior a los umbrales previstos para su devengo ninguna cantidad se abonará al trabajador. De esta forma aparte las pagas extraordinarias, que para nada juegan aquí, lo retenido por el artículo 13.4 del Decreto 1646/1972, son los conceptos retributivos que tengan "una periodicidad en su devengo superior al mensual" o aquellos otros que no tengan carácter periódico". A ellos solamente se aplica el criterio del promedio anual. Pero el plus de actividad cuestionado no se identifica con los mismos, ya que tiene carácter periódico y precisamente mensual. En casos como el del actor forzosamente se cuenta con una estipulación, por lo común incluida en un convenio colectivo, muy rara vez en contrato individual tratándose de un peón –la cual se mensualiza el devengo del plus, en función de un determinado rendimiento, por lo que el plus solo permite una consideración y un tratamiento mensuales. Así con independencia de que la cuantía real devengada cada mes sea más alta o más baja, o hasta no exista ocasionalmente, según los resultados productivos conseguidos en cada momento. Con estos antecedentes solo cabe tener en cuenta, para el cálculo del subsidio de incapacidad temporal el plus de actividad que se devenga en el mes anterior a la baja, y no el que se percibe en los doce meses anteriores. En definitiva, es lo que requiere la norma, y es además algo que pone de manifiesto la inevitable aleatoriedad a que se sujetan las operaciones de cálculo prestaciones.

Cuando la particularidad en este caso reside en que el incentivo del mes anterior al inicio de la incapacidad temporal alcanzó una cuantía mucho más elevada que la de los meses anteriores, porque tal y como se declara probado en la sentencia de instancia, en ese mes el operario no disfrutó de las vacaciones y estuvo trabajando. Pero esa circunstancia no altera la propia naturaleza periódica del devengo, ni el hecho de que ese periodo se correspondiese con el derecho al descanso por vacaciones del trabajador transforma ese incentivo en un devengo de periodicidad superior a la mensual, supuesto éste que únicamente incluye aquellos conceptos salariales –como acertadamente se dice en la sentencia de contraste– que no es posible devengar todos los meses del año, como es el caso de las pagas extraordinarias.

2.5. EFECTOS ECONÓMICOS DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

1. Efectos económicos cuando la incapacidad permanente no viene precedida de incapacidad temporal[29]

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2000 (recurso 3670/1999) recuerda que conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Orden de 18 de enero de 1996, en los supuestos en la incapacidad permanente que no esté precedida de esta incapacidad temporal o ésta no se hubiera extinguido se

[29] Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2001 (recurso 4852/2000)

considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del requipo de valoración, si bien únicamente a efectos de la determinación de los efectos económicos.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2001 (recurso 2619/2000) señala que en los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal, o ésta no se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades.

Razona la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2002 (recurso 2871/2001) que prescindiendo del diferente tratamiento que puedan dispensar los regímenes especiales respecto al general, deberá atenderse al marco de previsiones que se contiene en los artículos 6 RD 1300/1995, de 21 de julio, 13 de la OM de 18 de enero de 1996 dictada en desarrollo de la anterior y el actúal 174 LGSS, los cuales contemplan en ocasiones como diferentes momentos aquellos en los que se sitúan los términos calificación, hecho causante y efectos económicos combinando a su vez la posibilidad de que en el tiempo concurran dos percepciones, la de la invalidez permanente y la incapacidad temporal, de suerte que si se escalonan los diferentes supuestos, tendríamos una primera posibilidad, existencia de incapacidad temporal previa, con arreglo al artículo 13.2 de la Orden Ministerial de 18 de junio de 1996, la fecha de su extinción coincidirá con la del hecho causante, puede presentar duplicidad de percepciones y por ello la de incapacidad permanente si fuera inferior iniciará sus efectos en la fecha de la calificación, y si fuera superior se retrotraerá a la fecha del dictamen del Equipo de Valoración, y en cualquier caso operaría la compensación de las cantidades entre sí, y en consecuencia con estas soluciones destinadas a conciliar la existencia de dos rentas, deberá entenderse que habiendo concurrencia de salarios y de prestaciones por invalidez permanente, no constando que aquellos hubieran experimentado disminución, deberá aplicarse en cuanto a la fecha de efectos jurídicos, no económicos, la norma prevista en el artículo 13 de la OM de 18 de enero de 1996, para el caso de no haber precedido incapacidad temporal, asignando la fecha del dictamen del Equipo de Valoración y en cuanto a los efectos económicos la de aquella en que se produzca el cese en el trabajo, aplicando en este caso por analogía el artículo 174 LGSS que hace comenzar los efectos de la prestación por invalidez permanente inferior a las prestaciones anteriores a partir del momento en que no cabe la prolongación de las normas.

Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2006 (recurso 2724/2004) afirma que la fecha de los efectos de la prestación de incapacidad permanente total cuando el beneficiario ha prestado servicio hasta el momento en que se reconoce la pensión es la del cese en el trabajo.

Las razones en apoyo de la solución adoptada son de diversa naturaleza. La primera es el criterio o principio de "incompatibilidad del salario y de la prestación de invalidez para el mismo puesto de trabajo simultáneamente" (STS de 16 de diciembre de 1997), incompatibilidad que deriva de que la función de la pensión de incapacidad permanente total es precisamente la sustitución de la renta de trabajo de

una profesión habitual que ya no se puede desempeñar en las condiciones mínimas requeridas. Este principio ha sido acogido en la regulación reglamentaria de las prestaciones de incapacidad, tanto la dictada a raíz de la LGSS (artículo 23.a) del Decreto 3158/1966, como la actualización en vigor al caso (artículo 6 RD 1300/1995, de 21 de julio y artículo 13 de la OM de 18 de enero de 1996. En fin, como también ha dicho la Sala, la propia denominación legal de incapacidad permanente total presupone la imposibilidad de que se lleven a cabo los trabajos propios de las profesión habitual", por la imposibilidad de que se lleven a cabo los trabajos propios de la profesión habitual", por lo que "la prestación deberá comenzar a percibirse cuando se cese en ella".

2. Invalidez permanente subsiguiente al agotamiento de prestaciones de incapacidad temporal [30]

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000 (recurso 2004/1999) señala que los efectos económicos de la incapacidad permanente nacerán a partir de la fecha de la extinción de la situación de incapacidad temporal, si la prestación de incapacidad permanente es de superior cuantía a la prestación de incapacidad temporal reconocida, o desde la fecha del dictamen del EVI si la pensión es de cuantía inferior.

3. Fecha inicial del devengo la de la solicitud fijándose las secuelas como irreversibles e incapacitantes en dicho momento y retraso anormal en el dictamen del EVI

Así lo señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2002 (recurso 3764/2001).

4. Fecha inicial del devengo cuando el trabajador permanece trabajando [31]

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2003 (recurso 2151/2003) dispone que se realmente se trata de un problema de compatibilidad material entre la situación de trabajo activo y los efectos económicos de una pensión de incapacidad permanente total, pues la propia expresión legal del precepto en que se funda la incapacidad habitual y estos efectos se han producido realmente, la prestación deberá comenzar a percibirse únicamente cuando se cese en la actividad laboral.

[30] Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006 (recurso 425/2005); de 23 de octubre de 2001 (recurso 452/2001); 5 de noviembre de 2001 (recurso 4156/1000); 11 de febrero de 2003 (recurso 535/20029); 15 de septiembre 4de 2005 (recurso 4410/2004); 6 de noviembre de 2009 (recurso 978/2009); 16 de marzo de 2007 (recurso 3340/2007)

[31] Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2009 (recurso 1827/2008); 13 de octubre de 2004 (recurso 6096/2003); 13 de octubre de 2004 (recurso 6096/2003); 19 de enero de 2009 (recurso 1764/2008)

5. Fecha de efectos económicos de incapacidad permanente total reconocida a funcionario que permanece trabajando en segunda actividad

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017 (recurso 3050/2015) considera que tratándose de funcionario que pasa a situación de segunda actividad, la fecha inicial del devengo es la del cese efectivo en el trabajo teniendo en cuenta tanto la finalidad de la prestación, como el hecho que dicha situación se encuentra dentro del servicio activo manteniendo su misma categoría, si bien limitando sus funciones a las menos gravosas de entre todas las que le corresponden y sigue manteniendo sus ingresos como en activo.

6. Efectos económicos de la revisión de la base reguladora. Doctrina anterior a la reforma operada por la Ley 42/2006 [32]

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2002 (recurso 2129/2001) señala que la modificación posterior de la cuantía debido a resolución judicial tiene una retroacción a la fecha del reconocimiento con el límite de cinco años, no siendo de aplicación el de tres meses.

7. Efectos económicos de la revisión de la base reguladora. Doctrina posterior a la reforma operada por la Ley 42/2006 [33]

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2009 (recurso 126/2009) realiza el siguiente razonamiento: "la cuestión suscitada consiste en determinar la fecha a la que deben retrotraerse los efectos económicos de la resolución que revisa una anterior y reconoce una prestación por cuantía superior. Al respecto es de aplicar el párrafo segundo del artículo 43.1 LGSS en la redacción que le dio la Ley 42/2006 (actual 53), norma que obliga a cambiar la anterior doctrina de esta Sala. Tal precepto dice así: "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 las que se refiere el artículo 45 (actual 55)".

La literalidad del precepto es tan clara que el debate queda circunscrito a determinar cuándo, según el mismo, existe error material, por cuanto, en este caso se aplicará la retroacción de cinco años que establecía nuestra anterior doctrina, mientras que en otro caso, cuando no haya existido error material, los efectos

[32] Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2001 (recurso 4196/2000); 20 de octubre de 2003 (recurso 4138/2002); 11 de junio de 2003 (recurso 3759/2002); 24 de julio de 2003 (recurso 2003); 17 de noviembre de 2005 (3661/2004); 27 de octubre de 2005 (recurso 3844/2002); 14 de julio de 2004 (recurso 3328/2003); 10 de ferbero de 2009 (recurso 1318/2008).

[33] Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2010 (recurso 2054/2009); 20 de enero de 2010 (recurso 1641/2009); 29 de marzo de 2010 (recurso 1130/2009).

económicos de la nueva prestación sólo se retrotraen a los tres meses anteriores a la solicitud de revisión.

La literalidad del precepto, al excepcionar solo los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, nos obliga a estimar que es más correcta la doctrina que hace suya la sentencia recurrida. Como dice el precepto interpretado, los errores materiales que se pueden rectificar son los de hecho y los aritméticos y no los jurídicos, ni los que requieren una nueva calificación jurídica. Por errores materiales solo pueden tenerse los evidentes, los que puedan tener tal consideración aquellos errores cuya apreciación requiera realizar una nueva calificación jurídica o resolver cuestiones discutibles.

En apoyo de esta solución puede citarse la doctrina que la Sala III de este Tribunal ha sentado con relación al artículo 105.2 LRJ-PAC (actual artículo 109 LPAC), precepto legal que contiene una redacción similar al que nos ocupa con relación a las Administraciones Públicas, carácter que tiene el INSS. Las sentencias de la Sala 3ª de este Tribunal de 18 de junio de 2001 (recurso 2947/1993 y 15 de febrero de 2006 (recurso 6060/2003), entre otras, señalan, como se dice en la última de las citadas: "la jurisprudencia de esta Sala viene realizando una interpretación del error material que puede resumirse o compendiarse del siguiente modo: el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí solo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose "prima facie" por una sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que, para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurran, en esencia, las siguientes circunstancias: Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos, que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierta, que sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables. Que no proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos, que no se produzca una alteración fundamental en el sentido valorativo o exija una operación de calificación jurídica), que no padezca la subsistencia del acto administrativo es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión, y que se aplique con profundo criterio de oficio, encubrir una auténtica revisión, y que se aplique con profundo criterio restrictivo.

Fijar la cuantía de la base reguladora de una prestación es una operación compleja que, no solo requiere realizar operaciones aritméticas, sino examinar y resolver si se ha cotizado al régimen de la Seguridad Social debido y por las cuantías correctas, cuestiones cuya solución requiere realizar operaciones de calificación

jurídica que escapan al concepto legal de "errores materiales de hecho o aritméticos" La sentencia de 26 de septiembre de 2000 no obligaba sin más, a estimar que las cotizaciones abonadas antes eran incorrectas, ni que siempre se debía haber cotizado al régimen general, ni que eran nulas e inaplicables las disposiciones que habían regulado la cotización de la ONCE, máxime cuando el Convenio Colectivo había venido a establecer que los efectos de la nueva situación creada por aquella sentencia se producirían a partir del 1 de octubre de 2001. Por tanto, para resolver sobre la cuantía correcta de la prestación hacía falta realizar, previamente, otras operaciones jurídicas y resolver con ellas otras cuestiones.

Por todo ello, se debe aplicar la retroactividad de tres meses.

8. Imprescriptibilidad del derecho a reclamar la modificación de la base reguladora de las prestaciones declaradas

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2010 (recurso 1934/2009) señala que si bien puede entenderse razonable evitar que se beneficie de la prestación quien cumple los requisitos para obtenerla pero descuidadamente omite la solicitud de que le sea reconocida, dificultando con ello –además– el control de la entidad gestora sobre la concurrencia de los requisitos del hecho causante, tal censura no puede predicarse en el supuesto de que lo reclamado sea la modificación de la cuantía de aquella (particularmente por revisión de la BR), siendo así que en tal caso no se dificulta el referido control administrativo ni el retraso en la solicitud es atribuible a desidia del beneficiario, sino ordinariamente a dificultades –prácticas y jurídicas– en la correcta determinación de la base o incluso a cambios en la doctrina jurisprudencial. Ello sin olvidar que la prescripción extintiva, al ser una institución que no se funda en razones de estricta justicia, sino que atiende a las pragmáticas consecuencias de dotar a las relaciones jurídicas de un mínimo de certeza y seguridad, debe ser interpretada de forma restrictiva, de manera que sólo perjudique a quien, por su inactividad, haya hecho efectiva dejación de sus derechos.

A mayor abundamiento hemos de señalar que este consolidado criterio de la Sala sale reforzado con la vigente redacción del artículo 43.1 LGSS/1994 (actual 53.1 LGSS) (introducida por la DF 3ª de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre), pues si en ella se contiene la novedad de regular específicamente la prescripción de los efectos económicos de las "solicitudes de revisión" de las prestaciones ya reconocidas y al efecto se limita a disponer una retroactividad máxima de tres meses para la nueva cuantía, sin aludir para nada a la prescripción del propio derecho a reclamar la modificación de la pensión- no sólo se prevé la retroactividad del reconocimiento inicial de la prestación, sino también la prescripción del derecho "al reconocimiento" por el transcurso de cinco años desde la fecha del hecho causante, es claro que con ello se refuerza la doctrina jurisprudencial estimativa de que el derecho a revisar la cuantía no prescribe y que la decadencia del derecho únicamente alcanza a las percepciones económicas –por diferencias– que sean superiores a tres meses.

9. Ejecución de sentencia. Deducción de las cantidades debidas por el INSS por atrasos en una pensión de las retribuciones percibidas por el trabajador

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2007 (recurso 5073/2006) señala que si el fallo de la sentencia que se trataba de ejecutar establecía que el actor debía percibir la pensión desde una determinada fecha, la resolución recurrida, dictada en ejecución de la sentencia estaba vinculada por dicho pronunciamiento que no podía variarse en ejecución para establecer que el abono solo se producía desde una fecha posterior a dichos efectos económicos de la prestación, pues estaba claro, sin necesidad de mayores argumentaciones, que de esta forma se contravenía lo ejecutariado para el periodo decidido por la sentencia, es decir, hasta la fecha en que se presentó la demanda, que es el momento en que se produce el efecto de la litispendencia y queda precisado el objeto de la litis, sin embargo, la situación es distinta, a partir de la fecha de la presentación de la demanda, pues las condenas de futuro están siempre condicionadas a la subsistencia de las condiciones determinantes de las mismas, y esa subsistencia puede ser controlada, al menos en sentido negativo, en la ejecución, respecto a los hechos futuros que la sentencia no pudo contemplar, aunque hubiese podido examinar estos hechos en una proyección temporal anterior si se hubiesen introducido y acreditado en el proceso".

Por tanto, teniendo en cuanta que se ha condenado al INSS, a abonar al actor la prestación de incapacidad permanente total con fecha de efectos de 8 de agosto de 2003, que la demanda fue presentada el 4 de noviembre de 2003 y que el actor prestó servicios durante el periodo de 7 de agosto a 2003 a 27 de mayo de 2004, con independencia de la decisión de fondo que pudiese adoptarse en el periodo comprendido declarativo, no procede seguir la ejecución de la pensión correspondiente al periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 2003 –fecha de la presentación de la demanda y el 27 de mayo de 2004 –fecha en que el actor cesó en la prestación de servicios.

2.6. COMPLEMENTO POR MÍNIMOS

1. Complemento por mínimos en pensiones reconocidas en virtud de convenios internacionales y abono a prorrata por la Seguridad Social española

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2000 (recurso 1884/2000) señala que la argumentación de la parte recurrente de tener que esperar a la decisión del organismo extranjero para poder saber qué cantidad corresponde de complemento de mínimos, no es admisible. No se puede olvidar que el artículo 41 CE obliga a la Seguridad Social a garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Pero además de lo anterior, el artículo 13.3 del RD 2547/1994 antes, al referirse a la suma de los importes reales de las pensiones reconocidas en virtud de la legislación española y extranjera para conceder el complemento por mínimos en caso de que la pensión fuera inferior, en ningún caso autoriza a suspender el pago del citado complemento hasta que se señale la pensión

por el organismo extranjero pues ello equivaldría a abandonar el cumplimiento de las obligaciones legales a la decisión de otro Estado.

2. Año en el que se debe computar los ingresos

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2000 (recurso 4452/1999) señala que el cómputo de ingresos del beneficiario deben referirse a los obtenidos en el año al que se refiere el complemento y no el anterior.

3. Rentas computables. Rendimientos de capital mobiliario y régimen de gananciales

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 6 de abril de 2004 (recurso 1007/2003) considera que las rentas de capital mobiliario cuya naturaleza ganancial no se discute, han de imputarse completas al conjunto familiar, en cuyo supuesto debe prosperar la demanda y no sería ajustada a derecho la resolución administrativa que minoró la prestación, o si, por el contrario, debe entenderse que cada cónyuge es beneficiario de la mitad del importe de dichas rentas, en cuyo caso la prestación debe ser disminuida en la misma cuantía.

Para resolver la cuestión ha de tenerse en cuenta, como afirma la sentencia de 10 de mayo de 2000, la finalidad de los complementos para subvenir a las necesidades mínimas, de modo que no tienen derecho a ellos, quien puede satisfacerlas, en todo o en parte. Y es doctrina generalmente admitida que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica, es una comunidad de bienes que, en cuanto tal. No es sujeto de derecho. La titularidad de los bienes gananciales pertenece, conjuntamente, a los comuneros que integran la comunidad: los cónyuges, que tiene una participación en todos y cada uno de los bienes que la integran. Y aunque la administración del patrimonio ganancial es conjunta, según dispone el artículo 1375 del Código Civil, el 1364.1 sanciona indirectamente, la legitimidad de los gastos realizados por uno de los cónyuges "en el ejercicio de la potestad doméstica", al establecer la responsabilidad directa frente al acreedor por las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges "en el ejercicio de la potestad doméstica", al establecer la responsabilidad directa frente al acreedor por las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges con tal fin. Facultad expresamente reconocida en el artículo 1319 al establecer que "cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma".

En resumen, el actor tiene una participación en la titularidad de las rentas del capital mobiliario, de las que es lícito disponer, para subvenir a sus necesidades por lo que el complemento de mínimos de su pensión en la cuantía reclamada por la entidad gestora debe reintegrarlos a tal entidad al haberlos percibido, el actos indebidamente.

4. Cómputo como ingreso de las pensiones a efectos del reconocimiento del complemento por mínimos

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2019 (recurso 2158/2017) establece la siguiente doctrina:

El art. 59.1 LGGS –en redacción prácticamente idéntica al anterior art. 50.1–, dispone lo siguiente: "Los beneficiarios de pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social, que no perciban rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, o que, percibiéndolos, no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, tendrán derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones, siempre que residan en territorio español, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen. Los complementos por mínimos serán incompatibles con la percepción por el pensionista de los rendimientos indicados en el párrafo anterior, cuando la suma de todas las percepciones mencionadas, excluida la pensión que se vaya a complementar, exceda el límite fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio".

En aplicación de esa previsión legal, las distintas leyes de Presupuestos Generales del Estado reiteran en cada anualidad un precepto específico del mismo tenor literal.

Para el año 2013, el art. 47.1 de la Ley 17/2012, de 27 diciembre, establece que: "En los términos que reglamentariamente se determinen, tendrán derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de pensiones los pensionistas del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, que no perciban durante 2013 rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o que, percibiéndolos, no excedan de 7.063,07 euros al año".

En cumplimiento de esa disposición se aprueba posteriormente para cada ejercicio el oportuno desarrollo reglamentario a través de un Real Decreto sobre revalorización de pensiones y complementos por mínimos, cuyo texto se repite con similar redacción cada año.

Aunque no es una cuestión controvertida en este caso, puesto que todas las partes aceptan que la renta percibida por la actora de aquella empresa suiza tiene la naturaleza de rendimiento del trabajo, no está de más recordar lo que establece en esta materia la normativa sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas a la que se remiten los antedichos preceptos.

El art. 6.2 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, califica como rendimientos económicos: "a) Los rendimientos del trabajo. b) Los rendimientos del

capital. c) Los rendimientos de las actividades económicas; d) Las ganancias y pérdidas patrimoniales. e) Las imputaciones de renta que se establezcan por ley".

Por su parte el art.17, dispone que " Se considerarán rendimientos íntegros del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas".

Desgrana a continuación una extensa relación de fuentes de ingresos a las que atribuye tal naturaleza, entre las que incluye: los sueldos y salarios; prestaciones de desempleo; contribuciones o aportaciones satisfechas por los promotores de planes de pensiones; las contribuciones o aportaciones satisfechas por los empresarios para hacer frente a los compromisos por pensiones.

Termina diciendo que "En todo caso, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo: a) Las siguientes prestaciones: 1ª Las pensiones y haberes pasivos percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas y demás prestaciones públicas por situaciones de incapacidad, jubilación, accidente, enfermedad, viudedad, o similares, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 de esta Ley. 2ª Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de mutualidades generales obligatorias de funcionarios, colegios de huérfanos y otras entidades similares. 3ª Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de planes de pensiones y las percibidas de los planes de pensiones regulados en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo. 4ª Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de contratos de seguros concertados con mutualidades de previsión social, cuyas aportaciones hayan podido ser, al menos en parte, gasto deducible para la determinación del rendimiento neto de actividades económicas, u objeto de reducción en la base imponible del Impuesto.; 5ª Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los planes de previsión social empresarial.

Asimismo, las prestaciones por jubilación e invalidez percibidas por los beneficiarios de contratos de seguro colectivo, distintos de los planes de previsión social empresarial, que instrumenten los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, en los términos previstos en la disposición adicional primera del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, y en su normativa de desarrollo, en la medida en que su cuantía exceda de las contribuciones imputadas fiscalmente y de las aportaciones directamente realizadas por el trabajador. 6ª Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los planes de previsión asegurados".

Basta esta enumeración para poder afirmar que el concepto de rendimientos de trabajo, a efectos del complemento por mínimos, incluye todo tipo de rentas que perciba el beneficiario en razón de la prestación de servicios laborales que pudiere estar realizando o hubiere realizado en el pasado, ya se califique como rendimiento del trabajo o como rendimiento sustitutivo de las rentas de trabajo, entre ellos, por

supuesto, las prestaciones económicas y planes de pensiones a cargo de cualquier empresa.

Aquí ya estamos en condiciones de sentar una importante consideración.

Tanto la LGSS, como la LPGE de cada anualidad, condicionan el derecho a la percepción del complemento por mínimos al requisito de que el beneficiario de la pensión a complementar no perciba rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, o en su caso, tales rendimientos sean por una cantidad inferior a la suma establecida para cada ejercicio y tenga derecho a la diferencia.

De lo que se desprende como consecuencia especialmente relevante, que no será posible una interpretación que conduzca a un resultado ultra vires del ulterior Real Decreto que haya de dictarse en cada anualidad para el desarrollo reglamentario de la Ley de PGE en aplicación del art. 59 LGSS.

Los que nos lleva a establecer como primera conclusión, que para determinar si se tiene derecho al complemento por mínimos y calcular su cuantía, deben tenerse en cuenta todos los rendimientos que perciba el beneficiario de la pensión del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, conforme al concepto tan amplio que define la Ley sobre IRPF.

Llegados a este punto, recordemos la reiterada doctrina de esta Sala IV sobre la naturaleza y finalidad de los complementos a mínimos.

Como decimos en la STS 11/10/2017, rcud. 3911/2015, citando las de 22 noviembre 2005 –rcud 5031/04–, 21 marzo 2006 –rcud 5090/04– y 22 noviembre 2016 –rcud. 2561/2015–: "los complementos por mínimos se consideran prestaciones de naturaleza complementaria con autonomía propia, en tanto han de ser reconocidos en favor de quienes cumplan los específicos requisitos exigidos en las correspondientes normas reguladoras de esta materia, garantizando "al beneficiario de la pensión unos ingresos suficientes, por debajo de los cuales se está en situación legal de pobreza". Muy particularmente, en nuestra STS/4ª de 22 abril 2010 –rcud. 1726/2009– hemos sostenido que "los complementos por mínimos ostentan clara autonomía con la pensión –contributiva– que suplementan, siquiera se encuentren estrechamente ligados a ella su génesis y funcionamiento". Las razones para tal conclusión son, entre otras, las siguientes: a) el complemento a mínimos consiste en una cuantía que no responde al objetivo de la prestación mejorada de sustituir una renta, sino al asistencial de paliar una situación de necesidad; b) su reconocimiento no atiende a los requisitos de la pensión, sino exclusivamente a la falta de ingresos económicos; c) la propia denominación evidencia que no tienen sustantividad propia; d) conforme al art. 86.2.b) LGSS, tienen "naturaleza no contributiva" y se financian con cargo al Presupuesto de la Seguridad Social; y e) la concurrencia de los requisitos no se exige en una exclusiva fecha, sino que han de acreditarse año tras año".

De lo que sin ninguna dificultad se desprende, que no se genera el derecho a su percepción cuando el beneficiario de la pensión recibe cualquier clase de rendimiento económico proveniente de alguna de las fuentes de ingreso a las que se refieren los precitados arts. 59. 1 LGSS y concordante de las Leyes anuales de PGE, por encima de la cuantía que fije el legislador para cada anualidad como límite de lo que considere situación legal de pobreza.

Bajo estos presupuestos deben interpretarse los preceptos legales del correspondiente Real Decreto que lleve a cabo el desarrollo reglamentario de la antedicha legislación en cada ejercicio anual.

Con todo lo anterior concuerda lo que dispone el art. 6.2 del RD 1045/2013, de 27 de diciembre: "Los complementos por mínimos serán incompatibles con la percepción por el pensionista de rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y computados conforme a lo establecido en el art. 50 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, cuando dichas rentas excedan de 7.080,73 euros al año".

Previsión que resulta perfectamente acorde con la normativa legal que hemos desgranado, y cuya consecuencia es el obligado cómputo de todos los rendimientos de tal naturaleza que pudiere percibir el beneficiario de la pensión.

Lo contrario sería una flagrante vulneración de la naturaleza jurídica y de la finalidad que tiene el complemento por mínimos, que, como ya hemos dicho, no es otra que la de garantizar que el beneficiario de la pensión disponga de un mínimo de ingresos que no quede por debajo del umbral de pobreza que fije para cada anualidad la correspondiente ley de presupuestos. No puede excluirse ninguna clase de rendimiento económico o de ganancias patrimoniales que tengan esa consideración conforme a la normativa de la Ley que regula el IRPF.

Nos queda por analizar si todo lo razonado debe aplicarse en esos mismos términos, respecto a las pensiones o rentas percibidas de una entidad extranjera.

Lo que sin duda merece una respuesta afirmativa, puesto que ni el art. 59 LGSS, ni los correspondientes preceptos de las leyes de PGE, establecen ninguna clase de distinción al respecto, ni tendría ningún sentido que pudieren establecerla, atendida la especial naturaleza jurídica y singularidad del complemento por mínimos.

No hay razón legal que pudiere justificar que los rendimientos económicos generados desde el extranjero no se computen, a efectos del complemento por mínimos, en igual sentido y de la misma manera que los percibidos en territorio español.

Y aquí es donde entra en juego lo dispuesto en el art. 14 del RD 1045/2013, que, como ya hemos dicho, se repite con idéntico contenido en los precedentes y sucesivos reales decretos que llevan a cabo el desarrollo reglamentario de los complementos por mínimos en cada anualidad. En este precepto se sustenta la

decisión de la sentencia recurrida, con base en la interpretación que hizo la STS 3/11/2011, bajo el título: "Revalorización de las pensiones reconocidas en aplicación de normas internacionales", establece lo siguiente:

"1. La revalorización de pensiones que hayan sido reconocidas en virtud de normas internacionales de las que estén a cargo de la Seguridad Social un tanto por ciento de su cuantía teórica se llevará a cabo aplicando dicho tanto por ciento al incremento que hubiera correspondido de hallarse a cargo de la Seguridad Social española el 100 por cien de la citada pensión. En el importe de la cuantía teórica a que se refiere el párrafo anterior no se considerará incluido el complemento por mínimo que, en su caso, pudiera corresponder, salvo que se disponga otra cosa en un convenio bilateral o multilateral.

A la pensión prorrateada, una vez revalorizada conforme a lo dispuesto en el apartado anterior se le añadirá, cuando proceda en aplicación de las normas generales establecidas, el complemento por mínimos que corresponda. Dicho complemento se calculará aplicando el porcentaje tenido en cuenta en el apartado 1 a la diferencia que exista entre la cuantía que hubiese correspondido de hallarse a cargo de la Seguridad Social española el 100 por cien de la pensión y el mínimo que pueda corresponder por aplicación de las normas generales.

Si, después de haber aplicado lo dispuesto en el apartado anterior, la suma de los importes de las pensiones, reconocidas al amparo de un convenio bilateral de Seguridad Social, tanto por la legislación española como por la extranjera, fuese inferior al importe mínimo de la pensión de que se trate vigente en cada momento en España, se le garantizará al beneficiario, en tanto resida en territorio nacional, la diferencia entre la suma de las pensiones reconocidas, española y extranjera, y el referido importe mínimo de acuerdo con las normas generales establecidas para su concesión.

Para la aplicación de este apartado 3 y del art. 50 del Reglamento (CEE) nº 1408/1971, del Consejo, de 14 de junio de 1971, las cuantías fijas del extinguido seguro obligatorio de vejez e invalidez tendrán la consideración de importes mínimos.

4. A efectos de lo establecido en los arts. 5 a 7, las prestaciones percibidas con cargo a una entidad extranjera serán consideradas ingresos o rendimientos de trabajo, salvo para la aplicación del apartado 3 de este mismo artículo o que en un convenio bilateral o multilateral se disponga otra cosa.

5. Para proceder al cálculo del complemento que, en su caso, haya que reconocer al beneficiario, el importe de la pensión extranjera se considerará en euros. El tipo de cambio que se aplicará será el establecido para el 1 de enero de 2006 o para la fecha que corresponda en función de aquella en que se cause el derecho al citado complemento durante 2006. La fijación de dicho cambio se hará de acuerdo con las disposiciones dictadas para la aplicación de los reglamentos comunitarios y de los convenios bilaterales".

De su lectura se colige que la finalidad de esa norma es la de implementar una serie de reglas para acomodar nuestra normativa interna sobre el complemento por mínimos a las prestaciones que pudiere percibir el beneficiario de entidades extranjeras.

En ese contexto el apartado tercero se refiere específicamente a la situación que se produce mientras resida en territorio español el titular de una pensión reconocida al amparo de un convenio bilateral o multilateral de Seguridad Social, de la que la seguridad social española paga una parte y ese otro país la restante.

Lo que dispone para ese caso, es que una vez revalorizado el porcentaje de la pensión a cargo de España –conforme a la regla del apartado anterior–, se sumará esa cantidad a la parte de la pensión que percibe del otro país, y de ser el resultado inferior al importe mínimo de la pensión en España se le garantizará la diferencia hasta ese mínimo.

Aquí es donde llega el apartado cuarto, al que se ha acogido la sentencia recurrida para la resolución del asunto.

De una parte establece, que a efectos de lo dispuesto en los arts. 5 a 7, las prestaciones percibidas con cargo a una entidad extranjera serán consideradas ingresos o rendimientos de trabajo.

Esta primera disposición viene a ratificar lo que hemos razonado hasta el momento, es decir, que cualquier prestación a cargo de una entidad extranjera debe computarse como ingreso o rendimiento de trabajo para establecer si se tiene derecho al complemento por mínimos.

En ese extremo viene a cumplir con lo dispuesto en los arts. 59 LGSS y 47 LPGE, para imponer la obligación de computar cualquier prestación a cargo de una entidad extranjera como rendimiento de trabajo para el complemento por mínimos.

Seguidamente señala "salvo para la aplicación del apartado 3 de este mismo artículo o que un convenio bilateral o multilateral se disponga otra cosa".

Acabamos de ver que lo que hace el apartado 3 es imponer la obligación a la Seguridad Social española de garantizar la cuantía de la pensión mínima a los residentes en España, en los supuestos en los que le corresponde pagar una parte a prorrata temporis, cuando la suma de las pensiones reconocidas, española y extranjera, no alcance el importe de la pensión mínima.

Pues bien, la excepción que contempla el apartado cuarto no tiene otra finalidad que la de hacer compatible la regla del apartado tercero con la del segundo, en orden a la fórmula que debe aplicarse para determinar el modo en el que la Seguridad social española debe complementar con los mínimos las pensiones percibidas de una entidad extranjera cuando legalmente proceda.

Con esta excepción no se pretende excluir esta clase de prestaciones del cómputo de ingresos que debe tenerse en cuenta para el complemento por mínimos.

Ni tiene esa finalidad, ni puede tampoco tenerla, porque sería una previsión ultra vires contraria a los preceptos de superior rango que en la Ley ordinaria obligan a contabilizar todo tipo de rendimientos o ingresos de trabajo.

En definitiva, la correcta interpretación de esta norma es que las prestaciones percibidas de una entidad extranjera se consideran ingresos o rendimientos de trabajo a efectos de aplicar los arts. 5 a 7 del Real Decreto, que obligan a computar esta clase de rendimientos a efectos del complemento por mínimos, sin que eso suponga que la Seguridad Social española esté obligada a garantizar en este caso la pensión mínima en los términos que contempla el apartado tercero.

No es admisible una interpretación de estos preceptos cuyo resultado sea el de que no deban computarse a efectos del complemento por mínimos las prestaciones percibidas de una entidad extranjera, cuando por su misma naturaleza deberían tenerse en cuenta si fuesen abonadas a cargo de una entidad española.

Esa conclusión llevaría al absurdo de otorgar un tratamiento desigual e injustificado a los beneficiarios de las pensiones, en razón de que sea nacional o extranjera la entidad de las que perciben esas otras prestaciones.

Y lo que es aún más relevante, estos privilegiados beneficiarios mantendrían el derecho a percibir el complemento por mínimos con independencia de la cuantía de la prestación que perciban de una entidad extranjera, por muy elevada que pudiere ser la misma, contraviniendo de esta forma la propia naturaleza y finalidad de los complementos por mínimos, que no es otra que la de destinar los limitados presupuestos públicos para complementar las pensiones más bajas percibidas por quienes carecen de recursos económicos de cualquier naturaleza y no superan el umbral de pobreza en el que el legislador haya fijado el importe de la pensión mínima.

2.7. CALIFICACIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

1. Lesiones anteriores a la afiliación. Valoración de las reducciones anatómicas y funcionales que han de computarse son todas las existentes en el momento en que se tramita el expediente de incapacidad [34]

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2006 (recurso 4126/2005) señala que no cabe duda que la situación que ha de tenerse en cuenta, a los efectos de la declaración de incapacidad permanente, es la que el trabajador presenta en el momento en que el trabajador presenta en el momento en que se inicia el expediente de invalidez. El párrafo primero del artículo 136.1 LGSS (actual 190) dice que es invalidez permanente la situación del trabajador que, después, de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral; la dicción de este precepto es totalmente clara, quedando patente

[34] Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2010 (recurso 1419/2010).

que las reducciones anatómicas o funcionales que se han de computar son todas las existentes en el momento último y actual en que se lleva a cabo el trámite del expediente de incapacidad.

Y por ello el párrafo segundo del artículo 136 (actual 190) mencionado dispone con nitidez que las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas minusválidas y con posterioridad a la afiliación de la situación de incapacidad permanente cuando se trate de personas minusválidas y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con las nuevas lesiones o patologías, una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de la afiliación. El mandato de esta norma no puede ser más claro y encaja perfectamente en él, el caso enjuiciado. Además, aunque este precepto fue establecido por la Ley 35/2002, de 12 de julio, no cabe duda su aplicación a este caso, pues el hecho causante de la situación es muy posterior a la fecha de entrada de dicha ley.

2. Agravación de secuelas o defectos existentes con anterioridad a la afiliación [35]

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 (recurso 2492/2006) recogiendo doctrina anterior entiende que el agravamiento de los padecimientos del actor es suficiente para producir el efecto invalidante posterior al alta que anula la capacidad laboral que aquél mantenía y que le permitió realizar los trabajos determinantes de su inclusión en la Seguridad Social.

3. Valoración de las dolencias posteriores al hecho causante [36]

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2004 (recurso 4274/2003) considera que no se consideran hechos nuevos ajenos al expediente las dolencias que sean agravación de otras anteriores, ni las lesiones o enfermedades que ya existían con anterioridad y se ponen de manifiesto después., ni siquiera las que existían durante la tramitación del expediente, pero no fueron detectadas por los servicios médicos.

2.8. PROFESIÓN HABITUAL

1. En el caso de accidente

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso 3305/1435) se pronuncia sobre si la profesión habitual que debe tomarse en cuenta para determinar la incapacidad permanente debe ser la reconocida por la empresa o la realmente ejercida en el momento del accidente. En tal sentido, la sentencia indica

35 Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010 (recurso 1155/2009).

36 Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2007 (recurso 2406/2006); 6 de febrero de 2019 (recurso 46/2017).

que el artículo 11.2 de la Orden de 15 de abril de 1969 señala que se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo, es decir, se está haciendo referencia a las labores normalmente desempeñadas al ocurrir el accidente, con independencia de que antes o después de sobrevenida la contingencia del trabajador accidentado haya prestado otro tipo de servicios. La profesión habitual que ha de tomarse no es, como erróneamente haya podido tener reconocida en el momento de accidentarse, sino la desempeñada cuando se sufren las lesiones que originan las limitaciones anatómicas o funcionales graves de carácter definitivo, y que son objetivamente valorables como origen de la merma de la capacidad laboral, capacidad que ha de ser desarrollada efectivamente en el momento de sobrevenir el accidente.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2000 (recurso 1545/1999)[37] señala que el artículo 137.2 LGSS (actual 194.2 LGSS) en su redacción original dispone "se entenderá por profesión habitual, en el caso de accidente sea o no de trabajo la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo...," siendo obvio que la literalidad del precepto está confiriendo a las labores que se desarrollan al ocurrir el accidente y con las que se obtiene el medio fundamental, aunque con anterioridad o posterioridad al accidente el trabajador haya desempeñado otro tipos de trabajo. La profesión habitual no es la desempeñada al tiempo de emisión del dictamen del EVI, sino la desempeñada cuando se sufran las lesiones que producen las reducciones anatómicas o funcionales graves de carácter definitivo y determinación objetiva susceptibles de mermar la capacidad laboral. Y la capacidad laboral a tener en cuenta, es por ello "la desarrollada de hecho normalmente al tiempo del accidente".

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2007 (recurso 2827/2005) abunda en la cuestión indicando que la profesión habitual en los casos de enfermedades profesionales serña la realizada cuando se produjo el hecho determinante de la patología invalidante auqnue posteriormente se desempeñaran trabajos sin riesgo.

2. Tiempo de permanencia

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2002 (recurso 1595/2001) señala que el cómputo del tiempo de doce meses hay que interpretarlo en el sentido de que en los doce meses de la profesión nueva que la convierten en "profesión habitual" a los efectos de la declaración de la IPT no deben incluir en un supuesto cono el aquí enjuiciado de transición de trabajo a cuenta ajena a trabajo autónomo, el tiempo de intervalo de desempleo, durante el cual no se ha ejercitado en realidad profesión alguna. Siendo ello así, la profesión que debe considerarse habitual de la asegurada es la desempeñada durante más de veinticinco años como dependiente, y no la desarrollada por cuatro meses como administrativa.

[37] Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2005 (recurso 1678/2004).

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2002 (recurso 1197/2002) en que la "profesión habitual" a efectos de calificación de invalidez, es la desarrollada a lo largo de la vida activa, aunque en un último estadio, breve por sí mismo y más si se contrapone al muy prolongado anterior, se haya accedido a otra más liviana.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 (recurso 4277/2005) aplica el criterio de permanencia en un supuesto en el que el actor ejerció durante algo más de diez años la profesión de conductor-perceptor y que a partir de dicha fecha en virtud de un acuerdo suscrito la empresa para favorecer la recuperación de la situación de IT y pasó a prestar servicios como expendedor y a partir de ese momento pasó a prestar servicios como expendedor y luego tras serle retirados los permisos de conducir de las clases C1, C, D1, D, D+E y la autorización BTP por pérdida de aptitudes para ser titular de los mismos) a prestar servicios con la categoría profesional de lavacoches, se ha de concluir que la profesión ejercida a lo largo de su vida activa es la de conductor-perceptor, aunque en el último periodo y debido precisamente a las secuelas derivadas de su de su caída sufrida el 30 de noviembre de 1997, que había conducido a a que le fueran retirados los permisos de conducir y la autorización BTP por pérdida de aptitudes, desempeñará sucesivamente las profesiones de expendedor y de lavacoches durante un año la primera y once meses la segunda ya que estas dos últimas profesiones merecen el calificativo de "residuales", por haber accedido a ellas debido a su situación invalidante que le acarreó la privación de los permisos de conducir y autorización BTP necesarios para desarrollar su profesión de conductor-perceptor.

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (recurso 1048/2010) establece que para determinar la profesión del beneficiario se ha de tener en cuenta la ejercida prolongadamente y no la residual, por lo que se le deniega la incapacidad permanente total a quien asumió el cargo de alcalde durante los últimos 18 años, aunque anteriormente prestara servicios como agricultor por cuenta propia.

3. Profesión habitual la desarrollada en el tiempo del accidente y no en la segunda actividad[38]

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2006 (recurso 5135/2004) señala que la profesión habitual será la desarrollada al tiempo del accidente y no en la segunda actividad.

Hay que tener en cuenta a efectos de la calificación de la incapacidad permanente todas las funciones que integran objetivamente la "profesión" y que en el caso de los policías locales el ámbito profesional de valoración opera sobre el conjunto de las funciones que comprenden tareas como la patrulla, el mantenimiento del orden público, labores de regulación del tráfico, aparte de tareas administrativas o de vigilancia estática, y por ello, a la hora de determinar la merma de rendimiento

[38] Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2009 (recurso 3402/2007); 10 de junio de 2008 (recurso 256/2007).

que pudiera aquejar al solicitante ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran la "profesión habitual".

4. Profesión habitual que hay que tener en cuenta para establecer la valoración de la incapacidad en el proceso de revisión de grado, no puede ser la segunda actividad a la que se accede tras el reconocimiento de la IPT, sino la actividad normal que se realizaba con anterioridad al reconocimiento de dicha incapacidad[39]

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 12 de 20102 (recurso 2900/2011) recordando la doctrina sobre la determinación de la profesión habitual que puede resumirse diciendo:

1) El sistema de calificación de la incapacidad permanente aún vigente (DT 5ª bis LGSS en relación con el artículo 137 de la misma Ley) (actual DT 36 y artículo 194) tiene carácter profesional, con las excepciones de las lesiones permanentes no invalidantes y la gran invalidez, y, en este sentido, la remisión del número 3 del artículo 137 (actual 194) a un porcentaje de incapacidad no envía a una valoración fisiológica por baremo, sino a una estimación aproximada en términos de una apreciación sensible de la repercusión de las lesiones en la capacidad de ganancia en el marco de la profesión habitual.

2) La profesión habitual no se define en función del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba, ni en atención a la delimitación formal del grupo profesional, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional.

3) Este criterio profesional no significa que las decisiones en materia de calificación de la incapacidad deben depender de las que, en función del estado del trabajador, puedan haberse adoptado en la relación de empleo: el sistema de calificación es independiente de als incidencias que puedan producirse en esa relación.

4) En las normas de distribución competencial sobre esta materia, tanto la LGSS como el RD 1300/1995 y en la Orden de 18 de enero de 1996, no se establece ninguna vinculación de los órganos de calificación por las incidencias o decisiones que puedan producirse en la relación de empleo.

5) A efectos de la calificación de la incapacidad permanente han de tenerse en cuenta todas las funciones que integran objetivamente la "profesión".

La aplicación de los anteriores al caso particular que nos ocupa, en el que, como vimos, se trata de un bombero, categoría 1ª, al servicio de una administración

[39] Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011 (recurso 4611/2010); 22 de mayo de 2012 (recurso 2111/2011); 3 de mayo de 2012 (recurso 1809/2011); 2 de julio de 2012 (recurso 3256/2011); 23 de abril de 2013 (recurso 729/2012); 2 de noviembre de 2012 (recurso 4074/2011); 24 de julio de 2012 (recurso 3240/2011); 4 de julio de 2012 (recurso 1923/2011); 7 de junio de 2012 (recurso 1939/2011); 16 de octubre de 2012 (recurso 3907/2011); 11 de marzo de 2020 (recurso 3777/2017).

autonómica, de modo similar al de los policías locales que se analiza en alguna de las mencionadas sentencias de esta Sala, el ámbito profesional de valoración opera sobre el conjunto de sus funciones, que, conforme se deduce del relato fáctico y de la incuestionada normativa autonómica de aplicación (ley 5/1994 y Decreto 241/2001), aparte de otros cometidos de carácter administrativo, de prevención o de planificación de la propia actividad, comprendía –lógicamente– tareas tales como la intervención personal y directa en la extinción de incendios o en los siniestros análogos en los habitualmente participan dichas profesionales.

5. Profesión habitual de conductor de camión al le han revocado los permisos C y D de conducción

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2003 (recurso 861/2002) señala que el oficio o trabajo de conductor de camión, o de "camionero" como se conoce y denomina ordinariamente a dicha actividad –y otro tanto cabe afirmar del conductor de autobuses de viajero– constituye, cuando se lleva a cabo la necesaria continuidad, una profesión habitual en los términos exigidos por el artículo 194 LGSS, fácilmente diferenciable de otras profesiones de conducción, como pueden ser la de chofer de un particular o la de conductor de pequeña furgoneta. Y el hecho de que el demandante mantenga el permiso B, que le permite conducir "automóviles" cuya masa máxima autorizada no exceda de 3.500 kilogramos y cuyo número de asientos, incluido el de conductor, no exceda de nueve" (artículo 5.1 del Reglamento citado), no es obstáculo, cuando se han revocado los de las clases superiores que le autorizaban a para manejar camiones, para considerar que esté incapacitado para realizar las tareas fundamentales de su profesión habitual de camionero que, además de requerir una mayor número de conocimientos teóricos y prácticos a la hora de realizar el correspondiente examen de conducción, conlleva un superior esfuerzo físico y psíquico, así como los exigibles en las otras profesiones citadas. Hasta el punto de que, aunque a efectos dialécticos se considerara la conducción como una sola profesión, resulta evidente que la privación de los permisos de clase superior por razón de enfermedad o secuelas de accidente, supone para un profesional cualificado para conducir vehículos de gran tonelaje y dedicado habitualmente a ello, la imposibilidad de llevar a cabo las tareas más importantes o fundamentales de dicha profesión, restando solo capacidad para trabajos que, desde ese prisma profesional, habrían de calificarse de menores o residuales. Otra cosa habría sido que al demandante se le hubiera revocado solo alguno de los varios permisos de las clases C y D o de la autorización para las conducciones especiales a las que antes hemos aludido, manteniéndole el resto. Porque en tal caso podría haber seguido desempeñando su profesión de camionero o conductor de camión, aunque ya no pudiera manejar alguno de estos.

6. Profesión habitual. Identificación con funciones realizadas dentro del ámbito de la movilidad funcional

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2016 (recurso 1267/2015) recuerda que el artículo 137.2 LGSS señalaba en su párrafo segundo: "A

efectos de la determinación del grado de incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente. Conviene, no obstante, precisar que dicho precepto ha estado carente de desarrollo reglamentario y ello pese a la disposición transitoria 5ª bis LGSS, añadida por la Ley 24/1997.

Con arreglo al texto indicado, el concepto de profesión habitual no se identifica con el concreto puesto de trabajo ya que la protección dispensada por la prestación guarda relación con la pérdida de rentas no meramente inmediata, sino con un perjuicio más extendido en el tiempo.

La jurisprudencia ha señalado, no obstante, que la delimitación de la profesión habitual no debía identificarse con la categoría profesional, sino con aquellos cometidos que el trabajador está cualificado para realizar y a lo que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grado profesional (STS de 17 de enero de 1989, 23 de febrero de 2006 (recurso 5135/2004) y 27 de abril de 2005 (recurso 998/2004). Este rechazo a la equiparación entre "profesión habitual" y categoría profesional se acentúa en la actualidad al haber desaparecido la segunda del ex artículo 22 ET, en donde además se ha incrementado la flexibilidad funcional interna.

En definitiva, la profesión habitual se concretará en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional (STS de 10 de octubre de 2011 recurso 4611/2010).

Llegados al punto de aplicar los anteriores razonamientos al supuesto aquí enjuiciados nos encontramos con que el trabajador posee una categoría profesional para la que las dolencias no parecen ofrecer otra limitación que la que resulta del concretísimo supuesto en que sus funciones se realicen en contacto con el corcho. Sin embargo, su profesión de peón de almacén no exige una especialización necesariamente vinculada al tratamiento, manipulación o elaboración de productos de ese material, pues estamos ante un profesiograma amplio para el que es irrelevante la calidad de los materiales sobre los que actúa. El desempeño de las tareas del trabajador no requiere ningún conocimiento, aptitud o habitual relacionados con el citado material. Tratándose de cometidos comunes a las funciones propias de almacenaje en una norma variedad de industrias y actividades.

2.9. LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES

1. Características de la prestación

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2004 (recurso 1627/2003) indica que es doctrina generalmente admitida que las limitaciones derivadas de una lesión –sea cualquiera el origen de la misma producen dos efectos distintos. De otra, la merma del patrimonio biológico, entendido como la de la capacidad de ganancia. De otra, la merma del patrimonio biológico, entendido como

la total integridad física de una persona a cuya conservación tiene derecho, El artículo 150 LGSS (actual 201) antes transcrito hace referencia a ambos daños, en las contingencias profesionales, pues se refiere de una parte, a las lesiones y mutilaciones y, de otra, a las deformidades de carácter definitivo. En el desarrollo reglamentario de este precepto, la OM de 15 de abril de 1969 incluye un baremo que, en su apartado VI, se refiere a "Cicatrices no incluidas en los epígrafes anteriores" y baja tal titulación, el apartado 110, específica "según las características de las mismas y, en su caso, las perturbaciones funcionales que produzcan, 45.000 a 180.000, pesetas". Una primera lectura del texto reglamentario evidencia que, la posible indemnización de esas cicatrices no se hace depender de su origen no quirúrgico, adjetivación a la que ninguna alusión se realiza. Hay si una referencia a las características de las cicatrices y a las perturbaciones funcionales que produzcan, datos que serán determinantes de la cuantía con que hayan de ser indemnizadas, (dentro del margen entre las cantidades establecidas), según valoración a realizar por el Juzgador de instancia, cuyo criterio únicamente será revisable por los Tribunales superiores en casos excepcionales de total irracionalidad del criterio adoptado en su valoración. Asimismo del referido texto se desprende que, para que las cicatrices hayan de ser que producen", afecten de manera significativa al patrimonio biológico, pues de no ser así por su mínima entidad, no existiría daño indemnizable. La posible afectación apreciable deberá valorarse teniendo en cuenta las circunstancias del sujeto que las padece, debiendo entenderse existe en todo caso, cuando producen una deformidad antiestética, o que limitan la funcionalidad de la zona en que se hallan o son dolorosos.

2. Caducidad de la prestación

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2000 (recurso 651/1999) concluye que la previsión de caducidad que se contiene en el artículo 44.1 LGSS (actual 54) en relación con las prestaciones a tanto alzado y pro una sola vez, cual es la correspondiente a las lesiones permanentes no invalidantes debe interpretarse en el sentido de que se producirá la caducidad anual a contar desde el día siguiente al haber sido notificada en forma al interesado su concesión, conforme a lo literalmente previsto en aquel precepto, cuando la decisión administrativa no haya sido recurrida por vía judicial, pues en este segundo caso habrá que considerarse dicho cómputo desde la fecha de la firmeza de la resolución judicial que se dicte.

3. Dies quo para el cómputo de la prescripción

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2015 (recurso 3001/2013) señala que el dies a quo para determinar la prescripción de la prestación a tanto alzado se inicia en la del hecho causante, si bien en el caso concreto las dolencias no fueron valoradas, y siendo determinante la fijación cierto es que en el caso, las dolencias no fueron valoradas, y siendo determinante la fijación de que tales dolencias padecidas por el actor tiene origen en enfermedad profesional, el cómputo del plazo de cinco años, no se inicia hasta el momento en que calificadas las dolencias

se determina su origen profesional que determina la contingencia y ello se produce en el año 2012 con la resolución del INSS.

4. Indemnización con arreglo al nº 9 del baremo: hipoacusia bilateral con afectación de la zona conversacional de un oído pero no del otro [40]

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2002 (recurso 1264/2001) afirma que el nº 8 del baremo no es aplicable al caso, cuando la hipoacusia en el oído izquierdo haya quedado constatada, pero sin afectación a la zona conversacional, en tanto que en el oído derecho la audición no es normal, así es que, procede aplicar el nº 9 del baremo.

5. Hipoacusia sin afectación conversacional [41]

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2003 (recurso 1053/2003) establece que en este caso procede la aplicación dos veces del baremo nº 8.

2.10. INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL

1. Improcedencia de reconocimiento de la prestación en dos ocasiones, a un mismo beneficiario y por una misma profesión

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2015 (recurso 3261/2014) que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 138 LGSS/1994 (actual 194) y 9 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, ya que conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1989 "lo que resulta posible es que un mismo grado de incapacidad pueda ser reconocido más de una vez respecto de una misma profesión, pues, aun cuando no se trate de las mismas lesiones, sino de otras secuelas susceptibles de apreciación conjunta con las anteriores, si no se conducen a un grado superior de incapacidad nos encontraríamos ante un grado ya anteriormente reconocido y que carecería de todo sentido volver a reconocer. Y así, la sentencia de 21 de febrero de 1984, en relación con una incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo ya reconocida al allí recurrente para su habitual profesión de oficial primera fundidor, declara que no es posible, aunque a las residuales del accidente se unan nuevas lesiones, derivadas ahora de enfermedad común, reconocerle una segunda incapacidad total para la misma profesión, distinta a la ya reconocida, pues el artículo 135.4 (actual 193.4 al definir la incapacidad total se refiere a aquella que inhabilite al trabajador para la realización de todas o las fundamentales tareas de su profesión y mal se puede pretender su aplicación si tal inhabilitación ya existía y viene reconocida e indemnizada. Doctrina, posteriormente reiterada en las sentencias de 27 de octubre de 1986 y 12 de abril de 1988, perfectamente aplicable al presente caso en el que, al haberle sido ya reconocida al

[40] Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2002 (recurso 4340/2001); 11 de junio de 2002 (recurso 3509/2001); 31 de octubre de 2003 (2079/2002); 7 de febrero de 2003 (recueso 2077/2002).

[41] Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004 (recurso 2697/2003).

actor una incapacidad permanente parcial derivada de accidente de trabajo para su profesión habitual de peón de la construcción, no es posible, aunque se aprecien conjuntamente nuevas secuelas derivadas ahora de enfermedad común, reconocerle de nuevo, como hace la sentencia, una incapacidad permanente parcial para la realización de su trabajo habitual de albañil, lo que, además, implicaría la violación de la incompatibilidad de pensiones que establece el artículo 91.1 LGSS.

2. Reconocimiento a abogado por pérdida de visión de un ojo (visión monocular

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2016 (recurso 1986/2014) establece las siguientes consideraciones:

A) El artículo 137.3 LGSS (actual 194 y DA 38ª) establece que "se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasiones al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento total ocasiones al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma", y en relación con este precepto, no cabe llevar a cabo un análisis aislado de las lesiones que presente un trabajador, sino que las mismas han de proyectarse sobre las tareas habituales que el ejercicio de la profesión habitual comporta. Exigencia o premisa esencial en todo caso pero que, si cabe, se hace aún más evidente en los supuestos de pérdida de visión parcial, como el que se resolvió en la sentencia que hoy se impugna.

B) Partiendo de la limitación de la visión del ojo derecho del demandante en su totalidad, podemos extraer una primera conclusión, como es la de que en aplicación de als tablas de la Escala de Wecker, método de medición de la agudeza visual habitualmente utilizado en España. –y aunque esta escala, como no podría ser de otra forma, es una herramienta de valoración indicativa y ofrece por ello valores aproximados, que han de completarse en cada caso con el análisis de la actividad habitual del trabajador– dicha situación equivale a una limitación del 33 %, cifra que dicho sistema de medición atribuye a la incapacidad permanente parcial (24-36%).

C) La doctrina tradicional del Tribunal Supremo de 27 de enero y 23 de septiembre de 1986, 2 de abril de 1987 y 23 de enero de 1990 –ha venido señalando que los supuestos específicos de incapacidad permanente establecidos en los artículos 37, 38 y 41 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956 aunque ya no están vigentes, se considerarán como orientadores e indicativos para aplicar lo dispuesto en el artículo 137 LGSS, en el que se definen los distintos grados de incapacidad permanente. En este sentido, la reiterada sentencia de 21 de marzo de 2005, recordaba que "Ciertamente, el derogado artículo 37 del Reglamento de Accidentes de Trabajo (Decreto de 22 de junio de 1956) establecía como causa de incapacidad permanente parcial "La pérdida de la visión completa de un ojo, si subsiste la del otro", añadiendo que tales disposiciones carecen hoy de eficacia normativa, aunque puedan servir "de elemento orientador exclusivamente, a falta de otros instrumentos legales que regulen la materia"; y

D) Finalmente, también la doctrina de esta Sala –sentencias de 29 de enero de 1987 y 30 de junio de 1987, ha considerado que la disminución de rendimiento que caracteriza la incapacidad permanente parcial debe valorarse no sólo atendiendo a lo que puede rendir objetivamente el trabajador afectado, sino atendiendo también a la peligrosidad o penosidad que comporta.

Todo ello nos lleva a considerar que el actor se halla afecto de la incapacidad permanente parcial que reclama, en función de los preceptos legales señalados y doctrina jurisprudencial expuesta, al conllevar su afectación visual (visión monocular) una reducción de su capacidad laboral para el ejercicio de las funciones de su profesión de abogado (entre otras, consulta y lectura de textos y documentos, redacción de escritos, etc.), que si bien no le impide llevar a cabo las tareas fundamentales de dicha profesión, si ha de implicar una merma de su rendimiento laboral no inferior al 33 % del normal, al tener que efectuarlas en condiciones manifiestamente desfavorables.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2020 (recurso 4533/2017) reconoce la incapacidad permanente parcial a peón agrícola por pérdida de visión en un ojo (visión monocular) que implica una merma de su rendimiento laboral no inferior al 33 %, pues aun cuando es cierto que su profesión no exige una especial agudeza visual, también es cierto que sí exige deambular por terrenos irregulares, así como el manejo de vehículos voluminosos tales como tractores, cosechadoras y remolques y también maquinaria potencialmente peligrosa, como sinfines, arados y sembradoras, cuya utilización requiere necesariamente capacidad suficiente para la percepción de volúmenes y perspectivas, concurriendo, por tanto, riesgos ciertos en el desempeño de dicha profesión, que sí no le impiden realizar las tareas fundamentales de la misma, si le limitan realizar las tareas fundamentales de la misma.

En cambio, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2020 (recurso 338/2018) desestima la situación de incapacidad permanente parcial en caso de pérdida de la visión de un ojo de un limpiador pues la pérdida de visión de un ojo cuya incidencia no alcanza la relevancia suficiente.

2.11. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL

1. Visión monocular e IPT para la profesión habitual de gruista

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2014 (recurso 360/2014) afirma que el derogado artículo 37 del Reglamento de Accidentes de Trabajo (Decreto de 22 de junio de 1956) establecía como causa de incapacidad permanente parcial "la pérdida de la visión completa de un ojo, si subsiste la del otro"; por su parte el artículo 38 consideraba justificativa de la incapacidad permanente total, la pérdida de la visión completa de un ojo y la disminución en menos del 50 % de la del otro. Tales disposiciones carecen hoy de eficacia normativa, aunque puedan servir "de elemento orientador exclusivamente, a falta de otros instrumentos legales que regulen la materia (STS de 21 de marzo de 2005 (recurso 1211/2004).

Este criterio del Reglamento de accidentes de trabajo coincide con la aplicación de las tablas de la Escala de Wecker, método de medición de la agudeza visual habitualmente utilizado en España, a cuyo tenor el demandante tendría una disminución del 24 % de su visión y no estaría incluido en el mínimo que tal sistema de medición atribuye a la incapacidad permanente total (37 %).

Según el Anexo IV, Aptitudes psicofísicas requeridas para obtener o prorrogar la vigencia del permiso o de la licencia de conducción del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, se entenderá como visión monocular toda agudeza visual inferior a 0,10 en un ojo, con o sin lentes correctoras, debida a pérdida anatómica o funcional de cualquier etiología".

Sin duda cabe sostener que la visión monocular supone limitación para trabajos que impliquen la conducción de vehículos y ello nos sirve de elemento de análisis para resolver también el caso presente en que debemos examinar si las lesiones del gruista pueden equipararse a ese tipo de actividad y, en suma, dilucidar si la visión monocular, como la que tiene el recurrente, sería también obstativa de su profesión.

En virtud del Real Decreto 836/2003, de 27 de junio por el que se aprueba una nueva instrucción técnica complementaria "MIE-AEM-2" del Reglamento de apartados de elevación y manutención, referente a grúas torre para obras u otras aplicaciones, Gruísta u operador de grúa torre es la persona física que tiene conocimientos y autorización para manejar y operar directamente la grúa.

En el Anexo VI se regula el carné de gruista, para cuya obtención se requiere superar un examen médico sobre agudeza visual.

Todo ello nos permite afirmar que la profesión del recurrente exige una visión binocular que permita el cálculo de distancias y elimine el riesgo de provocar accidentes en la manipulación y uso de la grúa. De ahí que, en este tipo de profesión, la disminución de la agudeza visual y uso de la grúa. De ahí que, en este tipo de profesión, la disminución de la agudeza visual y uso de la grúa. De ahí que, en este tipo de profesión, la disminución de la agudeza visual que el mismo padece merezca una calificación específica, al impedir el desarrollo de las tareas fundamentales de dicha profesión (artículo 137.4 LGSS).

2. Incremento del 20%. No procede cuando se ha cumplido la edad de acceso a la Jubilación

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2002 (recurso 67/2001) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138.1 LGSS/1994 no procede el acceso al incremento del 20 % cuando ya se ha cumplido la edad de acceso a la jubilación.

3. El incremento del 20 % en el proceso

La sentencia Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2006 (recurso 3998/2004)[42] el incremento del 20 % se puede establecer en la sentencia aunque no se solicite simultáneamente con la incapacidad.

4. Efectos retroactivos de la petición del incremento del 20 %[43]

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2007 (recurso 4885/2005) afirma que aunque por la Sala se ha sostenido que el 20 % que se abona en caso de la denominada incapacidad permanente cualificada no es propiamente una prestación independiente de la que corresponde por la incapacidad permanente total, sino un complemento de la misma (sentencias de 4 de marzo de 1993 y 21 de marzo de 1994), lo cierto es que, como señala la sentencia de 22 de noviembre de 1999, ese complemento "tiene una cierta autonomía" con requisitos específicos de acceso al mismo que "aproximan su régimen jurídico al mismo que "aproximan su régimen jurídico al que es propio de una prestación" (sentencia de 22 de mayo de 1995) y esta autonomía justifica un tratamiento similar al del artículo 53.1 LGSS y por lo tanto aplicar el límite de retroactividad de 3 meses.

5. Incapacidad permanente total de futbolista profesional

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2016 (recurso 535/2015) considera que la lesión padecida por el actor constituye un accidente de trabajo según nuestra legislación protectora de Seguridad Social, situación que se mantiene después de que el demandante presentara una complicación por infección de la rodilla intervenida quirúrgicamente el 20 de junio de 2008, por tener cabida dentro del artículo 156.2.g) LGSS que califica como tal las consecuencias del accidente de trabajo que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o finalización por enfermedades intercurrentes que constituyen complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el propio accidente. Comparte asimismo que las dolencias que afectan al actor, por su trascendencia funcional, como se refleja en el informe del ICAM, imposibilitan o incapacitan al demandante en forma total para realizar las funciones esenciales propias de su profesión habitual, lo que justifica que sea declarado en situación de incapacidad permanente en grado de total derivada de accidente de trabajo.

Por otro lado, respecto a la profesión, ciertamente, hay que tener en cuenta (SSTS/IV de 8 de diciembre de 2002 y 26 de septiembre de 2007, entre otras), que no se cuestiona que sea la de futbolista profesional puesto que, cuando en junio de 2008 se ven complicadas las patologías derivadas del accidente de trabajo de 13 de junio de 2006 también ejercía aquella profesión, al igual que sucedía cuando el

[42] Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2006 (recurso 2454/2005).

[43] Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2010 (recurso 397/2009); 9 de octubre de 2008 (recurso 4609/2007); 25 de junio de 2009 (recurso 2805/2008).

demandante interesó el reconocimiento de la incapacidad permanente total en diciembre de 2010; además de ser profesión que consta que haya ejercido otra.

Partiendo de ello, ha de discreparse en la solución dada por la sentencia recurrida, en razón exclusivamente a la edad del actor de 30 años, presuponiendo finalizada su vida profesional activa, no por causa de la incapacidad física sino por su edad.

Nos encontramos ante un supuesto de un futbolista que ve agravada una lesión sufrida años antes como consecuencia de accidente profesional y que se encuentra en activo cunado solicita la prestación de incapacidad permanente total, por cuanto está en plantilla para un club de futbol, y cumple los requisitos para el reconocimiento de la incapacidad solicitada, lo cual no se discute, por lo que no puede utilizarse en su contra una presunción acerca del fin de su actividad laboral por razones de edad. Y ello a mayor abundamiento, por cuanto tampoco ha sido causa de la denegación de la incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo, por no reunir el requisito de incapacidad permanente.

No existe norma alguna que impida a un futbolista el ejercicio de su profesión a la edad en el caso cuestionada –de 30 años– y que, por otro lado, es razonable que a esta edad puede ejercitarse.

6. Incapacidad permanente total cualificada derivada de accidente de trabajo denegada a ertzaina cuyo cuadro clínico le impide la realización de tareas de calle, pudiendo desempeñar tareas administrativas propias de la segunda actividad

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2020 (recurso 2800/2018) concluye que no procede el reconocimiento de la incapacidad permanente total pues las dolencias indiscutidas que padece el trabajador han de ponerse en conexión con su trabajo habitual de ertzaina, que ha venido desempeñando como preparador físico de la brigada móvil, profesión que es esencialmente de actividad administrativa,

La profesión habitual no se define en función del concreto puesto de trabajo que desempeña el trabajador, ni en atención, si la delimitación del grupo profesional, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o pueda realizarse. Y el pase a segunda actividad no supone automáticamente un determinado grado de incapacidad permanente, pues de tomarse en consideración todo el contenido de la profesión y no solo las tareas que integran la segunda actividad a las que se ha destinado al trabajador.

En el presente caso, acreditado que el trabajador padece una limitación clínico-funcional para tareas con requerimientos físicos moderados, mantenidos e importantes en la rodilla izquierda, estando agotadas por el momento las posibilidades terapéuticas, lo que supone una imposibilidad real de desempeñar las funciones de calle o las de su puesto de trabajo de preparador físico de la brigada

móvil, pero no le impiden la realización de las tareas propias de la segunda actividad eminentemente administrativas.

2.12. GRAN INVALIDEZ

1. No necesidad de permanencia en el tiempo sino la simple constatación de la necesidad de asistencia de tercera persona

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2003 (recurso 3017/2002) señala en relación con el criterio de que la gran invalidez exija acreditar el requisito de permanencia y por tanto no reconocerse en situaciones en las que el desenlace es previsible en fecha próxima, que la permanencia se exige por igual para la declaración de la incapacidad permanente, que para su adjetivación como gran invalidez, resultando incongruente que se conceda la absoluta que exige permanencia y se deniegue la cualificación, siendo así que se admite que el beneficiario necesita de la asistencia de terceros para todas sus actividades vitales. Este artificial requisito quedaría además impreciso, al no poderse prever la duración de un proceso degenerativo por enfermedad por graves que sean las dolencias. El ordenamiento jurídico prevé en estas situaciones un incremento de la prestación de invalidez permanente para atender a esa necesidad que tiene el inválido de ayuda de terceras personas para poder subsistir y es contrario a la lógica privar de tal asistencia so pretexto de que su duración iba a ser previsiblemente corta. Permanencia es contraria a intermitencia y en este sentido es evidente que la situación de estos inválidos permanece mientras se hallan con vida.

2. Es necesaria la agravación cuando el reconocimiento no es inicial[44]

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2002 (recurso 2463/2001) recuerda que la sentencia de la Sala de 22 de julio de 1996 se afirmaba que "la gran invalidez es un grado autónomo de la incapacidad permanente, de tal modo que su reconocimiento o bien es inicial o directo, en una primera calificación de las secuelas, o bien se reconoce por agravación del grado de invalidez antes establecido, cualquiera que fuere dicho grado anterior, porque la modificación legal introducida por la DF 5ª de la Ley de 7 de abril de 1982, consiste en que no es preciso que el reconocimiento de la gran invalidez permanente absoluta". La sentencia añade que "siendo cierta esta posibilidad, lo que no puede negarse es que, cuando el reconocimiento no es consecuencia de una primera calificación, sino que se parte de un grado inferior de incapacidad, la forma legal de la declaración es precisamente la revisión, nunca por mejoría sino por agravación, puesto que se trata del más grave de los grados de incapacidad permanente o por error de diagnóstico".

[44] Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2004 (recurso 5800/2003); 7 de mayo de 2004 (recurso 2074/2003).

3. Gran Invalidez. No constituye el reconocimiento por sí mismo del Grado III de dependencia

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2020 (recurso 805/2018) señala que en nuestro ordenamiento jurídico o normativo nos encontramos con diferentes sistemas de protección social, partiendo de lo que dispone el artículo 41 CE al decir que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.

Junto al Sistema de Seguridad Social, el artículo 49 CE también encomienda a los poderes públicos la realización de políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos, lo que se ha traducido en nuestras leyes de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, de 29 de noviembre y de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre), con sus respectivas normas de desarrollo.

En lo que ahora interesa tenemos, por tanto, que junto al Sistema de Seguridad Social, con su ámbito contributivo y no contributivo, existe el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia junto al de Protección los Discapacitados. Todos ellos atienden a finalidades distintas y garantizan diferentes prestaciones.

De la normativa que anteriormente hemos recogido no se desprende en modo alguno que el legislador haya querido vincular o equiparar el grado de la situación de dependencia o discapacidad con los grados de la situación de incapacidad permanente de forma que quienes se encuentren en un determinado nivel de discapacidad o dependencia deban ser considerados en situación de incapacidad permanente (total, absoluta o gran invalidez). Tanto la valoración de grados como los conceptos que los integran son diferentes y autónomos y no son ni tan siquiera alternativos.

Es cierto que de la regulación que hemos recogido se obtiene la intención del legislador de aproximar las situaciones de discapacidad y dependencia, en lo relativo al concurso de tercera persona, cuando en el Baremo de la Discapacidad, a partir de la reforma de 2012, se remite a tal efecto a las puntuaciones y calificaciones que las normas de Dependencia otorgan. Pero esa intención legislativa no ha dado un paso similar en relación con las prestaciones de incapacidad permanente del sistema de Seguridad Social que, en orden a la valoración y determinación de los grados de incapacidad a los que se refiere el artículo 194 sigue sin tener su desarrollo reglamentario y, por ello, se mantiene vigente el sistema anterior, tal y como indica la Disposición Transitorio 26 LGSS.

Y ese paso que no ha seguido el legislador es el que ha dado la sentencia recurrida que si bien ha traducido en grado de dependencia los puntos obtenidos en

la valoración del concurso de otra persona, ello no significa que, para las prestaciones de incapacidad permanente del sistema de Seguridad Social, aquella calificación otorgue automáticamente la gran invalidez que se reclama, por mucho que en el concepto de concurso de otra persona para los actos esenciales de la vida, puedan estar conectadas actividades personales y sociales a valorar en la gran invalidez. Cuando el legislador ha querido asimilar situaciones jurídicamente diferentes, como ocurre con la determinación del concurso de otra persona, tanto a efectos de discapacidad como de dependencia–, así lo ha establecido claramente. Pero los grados de dependencia o los porcentajes de discapacidad, ni el concepto de concurso de tercera persona de éstas nunca ha sido considerados por el legislador como situaciones que permiten declarar los grados de incapacidad permanente del sistema de la Seguridad Social. A la inversa, si que el legislador ha dado en determinados casos de efectividad al grado de gran invalidez para obtener la situación de dependencia, como ya indica el Tribunal supremo al referirse a la Disposición Adicional 1ª y 2ª de la ley de Dependencia, lo que evidencia que es consciente de esa diversidad de situaciones jurídicas en las que pueden encontrarse quienes sufren determinadas patología o secuelas que inciden en el desarrollo de las actividades esenciales de la vida. Como se ha recogido en la normativa a considerar, tan solo hay referencia a la gran invalidez en la normativa de la situación de dependencia para indicar que el complemento que por aquella se percibe provocará la reducción de las prestaciones del sistema de dependencia sin que de ello se pueda entender que el dependiente en Grado III pueda, automáticamente tener la condición de gran inválido, en el régimen de incapacidad permanente de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social.

La falta de desarrollo reglamentario de la valoración y listado de enfermedad para obtener las diferentes situaciones de incapacidad permanente.

4. Cálculo del complemento [45]

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2010 (recurso 3774/2009) señala que conviene destacar que el artículo 2.2 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas de seguridad social, ha introducido otra modificación legal en el mismo artículo 139 LGSS, con objeto de establecer una cuantía mínima para la pensión por IPT, concretamente, añadiendo el párrafo al número 2 del precepto: "La cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común no podría resultar inferior al 55 por ciento de la base mínima de cotización para mayores de dieciocho años, en términos anuales, vigente en cada momento. "Aquí sí que el Legislador ha introducido, expresamente, el elemento anual al referirse a la base mínima de cotización para el cálculo de la pensión mínima, por lo que cabe entender que si para el cálculo del complemento para la Gran Invalidez no lo ha utilizado, cuando es la misma norma y precepto –artículo 2 de la Ley 40/2007–

[45] Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2011 (recurso 3742/2010); 17 de enero de 2012 (recurso 4351/2012); 6 de abril de 2015 (recurso 175/2014); 28 de junio de 2018 (recurso 174/2017); 28 de junio de 2018 (recurso 174/2017).

la que ha llevado a cabo ambas modificaciones, es que para dos supuestos diferentes ha establecido también dos regulaciones distintas.

Finalmente, hay que señalar que en las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009 y 13 de julio de 2009, evocando las sentencias de 27 de diciembre de 1988 y 3 de junio de 1975 conforme a lo cual "es imperativo que las normas de la Seguridad Social, en cuanto partícipes del mejoramiento y progreso constitutivo de la justicia como fundamento de todo Derecho, deben interpretarse de forma y modo que su aplicación no frene su dinamismo progresivo, acorde con las garantías de asistencia y prestaciones sociales que postula la Constitución, en cuanto inherentes al Estado Social y de Derecho", doctrina ésta, contraria a una interpretación de carácter restrictivo como la que mantiene la sentencia recurrida.

5. Gran invalidez por ceguera [46]

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014 (recurso 1246/2013) en relación con la consideración de la ceguera total o pérdida de visión equiparable que reúne las condiciones para calificarla de gran invalidez señala lo siguiente:

Con relación con las sentencias dictadas en infracción de ley es dable destacar:

a) La STS/Social 19-febrero-1979, declara que la ceguera comporta GI, reflejando en los hechos probados que el actor "en su estado clínico actual presenta, retinopatía pigmentaria en ambos ojos, de carácter progresivo que conduce a la ceguera" y se concede la situación de GI afirmando que "la sentencia recurrida afirma en su resultando de hechos probados que el actor, en su estado actual, presenta "retinopatía pigmentaria en ambos ojos, de carácter progresivo, que conduce a la ceguera" y en su Considerando añade que dicha enfermedad "limita absolutamente su visión" y que "conduce de forma inmediata a la ceguera total", lo que hace decidir seguidamente al Juzgador de Instancia que "sería correcta la calificación de Gran Invalidez", y así lo entiende esta Sala".

b) En la STS/Social 22-octubre-1979, en un supuesto en que la actora padecía "Ambliopia exanopsia", lo que equipara a pérdida total de la visión, –aun enjuiciando el requisito de "Pérdida total de la visión" para conceder la pensión SOVI por invalidez absoluta y permanente para todo trabajo de su profesión habitual, en el que no existía GI (Decreto 18-abril-1947) por el que se crea la Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez, y preparando un sistema de protección para este último riesgo y Orden 18-junio-1947 por la que se establecen normas para la aplicación del Decreto de 18 de abril de 1947 que regula los beneficios del Seguro de Vejez e Invalidez)–, hace referencia detallada de la Jurisprudencia de la Sala sobre ceguera o pérdida total

[46] Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016 (recurso 2977/2014).

de visión y supuestos equiparables y gran invalidez, señalando que "ha de partirse de la reiterada doctrina de esta Sala, surgida en tono al término ceguera al efecto la sentencia invocada de 4 de junio de 1973 contempla hipótesis de pérdida total de la visión de un ojo (por enucleación del mismo), conservando solamente una décima de visión en el otro ojo; con equiparación a pérdida total, asimismo la sentencia de 22 de octubre de 1975, asimila y reconoce la condición de gran invalido al trabajador que tiene pérdida totalmente la visión de un ojo y disminuida en el 80 por ciento la visión del otro, y en sentido análogo se pronuncia la de 29 de septiembre y 4 de octubre de 1976; de otra parte en la sentencia de 22 de abril de 1978 se identifica con la ceguera la pérdida de la visión de un ojo, manteniendo en el otro tres décimas de agudeza normal, determinando el reconocimiento de una incapacidad absoluta al propio tiempo por la sentencia de 26 de abril de 1978 se aceptó que la pérdida de la agudeza visual del ojo derecho reducida de 0'3 y del izquierdo de 0'5, genera incapacidad absoluta, asimismo por la sentencia de 6 de mayo de 1978 se declara gran invalido al trabajador que tiene pérdida totalmente la visión de un ojo y conserva 0'3 décimas de visión en otro ojo Sentencias de 22 y 24 de enero y 19 , 20 y 21 de febrero de 1979 ".

c) La jurisprudencia social interpretó también sobre este tema la normativa contenida en el Decreto de 22 de junio de 1956 (por el que se aprueba el texto refundido de la legislación de accidentes del trabajo y Reglamento para su aplicación), en cuyo art. 41 se establecía que "Se considerará incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo aquella inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio. En todo caso, tendrán tal consideración las siguientes:...c) La pérdida de la visión de ambos ojos, entendida como anulación del órgano o pérdida total de la fuerza visual; d) La pérdida de visión de un ojo, si queda reducida en el cincuenta por ciento o más la fuerza visual del otro", que fue modificado por Decreto 1328/1963, de 5 de junio, (sobre calificación de "Gran Invalidez" de los trabajadores que pierdan la visión en ambos ojos en accidente de trabajo) en el sentido de que "En todo caso, se calificará como Gran Inválido al accidentado que sufra la lesión descrita en el apartado c) del artículo cuarenta y uno, sin perjuicio de la revisión cuando procediere"; preceptos que, a pesar de no estar contenidos en la LGSS, la jurisprudencia social lo ha considerado desde antiguo "como orientadores é indicativos para aplicar lo dispuesto en los artículos 135-5 y 6º, en los que se definen la incapacidad absoluta y la gran invalidez", como seguidamente se detalla.

d) En este punto, la STS/Social 18-octubre-1980 declaró, respecto de un trabajador que padecía "ceguera absoluta" que el motivo opuesto

por la Mutualidad debe ser desestimado "pues estando afecto el demandante de enfermedad que le produce "ceguera absoluta" ello constituye a quien la sufre en un "Gran Inválido", situación que ya fue tenida presente en el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de Junio de 1.956, en cuyo artículo 41 c) las calificó de incapacidad absoluta, si bien posteriormente, y a la vista de las consecuencias que de la misma se derivan, el Decreto de 5 de Junio de 1963, dispuso la situación de gran invalidez para quienes padecen ceguera absoluta y si bien es cierto que los referidos preceptos no fueron recogidos en la Ley de Seguridad Social vigente, indudablemente han de ser tenidos en cuenta como orientadores é indicativos para aplicar lo dispuesto en los artículos 135-5 y 6°, en los que se definen la incapacidad absoluta y la gran invalidez, que a su vez se definen también en los números 3 y 4 del artículo 12 de la Orden de 15 de Abril de 1.969 preceptos que bastan para estimar que el actor está afecto de gran invalidez pues aunque se admita que puede vestirse y comer, es evidente que los medios necesarios para realizar tan elementales necesidades de la vida, han de serles facilitados por una persona que necesariamente ha de auxiliarle para estas finalidades, así como para desplazarse aún dentro de su propio domicilio y otros análogos".

e) Por el contrario, la STS/Social 7-abril-1981 en un supuesto en que no se combatió por el recurrente la declaración de hechos probados ni las afirmaciones con valor táctico contenidas en la sentencia impugnada relativas a que el actor tiene "fuerza visual suficiente para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer, etc., actos para cuya realización no suponen grave impedimento las otras secuelas que presenta", concluye que "la sentencia recurrida no puede ser corregida, pues la denegación que contiene a la pretensión del actor, ser declarado gran inválido, es la que corresponde, por aplicación de la norma legal, que tipifica tal calificación, a la situación que el padece, indudablemente, eso sí, incapaz para realizar todo tipo de trabajo, pero, asimismo, en disposición de consumar por sí los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer, etc., según proclama el Magistrado de instancia, al precisar su valoración de la diferente prueba practicada, declaración táctica que no ha sido combatida en el recurso".

f) La STS/Social 11-febrero-1986 entendió que la "ceguera total bilateral" es un claro supuesto de GI conforme a reiterada doctrina de la Sala, argumentando que "el artículo 135-6 de la LGSS define la gran invalidez, tras la modificación que en él introdujo la Ley 13/1982, de 7 de abril (disposición final quinta), como la situación del trabajador incapacitado permanente que, por consecuencia de

pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de otras personas para realizarlos actos más esenciales de la vida. La ceguera total constituye a quien la sufre en dicha situación, y así ha sido reiteradamente declarado por esta Sala (sentencias, entre otras, de 19 de febrero de 1979 y 18 de octubre de 1980)".

g) En un supuesto de "Glaucoma neovascular en ambos ojos, a consecuencia de una retinopatía diabética, que se le fue agravando y en la actualidad ha perdido la visión de ambos ojos", la STS/Social 28-junio-1986 confirma la declaración de GI, señalando que "La doctrina de la Sala, según la cual la ceguera y aquellas situaciones de pérdida de la visión a ella equiparables son constitutivas de gran invalidez, al exigir la colaboración de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida (Sentencias de 15 de julio de 198,2 18 de abril de 1984, 1 de abril y 19 de septiembre de 1985), lleva también el rechazo del tercer motivo en el que se invoca la infracción del art. 135.6LGSS , pues el inalterado relato fáctico de la sentencia define la situación de la trabajadora como una ceguera total, acreedora, por tanto, del grado de invalidez que le fue reconocido") Se concede la situación de GI en la STS/Social 15-septiembre-1986 a un beneficiario que padecía "visión que no llega a 1/10, con lo cual distingue bultos a 1,5 metros sin sensación de profundidad", aplicando la doctrina de la Sala en interpretación del art. 135.6LGSS y señalando que "La Sala ha precisado en la aplicación de este precepto: "que el concepto de la gran invalidez lo perfila la norma legislativa haciendo una enumeración de determinados actos por vía enunciativa, remitiendo después a la analogía, lo que permite definir como acto esencial para la vida el que se encamina a la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutarlos actos indispensables en la guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponde a la humana convivencia" (sentencias de 1 y 27 de abril, 9 de mayo, 11 de junio, 2 de julio y 23 de diciembre de 1985, y 11 y 15 de y 19 de marzo del año en curso, entre las más recientes, que citan, todas ellas, bastantes precedentes)"y que "... la ceguera y aquellas otras situaciones que sin serio de forma absoluta, exigen naturalmente la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida, de acuerdo con la doctrina de esta Sala... de terminan el reconocimiento a quien las padece de este grado de incapacidad" (sentencias de 1 de abril y 19 de septiembre de 1985 y 12 de febrero de 1986, junto a otras más, algunas de las cuales aparecen citadas en éstas)".

h) Se confirma la declaración de GI por la STS/Social 7-noviembre-1986 declarada a un trabajador que padecía "Ojo izquierdo, hemorragia de vitreo. Ojo derecho, retinopatía diabética avanzada.

Agudeza visual inferior a 0,2 en ambos ojos", razonándose que "La escasísima visión que el demandante conserva no es susceptible de corrección alguna, dada su etiología, y por razón de la misma se presenta como progresiva; de tal suerte que, aunque así no se hubiera afirmado, la asistencia de tercera persona para que pueda realizar los actos esenciales de la vida humana –personales y sociales– se ofrece como indispensables para quien ha llegado a la situación descrita por evolución de sus padecimientos, a la edad de cincuenta y ocho años, en la que la adaptación a un estado de práctica ceguera es, normalmente, casi imposible. Así lo ha apreciado esta Sala, entre otras, en la sentencia de 1 de abril de 1985".

i) La misma doctrina se aplica en la STS/Social 22-diciembre-1986 en un supuesto en que el actor padecía "miopía magna bilateral de 15,5 dioptrías. Agudeza visual: ojo derecho: visión nula, percepción de luz, pérdida de más de 9/10. Ojo Izdo. Pérdida de más de 9/10 cuenta dedos a 3 metros, visión nula. No mejora su visión con corrección óptica".

j) Se confirma, en la STS/Social 23-junio-1987, la situación de GI del trabajado que padece "miopía maligna superior a quince dioptrías en ambos ojos, con lesiones degenerativas y del nervio óptico, con pérdida de más de 9/10 de visión en cada ojo, y gonalgia bilateral, requiriendo la ayuda de otra persona para realizarlos actos más esenciales de la vida".

k) Por entender que no tenía la entidad suficiente para requerir el auxilio de tercera persona, la STS/Social 30-junio-1987 en un supuesto de "retinopatía diabética con visión nula en ojo derecho y muy disminuida en el izquierdo".

l) La STS/Social 21-septiembre-1987 rechaza la adición como hecho probado que la actora "precisa ayuda constante de un lazarillo" por resultar "intrascendente, por cuanto tal necesidad es obvia en quien como la actora padece "ceguera total bilateral", razonando que "La ceguera, conforme al Decreto 1328/1963 de 5 de junio, no derogado por la Ley de Seguridad Social de 21 de junio de 1966 (S 25 de febrero de 1972), e incluso la ceguera "casi absoluta" (S 22 de octubre de 1979), son determinantes de Gran Invalidez, pues es claro que el invidente ha de ser ayudado constantemente por otras personas para subsistir vitalmente", que "quien tiene ceguera es claro que precisa asistencia ajena constante para desplazamientos, comer y actos relativos a higiene corporal y otros ...ha de destacarse que la ceguera total bilateral..., no deja resquicio alguno que permita pensar que quien la padece pueda, sin necesidad de constante ayuda ajena, realizar los actos esenciales del diario vivir, cual viene a reconocer el D 1328/1963 de 5 de junio que modificó el artículo 42 del

Reglamento de Accidentes de 1956 y tipificó la ceguera como Gran Invalidez".

m) La STS/Social 13-octubre-1987 reitera, en persona cuya agudeza visual "fue disminuyendo progresivamente, debido a las lesiones miópicas de la mácula, "hasta quedar actualmente reducida a la percepción de la luz, no existiendo posibilidad alguna de recuperación, precisando de la compañía de una persona para su desplazamiento", "No existe la menor duda... que el hoy recurrente ha llegado a ser totalmente ciego, y el ciego, como ya estableció el Decreto número 1328/63, de 5 de junio, modificando al respecto el artículo 42 del entonces vigente Reglamento de Accidentes de Trabajo, como dicen las sentencias de esta Sala de 30 de junio de 1981(sic), 15 de julio de 1982 y 18 de abril de 1984 , citadas por la de 1.° de abril de 1985, que reitera la doctrina expuesta por aquéllas, es acreedora que se le tenga como gran inválido en cuanto tiene necesidad de otra persona para realizar actos esenciales de la vida, así como de protección para eludir o defenderse de una situación de peligro".

n) En la STS/Social 18-marzo-1988 se reitera la doctrina consistente en que la pérdida de visión total de un ojo y la reducción del otro a 0,006, equivale a la ceguera y, consecuentemente, el afectado está en situación de gran invalidez.

o) La STS/Social 23-marzo-1988 destaca que es doctrina interpretativa de la Sala respecto del art. 135.6 LGSS entiende que "el acto esencial para la vida como el imprescindible para la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible, para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquellas actividades indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamentales para la humana convivencia, y estimando que, aunque no basta la mera dificultad en la realización del acto vital, no se requiere que la necesidad de ayuda sea continuada (sentencias de 25 de noviembre de 1970, 13 de marzo de 1972, 14 de febrero de 1977, 26 de junio de 1978 y 5 de febrero de 1982)", concluyendo, en el supuesto enjuiciado, que "Constatada... la agravación de las dolencias del actor, que actualmente padece un glaucoma crónico-bilateral, intervenido quirúrgicamente, con agudeza visual en ojo derecho de percepción de luz sin proyección y con opacidad cristalina nuclear y subcapsular posterior "n ojo izquierdo, con percepción de luz, y con presión intraocular de 15 mm., hg en ojo derecho y 13 mm., hg en el izquierdo, lo que le produce una visión prácticamente nula y le imposibilita el salir solo a la calle, la conclusión no puede ser otra que la de concurrencia de la situación de gran invalidez... dada la necesidad de asistencia ajena tan esencial para la seguridad en una actividad vital como es la de transitar por las vías públicas –cuya

imposibilidad de realización en solitario se deja reseñada, pues sus dolencias son equivalentes a la de ceguera absoluta que ha sido calificado en dicho grado de incapacidad por la doctrina de esta Sala (sentencias de 11 de febrero, 28 de junio, 15 de septiembre, 7 de noviembre y 22 de diciembre, todas del año, 1986, y las en ellas citadas)".

p) Se desestima la pretensión del recurrente en la STS/Social 24-octubre-1988, razonándose que "si bien es doctrina de la Sala que la ceguera total da derecho a las prestaciones de gran invalidez, y no tan sólo a las de la invalidez permanente absoluta, en el presente caso y prescindiendo de esa evolución a ceguera absoluta que justificaría en su momento la oportuna revisión resulta una agudeza visual de 0,2 en el ojo derecho que entraña, con corrección, una visión de 1/6, y ello hace innecesaria la asistencia de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, que es lo que, para la existencia de la gran invalidez, exige el art. 135.6 LGSS".

q) Se rechaza la pretensión del trabajador en la STS/Social 19-enero-1988, señalando que "... el Decreto 1328/1963, de 5 de junio, modificativo del art. 42 del Reglamento de Accidentes de 1956, que no derogó la Ley de la Seguridad Social de 1966, calificó como gran invalidez la pérdida de visión de ambos ojos. En el caso de autos no se da en el actor ceguera absoluta sino que en cada ojo conserva 1/10 de visión, lo que ciertamente le ha de impedir cualquier género de trabajo y el grado de incapacidad será el de absoluta y así lo tiene reconocido la Sala en Sentencia de 12 de abril de 1988, más tal pérdida de visión no ha de obstar a la realización de los actos esenciales de la vida, como el vestirse, asearse, desplazarse, hasta el punto de que precise para ello de asistencia de otra persona, sin que a ello opte el que humanitariamente y voluntariamente pueda ser ayudado para bajar escaleras o cruzar calles por ejemplo, por transeúntes que junto a el deambulen, pues tal ayuda que se suele prestar a quien por su edad o situación somática tenga dificultades, no es equivalente a la que necesaria –aunque puede que no continuamente– precisa un gran inválido para ser calificado como tal. La sentencia de 17 de mayo de 1982 señala qué la visión de 1/10 que no mejora con corrección percibiendo luz y bulto y la de 28 de noviembre de 1984 miopía, visión inferior a 1/10 y coriditis, nos señalan que tales secuelas no son determinantes de gran invalidez".

r) Se confirma, en la STS/Social 23-marzo-1988, la declaración de GI de un trabajador que padecía "retinitis pigmentaria en estado muy avanzado y sin posibilidades de mejoría, atrofia óptica bilateral, ojo derecho percepción luminosa y ojo izquierdo percepción luminosa", razonándose que "La Sala ha incluido en la gran invalidez la ceguera

y aquellas otras situaciones que, sin serlo de forma absoluta, exigen como aquélla; la proximidad de otra persona a la que poder asirse caso de necesidad, con la que desplazarse, que les ayude a aprehender cuanto necesite para comer, beber y consumar esas otras tareas precisas para la higiene y el decoro, con la dignidad que es inherente al ser humano. En ese sentido muy numerosas Sentencias, desde antiguo, así lo venían precisando, en aplicación del art. 42 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956 ; máxime, tras la modificación consumada por el Decreto 1328/1963, de 5 de junio, que tipificó la ceguera como gran invalidez, y más recientemente las de 15 de septiembre, 7 de noviembre y 22 de diciembre de 1986, 23 de junio y 21 de septiembre de 1987 y 18 y 23 de marzo de 1988, entre otras muchas».

s) Se ratifica la situación de GI de quien padecía "severa disminución de la agudeza visual por retinosis pigmentaria; catarata bilateral y reducción del campo visual, razonándose en la STS/Social 13-marzo-1989 que "La gran invalidez se define en el art. 135.6LGSS como la situación del trabajador que, debido a pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos y este precepto ha sido interpretado por la Sala en él sentido de entender el acto esencial para la vida como aquel que resulta imprescindible para la satisfacción de una necesidad primaria ineludible, para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquellas actividades indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamentales para la humana convivencia y, estimando que aunque no basta la mera dificultad en la realización del acto, no se requiere que la necesidad de ayuda sea continuada (Sentencias de 7 de octubre de 1987 y 23 de marzo de 1988). Por otra parte, y respecto á la pérdida de visión, la Sala ha precisado que son constitutivas de gran invalidez no sólo la ceguera total, sino también las situaciones de pérdida de la visión que, sin implicar una absoluta anulación de la misma; son funcionalmente equiparables a aquélla (Sentencias de 28 de junio y 7 de noviembre de 1986 y 23 de junio de 1987)".

t) Se estima que la situación del actor, –consistente en "Miopía magna progresiva de 16 dioptrías y sin corrección, sólo ve luz" pero destacando que "con corrección la agudeza visual en ambos ojos es de 1/6 y sin corrección la visión es nula"–, no alcanza la trascendencia suficiente para ser declarado en situación de GI, razonándose en la STS/Social 19-junio-1989 que "si bien es cierto que esta Sala viene asimilando a la ceguera las pérdidas de visión que sin alcanzarla ceguera absoluta requieran la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades

esenciales de la vida, la visión que le resta permite realizar por sí mismo los actos vitales esenciales".

u) Tampoco alcanza la trascendencia suficiente para la declaración de GI el supuesto enjuiciado en la STS/Social 12-junio-1990, –trabajador que padecía "retinitis pigmentosa con visión inferior a una décima sin corrección y con ella alcanza en ambos ojos una agudeza visual no inferior a una décima"–, razonándose que "aunque no hay una doctrina legal indubitada que termine qué agudeza visual ha de ser-valorada como ceguera, sí puede afirmarse que, en general, cuando ésta es Inferior a una décima en ambos ojos se viene aceptando que ello significa prácticamente una ceguera, así las sentencias de 1 de abril y 19 da septiembre de 1985 y 11 de febrero y 22 de diciembre de 1986 , sin embargo, cuando la agudeza visual es igual a una décima o superior, si no concurre ninguna otra circunstancia, viene estimándose que es posible con ella realizar los actos más esenciales de la vida sin necesidad de requerir el auxilio de otra persona, por lo que, en sí misma, no constituye una gran invalidez".

Por su parte, la jurisprudencia unificadora aunque por ahora no ha entrado directamente a resolver sobre la cuestión ahora debatida de la ceguera y la gran invalidez, sin embargo, al plantearse otros temas relacionados, ha destacado sobre esta cuestión:

a) Se asume que la ceguera total es un supuesto de gran invalidez, pero concluye que no puede concederse tal calificación por pretenderse la revisión por agravación respecto de una previa IPA aceptada por el demandante y las secuelas en su visión ya eran las mismas entonces de las que luego padece, argumentando que "En cuanto a la infracción legal denunciada ... por entender que siendo precisa la ayuda de una tercera persona para los actos elementales de la vida a quien padece ceguera total, se ha debido reconocer la gran invalidez postulada. El argumento es capcioso, porque la Sentencia recurrida no niega que la ceguera total sea una incapacidad en grado de gran invalidez; lo que niega es que se esté en supuesto legal de revisar una grado de invalidez anteriormente reconocido" y que "Al no estar ante un reconocimiento inicial debe estudiarse si concurre alguno de los supuestos de revisión de grado de invalidez... Pues bien, sin invocar error alguno de diagnóstico, la parte expone una situación exactamente igual a la que en su día fue calificada como IPA, y los hechos probados..., coinciden en tal descripción, pues el hecho probado primero enuncia las secuelas inicialmente valoradas, como "Pérdida parcial de visión desde la infancia por cataratas congénitas. Operado hace diez años con poco éxito, desde hace un año pérdida de visión casi total. O.D.= A.V.= 0 (desprendimiento de retina). O.I.=A.V.= luz (amaurosis)"; y en el hecho probado tercero, se

describen las que presenta el inválido al solicitar la gran invalidez como consistentes en "O.D. afaquia, desprendimiento de retina antiguo no operado. Ceguera irreversible. Visión: Percepción de Luz. O.I. ptosis bultos, con amaurosis total. Proceso irreversible". No cabe, pues entender infringido por no aplicación el invocado art. 135.6 de la Ley de 1974, porque no hay cauce legal para modificar la calificación en su día efectuada y que el propio interesado consintió, de tal modo que no se trata de la calificación que pudiera merecer la situación constituida por aquellas secuelas, sino que la Sala niega la posibilidad legal de modificar la calificación de la invalidez efectuada en su día". (STS/IV 22-julio-1996 -rcud 4088/1995).

b) Es importante, a los efectos ahora cuestionados, la declaración jurisprudencial de que existen supuestos de incapacidad permanente en los que puede "objetivizarse" tal calificación, destacando, al analizar la falta de contradicción en un caso de infección VIH, que "Lo expuesto no equivale a ignorar que hay supuestos concretos legalmente valorados como alguno de aquellos niveles de incapacidad permanente, en los que puede "objetivarse" una tal calificación, como hizo el viejo Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de Junio de 1956, y aún hoy se admite para calificar la ceguera total como gran invalidez, o la silicosis según el grado de su evolución y la concurrencia, o no, de cardiopatías que agravan el estado del enfermo profesional. No es este el caso de la enfermedad aquí enjuiciada, cuya valoración al efecto aquí debatido dependerá de la incidencia limitativa que produzca en cada sujeto aquejado de ella" (STS/IV 15-enero-2002 -rcud 2327/2001).

c) La jurisprudencia de la Sala, a partir fundamentalmente de la STS/IV 30-01-2008 (rcud 480/2007 , Sala General) ha declarado "compatible con la pensión por Gran Invalidez el trabajo a tiempo completo en una determinada actividad laborar aunque no sea marginal, –lo que también resulta trascendente a los efectos ahora enjuiciados, en cuanto, "a sensu contrario", no puede denegarse la declaración de GI por el hecho de trabajar o poder trabajar en una profesión que no resulte perjudicial o inadecuada para el estado del incapacitado y no suponga incidir en un supuesto de revisión por mejoría–, partiendo de que "el trabajador en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, por lo dispuesto en el art. 24-4 de la O. de 15 abril 1969, puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna, sin que en ningún extremo de la disposición legal se afirme que sólo puede desempeñar actividades "superfluas, accidentales o esporádicas" (doctrina seguida entre otras, en las SSTS/IV 10-noviembre-2008 -rcud 56/2008; 14-octubre-2009 -rcud 34529/2008; 10-noviembre-

2009 -rcud 61-2009; 1-diciembre-2009 -rcud 1674/2008; 19-marzo-2013- rcud 2022/2012).

d) En la citada STS/IV 1-diciembre-2009 (rcud 1674/2008) se sintetiza que "la única incompatibilidad que formula el artículo 141.2 de la LGSS para la pensión de incapacidad permanente absoluta es la relativa a las actividades que sean "incompatibles" en el sentido de perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado. El desarrollo por éste de actividades no perjudiciales dará lugar, no a una incompatibilidad, sino a una revisión por mejoría o por error de diagnóstico. Este es el sistema legal de incompatibilidad y no cabe corregirlo a través de una interpretación restrictiva, pues, como ya señaló la sentencia de 30 de enero de 2008, ello produciría disfunciones importantes, como el tratamiento peyorativo de la incapacidad absoluta respecto a la total (el incapacitado absoluto perdería su pensión por un trabajo concurrente, lo que no sucedería en el caso del incapacitado total) o la desincentivación de la reinserción de los incapacitados absolutos, lo que no sucedería si en caso de trabajo del incapacitado absoluto se revisara el grado para reconocer, por ejemplo, una incapacidad total. El sistema legal ha partido de una reducción muy amplia de las posibilidades de empleo del incapacitado absoluto, pero no ha establecido una incompatibilidad general entre la pensión y las rentas de trabajo. La incompatibilidad queda reducida a las actividades no adecuadas para el incapacitado, debiendo resolverse las demás a favor de la compatibilidad o de la revisión del grado".

f) Se posibilita que un trabajador de la ONCE que compatibilizó su trabajo como vendedor de cupón con la prestación de GI derivada de padecer "retinopatía diabética determinante de ceguera" declarada con efectos 01-10-1989, pueda con cargo a las ulteriores cotizaciones lograr que tales cotizaciones satisfechas como consecuencia del nuevo trabado desarrollado por el pensionista tengan eficacia para recalcular la pensión anteriormente reconocida, de IPA o de GI, siempre y cuando la situación clínica del pensionista le impida seguir desarrollando la actividad profesional desempeñada desde que se produjo su primera declaración de incapacidad. y, –tras analizar la jurisprudencia de la Sala que viene declarando compatible con la pensión por gran invalidez el trabajo a tiempo completo en una determinada actividad laboral–, se concluye que "La reproducción que hemos hecho de esa doctrina no ha sido caprichosa, a pesar de que el tema resuelto en las sentencias citadas no era el que ahora se nos plantea –decidir qué incidencia pueden tener las cotizaciones del trabajo del pensionista– sino la de determinar si era compatible o no con el percibo de la pensión la realización de un trabajo que, en los casos analizados por esas sentencias, no era precisamente marginal.

> Pero, dicho esto, no es menos cierto que la argumentación que da la Sala para inclinarse a favor de la compatibilidad es perfectamente aplicable al caso que ahora nos ocupa, y ello por dos razones. La primera es que, en esencia, se trata de hacer una interpretación de los textos legales que sea lo más favorable posible a la efectividad del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 CE ; que no haga de mejor condición al trabajador declarado en IPT que al declarado en IPA o gran invalidez; y que, en definitiva, evite la interpretación contraria que, sin duda, tendría "cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA o GI". Y la segunda razón es que, aunque sea obiter dicta...la Sala Cuarta continúa diciendo que "aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras (pensión de jubilación/nueva prestación por IPA)", ello no sería suficiente como para evitar que se produzca ese efecto desmotivador que precisamente se intenta conjurar con la nueva doctrina de la Sala" y que "Pues bien, se trata ahora de sacar las consecuencias lógicas de esta doctrina y de elevar a decisión lo que en ella aparecía como un obiter dictum: que las cotizaciones satisfechas como consecuencia del nuevo trabajo desarrollado por el pensionista han de tener eficacia para recalcular la pensión anteriormente reconocida, prestación de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, siempre y cuando la situación clínica del pensionista le impida seguir desarrollando la actividad profesional – o actividades profesionales-desarrollada desde que se produjo su primera declaración de incapacidad» (STS/IV 16-octubre-2013 -rcud 907/2012).

De la referida jurisprudencia de esta Sala, cabe concretar como doctrina unificada que: a) una persona que pueda ser considerada ciega, por estar indiscutidamente dentro de las categorías de alteración visual que dan lugar a la calificación de ceguera, bien por padecer ceguera total o bien por sufrir pérdida de la visión a ella equiparable (cuando, sin implicar uña absoluta anulación de la misma, sea funcionalmente equiparables a aquélla) reúne objetivamente las condiciones para calificarla en situación de gran invalidez; b) aunque no hay una doctrina legal ni científico-médica indubitada que determine qué agudeza visual ha de ser valorada como ceguera, sí puede afirmarse que, en general, cuando ésta es inferior a una décima en ambos ojos se viene aceptando que ello significa prácticamente una ceguera; c) es claro que el invidente en tales condiciones requiere naturalmente la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida, aunque no figure así en los hechos declarados probados de la correspondiente resolución judicial, no requiriéndose que la necesidad de ayuda sea continuada; d) no debe excluir tal calificación de GI la circunstancia de quienes, a pesar de acreditar tal situación, especialmente por percibir algún tipo de estímulo luminoso, puedan en el caso personal y concreto, en base a factores perceptivos, cognitivos, ambientales, temporales u otros, haber llegado a adquirir alguna de las

habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, o incluso los que puedan llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación, con lo que, además, se evita cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en tal situación.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2015 (recurso 1764/2014) que considera como ceguera total o pérdida de visión equiparable que reúne las condiciones para calificarla de gran invalidez, la agudeza visual de bultos en ojo derecho y de 0,05 en ojo izquierdo pues no cabe excluir a quienes hayan adquirido habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin efectuar trabajos no perjudiciales con su situación, no es necesario que sea continua la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida.

Igualmente la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2020 (recurso 192/2018) considera que procede la declaración de la situación de gran invalidez por tener la consideración de ceguera total o pérdida equiparable la agudeza visual muy por debajo de una décima en ambos ojos.

En cambio, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2018 (recurso 1442/2016) entiende que no procede su reconocimiento al no ser equiparable a la ceguera la pérdida prácticamente completa de visión de un ojo y la agudeza de 0,12 del otro, superando con ello el parámetro objetivo establecido por la doctrina de esta sala, y que exige una visión inferior a una décima en ambos ojos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2020 (recurso 3347/2018) considera que procede reconocer la pensión de gran invalidez que la trabajadora de la ONCE cuyas lesiones han evolucionado hasta la ceguera absoluta respecto a las presentadas al momento de la afiliación, y que pese a que en el momento de la afiliación la demandante presentada severas limitaciones en su visión, no podía ser considerada ciega legalmente porque conservaba una visión superior a una décima en ambos ojos, se demostró que tras un periodo de actividad profesional muy prolongado, ha evolucionado hacia la ceguera absoluta y necesita de la colaboración de otra persona.

6. Incapacidad permanente absoluta y no gran invalidez cuando la necesidad de ayuda de tercera persona era anterior a la afiliación, si bien las dolencias se agravaron e impiden realizar trabajo alguno, entre ellos el que venía realizando [47]

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2018 (recurso 3779/2016) señala que de conformidad con la tradicional interpretación del artículo 193.1 LGSS, las reducciones anatómicas o funcionales de carácter genético o que,

[47] Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre (recurso 1098/2018); 25 de septiembre de 2020 (recurso 4716/2018); 9 de febrero de 2021 (recurso 3847/2018); 10 de julio de 2018 (recurso 3104/2017); 10 de julio de 2018 (recurso 4313/2017); 17 de abril de 2018 (recurso 970/2016).

sin tenerlo, se ha producido antes de la afiliación o alta del trabajador no pueden ser tomadas en consideración para causar la protección por incapacidad permanente. De tal manera que aquellas lesiones o enfermedades que se padecieran con anterioridad al alta en la Seguridad Social no han de tener incidencia en la valoración de una invalidez permanente, pues en caso de que existan algunas invalidantes del trabajo, la misma Seguridad Social tiene sistemas de protección o prestaciones para subvenir a esas situaciones o contingencias, como son las atenciones a las personas con discapacidad.

Ello no obstante el párrafo segundo del citado precepto establece que: "La reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de la afiliación.

En tales casos, habrá que determinar si concurren los supuestos configuradores de los distintos grados de invalidez permanente, pero bien entendido siempre que la valoración no puede hacerse en comparación con la capacidad laboral normal de un trabajador ordinario, sino con la ya reducida que presentaba el propio trabajador.

En definitiva, han de tenerse en cuenta, a tales efectos, las peculiaridades de su inserción en el mundo laboral, en la medida en que supone una ampliación de sus posibilidades de trabajo, compensadora, justamente, de su inicial imposibilidad para desarrollar una actividad laboral en las condiciones habituales del mundo laboral. Ello implica que la lesión preconstituída queda extraordinariamente relativizada en estos supuestos en los que, aun existiendo antes de la afiliación, el encuadramiento se ha producido teniendo en cuenta ya los padecimientos y la situación clínica del trabajador.

Habida cuenta de que la actora presentaba, con anterioridad al ingreso en el mundo laboral, una situación clínica que ya exigía la ayuda de una tercera persona, tal circunstancia no debe ser tenida en consideración exclusiva de la pérdida de la capacidad de trabajo que hasta entonces tenía – de ahí que se le reconozca una incapacidad absoluta para todo trabajo. Pero, por lo mismo, ello le impide el reconocimiento de la gran invalidez, puesto que las nuevas lesiones o agravamiento de las ya padecidas no han tenido ninguna incidencia a los efectos invalidantes que se pretenden.

7. Reconocimiento de la gran invalidez cuando las lesiones han evolucionado hasta la ceguera absoluta respecto a las presentadas al momento de la afiliación, pues las dolencias visuales que justifican la necesidad de asistencia de tercera persona no estaban presentes en el momento de la afiliación al sistema de seguridad social

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2021 (recurso 5046/2018) señala que resulta evidente que el trabajador, al momento de su afiliación, no presentaba el cuadro de dolencias que se ha advertido en el informe médico de síntesis de forma que la dolencia visual debe ser tomada en su total extensión a la hora de calificar el grado que pretende. Es evidente que, solo hecho de haber estado trabajando como vendedora de cupones no impide que se otorgue la prestación interesada cuando tras la incorporación al sistema de Seguridad Social ha sufrido un cuadro de padecimientos que han ido evolucionando hasta generar la necesidad de ayuda de tercera persona.

2.13. ENFERMEDAD PROFESIONAL

1. Fecha inicial del percibo de la prestación [48]

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2000 afirma que en materia de revisión de la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional se aplica el artículo 113 de la OM de 9 de mayo de 1962 (Reglamento de enfermedades profesionales), que dice así: "Las fechas en que surtirán efecto las revisiones serán: a) para revisiones de incapacidades permanentes, la del día 1 del mes siguiente al en que haya solicitado la revisión".

El artículo 142 LGSS/1994 (actual 199) ha previsto nuevas normas reglamentarias en materia de enfermedades profesionales, de adaptación de los reglamentos generales de prestaciones a las particularidades y ". Pero lo cierto es que características especiales de dicha contingencia es que esas normas no se ha dictado todavía, por lo que, la jurisprudencia social ha declarado reiteradamente la aplicación al presente caso el citado artículo 113.a) de la OM de 9 de mayo de 1962, y no de otros preceptos reglamentarios previstos para las declaraciones iniciales de incapacidad o para el reconocimiento de grados de incapacidad derivados no de enfermedad profesional sino de contingencias comunes (SSTS de 18 de diciembre de 1973, 4 de diciembre de 1974, 20 de abril de 1978, de 24 de enero de 1979, 1 de abril de 1979, 1 de abril de 1980. 2 de febrero de 1981).

2. Incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional. Calificación de la imposibilidad de traslado a puesto de trabajo exento de riesgo

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2001 (recurso 4570/1999) recuerda, como ya establecía la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1994 que si bien es cierto que el artículo 48 de la Orden de 9 de mayo de

[48] Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2001 (recurso 4190/2000).

1962 para los supuestos en que quien sufre mal de origen profesional no pudiera ser trasladado a otro puesto de trabajo de su misma empresa que excluyera la manifestación de dicho mal o su agravación, dispone la baja en la misma, otorgándole determinada protección distinta al reconocimiento de incapacidad permanente total. Mas no lo es menos que tal norma reglamentaria condiciona su mandato a que el referido mal profesional solo le inhabilite para el desempeño de ciertos puestos de trabajo que por las circunstancias que les son propias perjudiquen la enfermedad, lo cual denota que pueden existir otros, correspondientes a la categoría profesional del trabajador, cuyo eventual desempeño no generaría las indicadas consecuencias. No es dudoso lo últimamente expuesto, pues el citado artículo 48 contiene previsión según, si durante el tiempo en que ha de ser dispensada la referida protección se ofreciese "al trabajador un puesto adecuado a su categoría profesional", cesará dicha protección. Consiguientemente, cuando la enfermedad profesional padecida, cual es el caso, presenta carácter irreversible inhabilitado para el profesional padecida, cual es el caso, presenta carácter irreversible inhabilitado para el desempeño de cualquier punto de trabajo para la categoría profesional ostentada por el trabajador, resulta evidente que procede el reconocimiento de la incapacidad permanente total y el abono de la pensión correspondiente.

3. Incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional. Profesión

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2015 (recurso 1643/2014) considera que las lesiones que padece la actora consistente "síndrome subacromial derecho" al estar incluido en el Anexo del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre (Grupo 2, Agente D, Subagente 01, Actividad 01 y Código 2D0101) a diferencia del accidente de trabajo no requiere acreditar el nexo causal para la determinación de que derivan de enfermedad profesional.

Por otra parte, aunque la profesión de peluquero/a no esté expresamente incluida en la enumeración de actividades capaces de producir la enfermedad profesional, como las que se relacionan en el Real Decreto 1299/2006 de 2como son pintores, escayolistas, montadores de estructuras", tal lista debe considerarse abierta como se deduce de adverbio2 como en interpretación por la jurisprudencia de esta Sala, por lo que no excluye otras profesiones con análogos requerimientos, y por tanto, entre ellas, la de peluquería.

4. Procede el reconocimiento de la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional a pensionista de jubilación [49]

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2009 (recurso 3671/08) establece la siguiente doctrina: "La dicción del artículo 138.1 LGSS en su párrafo niega el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, si deriva de contingencias comunes, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el apartado 1.a) del artículo 161 LGSS y reúna los requisitos para

[49] Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2010 (recurso 2254/2009); 5 de noviembre de 2009 (recurso 3671/2008).

acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. Esta específica exclusión permite interpretar la norma como destinada a establecer una excepción a la posibilidad de obtener la prestación de incapacidad permanente, excepción que se significaría en dos extremos no alternativos sino acumulativos, la edad y los requisitos para acceder a la jubilación de una parte y de otra el origen común de sus dolencias. Con esta restricción se consagra como regla general la posibilidad de acceder a la prestación por invalidez desde una situación de jubilación o de requisitos para obtenerla, siempre que el origen de la contingencia sea profesional lo que se cohonesta con lo dispuesto, como señala la sentencia de contraste, en el artículo 36.9 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero asimilando al alta a quienes hubieren cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento de dicho Régimen … después de haber prestado servicios en puestos de trabajo que ofrecieran riesgo de enfermedad profesional y a los solos efectos de que pueda declararse una invalidez permanente debido a dicha contingencia.

Con ello se mantiene el trato privilegiado que a las contingencias profesionales otorga el legislador, que en el artículo 125.3 LGSS considera en alta de pleno derecho, a efectos de accidente de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque el empresario hubiere incumplido sus obligaciones, y en el apartado cuarto del artículo 124, tampoco exige periodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones que deriven de accidente de trabajo o enfermedad profesional, siendo también diferentes las reglas de cálculo de la base reguladora.

El conjunto de las disposiciones favorables a esa protección más elevada y las características que acompañan a las dolencias con origen en las contingencias profesionales evidencian el propósito del legislador, con su excepción relativa a la contingencia común, de amparar el reconocimiento de la prestación solicitada, por lo que deberá entenderse que fue la sentencia de contraste la que se aplicó la buena doctrina con lo que procede unificar lo resuelto.

A mayor abundamiento hay que señalar que el artículo 36.1 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, aplicable al supuesto debatido por la fecha en que fueron objetivizadas las dolencias del recurrente, constitutivas de la situación de incapacidad permanente absoluta –estado reconocido por la sentencia de instancia, si bien denegó el derecho a las correspondientes prestaciones– regula las situaciones asimiladas al alta de quienes hubieran cesado en la prestación de servicios, reconociendo en el apartado 9 como constitutivo de tal situación: "la situación de aquellos trabajadores que no se encuentren en alta ni en ninguna otra de las situaciones asimiladas a la misma, después de haber prestado servicios en puestos de trabajo que ofrecieran riesgo de enfermedad profesional y a los solos efectos a que pueda declararse una invalidez permanente debida a dicha contingencia".

5. No Procede el reconocimiento de la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional a pensionista de jubilación [50]

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 (recurso 411/2014) sostiene que no procede el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente total deriva de enfermedad profesional a un trabajador jubilado desde años cuando las lesiones residuales que padece no alcanzan ese grado incapacitante, por el hecho de que en la empresa no se acreditase que existiesen puestos de trabajo de su categoría que no estuviesen sujetos a ese riesgo profesional.

2.14. ACCIDENTE NO LABORAL

1. Incapacidad Permanente Absoluta como consecuencia de complicaciones y lesiones sufridas en el parto derivan de accidente no laboral

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2020 (recurso 201/2018) tras constatar que durante el parto concurrió un elemento súbito y violento que aconsejó recurrir a determinadas maniobras que acabaron produciendo las lesiones, señala que no resulta tan sencillo determinar con precisión y exactitud que sea una acción externa. Con independencia de lo anterior, la verdad es que lo sucedido en el parto, encaja mal, ciertamente, con concepto de enfermedad, que supone "un deterioro psico-físico desarrollado de forma paulatina, que no obedece a una acción súbita y violenta", siendo esto último lo que se corresponde, precisamente, con el concepto de accidente (STS de 10 de junio de 2009 (recurso 3133/2008). Lo ocurrido en el parto de la recurrente en casación para la unificación de doctrina no fue, en efecto, un deterioro desarrollado de forma paulatina, sino que se asemeja a la acción súbita y violenta inherente al concepto de accidente.

También es importante tener en cuenta que el embarazo y el parto no son, en sí mismos, ninguna enfermedad. Ello dificulta, aún más, la inserción conceptual de lo sucedido en el parto de la recurrente en la noción de enfermedad. No está de más recordar, en este sentido, que procediendo a modificar la LGSS/1994, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, creó la protección específica de la maternidad, que quedaba así "desligada" de la incapacidad temporal, en la que hasta entonces venía encuadrándose, procediendo a dotar a la protección de la maternidad, en consecuencia, de rasgos propios y diferenciados.

Tampoco el parto puede asimilarse fácilmente a cualquier otra intervención hospitalaria. Estas intervenciones se encaminan a poner remedio a una amenaza, ya verificada o potencia, a la salud que no se pueden identificar ni asimilar por completo a un embarazo y a un parto, que son procesos naturales no patológicos. No se comparte, por tanto, la afirmación realizada en la impugnación del recurso en el sentido de que, si así hiciera en el supuesto del parto de la recurrente, cualquier intervención médica con efectos no deseados tendría que ser considerada accidente

[50] Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2015 (recurso 2308/2014); 23 de febrero de 2016 (recurso 1914/2014).

no laboral. De nuevo debemos insistir en la especificidad y singularidad del embarazo y del parto, que diferencia esas situaciones del concepto de enfermedad.

Por último, hay que tener en cuenta que el "hecho biológico incontrovertible", por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre mujeres.

El artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, sobre "integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas", establece que "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Además, el artículo 15 de la Ley Orgánica 3/2007, dispone que "el principio de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los poderes públicos. De esta manera si la expresión de acción "externa" pudiera generar alguna duda, la perspectiva de género refuerza la interpretación de que el hecho debe considerarse accidente no laboral y no enfermedad común, pues todas las mujeres pueden encontrarse en una situación que no tiene parangón con ningún otro tipo de circunstancia en la que se acuda a la atención sanitaria. De ahí que la utilización de parámetros neutros conduce a un resultado contrario con el principio de igualdad efectiva que nuestro ordenamiento consagra.

2.15. REVISIÓN DE GRADO

1. Revisión por agravación de lesiones permanentes no invalidantes[51]

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2006 (recurso 644/2005) señala que el concepto unitario de las lesiones no invalidantes y las lesiones constitutivas de los grados de incapacidad determina que se pueda realizar la revisión de grado por agravación.

2. Revisión y edad de jubilación

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2004 (recurso 3412/2003) considera que el INSS está obligado a resolver toda solicitud de revisión presentada abres de que el beneficiario cumpla los 65 años de edad y no podrá denegarla por el solo hecho de que aquel alcance dicha edad antes de que se resuelva su solicitud. Sin perjuicio, por supuesto de las facultades de la Entidad Gestora y en su caso, del órgano judicial, para determinar si existen las dolencias alegadas y decidir si tienen o no entidad suficiente para provocar el cambio del grado de invalidez que se pretende obtener con la solicitud de revisión.

51 Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2008 (recurso 4827/2006).

3. Revisión y lesiones anteriores a la afiliación. Gran invalidez y ceguera anterior al alta

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2016 (recurso 3907/2014) considera que de conformidad con la tradicional interpretación del actual artículo 193.1 LGSS, las reducciones anatómicas o funcionales de carácter genético o que, sin tenerlo, se han producido antes de la afiliación o alta del trabajador no pueden ser tomadas en consideración para causar protección por incapacidad permanente. De tal manera que aquellas lesiones o enfermedades que se padecieran con anterioridad al alta en la Seguridad Social no han de tener incidencia en la valoración de una invalidez permanente, pues en caso de que existan algunas invalidantes del trabajo, la misma Seguridad Social tiene sistemas de protección o prestaciones para subvenir a esas situaciones o contingencias como son las atenciones a las personas con discapacidad. Ello no obstante, el párrafo segundo del citado precepto establece que "Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación.

En tales casos, habrá que determinar si concurren los supuestos configuradores de los distintos grados de invalidez permanente. Pero bien entendido siempre que la valoración no puede hacerse en comparación con la capacidad laboral normal de un trabajador ordinario, sino con la ya reducida que presentaba el propio trabajador. En definitiva, han de tenerse en cuenta, a tales efectos, las peculiaridades de su inserción en el mundo laboral, en la medida en que supone una ampliación de sus posibilidades de trabajo, compensadora, justamente, de su inicial imposibilidad para desarrollar una actividad laboral en las condiciones habituales del mundo laboral. Ello implica que la lesión preconstituida queda extraordinariamente relativizada en estos supuestos en los que, aun existiendo antes de la afiliación, el encuadramiento se ha producido teniendo en cuenta ya los padecimientos y la situación clínica del trabajador.

Por tanto, habida cuenta que el actor presentaba, con anterioridad al ingreso en el mundo laboral, una situación clínica que ya exigía la ayuda de una tercera persona, tal circunstancia no debe ser tenida en cuenta a efectos de la configuración de la nueva situación protegida que se produce como consecuencia exclusiva de la pérdida de la capacidad de trabajo que hasta entonces tenía el trabajador, de ahí que se le reconozca, por agravamiento de las lesiones que padecía y la aparición de otras nuevas, una incapacidad absoluta para todo trabajo, pero, lo mismo, ello le impide el reconocimiento de la Gran Invalidez, puesto que la situación clínica que podría dar lugar a la misma ya la padecía con anterioridad a su ingreso en el mundo laboral, sin que las nuevas lesiones o el agravamiento de las ya padecidas hayan tenido ninguna incidencia a los efectos invalidantes que se pretenden.

4. Revisión de IPA a Gran Invalidez por presentar lesiones posteriores a la afiliación que se han agravado [52]

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

5. Responsabilidad. Revisión de grado de la incapacidad permanente referida a un trabajador declarado inicialmente en situación de incapacidad permanente total por contingencia profesional y con posterioridad se le reconoce la absoluta por enfermedad común

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2000 (recurso 898/1999)[53] señala que sin duda en los casos de revisión del grado de incapacidad permanente, en el que no varía ni cambia el riesgo causante de la incapacidad permanente,, es decir, cuando tanto la invalidez permanente total anterior a la revisión, como la invalidez absoluta reconocida a consecuencia de esa revisión, tienen un mismo origen, bien sea enfermedad común, bien accidente laboral, bien cualquier otro riesgo análogo, no suelen presentarse problemas en relación con la fijación de la cuantía de la base reguladora, pues ésta no suele experimentar modificación alguna.

Sin embargo, a pesar de lo que se acaba de indicar, cuando el trabajador inicialmente declarado en situación de incapacidad permanente total, consigue luego un nuevo trabajo, y después de ese nuevo periodo de actividad laboral, por presentarse dolencias o lesiones generadores de una incapacidad permanente absoluta, solicita del INSS la revisión del grado de invalidez permanente inicialmente reconocido, obteniendo una resolución estimatoria de esta nueva solicitud, es casi seguro que la cuantía de la base reguladora de la nueva pensión será más elevada que la anterior, dado que lógicamente se habrán de tener en cuenta las cotizaciones o retribuciones del nuevo periodo de actividad laboral desarrollado.

También puede producirse un incremento de la base reguladora en los casos de revisión en que, aunque el operario no haya trabajado después de haber sido declarado afecto de incapacidad permanente total, derivada de enfermedad común, en razón de tal revisión se le concede una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional o de accidente laboral habida cuenta que lo normal es

[52] Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2020 (recurso 1090/2018).

[53] Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2001 (recurso 37/2001); 29 de octubre de 2002 (recurso 82/2002); 1 de diciembre de 2003 (recurso 4268/2002); 29 de septiembre de 2004 (recurso 60/2003); 16 de enero de 2020 (recurso 3700/2017).

que la base reguladora correspondiente a prestaciones derivadas de riesgos profesionales sea más alta que las derivadas de riesgos comunes.

Pues bien, en el caso que nos ocupa hay que concluir que la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta reconocida al actor a consecuencia de la revisión, ha de ser la misma que se aplicó a la prestación de invalidez precedente.

Pero es obvio que la responsabilidad del pago ha de recaer en este caso en dos entidades diferentes, en razón precisamente a la concurrencia de concausas distintas de la incapacidad definitiva del actor, han de asumir tal responsabilidad, por un lado la Mutua de Accidentes de Trabajo, y por otro el INSS. Y lo lógico es que la distribución de estas responsabilidades se efectúe en principio, de modo que se asigne a la citada Mutua el abono del 55 % de esa base reguladora y al INSS el 45 % restante. Es cierto que este reparto no puede considerarse como constitutivo de una norma general válida para todos los casos, puesto que según, las circunstancias concurrentes en cada uno de ellos, pueden o no aparecer razones para reducir el porcentaje delimitador de la responsabilidad del INSS, reducción que provocaría el correlativo incremento de la responsabilidad de la Mutua de Accidentes de Trabajo. Pero en el presente proceso no es posible alterar la distribución porcentual indicada, ya que no se ha efectuado en él ninguna alegación al respecto, ni ha sido objeto de debate tal modificación, ni se aprecia la concurrencia de prueba alguna que le pudiese servir de apoyo.

6. Revisión de grado por mejoría no procede cuando permanece el estado patológico permanece [54]

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2005 (recurso 3383/2004) señala que tanto la revisión por mejoría como por agravación, exigen conceptualmente la comparación entre dos situaciones; la contemplada en la resolución que concedió la prestación, declarando el grado que se pretende revisar, y el estado actual del beneficiario, de tal modo que si la situación ha mejorado deberá efectuarse la revisión a la baja, pero si el estado actual del beneficiario coincide con el pretérito que dio lugar al reconocimiento, no puede efectuarse la revisión por mejoría. Tampoco podrá revisarse por error de diagnóstico si no existió error, sino simplemente desacuerdo con la valoración efectuada en la resolución administrativa o judicial que reconoció el grado.

7. Base reguladora cuando el trabajador declarado inicialmente incapaz parcial por accidente de trabajo y con posterioridad se le reconoce la total por enfermedad común [55]

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2003 (recurso 1971/2002), considera que en caso no resulta aceptable una reducción en el

54 Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 (recurso 2066/2009).

55 Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2013 (recurso 2440/2011).

montante inicial de la base reguladora, como acontecería en los supuestos en los que se cambia la causa generadora de la invalidez de riesgo profesional a enfermedad común, pues la reducción de la protección que se produciría de esta forma no encaja ni se acomoda con el sentido unitario y de vinculación con la situación precedente que presenta la revisión, como se acaba de apuntar y, por ello, aunque se declare la invalidez resultante de la revisión se deriva de enfermedad común, ello no elimina en modo alguno la incidencia que normalmente toda la revisión del grado de incapacidad se lleva a cabo algunos años después del primer reconocimiento, por lo que, si el interesado no ha podido desarrollar en el periodo intermedio ninguna actividad laboral, las consecuencias que se derivarían para dicho pensionista, si se sigue el criterio de cuantificar la base reguladora de la nueva prestación de acuerdo con las normas que al respecto rigen para las invalideces derivadas de enfermedad común, serían excesivamente perjudiciales, pues esa base reguladora cuanto más años hayan pasado desde el reconocimiento de la invalidez total. Mas reducida sería en su importe, mientras que el mantenimiento de la base reguladora sería en su importe, mientras que el mantenimiento de la base reguladora inicial permite, normalmente, que la prestación resultante de la revisión conserve un nivel más adecuado de protección.

8. Suma de dolencias derivadas de distintas contingencias y periodo de carencia [56]

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2002 (recurso 2424/2001) afirma que aunque el estado de salud del demandante que menoscaba su capacidad para el trabajo es una situación unitaria que ha de ser valorada globalmente, en particular supuesto de autos, las secuelas del accidente son ajenas al efecto "absolutamente" invalidante que se pueda declarar por vía revisoría, que sin se genera por las solas dolencias derivadas de enfermedad común. Por ello, como también señala la sentencia de 12 de junio de 2000. Estas aseveraciones ponen en evidencia que en el problema que estamos analizando no es posible establecer una regla única, ni aplicar una solución unitaria válida para todos los supuestos; al contrario, para llegar a una solución correcta en cada caso, es necesario tener en cuenta las circunstancias y particularidades que en el concurre". Añadiendo, que en estos casos, en que la responsabilidad del pago de la pensión ha de recaer sobre dos entidades diferentes, en razón precisamente a la concurrencia de concausas distintas en la incapacidad definitiva, el reparto no puede considerarse como constitutivo de una norma general válida para todos los casos, puesto que, según las circunstancias concurrentes en cada uno de ellos, pueden o no aparecer razones para reducir el porcentaje delimitador de la responsabilidad. Por ello, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1995 (recurso 1349/1993) expresa que "las dos resoluciones dichas contemplan supuestos –que es específico en la última– de los efectos y de la imputación de responsabilidades entre la Mutua responsable por el accidente y el INSS que lo es por la enfermedad común, cuando las secuelas de ésta no guardan relación alguna con las que aquel originó, decidiendo que la prestación

[56] Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2004 (recurso 1045/2003).

correspondiente al nuevo grado de incapacidad consecuente a la revisión, tiene efectos desde la fecha en que se dictó la resolución que debió acceder a ella; y que la Mutua mantiene su responsabilidad en la misma cuantía que hubo de asumir por el accidente y el INSS ha de satisfacer la diferencia que resulta de la que corresponde a la nueva prestación". Ello conduce, para que exista responsabilidad en el INSS, que concurran los requisitos establecidos para tener derecho a las prestaciones económicas con cargo a esta entidad gestora, por la contingencia de enfermedad común –que es la que en el caso de autos determina por sí sola la situación de incapacidad permanente absoluta y por consiguiente la revisión de grado– a la que alude el artículo 200 LGSS, en concordancia con los correspondientes preceptos de las normas anteriores, entre los que está el de determinada carencia, que no se cumple en el supuesto de autos y, que por ello la sentencia combatida desestimó la pretensión actora. Solución ésta que al ser conforme con lo antes expuesto determina la desestimación de la revisión.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 4 de noviembre de 2004 señala que ha de contemplarse el estado invalidante del beneficiario declarado en incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo en su conjunto y si de ellos se desprende que su situación es la incapacidad permanente absoluta, aunque derivada de contingencia común, no cabe exigirle que en ese momento reúna los requisitos exigidos para acceder a la prestación. No obstante, hay que advertir que, como se dijo en la sentencia de 12 de junio de 2000, normalmente en esos casos se trata de situaciones complejas en las que no es posible establecer una regla única, ni aplicar una solución unitaria válida para todos los supuestos. Por el contrario, para llegar a una solución correcta en cada caso es preciso tener en cuenta las particularidades y circunstancias que en él concurren entre las que podrá resultar relevante el grado inicial de incapacidad reconocido, pues no es lo mismo, por ejemplo, a efectos de exigir que se reúnan los requisitos del artículo 124 LGSS (actual 165 LGSS) para acceder a la nueva prestación por agravación que se parta de una incapacidad parcial o que se haga, como es el caso desde la total[57].

9. Revisión por agravación de IPT cualificada derivada de accidente de trabajo. Responsabilidades

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2020 (recurso 1646/2018) establece que habiéndose reconocido la incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común la Mutua debe hacerse cargo de la prestación en el mismo porcentaje que se venía aplicando, incluyendo por tanto, el 20 % correspondiendo a la IPT cualificada, siendo el INSS del 25 % resultante.

[57] Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2006 (recurso 208/2005), de 14 de febrero de 2006 (recurso 4480/2006).

10. Determinación del grado. No vinculación a la solicitud del interesado [58]

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001 afirma que la resolución administrativa puede calificar la situación del beneficiario aun contra sus intereses, que la resolución administrativa califique la situación del beneficiario aun en contra sus intereses.

11. Devengo de los efectos de la revisión. Fecha de la resolución de revisión del INSS [59]

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2002 (recurso 3926/2000) considera que la fecha de efectos de la revisión se produjo en el momento de dictarse de la resolución definitiva del INSS y no la del dictamen del EVI.

12. El INSS no puede suspender la pensión en el curso de un proceso de revisión de incapacidad

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2003 (recurso 2943/2002) aprecia lo siguiente:

a) El artículo 143.2 LGSS/1994 en el que la Entidad Gestora apoya su tesis sobre la suspensión, le autoriza, en efecto, a promover de oficio la revisión de sus propias resoluciones sobre el reconocimiento de cualquier grado de invalidez, y sin sujeción a plazo, cuando la revisión se basa en un error de diagnóstico y el beneficiario está realizando algún trabajo por cuenta propia o ajena, y esta revisión podrá alcanzarse previos los trámites y con sujeción al procedimiento previstos en el Real Decreto 1300/95, de 21 de julio, pero de ello no deriva ninguna autorización al INSS para suspender la prestación de invalidez Previamente reconocida utilizando para ello el procedimiento de revisión.

b) El RD 1300/95 fue posteriormente desarrollado por la Orden de 18 de enero de 1996, y en dicha Orden sí que se previó una posibilidad de suspensión de la prestación de la invalidez, en un procedimiento de revisión, en concreto el artículo 18.4 de la misma redactada de conformidad con el siguiente tenor: "4.- Si el procedimiento se hubiera iniciado en razón a que el perceptor de la pensión de invalidez permanente estuviera ejerciendo trabajos por cuenta propia o ajena, y no se hubiera constatado error de diagnóstico o mejoría que justifique el reconocimiento del derecho a las prestaciones por invalidez permanente, en un grado de incapacidad inferior o la aptitud para trabajar, la Dirección Provincial del INSS actuará de conformidad con la normativa en vigor y, en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar a la suspensión, cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2LGSS (actual 198). Se trata, en efecto, de un

58 Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2008 (recurso 2615/2007).

59 Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2009 (recurso 845/2008); 8 de abril 2009 (recurso 1940/2009); 25 de octubre de 2016 (recurso 2300/2015).

supuesto de suspensión de la prestación atribuido al INSS, pero, como se desprende de su lectura completa, únicamente previsto para los casos de incompatibilidad entre el trabajo desempeñado por un trabajo desempeñado por un trabajador y la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez que disfrutaba –únicos supuestos contemplados en el artículo 141.2 LGSS (actual 198) al que se remite–, pero para los casos de invalidez en el grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual que aquí se trata.

No existe, por lo tanto, previsión normativa de rango alguno que permita al INSS, de oficio, acordar la suspensión de una prestación previamente reconocida cuando ésta es de incapacidad permanente total para su profesión habitual, lo cual es, por otra parte, razonable. Pues como ya dijo el TS en su sentencia de 28 de enero de 2001 (recurso 1651/01) contemplando un supuesto semejante al aquí planteado "dejar permanentemente abierta una resolución declarativa de IPT para efectuar un análisis indefinido en el tiempo entre lesiones y resolución declarativa de IPT para efectuar un análisis indefinido en el tiempo entre lesiones y futuras profesiones es crear una inseguridad jurídica y extender fuera de su ámbito una resolución administrativa"; tanto más cuanto que el artículo 141.1 LGSS (actual 198), prevé con carácter general la compatibilidad de "la pensión vitalicia correspondiente con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en la sistinta2, lo que reitera, aunque con una perspectiva muy específica el artículo 24.3 de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969.

A falta de previsión normativa que lo autoriza no puede el INSS suspender el abono de prestaciones por incapacidad permanente total en el curso de un proceso de revisión de la incapacidad sin perjuicio de las posibilidades de revisión de la misma que tiene atribuidas, ateniéndose a las causas que lo permiten y a los efectos que la propia decisión de revisión tenga, en el caso de que la misma proceda, y sin perjuicio igualmente de la posibilidad de solicitar que se deje sin efecto aquella prestación por la vía del artículo 145 LGSS (actual 200).

13. Revisión de incapacidad permanente parcial derivada de accidente de trabajo a incapacidad permanente total derivada de enfermedad común

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2002 (recurso 82/2002) afirma que la "Mutua mantiene su responsabilidad en la misma cuantía que hubo de asumir por el accidente y el INSS ha de satisfacer la diferencia que resulta de la que corresponde a la nueva prestación". Lo que en el supuesto de autos, dado que la agravación de la situación invalidante aunque declarada por vía revisoría se revela ajena al cuadro de patología derivado del accidente de trabajo, cuyas secuelas sin embargo entrañantes de incapacidad permanente parcial, concurren con las lesiones derivadas de enfermedad común, a la conformación global del cuadro lesivo merecedor de la incapacidad permanente total, conlleva a que la responsabilidad del pago de la pensión resultante ha de recaer en este caso, sobre el INSS, en razón precisamente a que la responsabilidad en cuanto a las secuelas de accidente de trabajo ya fueron asumidas por la Mutua de Accidentes, que abonó la indemnización a tanto alzado establecida para la situación de invalidez permanente parcial, aun cuando,

como señala la sentencia de la Sala General también citada de 12 de junio de 2000, "este reparto no puede considerarse como constitutivo de una norma general válida para todos los casos, puesto que, según las circunstancias concurrentes en responsabilidad del INSS, reducción que provocaría el correlativo incremento de la responsabilidad de la Mutua de Accidentes de Trabajo".

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2003 (recurso 2089/2002) añade que en estos casos procede el reintegro de la prestación devenida indebida a cargo del beneficiario desencadena la responsabilidad subsidiaria de las entidades gestoras de Seguridad Social frente a la mutua de accidentes de trabajo que efectuó el pago de la prestación a tanto alzado de incapacidad permanente parcial en cumplimiento de la resolución administrativa que la reconoció, y que se vio obligada luego a consignar el capital coste de la pensión de incapacidad permanente total en cumplimiento de la posterior resolución judicial de reconocimiento del derecho a pensión de incapacidad permanente total.

Como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2001, no se ajusta al ordenamiento jurídico "privar a las mutuas patronales o, en su caso, a las empresas, del derecho a reintegrarse de las cantidades obligadamente abonadas en virtud de una resolución administrativa que en vía judicial es anulada", y es lógico por el contrario en tal supuesto imputar una responsabilidad subsidiaria no tiene su base en el í5,2 LGSS (contribución por acción u omisión a la percepción indebida, salvo buena fe probada), sino en la asunción por parte de las entidades gestoras de la Seguridad Social de la función del "fondo de garantía" frente a las mutuas patronales que estaba previsto en el artículo 144.3 LGSS/1974. Esta norma de garantía o responsabilidad subsidiaria de la LGSS de 1974 –concluye la propia sentencia de 31 de octubre de 2001, no fue derogada Por el RD 2609/1982, de 24 de septiembre cuya habilitación para derogar preceptos de la LGSS, establecida en el RDL 36/1978 "no podía entenderse se extendiese" a los preceptos citados, en cuanto que éstos regulaban "aspectos sustantivos", mientras que el RDL 36/1978 limitaba la habilitación "a disposiciones con rango de ley que regulaban la materia de estructuras, organizaciones y competencias de las entidades gestoras".

14. Hecho causante cuando la revisión deriva de un accidente de trabajo. Responsabilidades

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2001 (recurso 3813/2000)[60] recuerda que en materia de Seguridad Social la protección se otorga por la entidad gestora o colaboradora que tuviera establecida la cobertura en el momento del accidente. Esta es la que responde de todas las consecuencias del accidente (artículo 167.1 LGSS) en relación con los artículos 5 y 6 de la orden Ministerial 13 de febrero de 1967, 25 de la orden Ministerial de 15 de abril de 1969,

[60] STS de 24 de junio de 2003 (recurso 2952/2002); 1 de febrero de 2000 (recurso 200/99; 20 de julio de 2000 (recurso 3142/99); 21 de septiembre de 2000 (recurso 2021/99); 25 de junio de 2001 (recurso 2202/2000); 11 de julio de 2001 (recurso 3813/2000); 4 de octubre de 2001 (recurso 3902/2000).

y 30 y 31 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, aunque se manifieste con posterioridad. Por otra parte, basta que el trabajador no esté en alta en el momento del accidente para que acceda a la protección, aunque no lo esté en el momento del accidente para que el acceda a la protección, aunque no lo esté en el momento posterior de manifestarse la secuela correspondiente; supuesto muy, frecuente con la antigua invalidez provisional y que no hay puede producirse también por el artículo 174 LGSS. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 165 LGSS, artículo 3 de la Orden Ministerial de 18 de octubre de 1967; 19 de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969 y 2.1 de la orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, aunque en ocasiones la confusión entre contingencia determinante y hecho causante.

15. Suspensión del contrato cuando la incapacidad permanente total reconocida es susceptible de revisión

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2001 (recurso 3645/2000) señala que la subsistencia de la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo prevista en el artículo 48.2 ET está indisolublemente vinculada a que el órgano de calificación estime que la situación de invalidez ha sido en el caso de autos el jurisdiccional y por ello sólo en un recurso se puede modificar su apreciación, tanto sí estima que puede ser objeto de mejoría, como si de modo expreso o implícito estima lo contrario. La misma conclusión de vinculación del derecho a la reserva del puesto de trabajo a la declaración inicial de invalidez, se obtiene al interpretar el artículo 7 del RD 1300/1995 del RD 1300/1995, de 21 de julio. Esta imposibilidad de modificar la resolución administrativa o judicial inicial, que declara una invalidez permanente total o absoluta y que ha adquirido firmeza, con respecto a la subsistencia de la suspensión de la relación laboral y consiguientemente reserva del puesto de trabajo, la segunda que el INSS no puede acordar la revisión por mejora hasta transcurridos dos años desde que fue declarada la invalidez, lo contrario significaría variar hasta transcurridos dos años desde que fue declarada la invalidez, lo contrario significaría variar en cintra esta imposibilidad del INSS de no acordar la mejora en dos años no le priva de sus funciones con respecto a posibles revisiones de la invalidez reconocida en plazo superiores.

16. Efectos de la revisión por mejoría en la reincorporación al trabajo

La sentencia de 28 de mayo de 2009 (recurso 2341/2008) niega la existencia de despido cuando se produce la negativa empresarial a readmitir al trabajador después de ser declarado no inválido en expediente de revisión de incapacidad por mejoría cuando la resolución se dictó una vez superado el plazo de dos años desde la declaración de la incapacidad permanente aunque el expediente se iniciara antes de finalizar dicho plazo.

17. No procede la revisión por la realización de trabajos por cuenta ajena al no concurrir mejoría del estado invalidante

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2009 (recurso 2512/2008) explica que el efecto pretendido por el INSS consistente en una

devaluación del grado de incapacidad permanente por la realización del trabajo, significaría atribuir cualidad de causa revisoría a lo que es simple excepción al plazo para llevarlo a cabo, o lo que es igual, el trabajo del pensionista justifica que el INSS inicie expediente de revisión, en tanto que razonable indicio de que el estado incapacitante ha mejorado (en forma inversa a la previsión del derogado artículo 38 OI, para el que la pérdida de empleo del inválido actuaba como presunción de agravación patológica), pero en forma alguna comporta que el grado de IP reconocido haya de ser objeto sin efecto, pues esta consecuencia únicamente puede producirse si efectivamente se constata la "mejoría" que justifique tal declaración, y la misma exige conceptualmente no sólo comparar dos situaciones patológicas (la que determinó la declaración de IP y la existente cuando se lleva cabo la revisión) y llegar a la conclusión de que ha variado el cuadro de dolencias (STS 31/10/05 recurso 3383/04), sino –sobre todo– que esta variación tiene trascendencia cualitativa en orden a la capacidad de trabajo del declarado en IP, en tanto que alcance a justificar la modificación del grado reconocido, de forma tal que si las secuelas permanecen sustancialmente idénticas no hay cauce legal para modificar la calificación en su día efectuada (STS 22/7/96 recurso 4088/95).

18. Suma de contingencias derivadas de distintas causas por el mayor grado de incapacidad por contingencia distinta de la solicitada no vulnera el principio de congruencia

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2009 (recurso 1208/2008) señala que la conformación global del cuadro lesivo determinante de la situación de invalidez por agravación de las dolencias para declarar una invalidez por secuelas de contingencia distinta a la declarada, que se apoya en las siguientes razones: 1) entender lo contrario obligaría al beneficiario a seguir un nuevo procedimiento cuando con el de revisión se puede constar igualmente la nueva situación invalidante; 2) ambos procedimientos, el de declaración y el de revisión, atienden a una misma finalidad, que es la valoración de las capacidades residuales de trabajo de una persona en donde se discute necesariamente la contingencia o razón determinante y, en su caso, su naturaleza y origen; 3) en el momento de iniciación del expediente el beneficiario desconoce si secuelas ya apreciadas o por secuelas de contingencia distinta; 4) esta conclusión, tiene amparo normativo en los preceptos 1.1.a) y 6.1 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, en cuanto recogen el procedimiento de la revisión de los grados de la invalidez, estableciendo el primero que: "Será competencia del INSS, cualquiera que sea la Entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate: a) Evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por invalidez permanente, en sus distintos grados, así como determinar las contingencias causantes de la misma", a la que añade el segundo, que "Los Directores provinciales del INSS deberán dictar resolución expresa en todos los procedimientos indicados, a que se refiere el artículo 4 del Real decreto, sin estar vinculados por las peticiones concretas de los interesados, por lo que podrán reconocer las prestaciones que correspondan a las lesiones existentes o a la situación

de incapacidad padecida, ya sean superiores o inferiores a las que se deriven de las indicadas peticiones".

A lo expuesto procede añadir, que tal doctrina no es opuesta a la establecida por el TS en su sentencia de 5 de octubre de 1999 (recurso 4773/98), que la parte invoca porque en esa sentencia lo que se proscribe es que el accidente introduzca en el grado procesal de suplicación, y como absoluta "cuestión nueva" la contingencia común, que no había sido alegada ni dirimida en la instancia. Por tanto no se enjuicia la acomodación del fallo con el suplico de la demanda, ni a lo largo del procedimiento, ni a lo largo de la instancia. En la sentencia citada se decide sobre su reconocimiento inicial del grado de invalidez –incapacidad permanente absoluta o incapacidad permanente total – referidas a accidente de trabajo. En el supuesto aquí contemplado, la situación inicial de invalidez y la contingencia de que se deriva ya estaban establecidas, y la cuestión litigiosa es la agravación del grado invalidante, y, al haber ya una contingencia determinada, no puede obviarse el señalar a cuál de las contingencias posibles hay que atribuir –como consecuencia. Las secuelas sobre las que se funda la agravación de la invalidez preestablecida.

19. Competencia del INSS para fijar el plazo para instar la revisión de grado

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2007 (recurso 2104/2006)[61] considera que el artículo 143.2 LGSS dispone en su apartado uno que corresponde al INSS a través de los órganos que reglamentariamente se establezcan y en todas las fases del procedimiento, declarar la situación de invalidez permanente, a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas a que se refiere la presente sección". Y por otra parte el apartado 2 establece que: "Toda resolución inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hace constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad del estado invalidante profesional, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 161 LGSS (actual 205), para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión.

Acudiendo al sentido propio de las palabras que utiliza el precepto, primer canon interpretativo de las normas según previene el artículo 3.1 del Código Civil, el texto no ofrece duda. Podrán fijar plazos para instar la revisión las resoluciones administrativas por las que se reconozca el derecho a prestaciones de invalidez y aquellas posteriores que lo modifican por apreciar mejoría o agravación del estado invalidante.

[61] Sentencia de 17 de mayo de 2007 (recurso 3440/2006); 6 de junio de 2007 (recurso 172/2006) y 18 de octubre de 2007 (recurso 2307/2006); 27 de noviembre de 2008 (recurso 2399/2007); 26 de noviembre de 2014 (recurso 960/2014).

A igual conclusión conduce la interpretación literal de los artículos 6.2 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de junio y artículo 13.3 de la Orden de 18 de enero de 1996 que desarrolló a su vez el Real Decreto. El artículo 6.2 establece que "cuando en la resolución se reconozca el derecho a las prestaciones de invalidez que "cuando en la resolución se reconozca el derecho a las prestaciones de invalidez permanente en cualquiera de sus grados, se hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante en los términos y circunstancias previstos en el apartado 2 del artículo 143 LGSS.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008 (recurso 3063/2007) mantiene la competencia del INSS tanto si reconoce el derecho a la prestación en cualquiera de sus grados cunado se confirme el grado reconocido previamente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2010 (recurso 1879/2009)[62] añade que esta competencia del INSS también se mantiene cuando la incapacidad permanente se declara por sentencia firme que no fija el plazo de revisión. Porque aunque no esté previsto legalmente pues la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, modificó el artículo 143.2 LGSS (actual 200) y modificó la LPL sin contener previsión alguna al respecto. Lo que aconseja extender las facultades del INSS también a estos supuestos, ya que de seguirse la tesis contraria se establecería un régimen diferente para las resoluciones administrativas y las judiciales que reconozcan el derecho a prestaciones de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, pues mientras las primeras estarían sujetas a un plazo de revisión, las segundas no; interpretación que no resultaría acorde con los principios informadores del ordenamiento jurídico.

20. No procede la revisión cuando se solicita antes del plazo determinado por el INSS

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2016 (recurso 3621/2014) señala que atendiendo a la interpretación literal del actual artículo 200.2 LGSS, el texto resulta inequívoco y no ofrece duda alguna, solo podrán fijar plazos para instar la revisión, o lo que es igual, para presentar nuevas solicitudes, las resoluciones administrativas siguientes:

- Las que reconozcan el derecho a prestaciones de invalidez.

- Las que modifiquen el grado de invalidez reconocido por apreciar mejoría o agravación del estado invalidante.

- Las que confirmen el grado ya reconocido.

En definitiva se establece que las resoluciones, iniciales o de revisión, dictadas por el INSS en las que se reconozca el derecho a prestaciones de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, o se conforme el grado reconocido

[62] Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2008 (recurso 1605/2007); 3 de junio de 2008 (recurso 1517/2007)

previamente, han de constar el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante.

En el supuesto examinado, en la resolución de la DP INSS de 18 de mayo de 2009, por la que se denegaba la revisión a partir del 18 de mayo de 2011, interesando la actora la revisión antes del 18 de mayo de 2011, denegada por resolución de 3 de febrero de 2011, por prematura. Por lo tanto, al haber interesado la revisión antes de la fecha señalada en la resolución de la DP INSS de 18 de mayo de 2009, por la que se le denegó la revisión de grado solicitada, no procede entrar a examinar el fondo de la misma ya que se ha solicitado antes del plazo señalado, vulnerando lo preceptuado en el artículo 200.2 LGSS.

21. Posibilidad de anticipar el plazo fijado para la revisión. Incapacitado permanente parcial que está trabajando

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2008 (recurso 543/2008) señala que el artículo 143.2 LGSS (actual 200) cuya infracción se denuncia establece, en su primer párrafo, que la resolución inicial o de revisión por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o conforme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 161 LGSS (actual 205), para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión.

El efecto de este mandato legal en sus términos literales era susceptible de generar situaciones de desprotección para aquellos beneficiarios que, hallándose trabajando, hubieran sufrido una agravación o mejoría de su estado antes de la fecha expresada. Para evitar ese posible efecto, la Ley 42/1994, en su artículo 34 ordenó la inclusión en el artículo 143.2 LGSS (actual 200) de un párrafo segundo que estableció, la excepción al mandato general, ordenando que "no obstante lo anterior, si el pensionista por invalidez permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el INSS podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución".

Esta Sala se ha mostrado contraria a la interpretación meramente gramatical del mandato del párrafo primero de este apartado, que se refiere únicamente al trabajador al que se hubiera reconocido "derecho a prestaciones de incapacidad permanente" y en sentencias de 4 de mayo de 2006 (recurso 644/2005) y 30 de junio de 2008 (recurso 4827/2006), optó por interpretación finalista declarando que la posibilidad de revisión por agravación es también susceptible de ser solicitada por quienes estuvieran declarados afectos de "lesiones permanentes no invalidantes", términos que indudablemente exceden de los literales del mandato legal.

En el presente recurso postula el INSS que el párrafo segundo de este apartado 2 del artículo 143 (actual 200) no es aplicable a quienes hubieran sido

declarados en situación de invalidez permanente parcial, pues, siendo así que estos beneficiarios perciben una prestación única a quienes el precepto legal autoriza a solicitar la revisión antes del plazo señalado, cuando estuvieran trabajando por cuenta propia o ajena. Tesis compartida por la sentencia invocada de contradicción y que esta Sala no puede acoger.

La finalidad del mandato legal, autorizando la posibilidad de revisión ante tempus, es la de dispensar la acción protectora a quienes estando trabajando estuvieran impedidos para hacerlo a causa del progreso de sus dolencias, situación que afecta tanto a los declarados en situación de invalidez permanente total como a los efectos por solo la parcial. De no amparar el precepto a estos últimos, podrían verse privados del trabajo –si no podían seguir realizándolo– y de la protección del sistema de la Seguridad Social hasta el cumplimiento de un plazo –el del párrafo primero del artículo 142.2 (actual 200)– previsto precisamente para quienes no estuvieran trabajando después de ser declarados inválidos. Por eso no puede interpretarse la palabra "pensionista" en los estrictos términos que pretende la entidad gestora, debiendo entenderse que el término comprende a quienes hubieran sido declarados inválidos. La interpretación que se postula afectaría únicamente a los perceptores de prestación por invalidez permanente total o absoluta y únicamente sería beneficiaria de la dispensa del plazo la entidad gestora, que podría revisar por mejoría la situación de quienes estaban ya trabajando. Precepto que, en tal caso favorecía a solo una de las partes de la relación.

2.16. COMPATIBILIDAD CON EL TRABAJO

1. Compatibilidad de la pensión de IPT con la nueva y distinta profesión [63]

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2002 (recurso 1651/2001) señala que el legislador pudo haber estimado que, puesto que se reconocía al declarado incapacitado total una pensión vitalicia, tal circunstancia era incompatible con el desempeño de determinados trabajos. Sin embargo optó por un criterio general de compatibilidad del cobro de la pensión con la retribución correspondiente al desempeño de un trabajo distinto, si bien sólo en los términos que reglamentariamente se establezcan según dispone el artículo 141 LGSS/1994, actual artículo 198 LGSS. Términos que son los recogidos en el artículo 24.3 OM de 15 de abril de 1969 .precepto que se mantiene tras la vigencia del Real Decreto de 21 de junio de 1995-, inequívocamente expresivos de la compatibilidad del cobro de la pensión con la percepción de una retribución por un trabajo distinto que se desarrolle, aunque fuese en la misma empresa. Más aun este último precepto, en

[63] Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2003 (recurso 3669/2002); 10 de octubre de 2005 (recurso 3111/2004); 20 de septiembre de 2005 (recurso 3115/2004); 19 de abril de 2005 (recurso 841/2004); 27 de enero de 2005 (recurso 981/2004); 17 de mayo de 2006 (recurso 1571/2005); 15 de octubre de 2004 (recurso 5809/2003); 29 de octubre de 2004 (recurso 5644/2003); 19 de noviembre de 2004 (recurso 1133/2004); 26 de noviembre de 2004 (recurso 4266/2003); 26 de noviembre de 2004 (recurso 4266/2003); 2 de marzo de 2004 (recurso 1175/2003); 12 de enero de 2007 (recurso 4045/2005); 13 de junio de 2007 (recurso 1416/2006); 18 de septiembre de 2007 (recurso 3423/2006).

orden a fomentar la ocupación de estos trabajadores, autoriza a las empresas a que puedan reducirles el sueldo hasta un determinado importe (no más del 50 % de la cuantía de la pensión), si bien sólo en los casos en los que la reducción de su capacidad laboral incida en el nuevo puesto a desempeñar y contando con la plena conformidad del interesado, lo que significa que estos trabajadores puedan emplearse incluso en trabajos para los que tengan afectada su capacidad laboral. En consecuencia, nuestro ordenamiento no incompatibiliza el cobro de la pensión por incapacidad total con el desempeño de trabajos propios de profesionales distintas a aquélla para la que ha sido declarado incapaz.

En definitiva, admitido por las partes que el demandante desarrolla ahora una profesión distinta y tareas diversas a aquélla para la que fue declarado en situación de incapacidad permanente total, resulta innecesario analizar si las secuelas que fueron tenidas en cuenta para esa declaración también la inhabilitaban para la realización de las tareas básicas de la nueva profesión, pues aunque ello ocurriese, estaríamos ante un supuesto de afectación de la capacidad que permitiría a empresario y trabajador mermar la retribución de los servicios prestados, pero nunca les obligaría a hacerlo y desde luego, carece de incidencia en el derecho que la demandante tiene a cobrar la prestación que percibe por una imposibilidad de realizar las tareas básicas de una profesión distinta a la que ahora desarrolla.

2. Incompatibilidad de la pensión IPT con el salario derivado del ejercicio de la misma profesión

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2002 (recurso 2479/2001) afirma la incidencia de la situación de invalidez permanente total sobre la relación individual de trabajo no es en el ET, ni lógicamente podría serlo, la de la conservación del mismo puesto de trabajo en la misma empresa, como si nada hubiera pasado, Igual sucede en el ámbito de la protección social, donde la compatibilidad entre salario y pensión de invalidez permanente total está prevista en la disposición reglamentaria cuando el inválido permanente total va desempeñar un nuevo puesto de trabajo pero no aquel para el que pedido y obtenido declaración de incapacidad.

Esta falta de previsión normativa no se debe seguramente a una laguna o defecto de técnica legislativa. Más bien se imputaría a la imprevisibilidad objetiva de una situación tan inusitada como la de los asegurados en las sentencias comparadas, los cuales, tras solicitar la declaración de invalidez para su profesión habitual, obtienen primero tal declaración y el reconocimiento de la pensión correspondiente, y siguen luego trabajando en la misma empresa, en ejercicio de la misma profesión habitual para la que se les ha considerado, a petición propia, físicamente impedidos.

Desde la perspectiva del ordenamiento de la Seguridad Social debe tenerse en cuenta que la pensión de invalidez permanente total tiene por finalidad, de modo análogo a lo que sucede en otras pensiones de invalidez o incapacidad y en los subsidios periódicos por incapacidad o imposibilidad de trabajo, la de suplir el defecto de rentas de trabajo que genera en un asegurado la pérdida definitiva de las

rentas de trabajo, la de suplir el defecto de rentas de trabajo que genera en un asegurado la pérdida definitiva (supuesto del artículos 49.1.e) ET o temporal, supuesto excepcional del artículo 48.2 ET) del empleo en el que desempeñaba la profesión habitual para la que se había reconocido al incapacitado. La pensión de invalidez permanente total tiene, por tanto, una función de sustitución de las rentas salariales que ya no se pueden obtener en el ejercicio de la profesión habitual. Ello comporta si compatibilidad con el ejercicio de una actividad distinta de la habitual para la que si tenga habilidad o capacidad física. Pero no su compatibilidad con el desempeño retribuido (se supone con esfuerzo desmesurado, o con rendimiento anormalmente bajo, o con una y otra cosa a la vez) de la misma profesión habitual respecto de la que se ha declarado la invalidez.

3. Compatibilidad de la incapacidad permanente absoluta con el trabajo [64]

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008 (recurso 480/2007) determina que la única incompatibilidad que formula el artículo 141.2 LGSS (actual 198) para la pensión de incapacidad permanente absoluta es la relativa a las actividades que sean "incompatibles" en el sentido de perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado. El desarrollo por estas actividades no perjudiciales dará lugar, no a una incompatibilidad, sino a una revisión por mejoría o por error en el diagnóstico. Este es el sistema legal de incompatibilidad y no cabe corregirlo a través de una interpretación restrictiva, pues, como ya señaló la sentencia de 30 de enero de 2008, ello produciría disfunciones importantes, como el tratamiento peyorativo de la incapacidad absoluta respecto a la total (el incapacitado absoluto perdería su pensión por un trabajo concurrente, lo que no sucedería en el caso del incapacitado total) o la desincentivación de la reinserción de los incapacitados absolutos, lo que no sucedería si en el caso de trabajo del incapacitado absoluto se revisara el grado para reconocer, por ejemplo, una incapacidad total. El sistema legal ha partido de una reducción muy amplia de las posibilidades de empleo del incapacitado absoluto, pero no ha establecido una incompatibilidad general entre la pensión y las rentas de trabajo. La incompatibilidad queda reducida a las actividades no adecuadas para el incapacitado, debiéndose resolverse las demás a favor de la compatibilidad o de la revisión del grado.

En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2019 (recurso 2648/2017) establece la siguiente doctrina:

> a) La interpretación restrictiva mantenida por el INSS no siempre ha sido la acogida por la jurisprudencia social [como más arriba hemos adelantado], pues ya la STS 02/03/79 había mantenido que "el trabajador en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, por lo dispuesto en el art. 24-4 de la O. de 15 abril 1969, puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna, sin que en ningún extremo de

[64] Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2010 (recurso 3531/2009); 10 de noviembre de 2008 (recurso 56/2008); 1 de diciembre de 2009 (recurso 1674/2008)

la disposición legal se afirme que sólo puede desempeñar actividades "superfluas, accidentales o esporádicas"; y la ya citada STS 06/03/89 considera inaplicable las limitaciones derivables del art. 138-2 LGSS, 170) /74 a quienes habían sido declarados en situación de IPA sin derecho a prestaciones].

b) La literalidad del precepto –art. 141.2 LGSS /94– (actual 198) apunta a la plena compatibilidad trabajo/pensión ["la pensiones ... no impedirán ... aquellas actividades... compatibles"], al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida, que resulta exigible ex art. 35 ET, siendo de destacar que la remisión que al Reglamento se hace exclusivamente en el apartado primero del precepto, para la IPT.

c) La opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición al trabajador declarado en IPT [legalmente apto para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido] que al incapaz declarado en IPA [al que se le negaría toda actividad –e ingresos– extramuros de la marginalidad].

d) La incompatibilidad de que tratamos tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA o GI, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras [pensión de Jubilación/nueva prestación por IPA; con independencia del régimen de incompatibilidad de pensiones y del derecho de opción que establece el art. 122 LGSS] (actual 163), lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario [consecuencia impuesta –se dice– por la lógica del Sistema] privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con todo seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo –psicofísico– por parte del inválido; y

e) Este planteamiento cobra pleno vigor si se atiende a las nuevas tecnologías [particularmente informáticas y de teletrabajo], que consienten pluralidad de actividades laborales –a jornada completa– a quienes se encuentran en situaciones de IPA o GI, de manera que la compatibilidad ahora defendida representa –en el indicado marco de actividades sedentarias– un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida.

3.- Es innegable que el planteamiento contrario [seguido por la Resolución de 2/Noviembre/92, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de Seguridad Social] apunta ya en el art. 2 del RD 1071/1984, [23 /Mayo] y se evidencia aún más en la OMIL [OM 18/01/96], dictada para el desarrollo del RD 1300/95, [21/Julio], sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, en cuyo art. 18.4 se regula la actuación de la Dirección Provincial del INSS para los supuestos de que el perceptor de IP ejerciese trabajos por cuenta propia o ajena, "en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo

de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar a la suspensión de aquélla [prestación por incapacidad permanente], cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social (actual 200) ". Pero estas disposiciones reglamentarias han de ser consideradas "ultra vires" de la manifestación legal de compatibilidad que establece el art. 141.2 LGSS (actual 200) [recordemos que no se remite a desarrollo reglamentario alguno] y –por lo mismo– ineficaces; lo que afirmamos sin perjuicio de reconocer la complejidad del problema y la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión".

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de pensionistas de incapacidad –incapacidad permanente absoluta en la sentencia recurrida, gran invalidez en la sentencia de contraste– que, con posterioridad a que les fuera declarada dicha situación, comienzan a prestar servicios por cuenta ajena de carácter no marginal –programador informático en la sentencia recurrida, oficial de 2ª especialista con función consistente en la realización de dibujos de planos en ordenador, en la de contraste– a tiempo parcial –30 horas en la sentencia recurrida y 35 horas en la sentencia de contraste–, con el percibo de la pertinente retribución. El contraste se produce a fortiori ya que es superior el grado de incapacidad reconocido en la sentencia recurrida, así como el número de horas que el trabajador realiza a la semana, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En tanto la sentencia recurrida entiende que no es compatible la situación de incapacidad permanente absoluta reconocida al trabajador con la realización de un trabajo retribuido por cuenta ajena, la de contraste resuelve que es compatible.

Es irrelevante, a efectos de la contradicción, que las lesiones por las que se ha reconocido la situación incapacitante sean diferentes en cada uno de los supuestos enfrentados pues lo relevante es que las mismas inhabilitan al trabajador para toda profesión u oficio requiriendo, además, en el supuesto de la sentencia de contraste la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal , procede entrar a conocer del fondo del asunto.

1.- El recurrente alega que la sentencia recurrida vulnera la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las sentencias de 30 de enero de 2008, recurso 480/2007, 10 de noviembre de 2008 y 14 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5730).

2.- Tal y como nos recuerda la sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 2008, recurso 56/2008:

"El Pleno de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo unificó doctrina en esta materia en la sentencia de 30 de enero de 2.008 (Rec. 480/2007), a cuyas razones jurídicas aquí hemos de atenernos, por razones de seguridad jurídica.

En ella se parte de que el artículo 141.2 LGSS (actual 198) contiene un principio general de compatibilidad entre el percibo de la prestación por incapacidad permanente y aquellas actividades compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo, y en esa situación, la doctrina de la Sala explica que ... en la interpretación de tan críptico precepto –se dice literalmente en ella– y en la determinación de las actividades "compatibles", el razonamiento interpretativo se enfrenta a dos preceptos (arts. 135.5 (actual 193) y 141.2 LGSS (actual 198)) que literalmente se muestran de difícil conciliación. En efecto, si bien la categórica definición de la IPA (art. 135.5 LGSS /74) (actual 193), al ir referida a "toda profesión u oficio", determina que la actividad compatible con la pensión por fuerza hubiera de considerarse la que se corresponda con la capacidad de trabajo que reste al beneficiario (tradicionalmente denominada "residual") y que –por la propia definición de la IPA– no integre cualquier "profesión u oficio", muy contrariamente los amplios términos del art. 141.2 (actual 198), invita a considerar que el maximalismo de la definición de IPA se relativice a la hora de tratar su compatibilidad con el trabajo.;

Ha sido criterio tradicional de la Sala (salvo alguna excepción a la que nos referiremos más adelante), manifestado con anterioridad a la unificación de doctrina, el de que los trabajos "compatibles" resultan ser los cometidos laborales que no son objeto de usual contratación en el mercado de trabajo, muy particularmente por sus limitaciones en orden a la jornada y a la retribución; es más, se argumenta que en una lectura sistemática de la normativa aplicable, las "actividades compatibles con el estado del inválido" a que alude el art. 141.2 LGSS (actual 198) bien pudieran identificarse con las que refiere el art. 7.6 LGSS (para excluirlas del campo de aplicación del RGSS) y que el precepto define como aquellas que "en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida";

En esta línea se ha afirmado que la actividad compatible de que trata el art. 141.2 LGSS /94 (actual 198) no comprende "el núcleo funcional de una profesión u oficio, cualquiera que sea, pues a todos afecta tal grado de invalidez" (SSTS 19/12/88; y 26/12/88, sino que va referida a labores de orden adjetivo o marginal (SSTS 07/07/86; 19/12/88 (RJ 1988, 9864); y 26/12/88), pues "no deben manifestar un cambio en su capacidad de trabajo, ya que, de producirse éste, operaría la revisión, con las consecuencias económicas correspondientes" (STS 26/01/89). Y esta conclusión, de que la actividad laboral compatible con las situaciones de IPA y GI por necesidad ha de ser de escasa significación, es una consecuencia –se dice– de que la interpretación del art. 141.2 LGSS (actual 198) ha de llevarse a cabo en función de los principios que inspiran la legislación de Seguridad Social, debiendo rechazarse una conclusión que contradice plenamente el sistema y el concepto de IPA; en palabras de la STS 20/12/85 –reiteradas por la de 13/05/86)–, "... el legislador se refiere única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal e

intrascendente, en el sentido de ser de mínima significación y relieve, porque otro entendimiento del precepto rompería de manera frontal con todo el sistema y con la doctrina de la Sala que tiene reiteradamente declarado que la incapacidad permanente absoluta es aquella situación que impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea, con lo que de mantenerse un criterio amplio en la interpretación del precepto citado, el resultado sería, de contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo";

Pero la cuestión que se plantea no ofrece la misma claridad si se atiende al dato de que el derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de IPA o GI, porque así lo reconoce el art. 35 CE y lo corroboran los arts. 141.2 LGSS (actual 198) (antes, art. 138.2 LGSS/74), 2 RD 1071/1984 (23/mayo) y 18.4 OM 18/01/96 (en este sentido, las SSTS 06/10/87; 03/11/87; 23/11/87; 26/01/89; 26/01/89; y 20/02/89). Y también –con doctrina clásica de la Sala– si se atiende a la consideración de que si bien la propia definición de IPA determina una cierta dificultad teórica para admitir la actividad laboral normal –no ocasional o discontinua– de quien se encuentra en tal situación (legalmente definida como la que "inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio"), la posibilidad de esa actividad profesional se deriva del hecho de que la calificación de IP es un juicio problemático de las expectativas de empleo, como evidencian el propio art. 138.2 LGSS/74) (actual 198) (STS 06/03/89); y de que "... los términos en que se expresa el legislador han de ser interpretados con cierta moderación dado el alcance de tales palabras de cierta infinitud de difícil percepción y adaptabilidad en la realidad sobre la que ha de actuarse ... de suerte que sólo cabe apreciarlo (el supuesto de IPA) cuando escapa a lo verosímil dentro de las innumerables posibilidades de la actividad laboral" (STS 12/02/79)";

En otras palabras, con la disposición del art. 141.2 LGSS (actual 198) ("las pensiones vitalicias ... no impedirán el ejercicio de aquellas actividades ... compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio de su capacidad de trabajo a efectos de revisión"), el propio legislador relativiza en apreciable medida el riguroso concepto de la IPA que proporciona el reproducido art. 135.5 (actual 193) LGSS/74 y que apuntaría a la imposibilidad jurídica de realizar trabajos en tal situación.

Hechas las anteriores consideraciones, la sentencia del Pleno de la Sala, a la vista de esa aparente contradicción que parece surgir de los preceptos aplicables, valorando las argumentaciones que en tal sentido expone, como en el presente recurso, el INSS, lleva a cabo los siguientes razonamientos que avalan la discutida compatibilidad:

a) La interpretación restrictiva mantenida por el INSS no siempre ha sido la acogida por la jurisprudencia social (como más arriba hemos adelantado), pues ya la STS 02/03/79 había mantenido que "el trabajador en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, por lo dispuesto en el art. 24-4 de la O. de 15 abril 1969, puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna, sin que en ningún extremo de

la disposición legal se afirme que sólo puede desempeñar actividades 'superfluas, accidentales o esporádicas';" y la ya citada STS 06/03/89 considera inaplicable las limitaciones derivables del art. 138-2 LGSS/74 (actual 198) a quienes habían sido declarados en situación de IPA sin derecho a prestaciones).

b) La literalidad del precepto –art. 141.2 LGSS/94– apunta a la compatibilidad trabajo/pensión ("las pensiones ... no impedirán ... aquellas actividades... compatibles"), al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida, que resulta exigible ex. art. 35 ET, siendo de destacar que la remisión que al Reglamento se hace exclusivamente en el apartado primero del precepto, para la IPT.

c) La opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición al trabajador declarado en IPT (legalmente apto para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido) que al incapaz declarado en IPA (al que se le negaría toda actividad –e ingresos– extramuros de la marginalidad).

d) La incompatibilidad de que tratamos tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA o GI, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras (pensión de Jubilación/nueva prestación por IPA; con independencia del régimen de incompatibilidad de pensiones y del derecho de opción que establece el art. 122 LGSS (actual 163)), lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario (consecuencia impuesta –se dice– por la lógica del Sistema) privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con todo seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo –psicofísico– por parte del inválido.

Finalmente, la Sala se detiene a analizar en el inciso tercero del Fundamento cuarto el problema referido a la incidencia que en el problema jurídico así planteado supone la literalidad del artículo 18.4 de la OM de 18 de enero de 1.996 dictada para el desarrollo del RD 1300/95, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, en el que se regula la actuación de la Dirección Provincial del INSS para los supuestos de que el perceptor de incapacidad permanente ejerciese trabajos por cuenta propia o ajena , "en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar a la suspensión de aquélla, cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 (actual 198) de la Ley General de la Seguridad Social, disposiciones reglamentarias que se consideran "ultra vires" y por tanto ineficaces ante la manifestación legal de compatibilidad que establece el artículo 141.2 LGSS (actual 198), que no contiene remisión alguna a desarrollo reglamentario y todo ello, como se dice literalmente en la sentencia del Pleno, "sin

perjuicio de reconocer la complejidad del problema y la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión".

Por otra parte la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2013 (recurso 2022/2012) estima la compatibilidad con el trabajo por cuenta propia consistente en el desempeño de cargo de administrador social retribuido, actividad que simultaneaba antes de la declaración de incapacidad, son el trabajo por cuenta propia como dependiente de comercio.

4. Compatibilidad de la prestación de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena en jornada ordinaria [65]

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2009 (recurso 3429/2008) establece las siguientes consideraciones:

a) La interpretación restrictiva mantenida por el INSS no siempre ha sido la acogido por la jurisprudencia social, pues ya la STS 2/3/79 había mantenido que "el trabajador en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, por lo dispuesto en el artículo 24.4 de la Orden de 15 de abril de 1969, puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación sin limitación alguna, sin que en ningún extremo de la disposición legal se afirme que solo puede desempeñar actividades "superfluas, accidentales o esporádicas"; y la STS 06/03/1989 considera inaplicable las limitaciones derivables del artículo 138.2 LGSS/1974 (actual 198) a quienes habían sido declarados en situación de IPA sin derecho a prestaciones.

b) La literalidad del precepto (artículo 141.1 LGSS/1994 (actual 198) apunta a la plena compatibilidad trabajo/pensión ("las pensiones … no impedirán… aquellas actividades … compatibles", al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida, que resulta exigible ex artículo 35 ET, siendo de destacar que la remisión que al Reglamento se hace exclusivamente en el apartado primero del precepto para la IPT.

c) La opción interpretativa contraria tendría a hacer de mejor condición al trabajador declarado en IPT (legalmente apto para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido) que al incapaz declarado en IPA (al que se le negara toda actividad –e ingresos– extramuros de la marginalidad).

d) La incompatibilidad de que tratamos tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA o GI, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habría de tener eficacia respecto de prestaciones futuras

65 Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008 (recurso 480/2007).

(pensión de jubilación/nueva prestación por IPA; con independencia del régimen de incompatibilidad de pensiones y del derecho de opción que establece el artículo 122 LGSS (actual 163)), lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario (consecuencia impuesta –se dice– por la lógica del sistema) privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo –psicofísico– por parte del inválido; y

e) Este planeamiento cobre pleno vigor si se atiende a las nuevas tecnologías (particularmente informáticas y de teletrabajo), que consienten pluralidad de actividades laborales –a jornada completa– a quienes se encuentran en situaciones de IPA o GI, de manera que la compatibilidad ahora defendida representa –en el indicado marco de actividades sedentarias– un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida.

Añade la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2013 (recurso 907/2012) afirma que en los casos de compatibilidad de la pensión de gran invalidez y el trabajo. Las cotizaciones satisfechas como consecuencia del nuevo trabajo desarrollado tienen eficacia para recalcular la pensión anteriormente reconocida, siempre que la situación impida el desarrollo de la actividad laboral.

5. El INSS no puede suspender la pensión por la realización de trabajos incompatibles

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2005 (recurso 1113/2004) señala que toda vez que el artículo 18 de la Orden de 18 de enero de 1996 no prevé la suspensión de la IPT en los casos de revisión, la solución en los casos de incompatibilidad debe ser la misma.

6. Compatibilidad de la indemnización por despido y la incapacidad permanente [66]

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2006 (recurso 428/2005) considera que la duplicidad no genera propiamente incompatibilidad, porque las indemnizaciones no reparan el mismo daño; la indemnización por despido cubre el daño producido por la privación injusta del empleo, que tenía ese carácter en el momento en que se acordó, mientras que la indemnización reclamada en este proceso repara los daños derivados de un accidente de trabajo, que han limitado de forma permanente la capacidad de trabajo de la actora no sólo en lo que afecta a su empleo en la empresa, sino respecto a todos los empleos de su profesión habitual. De ello se sigue que tampoco ha existido enriquecimiento sin causa, Para que exista éste, según la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, es necesario que se produzca "la adquisición de una ventaja patrimonial con empobrecimiento de otra

[66] Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2012 (recurso 3705/2011).

parte, con relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento y con falta de causa en tal desplazamiento patrimonial", y en el presente caso existe ciertamente un desplazamiento patrimonial que beneficia a una parte y perjudica a otras, pues la empresa tiene que abonar las indemnizaciones por el despido improcedente y por el accidente, pero se trata de dos transferencias económicas que tienen cada una su causa, como ha quedado ya reseñado, y esas causas –la privación del empleo y la incapacidad derivada de un accidente de trabajo –operan con plena independencia y no se confunden una con la otra. Lo que sucede es que la empresa no hubiera abonado la indemnización por despido si la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente se hubiera producido antes del cese que acordó el 27 de abril de 2001 o del acto de conciliación de 12 de marzo de 2003. Pero no ha sido así y lo que ha sucedido ha sido consecuencia de decisiones adoptadas –quizá con alguna precipitación o falta de previsión– por la propia demandada, cuyas consecuencias debe padecer ahora sin que pueda acogerse su alegación meramente hipotética, de que si hubiera habido en su memento una extinción por incapacidad permanente, no hubiera abonado indemnización por despido.

Añade la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2015 (recurso 1581/2014) considera que en caso de trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total con posterioridad al despido pero antes de la sentencia, el empresario, ante la imposibilidad de readmitir, tiene la obligación de indemnizar.

2.17. INCOMPATIBILIDAD CON OTRAS PRESTACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE

1. Incompatibilidad de incapacidad permanente total por enfermedad común y otra por accidente no laboral por trabajos en empresas y profesiones distintas [67]

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2002 (recurso 173/2002) el párrafo 1 del artículo 163 LGSS establece que las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones, optará por una de ellas". Añadiendo el número 2 que "el régimen de incompatibilidad establecido en el apartado anterior será también aplicable a la indemnización a tanto alzado prevista en el artículo 196.2 LGSS como prestación sustitutiva de pensión de incapacidad permanente en el grado de incapacidad total.

La regla general de incompatibilidad de pensiones es acorde con el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución; todo

[67] Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2008 (recurso 462/2007).

ello, sin perjuicio del derecho que pueda corresponder al beneficiario a optar por la pensión que entienda que le es más beneficiosa.

2. Incompatibilidad de una pensión de incapacidad permanente total en el RETA con una incapacidad permanente absoluta en el Régimen General de la Seguridad Social[68]

En la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2010 (recurso 3367/2009) se plantea determinar si las lesiones sucesivas, derivadas o no de distintas contingencias, deben tratarse de forma independiente o deben dar lugar a una consideración unitaria a la hora de valorar la incapacidad resultante. Frente a la doctrina tradicional que mantenía que la agravación a efectos de la revisión debería limitarse a la evolución de las lesiones que determinaron el reconocimiento de la incapacidad inicial (sentencia de 13 de noviembre de 1986), la Sala, a partir de la sentencia de 29 de junio de 1987, ha venido manteniendo con carácter general la tesis de que todas las dolencias y secuelas del interesado han de ser apreciadas conjuntamente, a los efectos de la revisión del grado de incapacidad, aunque provengan de distintas contingencias determinantes. Así la sentencia de 20 de diciembre de 1993 precio que la incapacidad laboral constituye un estado o situación personal de quien la sufre en relación con el trabajo, en la que debe atenderse al estado resultante en términos de merma de la capacidad de trabajo. De ahí que en la "configuración de la situación invalidante última –invalidez permanente absoluta– que aqueja al trabajador demandante confluyen, de forma conjunta e indistinguible tanto las lesiones derivadas del accidente laboral que, en su día, sufrió el mismo, como la patología de enfermedad común manifestada posteriormente", de forma que no es posible admitir que la última patología "sea susceptible de generar, por sí misma, el efecto absolutamente invalidante para el trabajo o que, esto último, lo genere la agravación de las pensiones originariamente sufridas que tuvieron su causa en accidente de trabajo". Por ello, la sentencia mantiene el reconocimiento de una pensión por incapacidad permanente absoluta y procede a distribuir la misma entre las gestoras que asumen la cobertura de las correspondientes lesiones.

El mismo criterio aplicaron las sentencias de 6 de junio de 1984 y 27 de julio de 1996, declarando la primera que "el estado de salud del demandante que menoscaba su capacidad para el trabajo es una situación unitaria que ha de ser valorada globalmente, sin que sea exigible ni aconsejable que el examen de su estado se efectúe en actuaciones separadas para diferenciar la incidencia que tiene el origen común o profesional de sus dolencias, pues esto rompería la unidad y globalidad de la evaluación que permite conocer el alcance de su incapacidad". Para la sentencia de 27 de julio de 1996, que decide un caso en el que las lesiones iniciales por accidente no laboral se suman después otras por un caso en el que a las lesiones iniciales por accidente no laboral se suman después otras por enfermedad común, se ratifica por la propia letra del artículo 143.2 LGSS (actual 200), que alude a la

[68] Sentencia del Tribunal Supremo de 2011 (recurso 1442/2010); 20 de enero de 2011 (recurso 708/2010).

"agravación o mejoría del estado invalidante", siendo claro que la expresión "estado" hace referencia a la situación completa y global del incapacitado no sólo a las concretas dolencias en que se basó el reconocimiento anterior del grado inferior de invalidez.

Especial interés tiene sentencia de 12 de junio de 2000 dictada por el Pleno de la Sala, que para resolver el problema de la base reguladora aplicable en un supuesto en el que a una incapacidad permanente total por enfermedad profesional siguió la declaración de una incapacidad permanente absoluta para la que se tuvieron en cuenta otras lesiones derivadas de enfermedad común, se partió del principio de consideración conjunta de las lesiones daba lugar a "una sola prestación de la Seguridad Social" a la que debía aplicarse una sola base reguladora y no dos, como ha hecho la sentencia recurrida.

La aplicación de esta doctrina determina que no se puedan reconocer dos pensiones por un cuadro lesivo en el que resulta claro que se ha considerado reconozcan dos pensiones por un cuadro lesivo en el que es claro que se han considerado para calificar el estado del actor como incapacidad permanente absoluta las lesiones derivadas del primer proceso por enfermedad común –la disminución de la visión en los dos ojos– que se incrementan con las lesiones posteriores del accidente de trabajo que lleva a la pérdida de la visión del ojo izquierdo, que de una visión del 0,7 pasó a otra del 0,08 con lo que, como el propio actor reconoce, es la suma de las dos lesiones la que provoca el "estado de casi ceguera", que determina el reconocimiento de la incapacidad permanente absoluta, teniendo en cuanta de forma unitaria y conjunta la pérdida de visión en los dos ojos, lo que es contradictorio con la pretensión de mantener la pensión de incapacidad total sumada a otra pensión de incapacidad absoluta. Realmente las limitaciones de la visión, que son las decisivas, operan sobre la modificación del mismo cuadro lesivo, generando una limitación acumulada que, en su conjunto, incrementa el efecto invalidante, integrando las limitaciones anteriores de forma que no podrían ser valoradas de forma independiente. Esta valoración autónoma solo podrá operar para la gonálgia, que, aparte de aparecer en el último cuadro, no tendría alcance invalidante para justificar una calificación independiente por sí misma. Si el recurrente fuera coherente con su tesis de valoración separad, lo que tendría que pedir serían dos pensiones de incapacidad permanente total fundadas en las limitaciones de visión en cada ojo. Pero cuando se declara una incapacidad permanente absoluta se está valorando normalmente, de acuerdo con la tesis de una consideración unitaria del estado del inválido, el conjunto de las lesiones del solicitante.

3. Compatibilidad de prestaciones de incapacidad permanente total en distintos regímenes [69]

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010 (recurso 4445/2009) considera compatible la percepción de pensiones en el Régimen General de la Seguridad Social y del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con diferentes profesiones y de secuelas determinantes y cotizaciones suficientes en cada uno de los regímenes para lucrar la pensión.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2014 (recurso 3038/2013) estima la compatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente total y absoluta causadas en distintos regímenes de la Seguridad Social, por devengarse por cotizaciones en actividades laborales sucesivas no simultáneas, que dan lugar al alta en dos regímenes diferentes que son suficientes en cada uno para lucrar la pensión y con independencia de que se tangan en cuenta para la agravación dolencias ya valoradas en la incapacidad permanente previa declarada en otro régimen.

4. Compatibilidad entre pensión de jubilación del RETA, para la que se computaron cotizaciones efectuadas al Régimen General, y la pensión de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional, al tratarse esta última de una prestación exceptuada de periodo de cotización previo [70]

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006 (recurso 4521/2004) señala: "Se trata en definitiva de determinar la incidencia que en la regla general de incompatibilidad de las prestaciones posee la circunstancia de que en una de ellas, no se precise de ninguna cotización como elemento constitutivo. Tal sucede con las prestaciones por incapacidad permanente derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, con arreglo al artículo 124 LGSS (actual 165) para las que no es necesario un periodo previo de cotización.

La regla establecida por el artículo 5.1º del Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, declara incompatible con otra que la misma persona hubiera causado o pudiera causar en ésta última, la pensión reconocida por un órgano o la entidad gestora de un régimen, si el cumplimiento del periodo mínimo de cotización exigido para el derecho a aquélla, o la determinación del porcentaje aplicable para calcular su cuantía, o ambos casos, hubiera dependido de las cotizaciones computadas en otro régimen.

Una interpretación literal del precepto convendría en que la utilización de unas cotizaciones para el reconocimiento de una prestación anula toda la posibilidad de ulterior reconocimiento.

---

69 Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2010 (recurso 945/2009); 11 de mayo de 2010 (recurso 3640/2009); 12 de mayo de 2010 (recurso 3316/2009); 22 de noviembre de 2010 (recurso 233/2010).

70 Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2012 (recurso 891/2011).

Para establecer la correcta interpretación del precepto debe partirse de la naturaleza contributiva del sistema de prestaciones en la Seguridad Social española. Este sistema posee distintas normas que lo configuran, en unos casos para definir el quantum de lo exigible, es decir el número de cotizaciones precisas para acceder a las prestaciones cuando éstas son elemento contributivo como es la regla general. La misma naturaleza contributiva determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente, pero den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que las mismas pueden ser aprovechadas, así. en la Disposición Adicional 38ª LGSS/1994 señala, para este caso de pluriactividad que, de no causar derecho a pensión en unos de los Regímenes, las bases de cotización acreditadas en éste, podrán ser acumuladas a las del Régimen en que se cause la pensión, exclusivamente para la determinación de la base reguladora de la misma, siempre que la suma no exceda del límite máximo de cotización vigente en cada momento y con la condición de acreditar la permanencia en la pluriactividad durante los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante y en otro caso, la parte proporcional.

Esta es la contratista por no haber podido sumar las cotizaciones a efectos de carencia, lo que si sería posible cuando no exista superposición de las cotizaciones. Así prevé el artículo 9 del citado texto refundido la totalización de los periodos de permanencia en cada uno de los regímenes, siempre que no se superpongan. El resultado es, obviamente una sola pensión obtenida de la suma de cotizaciones que se originan en diversas fuetes de obligación. Por el contrario la superposición, que impide la intercomunicación podrá, en su caso, dar origen a distintas prestaciones, con el único límite del que en cada momento se impongan a las percepciones de fondos públicos.

En definitiva se está en todo momento configurando un paisaje prestacional a la presencia de cotizaciones con independencia de su origen, siendo lo relevante su uso con el matiz temporal de su carácter sucesivo a la hora de construir una carrera de seguro, de suerte que de una sola no surja un haz de prestaciones coincidentes en el objeto de cobertura. Pero reconocimiento de la prestación por sí o en unión de otros requisitos. Nada de esto sucede en casos como el que nos ocupa, en que la historia de aseguramiento con que cuenta el interesado carece de toda influencia en la prestación qie se reconoce.

El demandante insta una pensión de invalidez permanente derivada de la contingencia de enfermedad profesional para la que le artículo 124.4 LGSS 8actual 165), exceptúa salvo disposición legal expresa en contrario, de la exigencia de periodo previo de cotización. No existe reutilización de cotizaciones al reconocer la prestación por enfermedad profesional.

2.18. INCOMPATIBILIDAD CON OTRAS PRESTACIONES

1. Concurrencia de prestación de incapacidad temporal y pensión de incapacidad permanente [71]

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2000 indica que de lo que se trata es de una concurrencia de prestaciones que se produce al margen de la sucesión normal entre una incapacidad temporal y la permanente. Es cierto que esta concurrencia, al afectar a una pensión y a un subsidio, no está comprendida en el artículo 122 LGSS/1994 (actual 163), en relación con el artículo 131 bis.3 LGSS/1994. Hay incompatibilidad, como reconocen las dos, porque en nuestro ordenamiento la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución, porque en ese caso la renta de sustitución podría ser superior a la sustituida. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 131 bis.3 LGSS/1994 (actual 174), aunque la solución sería distinta si la incapacidad temporal cubriera la pérdida de una renta profesional derivada de una profesión derivada de una profesión no comprendida en la declaración de incapacidad permanente total (sentencia de 29 de septiembre de 1995). Ahora bien, si hay incompatibilidad y si falta una regla específica que regule la selección entre dos prestaciones incompatibles, no puede entenderse que esa selección tenga que realizarse por la entidad gestora aplicando la prestación en cuantía inferior. La laguna ha de integrarse con la norma del artículo 122 LGSS/1994 (actual 163), que permite la opción del beneficiario, lo que en la práctica coincide con el criterio de la prestación más favorable para el beneficiario que recoge el artículo 131 bis.3 LGSS/1994 (actual 174).

2. Incompatibilidad de pensiones causadas en distintos regímenes de la Seguridad Social- Prestaciones exceptuadas de periodo de cotización. Compatibilidad de pensión de jubilación de Clases Pasivas y de Incapacidad Permanente del régimen General derivada de enfermedad profesional

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006 (recurso 4521/2004) recuerda que la la regla establecida en el artículo 5.1º del Real Decreto 691/1991, de 12 de abril declara incompatible con otra que la misma persona hubiera causada o pudiera causar en esta última , la pensión reconocida por el órgano o entidad gestora de un régimen, si el cumplimiento del periodo mínimo de cotización exigido para el derecho a aquélla, o la determinación del porcentaje aplicable para calcular su cuantía, o ambos casos, hubiera dependido de las cotizaciones computadas en otro régimen.

Una interpretación literal del precepto convendría en que la utilización de unas cotizaciones para el reconocimiento de una prestación anula toda la posibilidad de ulterior reconocimiento.

---

[71] Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2001; 9 de julio de 2001 (recurso 3432/2000); 22 de mayo de 2001 (recurso 2613/2000).

Para establecer la correcta interpretación del precepto debe partirse de la naturaleza contributiva del sistema de prestaciones en la Seguridad Social española. Este sistema posee distintas normas que lo configuran, en unos casos para definir el quantum de lo exigible, es decir, el número de cotizaciones precisas para acceder a las prestaciones cuando éstas son elemento contributivo como es la regla general. La misma naturaleza contributiva determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que las mismas puedan ser aprovechadas, así en la DA 38 LGSS/1994 (actual artículo 49) para el caso de pluriactividad que, de no causar derecho a pensión en unos de los regímenes, las bases de cotización acreditadas en este, podrán ser acumuladas a las del Régimen en que se cause la pensión, exclusivamente para la determinación de la base reguladora de la misma, siempre que la suma no exceda del límite máximo de cotización vigente en cada momento y con la condición de acreditar la permanencia en la pluriactividad durante los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante y en otro caso, la parte proporcional.

Esta es la contrapartida por no haber podido sumar las cotizaciones a efectos de carencia, lo que si sería posible cuando no existe superposición de las cotizaciones. Así, prevé el artículo 9 del citado texto refundido la totalización de periodos de permanencia en cada uno de dichos regímenes, siempre que no se superpongan. El resultado es, obviamente una sola obligación: por el contrario la superposición, que impide la intercomunicación podrá, en su caso, dar origen a distintas prestaciones, con el único límite del que en cada momento se imponga a las percepciones de fondos públicos.

En definitiva se está en todo momento configurando un paisaje prestacional a la presencia de cotizaciones con independencia de su origen, siendo lo relevante su uso con el matiz temporal de su carácter sucesivo a la hora de construir una carrera de seguro, de suerte que de una sola no surja un haz de prestaciones coincidentes en el objeto de cobertura. Pero es necesario, para que la objeción actúe que sea la carrera de seguro lo relevante en el reconocimiento de la prestación por si o en unión de otros requisitos: Nada de esto sucede en casos como el que nos ocupa, en que la historia de aseguramiento con el que cuenta el interesado carece de toda influencia en la prestación que se reconoce.

El demandante insta una pensión de invalidez permanente derivada de la contingencia de enfermedad profesional para la que el artículo 124.4 LGSS (artículo 165.4 actual), exceptúa salvo disposición legal expresa en contrario, de la exigencia de periodo previo de cotización. No existe reutilización de cotizaciones al reconocer la prestación por enfermedad profesional.

3. Compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total con la pensión de jubilación parcial

La sentencia de 28 de octubre de 2014 (recurso 1600/2013) considera que resulta claro que el artículo 122 LGSS (actual 163) se limita a establecer una regla

general de incompatibilidad en el percibo por el mismo beneficiario de dos pensiones en el Régimen General de la Seguridad Social pero, al mismo tiempo, abre la posibilidad de que vía legal –o incluso reglamentaria– se pueden establecer excepciones a esta regla general. Se trata, por tanto, de interpretar el artículo 14 del Real Decreto 1131/2002, que hemos reproducido para comprobar si en su regulación se contempla como excepción la situación debatida, y así es.

- En relación a la jubilación parcial, el antiguo artículo 166.2 LGSS (actual 215) dispone que los trabajadores que reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación con excepción de la edad, que habrá que ser inferior en cinco años, como máximo, a la exigida con carácter general, podrán acceder a la jubilación parcial, en las condiciones previstas en el apartado seis del artículo 12 ET.

Asimismo, el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, en su artículo 14 establece las compatibilidades e incompatibilidades de la misma y respecto a las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez y en todo caso con la pensión de jubilación que pudiera corresponder con otra actividad distinta a la realizada en el contrato de trabajo a tiempo parcial.

Y en relación a la pensión de incapacidad permanente total, se limita a aquellos supuestos en que la misma proceda por el trabajo que se preste en virtud del contrato que dio lugar a la jubilación parcial.

En los presentes autos, consta acreditado que el actor cumple los requisitos para el derecho al percibo de las dos prestaciones, pues la incapacidad permanente total derivada de enfermedad común qye tiene reconocida, lo es para el trabajo que realizaba con anterioridad como conductor en una empresa, sin embargo la pensión de jubilación a tiempo parcial procede por la prestación de servicios en otra empresa y en otro trabajo, por tanto como la prestación de incapacidad permanente total cubre la pérdida de capacidad labora del trabajador para el desempeño de la actividad profesional de conductor que realizaba en la primera empresa y la jubilación parcial la jornada de trabajo que actualmente viene realizando el trabajador como controlador en la última empresa, procede declarar el derecho del actor a compatibilizar las dos pensiones que pueda corresponderle de la jubilación parcial con la incapacidad permanente total; lo que no ocurriría con respecto a la pensión de jubilación definitiva momento en que tendrá que ejercitar la opción entre las dos pensiones contempladas en el artículo 122 LGSS al incurrirse en la incompatibilidad entre pensiones del mismo régimen que se contempla en dicho artículo.

Asimismo en cuanto al cálculo de la pensión de jubilación parcial no cabe la exclusión de las cotizaciones anteriores al otorgamiento de la pensión de invalidez permanente, ya que el artículo 12 del Real Decreto 1131/2002 establece que para determinar la cuantía de la misma, se debe tener presente: "los años de cotización que acredite el trabajador en el momento del hecho causante", sin exclusión de clase alguna, sin perjuicio de que en supuestos de incompatibilidad, que no es el caso, procediera la opción que establece el artículo 122 LGSS (actual 163).

Se trata de una interpretación plenamente coherente con el encaje de la jubilación parcial y de la incapacidad permanente total en el conjunto de nuestro sistema de Seguridad Social, cuyas prestaciones tienen función proporcionar al beneficiario una renta sustitutoria de las rentas profesionales que deja involuntariamente de percibir por el acaecimiento de tales contingencias. De ahí que la pensión de incapacidad permanente total solamente otorgue el 55 % de la base reguladora habida cuenta de que al sujeto le queda una capacidad de trabajo suficiente parta poder percibir, en una actividad distinta, una renta profesional que, obviamente, es compatible con el percibo de la pensión de IPT derivada de la primera actividad. Y, por esa misma razón, si el trabajador decide jubilarse parcialmente de dicha segunda actividad es completamente lógico que –sin pérdida de su pensión de IPT –perciba la correspondiente pensión sustitutoria de la parte de renta profesional que deje de percibir por esa segunda actividad, en la que seguirá trabajando parcialmente con la correspondiente reducción salarial. Cosa distinta es que no haya tal segunda actividad sino que el trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total haya continuado trabajando en la misma actividad "en virtud del mismo contrato", precisa el artículo 14 del RD 1131/2002 – en cuyo caso el Reglamento citado si declara expresamente incompatibles la pensión de IPT con la de jubilación parcial, quizás porque el legislador reglamentario incompatibles ha entendido que, en tal caso, lo lógico será pasar directamente a la situación de jubilación completa, cuya pensión será superior a la pensión de IPT, en el caso muy extraño de que así no fuera, el sujeto podrá optar por seguir percibiendo exclusivamente la pensión de IPT.

Por otra parte, las cotizaciones que se computan para la jubilación (tanto a efectos de periodo de carencia como de cálculo de la cuantía) son cotizaciones que, con suma frecuencia, han dado lugar a otras prestaciones –de desempleo, de incapacidad temporal para el trabajo, etc.– a lo largo de la vida del funcionario. De ahí que no es coherente con el funcionamiento general del sistema que se diga, como hace la sentencia recurrida, que las cotizaciones que se computaron para otorgar la IPT no pueden ser tenidas en cuenta para conceder una pensión de jubilación, tanto si ésta es completa como si es parcial.

4. Compatibilidad de la prestación de incapacidad permanente total con la prestación de desempleo derivada de otra profesión

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2015 (recurso 2951/2014) señala que lo que el artículo 221.1 LGSS (actual 283) dispone es que las prestación o el subsidio desempleo serán incompatibles con la obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico "salvo que estas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo", de manera que constituyendo ésta la regla especial en la materia, prima sobre cualquier otra (léase artículo 122 de la propia LGSS (actual 163), que establece el principio general de incompatibilidad de pensiones) y lleva a la conclusión de que la prestación de IPT, que fue compatible con un trabajo distinto del que la originó y, por tanto, con la retribución obtenida del mismo (la reconocida en 1999) sigue siéndolo cuando estos desaparecen pero se

reconoce en su lugar y por tal motivo la prestación por desempleo, aunque no se tenga en cuenta las cotizaciones anteriores, que ya se contabilizaros para dar lugar a la IPT –que como se ha dicho nación en 1990– de modo que si el segundo y diferente trabajo del actor supuso, evidentemente, nuevas cotizaciones, éstas son susceptibles de generar la prestación de desempleo en litigio, toda vez que a raíz de la primera IPT el actor continuó prestando servicios en una categoría diferente a la del primitivo empleo (en principio de Oficial de artes gráficas y después Almacenero hasta, al parecer junio de 2011 en que fue despedido) presumiéndose , a falta de prueba en contrario, que ha cotizado de conformidad con el artículo 207 b) LGSS (actual 266)por esa ulterior ocupación, con la responsabilidad que en todo caso incumbe al ente gestor ex artículo 220 LGSS (actual 294).

5. Compatibilidad del incremento del 20 % de la IPT con la de jubilación a cargo de la administración de un Estado de la Unión Europea[72]

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2018 (recurso 4102/2016) considera que de acuerdo con la doctrina de TJUE dictada en la sentencia de 15 de marzo de 2018 (C-431/16), Blanco Marqués, que establecía las siguientes conclusiones:

1) Una disposición nacional como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual el complemento de pensión de invalidez permanente total queda suspendido durante el periodo en el que el beneficiario de la pensión percibe una pensión de jubilación en otro Estado miembro constituye una cláusula de reducción en el sentido del Reglamento.

2) El Reglamento debe interpretarse en el sentido de que el concepto de legislación del primer Estado miembro que figura en dicha disposición legislativa nacional.

3) Un complemento de pensión de incapacidad permanente total y una pensión de jubilación adquirida por el mismo trabajador en otro Estado son de la misma naturaleza en el sentido del Reglamento.

4) El Reglamento debe interpretarse debe interpretarse en el sentido de que una norma nacional que prohíbe la acumulación, como la que se deduce del artículo 6 del Decreto 1646/1972, no es de aplicación a una prestación calculada sin totalización si esta prestación no está incluida en el anexo del mismo Reglamento.

[72] Sentencia del tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2018 (recurso 4151/2017); 13 de noviembre de 2018 (recurso 4401/2017); 9 de octubre de 2018 (recurso 1095/2017); 9 de octubre de 2018 (recurso 3249/2016); 9 de octubre de 2018 (recurso 1909/2017); 21 de febrero de 2018 (recurso 1498/2016); 13 de noviembre de 2018 (recurso 3902/2017); 9 de octubre de 2018 (recurso 1456/2017); 14 de marzo de 2019 (recurso 2448/2018); 18 de marzo de 2019 (recurso 42/2018); 13 de marzo de 2019 (recurso 3415/2017); 5 de marzo de 2019 (recurso 1514/2018); 19 de mayo de 2020 (recurso 2285/2018); 19 de mayo de 2020 (recurso 1115/2018); 7 de marzo de 2020 (recurso 1096/2018).

El artículo 53.3.a) del Reglamento UE 883/2004, sobre coordinación de los Sistemas de Seguridad Social regula la compatibilidad entre sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social regula la compatibilidad entre pensiones de la misma naturaleza (como son las de IP y jubilación) y establece que a esos fines solo es posible tener en cuenta las prestaciones adquiridas en otro Estado miembro cuando la legislación nacional establezca que se tengan en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en el extranjero. Nuestro legislador no ha aprobado hasta la fecha una previsión semejante.

La claridad de la norma en cuestión (similar al precedente artículo 46. Bis.3.a del Reglamento 1408/1971), su especificadas (va referida a los supuestos de previsiones sobre compatibilidad o "acumulador") y la doctrina de la STJUE Blanco Marqués (aunque allí se trata de pensión abonada por Suiza) abocan a esa conclusión.

2.19. RÉGIMEN AL QUE CORRESPONDE OTORGAR LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE

1. Criterios de determinación del régimen aplicable

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2003 (recurso 4028/2002)[73] indica que el artículo 35.2.c) del decreto 2530/1970 señala que "cuando el trabajador no hubiese reunido en ninguno de los Regímenes computadas separadamente las cotizaciones a ellos efectuadas, los periodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión, podrán sumarse a tal efecto las cotizaciones efectuadas a todos. En tal caso, la pensión, podrán sumarse a tal efecto las cotizaciones efectuadas a todos. En tal caso, la pensión se otorgará por el Régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones.

2.20. EMPLEADOS DE HOGAR

1. Carencia y Días cuota. Cómputo a partir del 1 de enero de 1986

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2000 (recurso 2565/2000) recogiendo doctrina anterior indica que en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, solo a partir del 1 de enero de 1986 y por virtud del artículo 10 del Real Decreto 2475/1985, que fijó a partir de dicha fecha la base de cotización en dicho régimen especial, es posible tener en cuenta a los efectos que nos ocupan las cotizaciones relativas a las pagas extraordinarias, porque el derecho a dichas pagas aparece consagrado por primera vez en el artículo 6.4 del Real Decreto 1424/1985 de 1 de agosto, regulador de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, y esta norma entró en vigor el citado día 1 de enero de 1986, según establece su Disposición Final.

[73] Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2011 (recurso 4610/2010).

2. Cálculo de la base reguladora. Periodos de invalidez provisional

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2002 (recurso 1151/2002) establece que el criterio establecido en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1993 sobre la doctrina conocida como del "paréntesis" a los empleados de hogar.

2.21. TRABAJADORES AUTÓNOMOS

1. Base reguladora. No procede de la integración de las lagunas con bases mínimas[74]

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2001 (recurso 695/2001) afirma que la disposición adicional octava (actual disposición adicional primera) excluye la integración de lagunas para el cálculo de la base reguladora en el RETA. Según la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2005 (recurso 2007/2004) aplica esta doctrina a los trabajadores agrarios por cuenta propia.

2. Incremento de las bases de cotización procedente

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012 (recurso 15663/2011) considera que de las disposiciones normativas de aplicación se pueden deducir las siguientes conclusiones:

a) Que la base reguladora de la incapacidad temporal viene determinada por la base de cotización inmediata a la baja y es inmodificable durante todo el proceso;

b) Que el afiliado al RETA puede en cualquier momento modificar –a la baja o al alza su base de cotización, por cuanto que no existe indicación legal alguna que prohíba a los trabajadores autónomos modificar su base de cotización durante el periodo de incapacidad temporal, y

c) Que la inmutabilidad que predica el artículo 6.2 RD 1273/2003 va exclusivamente referida a la base reguladora de la incapacidad temporal y –por lo tanto– al importe del subsidio, o que evidentemente tiene el loable propósito de evitar la "compra" de un subsidio superior, po lo qye en principio se presenta injustificado extender esa razonable Prescripción legal también a las bases de cotización –y por consiguiente Base Reguladora– de futuras prestaciones de todo género, pues con ello parece que se limitaría –sin base legal alguna– la carrera de seguro del afiliado al RETA.

En este sentido, parece innegable la posibilidad del novar las cotizaciones en toso el momento, lo cierto es que su absoluta permisividad y su consiguiente eficacia

[74] Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2004 (recurso 5086/2003); 24 de enero de 2011 (recurso 1394/2010).

para futuras prestaciones favorecen "estrategias" que malamente se compadecen con el principio contributivo que –en mayor o menor medida– informa nuestro sistema de Seguridad Social y que garantiza su viabilidad y eficacia con lo que se presenta del todo razonable entender que el mantenimiento de la misma Base de Cotización durante la IT tal como se acuerda en el artículo 6 de las órdenes de cotización para el Régimen General, también es de correcta aplicación –por analogía– en el RETA en tanto que concurren los requisitos de "laguna legal", "semejanza" e "identidad de razón" que el artículo 4.1 del Código Civil requiere que la Sala ha expresado diciendo con reproducción de la STSI de 7 de octubre de 2010, que es preciso "para la aplicación del método analógico la existencia de una verdadera laguna legal y la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudirse para resolver y el ya regulado, debiendo acudirse para resolver y el ya regulado, debiendo acudirse para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados (STS de 18 de abril de 2011 recurso 2893/2010). Y con mayor motivo si se tiene en cuenta que la IT comporta el cese de la actividad habitual y el de los correlativos ingresos a obtener por ella, hasta el punto de que incluso se presente discutible que es este Régimen especial persista –en todos los casos– la obligación de cotizar durante la propia situación de incapacidad temporal, dados los términos en que se expresan los artículos 1.2 y 73 ORETA y la ausencia –en este Régimen– de un mandato como el que al respecto contiene el artículo 106.4 LGSS.

Pero en el bien entendido –dado el principio general que el afiliado al RETA puede incrementar en todo tiempo el importe de sus cotizaciones–, que la consecuencia a que la citada analogía nos lleva únicamente va referida a las futuras prestaciones que se hallen conexas con la IT (IP, muerte y supervivencia), en tanto que sucedidas a ella sin solución de continuidad y generadas por la misma patología, pero sobre todo –y ello es lo decisivo– siempre que la voluntaria modificación –al alza– de la Base de Cotización sea solicitada una vez iniciado el proceso de IT. Y no antes, salvo supuestos extremos en los que la proximidad temporal a esta contingencia y la naturaleza de las dolencias (piénsese en el diagnóstico de patologías altamente invalidantes o de previsibles efectos letales) evidencien un comportamiento fraudulento de mejora para la futura –y más que probable– prestación, fraude, por otro lado que no se presume y que ha de ser acreditado por la Entidad Gestora que lo invoca, conforme a muy reiterado planteamiento jurisprudencial (así, entre otras SSTS de 21 de junio de 2004 (recurso 3143/2003); 14 de mayo de 2008 (recurso 884/2007) y 12 de mayo de 2009 (recurso 2497/2008). Afirmaciones estas con lo que no hacemos más que seguir –en el presente materia de incapacidad permanente. El criterio adoptado por la Sala en los supuestos de fraude en el incremento de bases para la pensión de jubilación (Sentencias de 27 de octubre de 1998 recurso 3616/07; 30 de enero de 2001 recurso 715/2000; 12 de marzo de 2003 recurso 1929/2002; y 23 de noviembre de 2006 recurso 2978/2005).

En el presente caso la solicitud de modificación de la Base de Cotización se hace con anterioridad al surgimiento de la Incapacidad Temporal, sin perjuicio que por aplicación de una concreta prescripción legal (artículo 26.1 de la Orden

Ministerial de 24 de septiembre de 1970, la reclamación modificativa hubiese tenido efectos con posterioridad al proceso de incapacidad. Y una vez que ni tan siquiera se ha insinuado la existencia de ánimo defraudatorio en la solicitud del incremento de la Base de Cotización, en último término –desde ña perspectiva del enriquecimiento sin causa– no se presenta aceptable prescindir de las bases de cotización realmente satisfechas, incuestionadas por la TGSS y ajenas al fraude, y limitar su importe a la base del mes precedente a la baja que había servido para determinar la Base Reguladora del subsidio de Incapacidad temporal. Lo que supone que hayamos de aceptar –en el cálculo de la Base Reguladora de la pensión de Incapacidad Permanente Absoluta– las bases de cotización mejoradas y satisfechas durante todo el periodo de IT, lo que ha de llevar –por incuestionados los cálculos– a la cifra indicada en la sentencia de instancia, cuya conformación se impone.

3. Denegación del incremento del 20 % a los trabajadores autónomos[75]

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2000 (recurso 4005/1999) señala que el incremento del veinte por ciento de la pensión correspondiente a la incapacidad permanente total, vigente en el Régimen General de la Seguridad Social, no es aplicable en el Especial de Trabajadores Autónomos al no estar expresamente establecido ni deducirse su aplicación, sino todo lo contrario., de su regulación genérica; ya que la referencia a la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior –razón de ser del incremento "ex" art. 6 del Decreto del 72– no cabe referirla a quien ejerce una actividad por cuenta propia.

4. Régimen jurídico aplicable al incremento del 20 % de la IPT en RETA. No aplicación a los beneficiarios que han cumplido los 65 años

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2002 (recurso 1920/2001) recuerda que la disposición adicional 8ª LGS, reformada asimismo por la Ley 24/1997 ya citada, y que de manera expresa y categoría establece que lo dispuesto en el artículo 138 será de aplicación a todos los regímenes que integran el Sistema de Seguridad Social, de manera que, cuando se interpuso la demanda el 26 de abril de 2000 ni siquiera para los supuestos de accidente de trabajo y enfermedad profesional podían solicitarse prestaciones de incapacidad permanente total, una vez que el beneficiario hubiera cumplido los 65 años de edad, porque la regla es de aplicación general, cualquiera que sea la contingencia que origine las prestaciones, que el interesado tenga la edad mínima y los demás requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. Eso significa que la sentencia recurrida aplicó en sus justos términos la normativa citada, y denegó el recargo de una pensión que tampoco debió haberse reconocido en el momento en que se hizo.

---

75 Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2000 (recurso 4005/1999); 24 de junio de 2008 (recurso 2102/2007); 15 de septiembre de 2009 (recurso 3557/2008); 13 de febrero de 2003 (recurso 2210/2002); 15 de marzo de 2005 (recurso 618/2004) en el caso de agrarios por cuenta propia.

Por otro lado, no se desconoce que ha entrado en vigor del Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, cuya disposición final 3ª ha reformado el artículo 138.1 párrafo segundo LGSS/1994, en el sentido de que la prohibición de reconocer derecho a las prestaciones de incapacidad permanente cuando el interesado, por su edad y reuniendo los requisitos necesarios pueda acceder a la pensión de jubilación, solamente está referida a las prestaciones derivadas de contingencias comunes, pero el citado Real Decreto-ley de referencia no contiene prevención alguna acerca de su posible efecto retroactivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.3 del Código Civil, la controversia ha de resolverse por la normativa vigente al tiempo de suscitarse la misma, esto es, en la fecha de presentación de la demanda.

5. Incremento del 20 % tras su establecimiento en el RETA en el Real Decreto 463/2003, de 25 de abril que incorpora un tercer párrafo al artículo 38.1 del Real Decreto 2530/1970

8.1.4.1. Denegación de incremento del 20 % en la prestación de IPT por no acreditar que ha abandonado la titularidad del establecimiento mercantil en el que desempeñaba su actividad como autónomo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2015 (recurso 2204/2014)[76] establece las siguientes consideraciones:

A) El Real Decreto 463/2003, de 25 de abril, incorporó un tercer párrafo al artículo 28.1 del Decreto 2530/1970, introduciendo en el RETA por primera vez, el incremento de un 20 % de la base reguladora de la pensión de IPT, siempre y cuando concurran, además de los requisitos de que el pensionista tenga una edad igual o superior a los 55 años, y de que "no ejerza una actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los Regímenes de Seguridad Social, debe reunir también el requisito de "Que el pensionista no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ni de una explotación agraria o marítimo-pesquera, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo", requisito éste, que al no haberse acreditado por la demandante, ha tenido como consecuencia que no le haya reconocido el citado incremento, no considerándose suficiente ni la baja en el RETA ni la baja en IAE.

B) Deben concurrir conjuntamente los tres citados requisitos que el señalado precepto legal exige, por lo que no basta con el cumplimiento de la edad de 55 años, y ni siquiera tampoco con el de no ejercer actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia; sino que es necesario, además, que no ostente la titularidad real de un establecimiento mercantil en condición de propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo. Es palmario, que con esta regulación el legislador quiere garantizar plenamente que el pensionista no ejerce con esta regulación, el legislador quiere garantizar plenamente que el pensionista no ejerce con esta regulación no ejerce actividad mercantil o comercial alguna, así como impedir que tenga acceso al incremento del 20 % de la pensión quien continua percibiendo ingresos económicos

[76] Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2017 (recurso 2535/2015).

derivados de la explotación de un establecimiento mercantil, aun cuando haya cesado en la actividad profesional por la que era alta en el RETA. En este sentido conviene recordar, que también en el Régimen General de la Seguridad Social el incremento del 20 % es un derecho excepcional, vinculado no solo al cumplimiento de la edad de 55 años, sino también a las circunstancias sociales y laborales del pensionista que le impiden encontrar una nueva actividad retribuida, como indica el artículo 139 LGSS/1994, por lo que no es extraño que el legislador haya querido establecer una cautela de similar naturaleza al extender este beneficio al RETA.

C) Ciertamente, que como se dice en la sentencia de contraste, la mencionada exigencia parece contrastar con la presunción "iuris tantum" del artículo 2.3 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, conforme al que se considera que concurre la condición de trabajador por cuenta propia con obligación de encuadrarse en el RETA, en quien ostenta la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario abierto al público como propietario, usufructuario, arrendatario u otro concepto análogo, pero tal presunción se destruye y con ella la obligatoriedad del alta en el RETA, cuando se pruebe fehacientemente por el interesado que otra persona realiza las funciones de dirección del establecimiento. La conjunta integración de estas situaciones daría lugar a que el afiliado al RETA causare baja en el mismo por aquella actividad cuando pasa a ser pensionista de incapacidad permanente total, aun cuando mantenga la titularidad del establecimiento mercantil cuya gestión y dirección se encomienda a una tercera persona, pero en este caso se vería privado de la posibilidad de percibir el incremento adicional del 20 5, que ha de entenderse en suspenso mientras mantenga la titularidad del negocio y que podría ulteriormente reclamarse cuando se acredite la pérdida efectiva de dicha titularidad, lo que, dicho sea de paso, viene también a ratificar la clara voluntad del legislador de limitar la percepción de este incremento adicional a los supuestos en los que el pensionista carece de ingresos económicos adicionales de esta naturaleza; y,

D) En el supuesto que aquí enjuiciamos, al demandante no ha intentado justificar que haya abandonado la titularidad del establecimiento mercantil en el que desempeñaba su actividad como trabajadora autónoma (cocinera de bar).

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2016 (recurso 379/2015) deniega el incremento del 20 % en la pensión por incapacidad permanente total por seguir siendo titular de la explotación agraria que tiene alquilada. Percibiendo a cambio una renta anual y al totalidad de las subvenciones.

6. Denegación del incremento de bases y cómputo recíproco de cotizaciones

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2002 (recurso 2851/2001) deniega el incremento por resultar de aplicación el RETA y no el Régimen General por ser el régimen en el que se acredita mayor número de cotizaciones.

7. Fecha inicial del devengo

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2001 (recurso 247/2001) señala que el artículo 61 de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1970 ha quedado modificado por la Orden de 18 de enero de 1996, que fue dictada en desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio y es aplicable a todas las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, en el que se encuentra incluido el RETA. Pues bien, la nueva normativa se contiene en el segundo párrafo del artículo 13.2, en el que se ordena que "en los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal, o ésta no se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del EVI.

8. Fecha de efectos de la prestación cuando el trabajador se encuentra en alta en el RETA[77]

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2015 (recurso 2034/2014) considera que la fecha de efectos de la prestación cuando el beneficiario se encuentra en alta en el RETA y la invalidez se reconoce por primera vez en sentencia habiendo sido negada por resolución administrativa fijándose la fecha del reconocimiento del EVI, al no haber acreditado el INSS la prestación de trabajos incompatibles durante el periodo reclamado posterior, partía el INSS de que el alta en el RETA comporta el ejercicio de trabajo efectivo no acreditado.

9. Carencia. Sólo cabe el cómputo de pagas extraordinarias a partir de enero de 1986

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2002 (recurso 1463/200) citando las sentencias de 3 de marzo de 1992 (recurso 1412/1991) y 17 de abril de 1997 (recurso 3255/1996) invocadas expresamente por la recurrida, establece también en Autónomos, que debe darse, para el cómputo de cotizaciones, primacía al día cotizado sobre el día natural, por aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el día-cuota que estableció el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de junio de 1974 (recurso 49273) dictada en interés de ley. Pero ello solo es posible, con apoyo en la Ley 26/1985, de 31 de julio , que sin efecto retroactivo alguno, equipara en sus artículos 3.1 y 6.2 la forma de calcular las pensiones de jubilación e invalidez de los distintos regímenes de la Seguridad Social, a partir del 1 de enero de 1986 en adelante, dado que esa fue la fecha de entrada en vigor del RD 2475/1985 de 27 de diciembre, que contiene (artículo 9) el sistema de cotización a dicho régimen para el ejercicio económico siguiente.

[77] Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2016 (recurso 3885/2014); 22 de junio de 2016 (recurso 353/2015); 4 de mayo de 2016 (recurso 1848/2014); 15 de febrero de 2018 (recurso 1936/2016).

10. IPT y complemento por mínimos

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009 (recurso 746/2009)[78] afirma que con anterioridad a 2009 solo tiene derecho al complemento por mínimos el pensionista con edad comprendida entre 60 y 64 años que tenga reconocida una incapacidad permanente cualificada, lo que no ocurre cuando al trabajador se le declaró una incapacidad permanente total antes de 2003.

11. Obligación de estar al corriente en el pago. Procede el abono de la prestación de incapacidad temporal pese a no estar al corriente en el pago al no ser previamente invitado al pago de las mismas

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2013 (recurso 464/2012) señala que la nueva DA 39ª LGSS/1994 rige desde el 1 de enero de 2004 y que, por tanto, resulta aplicable al caso, refiere a todas las prestaciones tanto el requisito de hallarse al corriente del pago de las cuotas, como "la aplicación del mecanismo de invitación al pago en los términos del artículo 28.2 del Decreto 2530/1970. Es cierto que este precepto no alcanza por la remisión que el mismo realiza al artículo 27 del propio Decreto, a la incapacidad temporal. Pero ello no significa que se excluya a esta prestación de la invitación al pago, pues la falta de mención se explica porque cuando se aprobó el Decreto 2530/1970 no existía esa prestación en el RETA. Esta conclusión se confirma a la vista de lo dispuesto en los artículos 5 y 12 del Real Decreto 1273/2003. El primero, incluido en el capítulo I, dedicado a la cobertura de las contingencias profesionales, que incluyen el subsidio de incapacidad temporal, establece que "será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de las prestaciones que los interesados estén afiliados y en situación de alta o asimilada, así como que, con excepción del auxilio por defunción, se hallen al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social", añadiendo que "de no ser así, se les cursará invitación en los términos y con los efectos previstos en el artículo 28 del Decreto 2530/1970. Podría objetarse que el artículo 28 sigue sin incluir la incapacidad temporal, pero, aparte de lo ya indicado, el artículo 12 del Real Decreto 1273/2003, Que está incluido en el capítulo II relativo a la incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta propia, prevé que "en los supuestos a que se refiere este capítulo, será requisito indispensable para el reconocimiento del derecho a la prestación del derecho a la prestación por incapacidad temporal que el interesado se halle al corriente en el pago de las correspondientes cuotas a la Seguridad Social, sin perjuicio de los efectos de la invitación al ingreso de las cuotas debidas en los casos en que aquella proceda.

De esta forma el artículo 5 menciona todas las prestaciones, salvo el subsidio de defunción y el artículo 12, específico de la incapacidad temporal, se refiere expresamente a la invitación que ya de forma inequívoca se prevé para la prestación

[78] Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2010 (recurso 2068/2009); 19 de mayo de 2010 (recurso 3461/2009); 20 de diciembre de 2010 (recurso 4537/2009); 22 de noviembre de 2013 (2514/20212); 12 de marzo de 2013 (recurso 1627/2012); 11 de marzo de 2013 (recurso 1756/2012).

de incapacidad temporal. La referencia final del párrafo primero a los casos en que aquélla invitación proceda no puede tener la intención de excluir la incapacidad temporal del juego de esa invitación, porque el precepto se refiere precisamente a esta prestación uy no tendría sentido establecer la invitación para la prestación y luego excluirla. La excepción está apuntando a otros supuestos en los que la invitación no resulta aplicable. Como pueden ser, por ejemplo, aquellos en que no se reúne por el solicitante el periodo de cotización necesario para causar derecho a la prestación. Hay que concluir, por tanto, que no podía denegarse la prestación por no hallarse el solicitante al corriente el actor del pago de las cuotas, sino que la entidad competente para la gestión de la prestación estaba obligada a cursar la invitación en los términos del artículo 28.2 del Decreto 2530/1970.

Esta doctrina, impone la estimación del recurso, por cuanto la Mutua demandada estaba obligada a cursar la invitación al pago en los términos del artículo 28.2 del Decreto 253071970, lo que no efectuó. El artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, debe entenderse en lo que se refiere a la invitación al pago como un precepto que otorga una facultad de configuración jurídica en orden a condicionar el reconocimiento de la prestación al abono de las cuotas debidas. Pero sí la gestora competente no ejercita esta facultad en el momento oportuno –es decir, antes de pronunciarse sobre el reconocimiento de la prestación, ya no podrá condicionar en el futuro el reconocimiento a que el solicitante se ponga al corriente del abono de las cuotas, sin perjuicio de que puede recurrir a otros medios de cobro, entre ellos el descuento de la propia prestación.

12. Obligación de estar al corriente en el pago. Obligación de invitar al pago y efectos económicos

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2020 (recurso 4534/2017) señala que la obligación de la Entidad gestora de "invitar al pago" de las cuotas adeudadas, solo procede cuando, de manera previa a la fecha en que se entiende causada la prestación, el interesado tiene cubierta la cotización exigida. Procede el reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente total a la trabajadora que, teniendo cubierto el periodo de carencia mínimo. No estaba al corriente en el pago de las cuotas, se le denegó la situación de incapacidad en vía administrativa y judicialmente se le ha declarado en IPT, sin que la entidad gestora realizara la invitación al pago tras la solicitud de prestación. Por otra parte, la fecha de iniciación de los efectos económicos de la pensión serña la del dictamen del EVI.

13. Obligación de estar al corriente en el pago. Imputación de los pagos efectuados por la invitación a las deudas en el RETA pero no a los más antiguos al Régimen General[79]

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2013 (recurso 1756/2012) recuerda que el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, al que se remite la

[79] Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2013 (recurso 2514/2012); 16 de diciembre de 2020 (recurso 2226/2018).

DA 39ª LGSS/1994, regula la invitación al pago en los siguientes términos: "Es asimismo condición indispensable la aplicación de este Régimen Especial para tener derecho a las prestaciones a que se refieren los apartados a) y e) del número 1 del artículo anterior, con excepción del subsidio por defunción, que las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entiende causada la correspondiente prestación. No obstante, si cubierto el periodo mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicita ésta y la pwrsona incluida en el campo de aplicación de éste Régimen especial no causada la prestación la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas.

Si el interesado, atendiendo la invitación, ingresase las cuotas adeudadas dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, se le considerará al corriente en las mismas a efectos de la prestación solicitada. Si el ingreso se realizase fuera de dicho plazo, se concederá la prestación menos un 20 por 100, si se trata de prestaciones de pago único y subsidios temporales, si se trata de pensiones, se concederán las mismas con efectos a partir del primero del mes siguiente a aquñel en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas, día primero del mes siguiente a aquel en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas.

El artículo 29 LGSS/1994 no resulta al caso, porque se refiere a la imputación de pagos en caso de ejecución forzosa, situación distinta de la que aquí se contempla. Estamos ante un pago realizado voluntariamente atendiendo a una previa invitación de la Entidad Gestora, invitación que ha sido aceptada y que crea para esa Entidad obligaciones en el marco de la acción protectora, que luego no puede desconocer.

El requisito para el reconocimiento de la prestación no puede incluir la satisfacción de otras obligaciones distintas de aquellas que se refieren a la obligación de cotizar respecto del propio trabajador beneficiario de la eventual prestación.

La deuda acumulada del actor, no solo se refiere a cuotas de un régimen por cuenta propia, sino que ni siquiera se trata de cuotas a satisfacer en razón de su actividad profesional. Por el contrario se trata de una deuda con el sistema de Seguridad Social derivada de sus obligaciones como empresario y, por consiguiente, relativa a cotizaciones por el alta de trabajadores a su servicio, de cuyo pago es responsable pero que no inciden en su propia relación prestacional como afiliado al sistema.

De este modo, la asignación del pago a una deuda y otra, realizada por la TGSS solo tiene efectos recaudatorios, pero no prestacionales.

14. Obligación de estar al corriente en el pago. Concesión pese a no estar al corriente en el pago

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2002 (recurso 3890/2000) considera que ha de reconocerse la pensión por incapacidad permanente cuando queden cumplidas las siguientes exigencias: a) que el periodo de carencia

legalmente exigido esté cubierto; b) que los descubiertos de cuotas no sean expresivos de una conducta de separación del vínculo de cobertura y c) que antes de concederse la prestación el beneficiario cubra los descubiertos. Esta última exigencia tiene que relacionarse en casos como el presente y en el de la propia sentencia de contraste, en la que, como ya se dijo, la prestación se denegó por resolución de 28 de abril de 1992 y las cuotas se abonaron en julio de ese año, con una invitación al pago de gestora, que no ha existido, por lo que en este sentido basta con que se hayan pagado las cotizaciones antes de la sentencia de instancia que reconoció la prestación. Por lo demás, el periodo de carencia está cubierto y la falta de cotización durante siete meses no puede considerarse un incumplimiento que evidencie un ánimo de separación de la cobertura en un trabajador que, como el actor, ha completado una larga carrera de seguro.

15. Denegación de la incapacidad permanente por no hallarse al corriente en el pago pese a existir un aplazamiento posterior al hecho causante [80]

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2004 (recurso 1564/2003) analiza la situación en la que el beneficiario de la pensión no abonó aquellas cuotas en los treinta días siguientes al requerimiento, ni consta que las haya abonado en un momento posterior, pero consta que después de haberse reconocido el derecho y por lo tanto, después del hecho causante solicitó y obtuvo de la TGSS un aplazamiento en el pago de aquellas cuotas atrasadas.

Esta situación obliga a ver cuáles son los efectos previstos para el aplazamiento de cuotas en la normativa de la Seguridad Social reguladora de dicha cuestión que no es otra que la que se contiene en el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el cual se aprobó el Reglamento General de Recaudación de los recursos del Sistema de la Seguridad Social, y la Orden de 26 de mayo de 1999 por la que se desarrolla aquel Reglamento; a tal efecto el artículo 42.3.b) del Real Decreto indicado dispone, a lo que en este momento nos interesa, que la concesión del aplazamiento dará lugar a que "sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social respecto de las deudas aplazadas en orden a la obtención de subvenciones y bonificaciones, exención de responsabilidad por nuevas prestaciones de la Seguridad Social … y aquellos otros determinados expresamente por Ley o en ejecución de ella"; y el artículo 22.2 aclarando y concretando el precepto anterior dispone que "las empresas y demás sujetos responsables que tengan concedido aplazamiento en el pago de sus deudas con la Seguridad Social, en tanto cumplan las condiciones para su efectividad …se considerarán al corriente respecto de las mismas tanto para el reconocimiento del derecho a las prestaciones como a los efectos indicados en el artículo 3.b) del artículo 42 del Reglamento…".

[80] Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 (recurso 3502/01); 26 de junio de 2003 (recurso 3625/02); 24 de septiembre de 2003 (recurso 3752/02) y 4 de mayo de 2004 (recurso 2037/03); 15 de junio de 2004 (recurso 4708/2003); 12 de febrero de 2014 (recurso 623/2013); 28 de enero de 2020 (recurso 4051/2017).

Si se lee con detenimiento las previsiones contenidas en dichos preceptos se aprecia cómo el artículo 42 del Reglamento no equiparará en ningún momento aplazamiento con pago o con el cumplimiento de la cuestión relativa al hecho de "hallarse al corriente", por el contrario el artículo 22 dispone que en tanto se cumplan las condiciones del aplazamiento de tales deudas aquellos deudores si se considerarán al corriente respecto de las mismas … para el reconocimiento del derecho a las prestaciones". En relación con esta previsión concreta es en la que se apoya la sentencia recurrida para interpretar que las mismas razones por las que cuando se solicita el aplazamiento antes del hecho causante se debe entender cumplida la condición de "hallarse al corriente" en el pago de las cuotas, también habrá que entender que el aplazamiento posterior habrá de producir el mismo efecto de abrir el derecho al abono real de las prestaciones previamente reconocidas.

Sin dejar de reconocer que la conclusión a la que llega la sentencia recurrida tiene una base lógica indudable, puesto que es bien conocido que la Tesorería General solo concede el aplazamiento cuando el interesado ha aportado avales y garantías suficientes para la efectividad del cobro como puede apreciarse en las exigencias que se contienen al efecto en el artículo 21 de la Orden Ministerial antes citada, la Sala en atención al principio de legalidad ha de reconocer que la misma no se halla acomodada, sin embargo, a las previsiones legales contempladas. A tal efecto, es preciso tomar en consideración que el artículo 28 del Decreto de 1970, que es la norma específica reguladora del Régimen Especial en el que nos hallamos, cuando contempla las condicionantes para que proceda en abono de la pensión a quien no está al corriente en el pago de sus cuotas anteriores solo entiende que ha cumplido tal requisito quien paga su deuda bien en los treinta días siguientes a la invitación o requerimiento allí previsto, bien en cualquier otro momento posterior, y no da opción a ninguna otra salida que no sea la del pago, sin perjuicio de que en el caos de efectuarse ese pago en los primeros 30 días los haga equivaler a aquel "hallarse al corriente"; por ello cuando el artículo 22 de la Orden de 1999 equipara el aplazamiento al hecho de "hallarse al corriente", solo puede relacionarse con prestaciones todavía no reconocidas porque para las ya reconocidas la regla específica del artículo 28 precitado no ofrece otra salida que el pago efectivo. Por lo tanto, ante tan clara y rotunda previsión no es posible hacer elucubraciones interpretativas que permitan otra salida por vía doctrinal o jurisprudencial.

16. Carencia en los casos de incapacidad permanente derivada de accidente no laboral

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2001 (recurso 3996/2000) señala que el Real Decreto 9/1991 de 11 de enero en su Disposición Adicional 13º.2 introdujo según se hace constar expresamente modificaciones en la acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propi o autónoma, disponiendo que para el acceso a las pensiones de invalidez permanente derivadas de accidente, estando el trabajador en alta o en situación asimilada a la de alta, no se exigirá ningún periodo previo de cotización, determinándose la base reguladora de tales pensiones conforme a las reglas

establecidas en el Régimen General; en consecuencia, modificado lo establecido en el artículo 27.1 del Real Decreto 1530/1970, dada la entrada en vigor de la referida normativa, la circunstancia de que la causa de la invalidez sea un accidente, laboral o no, no puede ser causa para denegar la prestación tal y como se sostienen en la sentencia recurrida siempre y cuando el accidente fuese posterior a la entrada en vigor de la referida reforma legal; por tanto, si el trabajador autónomo está en alta o asimilada al alta en el momento del accidente tiene derecho a la pensión, sin exigencia de cotización previa alguna.

17. Ineficacia de las cuotas a efectos de prestaciones causadas después de la entrada en vigor de la Ley 66/1997, cuando corresponden a periodos anteriores al alta e ingresadas con posterioridad a la misma, cuando ésta se formaliza con anterioridad al 1-1-1994 [81]

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2011 (recurso 552/2001) afirma que a las prestaciones causadas en el RETA después de la entrada en vigor de la Ley 66/1997, el 1 de enero de 1998, resulta aplicable lo ordenado por la disposición adicional segunda de dicha Ley, que añadió un párrafo tercero a la DA 9ª LGSS/1994. Según este párrafo, las previsiones realizadas en los párrafos anteriores, respecto de la eficacia de las cotizaciones efectuadas fuera de plazo en el RETA, únicamente serán de aplicación con respecto a las altas que se hayan formalizado a partir de 1 de enero de 1994.

18. Acción Protectora e incapacidad permanente parcial. No se extiende a la incapacidad permanente parcial [82]

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2005 (recurso 1137/2004) indica que de los artículos 27.1.a) y 36.1 del Decreto 2530/1970 y los artículos 56.1.a) y 74.1 de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1970 no recogen la acción protectora la incapacidad permanente parcial.

19. Acción Protectora e incapacidad permanente parcial. Se extiende a partir del RD 1273/2003, en contingencias profesionales

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2016 (recurso 2367/2015) dispone lo siguiente:

a) La norma reglamentaria cuya primacía aplicativa Proclama la sentencia de contraste se encuentra en el Real Decreto 1273/2003, dictado al amparo de la disposición adicional 34ª LGSS, que había incorporado la Ley 53/2002, de 30 de diciembre.

---

81 Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2015 (recurso 558/2014).

82 Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 (recurso 3219/2005); 19 de septiembre de 2007 (recurso 3488/2006); 23 de diciembre de 2011 (recurso 1018/2011); 29 de marzo de 2016 (recurso 3756/2014); 22 de marzo de 2017 (recurso 3757/2015).

A tenor de ello los trabajadores por cuenta propia incluidos en el RETA podrán mejorar de forma voluntaria al ámbito de la acción protectora que les dispensa dicho régimen, incorporando la correspondiente a las contingencias profesionales, siempre que tales trabajadores hayan optado por incluir también, previa o simultáneamente, dentro de dicho ámbito, la protección por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

b) La citada DA 34ª precisa que por las contingencias indicadas, se reconocerán las prestaciones que, por las mismas, se conceden a los trabajadores incluidos en el Régimen general, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

c) El artículo 4.2 del citado Real Decreto, como se ha adelantado, precisa que en el RETA, se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasiones al trabajador una disminución no inferior al 50 % en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de aquélla.

2.22. MINERÍA DEL CARBÓN

1. Incremento de la Incapacidad permanente total. Jubilado que opta por la invalidez [83]

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2002 (recurso 3526/2001) concluye que capacitado el actor para el trabajo y declarado en situación de invalidez permanente total, tiene derecho a que se le reconozca el 20 % de incremento de la prestación de invalidez permanente total cualificada que se establece en el artículo 139.2 LGSS, al concurrir los requisitos exigidos para su devengo.

2. Denegación del incremento del 20 % cuando se percibe una pensión de jubilación en otro régimen [84]

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2005 (recurso 1785/2004) señala que el artículo 139.2 LGSS intenta cubrir el posible vacío de recursos económicos provocado por las circunstancias que menciona al dificultar la obtención de empleo. En el caso no existe tal vacío porque las pensiones de jubilación a las que no es preciso renunciar por su incompatibilidad.

3. Incapacidad permanente total. Pérdida de la visión en uno y reducción en el otro para un picador en una mina de carbón

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2005 (recurso 1211/2004) señala que resulta de aplicación los parámetros contenidos en los hoy

83 Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2002 (recurso 2072/2001); de 20 de marzo de 2001 (recurso 2408/2000).

84 Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2004 (recurso 4433/2002).

derogados artículos 37 y 38 del antiguo Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956.

4. Revisión por agravación de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional. No procede cuando el pensionista afecto hubiera optado por la pensión de jubilación

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2005 (recurso 1305/2004) señala que todas las incapacidades permanentes por causa de enfermedad profesional podrán ser revisadas y que no existirá límite de plazo alguno para que los pensionistas por enfermedades profesionales soliciten revisión de su incapacidad. Pero del propio tenor literal de este último precepto, el artículo 103 de 9 de mayo de 1962, en que la sentencia de contraste basa su decisión, no cabe desprender la conclusión de que la norma autorice al jubilado a pedir la revisión por agravación de su pensión de incapacidad, puesto que ya no es pensionista por enfermedad profesional sino de la jubilación obtenida a petición del demandante por la vía establecida en el artículo 22 de la Orden Ministerial de 1973.

5. Viudedad. Causante pensionista de jubilación anteriormente incapacidad total que en el momento del fallecimiento no había abonadas en el artículo 22.2.2ª Orden de 3 de abril de 1973 [85]

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2002 (recurso 554/2001) recuerda que el artículo 22.1 de la Orden Ministerial de 3 de abril de 1973 prevé la posibilidad de que los inválidos permanentes totales del Régimen Especial de la Seguridad Social de la Minería del Carbón puedan transformar la prestación que en este concepto vienen percibiendo en una pensión de jubilación, al alcanzar la edad precisa para ello, y para este exclusivo fin se les considerará en situación asimilada a la de alta. Establece el apartado 2 de este precepto lo siguiente, en la parte que aquí interesa.

"2. El reconocimiento del derecho a que se refiere el número anterior se ajustará a las siguientes normas …2ª Será preciso que el beneficiario satisfaga, incluyendo las aportaciones de empresario y trabajador, las cuotas del periodo comprendido entre la fecha de efectos de la invalidez permanente total y la del hecho causante de la jubilación, con deducción del importe de las cuotas que, durante dicho periodo, hubieran sido ingresadas a nombre del interesado en este Régimen Especial. Tal periodo sólo será computable a efectos del tiempo mínimo de cotización exigido para la pensión de jubilación y para la determinación del porcentaje aplicable en función de los años de cotización".

De lo transcrito se deduce que el artículo 22.2.2. OM de 3 de abril de 1973, en su redacción hoy vigente y ya aplicable a los supuestos de hecho enjuiciados por las dos sentencias que aquí resultan objeto de comparación, establece una "conditio sine qua non" (será preciso que el beneficiario satisfaga…"), para la consolidación

[85] Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2001 (recurso 431/2001).

del derecho a transformar en pensión de jubilación la que viniera percibiendo en concepto de invalidez permanente total, condición que consiste en el abono de las cuotas a las que el precepto alude, de tal suerte que, aun cuando la prestación por jubilación pueda comenzar a abonarse inicialmente (con el descuento periódico que la Seguridad Social viene llevando a cabo con el fin de permitir la amortización paulatina de la deuda a lo largo del tiempo), la adquisición del derecho no se consolida realmente hasta tanto no se haya producido la amortización total.

Sentado lo anterior y acudiendo ahora a la normativa general conforme a la cual el fallecido esposo de la actora podía causar la pensión de viudedad a favor de ésta, el precepto sobre el que se asienta el origen de esta pensión de viudedad es el actual artículo 217.1.c) LGSS. Con base a él y de la condición de pensionista de dicho fallecido, la pensión de viudedad de la actora –hoy recurrente– solo podría emanar de una de estas dos fuentes: bien como consecuencia de haber sido su marido pensionista por invalidez, o bien como resultado de serlo en el momento de su muerte por jubilación. Ahora bien, para poder generar en definitiva el derecho a la pensión de viudedad por la segunda de las expresadas vías será preciso, conforme a lo razonado en el anterior fundamento, o bien que ya estuviera "consolidada" la pensión de jubilación por haber amortizado el beneficiario la totalidad de la deuda consistente en las cuotas a las que hace referencia el artículo 22.2.2. de la Orden de 3 de abril de 1973 (en cuyo supuesto no nos encontramos), o bien que la parte de cuotas no amortizada se satisfaciera por la viuda en la forma y plazos señalados por la entidad gestora, No habiéndolo hecho así, es visto que solamente podía generarse la pensión de viudedad como consecuencia de ser el causante pensionista por incapacidad permanente concediéndole a la actora la pensión de viudedad teniendo en cuenta la base reguladora de la incapacidad permanente total, "ya que en su escrito de opción, no desea amortizar las cuotas que adeudaba su esposo de la jubilación artículo 22 de la Orden Ministeriales de 3-4-1973 y 10-3-1977, y por tanto no se le puede considerar fallecido como pensionista de jubilación, ya que esta pensión no se había consolidado". Contra esta resolución formuló el actor escrito de reclamación previa, la cual fue desestimada por otra del 27 de abril siguiente.

6. Conversión de la prestación de incapacidad permanente parcial en jubilación. No procede, cuando se trata de perceptor de indemnización a tanto alzado, solo en las pensiones

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2002 (recurso 3190/2001) señala que el trato distinto de los perceptores de pensión de invalidez permanente total y de los perceptores de indemnización a tanto alzado a efectos del beneficio de conversión de pensiones que establece el artículo 22.1 de la Orden Ministerial de 3 de abril de 1973 no constituye discriminación, en contra de lo que apunta el escrito de formalización del recurso. Tal beneficio es peculiar del Régimen de la Minería del Carbón, y puede ser interpretado por tanto, como lo ha hecho en un supuesto litigioso análogo la sentencia de 20 de junio de 1995, en sus justos y estrictos términos y no extensivamente. Es de notar, además que diferencias de régimen jurídico en materia de Seguridad Social como las del caso, que derivan de la

sucesión en el tiempo de distintas disposiciones jurídicas, constituyen una causa objetiva y razonable de trato normativo diferenciado.

7. Incompatibilidad de pensiones entre IPT y de Gran Invalidez derivada de accidente de trabajo

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003 (recurso 2924/2002) señala que tanto el actual artículo 163 LGSS como el artículo 13 de la Orden Ministerial de 3 de abril de 1973 establece un principio de incompatibilidad de pensiones, pues en nuestro ordenamiento, la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución, porque en este caso la renta de sustitución podría ser superior a la sustituida. Cierto es que en la prestación de gran invalidez entran dos componentes: renta de sustitución y compensación por la asistencia de terceros. Pero la coincidencia de renta de sustitución se produce entre uno de dicho componentes y la prestación por incapacidad permanente total.

8. Compatibilidad entre la pensión de jubilación y la de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo ocurrido con anterioridad a la existencia del Régimen Especial

La sentencia de 3 de julio de 2002 (recurso 3395/2001) afirma que a pesar de que el trabajo sufrió el accidente de trabajo como picador en una empresa minera, lo cual podría llevar a concluir, como sostiene el INSS, que aquella pensión proviene de la misma cotización que fue tenida en cuenta para el cálculo de su pensión de jubilación, ello no es posible mantenerlo a efectos de la incompatibilidad de que aquí se trata, en tanto en cuanto la pensión derivada de accidente de trabajo la percibió el demandante por un hecho causado en 1956, dentro del Seguro de Accidentes de Trabajo entonces regía y por lo tanto con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo sistema de la Seguridad Social (1 de enero de 1967), o sea, no solo en un Régimen de Seguridad Social distinto del actual sino en un sistema diferente, Si a ello añadimos que la disposición transitoria primera del Decreto 907/1966, de 21 de abril, que publicó el Texto Refundido de la Seguridad Social (con criterio reiterado por la misma transitoria de la LGSS de 20 de mayo de 1974 y en la vigente que disponía que "las prestaciones causadas con anterioridad a 1 de enero de enero de 1967 continuarán rigiéndose por la legislación anterior", y tenemos en cuenta que en la legislación anterior la cotización por accidentes de trabajo no se hallaba establecida ninguna incompatibilidad de prestaciones con las derivadas de contingencias comunes, la conclusión a la que se llega es la de que en el presente caso las dos pensiones eran compatibles, cual sostiene la sentencia recurrida, pues fueron causadas en Regímenes distintos y por cotizaciones igualmente diferentes a las que no debe de alcanzar la regla de la incompatibilidad; en tesis concorde por otra parte, con la sostenida por otra sentencia de esta Sala (STS de 22 de abril de 1997 recurso 3738/1995) en la que se mantuvo el mismo criterio en un supuesto semejante al aquí debatido, contemplando la posible incompatibilidad de una pensión de accidentes

de trabajo causada en el anterior Seguro de Accidentes y una pensión de viudedad causada en el Régimen General.

9. Base reguladora de las prestaciones de incapacidad permanente derivada de silicosis tras la jubilación

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2009 (recurso 44/2008) establece que la base reguladora se calcula con el promedio de los salarios percibidos el año anterior por los trabajadores de igual categoría que el inválido.

10. Base reguladora de las prestaciones de incapacidad permanente derivada de silicosis tras la jubilación si la empresa empleadora ha sido absorbida por otra sociedad

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018 (recurso 3521/2016) señala que el punto de partida no puede ser otro que lo dispuesto en los artículos 20 y 22 de la Orden de 3 de abril de 1973 para la aplicación y desarrollo del Decreto 198/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la minería del carbón.

Regulan estos preceptos el sistema de cálculo de la cuantía de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional en favor de los trabajadores que se encuentran inactivos, para establecer, que vendrá determinada por las bases de cotización normalizadas que hubiere correspondido a la categoría o especialidad profesional que tuviera el interesado al producirse su incapacidad permanente.

Cono ya pusimos de manifiesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2009 (recurso 44/2008), el problema que suscita esta norma es que obliga a estar a la cuantía hipotética de lo que sería la base de cotización del interesado en el caso de haber seguido en activo.

Y tal y como en la precitada resolución ya se dijo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1972, dictada en interés de Ley, abordó esta cuestión para establecer que la fecha del diagnóstico de la enfermedad profesional es el momento que determina el cálculo de la cuantía de la pensión de acuerdo con los salarios que entonces perciben aquellos trabajadores que se encuentren en activo con la categoría y condiciones del declarado inválido.

Lo que nos llevó a concluir que "Esta doctrina impone que el salario regulador se fije en atención al que realmente cobraría el interesado de haber continuado en activo en la misma profesión hasta el día en que la enfermedad se diagnóstica".

En esa misma sentencia se puso de manifiesto las dificultades que ello entraña porque "al tratarse de un cálculo hipotético, resulta difícil precisar el salario real que se habría cobrado por el invñalido de haber continuado en el trabajo".

Para solventar esa incertidumbre, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1992 (recurso 441/1991), establece como doctrina que debería estarse

entonces a la cuantía "del salario normalizado, o medio del sector, para los casos en que la empresa ha desaparecido o no se ha probado c ual sería el salario a percibir".

Solución que sin duda permite arbitrar una salida razonable en aquellos supuestos en los que no hay otros parámetros posibles para calcular el hipotético salario que hubiere percibido el actor de continuar en activo.

"Esta solución no es aplicable cuando la empresa subsiste, continúa con su actividad y tiene su propio convenio colectivo. En estos casos habrá que estar a las retribuciones que establece el Convenio Colectivo para la categoría profesional del inválido, pero, como existen complementos salariales variables, ligados a la mayor o menor productividad y a la mayor o menor asistencia al trabajo, resultará difícil acreditar en cada caso cual habría correspondido al interesado, pues, solamente de manera hipotética se podría calcular cuántos días habría ido al trabajo, cual habría sido su productividad y cual el importe de los complementos fijo y variable que establece el Convenio Colectivo … máxime cuando salario base y complemento fijo se acaban concretando en función del rendimiento".

Y para solventar esa problemática, debe acudirse a las normas del convenio colectivo cuando las mismas dejan clara la retribución, pero cuando la misma es hipotética por depender del mayor rendimiento o de otras circunstancias, lo mejor es acudir al promedio de lo cobrado el año anterior por los trabajadores de la misma categoría en la misma empresa, ya que el resultado de esa media será el que se aproxime más el salario real que habría cobrado el inválido de continuar en activo, que es el objetivo perseguido por la norma. Esta solución de acudir al promedio de lo cobrado por los trabajadores de igual categoría en la misma empresa ha sido seguida por las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1989 y 3 de julio de 1993 (recurso 379/1992), sin que existan razones que aconsejen el cambio de criterio, ya que, parece el mejor para lograr el fin perseguido: que el salario computable, la base reguladora, se aproximen cuanto más mejor, al que realmente habría cobrado el beneficio de estar en activo.

Este mismo criterio es de aplicación en el presente supuesto, en tanto que la empresa no ha desaparecido, sino que pasó a estar integrada en otra sociedad que es continuadora de su actividad, y dispone de un convenio colectivo propio que permite establecer el salario promedio de los trabajadores de igual categoría profesional, que ha sido cuantificado en la indiscutida suma postulada por la entidad gestora.

No es óbice para ello el hecho de que se encuentre ya cerrado y sin explotación el concreto pozo minero en el que había prestado servicios el actor, por cuanto eso no impide que el convenio colectivo de la empresa sea el referente más adecuado al que puede acudirse para establecer la cuantía hipotética del salario que hubiere percibido de continuar en activo, de manera más cercana y aproximada que el promedio salarial de la concreta zona territorial en la que se encontraba aquella instalación.

La posibilidad de acudir a este último criterio solo se abre cuando no hay otra referencia más idónea a tales efectos por haber desaparecido la empresa, pero no

puede prevalecer sobre la cuantía resultante del convenio colectivo aplicable a la sociedad para la que prestaba servicios el trabajador y bajo el que regirían sus percepciones salariales en el caso de seguir en activo.

2.23. REGIMEN ESPECIAL DEL MAR

1. No aplicación de los coeficientes reductores de la edad para cumplir los 55 años necesarios para incrementar el 20 % de la IPT[86]

La STS de 4 de noviembre de 2002 (recurso 320/2022), al tener trabajadores del mar un régimen específico diferenciado del de la Minería del Carbón que tiende a la equiparación con el régimen General, no existe ninguna razón que permita trasladar los efectos de un beneficio existente en un Régimen Especial a otro también especial, por entender que en ambos los trabajadores tienen un mayor desgaste físico y psíquico, lo que también ocurre en muchos sectores productivos incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social. Precisamente el legislador teniendo en cuenta las distintas particularidades y especialidades de los distintos sectores del trabajo, estableció los distintos regímenes especiales en materia de Seguridad Social. Por tanto, no cabe hacer extensión a otras situaciones de las previsiones en el Régimen de los Trabajadores del mar están limitadas a la edad de jubilación, porque se haga tal extensión en el ordenamiento de otro Régimen Especial.

2. Incremento del 20 % por incapacidad permanente total a los trabajadores por cuenta propia cuando el hecho causante es anterior a 1 de enero de 2003

Así lo señala la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2003 (recurso 200/2003).

3. Pensión de jubilación. Improcedencia de la aplicación de coeficientes reductores de la edad cuando el trabajador no está en alta o situación asimilada

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2003 (recurso 2160/2002) establece que no procede reconocer la jubilación anticipada pues la situación de incapacidad permanente no constituye una situación asimilada al alta.

3. PENSIÓN EXTRAORDINARIA POR ACTOS DE TERRORISMO

1. Víctima de terrorismo

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2010 (recurso 4255/2009) deniega la pensión extraordinaria por no ser víctima directa de la conducta criminal en el caso de mujer con trastorno de estrés postraumático directamente vinculado al fallecimiento de sus hijos en atentado terrorista.

[86] Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2002 (recurso 2825/2001).

4. COORDINACIÓN DE SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

4.1. Aplicación de reglamentos comunitarios

1. Cómputo de periodos cotizados en el otro Estado en la medida necesaria

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2003 (recurso 669/2002) señala que la expresión "en la medida necesaria" utilizado por el artículo 45 del Reglamento 1408/71 ha de entenderse referida a las concurrencia del requisito de carencia de que se trate. Más no, en cambio, puede aplicarse al prorrateo del importe económico de esa prestación entre los distintos Estados a efectos y según se desprende de la clara dicción del artículo 46 del Reglamento, han de tenerse en cuenta la totalidad de las cotizaciones efectuadas a los distintos sistemas de Seguridad Social por parte del trabajador que prestó servicios en España y en el extranjero.

No puede quedar al arbitrio del trabajador el determinar la proporción en que se abonarían la prestación los diferentes Estados, solamente, con formular su pretensión en uno o en otro y, por otra parte, sería el país en el que existe el menor número de cotizaciones acreditadas el que viniese a abonar la mayor parte de la prestación, lo que resultaría contrario a cualquier principio de proporcionalidad en la intercomunicación de cotizaciones,

2. Cotizaciones en Estado miembros de la UE. Cálculo del porcentaje "pro rata temporis" no son computables los días cuota por pagas extraordinarias legislación aplicable

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009 (recurso 311/2009) recuerda que la aplicación de los reglamentos comunitarios exige tener en cuenta todos los periodos de ocupación efectiva añadidos a los años de ocupación efectiva o asimilada por la legislación del Estado … tendremos que analizar, si los repetidos días cuota por pagas extraordinarios tiene la condición de asimilados a ocupación efectiva en nuestro ordenamiento para saber si cabe atribuirles la condición de periodos de seguro en los términos del reglamento, con arreglo al que "la expresión periodos de seguro designa los periodos de cotización, empleo o de actividad por cuenta propia, tal como se definen o admiten como periodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideran como cubiertos, así como todos los periodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los periodos de seguro".

Como ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la definición de "periodos" de seguro contenida en el reglamento existe una remisión a la legislación nacional que demuestra dicha norma deja en materia de totalización de periodos de seguro en manos del derecho interno los requisitos para el reconocimiento de un periodos determinado como equivalente a los periodos de seguro propiamente dichos.

Por otra parte, y por lo que se refiere a la naturaleza de los días-cuota por pagas extras, el punto de partida ha de ser la conocida STS de 10 de junio de 1974

dictada en interés de ley en la que se estableció una doctrina que consiste en que al no imponer los textos legales una distinción entre los efectos que produce la cotización por las pagas ordinarias y por las pagas extraordinarias aprovecha para el periodo de cotización necesario para la concesión del derecho a prestaciones, a cuyos efectos el año no consta sólo de los 365 días naturales, sino de éstos y de los días-cuotas abonados por gratificaciones extraordinarias. Doctrina que, como recuerda la STS de 18 de junio de 2008, antes citada, sigue vigente, salvo por lo que se refiere al cálculo del periodo de carencia necesario para la pensión de jubilación que se refiere al cálculo del periodo de carencia necesario para la pensión de jubilación respecto de la cual la Ley 40/2007 ha incorporado al artículo 161.1.b) LGSS la misma previsión de que "a efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias" que ya había introducido la Ley 35/2002 en el número 3.d) del citado artículo respecto de la jubilación anticipada.

De lo anterior se desprende que para la pensión incapacidad permanente sigue teniendo plena virtualidad la doctrina jurisprudencial del "día-cuota", pero con el alcance y la naturaleza que la propia jurisprudencia le atribuye, esto es, que solo tiene esa condición en tanto en cuanto se precise acudir a su cómputo para completar la carencia. En este caso ya se ha visto que la trabajadora reunía en España 678 días, a los que se podrían añadir a efectos de carencia 128 más correspondientes a las pagas extraordinarias. Pero resulta que en Suiza tenía reconocidos 8.425 días, razón por la que no fue necesario acudir al cómputo de esos días-cuota para el cálculo del periodo mínimo de cotización, por tenerlo suficientemente cubierto.

Por ello, con arreglo a la legislación interna española, ese tiempo que podría haber tenido virtualidad como tiempo cotizado solo en caso de que se necesitara para completar la carencia que se exige en el artículo 138 LGSS, realmente no lo tuvo en este caso, sin perjuicio de que en el cálculo del importe de la pensión sí se hubiera tenido en cuenta la cantidad cotizada en la que se han de incluir los devengos del trabajador reglamentariamente previstos, entre los que están las pagas extraordinarias.

En consecuencia, si con arreglo al derecho interno esos días discutidos a efectos del cálculo de la prorrata no pueden tener eficacia, por no resultar necesarias para completar el periodo mínimo de cotización, la consecuencia es que solo habrán de computarse a estos efectos para ello los días reales que resultaron cotizados.

4.2. Aplicación de los Convenios bilaterales

1. Convenio hispano-andorrano

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2008 (recurso 567/2008) considera que al suministrar el convenio hispano-andorrano reglas propias, no podemos acudir, para solucionar la presente controversia, la doctrina interpretativa de otras normas internacionales, como serían el Convenio hispano-alemán (artículo 22) o los reglamentos comunitarios, en los que se parte del principio de totalización de periodos sólo en los casos en los que ello resulte necesario para

reunir el periodo de cotización requerido por la legislación española, de lo que resulta que, cuando se tiene aquí la carencia suficiente, ya no se precisa el cómputo de las cotizaciones efectuadas en el país extranjero.

Sin embargo, el artículo 18 del Convenio que ahora hemos de aplicar parte en su apartado 1 de la premisa relativa a la totalidad de periodos ("teniendo en cuanta la totalización de los periodos de seguro prevista en el artículo 14") a fin de que el Organismo competente de cada país determine si el interesado reúne las condiciones requeridas por la respectiva legislación para tener derecho a la prestación, y de esta forma obtiene la que el Convenio llama "pensión teórica".

A partir de ahí, sin hacer distinción alguna en orden a si el interesado reúne o no, conforme a su legislación nacional, la cotización precisa para lucrar la pensión, el número 2 dispone que cada Organismo reduzca el importe de la pensión en la proporción existente entre los periodos cubiertos en su país y la totalidad de los acreditados en éste y en el otro "la prorrata", lo que significa que en todo caso ha de aplicarse el principio "pro rata temporis" para fijar el importe de la pensión.

Además de ello y para evitar que el interesado pueda sufrir algún perjuicio por el hecho de haber emigrado, establece el precepto una regla correctora en el último inciso del apartado 2 y otra en el apartado 3 para los casos respectivos de que la prestación obtenida fuera inferior al 10 por 100 de la pensión teórica, o de que tuviera derecho a una pensión que fuera superior a la suma de las pensiones prorrateadas de cada parte, tratando con todo ello la norma internacional, con la segunda regla de garantizar en todo caso al pensionista el percibo de la pensión interna más elevada y, con la primera, de evitar que la compatibilidad entre pensiones de la misma naturaleza a cargo de entidades gestoras distintas, produzca en efecto del percibo de pensiones superiores a aquellas que se habrían causado en el caso de no haber tenido lugar la emigración.

5. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Competencia de la Jurisdicción Social para enjuiciar las infracciones de procedimiento en materia de Seguridad Social

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2008 (recurso 2583/2006) considera que el artículo 2.a) LPL establece que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre materia de Seguridad Social y el artículo 3.1.b) del mismo texto legal sólo exceptúa las resoluciones y actos dictados en materia de inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación y gestión recaudatoria y demás actos administrativos distintos de los de la gestión de prestaciones de la Seguridad Social y las decisiones asimiladas en esta materia de otros organismos gestores. Esta atribución de competencia alcanza, por tanto, a todas las prestaciones que se formulen en relación con los actos administrativos de Seguridad Social, que afecten a los actos de encuadramiento y a la acción protectora. Y la jurisdicción se

extiende al control judicial pleno del acto administrativo y ello tanto en lo que se refiere al contenido material de éste, como a sus aspectos formales y, concretamente, a los relativos al procedimiento, La atribución competencial se refiere de forma amplia a todos los litigios en materia de Seguridad Social –con las excepciones ya indicadas–, sin ningún límite en función del carácter material o formal de la causa de impugnación del acto.

No es, por tanto, aplicable aquí el criterio de los denominados "actos separables", que se recoge en el artículo 2.b) LJCA. En primer lugar, porque la separación que este precepto establece en relación con el régimen de impugnación judicial se refiere de forma exclusiva a "los actos de preparación y adjudicación" de los contratos privados de la Administración –entre ellos, los procesos de selección en el contrato de trabajo (sentencia de 20 de septiembre de 2002) y las que en ella se citan– y es un criterio que no cabe generalizar en plano jurisdiccional plena sobre el mismo acto; principio que responde a exigencias de economía y armonía procesales pues sería contrario a la primera el tener que seguir dos procesos para impugnar el mismo acto, que, además, podría ser confirmado por un orden jurisdiccional y revocado por otro. Por otra parte, el acto separable del artículo 2.b) LJCA se refiere a contratos de la Administración sometidos, a la vez, a un régimen de Derecho Privado y a otro de Derecho Público (en la preparación y adjudicación), que no es el caso de los actos administrativos de Seguridad Social, que se rigen por normas de carácter público tanto en las cuestiones de procedimiento, como en las de contenido.

2. Legitimación activa de la Mutua para impugnar el reconocimiento de pensión por incapacidad permanente antes del 1 de enero de 2008 [87]

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2009 (recurso 3987/2008) señalaba que no cabía admitir la legitimación activa de la mutua para impugnar el acto de reconocimiento por el INSS de una pensión de incapacidad permanente por enfermedad profesional, porque la asunción del coste de esa prestación por la vía de la opción abierta por la disposición adicional 1ª de la Orden de 27.12.2005 no se ajusta a la legalidad vigente y no puede alterar la configuración de la relación de protección . Frente a ello no se puede alegar que la falta de legitimación produce indefensión, porque el reconocimiento de la pensión no crea de forma automática la obligación de abonar el capital coste; obligación que tendrá que ser declarada por el organismo gestor competente y que podrá ser impugnada por la Mutua alegando la ilegalidad de la opción. La mutua puede combatir la decisión del INSS para excluir la aplicación del capital coste, invalidante la opción por ilegal. Pero no puede impugnar el reconocimiento de la pensión que a favor del trabajador ha hecho el único organismo competente.

87 Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010 (recurso 3283/2008).

3. Legitimación del cónyuge viudo reclamante de prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional del fallecido

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008 (recurso 1676/2007) reconoce la legitimación del cónyuge viudo para reclamar judicialmente las pensiones causadas por su causante dada su condición de titular de la sociedad de gananciales en la que se integran las mismas y de heredero de la cuota usufructuaria que le corresponde. En la de 6 de julio de 1992, tras señalar, que el concepto de legitimación, –al que alude el artículo 17.1 LPL– que es una cualidad jurídica de la persona exigida por la Ley a los sujetos que figuran como partes en un proceso, integrante de un requisito imprescindible para que la pretensión se examine en cuanto al fondo por el órgano jurisdiccional, cualidad que solamente ostentan aquellas personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del proceso, que es el caso de la denominada legitimación directa, es identificada por la ley con la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica deducida en el litigio de que se trate, es decir, que los litigantes están legitimados para actuar en el pleito, por pertenecer al actor el derecho que reclama y estar el demandado obligado a reconocerlo y hacerlo efectivo, legitimación que debe entenderse existente por la simple circunstancia de resultar afectado por el negocio jurídico de que se trate, bastando con un interés legítimo, por cuanto la entrada en vigor de la Constitución con la consagración de su artículo 24 del derecho de las personas a obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos o intereses legítimos obliga a interpretar y aplicar el régimen legal de la legitimación con un criterio amplio", estima la legitimación activa de la viuda para reclamar diferencias de pensión de invalidez permanente del esposo, tanto en relación a las gananciales de la que era cotitular, estando legitimada para ejercitar acciones en defensa de los bienes y derechos que deben integrarse en la misma (artículo 1385 del Código Civil) y dada su condición de heredera en la porción usufructuaria que el Código Civil le reconoce en beneficio de la comunidad hereditaria, reclamando la pensión o parte de pensión no abonada al fallecimiento del causante. En definitiva, y en aplicación de la regla general de legitimación por interés (ventaja o utilidad jurídica que se obtendría en caso de prosperar la pretensión ejercitada) a la que alude la sentencia del Tribunal Constitucional 220/2001, de 31 de octubre, ha de estimarse, que los beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social (cónyuge supérstite, hijos y parientes del trabajador fallecido) tienen legitimación activa para reclamar las prestaciones de la Seguridad Social del fallecido) tienen legitimación activa para reclamar las pretensiones de la Seguridad Social del fallecido o las que se deriven de su muerte, así como a impugnar las resoluciones administrativas en materia de Seguridad Social afectantes al causante y a ellos como herederos o sucesores.

4. Competencia del INSS para calificación y licencias administrativas

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2017 (recurso 3978/2015) considera que la pérdida o revocación administrativa del permiso o licencia habilitante de la profesión de conductor no conlleva el reconocimiento automático de la situación de IPT.

5. Omisión del trámite de audiencia [88]

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2007 (recurso 330/2006) recuerda que cuando se produce la omisión del trámite de audiencia estamos ante en el ámbito del artículo 63 LRJ-PAC, que es el de la anulabilidad de los actos administrativos; anulabilidad de los actos administrativos; anulabilidad que se produce por cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las contempladas en el artículo 62. Pero, como establece el número 2, de este artículo "el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados. Pues bien, en el presente caso, el acto ha alcanzado su fin, que es el reconocimiento de la prestación y la determinación de las responsabilidades. Tampoco ha provocado indefensión, que debe ser real y efectiva, pues en todo momento el recurrente tuvo noticia de la iniciación del procedimiento y pudo personarse y formular alegaciones, lo que efectivamente hizo. Por otra parte aunque no hubiera sido así, lo cierto es que tras la reclamación previa se ha ejercido una pretensión de plena jurisdicción ante el orden social, daño lugar al correspondiente proceso en el que se han podido realizar alegaciones y aportar pruebas.

6. Procedimiento especial de reintegro de prestaciones indebidas y caducidad del procedimiento

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2010 (recurso 1942/2009) considera que la caducidad del expediente administrativo, por el transcurso de más de tres meses desde su incoación, no impide su reapertura o reanudación mientras no prescriba el deber de reintegrar.

6. REINTEGRO DE PRESTACIONES INDEBIDAS

1. Reintegro de prestaciones indebidas a partir del 1 de enero de 1998 [89]

Sentencia de 7 de noviembre de 2001 establece que a partir del 1 de enero de 1998 la devolución de prestaciones indebidas se extiende a los últimos 5 años con independencia de que haya o no concurrido buena fe, plazo que se redujo a 4 años a partir del 1 de enero de 2000.

2. Compensación o descuento en la pensión de prestaciones indebidamente percibidas

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005 (recurso 314/2002) establece la posibilidad de proceder al descuento en la pensión de incapacidad permanente de las prestaciones indebidamente percibidas en virtud de lo dispuesto en el RD 148/1996, aun cuando el descuento implique rebajar la

[88] Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2009 (recurso 58/2008); 18 de mayo de 2017 (recurso 1720/2015).

[89] Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2003 (recurso 2002).

pensión por debajo del salario mínimo interprofesional pero con el límite de la cuantía mínima de las pensiones.

3. Reintegro de las diferencias percibidas tras la alteración de la contingencia

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2021 (recurso 1891/2015) considera que procede que el beneficiario reintegre al INSS las diferencias entre la prestación percibida por incapacidad permanente inicialmente calificada como de accidente de trabajo y que posteriormente se declara judicialmente como derivada de enfermedad común.

7. RESPONSABILIDAD

1. Responsabilidad del INSS y no de la Mutua Patrona en el abono de pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes [90]

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 (recurso 4292/2006) señala que aunque la Mutua pueda asumir por la vía de colaboración la gestión de las prestaciones de incapacidad temporal derivada no solo de contingencias profesionales sino también comunes (Disposición Adicional undécima LGSS) lo cierto es que en ningún momento se le atribuyen competencias o responsabilidades que puedan derivarse en orden al pago de prestaciones por incapacidad permanente derivadas de enfermedad común. En el mismo sentido, el artículo 2 del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas de Gestión de la Seguridad Social y 69 y siguientes LGSS, atribuyen esas mismas competencias de colaboración, pero en ningún caso las relativas a incapacidad permanente. Y también lo mismo cabe desprender de la única norma invocada como infringida en el recurso, el RD 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación de incapacidad temporal que en ningún caso contempla, ni podría hacerlo, responsabilidad para las mutuas de accidentes de trabajo en orden al pago de prestaciones de incapacidad permanente.

2. Responsabilidad compartida entre el INSS y las Mutuas por las prestaciones de incapacidad permanente a partir del 1 de enero de 2008, pero causadas con anterioridad en proporción al tiempo de exposición [91]

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2017 (recurso 1210/2016) considera que son responsables el INSS y la Mutua, en proporción al

[90] Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2019 (recurso 1343/2017).

[91] Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2017 (recurso 2898/2016); 29 de noviembre de 2017 (recurso 3092/2016); 15 de noviembre de 2017 (recurso 446/2016); 15 de noviembre de 2017 (recurso 3245/2016); 22 de noviembre de 2017; 10 de julio de 2017 (recurso 1652/2016); 22 de marzo de 2018 (recurso 1771/2016); 12 de junio de 2018 (recurso 1740/2017); 13 de marzo de 2018 (recurso 1209/2016); 13 de febrero de 2018 (recurso 2920/2016); 18 de diciembre de 2018 (recurso 3258/2017); 189 de junio de 2018 (recurso 2876&2017); 7 de junio de 2018 (recurso 324/2017); 29 de mayo de 2018 (recurso 3907/2016); 18 de diciembre de 2018

tiempo de exposición a los riesgos que generaron la enfermedad profesional y subsiguiente incapacidad, de las declaradas con posterioridad al 1 de enero de 2008, cuya génesis se corresponde con periodos en los que el aseguramiento de la contingencia correspondía en exclusiva al INSS, teniendo en cuenta la subsistencia de la actividad con exposición al riesgo tras producirse el cambio de aseguradora.

3. No procede el reintegro a la Mutua de la IT abonada por esta cuando se reconoció Incapacidad permanente

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2008 (recurso 2077/2008) considera que no procede que el INSS devuelva a la Mutua el subsidio por IT satisfecho cuando por sentencia firme se reconoce al beneficiario incapacidad permanente con efectos de fecha anterior al inicio de la incapacidad temporal.

4. Responsabilidad por las lesiones derivadas de accidentes sucesivos

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2003 (recurso 861/2002) señala que las lesiones producidas por los sucesivos accidentes para determinar el grado invalidante determinarán un reparto proporcional de responsabilidades en caso de aseguramientos sucesivos concurrentes.

5. Imputación de responsabilidades de incapacidad permanente derivadas de accidentes de trabajo por cambio de aseguradora [92]

La sentencia del Tribunal Supremo de 2000 (recurso 200/1999) señala que desde la `perspectiva mercantil los seguros se establecen como cobertura del riesgo de accidente, aunque el daño indemnizado se refiera a determinadas secuelas derivadas del mismo (incapacidad temporal o permanente y muerte. Estas secuelas ya no son riesgo, sino los efectos de su actualización, como se advierte en el artículo 104 de la citada Ley. Por ello lo decisivo es que cuando ocurre un accidente la póliza que asegura ese riesgo este vigente. Si es así, se aplicará la cobertura, aunque la determinación de la invalidez a partir de la prestación del certificado médico de incapacidad se haya producido con posterioridad y la póliza ya no esté vigente. Lo importante es la relación de causalidad entre el accidente y sus secuelas; no la fecha en que se manifiesten estas, ni mucho menos la de su asegurado, aunque proteja el daño indemnizable derivado de éste, que puede manifestarse con posterioridad al siniestro. Así afirma la jurisprudencia civil que distingue claramente entre el accidente, como riesgo asegurado, y el daño derivado del mismo: la declaración de

(recurso 4300/2017); 21 de marzo de 2019 (recurso 3901/2017); 29 de octubre de 2019 (recurso 3518/2017); 26 de marzo de 2019 (recurso 1281/2017); 8 de enero de 2019 (recurso 2590/2016); 22 de julio de 2020 (recurso 102/2018); 10 de marzo de 2020 (recurso 3749/2017); 13 de octubre de 2020 (recurso 3947/2017); 17 de septiembre de 2020 (recurso 723/2018); 21 de agosto de 2020 (recurso 3263/2017).

92 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2000 (recurso 435/1999); 21 de marzo de 2000 (recurso 2445/1999); 14 de marzo de 2000 (recurso 3259/2000); 15 de enero de 2003 (recurso 1648/2002); 30 de septiembre de 2003 (recurso 1163/2002); 12 de diciembre de 2006 (recurso 931/2005).

la invalidez, lejos de significar el hecho de la causación del daño o del siniestro, es meramente una formalidad administrativa determinante, entre otras, de las consecuencias económicas en diversos aspectos del accidente, pero en modo alguno puede identificarse con este.

Asimismo la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2009 (recurso 1172/2008) determina la imputación de responsabilidad a la mutua o entidad que cubría el accidente en el momento en que ocurrió el siniestro cuando la incapacidad permanente se deriva de la agravación de lesiones sufridas en aquel no recayendo en la entidad aseguradora que tenía la cobertura de los riesgos profesionales en la fecha de la declaración de la incapacidad permanente.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2008 (recurso 3998/2006) determina la responsabilidad de la mutua que cubría el accidente cuando se produjo pese a que inicialmente se consideró que la incapacidad temporal derivada de enfermedad común, y no la mutua que aseguraba en el momento de concretarse la incapacidad permanente.

6. Imputación de responsabilidad a las Mutuas por prestaciones causadas con posterioridad a 30 de abril de 1966 derivadas de accidentes de trabajo acaecidos con anterioridad a dicha fecha [93]

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2003 (recurso 2437/2002) confirma la vigencia de la responsabilidad en base a las siguientes razones:

a) La misma disposición transitoria 5ª que en su apartado 2 dispuso el cese de las compañías privadas en la gestión del seguro de accidentes de trabajo a partir del 30 de abril de 1966, añadió en su apartado 3 que "en la fecha indicada en el número anterior se extinguirán los contratos de seguro actualmente en vigor entre las entidades a que el mismo se refiere y sus asegurados si bien aquellos seguirán produciendo plenos efectos de conformidad con la legislación anterior por los accidentes sufridos hasta la indicada fecha" de conformidad con la legislación anterior por los accidentes sufridos hasta la indicada fecha, lo que, con toda claridad indica que la supresión de la gestión no llevada consigo la eliminación de la responsabilidad que pudiera derivar del aseguramiento preexistente;

b) En la configuración de dicho aseguramiento, de conformidad con la normativa anterior a 1966, la muerte del declarado en incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, conducía automáticamente a la revisión de aquella incapacidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956 "cualquiera que sea la causa del fallecimiento o la fecha en que éste ocurra", con la consiguiente transformación de la prestación de invalidez en una renta para los familiares, y la consiguiente

93 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2004 (recurso 4493/2002).

transformación de la prestación de invalidez en una renta para los familiares, y la correspondiente modificación cuando proceda del capital coste de dicha renta.

c) En los casos en los que la contingencia determinante de una prestación viene constituida por un accidente de trabajo, la responsabilidad corresponde a la entidad que tenía cubierta aquella contingencia en el momento de producción del accidente de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo reiteradamente manifestada en sentencias de 1 de febrero de 2000 (recurso 2000/99); 10 de abril de 2000 (recurso 2355/99); 10 de junio de 2002 (recurso 713/02) o 15 de enero de 2003 (recurso 1648/02), pues, como en ella se dice, toda la normativa aseguradora conduce a hacer responsable de los riesgos cubiertos por una póliza de seguro a quien percibió las primas correspondientes a dicho riesgo.

d) La previsión legal sobre responsabilidad del INSS o de la TGSS como sustitutos de los también desaparecidos Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo o Servicio de Reaseguro solo procede en los supuestos legales establecidos, o sea, para el caso de falta de aseguramiento o insolvencia de las compañías aseguradoras o en la medida en que juegue el reaseguro –artículos 123 y 124 del Reglamento de 1956– o sea, para situaciones distintas de la aquí enjuiciada.

7. Imputación de responsabilidades cuando transcurre un periodo importante entre el alta por curación y la producción de otro accidente que agrava esas secuelas[94]

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2015 (recurso 244/2014) considera que en los supuestos en los que media un tiempo importante, entre el alta por curación de las lesiones causadas por un accidente laboral y la producción de otro accidente que agrava esas secuelas no invalidantes hasta el punto de causar una incapacidad permanente que antes no existía, la responsabilidad en el pago de la prestación es de la Mutua que cubría el riesgo el tiempo del segundo accidente que agravó unas lesiones que hasta entonces no incapacitaban para el trabajo el beneficiario de la prestación reconocida. La doctrina del Tribunal Supremo, sobre la responsabilidad en el pago es de la aseguradora que cubría el riesgo de accidentes de trabajo al tiempo de acaecer el accidente y no de la que cubría ese riesgo al tiempo de reconocerse la prestación, no puede aplicarse en supuestos en los que el trabajador fue alta por curación, sin secuelas, reanudó su actividad y, posteriormente, pasados varios años (más de diez en el presente caso9, sufrió en el trabajo un nuevo siniestro que provocó una agravación de las lesiones curadas, sin que conste que en ese tiempo hayan causado problema alguno. En estos casos puede afirmarse que la incapacidad permanente reconocida tiene su causa directa en el nuevo siniestro que provocó la agravación de la lesión silente, los hechos por la que debe considerarse responsable a la entidad aseguradora al tiempo de ocurrir los hechos que fueron determinantes del reconocimiento de una incapacidad

94 Sentencia del Tribunal Supremo de 20 febrero de 2018 (recurso 697/2016).

permanente que en otro caso no se habría producido, por cuanto así se deriva del artículo 156.1.f) LGSS (actual 156.1.f).

8. El INSS y no la Mutua es responsable del pago de las enfermedades profesionales declaradas con posterioridad al 1 de enero de 2008 cuando la génesis fue anterior[95]

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2013 (recurso 1152/2012) señala la reforma establecida por la disposición final 8ª Ley 51/2007 en los artículos 68, 87, 200 y 201 LGSS/1994 en orden a la posible asunción por parte de las Mutuas de Accidentes de Trabajo de la cobertura de als prestaciones de incapacidad permanente por enfermedad profesional solo entró en vigor el 1 de enero de 2008, por lo que no puede determinar la responsabilidad de una Mutua respecto a un periodo como el comprendido entre 1975 a 1993, en el que necesariamente hubo de contraerse la enfermedad profesional toda vez que en el periodo de exposición al riesgo la cobertura de las prestaciones de incapacidad permanente y muerte tenía que establecerse en exclusiva con el Fondo de Compensación de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (artículo 19 de la Orden de 9 de mayo de 1962, integrado en el INSS.

La resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 27 de mayo de 2009, dictada por un órgano que carece de potestad reglamentaria y sin habilitación ninguna por parte de la Ley 51/2007, no tiene rango suficiente para regular la atribución de responsabilidades en materia de prestaciones de la Seguridad Social, ni para establecer la retroactividad en materia de las disposiciones de la mencionada ley.

De acuerdo con esta doctrina es irrelevante que el hecho causante de la prestación se haya producido en 2010, porque lo decisivo es que cuando el riesgo lo asumió en exclusiva para la incapacidad permanente el Fondo Compensador de, sin que se haya producido en ese periodo un problema de concurrencia de entidades encargadas de la cobertura que haya que resolver.

9. Imposibilidad dela mutua para impugnar el grado de incapacidad permanente por la enfermedad profesional con anterioridad al 1 de enero de 2008 en virtud de lo dispuesto en la Orden de 27.12.2005

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2011 (recurso 2739/2010) considera que no cabe, por tanto, admitir la legitimación activa de la

95 Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2013 (recurso 2868/2012); 25 de marzo de 2013 (recurso 1514/2012); 25 de marzo de 2013 (recurso 1514/2012); 12 de marzo de 2013 (recurso 1959/2012); 15 de enero de 1013 (recurso 1152/2012); 25 de noviembre de 2013 (recurso 2878/2012); 4 de noviembre de 2013 (recurso 2691/2012); 22 de octubre de 2013 (recurso 161/2013); 18 de noviembre 2014 (recurso 3084/2013); 4 de marzo de 2014 (recurso 151/2013); 4 de marzo de 2015 (recurso 540/2014); 4 de febrero de 2015 (recurso 202/2014); 25 de abril de 2012 (recurso 436/2011); 14 de febrero de 2012 (recurso 2082/2011); 20 de septiembre 2012 (3705/2011), 18 de febrero de 2013 (recurso 1376/2012).

Mutua para impugnar el acto de reconocimiento por el INSS de una pensión de incapacidad permanente por enfermedad profesional, porque la asunción del coste de esa prestación por la vía de la opción abierta por la disposición adicional 1ª de la Orden de 27.12.2005 no se ajusta a la legalidad vigente y no puede alterar la configuración de la relación de protección. Frente a ello no cabe alegar que la falta de legitimación produce a la Mutua una situación de indefensión, porque el reconocimiento de la pensión no crea de forma automática la obligación de abonar el capital coste, obligación de abonar el capital coste, obligación que tendrá que ser declarada por el organismo gestor competente y que podrá ser impugnada por la Mutua alegando la ilegalidad de la opción. La Mutua puede combatir la decisión del INSS para excluir la aplicación del capital coste, invalidando la opción por ilegal. Pero no puede impugnar el reconocimiento de la pensión que a favor del trabajador ha hecho el único organismo competente.

8. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

8.1. Reglas generales

1. Responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones del empresario

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril (recurso 143/2006) siguiendo la doctrina expuesta en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997, recuerda que el artículo 126 LGSS atribuye la responsabilidad del pago de las prestaciones a la entidad gestora o colaboradora cuando se han cumplido los requisitos legalmente previstos, entre ellos los referentes a las cotizaciones, lo que significa que la regla del número 2 del mismo artículo "no pude interpretarse como una norma autónoma de carácter sancionador, sino como una disposición que establece una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio que el incumplimiento empresarial ha producido en el derecho del trabajador". Se entiende con tal razonamiento que si dicha sentencia aludió después únicamente al perjuicio consistente en la privación del derecho a la prestación por descubiertos obstativos a la cobertura del periodo de carencia, fue tan solo "porque en el caso decidido en la misma se trataba de una declaración de responsabilidad total en la prestación y no había constancia de que se hubiera producido ningún otro perjuicio del derecho de la trabajadora efectuada", tal como explica la sentencia invocada para su confrontación con la recurrida, transcribiendo texto de la de 17 de septiembre de 2001 y que ésta obtuvo explícitamente, a su vez, de la de 1 de febrero de 2000.

La repercusión del incumplimiento de la empleadora en la prestación causada no incidió ciertamente en el requisito de carencia necesario para que el trabajador causara el derecho pero sí en la cuantía de la referida pensión. Por ello no puede decirse en rigor que el incumplimiento empresarial no haya tenido trascendencia en la relación jurídica de protección, ya que ha repercutido directamente en el importe de la pensión a percibir por el beneficiario de Seguridad Social al incrementarse su base reguladora con las cantidades sobre las que se debió cotizar.

2. Imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones. Responsabilidad proporcional del empresario en caso de retrasos o descubiertos ocasionales en el abono de cotizaciones [96]

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2007 (recurso 920/2006) establece que la doctrina unificada que interpreta la responsabilidad empresarial por descubiertos en el pago de cotizaciones, tratándose de contingencias comunes ha seguido en los últimos tiempos dos líneas: 1º) Por una parte, la vinculación entre la apreciación de la responsabilidad y los efectos del incumplimiento empresarial en la relación jurídica de protección, tanto en el acceso a la protección como en la determinación de la cuantía de las prestaciones; y 2º) la aplicación de criterios de proporcionalidad en la determinación del alcance de la responsabilidad (STS 16/05/06).

Conforme al primer criterio, los incumplimientos relevantes en orden a la declaración de la responsabilidad empresarial tienen que tener "trascendencia en la relación jurídica de protección", de forma que si el incumplimiento no tiene trascendencia en orden al reconocimiento y la cuantía de la prestación ha de excluirse –en principio– la responsabilidad empresarial, sin perjuicio del régimen especial previsto para los accidentes de trabajo..

La justificación de esta doctrina se halla –incluso– en criterios de legalidad constitucional, puesto que el incumplimiento de la obligación de cotizar no extingue las relaciones de Seguridad Social, sino que impago de las cotizaciones constituye una infracción sancionable administrativamente (artículos 13, 37 y 38 de la Ley 8/1988 y da lugar al cobro de dichas cotizaciones por vía ejecutiva con abono de los recargos procedentes (artículo 33 LGSS), de forma que para no vulnerar el principio constitucional "non bis in ídem" la responsabilidad empresarial tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección, pues en otro caso se sancionaría dos veces la misma conducta (sanción administrativa directa e indirecta) en términos que no puede autorizar una regla (artículo 94.3 LASS que tiene valor reglamentario y es preconstitucional.

La doctrina anteriormente expuesta se complementa con el criterio de proporcionalidad en la responsabilidad. Conforme a él, se aplica el módulo de proporcionalidad en la responsabilidad tanto en los supuestos de descubiertos de cotización temporales como en los que traen causa en cotización inferior a la debida (STS de 17/01/98 recurso 3083/92) de forma que la responsabilidad empresarial por defectos de cotización ha de ser proporcional a su incidencia sobre las prestaciones, incluso en el supuesto de incumplimientos que impiden al trabajador cubrir el periodo de carencia (SSTS 25/01/99 recurso 500/96 y 16/05/06 recurso 3995/04), atendiendo a "la parte proporcional correspondiente al periodo no cotizado sobre el total de la prestación.

[96] Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2009 (recurso 513/2009); 26 de noviembre de 2012 (recurso 3614/2011).

De esta manera, no sólo se ha liberado de responsabilidad a la empresa cunado los descubiertos son ocasionales, sino cuando se le ha de imputar responsabilidad por descubiertos reiterados –sean temporales o por cotización inferior a la debida., se hace responsable a la empresa y al INSS, pero en proporción a la influencia que el defecto de cotización haya tenido en la cuantía de la prestación.

Finalmente, es de observar que el elemento de gravedad, que ha de ponderarse a efectos de la aplicación de las sanciones administrativas correspondientes no es esencial en orden a la determinación de la responsabilidad, pues el alcance de ésta no está en función de la gravedad del incumplimiento, sino de la cuantía de la prestación causada y del importe del capital coste cuando se trata de pensiones.

3. Responsabilidad proporcional del Ministerio de Educación [97]

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009 (recurso 4016/2007) se pronuncia en relación con un supuesto en el que no se trata de un descubierto de corta duración de corta duración, porque el periodo sin cotización es de 5.078 días, pero hay que tener en cuenta que la empresa cotizó 4.588 días. En este sentido, existe responsabilidad empresarial por su incumplimiento por el perjuicio sufrido por el trabajador, que debe repararse por el empresario en el porcentaje procedente, si bien la entidad gestora, para cumplir el interés público en la de acuerdo con el principio de automaticidad, con independencia de la recaudación en vía ejecutiva de las cotizaciones adeudadas, no prescritas.

En el supuesto concreto el empleador incumplió la obligación de cotizar –falta de cotización– y tal incumplimiento tiene relevancia en cuanto el importe de la prestación que corresponde al trabajador. En efecto, si la empleadora Ministerio de Educación hubiera cotizado durante todo el tiempo en que prestó servicio la base reguladora de la incapacidad permanente absoluta, computando los 8 años anteriores a base reguladora de la incapacidad permanente absoluta, computando los 8 años anteriores a la solicitud ascendería a 706,33 euros, conforme a los salarios devengados y, en el supuesto de que se computarán las bases mínimas durante el periodo en que la empleadora no cotizó, la base reguladora ascendería a 469,72 euros, por ,lo que el citado Ministerio ha de ser declarado responsable de la diferencia entre la base reguladora de 706,33 euros y la de 469,72 euros, es decir, el INSS será responsable en un 66,50 % y el Ministerio de Educación y Cultura en el 33,50, debiendo anticipar el INSS el abono de la totalidad de la prestación.

4. Competencia de la jurisdicción social para conocer de la acción ejecutiva frente a la empresa declarada responsable de las prestaciones

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2000 (recurso 3126/1999)[98] declara que la jurisdicción social es competente para ejecutar la

[97] Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2009 (recurso 2612/2008); 29 de octubre de 2009 (recurso 4447/2008).

[98] Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2000 (recurso 1947/1999).

sentencia que condenó a la empresa al abono de las prestaciones anticipadas por la entidad gestora o colaboradora.

8.2. Responsabilidad empresarial. Accidentes de Trabajo

1. Procede la imputación de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de incapacidad permanente derivadas de accidentes de trabajo por descubiertos en la cotización

La sentencia del TS de 1 de febrero de 2000 (recurso 694/1999) concluye que en relación con las prestaciones derivadas de accidentes laboral sigue siendo válida la aplicación de la doctrina tradicional en relación con la responsabilidad empresarial por falta de cotización, en el sentido de distinguir según se trate de incumplimientos empresariales transitorios, ocasionales o involuntarios, o, por el contrario se trata de incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial por no cumplir con su obligación de cotizar, para, en el primer caso imponer la responsabilidad del pago de las prestaciones a la entidad gestora o colaboradora y en el segundo a la empresa, con la responsabilidad subsidiaria del INSS (en su consideración de sucesor del antiguo Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo). Tesis ésta que, aun no explicitada con argumentos concretos, ha sido aplicada ya por la Sala en dos sentencias de 1999 al resolver sobre supuestos de responsabilidad empresarial por defectos de cotización –en concreto las sentencias de 25 de enero de 1999 (recurso 2345/1998) y 17 de marzo de 1999 (recurso 1034/1998), aunque en ellas se consideró que estábamos en presencia de descubiertos ocasionales y por ello no se hizo responsable al empresario–, y que elimina las posibles dudas que pudieran derivarse no sólo de aquella doctrina que sirvió de base a la sentencia de contraste, sino también del contenido del auto de esta Sala de 10 de febrero de 1999 (recurso 1127/1998) que inadmitió un recurso por falta de contenido casacional, en un supuesto de responsabilidad derivada de accidentes de trabajo con apoyo en aquellos argumentos que aquí se consideran inaplicables.

En el supuesto de autos, nos encontramos con que la empresa incumplió su obligación de cotizar durante un periodo de siete meses, en realidad no había cotizado nunca por accidentes de trabajo puesto que no abonó ni una sola cotización por tal concepto desde enero de 1996 hasta septiembre de 1996, que fue el periodo durante el que estuvo viva la relación laboral. En su consecuencia, aunque por la duración del descubierto pudiera parecer a primera vista que se trataba de un descubierto ocasional, las circunstancias indicadas demuestran que, si no cotizó en ningún momento, es falta de cotización por el trabajador no puede imputarse más que a su falta de voluntad de cumplir la obligación.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso 3305/1999) señala que constando que mantiene una deuda en periodo voluntario con la Seguridad Social por un periodo de junio de 1988 a agosto de 1997, sin que resulten circunstancias que pudieran entenderse moderadoras del incumplimiento empresarial, por lo que no estamos ante "incumplimientos

empresariales transitorios, ocasionales o involuntarios", sino, por el contrario, se trata de "incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas y expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar", que conllevan imponer la responsabilidad del pago de las prestaciones a la empresa con la responsabilidad subsidiaria del INSS.

La sentencia de 18 de septiembre de 2000 (recurso 3745/1999) declara la existencia de responsabilidad empresarial en un supuesto en el que la empresa incumplió su obligación de cotizar durante un periodo de más de dos años (de 5/1993 a 4/1995), antes y después de la fecha del accidente (17-3-1994), sin que de los hechos declarados probados no de concretas afirmaciones con posible valor fáctico resulten circunstancias que pudieran entenderse moderadoras del incumplimiento empresarial, por lo que no estamos ante "incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su voluntad de cotizar.

Igualmente la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2000 (recurso 2271/1999) declara la responsabilidad empresarial de la empresa en un caso en que ésta incumplió su obligación de cotizar durante los cuatro años anteriores al accidente de trabajo, y tan prologado descubierto solo puede imputarse a su deliberada voluntad de no cumplir con aquella.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2000 (recurso 2474/1999) especifica que en relación con el descubierto empresarial, origen de la discusión, habrá de reparar en dos cosas; primera, que por sí mismo reviste una importancia considerable; y segunda, que ni el empresario –ausente en el juicio– ni las otras partes hicieron de este punto objeto real de discusión, de ahí que las consecuencias del impago sean las normales, o sea, asunción de la responsabilidad empresarial. En similar sentido se pronuncia la Sala en su sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2000 (recurso 1106/1999); o la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2001 (recurso 1567/2000) con un descubierto desde julio de 1992 a marzo de 1997 produciéndose el accidente de trabajo el 5 de diciembre de 1995.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2001 (recurso 594/2000) afirma la responsabilidad empresarial en el caso de descubierto de más de doce años continuados que debe considerarse como reiterado o rebelde del empresario. De la misma manera lo considera la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2001 (recurso 3412/2000) cuando el descubierto se extiende a 34 meses; o la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2001 (recurso 1824/2000) cuando el periodo de descubierto se extiende entre el mes de mayo de 1993 y enero de 1995, sufriéndose el accidente el 28 de febrero de 1995. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2001 (recurso 3099/2000) considera se trata de un descubierto definitivo y voluntario para determinar la responsabilidad empresarial de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo producido el 20 de septiembre de 1996, el comprendido entre enero de 1995 a julio de 1998; como también indica la sentencia de 13 de mayo de 2002

(recurso 3336/2001) en relación con un accidente de trabajo producido el 9 de agosto de 1996, constatándose un descubierto desde julio de 1995 hasta la fecha del accidente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2001 (recurso 4043/1999) determina que no se está ante un incumplimiento ocasional cuando el incumplimiento va desde el mes de diciembre de 1993 hasta octubre de 1999.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2005 (recurso 3332/2003) imputa la responsabilidad empresarial por un descubierto que se extiende a un año y a la totalidad de la empresa.

La sentencia de 27 de mayo de 2004 (recurso 2843/2003) imputa la responsabilidad empresarial cuando existe un descubierto desde enero de 1993 a diciembre de 1997.

2. Imputación de responsabilidad y abono de las cuotas con posterioridad al hecho causante

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (recurso 650/2009) señala que si los incumplimientos a tener en cuenta para la concreción de la responsabilidad son los anteriores al accidente de trabajo, también será esta situación anterior la que haya de servir para precisar los sujetos responsables y la distribución de sus responsabilidades, puesto que es en el momento del acaecimiento del siniestro cuando se fijan las condiciones de la protección que el trabajador debe poder percibir. Por ello, no existe una variación decisiva y sustancial por el hecho de que el abono de las cuotas atrasadas se efectúe de forma voluntaria por la empresa, en lugar de ser consecuencia de la intervención ejecutiva de la Seguridad Social. En todo caso, se tratará siempre de obligaciones satisfechas después de que la actualización del siniestro haya puesto en funcionamiento la acción protectora aparejada al accidente, por más la calificación de la incapacidad permanente no se obtuviera, en este caso, hasta sentencia, De aceptarse que el pago tardío y posterior al accidente enerva la responsabilidad de la empresa –cuando ésta sea apreciable en razón a la relevancia y gravedad de la conducta en que los descubiertos consisten–, se estaría vehiculando un mecanismo para eludir lo establecido en el mencionado artículo 126.2 LGSS/1994.

3. Imputación de responsabilidad empresarial derivado de accidente de trabajo. Anticipo por la Mutua

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2009 (recurso 288/2009), recordando la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1993 (recurso 1117/1992) indica que la alusión al Reglamento que efectúa el artículo 96.3 LGSS/1974 ha de dejar indemne su imperativo mandato sobre hoy con valor reglamentario por los aportados 5, en relación con los 2 y 3 del artículo 95 LDD/1966 en el sentido de que la imputación de responsabilidad directa al empresario no supone en modo alguno que la Mutua queda absolutamente libre de toda responsabilidad, por cuanto el principio de automaticidad de la prestación, la

obliga según dicho artículo 96 nº 3 al anticipo de la prestación a los beneficiarios, a lo que se añade la subrogación de la Mutua en los derechos de los mismos, por lo que puede repetir contra la empresa directamente responsable y en su caso contra el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo cuyas competencias ha asumido el INSS y la TGSS.

4. La responsabilidad también abarca las diferencias de cotización

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2008 (recurso 2341/2006) determina que la responsabilidad abarca los supuestos en los que el incumplimiento no se circunscribe a la ausencia de cotización, sino que abarca también la cotización por cantidad inferior a la procedente en la medida que influya sobre el importe de una prestación.

5. No procede la imputación de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones

Dispone la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2001 (recurso 4602/2000) para un caso en el que el trabajador sufrió un accidente de trabajo el 10 de abril de 1996 permaneciendo en situación de baja hasta el 6 de junio de 1997 en la que la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades emitió el preceptivo dictamen con propuesta de invalidez permanente total y, la empresa tenía al descubierto el pago de cotizaciones de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de julio de 1995 a mayo de 1996 y de octubre a diciembre de 1996, por cuyos descubiertos se sigue vía ejecutiva, dado que se encontraba al corriente de las restantes cotizaciones, resultan circunstancias moderadoras del incumplimiento empresarial, que ha de ser considerado transitorio motivado por problemas económicos, y no definitivo y rupturista, o expresivo de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar, lo que determina la exoneración de responsabilidad del pago de las prestaciones a la empresa, manteniendo la responsabilidad de la Mutua de Accidentes.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2001 (recurso 794/2000) determina la inexistencia de responsabilidad empresarial al corresponder los descubiertos con periodos posteriores a la fecha del accidente.

6. Solo se imputa la responsabilidad por los descubiertos anteriores al accidente

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2001 (recurso 3033/2000)[99] señala que los únicos descubiertos a tener en cuenta solo los anteriores al accidente dado que la responsabilidad empresarial solo puede estimarse derivada de la actuación empresarial previa a la producción del accidente y no de cualquier actuación posterior".

[99] Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2001 (recurso 794/2000).

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010 (recurso 1266/2010) considera que no procede la imputación de responsabilidad empresarial cuando los incumplimientos se proyectaron sobre la totalidad del periodo al que se extendió la actividad laboral, pero las posteriores al hecho causante solo alcanza un mes.

3. No procede la responsabilidad por infracotización por aplicación de epígrafe incorrecto.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009 (recurso 1403/2008) entiende que no cabe la imputación de responsabilidad a la empresa al no existir ánimo defraudatorio.

7. Accidente de trabajo. No procede la imputación de responsabilidad empresarial por infracotización en contratos para la formación y el aprendizaje

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2021 (recurso 35/2019) recuerda que la doctrina de la Sala en materia de responsabilidad empresarial en el pago de la prestación, cuando la empresa ha incurrido en conductas que revelan su separación del cumplimiento de sus obligaciones para con el sistema de Seguridad Social, respecto de sus trabajadores, viene fijando de forma reitera, en tanto que seguimos bajo la falta de normas de desarrollo del artículo 167 LGSS, una doctrina que viene a distinguir entre supuestos de falta de ingreso de las cotizaciones de los supuestos de infracotización, que se presentan cuando lo abonado por el empresario por cotización es inferior a la que correspondía realizar, diferencias de supuestos que repercuten en la aplicación de moderación o no del alcance de la responsabilidad empresarial.

En el caso que nos ocupa no es posible mantener que la empresa haya incurrido en infracotización generadora de la responsabilidad. En efecto, la infracotización existe cuando la cuota abonada por la empresa no se corresponde con las reglas que en materia de cotización vienen establecidas y que atiende al salario que pudiera estar percibiendo el trabajador, incurriendo con esa conducta en un claro incumplimiento por parte del obligado al pago de la cotización que puede tener repercusión en el derecho a las prestaciones que puedan generarse. Este incumplimiento, en todo caso, ha sido objeto de moderación en situaciones concretas, tal y como recoge la doctrina de esta Sala.

Pues bien, tenemos por un lado, que la base reguladora de la prestación se calcula por salarios reales, al ser derivada de contingencias profesionales, no siendo objeto ahora de debate su importe.

Por otro lado, el régimen de cotización al que se somete el contrato para la formación y el aprendizaje es el de cuota única distribuida entre contingencias comunes y profesionales, junto a desempleo y FOGASA, sin que en el caso presente conste que la empresa haya incumplido norma alguna en materia de cotización con lo cual, difícilmente se puede considerar que nos encontremos ante un supuesto calificable de infracotización no, por ende, entender que nos encontraremos ante un

supuesto calificable de infracotización ni, por ende, entender que la empresa haya incumplido sus obligaciones en la materia. Siendo ello así, no hay hecho alguno al que poder anudar la responsabilidad en el pago de la prestación de incapacidad permanente total que le ha sido reconocido en la sentencia recurrida a la parte actora.

La sentencia recurrida identifica la infracotización con la diferencia entre la cotización por contingencias profesionales que se ha realizado y el salario real aque ha percibido el trabajador, sin que estuviera declarado probado que lo cotizado en relación con el trabajador fuera incorrecto, esto es que lo cotizado en el año de referencia fuera inferior a lo marcado por las respectivas normas en la materia.

En definitiva no se le puede hacer responsable al empresario de una prestación cuando no ha incurrido en incumplimiento alguno en relación con sus obligaciones con la Seguridad Social. Esto es, se ha cumplido por la empresa con todas las normas generales y particulares que permiten al trabajador el acceso a la prestación de invalidez, con lo cual la responsable en el pago es la Mutua Colaboradora.

8. Responsabilidad del empresario en los supuesto de incapacidad permanente derivado de accidente de trabajo sufrido por trabajador extranjero sin permiso de residencia y trabajo

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2003 (recurso 4217/2002) señala que el artículo 33.3 de la Ley Orgánica 472000, de 11 de enero establece que los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero. Por otra parte, el artículo 106.1 LGSS, establece que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, precepto determinante de que la sala de lo contencioso del TS (sentencia de 2 de diciembre de 1998) haya declarado la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos; Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900.

De lo expuesto se deduce la inexistencia del precepto que excluya el efecto normal del accidente respecto a trabajadores que no se hallan en alta. Esta conclusión se corrobora por el mandato del artículo 57 LODLE, según la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000 y según el cual la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a…d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo. Mandato este último que pone de manifiesto la posibilidad legal de que el extranjero, no debidamente documentado, haya recibido la protección legal en supuesto de accidente de trabajo.

No es óbice a lo más arriba expuesto la dificultad de encuadrar el supuesto en la normativa internacional. El Convenio 19 OIT, subordina la obligación de dispensar el mismo trato a los extranjeros que a los súbditos nacionales, el que país del trabajador lo haya ratificado. Y si bien España lo ratificó (Gaceta de 26 de mayo de 1928) Ecuador no se haya entre los 119 países que lo han hecho. Pero en nuestra legislación, extendiendo el principio que lo inspira en esta materia de accidente de trabajo, estableció en el artículo 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 que la "reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a als contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional".

En el concreto supuesto hay que tener en cuenta que el Convenio Adicional al de Seguridad Social Hispano Ecuatoriano de 1 de abril de 1969, dispone que los trabajadores españoles en Ecuador y los trabajadores ecuatorianos en España estarán sujetos a las legislaciones sobre Seguridad Social aplicables en los respectivos países y se beneficiarán de las mismas, así como sus familiares y derechohabientes, en iguales condiciones que los nacionales de cada uno de los países". Remisión que supone la aplicación también de las normas sobre automaticidad de las prestaciones en idénticos términos que los súbditos nacionales.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003 (recurso 2153/2002) señala al tratarse de extranjero hispanoamericano, cuyo país de origen ratificó el Convenio 19 OIT obliga a conceder a los nacionales de otro Estado la protección cuando fueran víctimas de accidentes de trabajo.

9. Acción de repetición de la Mutua contra el INSS en caso de insolvencia del empresario. La responsabilidad subsidiaria del INSS alcanza a los intereses de capitalización

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2007 (recurso 2967/2006) señala que "los intereses de capitalización" forman parte integrante de los conceptos que se tienen que abonar para constituir el capital coste de renta y en consecuencia la Mutua tiene derecho a que los mismos se comprendan en el reintegro que ha de recibir de la entidad o empresa responsable, como consecuencia de la subrogación que establece el artículo 126.3 LGSS (actual 167), por lo que la responsabilidad subsidiaria del INSS alcanza también al abono de estos intereses.

8.3. Responsabilidad empresarial y alta

1. Responsabilidad empresarial por falta de alta del trabajador

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004 (recurso 5097/2003) razona que de acuerdo con lo establecido en el artículo 35.1 del RD 84/96 que establece que el alta produce solo efectos desde su solicitud, y no desde el inicio de la actividad laboral, sin perjuicio de lo ya reseñado en cuanto a las cuotas ingresadas en plazo reglamentario, en cuyo caso el alta retrotraerán sus efectos a la fecha en que se hay ingresado las primeras cuotas correspondientes al trabajador de que se trate, por lo que dado que en el caso de autos el ingreso de las cuotas se hizo dentro del plazo reglamentario, pero después del accidente sufrido el 18 de marzo

de 1999, a las 17,45 horas, mismo día de su incorporación a su puesto de trabajo y del alta presentada por fax a las 18,23 horas, en el momento de producirse el accidente lo cierto es que el trabajador no estaba dado de alta, siendo responsable la empresa.

No se desconoce la sentencia del TS de 20 de junio de 2000 en la que se resolvió que los efectos del alta se retrotraen del alta a la fecha de iniciación de los servicios si se cotiza dentro del plazo, por todo el periodo, pues se trataba de un supuesto distinto, en el que se produjo una baja voluntaria, por error, más tarde subsanada, que no es el presente caso, en donde no había alta en el momento del inicio de la actividad laboral.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2011 (recurso 1921/2010) establece como condena a la Mutua al anticipo de las prestaciones, sin perjuicio de subrogarse en los derechos del trabajador contra la empresa responsable y contra el responsable subsidiario, doctrina aplicable a los supuestos de falta de alta, por lo que procede la condena a la empresa al abono de las prestaciones debidas, con anticipo de la mutua y responsabilidad subsidiaria del INSS.

2. No procede la responsabilidad empresarial por falta de alta en el momento del despido que concluyó con la declaración de despido improcedente

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2009 (recurso 1434/2009) determina que el INSS debe responder de una prestación de incapacidad permanente total por el asegurado, reclamada a raíz de un accidente no laboral padecido en el tiempo de tramitación de un proceso de despido que concluyó con la declaración de despido improcedente.

La declaración de improcedencia o nulidad de despido obliga a la empresa, de acuerdo con las normas legales y reglamentarias de aplicación, a cotizar por el periodo correspondiente a salarios de tramitación, sin perjuicio de la obligación del empresario de dar de baja al trabajador en cuanto se produce su cese en la prestación de servicios. El modo de conciliar ambas previsiones normativas es considerar que el trabajador despedido, durante la tramitación del proceso de despido, puede adquirir con efectos retroactivos la situación de asimilación al alta, en caso de improcedencia o nulidad sobrevenida del despido acordado.

3. No procede el anticipo cuando el trabajador no estaba en alta

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2001 (recurso 3860/1999) afirma que no procede del anticipo de la prestación cuando el trabajador no esté en alta en el momento del hecho causante.

4. Responsabilidad subsidiaria de la empresa contratista respecto a la subcontratista empleadora del trabajador no dado de alta[100]

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010 (recurso 1266/2010) afirma que una vez afirmada la responsabilidad directa del empresario responsabilidad que no ha sido objeto de discusión en este recurso de casación pero que es el presupuesto lógico de las aquí cuestionadas, procede decidir sobre la existencia y, en su caso, sobre el tipo de responsabilidad que puede atribuirse a empresas comitentes principales y empresas contratistas "de primera mano", respecto del accidente no laboral padecido por un accidentado. Como ya se ha visto, a tales responsabilidades empresariales se refieren en particular los artículos 42.2 ET y 127.1 (actual 168) LGSS.

Estos preceptos legales establecen respectivamente una responsabilidad solidaria y una responsabilidad subsidiaria respecto de las deudas de prestaciones de Seguridad Social contraídas por un subcontratista. La conexión o coordinación entre los mismos se efectúa mediante la conjunción "sin perjuicio" que aparece en el segundo de los citados preceptos. Lo que quiere decir que la delimitación de los campos de aplicación correspondientes a uno y otro se determina atendiendo al supuesto de hecho legal del artículo 42.2 ET, si las obras o servicios contratados o subcontratados pertenecen a la "propia actividad" de la empresa principal o de la contratista inicial se aplica tal precepto y la responsabilidad de tales empresarios comitentes es solidaria, si no es así se aplica el artículo 127.1 LGSS y la responsabilidad de los empresarios que hacen el encargo es subsidiaria, es decir, se desencadena sólo en el supuesto en que el empleador subcontratista fuese declarado insolvente.

8.4. Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social

1. Reintegro de cantidades abonadas en virtud de resoluciones del INSS cuando por sentencia firme se anulase o redujese la cuantía de los derechos reconocidos. No procede la devolución por parte del trabajador a quien se le reconoció la prestación por incapacidad permanente parcial

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 diciembre de 2007 (recurso 44/2007) considera que hay que entender vigente el artículo 144.1 LGSS/1974, a tenor del cual la ejecutividad de las resoluciones administrativas que reconocían el derecho a las prestaciones determinaba que si, como consecuencia de su revocación judicial. Se anularan derechos reconocidos en vía administrativa, el beneficiario no quedaría obligado a reintegrar lo percibido, asumiendo esta obligación el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo. La sentencia de 31 de octubre de 2001, completa este razonamiento, señalando que en el régimen vigente nos encontramos ante la misma situación, pues, de una parte, la ejecutividad de las resoluciones administrativas sigue afirmándose en el artículo 6.4 del Real Decreto 1300/1995 y, por otra, el artículo 91.3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad

100 Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2008 (recurso 1048/2007).

Social, aprobado por Real Decreto 1637/1995, establece que "cuando una sentencia firma se anulare o se redujere la cuantía de los derechos reconocidos por resolución administrativa o judicial, la Mutua, o en su caso, la empresa recurrente tendrá derecho a que se le devuelva la totalidad o parte alícuota, respectivamente, del capital que haya ingresado para satisfacer aquellos beneficiarios, que quedan exentos de efectuar devolución alguna". Es cierto, como señala la parte recurrida, que este precepto se refiere a los capitales coste de renta, pero eso no significa que no resulte aplicable en el presente caso, porque, aparte de que la norma se refiere también a otras prestaciones, lo importante no es que se haya ingresado o no la cantidad correspondiente en la TGSS, sino el principio de garantía que se recoge y que es distinto del que se desprende de los artículos 290 y 293 LPL, sin duda porque en la ejecución provisional judicial –a diferencia de lo que ocurre con la administrativa– no hay ejecutividad por ministerio de la ley, vigente la regla del artículo 144.3 LGSS para los reconocimientos efectuados en el procedimiento administrativo de declaración de la invalidez. No desconoce la Sala la doctrina de sus sentencias de 4 de marzo de 1998 y 6 de marzo de 2003, pero, como señala la sentencia citada en primer lugar, para fundar la diferencia de la solución que aplica frente a la que acogió la sentencia de 14 de marzo de 2994, no se trata en estos casos de la anulación de un derecho concedido en primer lugar (reconocimiento de una incapacidad parcial) en un derecho superior (concesión de una incapacidad permanente total)".

8.5. Capitales-Coste

1. Competencia de la Jurisdicción Social para conocer del reintegro a la Mutua Patronal del capital coste de prestaciones anticipadas consecuencia de la responsabilidad empresarial declarada en vía administrativa

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2000 (recurso 4178/1999) señala que el hecho de que el INSS hubiese dictado resolución en la que determinaba quienes eran los responsables, directo y subsidiario, de la prestación, no altera la competencia para resolver la pretensión que aquí nos ocupa, pues más que de ejecutar esa resolución, se trata aquí de satisfacer las nuevas obligaciones que se deriven del hecho de que uno de los designados deudores en esa obligación diera cumplimiento a lo que en ella se ordena, esto es, el anticipo, del que deriva para los demás la obligación de reintegro.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2002 (recurso 3637/2001) señala que la Mutua debió intentar la devolución de lo anticipado ante el Juez de instancia que siguió el proceso donde la condena inicial recayó, bien que luego fuera revocada; siendo ese juez el llamado a decidir la incidencia, con proveídos para los cuáles la LRJS solo permite los recursos horizontales (reposición, súplica), pero no los verticales (suplicación, casación), como claramente se lee en su artículo 302, o dicho en otras palabras: que ña Mutua ha utilizado inadecuadamente ese proceso declarativo ordinario, y de este modo, impedido el juego correcto de las normas procesales sobre competencia funcional (recursos), las cuales, no obstante, conservan su virtualidad habitual.

2. Ejecución provisional de sentencias durante la tramitación de los recursos. Intereses

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2002 (recurso 1107/2000) señala que las Mutuas en el supuesto de prestaciones periódicas no son condenadas al pago de la cantidad líquida de la pensión reconocida –pese a fórmulas defectuosas de los fallos– si no a la constitución del Capital Coste, que no fija la sentencia no puede fijar por depender de cálculos actuariales a realizar por la entidad gestora o servicio común. La interposición del recurso de suplicación, no priva a la parte beneficiaria del abono de la prestación durante la tramitación del mismo, abono que no habrá que devolver aunque la sentencia de instancia sea revocada .artículo 192 y 292 de la Ley de Procedimiento Laboral–. Y por último que la constitución del capital-coste, con los intereses si procedieren –libera plenamente de su obligación y responsabilidad a la Mutua que lo constituye–. Por todo ello es claro que no la sentencia condena a la Mutua a cantidad líquida, ni la Mutua está obligada al pago directo e inmediato de la pensión, prestación que de llevarse a cabo no la liberaría de su responsabilidad, sino a la Constitución de un Capital que la libera plenamente de sus responsabilidades, por lo que nunca le es aplicable en las prestaciones periódicas vitalicias en artículo 921 LEC. Esta conclusión no se opone a lo resuelto por la Sala en su sentencia de 9 de diciembre de 1992 de admitir los intereses del artículo 921 LEC en las condenas a las Mutuas de abonar una cantidad a tanto alzado, pues en estos casos, la condena de la prestación afecta directamente e inmediatamente a la Mutua.

3. Reintegro de cantidades abonadas por las mutuas cuando se anule o reduce la cuantía[101]

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2001 (recurso 497/2001) así lo indica, debiéndose reintegrar la pensión por la TGSS.

4. No procede la devolución del capital coste correspondiente al 20 % de la IPT derivada de contingencia profesional cuando se accede a una Incapacidad permanente absoluta derivada de contingencia común [102]

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2020 (recurso 3266/2018) señala que las normas que disciplinan el reintegro parcial del capital coste, constituido para afrontar las obligaciones de las Mutuas en materia de pago de prestaciones, no contemplan la posibilidad de que se produzca tal reintegro en casos como el que aquí se nos plantea.

Así, el art. 21 g) del Decreto 3158/1966 dispone: "Las modificaciones y transformaciones de pensiones, cantidades alzadas o indemnizaciones por baremo que se hayan producido como consecuencia de los supuestos señalados en los

101 Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2005 (recurso 4045/2004).

102 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2018 (recurso 1647/2017); 10 de octubre de 2019 (recurso 2410/2017); 3 de abril de 2019 (recurso 1561/2017); 2 de julio de 2020 (recurso 2140/2018).

apartados anteriores, darán lugar a las oportunas compensaciones, ingresos o devoluciones entre el correspondiente servicio o servicios comunes de la Seguridad Social, mutualidad laboral, mutua patronal o empresario responsable, que deberán llevarse a cabo en el plazo de un mes a partir de la fecha en que la resolución que las motive sea definitiva. En los casos de desaparición o insolvencia de una mutua patronal o empresario responsable les sustituirá en sus obligaciones y derechos derivados de la revisión el Fondo de Garantía de accidentes de trabajo".

Por su parte, el art. 71 RGRSS, al regular los supuestos de devolución –dentro de la sección que lleva por título "Capitales coste de pensiones y otras prestaciones"–, establece que "1. En los casos en que, como consecuencia de sentencia firme, se anule o reduzca la responsabilidad de la mutua o de la empresa declarada por resolución administrativa, éstas tendrán derecho a que se les devuelva la totalidad o la parte alícuota, respectivamente, de la prestación o del capital ingresado, más el recargo, el interés de demora, en su caso, y el interés legal que procedan, sin detracción de la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas a los beneficiarios que quedan exentos de efectuar restitución alguna. Los reintegros o devoluciones a que se refiere el párrafo anterior se imputarán con cargo al presupuesto de la Tesorería General de la Seguridad Social. 2. Cuando, como consecuencia de revisiones por mejoría del estado invalidante profesional o de la extinción de prestaciones por muerte y supervivencia por causas distintas al fallecimiento del beneficiario o el cumplimiento del periodo edad límite para su percepción, proceda reintegrar total o parcialmente la parte no consumida de los capitales coste de pensiones o de las prestaciones abonadas por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social o por las empresas que hubieran sido declaradas responsables de su pago, este último no tendrá la consideración de ingreso indebido a los efectos previstos en los art. 44 y 45 de este reglamento, sin perjuicio de la aplicación en su caso de lo dispuesto en el art. 24 de la Ley General Presupuestaria. Estos reintegros imputarán a sí mismo con cargo al presupuesto de la Tesorería General de la Seguridad Social.

5. Reintegro parcial a la Mutua del capital-coste, siendo el cauce procesal adecuado el de la ejecución de sentencia [103]

Así lo establece la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2002 (recurso 1164/2002) al disponer que procede el reintegro del capital coste renta constituido en la TGSS al quedar el importe reducido por fijar la sentencia una base reguladora inferior a la reconocida en vía administrativa. Igualmente señala que el cauce procesal adecuado es el de ejecución de sentencia porque la obligación de reintegro queda incorporada de modo implícito al fallo de la sentencia.

[103] Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2003 (recurso 3051/2003); 16 abril de 2003 (recurso 1011/2002); 26 de noviembre de 2003 (recurso 4591/2002); 11 de noviembre de 2003 (recurso 4900/2002); 25 de septiembre de 2003 (recurso 3080/2002).

6. Plazo de prescripción para la constitución del capital-coste renta: 5 años[104]

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2002 (recurso 2023/2002) siguiendo la doctrina de la sentencia de 24 de mayo de 2002, en la que reexaminando la doctrina anterior, concluye en la aplicabilidad del plazo de 5 años, conviniendo, en definitiva, en que la doctrina más adecuada del artículo 241 LPL, es la que se atiene a la equiparación entre plazo de prescripción aplicables al reconocimiento del derecho en la fase declarativa y en la fase ejecutiva. La excepción del número 2 del artículo 241 LPL trata de establecer una regla común para las reclamaciones de cantidades limitadas en concordancia con el artículo 59.2 y 54 LGSS, pero resulta completamente desproporcionado aplicar una prescripción de 1 año a la ejecución de un derecho imprescriptible o que tiene en el ámbito sustantivo un plazo de 5 años.

7. Intereses de capitalización

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016 (recurso 3723/2014) señala que los intereses de capitalización no se derivan de norma alguna, ni se generan por mora o retraso en el pago de la prestación, sino que conforman "los criterios técnicos para la liquidación de capitales coste de pensiones", en los términos utilizados por la vigente Orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre, o el propio capital coste actualizado al momento del hecho causante, tal como preveía el artículo Único de la disposición ministerial invocada (Orden de 23 de septiembre de 1085: "La tasa de interés a aplicar para determinar el valor actual del capital coste de las pensiones causadas por invalidez permanente o muerte, debidas a accidentes de trabajo producidos a partir de 1 de enero de 1985será del 5 por 100"), lo que excluye cualquier tipo de enriquecimiento injusto por parte de la Gestora, porque, como vimos, no estaban destinados al beneficiario sino a corregir el desfase temporal que sufre aquella al tener que abonar a éste la prestación recargada desde la fecha del hecho causante.

8.6. Reaseguro

1. Exclusión del ámbito del reaseguro a la indemnización por incapacidad parcial[105]

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2000 (recurso 2151/2000) se plantea si la TGSS está obligada o no a reintegrar a la Mutua en

---

104 Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2002 (recurso 3141/2001).

105 Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2000 (recurso 2352/1999); de 7 de febrero de 2000 (recurso 435/1999); de 1 de febrero de 2000 (recurso 200/1999); 18 de diciembre de 2000 (recurso 1605/2000); 21 de noviembre de 2000 (recurso 2167/1999); 5 de diciembre de 2000 (recurso 1418/2000); 13 de julio de 2000 (recurso 23760/1999); 5 de junio de 2000 (recurso 3431/1999); 5 de junio de 2000 (recurso 3253/1999); 11 de abril de 2000 (recurso 796/1999); 10 de abril de 2000 (recurso 2355/1999); 19 de abril de 2000 (recurso 427/1999); 27 de marzo de 2000 (recurso 404/1999); 22 de marzo de 2000 (recurso 1500/2021); 22 de marzo de 1999 (recurso 2445/1999); 14 de marzo de 2000 (recurso 3259/1999); 14 de marzo de 2000 (recurso 3259/1999);

concepto de reaseguro obligatorio, el 30 % de la suma pagada por la misma en concepto de indemnización a tanto alzado por lesiones permanentes no invalidantes o incapacidad permanente parcial, derivada de accidentes de trabajo, cuando en la fecha en que sobrevino el accidente no estaba vigente el RD 1993/1995, de 7 de diciembre, aunque dicho Decreto si estaba en vigor en la fecha en que se dictó la resolución administrativa que reconoció aquellas contingencias.

La Sala concluye que en orden a determinar la legislación aplicable en materia de accidentes de trabajo hay que estar al principio de que la protección se otorga por la entidad gestora o colaboradora que tuviera establecida la cobertura en el momento del accidente, siendo esta la que responde de todas las consecuencias del accidente, aunque las lesiones o limitaciones se manifestaran con posterioridad. Por otra parte basta que el trabajador esté en alta en el momento del accidente para que acceda a la protección, aunque no lo esté en el momento posterior de manifestarse la secuela correspondiente.

9. RELACIONES ENTRE INCAPACIDAD PERMANENTE E INCAPACIDAD TEMPORAL

1. Efectos en la extinción de la situación de prolongación de la incapacidad temporal de la denegación de la incapacidad permanente [106]

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000 (recurso 40120/1998) señala que la prestación de incapacidad temporal se extingue en ña fecha en la que se dicta la resolución del INSS que se pronuncia sobre la pretendida incapacidad permanente del trabajador interesado. Tanto si declara la existencia de tal incapacidad como si se deniega, puesto que resulta incuestionable que el instante en que se dicta esa resolución es el momento de la calificación de incapacidad permanente.

2. La duración de la prestación de IT y prórroga por calificación

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2003 (recurso 3569/2002) señala que la prórroga de los efectos económicos hasta la calificación de la incapacidad permanente aunque se supere el plazo máximo de treinta meses por causa imputable a la entidad aseguradora.

23 de enero de 2002 (recurso 2291/2000); 5 de marzo de 2001 (recurso 2475/2000); 17 de enero de 2001 (recurso 2562/2000); 19 de septiembre de 2001 (recurso 3079/2000); 26 de febrero de 2001 (recurso 2290/2000); 17 de enero 2001 (recurso 2294/2000); 22 de enero de 2001 (recurso 2559/2000); 18 de enero de 2001 (recurso 2633/2000); 12 de mayo de 2020 (recurso 243/2018).

106 Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2000 (recurso 14/1999); 11 de julio de 2000 (recurso 2509/1999); 17 de mayo de 2001 (recurso 3461/2000); 30 de abril de 2001 (recurso 1623/2000); 11 de abril de 2001 (recurso 3143/2000): 12 de enero de 2001 (recurso 1834/2000).

3. Duración de la prestación de incapacidad temporal tras el agotamiento del periodo de incapacidad temporal hasta un máximo de treinta meses [107]

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 (recurso 1138/2002) afirma que el párrafo segundo del número dos del artículo 131 bis LGSS que permite la demora de la calificación de la incapacidad del trabajador más allá de tres meses y hasta un máximo de 30 meses, solo puede aplicarse en aquellos en los que realmente no se ha llevado a cabo esa actuación administrativa compleja de valorar en toda su extensión –médica y carencial– la situación del asegurado. Por el contrario, cuando, como aquí sucede, si se ha llevado a cabo la causa de extinción de la incapacidad temporal, que ya había agotado su tiempo de duración máxima y sólo estaba "pendiente" su continuidad de esa actividad administrativa que realmente se produjo.

4. Duración de la prestación e informe propuesta de lesiones permanente no invalidantes

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2003 (recurso 363/2003) señala que no procede la prórroga del proceso de incapacidad temporal en caso de informe propuesta de lesiones permanentes no invalidantes.

5. Colaboración voluntaria de la empresa que asume directamente el pago y efectos de la declaración de la incapacidad permanente

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003 (recurso 1104/2002) señala que el artículo 6.3 del Real Decreto 1300/1995 establece que a efectos de lo previsto en el apartado 3 del artículo 131 bis LGSS, la calificación de la invalidez permanente se entenderá producida en la fecha de la resolución del Director Provincial del INSS: En aquellos supuestos en que, a tenor de lo establecido en el referido apartado 3 del artículo 131 bis procediera retrotraer los efectos económicos de la prestación de invalidez permanente reconocida, se deducirán del importe a abonar, las cantidades que se hubieran satisfecho durante el periodo afectado por dicha retroacción. Las cantidades devengadas por el beneficiario hasta la fecha de resolución no serán objeto de reintegro cuando no se reconozca el derecho a la prestación económica.

Por tanto, si las cantidades devengadas por el beneficiario en concepto de subsidio por incapacidad temporal no son objeto de reintegro cuando no se reconozca el derecho de la prestación de incapacidad permanente y, que por ello, son a cargo de la entidad gestora, entidad colaboradora o empresa responsable de la prestación por incapacidad temporal es lógico concluir, como ya se indició, que igual ocurre, cuando el reconocimiento de la incapacidad permanente no retrotrae sus efectos a la fecha del alta, en el supuesto de que el subsidio por Incapacidad temporal es de cuantía superior a la prestación de incapacidad permanente.

[107] Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2004 (recurso 1369/2003)

Esta conclusión, aparece corroborada con lo dispuesto en el apartado segundo de la citada norma (introducido por el artículo 45 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre cuando dispone que "En los supuestos a que se refiere el segundo párrafo del apartado precedente, los efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de la calificación de incapacidad permanente, en cuya fecha se iniciarán las prestaciones económicas de ésta".

Por ello, la disposición adicional 3ª de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 que lleva como Título "Prórroga de efectos de Incapacidad temporal, en su número 3 establece que "Cuando el alta médica de la asistencia sanitaria y la solicitud de reconocimiento de la incapacidad permanente se produzca antes del agotamiento, por el transcurso del plazo máximo de la incapacidad temporal, en los términos previstos en el artículo 131 bis LGSS durante la prórroga de efectos de esta última prestación citada, ésta correrá a cargo de la entidad gestora, entidad colaboradora o empresa responsable del pago de la prestación de Incapacidad temporal.

10. RELACIONES ENTRE INCAPACIDAD PERMANENTE Y PRESTACIONES POR SUPERVIVENCIA

1. Base reguladora cuando el causante era pensionista de invalidez permanente total por accidente de trabajo derivado de enfermedad común[108]

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2002 (recurso 4478/2000) señala que el artículo 7.2 del Decreto 1646/1972 establece que "la base reguladora de las pensiones por muerte y supervivencia, cuando el causante, al tiempo de su fallecimiento, fuere pensionista de jubilación o invalidez, será la misma que sirvió para determinar su pensión" y en el párrafo segundo de ese número, prevé la actualización de la pensión calculada de esta forma incrementándola "con el importe de las mejoras o revalorizaciones que para las prestaciones de igual naturaleza por muerte y supervivencia, hayan tenido lugar desde la fecha del hecho causante de la pensión de la que se deriven".

No autoriza, por tanto, la letra del precepto la restricción que ha establecido la sentencia recurrida, pues no exige para la aplicación de esta regla que la muerte derive de la misma contingencia que determinó en su día el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente. Y tampoco hay razón para entender que este sentido literal sea contrario a la finalidad del precepto, pues éste trata de mantener la correspondencia entre la renta sustituida finalidad del precepto, pues éste trata de mantener la correspondencia entre la renta sustituida (la pensión inicial) y la renta de sustitución (la pensión derivada), dejando al margen la correspondencia entre las contingencias determinantes. La norma del artículo 172.2 LGSS/1994 (actual artículo 217.2 LGSS/2015) sobre la prueba del carácter profesional de la contingencia determinante de la muerte cuando el causante es pensionista de incapacidad permanente por accidente de trabajo o enfermedad profesional, en nada afecta a la aplicación del artículo 7.2 del Decreto 1646/1972, pues, como ya se ha

[108] Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2011 (recurso 3971/2010).

dicho, este precepto actúa con independencia de cuál haya sido la contingencia determinante de la muerte. El actual artículo 217.2 LGSS resulta aplicable a otros efectos, entre los que puede citarse la determinación de la entidad que ha de asumir el pago de las prestaciones.

2. Viudedad. Percepción de la pensión de incapacidad permanente no contributiva como situación asimilada al alta

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2007 (recurso 835/2006) considera que una invalidez de tal clase autoriza, por sí misma y sin más exigencias, a tener por plenamente acreditada la situación de grave enfermedad, su condición incapacitante y el justificado apartamento del mundo del trabajo del que la percibe, con la consiguiente imposibilidad de invalidez. Y la concurrencia de tales circunstancias permiten extender a los pensionistas de invalidez no contributiva la doctrina de asimilación al alta que esta Sala ha aplicado a otras situaciones en que el alejamiento del sistema se ha producido por similares circunstancias de infortunio o ajenas a la voluntad del sistema se ha producido por similares circunstancias en que el alejamiento del sistema se ha producido por similares circunstancias de infortunio o ajenas a la voluntad del causante.

En todo caso, no sería lógico hacer de peor condición a estos efectos, a los inválidos no contributivos que a quienes perciben auxilios económicos de asistencia social de carácter periódico (artículo 22 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, que el artículo 9 de la orden de 31 de julio de 1972 considera sin más requisitos, pese a tratarse de un supuesto de menor entidad a la de aquellos, "en situación asimilada al alta a efectos de que puedan causar las prestaciones de invalidez, jubilación, muerte y supervivencia".

3. Incapacidad y orfandad

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2009 (recurso 61/2009) indica en relación con el reconocimiento de beneficiario de la pensión de orfandad mayor de 18 años que en relación con el momento establecido para determinar la incapacidad que la mera circunstancia de que el huérfano incapaz trabajara tras el fallecimiento del causante no impide el acceso a la prestación, pues la compatibilidad de la prestación con las rentas del trabajo avala esta posibilidad.

11. RELACIONES ENTRE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL Y PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

1. Validez de cotizaciones previas

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2000 (recurso 3113/1999) señala que el artículo 221 LGSS/1994 y el artículo 16 RD 625/1985 permiten que el trabajador a quien se le declare inválido total para su profesión habitual, pueda optar entre la pensión de invalidez o la prestación de desempleo; lo cual quiere decir que las cotizaciones previas sirven para fundamentar ambos beneficios sociales, pero no simultáneamente, sino de manera sucesiva: primero se

utiliza el título que procura la pérdida involuntaria de la ocupación, y a segundo, el que deriva de su constitución en estado de invalidez permanente.

Cuando el trabajador opta por la pensión de invalidez, y asume a continuación una ocupación compatible, le pérdida involuntaria de esta última solo autoriza el acceso a la prestación por desempleo si durante la misma de hubiere contribuido por tiempo suficiente para su otorgamiento de acuerdo con las normas vigentes. Si no se alcanza ese mínimo, la prestación no se asigna, pues ello supondría conculcar la regla de la incompatibilidad, ya que la situación no ha variado sustancialmente, respecto al momento en que se otorga la opción entre pensión de invalidez y prestación de desempleo, y sin embargo, el interesado busca la percepción simultánea de ambas. Cosa diferente sería –y aquí es donde únicamente encajan los alegatos incluidos en la impugnación del trabajador– que habiendo trabajado un periodo insuficiente para acceder a la protección por paro, el afectado intentara revivir su posibilidad electiva; en ese caso, sí tendría sentido el argumento de que no hay por qué disfrutar desempleo, ni siquiera por vía optativa, si se cuenta con una oferta de trabajo, excluyente en principio de tal prestación. Pero ésta no es la cuestión planteada por el recurrente, quien pura y simplemente sostiene su derecho a generar prestaciones de desempleo, con independencia de que esté percibiendo la pensión de invalidez y de que el segundo trabajo, bien que compatible con aquélla, no haya durado lo suficiente para originar esa especial protección.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre 2010 (recurso 4363/2009) añade a lo dicho en la sentencia de 27 de marzo de 2000 que el hecho causante de la prestación contributiva de desempleo no es abstracto la situación de privación de una ocupación contributiva de desempleo no es en abstracto la situación de privación de una ocupación, sino concretamente la pérdida del empleo por parte de quien había estado incorporado al mercado de trabajo durante un tiempo mínimo de ocupación cotizada; Y la ocupación cotizada a tener en cuenta no puede ser la correspondiente a un empleo anterior, cuya privación por incapacidad total ya ha dado lugar al reconocimiento de una pensión, sino la determinada por el empleo o empleos posteriores compatibles con la situación de pensionista.

Por otra parte la técnica de la conservación de cotizaciones no consumidas que parece haber inspirado la decisión de la sentencia de contraste en un mecanismo excepcional previsto en el artículo 210.3 LGSS (actual 269.3) para eliminar obstáculos a la búsqueda activa de empleo por parte de los desempleados. Esta finalidad de la norma explica que se haya previsto sólo y exclusivamente para las prestaciones contributivas de desempleo ya reconocida por realización de "un trabajo de duración igual o superior a doce meses" tras el cual se ha reconocido una nueva prestación de desempleo "por las nuevas cotizaciones efectuadas". Aparte la singularidad del supuesto, la propia redacción de este precepto legal da a entender de manera clara que la generación de un nuevo derecho a prestaciones de desempleo depende precisamente, incluso en este caso particular, de que el asegurado haya acumulado "nuevas cotizaciones".

2. Duración de la prestación por desempleo. Deducción del periodo de percepción de la pensión de incapacidad permanente. Percepción temporal de la IPT durante la sentencia

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2003 (recurso 4017/2002) El artículo 213.1.f) (actual 272) LGSS menciona como causa de extinción de la prestación "el pasar a ser pensionista de jubilación o de invalidez permanente total para la profesión habitual, invalidez permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez", añadiendo que en estos casos de invalidez, no obstante, el beneficiario podrá optar por la prestación más favorable. Pero la inclusión del caso controvertido en el artículo 213.1.f) (actual 272)LGSS debe ser descartada, porque el precepto está refiriéndose a un supuesto en el que se produce el reconocimiento definitivo del derecho a una pensión de la Seguridad Social, lo que puede considerarse aplicable a un reconocimiento temporal como el que surge durante la situación de ejecución provisional., que solo cubre la tramitación del recurso. En este caso se produce una suspensión que produce una interrupción del abono de la prestación sin que se reduzca el periodo de percepción reconocido salvo en el caso de sanción. Es la suspensión lo que más se asemeja a la situación del actor como consecuencia de la temporalidad que se produce en la situación de pensionista.

12. INCAPACIDAD PERMANENTE Y DISCAPACIDAD

1. El reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente absoluta, total o gran invalidez no determina el reconocimiento automático de la discapacidad en grado igual o superior al 33 %[109]

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2007 (recurso 4930/2006) considera que no se puede identificar la incapacidad permanente con la

[109] Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2007 (recurso 4930/2006); 20 de septiembre de 2007 (recurso 2740/2006); 18 de septiembre de 2007 (recurso 282/2007); 24 de julio de 2007 (recurso 4085/2006); 19 de julio de 2007 (recurso 3473/2006); 19 de julio de 2007 (recurso 3080/2006); 19 de julio de 2007 (recurso 3806/2006); 19 de julio de 2007 (recurso 3840/2006); 29 de mayo de 2007 (recurso 5472/2005); 30 de abril de 2007 (recurso 1253/2006); 29 de marzo de 2007 (recurso 114/2006); 22 de marzo de 2007 (recurso 5317/2005); 5 de octubre de 2007 (recurso 4469/2006); 15 de octubre de 2007 (recurso 4156/2006); 16 de octubre de 2007 (recurso 5028/2006); 16 de octubre de 2007 (recurso 3709/2006); 18 de octubre de 2007 (recurso 3911/2006); 19 de octubre de 2007 (recurso 3058/2006); 30 de octubre de 2007 (recurso 4764/2006); 14 de noviembre de 2007 (recurso 270/2007); 15 de noviembre de 2007 (recurso 156/2007); 22 de noviembre de 2007 (recurso 4256/2006); 20 de noviembre de 2007 (recurso 3475/2006); 26 de noviembre de 2007 (recurso 88/2007); 27 de noviembre de 2007 (recurso 113/2007); 5 de diciembre de 2007 (recurso 3472/2006); 1 de diciembre de 2007 (recurso 1211/2007); 19 de diciembre de 2007 (recurso 1913/2007); 18 de diciembre de 2007 (recurso 1248/2007); 18 de diciembre de 2007 (recurso 1495/2007); 17 de diciembre de 2007 (recurso 139/2007); 11 de diciembre de 2007 (recurso 799/2007); 5 de diciembre de 2007 (recurso 3552/2006); 13 de febrero de 2007 (recurso 1162/2005); 13 de febrero de 2007 (recurso 1162/2005); 13 de febrero de 2007 (recurso 1162/2005); 21 de marzo de 2007 (recurso 3902/2005); 22 de marzo de 2007 (recurso 130/2006); 17 de abril de 2007 (recurso 382/2006); 16 de mayo de 2007 (recurso 2096/2006); 19 de julio de 2007 (recurso 1872/2006); 27 de septiembre de 2007 (recurso 976/2006); 10 de octubre de 2007 (recurso 1908/2006); 20 de junio de 2007

discapacidad, pues es del todo factible la existencia de la incapacidad permanente sin la discapacidad y la de la discapacidad sin la incapacidad permanente. Por otra parte, la exclusiva homologación que entre tales categorías establece el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, "a los efectos de esta Ley", en manera alguna se ha visto comprometida por el RD 1441/2006, de 1 de diciembre, pues la concreción que hace de las "personas con discapacidad" (acreditando tal condición con simple resolución declaratoria de la incapacidad permanente se lleva a cabo –la expresión se reitera varias veces– "a los efectos" de la Ley 51/2003, y en todo caso, cualquiera discordancia con la Ley de cuyo desarrollo se trata habría de considerarse nula por "ultra vires".

(recurso 2823/2006); 6 de noviembre de 2007 (recurso 4710/2006); 21 de marzo de 2007 (recurso 3872/2005); 26 de diciembre de 2007 (recurso 1566/2007); 26 de noviembre de 2007 (recurso 5096/2006); 18 de octubre de 2007 (recurso 2307/2006); 14 de noviembre de 2007 (recurso 890/2007); 16 de noviembre de 2007 (recurso 1713/2007); 25 de octubre de 2007 (recurso 4202/2006)6 de junio de 2007 (recurso 172/2006); 17 de mayo de 2007 (recurso 2104/2006); 27 de diciembre de 2007 (recurso 619/2007); 17 de mayo de 2007 (recurso 3440/2006); 21 de enero de 2008 (recurso 2199/2007); 29 de febrero de 2008 (recurso 2367/2007); 26 de febrero de 2008 (recurso 1865/2007); 26 de febrero de 2008 (recurso 1664/2007); 21 de febrero de 2008 (recurso 1866/2007); 21 de febrero de 2008 (recurso 1343/2007); 20 de febrero de 2008 (recurso 3496/2006); 6 de febrero de 2008 (recurso 2187/2007); 6 de febrero de 2008 (recurso 1479/2007); 5 de febrero de 2008 (recurso 260/2007); 5 de febrero de 2008 (recurso 4796/2006); 30 de enero de 2008 (recurso 1711/2007); 30 de enero de 2008 (recurso 840/2007); ; 30 de enero de 2008 (recurso 2085/2007); 29 de enero de 2008 (recurso 2088/2007); 29 de enero de 2008 (recurso 1476/2007); 28 de enero de 2008 (recurso 99/2007); 28 de enero de 2008 (recurso 1646/2007); 22 de enero de 2008 (recurso 1947/2007); 22 de enero de 2008 (recurso 5095/2006); 22 de enero de 2008 (recurso 5095/2006); 26 de junio de 2008 (recurso 1195/2007); 11 de junio de 2008 (recurso 1159/2007); 9 de diciembre de 2008 (recurso 2678/2007); 2 de diciembre de 2008 (recurso 4107/2007); 13 de noviembre de 2008 (recurso 2278/2007); 5 de noviembre de 2008 (recurso 1088/2007); 29 de septiembre de 2008 (recurso 2714/2007); 24 de septiembre de 2008 (recurso 2200/2007); 18 de septiembre de 2008 (recurso 1411/2007); 18 de septiembre de 2008 (recurso 1411/2007); 28 de enero de 2008 (recurso 1741/2007); 28 de enero de 2008 (recurso 3109/2006); 28 de enero de 2008 (recurso 85/2007); 29 de enero de 2008 (recurso 1603/2007); 12 de mayo de 2008 (recurso 1277/2007); 3 de junio de 2008 (recurso 1500/2007); 6 de junio de 2008 (recurso 2066/2007); 6 de junio de 2008 (recurso 268/2007); 10 de junio de 2008 (recurso 4/2007); 30 de junio de 2008 (recurso 4261/2006); 22 de julio de 2008 (recurso 726/2008); 29 de enero de 2008 (recurso 3307/2006); 31 de enero de 2008 (recurso 3812/2006); 7 de junio de 2008 (recurso 1297/2007); 29 de enero de 2008 (recurso 921/2007); 29 de enero de 2008 (recurso 921/2007); 7 de abril de 2016 (recurso 2026/2014); 29 de noviembre de 2018 (recurso 1826/2017); 29 de noviembre de 2018 (recurso 239/2018); 29 de noviembre de 2018 (recurso 3382/2016); 26 de julio de 2018 (recurso 1956/2016); 12 de mayo de 2020 (recurso 1490/2018); 12 de mayo de 2020 (recurso 1529/2018); 12 de mayo de 2020 (recurso 58/2018); 19 de febrero de 2020 (recurso 2927/2017); 12 de mayo de 2020 (recurso 4423/2017); 12 de mayo de 2020 (recurso 2778/2018); 12 de mayo de 2020 (recurso 1484/2018); 26 de mayo de 2021 (recurso 3832/2018).

13. RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. Aplicación del recargo al complemento de la gran invalidez

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso 4590/1999) afirma que con independencia de la naturaleza que pueda serle atribuida a aquel incremento del 50 por 100 previsto en el artículo 196.4 LGSS, de lo que no cabe duda es que se trata de una prestación económica prevista para la indicada contingencia, por lo que, puesta en relación con el artículo 164 LGSS no puede caber duda sobre el hecho de que el recargo habrá de recaer sobre el total de dicha prestación económica.

14. SEGURIDAD SOCIAL COMPLEMENTARIA

1. Complemento de pensiones en los casos de concurrencia de pensiones que se perciban de la Seguridad Social[110]

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2000 (recurso 2592/1999) analiza el supuesto en el que la empresa está comprometida a complementar una pensión de incapacidad permanente hasta un determinado límite cuando concurre esta con otra pensión alcanzando entre ambas el límite máximo, discutiéndose si el complemento debe contemplar dicha concurrencia o debe gravitar únicamente sobre las responsabilidades de un Plan de Pensiones privado.

La Sala considera que en los casos de concurrencia de pensiones públicas, no se compagina ni concuerda con la naturaleza y fines de la aplicación del referido tope máximo, el desplazar las consecuencias de tal concurrencia de pensiones sobre las responsabilidades de un Plan de Pensiones privado. De acuerdo con las normas, naturaleza y fines de dichos topes máximos, éstos fijan un límite cuantitativo que no puede superar el conjunto de todas las prestaciones de Seguridad Social reconocidas al interesado, de modo que si tal límite se sobrepasa se reducirá la cantidad que por las mismas se abona a dicho beneficiario, hasta que iguale ese tope, Pero carece de sentido y razón, en estos supuestos de concurrencia de pensiones que la consecuencia que se deriva de la aplicación de ese límite, sea la de obligar al Plan de Pensiones privado a hacerse cargo del pago de la correspondiente diferencia.

No sucede lo mismo si se trate de supuestos en lo que el interesado percibe una sola pensión pública, es decir cuando no se trata de casos de concurrencia de pensiones, toda vez que en la pensión única la no posibilidad de superar el tope máximo legal es un elemento básico que se incorpora necesariamente, condicionándolo, al propio derecho del interesado a la prestación de que se trate, y por ello no hay razón para que no se tenga en cuenta en lo que atañe al cálculo de un complemento de pensión que se refiere a esa sola prestación concreta. Por el contrario, cuando se trata de supuestos de concurrencia de pensiones, la distinta

[110] Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2000 (recurso 565/2000).

procedencia de éstas y la eventualidad de su propia existencia, impiden que se pueda considerar como un elemento sustancial de la prestación de que se trate.

2. Contrato de seguro y contingencias especificadas

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2003 (recurso 4100/2002) señala que hay que estar a lo dispuesto en el convenio colectivo o pacto, no siendo equiparables las enfermedades profesionales a los accidentes de trabajo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2010 (recurso 1703/2009) califica en base a lo dispuesto en el Convenio Colectivo como derivada de accidente no laboral la incapacidad permanente absoluta deriva de un intento de suicidio.

Por otra parte la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014 (recurso 1585/2013) considera que procede el reconocimiento de una indemnización por gran invalidez aunque en el convenio solo se especifique la incapacidad permanente total y absoluta ilógico que se omita el aseguramiento del grado más grave de invalidez.

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2017 (recurso 2704/2015) considera que procede el abono de la prestación complementaria prevista en el artículo 20 del Convenio Colectivo de Tranvías de La Coruña cuando la declaración de invalidez Permanente de lugar a la baja en la empresa, con independencia de la contingencia causante.

3. Impago de primas

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2011 (recurso 4284/2009) señala que la liberación del asegurador solo se produce cuando el impago de la prima es imputable al tomador del seguro máxime teniendo en cuanta que la misma se aplica el primer párrafo del artículo 15 que habla de la culpa del tomador en el impago de la prima, lo que excluye la rescisión automática del contrato por la simple falta de pago. Consecuentemente, es cierto que la aseguradora por regla general solo quedará liberada cuando haya presentado el recibo al cobro en el lugar convenido y cumplido las demás obligaciones al respecto que se hayan pactado, pero no se debe olvidar que la falta de pago es imputable al tomador del seguro cuando este realiza algún acto indicativo de su voluntad de rescindir el contrato. La liberación del acreedor determina la responsabilidad del empresario del tomador.

4. Responsabilidad empresarial por no suscripción del seguro e intereses

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2011 (recurso 1534/2010) determina que la indemnización por incapacidad permanente absoluta prevista en convenio que es responsabilidad de la empresa por no asegurar. En este caso no se aplica el interés por mora previsto en el artículo 20 LCS por no tener la empresa carácter de aseguradora.

Igualmente la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2019 (recurso 3326/2016) se pronuncia en relación con una indemnización por incapacidad permanente derivada de accidente impuesta en el Convenio Colectivo del sector en la que la empresa es responsable directa, En este sentido, se determina la responsabilidad empresarial en tanto en cuanto la póliza concertada por la empresa no cubre el supuesto de hecho, en tanto que en sus condiciones particulares se ha pactado de forma expresa, clara e indubitada, que la cobertura del aseguramiento lo es para las situaciones en las que la declaración de incapacidad permanente se produce durante la vigencia del contrato de seguros, pero dejó fuera de su ámbito de protección la situación de los trabajadores que sufrieron el accidente del que deriva la incapacidad, cuando una póliza anterior estaba en vigor.

5. Indemnización por incapacidad permanente cuando la pensión es susceptible de revisión en virtud de lo dispuesto en el artículo 48.2 ET existiendo reserva de puesto de trabajo

La STS de 28 de diciembre de 2000 (recurso 646/2000) recuerda que el artículo 48.2 ET constituye una disposición aparentemente contradictoria con la Seguridad Social, pero, a los efectos que aquí nos ocupan, no cabe duda que tiene su especial trascendencia por cuanto no permite considerar "irreversible" una incapacidad permanente declarada, como en nuestro caso ocurrió, con la específica advertencia de que permita la reincorporación al puesto de trabajo antes de los dos años". Y por ello, lo mismo que en términos laborales esa apreciación no faculta al empresario para declarar la ruptura de la relación laboral en espera de esa posibilidad de reincorporación a su trabajo por parte del trabajador, por la misma razón hay que entender que aquella incapacidad declarada no es irreversible.

Se trata por lo demás, de una situación de espera transitoria en tanto en cuanto, si esa revisión por mejoría prevista no se ha producido en aquel plazo máximo de los dos años previsto en el artículo 48.2 ET quedará abierta para el trabajador la posibilidad de reclamar la indemnización, y la consiguiente obligación de abonarla para la entidad aseguradora, pues a partir de entonces la incapacidad declarada ya tendrá la condición de irreversible. Si la mejoría que permita la incorporación del trabajador a su puesto de trabajo se ha producido se habrá demostrado que realmente no estábamos en presencia de una situación irreversible de las que daban derecho a la indemnización pactada.

6. Responsabilidad empresarial en las mejoras en los casos de contrata y subcontrata

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2000 (recurso 4069/1999) concluye que el artículo 42 ET no impone al contratista principal la obligación de responder del incumplimiento de las obligaciones que contrajo el subcontratista en materia de mejoras voluntarias de prestaciones. Tampoco cabe la responsabilidad que impone el artículo 127 LGSS (actual artículo 168 LGSS/2015, pues tal responsabilidad surge "cuando el empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de la prestación, a tenor de los previsto en

el artículo anterior", es decir que el actual artículo 167 LGSS; y es indiscutible que la obligación de abonar la indemnización litigiosa no encue3ntra encaje ni acomodo en el citado precepto.

7. Definición de la incapacidad permanente y sus grados en el contrato de seguro concertado por la empresa [111]

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2002 (recurso 4633/2000) sostiene que las definiciones de los riesgos y contingencias en las mejoras de Seguridad Social instrumentadas como seguros de grupo han de ser en principio, las precisadas en estos últimos, si bien en caso de silencio u oscuridad sobre los riesgos y contingencias protegidos deben ser tenidos en cuenta los conceptos de los mismos fijados en el sistema de la Seguridad Social básica. En suma, la interpretación debe atenerse a indagar la real intención de las partes, que pueden establecer definiciones de distinto alcance a las de la LGSS.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020 (recurso 1117/2018) considera que procede el abono de la indemnización por IPT derivada de accidente de trabajo prevista en el Convenio Colectivo del Sector de la Construcción y Obras Públicas de la provincia de Badajoz, que al no definir que ha de entenderse por Ip, conlleva la aplicación de las definiciones de la LGSS que exige que las lesiones que determinan la calificación en situación de incapacidad permanente sean "previsiblemente definitivas2, pues el hecho de que se haga constar que la calificación puede ser objeto de revisión por agravación o mejoría no significa que la situación sea reversible, pues si el INSS hubiera entendido que la situación del trabajador fuera a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría, tenía que hacerlo constar.

8. Mejora voluntaria como condición más beneficiosa

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001 (recurso 1573/2000) considera que las mejoras de las prestaciones de Seguridad Social constituyen condición más beneficiosa que no puede suprimirse unilateralmente por la empresa.

9. Principio de igualdad

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2020 (recurso 2802/2017) sostiene la existencia de una vulneración del principio de igualdad ante la ley cuando se prevé la mejora únicamente para el personal funcionario y laboral fijo y excluyendo a los temporales.

[111] Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2002 (recurso 3436/2001); 26 de julio de 2002 (recurso 4721/2000); 22 de julio de 2002 (recurso 1276/2001).

10. Mejoras voluntarias de la Seguridad Social y negociación colectiva

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2013 (recurso 47/2012) considera que la anulación o disminución de una mejora reconocida en el Reglamento de Régimen Interior solo puede llevarse a cabo mediante la negociación colectiva, es nula la oferta empresarial de un Plan Alternativo, cuya adhesión exigía la renuncia previa al Plan Tradicional, establecido en Reglamento de Régimen Interior, por suponer una lesión del derecho a la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva, alcance de la declaración de nulidad,

11. Futbolistas profesionales. Indemnización por incapacidad permanente

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001 (recurso 2470/2000) la indemnización se causa en la fecha del hecho causante de la incapacidad permanente no la fecha de la resolución reconociendo la incapacidad permanente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2004 (recurso 2820/2003)[112] considera que la fecha del hecho causante es la del accidente de trabajo de manera que cuando la extinción del contrato de trabajo se produce con anterioridad al reconocimiento de la incapacidad permanente total o absoluta procede el reconocimiento de la indemnización.

12. Hecho causante en contrato de seguro

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2003 (recurso 3238/2003)[113] afirma que habiendo quedado probado que en los contratos de seguro celebrados con la aseguradora se contenía una clausula expresiva de que, en los supuestos en que la invalidez permanente sea reconocida declarada en sentencia firme, el hecho causante lo constituía dicha sentencia a la fecha de la firmeza, sin tener en cuenta asimismo la posible revisión, la fecha de sus efectos económicos o la existencia de enfermedades preexistentes, la voluntad de la empresa en cuanto a la concesión de la mejora y a las condiciones exigibles para su percibo, han quedado bien patentes, de manera que si la sentencia que en este caso declaró al demandante afecto de una incapacidad permanente absoluta lleva fecha de 31 de mayo de 2000, alcanzando firmeza, es evidente que esta es la fecha a tener en cuenta para cuantificar la indemnización a percibir por el trabajador, aunque el accidente hubiera ocurrido el 22 de enero de 1997.

13. Hecho causante de la mejora en los casos de accidente de trabajo

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2017 (recurso 3748/2015) considera que en el caso de una indemnización cubierta por una póliza

[112] Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2010 (recurso 4394/2008)

[113] Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2004 (recurso 3356/2003); 21 de diciembre de 2004 (recurso 549/2004); 9 de enero de 2004 (recurso 2807/2002); 28 de abril de 2004 (recurso 2346/2003); 14 de abril de 2010 (recurso 1813/2009).

de seguro suscrita por la empresa para sus trabajadores es responsable la aseguradora que cubría el riesgo al tiempo de producirse la contingencia aunque la declaración de IPT se produzca cuando ya se había resuelto por la empresa el contrato de seguro con respecto al accidentado.

14. Complemento de pensiones a cargo de empresas. Fondo interno. Imposibilidad de rescate

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2005 (recurso 1802/2003) señala que el sistema derivado del convenio de banca constituye una mejora de la acción protectora de la Seguridad Social. Con arreglo a la normativa de Seguridad Social el único derecho que se garantiza a los trabajadores es el de percibir la prestación una vez acaecido el hecho causante de la misma, por lo que hasta que tal hecho acaece el trabajador no tiene más que una expectativa de derecho.

15. Complemento de pensiones de empresa. Rescate de capital acumulado. Denegación por extinción del contrato por causas distintas de jubilación, muerte o incapacidad permanente

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2004 (recurso 471/2003) considera que no procede el rescate del capital acumulado en fondo de pensiones de empleo cuando el trabajador ha cesado anticipadamente a consecuencia de despido.

En cambio, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2012 (recurso 2305/2011)[114] en relación con la posibilidad de rescate por causas ajenas a la jubilación, muerte o incapacidad permanente establecida en convenio colectivo señalando que la fecha del cese en el trabajo es la que hay que tener en cuenta a los efectos de la actualización de la dotación individual.

16. Derechos del trabajador cuyo contrato se extingue antes del hecho causante

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2014 (recurso 1221/2013) considera que el derecho del trabajador cuyo contrato se extingue por despido improcedente antes del hecho causante, al complemento de incapacidad permanente se puede garantizar mediante seguro colectivo, teniendo la empresa la obligación de entregar la carta de compromiso del pago del complemento.

17. Compatibilidad del complemento establecido en el convenio colectivo para la incapacidad permanente y la indemnización por despido [115]

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2005 (recurso 1899/2004) señala que la empresa tiene que abonar las indemnizaciones por el despido improcedente y por el accidente, pero se trata de dos transferencias económicas que tienen cada una su causa y esas causas –la privación de empleo y la

[114] Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012 (recurso 2311/2011).

[115] Sentencia del Tribunal supremo de 3 de mayo de 2007 (recurso 5166/2005).

incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo– operan con plena independencia y no se confunden la una con la otra.

18. Denegación de la indemnización por reconocimiento de incapacidad permanente absoluta con previsión de revisión [116]

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2000 (recurso 646/2000) afirma que "es importante tener presente que el ordenamiento jurídico no se halla integrado en compartimentos estancos … sino que, por el contrario, constituye un todo interrelacionado en el que se impone una interpretación integradora de sus diversas previsiones como forma única de llevar a cabo la aplicación congruente de sus disposiciones. En tal sentido „„ el artículo 48.2 ET en su redacción actual ha introducido un supuesto de suspensión del contrato de trabajo por dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declara la invalidez permanente en aquellos supuestos en que "la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su incorporación al puesto de trabajo". Tal situación constituye una especialidad importantísima respecto de la previsión general de revisión de las declaraciones de invalidez que se contiene en el artículo 143.2 LGSS, puesto que, mientras en este precepto se limita el interesado no haya cumplido la edad de jubilación, tanto por mejoría como por empeoramiento de la situación, previendo la fijación de un plazo no vinculante a partir del cual se podrá solicitar la revisión por cualquiera de las partes, en el artículo 48.2 ET se parte de una revisión por mejoría no ya posible sino probable, puesto que se considera previsible que se producirá, y por ello se fija un plazo de suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo que es vinculante para el empresario, en situación que no se produce ante la simple posibilidad de revisión que contempla el artículo 143 LGSS. Esta doble y diferente previsión legislativa en materia de revisión de incapacidades permite distinguir entre una declaración de invalidez previsiblemente definitiva, y por ello extintiva de la relación laboral (cuál sería la general del artículo 143) y una declaración de invalidez de probable revisión por mejoría y por ello suspensiva de la relación laboral (que sería del artículo 48.2 ET que obliga a la empresa a mantener en suspenso la relación laboral sin posibilidad de extinguirla).

Esta sentencia contempla, una situación en la que en la póliza de seguro se partía de la configuración de la incapacidad absoluta como la situación irreversible provocada por accidente o enfermedad, originados independientemente de la voluntad del asegurado, determinante de la total ineptitud de éste para el mantenimiento permanente de cualquier relación laboral o actividad profesional, por lo que habrá que concluir que el carácter irreversible de la situación que dicho apartado contempla no puede estimarse producida en aquellos casos en los que la entidad gestora estima probable que en el futuro próximo se va a producir una revisión por mejoría. En efecto, ya no estamos ante un supuesto general del artículo 143 LGSS en el que, aun cuando pueda producirse la revisión por mejoría, ésta no

[116] Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2016 (recurso 2281/2014).

es probable y por lo tanto nada impide estimar que la situación es irreversible de conformidad con la razón de ser de la declaración de invalidez contemplada en el artículo 134 LGSS/1994 (exigente de reducciones anatómicas o funcionales graves …previsiblemente definitivas) sino ante una previsión legal específica que, como excepción a la regla, ha previsto que aun estando afectado el trabajador por unas afecciones previsiblemente definitivas, sin embargo, es probable que las supere, desaparezcan o se reduzcan en dos años y le permitan volver a trabajar.

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2020 (recurso 2301/2017) señala que cuando se trata de indemnizaciones por incapacidad permanente total, teniendo en cuenta el artículo 48.2 Et, habrá de tenerse en cuenta los concretos términos de la póliza de seguros de forma tal que, si lo se cubre son situaciones irreversibles, solo cabe reclamar la indemnización pactada si en el plazo de 2 años no se produce la revisión por mejoría, siendo así que, en el supuesto, el Convenio Colectivo para las empresas de transporte de mercancías por carretera de la Región de Murcia y la concordante póliza de seguros no se refieren a la irreversibilidad de las lesiones, por tanto, la mejora voluntaria surge cuando se produce la declaración de incapacidad permanente total, sin exigencias adicionales.

19. Responsabilidad en el caso de liquidación de la empresa aseguradora

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2017 (recurso 2402/2015) condena a la compañía aseguradora al abono de las sumas adeudadas en el marco de un proceso de liquidación con absolución de los demás demandados, incluida la empresa empleadora, la cual no es responsable.

20. Incompatibilidad de la mejora establecida en el convenio colectivo con las cantidades abonadas en concepto de indemnización por despido del trabajador que se niega a la recolocación del trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2008 (recurso 823/2006) señala que el contrato de trabajo no se ha extinguido en este caso por dos causas similares o sucesivas, sino únicamente por el despido improcedente conciliado y siendo la finalidad de la mejora voluntaria prevista en el Convenio Colectivo y regulada en el Reglamento de Pensiones compensar al trabajador que extingue su contrato por incapacidad permanente, no puede éste pretender simultanear dicha prestación con la indemnización por despido que ya le ha resarcido por los perjuicios derivados de la extinción por tal causa ya que el presupuesto generador del derecho a la mejora aquí debatida lo constituye (artículo 25 del Reglamento) la declaración de incapacidad permanente siempre que el partícipe del Plan cause por tal motivo baja en la empresa, situación que aquí no se ha dado, puesto que el actor tras ser declarado afecto de incapacidad permanente total ejercitó la opción de incorporarse a otro puesto de trabajo y denegada por la empresa su petición accionó por despido, reconocido como improcedente, siendo así despido la causa de la extinción.

21. Determinación de los efectos económicos

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2009 (recurso 2248/2008) desestima la pretensión pues según la póliza del seguro la fecha de efectos es la del hecho causante es la del reconocimiento de la incapacidad permanente siendo posterior a la fecha de la extinción de la relación laboral.

22. Intereses que debe asumir la compañía aseguradora [117]

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2011 (recurso 4727/2010) señala que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 LCS cunado después de establecer en su regla 4ª que la aseguradora responsable de una indemnización derivada de un contrato de seguro habrá que abonar el interés legal desde la fecha del hecho causante incrementado en un 50 % y que a partir de los dos años desde aquella fecha abonará un interés del 20 %- establece una excepción a esa regla general en la regla 8ª del mismo artículo 20 en el sentido de que "no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o del pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuera imputable", Esta excepción ha sido interpretada por esta Sala en el sentido de que habrá de jugar la misma en aquellos casos en los que el retraso en el abono de la indemnización se considera justificado cuando se discute sobre "cuestiones racionalmente dudosas" o cuando la discusión aparece "como razonable y ajena a cualquier propósito dilatorio" determinantes del modo en que juega el incremento del interés legal en estos casos antes y después de los dos años contados desde el día inicial del devengo de los intereses –accidente– fecha del hecho causante o fecha de reconocimiento de la situación según los casos.

23. Falta de adecuación entre los riesgos asegurables establecidos en convenio colectivo y los concertados en la póliza de seguro [118]

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2004 (recurso 2070/2003) señala que no hay que confundir las obligaciones que nacen del convenio colectivo y vinculan a la empresa y a sus trabajadores, con la que dimanan del contrato de seguro. El convenio impone, en efecto, a la empresa la obligación de concertar un seguro. El convenio impone, en efecto, a las empresas la obligación de concertar un seguro que cubra todas las contingencias que se enumeran", pero, "ello no impide, en uso de la libertad contractual que le reconoce el artículo 1.255 del Código Civil, incumplir ese mandato y formalizar con la compañía aseguradora un contrato que dispense menor o distinta protección de la pactada en el Convenio, sin perjuicio de que en tal caso, sea la propia empresa directamente la que deba responder ante sus trabajadores. La empresa no puede pretender que se amplíen los términos del contrato de seguro pactado para dar cobertura, en contra de los previsto en el artículo 1.255 del Código Civil, incumplir ese mandato y formalizar con la

[117] Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2016 (recurso 3568/2014).

[118] Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006 (recurso 4617/2004); 10 de junio de 2009 (recurso 3133/2008).

compañía aseguradora un contrato que dispense menor o distinta protección de la pactada para dar cobertura, en contra de lo previsto en el artículo 1.283 del Código Civil, a una contingencia que no quiso asegurar. Lo contrario sería romper el sinalagma contractual sin causa justificativa alguna, pues, en expresión de la sentencia de 19 de enero de 1987, "la obligación de pagar la indemnización o capital convenido es la contraprestación a cargo de la aseguradora que se corresponde con el pago de la prima convenida que ha de satisfacer el asegurado, que se corresponde con el pago detracto sucesivo y aquel abono, en un solo acto cuando se dé realmente el riesgo cuyo acaecimiento asegure". Si las previsiones del contrato de seguro fueran oscuras, podría recurrirse, para interpretarlas, al convenio o a las normas de Seguridad Social, como declaró la Sala en algunos casos. Pero este criterio no es aplicable a casos en que los términos de los contratos de seguro son claros y no dejen duda sobre la intención de los contratantes, ya que entonces habrá que estar al sentido literal de sus cláusulas, siguiendo el primer canon de entonces habrá que estar al sentido literal de sus cláusulas, siguiendo el primer canon de interpretación del artículo 1281 del Código civil. El empresario puede suscribir el contrato de seguro en los términos del convenio o en otros distintos, debiendo afrontar las correspondiente responsabilidades si no se ajusta a estos términos, responsabilidades que no pueden desplazarse a la aseguradora, que ni está obligada por el convenio, ni tiene tampoco obligación de ajustar la póliza a lo previsto en él.

24. Hecho causante de la indemnización por incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo [119]

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2009 (recurso 2873/2008) El hecho causante es el de la fecha del accidente, lo que determina el régimen legal o convencional aplicable. La cuantía será la establecida en el convenio vigente en la fecha del accidente sin que proceda su actualización.

25. Complemento de incapacidad permanente no condicionado a la conducta del trabajador

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2000 (recurso 2905/1999) afirma que del artículo 5.a) del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 7 del Código Civil no cabe desprender que la percepción de la mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social se vincule de manera directa e indirecta a la conducta del trabajador, sino que, por el contrario, para acceder a ella sólo es necesario estar en situación de incapacidad prevista en el texto. La transgresión de la buena fe contractual por parte del trabajador o el incumplimiento del deber de llevar a cabo las obligaciones del puesto de trabajo de conformidad a las reglas de la buena fe, tienen en el Estatuto de los Trabajadores su propio sistema de corrección por parte de la empresa, mediante el despido disciplinario o las sanciones. También puede tener esa conducta una relevancia penal, independiente

[119] Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2007 (recurso 4908/2006).

de la laboral, en la que la empresa puede actuar así mismo mediante la presentación de denuncia o querella si lo estima conveniente.

26. Bancos. Complemento de pensión de incapacidad permanente total a consecuencia de violencia ejercida sobre el empleado

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2004 (recurso 4711/2003) determina que las mejoras voluntarias de la Seguridad Social determinadas en el convenio colectivo cuando la situación de incapacidad permanente total deriva de la violencia ejercida sobre el empleado hallándose en acto de servicio, excluye de ese concepto el accidente de tráfico.

27. Prescripción de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2004 (recurso 391/2003) establece el plazo de 5 años.

Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2011 (recurso 4468/2009) considera que el inicio del cómputo del plazo de prescripción se sitúa en momentos diferentes, según se trate de una acción referida al "riesgo asegurado" o al "daño indemnizado": En caso de solicitud de mejora por incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo, dicho plazo comienza en la fecha en la se dicta la resolución administrativa que la declara, no suspendiéndose su cómputo por la incoación de diligencias penales si no existe relación con la existencia de la mejora ni su exigibilidad por el trabajador accidentado.

15. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

1. Hecho causante de la indemnización: la producción del accidente y no la declaración de incapacidad permanente [120]

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2000 (recurso 3142/1999) recuerda que la jurisprudencia civil distingue entre el accidente como riesgo asegurado y el daño causado por el mismo, de manera que la declaración de invalides, lejos de ser el hecho de causación del daño o siniestro, es meramente una formalidad administrativa determinante, entre otras, de las consecuencias económicas de diversos aspectos del accidente, pero en modo alguno puede identificarse con este.

[120] Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2000 (recurso 3153/1999); 24 de mayo de 2000 (recurso 1549/1999); 18 de abril de 2000 (recurso 1476/1999); 18 de abril de 2000 (recurso 1476/1999); 13 de noviembre de 2007 (recurso 4908/2006).

2. Prescripción

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2013 (recurso 1164/2013)[121] considera que el "diez a quo" para el cómputo del plazo de prescripción se sitúa en la fecha de firmeza de la resolución judicial que declara el alcance de las lesiones.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2015 (recurso 3191/2014)[122] considera que a efectos de prescripción solo puede ejercitarse desde que haya quedado acreditado el origen de la contingencia y determinadas de manera definitiva la totalidad de prestaciones de Seguridad Social, que hayan de ser deducidas y tenidas en consideración para fijar la cuantía indemnizatoria.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2004 (recurso 1954/2003) establece que el cómputo del plazo se inicia desde el día en que la acción pudiera ejercitarse, es decir a partir de la firmeza de la resolución administrativa que declara la incapacidad permanente. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2017 (recurso 2734/2015) añade que cuando la resolución administrativa no es impugnada judicialmente, la firmeza de la resolución se corresponde con el transcurso del plazo de los 30 días de los que dispone el beneficiario para formular la reclamación previa.

Por otra parte la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2016 (recurso 2527/2014) considera que se interrumpe la prescripción al haberse instado un procedimiento penal.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2020 (recurso 3636/2017) determina que el inicio del plazo de prescripción de un año exige la concurrencia de dos circunstancias, la existencia de una resolución firme por la que se declare que la contingencia de la que deriva la prestación discutida es profesional y que también exista resolución firme que fije las cantidades puedan deducirse del monto global que hubiera que reclamar, de esta firma solo cuando las secuelas están consolidadas resulta posible valorar el perjuicio sufrido y reclamarlo, por lo que resulta imposible que el plazo para hacerlo éste discurriendo con antelación.

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2020 (recurso 2680/2018) determina que el día inicial del plazo de prescripción de la acción es aquel en el que se ha declarado la incapacidad permanente absoluta, en revisión por agravación de la incapacidad permanente total reconocida anteriormente, ambas como consecuencia del accidente laboral sufrido.

3. Intereses de demora en el abono de la indemnización

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2000 (recurso 3857/1999) señala que no procede el abono de intereses pues el procedimiento laboral que se siguió para decidir si la hipoacusia del actor tenía su causa en una

[121] Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2016 (recurso 3698/2014).
[122] Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2015 (recurso 1918/2014).

enfermedad común o en un accidente de trabajo debe de calificarse de necesario a estos efectos, desde el momento en que el INSS había declarado al demandante afectos de una invalidez permanente absoluta derivada de enfermedad común, y fue precisamente en la sentencia judicial que atendió la demanda del trabajador en donde se declaró que la indicada enfermedad merecía la condición de accidente de trabajo por tratarse de una enfermedad profesional no listada y tanto más necesario el juicio cuando que hubo de ser instado por el propio beneficiario de la prestación y no por la Compañía Aseguradora. Por lo tanto, de acuerdo con nuestra doctrina, el, con las que dimanan retraso de la indicada aseguradora en el abono de la prestación aparece en este caso justificado puesto que no se le podía exigir el abono de la prestación y por consiguiente del recargo hasta tanto no se resolviera sobre la naturaleza común o profesional del hecho causante del siniestro del que había que responder.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2014 (recurso 2670/2013) considera que las compañías de seguro deberán abonar intereses por mora por aplicación de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2013 (recurso 1531/2012) señala que los intereses moratorios previstos en los artículos 1101 y 1108 del Código Civil se devengan desde la fecha de consolidación de las lesiones, hasta la fecha de la sentencia que declara la responsabilidad, en caso la de suplicación, y desde la fecha de la sentencia, los oportunos intereses procesales, a excepción de la cantidad de que responde la aseguradora que hará frente al incremento del 20 % desde la fecha de la referida sentencia.

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2017 (recurso 3452/2015) establece que la mera tramitación de un proceso judicial, cuando la controversia reside en la falta de concreción del importe de la indemnización, no evita los intereses moratorios de la aseguradora, máxime si la misma ni siquiera ofreció una indemnización mínima, pese a ser cabal conocedora de la concurrencia del accidente y del resultado lesivo del mismo, y haberse producido un extenso lapso de tiempo desde el accidente.

4. Hecho causante del siniestro

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2000 (recurso 2021/1999) declara que es la producción del accidente la que determina la aseguradora responsable, que aunque el efectos dañoso (la incapacidad o la muerte) aparezca con posterioridad[123].

[123] Sentencia de 18 de abril de 2000 (recurso 3112/1999); 10 de junio de 2002 (recurso 713/2002); 4 de octubre de 2001 (recurso 3902/2000).

5. Licitud de la cláusula que establece el plazo dentro del cual serán objeto de cobertura los siniestros que constituyan el objeto del contrato [124]

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2015 (recurso 3136/2014) considera cuando resultaba lícita la cláusula por la que se delimitaba el riesgo asegurado a los siniestros ocurridos durante la vigencia del contrato, cuya reclamación se notificase fehacientemente durante la vigencia de la póliza o hasta dos años después de su finalización fehacientemente durante la vigencia de la póliza o hasta dos años después de su finalización. En consecuencia, la comunicación debió efectuarse en el referido plazo puesto que, acaecido al accidente, surgió el deber de notificación del siniestro que pudo hacerse hasta dos años después de finalizado el contrato de seguro, lo que implica que pudo dar noticia del siniestro a la seguridad social hasta dos años y medio aproximadamente después de ocurrido el accidente, lo que no hizo el recurrente ya que la primera comunicación que del referido siniestro tuvo la aseguradora fue la papeleta de conciliación previa a la demanda origen de este procedimiento.

6. Determinación judicial de la indemnización

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2013 (recurso 2757/2011) señala que la determinación de la cuantía es facultad del Juzgador de instancia, pero es revisable en trámite de recurso cuando concurren determinadas circunstancias que no se dan en el caso.

7. Cuantía de la indemnización por invalidez derivada de enfermedad profesional y existencia de otros elementos

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2018 (recurso 1543/2017) señala para un caso de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional como consecuencia de la exposición continuada y durante tiempo al amianto en la que cabe deducir relación de causalidad entre el incumplimiento empresarial de medidas de seguridad y el padecimiento del trabajador, no aplicando reducción o minoración alguna a la responsabilidad por su hábito tabáquico, al ser una contingencia profesional, que, por sí sola, posee la suficiente entidad para generar la incapacidad laboral del trabajador e incluso su muerte.

8. Cuantía de la indemnización y recargo de las prestaciones [125]

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2002 (recurso 2239/2001) de la indemnización no deben detraerse o computarse las cantidades abonadas por la empresa como y abono del recargo.

---

124 Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2017 (recurso 848/2016).

125 Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2002 (recurso 526/2002); 9 de octubre de 2001 (recurso 159/2001).

9. Extinción por impago de primas

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2001 (recurso 4253/1999) señala que la producción del siniestro antes de comunicarse la rescisión a consecuencia del impago de las primas produce la exoneración de responsabilidad.

10. Indemnización de daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional[126]

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2012 (recurso 1651/2011) establece la responsabilidad civil de la empresa como consecuencia del incumplimiento de medidas de seguridad e higiene de manera que de haberse cumplido las medidas preventivas, se hubiera podido razonablemente prevenir o impedir o al menos disminuir los efectos perniciosos de la exposición al agente que enfermó al trabajador.

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2016 (recurso 3959/2014) considera que en los casos de enfermedad profesional como es el caso de la asbestosis por exposición al amianto se exige acreditar la relación de causalidad entre el incumplimiento empresarial de medidas de seguridad y el padecimiento del trabajador.

11. Indemnización por daños y perjuicios y cómputo de las prestaciones de Seguridad Social

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2009 (recurso 715/2009)[127] recuerda la aplicación del baremo de accidentes de trabajo para los accidentes de circulación y que las prestaciones de incapacidad y prestaciones complementarais se pueden detraer de la parte de la indemnización correspondiente al lucro cesante.

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2014 (recurso 1257/2013)[128] recuerda que la Tabla IV del Baremo para la valoración de los perjuicios causados en accidentes de circulación repara exclusivamente el daño moral.

---

126 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012 (recurso 1653/2011); 5 de marzo de 2013 (recurso 1478/2012); 30 de octubre de 2012 (recurso 3942/2011); 4 de mayo de 2015 (recurso 1281/2014).

127 Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007 (recurso 3945/2006); 3 de octubre de 2007 (recurso 2451/2006); 17 de julio de 2007 (recurso 513/2006); 18 de octubre de 2010 (recurso 101/2010); 30 de enero de 2008 (recurso 414/2007); 19 de diciembre de 2008 (recurso 8537/2007); 17 de julio de 2007 (recurso 4367/2005); 20 de noviembre de 2014 (recurso 2059/2013); 23 de junio de 2014 (recurso 1257/2013); 15 de enero de 2014 (recurso 917/2013); 13 de octubre de 2014 (recurso 2843/2013); 30 de marzo de 2015 (recurso 3204/2013).

128 Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2017 (recurso 1855/2015).

12. Cómputo o detracción de las prestaciones de Seguridad Social que solo operará entre conceptos homogéneos [129]

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007 (recurso 3945/2006) considera que la compensación de cantidades percibidas por el accidente solo puede operar sobre conceptos homogéneos, es claro que las prestaciones de seguridad social indemnizan por la pérdida de ingresos, solo se descontarán del total de la indemnización reconocida por lucro cesante.

13. Cuantías del baremo de accidentes de tráfico y daño moral [130]

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2018 (recurso 3626/2016) determina que las cuantías del Baremo de accidentes de tráfico son imputables al concepto de daño moral y, no pueden ser compensadas con las prestaciones de Seguridad Social por incapacidad temporal.

14. Indemnización y mejora voluntaria [131]

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2019 (recurso 3146/2016) considera que para la determinación de su cuantía, el importe de la mejora voluntaria se imputa al lucro cesante y no puede ser compensado con otros conceptos indemnizatorios por daños físicos, psíquicos y morales.

15. Indemnización por daños y perjuicios y gran inválido

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2019 (recurso 2213/2017) considera que el factor de corrección de grandes inválidos viene a compensar los daños morales de familiares, siendo necesario que se trate de un gran inválido, no pudiendo reconocerse cuando su situación fue calificada como incapacidad permanente absoluta.

16. Cosa juzgada de la sentencia que resolvió sobre el recargo de prestaciones

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2013 (recurso 2294/2012) considera que entre el recargo y la indemnización adicional de daños existen diferencias, pero también los elementos de identidad y entre ellos la relación de causalidad se sitúa en un plano en el que no cabe desconocer la identidad existente entre los dos institutos.

---

129 Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2009 (recurso 560/2007); 22 de septiembre de 2008 (recurso 1141/2007); 14 de julio de 2009 (recurso 3576/2008); 23 de julio de 2009 (recurso 4501/2007); 15 de diciembre de 2009 (recurso 3365/2008); 13 de marzo de 2014 (recurso 1506/2013).

130 Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2020 (recurso 1458/2017).

131 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2018 (recurso 767/2016).

17. Mora de la aseguradora en la indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2019 (recurso 2706/2017) considera que la mora de la aseguradora desaparece cuando las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, sin que pueda exonerarse en los casos en que la aseguradora no siquiera ofreció una indemnización mínima, pese a ser cabal conocedora de la conocedora de la concurrencia del accidente y del resultado lesivo del mismo.

18. Indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo ocurrido en una contrata. Solidaridad impropia

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2021 (recurso 2611/2018) considera que en estos casos se trata de una solidaridad impropia, pues, a diferencia de la responsabilidad administrativa y de la responsabilidad sobre el recargo de prestaciones de Seguridad Social en las que la solidaridad viene impuesta legalmente, en materia de responsabilidad civil la solidaridad solo puede deducirse de la concurrencia de culpas en el origen del accidente, y, por tanto, la reclamación efectuada ante el empresario empleador no interrumpe la prescripción respecto de la acción ejercitada contra el empresario principal.

16. PROCESAL

16.1. Competencia

1. Competencia de los tribunales españoles de una pretensión de Seguridad Social promovida por trabajador español contratado por empresa extranjera para prestar servicios en el extranjero

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2005 (recurso 2152/2004) considera que corresponde a los tribunales españoles el conocimiento del asunto en la medida en que la pretensión versa sobre una incapacidad permanente correspondiente a la Seguridad Social española.

2. Competencia de la Jurisdicción Social sobre la embargabilidad de pensiones e incompetencia para conocer de la regularidad de las órdenes de embargo

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014 (recurso 2599/2013) considera que el orden social es competente para conocer de la determinación si dicha Administración (INSS y/o TGSS), la que debe velar por el cumplimiento de las garantías legales en el abono de las prestaciones dentro de los límites del artículo 40.1 LGSS, cuando ha procedido –fuera de los procedimiento de apremio administrativo (gestión recaudatoria)–, a deducir de la prestación económica de la incapacidad permanente en grado de total que tiene reconocida el

demandante cantidades derivadas de embargos o retenciones sobre tal pensión decretadas por diversos Juzgados civiles. Agencia Tributaria y/o Unidades de Recaudación Ejecutiva, ha respetado o no la prohibición de inembargabilidad absoluta o los límites de embargabilidad que afectan a las pensiones, al poder incidir tal decisión en que el beneficiario deudor perciba su pensión en cuantía inferior a la establecida como garantía legal para su subsistencia, con vulneración, en su caso, de las referidas reglas, establecidas legalmente en garantía de la "dignidad de la persona", al ser las pensiones "la única fuente de ingresos económicos de gran número de personas2 y no deberse de "sacrificar el mínimo económico vital del deudor".

No obstante, la competencia del orden social no se extiende a controlar ni a valorar la regularidad de tales órdenes de embargo o retención emitidas por los diversos Juzgados u Organismos ejecutores, debiendo ser la Administración de Seguridad Social la que deberá, en términos requeridos sin vulnerar los límites de inembargabilidad de las pensiones, e igualmente ante dichos Juzgados u Organismos ejecutores deberá, en su caso, el beneficiario embargado formular las peticiones o recursos oportunos para cuestionar la procedencia o cuantía de los embargados trabados o su ajuste a la legalidad o para instar, en su caso, los posibles reintegros.

3. Competencia de la Jurisdicción Social en materia de mejora voluntaria de las prestaciones de funcionario

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2018 (recurso 3882/2016) considera que tras la entrada en vigor del artículo 2 q) LRJS ya no resulta aplicable la doctrina jurisprudencial interpretativa del artículo 2 c LPL, siendo el orden social de la jurisdicción el competente para conocer de la reclamación de una mejora voluntaria de prestaciones prevista en un acuerdo suscrito por una Administración y su personal funcionario y laboral formulada a título individual por un funcionario integrado en el Régimen General de la Seguridad Social.

Con anterioridad la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso 3171/2006) concluye que en el supuesto litigioso la mejora voluntaria litigiosa no ha sido pactada en contrato de trabajo, ni en convenio colectivo negociado y pactado entre los trabajadores y empresario sino de pacto o convenio suscrito entre el Ayuntamiento y los funcionarios que le prestan servicios.

4. Competencia de la Jurisdicción Social sobre pretensión de reintegro por parte de la Mutua

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2019 (recurso 2150/2017) considera que corresponde al orden social para conocer de la pretensión de reintegro ejercitada por una Mutua derivada del cumplimiento de la resolución administrativa que le impuso la constitución del capital coste de una prestación en concepto de anticipo una vez declarada la responsabilidad empresarial por falta de alta del trabajador en la fecha del accidente.

5. Incompetencia de la Jurisdicción Social en materia de gestión recaudatoria de capitales coste

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2002 (recurso 1481/2003) señala que hay que dar diferente solución a adoptar según que las cuestiones planteadas en relación a la cuestión del capital-coste sean planteadas en ejecución de sentencia o traiga su origen en resolución administrativa sin injerencias de la jurisdicción social, cuando la reclamación no se dirige frente a una sentencia, sino directamente frente a la resolución dictada por la entidad gestora, una doctrina constante de esta Sala ha mantenido la falta de competencia de este orden jurisdiccional, por atacarse, en realidad un acto de gestión.

6. Incompetencia de la Jurisdicción Social para conocer de demandas contra Mutuas de seguro y reaseguro

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2004 (recurso 745/2003) considera que la jurisdicción competente no resulta competente para conocer sobre la declaración de una pensión de incapacidad permanente absoluta.

7. Competencia para solicitar indemnización por demora en la reincorporación tras la declaración de incapacidad permanente

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2004 (recurso 4568/2003) declara la competencia de la jurisdicción social para conocer de las indemnizaciones por demora en la reincorporación de un trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total.

16.2. Acumulación de acciones

1. Acumulación de acciones

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018 (recurso 593/2016) considera que se pueden acumular la reclamación de un grado de incapacidad permanente y la que sostiene el carácter de accidente de trabajo para la contingencia, requiriendo esta última dilucidar si el trabajador ha sido parte en una relación laboral con un tercero.

16.3. Legitimación

1. Legitimación activa de la empresa en los procesos de incapacidad permanente

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2011 (recurso 556/2010) considera que la empresa está activamente legitimada para impugnar judicialmente la resolución del INSS que reconoce al trabajador una incapacidad permanente total derivada de accidentes de trabajo, solicitando que se le reconozca afecto a lesiones permanentes no invalidantes, al incidir directamente en su patrimonio, puesto que dicho reconocimiento genera la obligación ya impuesta en sentencia firme, de pago del recargo sobre la prestación que definitivamente se reconozca al trabajador.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2012 (recurso 2720/2010) considera que existe legitimación activa del empresario que cuestiona la contingencia de la que deriva el proceso de incapacidad temporal de uno de sus trabajadores.

2. Falta de legitimación de la empresa cuando de la calificación no deriva responsabilidad

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016 (recurso 3331/2014) estima la falta de legitimación pasiva de la empresa demandada al ostentar un interés legítimo pero no poder alcanzarle ninguna responsabilidad. En tal sentido se deniega la nulidad de actuaciones postulada por fraude procesal al haber adoptado la mercantil en el juicio oral, idéntica postura procesal que el beneficiario, al defender sus intereses, siendo una actuación que no tuvo trascendencia real en la fundamentación del fondo del asunto decidido en la sentencia de instancia, que fue confirmada por el Tribunal Superior.

3. Legitimación activa del cónyuge viudo

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2004 (recurso 2793/2003) considera que resulta legitimado el cónyuge viudo para reclamar la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente que percibía el causante.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2018 (recurso 3439/2016) considera que el cónyuge viudo del trabajador ostenta legitimación activa para reclamar una mejora voluntaria prevista en el convenio colectivo para los herederos legales, siendo legataria de un derecho de usufructo universal y vitalicio sobre la totalidad de la herencia, habiendo otorgado los hijos, herederos legales del fallecido, una escritura ratificando expresamente las actuaciones judiciales realizadas por su madre, manifestando que han sido hechas en beneficio de la comunidad hereditaria.

4. Legitimación pasiva de la entidad promotora del plan

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2007 (recurso 1669/2006).

16.4. Reclamación previa

1. Reclamación previa interpuesta por Mutuas y caducidad de la instancia[132]

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 (recurso 2648/2014) considera que la falta de agotamiento de la vía administrativa previa

[132] Sentencia del Tribunal Supremo de 2015 (recurso 2766/2014); 20 de octubre de 205 (recurso 3927/2014); 16 de septiembre de 2015 (recurso 3128/2014); 16 de septiembre de 2015 (recurso 1779/2014); 15 de septiembre de 2015 (recurso 3745/2014); 15 de septiembre de 2015 (recurso 3477/2014); 20 de julio de 2015 (recurso 3420/2014); 3 de marzo de 2015 (recurso 1677/2014);

16 de diciembre de 2015 (recurso 441/2015); 15 de diciembre de 2015 (recurso 291/2015)15 de diciembre de 2015 (recurso 288/2015); 14 de diciembre de 2015 (recurso 1152/2015); 15 de septiembre de 2015 (recurso 96/2015); 10 de noviembre de 2016 (recurso 1318/2015); 8 de noviembre de 2016 (recurso 722/2015); 26 de octubre de 2016 (recurso 1174/2015); 13 de octubre de 2016 (recurso 3109/2015); 11 de octubre de 2016 (recurso 2170/2015); 20 de julio de 2016 (recurso 1789/2015); 7 de junio de 2016 (recurso 903/2015); 27 de diciembre de 2016 (recurso 2834/2015); 20 de diciembre de 2016 (recurso 1309/2015); 12 de diciembre de 2'016 (recurso 1742/2015); 9 de diciembre de 2016 (recurso 1102/2015); 29 de noviembre de 2016 (recurso 3828/2014); 17 de noviembre de 2016 (recurso 1548/2015); 18 de octubre de 2016 (recurso 1915/2015); 11 de octubre de 2016 (recurso 3441/2015)11 de octubre de 2016 (recurso 2931/2015); 20 de septiembre de 2016 (recurso 693/2015); 6 de julio de 2015 (recurso 2048/2015); 5 de julio de 2016 (recurso 854/2015); 22 de junio de 2016 (recurso 3276/2015); 14 de junio de 2016 (recurso 1809/2015); 9 de junio de 2016 (recurso 442/2015); 8 de junio de 2016 (recurso 875/2015); 7 de junio de 2016 (recurso 1786/2015); 7 de junio de 2016 (recurso 555/2015); 7 de junio de 2016 (recurso 2507/2015); 1 de junio de 2016 (recurso 1335/2015); 1 de junio de 2016 (recurso 1185/2015); ; 1 de junio de 2016 (recurso 1821/2015); 11 de mayo de 2016 (recurso 876/2015); 9 de mayo de 2016 (recurso 3871/2014); 27 de abril de 2016 (recurso 477/2015); 14 de marzo de 2016 (recurso 686/2015); 8 de marzo de 2016 (recurso 1098/2015); 8 de marzo de 2016 (recurso 1099/2015); 3 de marzo de 2016 (recurso 1491/2015); 2 de marzo de 2016 (recurso 995/2015); 1 de marzo de 2016 (recurso 1526/2015); 21 de diciembre de 2016 (recurso 1816/2015); ; 21 de diciembre de 2016 (recurso 1678/2015); 16 de diciembre de 2016 (recurso 1900/2015); 22 de noviembre de 2016 (recurso 1055/2015), 15 de noviembre de 2016 (recurso 476/2015); 26 de octubre de 2016 (recurso 1822/2015); 25 de octubre de 2016 (recurso 345/2015); ; 18 de octubre de 2016 (recurso 2165/2015); 18 de octubre de 2016 (recurso (2961/2015); 13 de octubre de 2016 (recurso 2406/2015); 13 de octubre de 2016 (recurso 2928/2015); ; 13 de octubre de 2016 (recurso 583/2015); 13 de octubre de 2016 (recurso 992/2015); 11 de octubre de 2016/2015); 11 de octubre de 2016 (recurso 2218/2015); 11 de octubre de 2016 (recurso 2682/2015); 11 de octubre de 2016 (recurso 3198/2015); 11 de octubre de 2016 (recurso 3092/2015); 13 de septiembre de 2016 (recurso 402/2015); 20 de julio de 2016 (recurso 913/2015); 5 de julio de 2016 (recurso 1352/2015); 5 de julio de 2016 (recurso 29/2015); 28 de junio de 2016 (recurso 740/2015); 22 de junio de 2016 (recurso 2054/2015); ; 22 de junio de 2016 (recurso 436/2015); 16 de junio de 2016 (recurso 731/2015); 8 de junio de 2016 (recurso 47/2015); 7 de junio de 2016 (recurso 1155/2015); 7 de junio de 2016 (recurso 1887/2015); 1 de junio de 2016 (recurso 1522/2015); 1 de junio de 2016 (recurso 1125/2015); ; 1 de junio de 2016 (recurso 1101/2015); 11 de mayo de 2016 (recurso 747/2015); 11 de mayo de 2016 (recurso 518/2015); 4 de mayo de 2016 (recurso 732/2015); 15 de marzo de 2016 (recurso 2029/2015); 8 de marzo de 2016 (recurso 2028/2015); 2 de marzo de 2016 (recurso 1338/2015); 2 de marzo de 2016 (recurso 754/2015); 1 de marzo de 2016 (recurso 1817/2015); 27 de septiembre de 2017 (recurso 3054/2015); 20 de junio de 2017 (recurso 3743/2015); 11 de mayo de 2017 (recurso 1322/2015); 23 de marzo de 2017 (recurso 2548/2015); 7 de marzo de 2017 (recurso 3016/2015); 28 de febrero de 2017 (recurso 2422/2015); 23 de febrero de 2017 (recurso 1980/2015/2015); 26 de enero de 2017 (recurso 1226/2015); 25 de enero de 2017 (recurso 431/2015); 24 de enero de 2017 (recurso 2100/2015); 24 de enero de 2017 (recurso 2509/2015); 17 de enero de 2017 (recurso 3780/2015); 19 de diciembre de 2017 (recurso 3284/2016); 4 de julio de 2017 (recurso 964/2016); 7 de junio de 2017 (recurso 2703/2015); 7 de junio de 2017 (recurso 2403/2015); 12 de mayo de 2017 (recurso 3188/2015); 12 de mayo de 2017 (recurso 2629/2015); 11 de mayo de 2017 (recurso 1885/2015); 28 de marzo de 2017 (recurso 1814/2015); 28 de marzo de 2017 (recurso 74/2016); 7 de marzo de 2017 (recurso 1909/2015); 22 de febrero de 2017 (recurso 1167/2015); 16 de febrero de 2017 (recurso 1095/2015); 14 de febrero de 2015); 1 de febrero de 2017 (recurso 1324/2015); 1 de febrero de 2017 (recurso 1324/2015); 25 de enero de 2017 (recurso 3453/2015); 17 de enero de 2017 (recurso 2036/2015); 17 de enero de 2017 (recurso 3393/2015); 6 de julio de 2017 (recurso 246/2016); 12 de mayo de 2017 (recurso 778/2016); 9 de marzo de 2017 (recurso 3113/2015); 28 de febrero de 2017 (recurso 2836/2015); 21 de febrero de 2018 (recurso

implica la caducidad de la vía administrativa, pero no de la acción, cuyo ejercicio pervive mientras no prescriba el derecho material del que deriva, solo es aplicable a la acción de reconocimiento o denegación de prestaciones inter puestas por los beneficiarios sin que se beneficien de ello las Mutuas Patronales y sus reclamaciones por imputación de responsabilidades.

16.5. Congruencia

1. Congruencia cuando se reconoce un grado de invalidez en grado inferior al solicitado [133]

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2000, señala que, no ya solo la aplicación del principio aludido de que "quien pide lo más pide lo menos", sino también, la propia naturaleza revisoría de un acto administrativo que entraña todo juicio relativo a la invalidez permanente permite admitir sin quebrantamiento procesal apreciable, que el reconocimiento de un grado de invalidez permanente inferior al postulado en la demanda, en tanto no esté expresamente excluido del petitum de la demanda no debe dar lugar al vicio de incongruencia procesal.

Añade la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2000 (recurso 145/2000) que la circunstancia de que en este caso la prestación que la sentencia recurrida reconoce sea la de la incapacidad permanente total cualificada a que se refiere el párrafo segundo del número 2 del artículo 139 LGSS en modo alguno impide la aplicación de la anterior solución, pues una vez que consten como hechos probados la edad del solicitante, superior a los 55 años, y la profesión del trabajador, las circunstancias sociales y laborales de dificultad de readaptación profesional pueden ser reconocidas sin necesidad de actividad probatoria específica cuando constituyan hechos notorios.

2. Incongruencia omisiva

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002 (recurso 2145/2001) sostiene que se incurre en incongruencia omisiva que da lugar a la nulidad de las actuaciones si en la sentencia existe una falta de razonamiento sobre uno de los grados de incapacidad permanente solicitados en la demanda.

2628/2015); 13 de febrero de 2018 (recurso 2331/2016); 25 de enero de 2018 (recurso 3816/2015); 19 de febrero de 2019 (recurso 4474/2017); 14 de marzo de 2019 (recurso 2411/2017).

133 Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 (recurso 675/2002); 27 de octubre de 2004 (recurso 4986/2003); 18 de noviembre de 2004 (recurso 6623/2003); de 15 de julio de 2014 (recurso 2442/2013).

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2002 (recurso 332/2002) señala que existe incongruencia en la sentencia cuando no se pronuncia sobre el grado de invalidez solicitado subsidiariamente[134].

También considera la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2012 (recurso 1888/2011) que es incongruente la sentencia que no se pronuncia sobre el grado de incapacidad permanente reclamado, por haber desestimado previamente el carácter profesional de las contingencia solicitado; añadiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2015 (recurso 1865/2014) que se incurre en incongruencia cuando la sentencia desestimatoria de la pretensión principal no se pronuncia sobre la solicitada subsidiariamente relativa a la responsabilidad en el pago de la prestación. Del mismo modo, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2019 (recurso 226/2017) considera que se incurre en incongruencia omisiva cuando la sentencia de suplicación sobre el grado de invalidez solicitado subsidiariamente al estimar el recurso interpuesto por la entidad gestora y revocar la sentencia de instancia, sin tampoco contener ningún tipo de declaración que permitiere interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita de esta otra pretensión.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2020 (recurso 3640/2018) considera que de incurre en incongruencia omisiva por no pronunciarse la sentencia de instancia.

3. Incongruencia al no reconocerse la incapacidad sobre la contingencia pretendida

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 26 de septiembre de 2018 (recurso 2476/2016) estima que existe incongruencia cuando ser reconoce al actor la petición subsidiaria formulada en la demanda de declaración de incapacidad permanente parcial pero establecía que derivaba de enfermedad común cuando la pretensión de la demanda y del posterior recurso era que la contingencia es accidente de trabajo.

4. Incongruencia por resolver por contingencia distinta de la solicitada

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2008 (recurso 692/2007) considera incongruente la sentencia que reconoce una incapacidad permanente derivada de enfermedad común cuando fue demandada por enfermedad profesional.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2014 (recurso 1839/2013) considera que existe incongruencia "extra petita" y produce indefensión una modificación en la indemnización establecida en instancia, y sobre una cuestión que no fue alegada en la instancia, cuál era la posibilidad de descontar

[134] Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003 (recurso 3891/2002); 24 de noviembre de 2003 (recurso 661/2003); 31 de enero de 2019 (recurso 3711/2015); 20 de marzo de 2018 (recurso 1822/2016).

de la indemnización por los días de baja la prestación de IT que hubiera podido cobrar el actor, que ni está probado que la cobrase no en qué cuantía.

5. Congruencia

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2009 (recurso 362/2009) señala que no resulta incongruente la sentencia que reconoce el mayor grado de incapacidad reclamado pero por contingencia distinta de la solicitada.

6. Congruencia. Reconocimiento del complemento del 20 % de la IPT de mayor de 55 años, salvo descarte expreso [135]

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2020 (recurso2736/2017) considera que el órgano jurisdiccional pueda declarar directamente el complemento del 20 %, salvo que expresamente se descarte en la propia sentencia estableciendo la siguiente doctrina:

a) Flexibilidad de la congruencia en el proceso laboral.

"No es incongruente que el Juez aplique por derivación las consecuencias legales de una petición, aunque no hayan sido solicitadas expresamente por las partes, si vienen impuestas en normas de derecho necesario (…). Esta tendencia interpretativa alejada de una rigidez formalista debe operar si cabe con mayor laxitud en el proceso laboral (…). El límite de aquélla laxitud hay que fijarlo siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional que señala que la relevancia constitucional de la incongruencia se produce cuando entra en conexión con los derechos reconocidos en el artículo 24 CE por decidir la sentencia sobre temas no debatidos en el proceso, respecto de los cuales no ha existido la necesaria contradicción y puede producirse la indefensión…"

b) El complemento del 20 % en la IPT.

Por tutela judicial y economía procesal, la jurisprudencia ha admitido que cumplidos los 55 años por el trabajador demandante y presumiéndose la dificultad de obtener en empleo en actividad distinta a la habitual anterior, el órgano judicial de instancia reconozca el repetido incremento, aunque en la fecha de la demanda no hubiese cumplido dicha edad, si la alcanzó con posterioridad.

c) La IPTC no es un grado de la IPT.

La incapacidad permanente total cualificada no constituye un grado en sentido propio, sino un complemento de la incapacidad permanente total al que se puede acceder cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley.

[135] Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2020 (recurso 1548/2018)11 de mayo de 2021 (recurso 3271/2018).

d) Concordancia con la posibilidad de alegar dolencias adicionales en el juicio.

Aunque no tenga una relación directa con el caso, procede recordar que es válida la alegación en juicio de nuevas lesiones no invocadas y tenidas en cuenta en el previo expediente administrativo siempre y cuando se hallen ligadas al cuadro patológico base de la reclamación de la invalidez postulada. "Mutatis mutandi" este criterio de flexibilidad enjuiciadora pueden ser fácilmente trasladable al caso que hoy ocupa la atención enjuiciadora puede ser fácilmente trasladable al caso que hoy ocupa la atención enjuiciadora puede ser fácilmente trasladable al caso que hoy ocupa la atención enjuiciadora de la Sala, en el que solicitada una prestación de incapacidad permanente total, esta postulación procesal debe conllevar consigo todos los pedimentos adherentes a las circunstancias personales de quien solicita dicho grado de invalidez.

e) Es congruente declarar la IPTC a quien los requisitos y solo ha pedido la total.

No se incurre en clase alguna de incongruencia procesal cuando postulada una incapacidad permanente total por quien, en el momento de su solicitud, reúne todos los requisitos para poder optar a ese grado de invalidez con la cualificación derivada de los previsto en el artículo 139.2 párrafo dos, la sentencia que la reconoce establece, ya, el abono de la prestación incrementada con el porcentaje reglamentario del 20 %.

f) La economía procesal respalda esta doctrina.

No habiendo cuestionado en memento alguno la Entidad Gestora que el trabajador demandante reúna los requisitos necesarios para el derecho al tantas veces repetido incremento del 20 %, teniendo datos deficientes en el expediente administrativo para conocer sus circunstancias personales, es evidente que no le ocasional indefensión, siendo la solución que ofrece la recurrente –nueva petición autónoma en vía judicial– vasalla del positivismo jurídico y del formalismo burocrático, materialmente estéril, y desde luego contraria al ya citado –y hoy constitucionalizado (artículo 24.2 CE)– principio de economía procesal, y por ende, de aplicación preferente, máxime, en casos como el presente, de reconocimiento de una prestación paliativa de una situación de necesidad.

7. Determinación de las lesiones en el proceso. Congruencia [136]

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2004 (recurso 4274/2003) señala que la Sala no puede considerar hechos nuevos ajenos al expediente pero sí la agravación de otras dolencias anteriores determinadas en el expediente o las lesiones que existían durante la tramitación del expediente pero no fueron detectadas por los servicios médicos.

[136] Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2011 (recurso 556/2010); 6 de febrero de 2019 (recurso 46/2017).

8. Incongruencia omisiva y "reformatio in peius"

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2021 (recurso 3907/2018) considera que la sentencia incurre en "reformatio in peius" al alterar un pronunciamiento no combatido en suplicación al hilo del recurso planteado por la parte al que el pronunciamiento beneficiaba, revisando de oficio la declaración de incapacidad permanente parcial declarada en la instancia que no fue combatido por el INSS.

9. Incongruencia omisiva y causa se inadmisibilidad del recurso

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2020 (recurso 4532/2017) dispone que se incurre en incongruencia omisiva cuando la sentencia no se pronuncia sobre la causa de inadmisibilidad del recurso de suplicación alegada en el escrito de impugnación del recurso.

10. Competencia de la Jurisdicción Social para conocer de la calificación del grado de minusvalía a efectos de prestaciones no contributiva

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002 (recurso 3385/2001) señala que resulta, pues, indiscutible que de las prestaciones y ventajas que correspondan a las personas a quienes se reconoce unos determinados grados de minusvalía, no solo pertenecen a la rama social del Derecho las prestaciones no contributivas, sino también otras muchas de tales prestaciones y beneficios, es más numerosas e importantes de estas prestaciones y ayudas o bien se incardinan en el ámbito de la Seguridad Social, o bien en el ámbito del derecho.

11. Prohibición de alegar hechos distintos a los alegados en el procedimiento administrativo

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2016 (recurso 452/2015) prohíbe alegar hechos distintos a los alegados en el procedimiento administrativo como es el caso de la alegación en el procedimiento no en la demanda y que solo lo fueron de forma sorpresiva en el acto del juicio.

16.6. Excepciones

1. Excepción de prescripción

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2015 (recurso 2903/2014) señala que no cabe en el acto del juicio de un proceso sobre responsabilidad en el abono de prestaciones por enfermedad profesional, excepcionar la prescripción de la acción que no había sido alegada en la resolución administrativa.

2. Cosa Juzgada. No procede cuando se presenta nuevo procedimiento solicitando enfermedad profesional

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2001 (recurso 1705/2001) sostiene que las enfermedades, en principio y salvo excepciones están siempre vinculadas a una determinada fecha, pues son procesos vitales susceptibles de variación, por eso es contrario a su naturaleza declararlos inmodificables, y trasladarlos de unas situaciones a otras como si constituyen hechos determinados de una vez para siempre. Y así el valor de la sentencia que declaró al actor afecto a una invalidez absoluta derivada de enfermedad común por padecer una bronquitis con enfisema y cor pulmonar, forma ciertamente una unidad que no puede desintegrarse, para dejar sin efecto la invalidez por enfermedad común y mantener como cosa juzgada la patología declarada en la sentencia.

3. Efecto negativo de la cosa juzgada de los procesos sobre el grado de invalidez en la determinación de la base reguladora [137]

La sentencia y del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2005 (recurso 1076/2004) dispone: 1) la LEC establece que el efecto de la cosa juzgada excluirá "un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo (artículo 222.1), alcanzando "a las pretensiones de la demanda y de la reconvención (artículo 222.2); 2) "el objeto de la pretensión" en los litigios sobre incapacidad o invalidez es "único", aunque contenga normalmente "dos pronunciamientos relacionados íntimamente", que son la "determinación del grado de invalidez" y el cálculo del contenido económico de la prestación"; 3) La base reguladora de la pensión de invalidez constituye, por tanto, un "elemento de la pretensión que no puede escindirse de la misma sin desvirtuarla"; y 4) en conclusión habiéndose resuelto mediante sentencia firme sobre la pensión de invalidez a que tiene derecho un asegurado, se despliega el efecto excluyente de un proceso posterior sobre la misma materia, sin que tal efecto pueda ser enervado mediante la invocación de un error evidente" de la sentencia que ha establecido la cosa juzgada".

4. Cosa Juzgada. No procede cuando se ha realizado la revisión de oficio de la pensión de otros beneficiarios en idénticas condiciones. Principio de igualdad [138]

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010 (recurso 1888/2009) considera que de acuerdo con la doctrina expuesta el Tribunal Constitucional 307/2006, de 23 de octubre, la existencia de una sentencia firme con valor de cosa juzgada no pude aceptarse como justificación objetiva y razonable de un trato desigual.

---

137 Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2000 (recurso 484/1999); 10 de mayo de 2004 (recurso 3762/2003); 23 de febrero de 2021 (recurso 1241/2018),

138 Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2010 (recurso 57/2009).

5. Cosa juzgada de la sentencia recaída en materia de recargo en la pretensión de indemnización por daños y perjuicios derivados del accidente

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2018 (recurso 205/2016) señala que la sentencia firme recaída en procedimiento de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad o resarcimiento de daños y perjuicios por responsabilidad civil sobre la relación de causalidad establecida en cualquiera de ellos produce efecto de cosa juzgada positiva en el posterior seguido por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional.

16.7. Recurso de suplicación

1. Acceso al recurso de suplicación en los casos de reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2013 (recurso 1066/2012) considera que procede en todo caso si se trata del reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social, si bien cuando se trata de prestaciones ya reconocidas la fijación de la cuantía se ha de hacer partiendo de lo pretendido en la demanda y no el propio recurso de suplicación.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2014 (recurso 384/2014) señala que procede el acceso al recurso de suplicación cuando la pretensión inicial es el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social, en este caso de incapacidad) y no la obtención de diferencias económicas y ello pese a que lo único que luego se discute sea el importe de la base reguladora y las diferencias resultantes en cómputo anual que no alcanzan el límite de acceso al recurso.

2. Acceso al recurso de suplicación y lesiones permanentes no invalidantes

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2009 (recurso 154/2008) estima que procede el acceso al recurso de suplicación cuando se trate del reconocimiento o denegación de una indemnización por un concreto apartado del baremo, aunque se tenga reconocida otra indemnización con fundamento en apartado distinto del baremo pues no se trata de una única prestación de la Seguridad Social en la que se puedan aplicar las reglas generales sobre la cuantía litigiosa a los efectos del acceso al recurso de suplicación.

En cambio, la sentencia de 4 de marzo de 2019 (recurso 455/2018) considera que no resulta admisible por ser la cantidad inferior a 3.000 euros, siendo el objeto del proceso la determinación de la entidad responsable del abono indemnizatorio de la prestación por lesiones permanentes no invalidantes no cuestionándose ni su cualificación.

3. Acceso al recurso de suplicación cuando se solicita el incremento del 20 % de la IPT

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2004 (recurso 982/2003) señala que la existencia de una cierta autonomía del incremento del 20 % que deriva

de la propia regulación del incremento, condicionado en su concesión y permanencia por la concurrencia de ciertas particularidades, además de la edad, la falta de preparación general o especialización y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, que hagan presumir la dificultada para obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior, determinan que nos encontramos ante un supuesto de reconocimiento o denegación de prestaciones que permite el acceso al recurso de suplicación con independencia de la cuantía.

4. Acceso al recurso de suplicación y complemento por gran invalidez

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2016 (recurso 1351/2015) Procede el acceso al recurso cuando se superan los 3.000 euros atendiendo a la diferencia entre la pensión reconocida y la reclamada, incluido el complemento de gran invalidez.

5. Acceso al recurso de suplicación y complemento por mínimos

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2021 (recurso 3211/2018) señala que cuando se trata de litigios en materia de prestaciones de la Seguridad Social hay que diferenciar según se reclame el reconocimiento o denegación del derecho a percibirlas, en cuyo caso, la sentencia es siempre recurrible en suplicación, con independencia de la cuantía, de aquellos otros en lo que reclaman diferencias el importe de prestaciones ya reconocidas, pues en este caso, se exige que la cuantía del importe de la prestación básica o de las diferencias reclamadas, en cómputo anual, sin tener en cuenta las actualizaciones o mejoras que pudieran serle aplicables. Ni los intereses o recargos por mora, alcance los 3.000 euros no es recurrible en suplicación. Por tanto, la sentencia que resuelve el importe del complemento por mínimos, a cargo de la Seguridad Social española, de una pensión de jubilación reconocida al amparo del Convenio Bilateral Hispano Argentino de Seguridad Social, planteándose como debe calcularse la pensión de jubilación que se recibe en Argentina –cambio aplicable entre pesos y euros–, para fijar el importe del citado complemento, la no discutirse el derecho a percibir el complemento, sino el importe del mismo, siendo la diferencia entre lo que reconoce la Seguridad Social y lo que había venido percibiendo inferior en cómputo anual a 3.000 euros, no habiéndose alegado y lo que había venido mismo, siendo la diferencia entre lo que reconoce la Seguridad Social y lo que había venido percibiendo inferior en cómputo anual a 3.000 euros, no habiéndose alegado no existir constancia de que concurra la afectación general.

6. Acceso al recurso de suplicación. Abono de la prolongación de efectos de la Incapacidad Temporal

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2019 (recurso 2644/2017) considera improcedente al acceso al recurso de suplicación por razón de la cuantía y la inexistencia de afectación general cuando la pretensión se refiere al abono de la prestación de incapacidad temporal entre la denegación de la incapacidad permanente y el alta cursada por la Tesorería General de la Seguridad Social.

7. Acceso al recurso de suplicación por razón de la cuantía por tratarse de una pretensión de responsabilidad[139]

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2018 (recurso 4261/2017) considera que no resulta admisible por ser la cantidad inferior a 3.000 euros, siendo el objeto del proceso la determinación de la entidad responsable del abono indemnizatorio de la prestación de lesiones permanentes no invalidantes no cuestionándose no su procedencia no su cualificación, pues no se trata del reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente.

8. Acceso al recurso de suplicación. Diferencia de porcentaje y de compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente con otra pensión

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2020 (recurso 3248/2017) considera procedente el acceso al recurso de suplicación cuando se trata de una reclamación de incremento de la pensión de jubilación del RETA hasta el 100 %, reconocida inicialmente en un 85,37 %, y su compatibilidad con la pensión por incapacidad permanente total del Régimen General de la Seguridad Social que el trabajador viene percibiendo, aunque el incremento cuantitativo, en referencia anual, no alcance el umbral establecido de 3.000 euros.

9. Acceso al recurso de suplicación. No procede al recurso por razón de la cuantía

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2002 (recurso 817/2002)[140] no procede cuando la pretensión ejercitada consistía en una reclamación de diferencias en la base reguladora cuya cuantía no alcanza la establecida en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. A este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2003 (recurso 4441/2002) establece que para determinar la cuantía hay que determinarla en su cómputo anual y no de acuerdo con las de determinación de la cuantía de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2007 (recurso 1845/2006) entiende que no procede el recurso de suplicación por razón de la cuantía cuando se trata de la reclamación de atrasos de prestaciones ya reconocidas y no se cuantifican dichos atrasos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2008 (recurso 1239/2007) considera la improcedencia del acceso al recurso de suplicación cuando la pretensión se refiere a una defectuosa cotización.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2016 (recurso 3900/2014) señala la improcedencia por razón de la cuantía al reclamarse diferencias en una prestación de Seguridad Social ya reconocida que en cómputo anual no

139 Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020 (recurso 4299/2017); 29 de febrero de 2019 (recurso 4378/2017); 14 de octubre de 2019 (recurso 877/2018).

140 Sentencia de 30 de abril de 2003 (recurso 2684/2003).

superan los 3000 euros, sin que sean computables a efectos de acceso al recurso los atrasos, se hayan cuantificado o no, que normalmente incluirían conceptos como los de actualizaciones o mejoras y/o intereses o recargos por mora.

10. Acceso al recurso de suplicación. No procede cuando se impugna el alta médica

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2016 (recurso 3721/2014) considera que no procede interponer recurso de suplicación contra el auto dictado en ejecución de sentencia sobre impugnación de alta médica. En efecto, el artículo 191.1.g) LRJS prescribe que no procederá recurso de suplicación en procesos de impugnación de alta médica cualquiera que sea la cuantía de las prestaciones de incapacidad temporal que viniera percibiendo el trabajador. Por su parte, el artículo 191.4.d) LRJS admite la suplicación frente a los autos que decidan el recurso de reposición interpuesto contra los dictados en ejecución definitiva en ciertos supuestos pero "siempre que la sentencia hubiera sido recurrible en suplicación".

11. Recurso de suplicación y resoluciones dictadas en fase de ejecución provisional

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2018 (recurso 2155/2016) considera que la sentencia que condena al reintegro de prestaciones de seguridad social indebidamente percibidas es ejecutiva, pero eso no supone que puedan recurrirse en suplicación las resoluciones dictadas por el juzgado de lo social en esta fase de ejecución provisional.

12. Acceso al recurso por existir afectación general

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2011 (recurso 2523/2010) considera que existe una notoria litigiosidad en la determinación de si deben o no computarse las cotizaciones correspondientes a pagas extraordinarias, para el cálculo de la base reguladora de pensión de incapacidad permanente.

En cambio, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2012 (recurso 1750/2011) considera que no existe afectación general cuando la pretensión trata de la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente total consecuencia de la revisión de una incapacidad permanente parcial, derivadas ambas de enfermedad profesional.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2021 (recurso 618/2019) determina la improcedencia del acceso al recurso por razón de afectación general, pues, tratándose de la reclamación del pago de la prestación de incapacidad temporal correspondiente al periodo de trece días comprendido entre la resolución del INSS denegatoria de la incapacidad permanente y la notificación de dicha resolución, se trata de la interpretación de una norma que en cualquier caso requiere, para el acceso al recurso, que realmente todos o un gran número de trabajadores o beneficiarios estén de hecho afectados por la cuestión debatida.

13. Posibilidad del Tribunal de minorar el grado de incapacidad permanente

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2017 (recurso 3279/2015) considera que el Tribunal de suplicación puede minorar el grado de incapacidad reconocida en la instancia auinque permanezcan inalterados los hechos, por tratarse de la valoración de la incapacidad permanente una cuestión jurídica.

16.8. Ejecución

1. Ejecución de sentencia en sus propios términos. Compensación de distintas prestaciones [141]

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2003 (recurso 2064/2002) señala: 1) Cuando se trata de la ejecución de una sentencia firme constituye principio del derecho que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución el que la sentencia ha de ser cumplida en sus propios términos, cual viene recogido en reiterada doctrina del Tribunal Constitucional –por todas las sentencias 110/1999, de 14 de junio– y en el artículo 18 LOPJ por lo que si al actor le fue reconocida una determinada cantidad tiene derecho a cobrarla sin descuento alguno derivado de otras consideraciones ajenas al juicio en el que se dictó la sentencia ejecutiva, salvo que concurra causa legalmente aceptable que permita modificar el contenido ejecutivo de aquella decisión judicial, y 2) Es cierto que la LPL prevé la tramitación de posibles incidentes, sea para resolver cuestiones planteadas en la propia ejecución, y así lo contempla el artículo 236 LPL, y por ello es posible que en este trámite incidental puedan ser resueltas cuestiones no decididas en la sentencia como hubiera podido hacerse con la compensación alegada por el INSS; pero para que ese alegato pudiera prosperar tendría que haberse apoyado en una causa legal, y esta no puede aceptarse en el presenta caso por las siguientes razones: a) lo que el INSS alegó en la ejecutoria de que la que aquí se trata fue una compensación de un crédito que no tenía dicho organismo contra el actor sino el INEM, con lo cual no cumplía un requisito sustantivo y fundamental para aceptar cualquier compensación, cual es el de "que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro"; pues en el presente caso el actor era, en su caso. Deudor del INEM pero no del INSS, y a su vez era acreedor del INSS y no del INEM; y B) Para que la compensación, aun alegada por quien tiene legitimación para hacerlo, pueda prosperar en una ejecución de sentencia se requiere de conformidad con lo dispuesto en el artículo 557.2 LEC que el crédito "resulte del documento que tenga fuerza ejecutiva".

2. Ejecución de sentencia de incapacidad permanente y realización de trabajos por el pensionista

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2013 (recurso 3101/2012) establece que si el fallo de la sentencia establece el abono de la pensión

[141] Sentencia del tribunal Supremo de 16 de mayi de 2007 (recurso 989/2006).

desde una determinada fecha y el INSS se aquieta en todo momento a la fecha de efectos de la pensión reconocida y, en ningún momento hasta la fase de ejecución alude a la circunstancia de que el trabajador se hallaba en activo, no procede deducir cantidad alguna por los salarios percibidos hasta la fecha de la sentencia que reconoció la incapacidad.

3. Ejecución de sentencias. Reintegro a la Mutua de las cantidades abonadas a la trabajadora

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2015 (recurso 3995/2014) considera que la ejecución de sentencias no es el cauce adecuado para que la mutua reclame al INSS el reintegro de las cantidades abonadas a la trabajadora, tras la sentencia que declara que su proceso de incapacidad temporal deriva de contingencias comunes, al ser esta sentencia meramente declarativa.

4. Intereses en ejecución de sentencia en materia de Seguridad Social[142]

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2002 (recurso 1609/2002) siguiendo lo indicado en la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1996 que declaró que dicho artículo no es inconstitucional siempre que se interprete que la resolución…desde la cual han de correr los intereses, es la dictada en la primera instancia…"Razona la sentencia dictada que la Hacienda Pública en su obligación de pagar el interés de demora en su función indemnizatoria que responden a una exigencia material de la justicia, principio rector de nuestro Estado de Derecho, ha de ser tratada en igualdad con el ciudadano, por lo que no hay razón constitucionalmente relevante para un trato distinto en elemento temporal previsto en el artículo 921 LEC. Dejando a salvo la cuantía de los intereses y el plazo de gracia de tres meses extremos que fueron objeto de la sentencia 206/1993 que justificó la constitucionalidad de los mismos. Así pues, distinguiendo entre firmeza y ejecutoriedad de la sentencia se concluye que la resolución judicial a que se refiere el artículo 45 LGP no es otra que la de instancia, y por ello los intereses se devengarán en las mismas condiciones temporales que las previstas en el artículo 921 LEC.

5. Intereses en ejecución de sentencia en relación con pensiones vitalicias de la Seguridad Social a cargo de Mutuas Patronales

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2004 (recurso 1406/2003) afirma que las mutuas en el supuesto de prestaciones periódicas no son condenadas al pago de la cantidad líquida de la pensión reconocida – pese a fórmulas defectuosas de los fallos– si no a la constitución del Capital Coste, que no fija la sentencia ni puede fijar por depender de cálculos actuariales a realizar por la Entidad Gestora o Servicio Común. En segundo lugar que la interposición del recurso de suplicación, no priva a la parte beneficiaria del abono de la prestación durante la tramitación del mismo, abono que no habrá que devolver aunque la sentencia de instancia sea revocada –artículo 192 y 292 LPL. Y por último que la constitución del

[142] Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2007 (recurso 3471/2006).

capital Coste, con los intereses si procedieren libera plenamente de su obligación y responsabilidad a la Mutua que lo constituye. Por todo ello es claro que ni la sentencia condena a la Mutua a cantidad líquida, ni la Mutua está obligada al pago directo e inmediato de la pensión, prestación que de llevarse a cabo no la liberaría de su responsabilidad, sino a la Constitución de un capital que la libera plenamente de sus responsabilidades, por lo quie nunca les es aplicable en las prestaciones periódicas vitalicias el artículo 921 de la precedente Ley de Enjuiciamiento Civil en las condenas a las Mutuas de abonar una cantidad a tanto alzado, pues en estos casos, la condena de la prestación afecta directamente e inmediatamente a la Mutua–

6. Devengo de intereses

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2003 (recurso 4213/2002) establece que el devengo de los intereses se produce al transcurrir tres meses desde la notificación de la sentencia de instancia y no desde la notificación de la resolución de requiriendo el pago[143].

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2007 (recurso 1579/2006)[144] dispone que la fecha inicial del devengo de los intereses derivadas de las obligaciones de devolución del capital coste a causa de la responsabilidad subsidiaria como Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo comienza desde la notificación del auto que declara la insolvencia empresarial en el supuesto de responsabilidad subsidiaria y no desde la notificación de la resolución requiriendo el pago.

16.9. Nulidad de la sentencia

1. Nulidad de la sentencia relativa a una indemnización de daños y perjuicios por insuficiencia fáctica

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2018 (recurso 1653/2016) declara la nulidad de la sentencia por no constar en la relación fáctica hechos que permitan determinar la cuantía de la indemnización y la extensión subjetiva de un eventual condena, correspondiendo efectuarlo al órgano de instancia.

2. Error Judicial

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2015 (error Judicial 3/2014) considera que existe error judicial cuando se realiza una interpretación errónea de una póliza de seguro con desconocimiento total de los términos de la misma que incluía entre las contingencias protegidas la incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo.

143 Sentencia del tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007 (recurso 1513/2007).

144 Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2007 (recurso 1482/2007); 31 de marzo de 2010 (recurso 1817/2009).

16.10. Revisión de actos administrativos firmes

1. Prohibición de revisión de oficio de actos declarativos de derechos

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2018 (recurso 59/2017) considera que reconocida la sustitución del complemento de pensión de Gran Invalidez por ingreso en centro residencial no puede proceder a su revisión varios años después de haber entrado en vigor la Ley 40/2007, que ya no recoge esta posibilidad.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2021 en relación con la revisión de una resolución que reconoció el incremento del 20 % de la pensión de incapacidad permanente total a pensionista que también percibía incapacidad permanente absoluta.

16.11. Otras cuestiones relacionadas

1. Incapacidad permanente y despido

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2000 (recurso 3462/1999) tardanza del INSS en notificar la resolución denegatoria de la incapacidad permanente no supone el desistimiento tácito del contrato.

Por otra parte la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2013 (recurso 2113/2012)[145] señala que en los casos de despido, al ser la opción entre indemnización y readmisión una obligación alternativa de manera que la declaración de improcedencia del despido de un trabajador que con posterioridad, pero antes de la sentencia, es declarado en situación de incapacidad permanente absoluta, determina que la condena del empresario se limite a la indemnización ante la imposibilidad de readmitir.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2020 (recurso 1000/2017) considera que merece la calificación de despido improcedente la extinción del contrato de trabajo por haber sido declarado el trabajador en situación de incapacidad permanente total, cuando previamente había cambiado de profesiograma, desarrollando una actividad que ya no se enmarca en la profesión para la que se reconoce la incapacidad.

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2021 (recurso 998/2018) señala que no estableciéndose en la resolución del INSS, que así lo declara, que puede ser objeto de revisión por mejoría, no se requiere comunicación escrita del empresario al trabajador, no exigiéndose que se agoten las posibilidades de reubicación ya que no consta que así se imponga convencional ni contractualmente, y teniendo en cuenta que estas resoluciones son inmediatamente ejecutivas, no constando que haya sido recurrida por la beneficiaria.

[145] Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016 (recurso 2271/2014).

2. Recolocación de incapacidad permanente. Obligación prevista en convenio colectivo

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2006 (recurso 310/2005) afirma que el artículo 49.1.e) ET que otorga valor extintivo a la declaración de incapacidad permanente total, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 ET, lo que establece es una previsión concreta para un supuesto muy específico, reservándose el mismo puesto durante dos años. En los restantes, su efecto es el extintivo.

Cuando no cabe calificar la situación de suspensión sino de extinción y cuando no existe reserva del mismo puesto de trabajo, el acceso a otro distinto tan sólo procede de existir el mismo. A falta de una previsión específica sobre la creación de un puesto ad hoc, deberá buscarse el paralelismo con la institución más próxima, que no idéntica, y mantener como consecuencia el acceso preferente a la vacante que se produzca.

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2009 (recurso 4314/2008) considera adecuado que el Ministerio de Defensa asignara al actor un nuevo puesto de trabajo compatible con sus dolencias aun cuando la necesidad de identificar una vacante que pudiera desempeñar el demandante haya supuesto que no haya habido una reincorporación inmediata del trabajador demorándose el proceso varios meses, lo que determinó que no se generara obligación indemnizatoria.

Igualmente la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso 2816/2008)[146] señala que no procede el abono de salarios o indemnización equivalente desde que se solicitó la recolocación hasta que ésta se produjo a consecuencia de la inexistencia de vacante.

3. Efectos durante el periodo de espera hasta la recolocación

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2009 (recurso 3425/2008) establece que no procede el abono de salarios o indemnización equivalente desde que se solicitó la recolocación hasta que este se produjo la incorporación.

4. Movilidad por disminución de la capacidad

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2011 (recurso 4337/2010) señala que de acuerdo con el convenio colectivo el derecho a movilidad por disminución de capacidad sólo está condicionado a la existencia de vacante, sin que sea válido supeditado al resultado de un concurso de traslados convocado con posterioridad al reconocimiento del derecho.

[146] Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2010 (recurso 4460/2009).

5. Recolocación en caso de incapacidad permanente previsiblemente revisable

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2013 (recurso 327/2013) declara el derecho de una trabajadora afecta a una incapacidad permanente total a la recolocación en un puesto de trabajo acorde a su situación aunque se trate de una incapacidad permanente susceptible de revisión por mejoría en los términos establecidos en el artículo 48.2 ET.

6. RENFE y reingreso tras la revisión de Incapacidad permanente total

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2012 (recurso 3169/2011) señala que en los casos de reingreso de personal postincapacidad permanente total regulado en el artículo 115 de la Normativa laboral, el trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total, mediante expediente no iniciado a su iniciativa y/o que no cuente con su consentimiento a tal fin, tiene derecho a indemnización sustitutiva del derecho al reingreso en la empresa, no obstante haber instado en vía administrativa ser declarada incapaz permanente en grado de absoluta.

7. Equiparación de concepto de "capacidad disminuida" e Incapacidad permanente total

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2020 (recurso 1808/2017) considera que el derecho reconocido por el artículo 77 del Convenio Colectivo de recolocación de trabajadores declarados con "capacidad disminuida" por la Seguridad Social o el Servicio de Prevención y Salud Laboral, debe entenderse aplicable a la trabajadora a la que le ha sido reconocida una incapacidad permanente total para su profesión de limpiadora ostentando, por lo tanto, el derecho a ocupar un puesto de trabajo de ordenanza.

8. Compatibilidad del "Premio de vinculación" y la indemnización por incapacidad permanente

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2018 (recurso 1069/2016) considera que resulta compatible la percepción del "premio de vinculación" previsto para el momento del cese en la empresa, con la indemnización por fallecimiento o declaración del trabajador en situación de incapacidad permanente contemplado en el mismo Convenio, sin que, a estos efectos, sea vinculante para el órgano judicial el acuerdo de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo.

17. INVALIDEZ SOVI

1. Validez de los 112 días por parto [147]

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009 (recurso 201/2009) afirma la validez y cómputo de 112 días de cotización por parto establecidas en la Ley Orgánica 3/2007.

No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2013 (recurso 1055/2012) considera que no se puede cubrir el periodo de carencia cuando los hijos nacieron con posterioridad al 1 de enero de 1967.

2. No es necesario que la invalidez fuera causa del cese en el trabajo [148]

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2004 (recurso 1551/2003) afirma que la disposición transitoria 2ª.1 `de la Ley 24/72, de 21 de junio, se refiere a quienes en fecha 1 de enero de 1967, cualquiera que fuere entonces su edad, tuviesen cubierto el periodo de cotización exigido por el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez o bien hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de Retiro Obrero Obligatorio, prescribiendo que "conservarán el derecho a causar las prestaciones del primero de dichos Seguros, con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación del mismo, y siempre que los interesados no tengan derecho a ninguna pensión o cargo de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social. En términos sustancialmente iguales se manifiesta la Disposición Transitoria, 7ª LGSS.

En definitiva, del examen de los preceptos citados se deduce que, dentro del marco normativo expresado por las disposiciones transitorias a que se ha hecho mérito, la doctrina invocada en la sentencia impugnada (relativa a que la invalidez relevante a los fines de la prestación postulada es aquella que ha sido causa del cese en la relación laboral) ha de entenderse solamente referida a la pensión de invalidez propiamente dicha, establecida y desarrollada por el Decreto de 18 de abril de 1947 y Orden Ministerial, que siendo reguladores de tal pensión, precisamente se refieren al desarrollo de una actividad laboral coetánea a la producción de la invalidez; y así, se exige en el artículo octavo que, como consecuencia de la invalidez, "los ingresos actuales sean inferiores a la tercera parte de los que obtendría (el interesado) en dicha profesión", y alude en el artículo tercero de la Orden, para determinados casos, al trabajo "prestado durante los cinco años anteriores a la fecha en que se produjo la invalidez alegada", en ocasión de definir a la profesión habitual, a los efectos que determina el artículo segundo de la misma Orden. Tales o similares especificaciones no se contienen en los artículos 6 de la Ley de 1 de septiembre de 1939 y 7 de la Orden de 1940, al tratar de la pensión anticipada de vejez o de vejez por invalidez, cuya normativa, por otra parte, no ha sido negativamente afectada en su vigencia por las disposiciones posteriores.

147 Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009 (recurso 426/2009).

148 Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2004 (recurso 3211/2003).

18. INVALIDEZ NO CONTRIBUTIVA

1. Calificación

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2001 (recurso 3883/1999) se pronuncia en el sentido de que no es aplicable el sistema de valoración propio de la contributiva si no existe una declaración de ésta en un procedimiento administrativo o judicial previo.

2. Competencia del orden social para la calificación del grado de discapacidad[149]

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2002 (recurso 1030/2002) afirma que resulta indiscutible que las prestaciones y ventajas que corresponden a las personas a quienes se reconoce unos determinados grados de discapacidad no solo pertenecen a la rama social del derecho las pensiones no contributivas, sino también otras muchas de tales prestaciones y beneficios; es más numerosas e importantes dr estas prestaciones y ayudas o bien se incardinan en el ámbito de la Seguridad Social, o bien en el ámbito del derecho del trabajo.

3. Cuantía inicial

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2000 (recurso 1655/1999) establece que la cuantía inicial de la pensión debe fijarse teniendo en cuenta las reglas del artículo 145 LGSS (actual 364) establece que la cuantía de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva se fijará, en su importe anual, en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado y el número 3 de este artículo añade que "en los casos de convivencia del beneficiario o beneficiarios con personas no beneficiarios, si la suma de los ingresos o rentas anuales de la unidad económica más la pensión o pensiones no contributivas, calculadas conforme a lo dispuesto en los dos apartados anteriores, superara el límite de acumulación de recursos establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo anterior, la pensión o pensiones se reducirán, para no sobrepasar el mencionado límite, disminuyendo, en igual cuantía cada una de las pensiones". El número 4 del indicado precepto dispone, sin embargo, que "no obstante lo establecido en los apartados 2 y 3 anteriores, la cuantía de la pensión reconocida será, como mínimo, del veinticinco por ciento del importe de la pensión a que se refiere el apartado 1 de este artículo".

4. Cómputo como ingresos los gastos acreditados de manutención a cargo de la Administración de los penados

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2008 (recurso 2952/2007) dispone que el ingreso en prisión puede determinar la suspensión o reducción de la pensión de invalidez no contributiva durante el tiempo de internamiento penitenciario, y, en concreto, si deben computar como rentas o

[149] Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 2001 (recurso 2123/2001).

ingresos propios el montante económico que el interno reciba como consignación por alimentos.

5. Complemento de incapacidad permanente no contributiva (gran invalidez) y su cómputo para determinar el límite de acumulación de rentas [150]

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2002 incluye en el cómputo del límite de ingresos la suma de la cifra de la pensión básica y la del complemento. Las razones se pueden resumir en dos: 1) El complemento o incremento del 50 % de la pensión de invalidez no contributiva de los pensionistas minusválidos o enfermos crónicos de especial severidad forma parte de la pensión, por lo que la remisión a ésta del límite numérico permite comprenderlo; y 2) esta interpretación concuerda con la situación de "mayores gastos de la familia" que se produce cuando la atribución del complemento de la pensión.

6. Incompatibilidad de la prestación de invalidez no contributiva y la asignación por hijo a cargo

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010 (recurso 2683/2009) establece que el artículo 189 LGSS/1994 (actual 361) bajo el epígrafe "incompatibilidades" establece en su apartado 3 en la redacción dada por la Ley 8/2005 de 6 de junio siguiente: "La percepción de las asignaciones económicas por hijo minusválido a cargo, establecidas en el apartado 2, párrafos b) y c) del artículo 182 bis, será incompatible con la condición, por parte del hijo, de pensionista de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva.

Tal y como resulta del relato fáctico de la sentencia de instancia, el actor tiene reconocida una minusvalía del 69 %, percibiendo desde el año 2003 la prestación por hijo a cargo, minusválido, –que se le reconoció a su padre (artículo 182.2 LGSS (actual 357))– siendo asimismo beneficiario de una pensión de invalidez no contributiva, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 189.3 LGSS tales prestaciones son incompatibles y, habiendo optado el actor por el percibo de la prestación de invalidez no contributiva, dicha prestación en la que le corresponde percibir.

[150] Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2004 (recurso 3908/2003); 28 de mayo de 2013 (recurso 1456/2012).