

GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
Directores

DERECHO VIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

VI SEMINARIO PERMANENTE DE ESTUDIO Y
ACTUALIZACIÓN URJC-AESSS 2021

Autores

ERNESTO CARBALLOSA SALERMO
ANA MARÍA CASTRO FRANCO
ABRAHAM CORTÉS MORENO
SUSANA DURO CARRIÓN
SARA GUINDO MORALES
ELENA LASAOSA IRIGOYEN
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CONCEPCIÓN MORALES VÁLLEZ
ALEJANDRO MUROS POLO
POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
JOSEFA ROMERAL HERNÁNDEZ
ISABEL MARÍA ROMERO LUCAS
ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA

Guillermo L. Barrios Baudor
Guillermo Rodríguez Inieta
Directores

DERECHO VIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**«VI Seminario Permanente de Estudio y
Actualización URJC-AESSS 2021»**

Autores

Ernesto Carballosa Salerno
Ana María Castro Franco
Abraham Cortés Moreno
Susana Duro Carrión
Sara Guindo Morales
Elena Lasasa Irigoyen
Belén Del Mar López Insua
José Luis Monereo Pérez

Concepción Morales Vállez
Alejandro Muros Polo
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
Guillermo Rodríguez Inieta
Josefa Romeral Hernández
Isabel María Romero Lucas
Andrés Ramón 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., 2022

ISBN Digital: 978-84-19145-23-9

ISBN Papel: 978-84-19145-22-2

Depósito Legal: MU 709-2022

© Copyright de la edición, Ediciones Laborum, 2022

© Copyright del texto, sus respectivos autores, 2022

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	9
---------------------------	----------

Capítulo I.

AVANZANDO HACIA UNA EFECTIVA IGUALDAD: DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD PERMANENTE DESDE UNA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL	13
---	-----------

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

Capítulo II.

ÚLTIMAS REFORMAS EN LA PROTECCIÓN A LA VIUDEDAD EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL Y AVANCE DE LAS QUE SE NOS ANUNCIAN	49
--	-----------

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

Capítulo III.

LA DOCTRINA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DICTADA EN EL TERCER MILENIO SOBRE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PRESTACIONAL POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE ALTA Y COTIZACIÓN	67
--	-----------

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA

Capítulo IV.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN CUBA	87
---	-----------

ERNESTO CARBALLOSA SALERMO

Capítulo V.

NUEVAS FORMAS DE FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL ANTE LOS RETOS DE LA DIGITALIZACIÓN EMPRESARIAL.....	103
ANA MARÍA CASTRO FRANCO	

Capítulo VI.

LA EJECUCIÓN DE LOS SILENCIOS ADMINISTRATIVOS EN LA ACTIVIDAD INSPECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	119
ABRAHAM CORTÉS MORENO	

Capítulo VII.

LIMITACIÓN DEL DERECHO DE COTIZACIÓN POR DESEMPLEO EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADAS DE HOGAR A PROPÓSITO DE LA STJUE, DE 24 FEBRERO DE 2022. UNA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO	131
SUSANA DURO CARRIÓN	

Capítulo VIII.

EL COMPLEMENTO CONVENCIONAL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL ASIMILADA A ACCIDENTE DE TRABAJO POR COVID-19 A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA	145
SARA GUINDO MORALES	

Capítulo IX.

MODIFICACIONES RECIENTES EN LA ORDENACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD	161
ELENA LASAOSA IRIGOYEN	

Capítulo X.

LA INCOMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y LA SITUACIÓN DE SEGUNDA ACTIVIDAD EN EL CUERPO NACIONAL DE POLICÍA (COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 04/05/2022)	173
CONCEPCIÓN MORALES VÁLLEZ	

Capítulo XI.

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS DE JUBILACIÓN FORZOSA EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS TRAS LA LEY 21/2021, DE 28 DE DICIEMBRE.....	181
ALEJANDRO MUROS POLO	

Capítulo XII.

NUEVAS MEDIDAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL CONSECUENCIA DE LA ESCALADA DE PRECIOS Y LA GUERRA	197
POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO	

Capítulo XIII.

TRABAJO DOMÉSTICO Y DESEMPLEO: UNA CUESTIÓN DE IGUALDAD DE GÉNERO	213
JOSEFA ROMERAL HERNÁNDEZ	

Capítulo XIV.

UN PASO MÁS EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DE LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL	229
ISABEL MARÍA ROMERO LUCAS	

PRESENTACIÓN

Con la denominación «Derecho vivo de la Seguridad Social», se presenta esta obra colectiva que recoge los estudios realizados por los docentes y los asistentes al VI Seminario permanente de estudio y actualización «El Derecho de la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia», así como a la VI Reunión de noveles investigadores AESSS-URJC que, con motivo del citado seminario, fue nuevamente organizado por la Asociación Española de Salud y Seguridad Social y el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos.

A diferencia de otros seminarios anteriores (los previos a la crisis sanitaria provocada por el COVID-19), este tuvo lugar en el mes de septiembre de 2021 y se celebró vía «*streaming*» a pesar del interés de llevarlo a cabo de forma presencial por los organizadores y asistentes, esperamos que la deseada normalidad se implante y en futuras ediciones pueda celebrarse presencialmente.

Seminario y reunión de noveles investigadores se llevaron a cabo con excelente resultado en su desarrollo y participación de asistentes y ahora es el momento de presentar con esta publicación las aportaciones de ponentes y participantes en el mismo, con un denominador común la Seguridad Social.

Por parte de los ponentes contamos con las aportaciones de José Luis Monereo y Belén López que nos presenta un trabajo sobre la discapacidad e incapacidad permanente desde una perspectiva jurisprudencial; la pensión de viudedad y las últimas novedades en su régimen jurídico corre a cargo de Guillermo Rodríguez; y finalmente Andrés Trillo nos presenta un trabajo sobre la doctrina de la sala de lo social del Tribunal Supremo relativo a la responsabilidad prestaciones

por incumplimiento de las obligaciones relativas a los actos de encuadramiento y cotización.

Los noveles investigadores presentan los siguientes trabajos: Ana María Castro analiza las nuevas formas de financiación de la Seguridad Social ante los retos de la digitalización empresarial; Ernesto Carballosa su trabajo sobre la protección de los Derechos Laborales durante la pandemia del COVID-19 en Cuba; Abraham Cortés analiza la ejecución de los silencios administrativos en la actividad inspectora de la Seguridad Social; Susana Duro presenta un estudio sobre la STJUE de 24 de febrero de 2022, sobre la cotización por desempleo de los empleados de hogar; Sara Guindo Morales estudia el complemento de la prestación de incapacidad temporal asimilada a accidente de trabajo por COVID-19; Elena Lasasosa nos aporta un estudio sobre las modificaciones recientes en la prestación por cese en la actividad; Concepción Morales nos presenta una análisis de la incompatibilidad de la pensión de jubilación y la segunda actividad del Cuerpo Nacional de Policía, a propósito de la STS de 4 de mayo de 2022; Alejandro Muros estudia el nuevo régimen jurídico de las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos; Pompeyo Ortega presenta un estudio sobre las nuevas medidas del D. Trabajo y de la S. Social a consecuencia de la escalada de precios y guerra; Josefa Romeral analiza la cuestión de igualdad de género en relación con el trabajo doméstico y desempleo; y finalmente Isabel Romero se ocupa del proceso de integración de los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos en el Régimen General.

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 (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 VI Seminario permanente de estudio y actualización «El Derecho de la Seguridad Social a través de la jurisprudencia», así como a la VI 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 Ediciones Laborum por permitir una vez

más que este esfuerzo colectivo vea la luz en forma de publicación. A todos ellos muchísimas gracias.

Madrid/Murcia, septiembre de 2022

GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

AVANZANDO HACIA UNA EFECTIVA IGUALDAD: DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD PERMANENTE DESDE UNA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

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*

«Un problema de justicia apremiante que las sociedades modernas no han hecho más que empezar es el de cómo fomentar las capacidades de personas que padecen alguna de las muy variadas discapacidades físicas y mentales que pueden afectarnos. La inclusión de tales individuos en la misma base de igualdad de respeto que los demás requiere de un cambio no sólo práctico, sino también teórico»

MARTHA C. NUSSBAUM¹

1. EL CAMBIANTE Y EVOLUTIVO CONCEPTO DE DISCAPACIDAD: ESTUDIO A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2. INCAPACIDAD PERMANENTE Y DISCAPACIDAD: DOBLE DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y CAMBIO EN DOCTRINA JUDICIAL. 2.1. Una cuestión de fronteras y de técnicas de tutela efectiva de los derechos: Incapacidad Permanente *versus* discapacidad. 2.2. Jubilación, IP y discapacidad: análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 5/2022, de 24 de enero (número de recurso de amparo 4120/2020). 3. BIBLIOGRAFÍA.

¹ NUSSBAUM, M.C.: *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Barcelona, Paidós, 2012, pág. 178.

1. EL CAMBIANTE Y EVOLUTIVO CONCEPTO DE DISCAPACIDAD: ESTUDIO A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social², constituye en la actualidad la norma que define que la nación española se entiende por discapacidad. Indica el artículo 2 en su letra a) que será discapacidad: «... una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Y serán personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (artículo 4.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013). Conceptos que, en definitiva, atienden a razones de índole social y que se refieren al reconocimiento por parte de la sociedad de las personas que muestran algún tipo de deficiencia³. De este modo, se incorpora al orden español el ansiado modelo social que tanto se venía proclamando a nivel comunitario y que, ciertamente, resulta de interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión⁴.

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

³ BLASCO LAHOZ, J.F: «La protección social de las personas con discapacidad. Las prestaciones de la seguridad Social como instrumento para su desarrollo», *Revista de Información Laboral*, N^o11 de 2018, págs. 1 y 2 en su versión digital.

⁴ Sobre este cambio de paradigma que camina hacia la consideración de los factores sociales y biopsicosociales atendiendo a que se trata propiamente de un *fenómeno multidimensional*, véase MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: «El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006», en (...)

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

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

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

⁶ LÓPEZ INSUA, B.M.: «Despido discriminatorio por razón de discapacidad y transversalidad de género», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº 53, 2019. En una perspectiva más amplia, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018, *passim*.

interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

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

A este respecto, la Directiva 2000/78/CE prohíbe en sus artículos 11, 12, 15 y 31 la discriminación por motivos de discapacidad. Interpretando conjuntamente ambos textos, se trata de asegurar el derecho al empleo y a la adaptación «razonable» del puesto de trabajo para así romper las barreras que dificulten o impidan que los discapacitados puedan participar plena y efectivamente en sociedad. Igualmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (elevada al rango de Tratado de la Unión ex artículo 61 del

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

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

Tratado de la Unión Europea), en cuyo artículo 21.1 garantiza el principio de no discriminación por razón de discapacidad⁹.

Ahora bien, la cuestión se vuelve problemática cuando atendemos al concepto de discapacidad ya que ni la Directiva comunitaria, ni la Convención de la ONU la definen. Por ello, el concepto de «discapacidad» ha de entenderse referido a una «*incapacidad cualificada o agravada*» que inhabilita a la persona no ya para una actividad, sino para una pluralidad de actividades que cualquier otro ser humano podría llevar a cabo de no padecer dicha incapacidad, impidiendo «*su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*»¹⁰. En este orden de ideas, no se ha de confundir Incapacidad Temporal con enfermedad de duración incierta, puesto que la incapacidad temporal tiene tasada legalmente su duración.

Precisamente, en esta lógica de superación del modelo médico-asistencial y enfatización del modelo social de igualdad e

⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: «Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel», en *Revista Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Volumen 9, nº 1 de 2019, indicando que «interesa retener asimismo el artículo 24 («Derecho a protección en caso de despido») de la Carta Social Europea Revisa y el Anexo a la Carta Social Europea (Revisada) relativo a dicho artículo, a cuyo tenor: «3 A efectos de este artículo, no se considerarán motivos válidos para el despido, en particular (...) f) la ausencia temporal del trabajo debida a enfermedad o lesión». Estas garantías de eficacia específicas (o de efectividad del derecho) sobre los motivos injustificados o ilegítimos de despido suponen una mejora importante del sistema de garantías mínimas previsto en el art. 24 CSE de la Parte II de la CSE. Así se protege los derechos fundamentales del trabajo y especialmente el principio de igualdad y no discriminación y señaladamente la protección de la persona en situación de incapacidad temporal (apartado f)»». <https://doi.org/10.46661/lexsocial.4004>. Véase también, en este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A.: «Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs y Coords) et altri: *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, págs. 573 y 590; CUENCA GÓMEZ, P. y DE ASÍS ROIG, R.: «Derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, inclusión y participación en la vida de la comunidad (Artículo 15)», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs y Coords) et altri: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, págs. 683- 695.

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

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

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

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

¹² MONTOYA MEDINA, D: «Algunas cuestiones interpretativas asociadas a las cláusulas convencionales reguladoras de las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores por incapacidad permanente», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 28, 2021, págs. 60 y siguientes.

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

Rompiendo con la doctrina que hasta ahora se seguía de calificar los despidos producidos durante la IT como de improcedentes, los jueces españoles, a la vista de la jurisprudencia europea pueden ahora declarar como nulos y fraudulentos los despidos durante una IT, con la consiguiente obligación de readmisión. Cada supuesto de hecho puede ser valorado con este criterio, que exige diferenciar las situaciones de enfermedad prolongada y duradera de las que no lo son. Los indicadores de una IT «prolongada y de limitación duradera» son indeterminados, lo que conducen siempre a un inevitable juicio casuístico. Además, el carácter duradero y especialmente limitador de una dolencia solo se puede comprobar con el paso del tiempo y es de difícil apreciación en el momento de un despido. El juez valorará el supuesto de hecho tras el transcurso del tiempo, situando a la empresa en una complicada inseguridad jurídica, puesto que el despido fue realizado sin esta comprobación real. Aparte, cabe tener en cuenta que, la legislación de protección de datos impide acceder a la empresa a la realidad médica para actuar en consecuencia¹⁴. Por lo que cobrará aquí una enorme relevancia el sentido técnico-jurídico que el juez nacional otorgue al concepto de discapacidad, conforme al artículo 2. a) del Real Decreto Legislativo 1/2013 y la normativa comunitaria. En aplicación del marco normativo y de la doctrina del TJUE (asuntos C-13/05, Chacón Navas; C-335/11 y C-337/11, Ring; C-345/15, Daouidi; y, C-270/16, Ruiz Conejero), el Tribunal Superior de Justicia español concluye en ambas sentencias (de 9 de noviembre de 2018 y 18 de enero de 2019) declarando la nulidad del despido. Por todo ello, a partir de los hechos probados, entiende que hay indicios suficientes para poder afirmar que la situación de las trabajadoras es de discapacidad y no de una enfermedad, por tratarse la causa de la baja, un cáncer de útero (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 18 de enero de 2019) y cáncer de mama (TSJ de Castilla-La Mancha de 9 de Noviembre de 2018), de una

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

limitación duradera de la actividad laboral, «al tratarse de un proceso morbosos que no presenta una perspectiva bien delimitada de finalización a corto plazo» y tratamiento cierto (empleando las palabras del TJUE y de los mismos TSJ), sino más bien la necesidad de tratamiento prolongado en el tiempo y con obvias consecuencias en términos de impedir la normal participación de las trabajadoras afectadas en la vida laboral.

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

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

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

Si la respuesta a la primera pregunta es afirmativa, se formulan las siguientes: 2. ¿Constituye un acto de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad, al ser especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, y por ello tiene dificultades para alcanzar los niveles de productividad requeridos para no ser candidata al despido?

3. ¿Constituye un acto de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad, al ser especialmente sensible para desempeñar (...)

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

Se analiza aquí el caso de una trabajadora que había sido declarada como «trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo» y adicionalmente, tras todas sus bajas médicas, se sometía a reconocimientos médicos, declarándose en todos ellos a la trabajadora como «apta con limitaciones»¹⁷. En particular, la trabajadora

algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, y la decisión se toma, entre otros criterios de afectación, [basándose] en la polivalencia en todos los puestos de trabajo, incluidos los que no puede desempeñar la persona discapacitada?

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

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

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

¹⁷ El interés del caso radica en el estado físico de la trabajadora y el impacto que el mismo puede tener, a juicio del juzgador, en la resolución del supuesto si se constata que las largas ausencias por problemas físicos pudieran considerarse como una (...)

padecía epicondilitis, que es definida así: «conocida también como codo de tenista, es una lesión caracterizada por dolor en la cara externa del codo, en la región del epicóndilo, eminencia ósea que se encuentra en la parte lateral y externa de la epífisis inferior del húmero. Es provocada por movimientos repetitivos de extensión de la muñeca y supinación del antebrazo, lo que ocasiona microrroturas fibrilares y reparación inadecuada de los tendones de los músculos que se originan en la región del epicóndilo, principalmente del tendón del músculo extensor radial corto del carpo».

A pesar de los antecedentes que se han señalado, el TJUE vuelve a reiterar aquí su criterio funcional al señalar que debe entenderse por «discapacidad» cuando existe una limitación de la capacidad derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona y suponer un obstáculo para la realización de una actividad profesional. Asimismo, recuerda que la Directiva 2000/78 no limita el concepto de discapacidad a aquella que tiene su origen en el nacimiento o en accidentes, sino que debe incluirse también las propias causadas por enfermedades, aunque sean parciales. Ahora bien, no debe olvidarse que esa «discapacidad» debe contener el carácter de «duradera» (que no cabe equiparar necesariamente con «permanente», ni con «definitiva», pues puede producirse una «reversión» de la discapacidad), debiéndose valorar la misma en el momento en que se produjo el hecho supuestamente discriminatorio.

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

situación de discapacidad y por tanto ser merecedora de la misma protección que estas frente a decisiones empresariales que pudieran ser calificadas, con arreglo a la normativa comunitaria, de discriminación directa o indirecta.

discapacidad, trasladando la responsabilidad de dicha calificación jurídica directamente a éste.

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

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

¹⁸ Para un conocimiento más exhaustivo véase MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ VICO, S.: «Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables (STJ 3ª 10 de febrero de 2022, as. C-485/20: HR Rail)», *Revista La Ley Unión Europea*, N°102 de 2022.

con carácter definitivo, no impide que su situación profesional esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva.

El principio de igualdad de trato deberá erigirse en guía para la consecución de una efectiva y justa aplicación de la Directiva comunitaria del año 2000, toda vez que en ella se contempla la posibilidad de realizar ajustes razonables. En este sentido, los empresarios han de tomar las medidas adecuadas (ya sean de carácter físico, organizativo o educativo) en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, formar parte en el mismo o progresar profesionalmente o, a fin de que, se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

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

En definitiva, la Directiva no puede obligar a que un empresario adopte medidas que supongan una «carga excesiva» para él, incumbiéndole la carga de la prueba de que existe efectivamente esa «carga excesiva». En este sentido, deberá operar aquí el principio de proporcionalidad, lo que supone tener en cuenta: «... los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda». En cualquier caso, la obligación jurídica de destinar a una persona discapacitada a otro puesto de trabajo sólo operará cuando exista un puesto disponible o vacante que el mismo pueda ocupar al ser compatible con su situación de discapacidad funcional.

2. INCAPACIDAD PERMANENTE Y DISCAPACIDAD: DOBLE DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y CAMBIO EN LA DOCTRINA JUDICIAL

La discapacidad y la incapacidad son términos que se relacionan, pero que se diferencian desde el punto de vista conceptual y técnico-jurídico¹⁹. Ambas figuras producen cierta confusión, sobre todo cuando se trata de una incapacidad de carácter permanente y ello es porque se ha sustituido la antigua expresión «invalidez» por la de incapacidad permanente que regula el artículo 8.5 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización de la Seguridad Social. Mientras la incapacidad permanente del Sistema de Seguridad Social gira en torno al componente profesional²⁰, lo que supone una imposibilidad o dificulta el trabajo en algún grado (que puede tener carácter sobrevenido²¹), la discapacidad se refiere a una condición del ser humano que, de forma general, abarca las deficiencias, limitaciones de actividad y restricciones de participación de una persona. El despliegue de la protección legal derivada de las situaciones de incapacidad y de discapacidad se vincula necesariamente a un presupuesto de hecho: que efectivamente se halle constatada la incapacidad o la discapacidad, administrativa o judicialmente.

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

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

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

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

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

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

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

2.1. Una cuestión de fronteras y de técnicas de tutela efectiva de los derechos: Incapacidad permanente *versus* discapacidad

Las relaciones entre la IP y la discapacidad resultan conflictivas, de ahí que ya el Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2020 (Nº de recurso 156/2020) haya aclarado que el reconocimiento de una incapacidad permanente (ya sea total, absoluta o por gran invalidez) no da derecho al reconocimiento de una situación de discapacidad; pero sí a la equiparación prevista en el apartado 2 del artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social²⁴.

²⁴ Se trata de la *equiparación instrumental a efectos de tutela protectora* prevista explícitamente en el apartado 2 del artículo 4 («Titulares de los derechos») del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, conforme al cual: «Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos [*rectius* a todos los efectos de este RD-Legislativo], tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. *Se considerará [reténgase el imperativo categórico] que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tenga reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva* podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos». Para las consecuencias jurídicas en la tutela protectora y en la titularidad de los derechos de esta asimilación o equiparación *ope legis*, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, *passim*. Cuestión relevante, por ejemplo, cuando la incapacidad permanente sobreviene durante la vida activa profesional y la persona trabajadora que es declarada incapacitada permanente pretende incorporarse a la empresa de procedencia (en una típica transición de ida y vuelta a la actividad profesional «debilitada» por el grado de incapacidad permanente). Piénsese, por ejemplo, en la operatividad del artículo 35 («Garantías del derecho al trabajo»), artículo 40 («Adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo», en el marco del «Empleo ordinario») del RD-Legislativo 1/2013; o en el artículo 25 («Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos») de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Los ajustes razonables en tales casos impiden que (...)

Parecía que la cuestión estaba clara, no obstante, la práctica evidenciaba una cierta confusión que ha traído -como consecuencia- una cierta judicialización, así como una constante tira y afloja en sede

el trabajador que es declarado como afecto de una incapacidad permanente total o absoluta pueda ser despedido por el empleador ex artículo 49.1.e) del ET automáticamente sin que se intente llevar a cabo los ajustes razonables (desde el punto de vista jurídico una IP total no impide realizar otras tareas o puestos de trabajos distintos a los anteriormente desempeñados en la empresa de procedencia), y que, en su caso, aquél acredite la prueba pertinente de que ello le supone una «carga excesiva». Todos ellos en relación con el artículo 15.1.d) LPRL (adaptación dinámica del trabajo a la persona), que transpone en nuestra legislación el artículo 6.2.d) de la Directiva-Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Véase RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: «La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección del trabajador con discapacidad, en MONEREO PÉREZ, J.L. y MÁRQUEZ PRIETO, A. (Dirs) *et altri: La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, págs. 879-889; *Ibid.*, *Vacios e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2019, págs. 43 y sigs., y 195 y sigs.

Por otra parte, la STJUE de 10 de febrero de 2022, as.C-485/20: HR Rail, declara que el concepto de ajustes razonables para las personas con discapacidad recogido en el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación) debe ser interpretado en el sentido de que un trabajador al cual se le reconozca una discapacidad sobrevenida vigente en el trabajo que le impida desarrollar las funciones esenciales del puesto para el cual fue contratado y que venía desarrollando debe ser destinado a otro puesto para el cual se disponga de las competencias, capacidades y la disponibilidad exigidas. Véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ VICO, S.: «Trabajadores con discapacidad: principios de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables (Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2022, as.C-485/20: HR Rail)», *La Ley Unión Europea*, n.º. 102, abril, 2022 (Editorial Wolters Kluwer), págs. 1-22.

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

doctrinal²⁵. Y ello es porque existe un cierto interés de la persona que ha sido declarada en incapacidad permanente en intentar que también se le reconozca discapacitada, para tratar de acceder a ventajas laborales, económicas, fiscales... y, de igual modo, la persona que es declarada discapacitada, si reúne los requisitos exigidos, suele intentar obtener también prestaciones de la Seguridad Social iniciando procedimientos de incapacidad permanente (contributiva y/o no contributiva); y de forma similar, ocurre con la dependencia. No existen, entre ambas figuras, «vasos comunicantes automáticos», aunque sí es importante conocer que hay puntos de conexión²⁶; pero sí «vasos comunicantes legalmente establecidos» como los que infieren expresamente del citado artículo 4, apartado 2 del RD-Legislativo 1/2013. Resulta importante, en este punto, conocer las diferencias y puntos de proximidad entre ambas figuras para así marcar las fronteras o líneas que las separan y los puntos de conexión que les unen. Sin embargo, resulta innegable que la persona trabajadora que es declarada incapacitada permanente

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

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

sobrevenida tiene derecho al trabajo con los correspondientes ajustes razonables -salvo prueba empresarial de carga excesiva- sin que automáticamente pueda ser objeto de despido ex artículo 49.1.e) del ET. Y ello con amparo no sólo en el RD-Legislativo 1/2013 (en los términos matizados ya indicados aquí), sino también por la preceptiva aplicación del artículo 25 («Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos») de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

La incapacidad permanente se encuentra regulada en los artículos 193 y siguientes de la LGSS en donde se aclara que: «...es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral». De dicho concepto legal se desprenden cuatro elementos que integran el hecho causante²⁷: 1) Existe una determinación objetiva mediante dictamen científico-médico; 2) una reducción de la capacidad para trabajar; 3) las lesiones deben ser permanentes o previsiblemente definitivas y 4) persistencia previsiblemente definitiva de una alteración grave del estado de salud, pese a haber seguido un tratamiento e independientemente del carácter común o profesional de la contingencia.

Resulta especialmente conflictivo el último elemento de cara a la determinación de las fronteras entre la IP y la discapacidad. Y ello es porque, inicialmente, se exigen que las lesiones sean posteriores a la afiliación o al alta en la Seguridad Social, por lo que si dichas lesiones son previas no son evaluables a efectos de incapacidad permanente, considerándose con carácter general sólo protegible la incapacidad sobrevenida al trabajador. Quedan, por tanto, excluidas las lesiones congénitas o adquiridas con anterioridad a tener dicha condición, en aras de evitar lo que se podría considerar una especie de «compra de

²⁷ Sobre estos elementos puede consultarse más ampliamente, entre otros, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M^a.N. y MALDONADO MOLINA, J. A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos. 2021, págs. 276 y sigs.; DE VAL TENA, Á. L.: «Capítulo 7. Incapacidad permanente. Concepto...», *op. cit.*, págs. 772-792.

pensiones» si se permitiese que, a través de la afiliación, el alta y la cotización (durante un período de carencia ostensiblemente menor al requerido para la jubilación) en una fecha posterior a aquella en la que la contingencia protegida (la situación de incapacidad permanente) ya se habría materializado²⁸. Por su parte, el artículo 193 de la LGSS, en su segundo párrafo, realiza una inclusión expresa al prever que: «... las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación»²⁹. En otras palabras, si se produce una agravación de las lesiones preexistentes con efectos invalidantes para el trabajo sí procederá el reconocimiento de la prestación correspondiente, pues la agravación de las dolencias anteriores a la afiliación o el alta es suficiente para producir un efecto invalidante posterior al alta que anule la capacidad laboral que permitió al afectado realizar los trabajos determinantes de su inclusión en la Seguridad Social. De este modo, se protegen situaciones de discapacidad sobrevenida o agravada a la afiliación del trabajador para producir la incapacidad permanente.

En el caso de una gran invalidez resultará necesario que las reducciones anatómicas o funcionales de carácter genético no se hayan producido antes de la afiliación o alta del trabajador, de lo contrario no podrán ser tenidas en cuenta para causar protección por este grado de incapacidad, salvo cuando se traten de personas con discapacidad en las que se hubiera producido el agravamiento que recoge el artículo 193.1,

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

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

2º párrafo de la LGSS. Ahora bien, en este último caso, la valoración deberá hacerse partiendo de la capacidad ya reducida que presentaba el propio trabajador. Ciertamente, la doctrina del Tribunal Supremo ha seguido aquí una línea evolutiva que resulta interesante analizar.

Primeramente, en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2016 (número de recurso 675/2016) se afirma que las cuestiones relativas a la calificación de la incapacidad permanente no son materia propia de la unificación de doctrina tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general. Ahora bien, cuando pueda apreciarse la existencia de contradicción entre las sentencias al constatar la discrepancia entre las resoluciones al interpretar el tratamiento que debe darse a un mismo hecho: acreditar los actores la necesidad de una tercera persona para los actos esenciales de la vida con anterioridad al ingreso en el Sistema de Seguridad Social. Así, resulta que en ambos casos se trata de beneficiarios que acreditan la necesidad de asistencia de tercera persona para los actos esenciales de la vida con anterioridad al alta en el Sistema de Seguridad Social. Los servicios prestados tras el alta en Seguridad Social son en ambos casos para la ONCE. Ambos acreditan la agravación de sus lesiones durante la prestación de servicios. En el caso de la sentencia recurrida por un traumatismo y en la de contraste por degeneración de las dolencias previas. Y a ambos trabajadores se les reconoce por el INSS la situación de incapacidad permanente absoluta, solicitándose en ambos casos el reconocimiento de la situación de gran invalidez³⁰. De este modo, el Tribunal Supremo entra a conocer al entender que se trata de una cuestión jurídica y no fáctica: existe sustancial identidad fáctica acompañada de interpretaciones diversas del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, el Tribunal Supremo aclara que las lesiones o enfermedades que se padecieran con anterioridad al alta en la Seguridad

³⁰ Se estiman las sentencias del TJS de la Comunidad Valenciana de 28 de febrero de 2006 (rec. 3807/2005) (sentencia de contraste), que procede la gran invalidez. En contra, cabe citar la sentencia del TJS Asturias de 24 de octubre de 2014 (rec. 2034/2014) (sentencia recurrida).

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. No obstante, en el caso de concurrir el analizado párrafo segundo del citado precepto que prevé la protección vía IP de las personas con discapacidad agravada, «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 todo ello y teniendo en cuenta que el actor, «... 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, por 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»³¹.

³¹ El Tribunal Supremo consolida esta doctrina en sentencias posteriores, a saber: las sentencias del Tribunal Supremo núm. 730/2018 de 10 julio (RJ 2018\4148), y núm. (...)

Otro tema que resulta muy conflictivos es el relativo a los distintos grados de incapacidad permanente y, en particular, a la relación que se refiere a la discapacidad e IP absoluta, total y gran invalidez. Todo ello, deviene de lo preceptuado en el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, sobre los derechos de las personas con discapacidad, en donde se indica lo que sigue: «...tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad». El problema, en este punto, deviene de la posible equiparación de entre discapacidad e incapacidad permanente³².

El Tribunal Supremo ha debido pronunciarse, en varias sentencias³³, para zanjar este polémico tema. Entiendo el Alto Tribunal

408/2018 de 17 abril (RJ 2018\1798). Sendas sentencias se pronuncian sobre agentes vendedores de cupones de la ONCE que, con anterioridad a su alta en el Sistema de Seguridad Social, presentaban patologías que hacían necesaria la ayuda de una tercera persona y que, con posterioridad, sus dolencias se ven agravadas impidiéndoles realizar el trabajo que venía desempeñando.

³² TOMÁS JIMÉNEZ, N: «Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad».... *op. cit.*; GARCÍA VALVERDE, M^a. D: «A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. núm. 49/200714, 2007 (BIB 2007\1780); MORENO PUEYO, M. J: «Asimilación de la incapacidad permanente a la discapacidad. Alcance y límites», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 220, 2019, (BIB 2019\6158).

³³ Véanse las sentencias de 29 de noviembre de 2018 (STS núm. 992/2018, rec. 3382/2016; STS núm. 993/2018, rec. 1826/2017; STS núm. 994/2018 rec. 239/2018). En particular, la sentencia de 29 de noviembre de 2018 analiza si en los casos en los que un beneficiario de Seguridad Social tiene reconocido el grado de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez se le ha de reconocer -al amparo de lo previsto en el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013-, de manera automática y a todos los efectos, el 33% de discapacidad, o, por el contrario, esa atribución no cabe hacerla en esa forma porque el precepto del Texto Refundido incurre en «ultra vires» en relación con la autorización normativa concedida para desarrollar (...)

que el 33% de discapacidad no se atribuye de manera automática a los afectados por una Incapacidad Permanente, al entender que el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, contiene una regulación «ultra vires» en relación con el mandato de desarrollo del Texto refundido que le otorgaba la Ley 26/2011, de 1 de agosto, la cual mantenía en sus propios términos el derogado art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, en la que se basaba la doctrina tradicional de la Sala en este tema. A juicio del TS el reconocimiento de una IP (en grado total, absoluta o de gran invalidez) no equivale, de forma automática, a una discapacidad, a saber: «... la atribución de la condición o estatus de persona con discapacidad pertenece al grupo normativo de la Ley 13/1982 y no al de la Ley 51/2003. Así se indica de manera expresa en el art. 10 LISM, que atribuye a “equipos multiprofesionales de valoración”, entre otras competencias, “la valoración y calificación de la presunta minusvalía, determinando el tipo y grado de disminución en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación” (art 10.2.c. LISM). La disposición reglamentaria que desarrolla esta competencia de valoración y calificación es el RD 1971/1999, que contiene en su Anexo I un baremo de los valores porcentuales que corresponden a diferentes dolencias o enfermedades con secuelas discapacitantes» (STSS 21/3/2007 (rcud. 3872/2005); 7/7/2008 (rcud. 1297/2007); 7/4/2016 (rcud. 2026/2014)- entre otras muchas) sigue vigente bajo la nueva norma y ese 33% se atribuye exclusivamente a los propios efectos de la Ley 26/2011, no «a todos los efectos», resultando palmario que si el legislador quería mantener en sus términos la dicción literal del precepto que equiparaba al 33% de discapacidad a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez a los exclusivos efectos de esa ley, «... no estaba en su espíritu la extensión de este beneficio a todos y cualquiera de los múltiples, variados y muy heterogéneos efectos que despliega en distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de un grado de discapacidad».

A la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018 se formula voto particular por parte de la Magistrada Doña Rosa María

normativamente la Ley 26/2011, de 1 de agosto, entendiéndose -en tal caso- que se quiere decir tan sólo a efectos de los previsto en el RD-Legislativo 1/2013.

Viroles (y a la que se adhieren el Magistrado Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina y el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana), quien entiende que el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 no contiene una regulación «ultra vires», y que el reconocimiento de una incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, equivale automáticamente a la condición de discapacidad en su grado mínimo (es decir del 33%). Aluden a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y ello «supone la consagración del cambio de paradigma del enfoque de las políticas sobre discapacidad. Supera definitivamente la perspectiva asistencial de la discapacidad para abordar una basada en los derechos humanos». Afirman que el marco de la asimilación que se contiene en el Texto refundido es el mismo que existía antes, aunque ahora se ha encajado en el conjunto de servicios, prestaciones y demás beneficios previstos en el Texto Refundido.

Esta doctrina se ha visto, a posteriori, ratificada por las sentencias del Tribunal Supremo núm. 156/2020, de 19 de febrero y núm. 302/2020, de 12 de mayo³⁴, al considerar que -efectivamente- el artículo 4.2 de la Ley de Discapacidad ha incurrido en *ultra vires* por exceso en la delegación legislativa, porque no ha respetado el contenido del art. 1 de la propia Ley 26/2011, de 1 de agosto, que, además de atribuirle esa delegación, ratifica el contenido de aquel art. 2.1 de la Ley 51/2003 en los términos que hemos expuesto, y que se han visto sustancialmente alterados en la redacción final del texto refundido, al sustituir la frase «a los efectos de esta ley» por la de «a todos los efectos», en una evidente alteración del mandato legislativo que modifica de manera esencial el texto que debía refundir, hasta el extremo de que su aplicación conduciría a una interpretación contraria a la mantenida hasta ahora por el Tribunal Supremo conforme al contenido de la norma que el legislador no ha querido variar.

³⁴ VICENTE PALACIO, M.A.: «No cabe equiparar incapacidad permanente a la discapacidad (de la sintaxis y la semántica)», *Revista Jurisprudencia Laboral*, Nº 6 de 2020.

Tras esta doctrina se han abierto otros interrogantes³⁵, sobre todo respecto a los certificados de discapacidad que equipararon el grado de 33% a personas con grado inferior por asimilación o equiparación a situaciones de incapacidad permanente. Y es que, todos ellos, han dejado de tener validez a todos los efectos legales. Por otra parte, la doctrina se pregunta por las personas que accedieron a una plaza de empleo preferente u obtuvieron un tratamiento fiscal más favorable³⁶; teniéndose que respetar las situaciones adquiridas o consolidadas antes de la declaración de «ultra vires».

2.2. Jubilación, IP y discapacidad: análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 5/2022, de 24 de enero (número de recurso de amparo 4120/2020)

La pensión de jubilación constituye otro punto conflictivo que se confunde, a veces, con la discapacidad e incluso con la incapacidad permanente debido al factor «edad» y la longevidad. Así es, la jubilación, que su razón de ser radica en la «vejez» (sin que ello suponga automáticamente la incapacidad para trabajar; lo que de entenderse así en sus propios términos indiferenciados podría ser, entre otras cosas, contrario al derecho constitucional al trabajo ex artículo 35.1 CE), puede coincidir con la pérdida de capacidad y ello es debido a que se relaciona con la edad. En el caso del Régimen de clases pasivas la cuestión se vuelve aún más conflictiva debido a que se prevé la «jubilación por incapacidad», pues -como regla general- a partir de la edad ordinaria de jubilación no se puede acceder a la situación de incapacidad permanente. En esta línea, varias sentencias del Tribunal Supremo³⁷ niegan el acceso a la incapacidad permanente desde una situación previa de jubilación por discapacidad y, de igual modo, impiden el reconocimiento de una incapacidad permanente en el grado de gran invalidez (o en cualquier otro) y, en su caso, el cálculo de la base reguladora que procedería reconocer. Matiza el Tribunal Supremo su

³⁵ TOMÁS JIMÉNEZ, N: «Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad» ..., *op. cit.*

³⁶ TOMÁS JIMÉNEZ, N: «Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad» ..., *op. cit.*

³⁷ Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2020 (núm. 541/2020, rec. 1062/2018) y 1 de julio de 2020 (núm. 563/2020, rec. 1935/2018),

postura anterior tendente a permitir que una persona en situación de jubilación anticipada sí pudiese ser declarado en situación de incapacidad permanente hasta que cumpliese la edad ordinaria de jubilación, entendiendo ahora que quien accede a la jubilación con edad inferior a la ordinaria por razón de su discapacidad -anticipada, según la norma-, no puede acceder a la pensión de incapacidad permanente, ya que su jubilación se ha realizado según su edad ordinaria (ficticia)³⁸. Son pronunciamientos polémicos, tal y como pone de manifiesto el voto particular en donde sí se acepta el tránsito desde la jubilación por discapacidad a la incapacidad permanente. Afirman los magistrados discrepantes que, con esta negativa, se incurre en una discriminación por discapacidad prohibida por la Constitución Española y los artículos 4.2 c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores³⁹.

La prestación contributiva de incapacidad permanente proporciona a la persona beneficiaria una renta de sustitución ante la situación de necesidad por la reducción o falta de ingresos que conlleva la disminución o anulación definitiva de su capacidad de trabajo⁴⁰, mientras que en la prestación no contributiva se observa especialmente la concurrencia del requisito de carencia de rentas suficientes («umbral de pobreza») y estar afectado por una discapacidad o enfermedad crónica, independientemente del impacto en la capacidad de trabajar⁴¹.

Empero a lo anterior, el tema se complica cuando de lo que se trata es de acceder a una prestación por incapacidad permanente desde una situación de jubilación anticipada. Existe, en este punto, diferencias dependiendo de si la persona es o no discapacitada, lo cual se traduce en

³⁸ TOMÁS JIMÉNEZ, N: «Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad»..., *op. cit.*, págs. 743 y siguientes.

³⁹ Véase https://miguelonarenas.blogspot.com/2020/07/sts-relevantes-en-materia-de-seguridad_31.html, considerándose que la sentencia es injusta.

⁴⁰ Puede verse un estudio exhaustivo de la incapacidad permanente y su evolución hasta la fecha de su publicación, entre otros, en ROQUETA BUJ, R., FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La incapacidad para trabajar*, Madrid, La Ley, 2014. En esta línea, RIVAS VALLEJO, P. (Dir.) *et altri: Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales: la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Cizur Menor Navarra, Thomson-Aranzadi, 2008.

⁴¹ DE VAL TENA, Á.L.: «Capítulo 7. Incapacidad permanente. Concepto, grados y requisitos», en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.), MALDONADO MOLINA, J. A., DE VAL TENA, Á. L. (Coords.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo I*, Murcia, Laborum, 2017, pág. 772.

una discriminación por razón de discapacidad. Aspecto que prohíbe, claramente, el artículo 14 de la Carta Magna. A este fin, resulta interesante el estudio de la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Constitucional 5/2022 de 24 de enero (número de recurso de amparo 4120/2020)⁴².

Los hechos que describe el TC son los siguientes: «La demandante, nacida el 5 de febrero de 1954 y de profesión vendedora de la ONCE, pasó el 30 de junio de 2015 a la situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre. El 26 de julio de 2016 presentó solicitud de reconocimiento de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, en grado de gran invalidez, con derecho a percibir una pensión del 150 por 100 de su base reguladora. Pretensión desestimada en la vía administrativa, por no suponer las lesiones que padece la actora una disminución de su capacidad laboral, al ser anteriores a la profesión valorada, puesto que en el momento de iniciar su actividad laboral como vendedora de la ONCE ya eran de entidad suficiente como para ser catalogadas como constitutivas de una gran invalidez. La reclamación previa fue desestimada argumentando que había prescrito el derecho al reconocimiento de la prestación por haber transcurrido más de cinco años sin que hubiese empeorado su situación funcional, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 de la Ley General de la Seguridad Social.

La actora presentó entonces demanda contra dicha decisión, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de lo Social núm. 3 de Vitoria-Gasteiz. El Juzgado de lo social revocó la resolución administrativa impugnada y declaró que la actora es beneficiaria de una prestación de incapacidad permanente en grado de gran invalidez, argumentando, en cuanto a la posibilidad de declarar la gran invalidez en situación de jubilación, que aplica la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2015, por referencia a otras anteriores, que concluye con la posibilidad de que los pensionistas

⁴² Véase LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 3/2022.

de jubilación anticipada puedan ser beneficiarios de prestaciones de incapacidad permanente.

Contra la anterior resolución interpusieron recurso de suplicación el INSS y la TGSS, que fue estimado por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda rectora del proceso. Advierte la Sala que la actora accedió a la jubilación anticipada por la vía excepcional del art. 206 LGSS, con una edad rebajada por tener un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, sin que el caso sea equiparable a los resueltos por el Tribunal Supremo, que se refieren a jubilación anticipada por pérdida de empleo del trabajador en edad cercana a la fecha ordinaria de jubilación, mientras que en este caso se estaría ante el acceso voluntario a jubilación anticipada por discapacidad con coeficientes reductores.

Frente a dicho pronunciamiento interpuso la actora recurso de casación para la unificación de doctrina. El recurso fue desestimado por sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2020. En los fundamentos de derecho se afirma que la recurrente accedió a la jubilación anticipada por la vía excepcional del artículo 206.2 LGSS, y que no es este el caso resuelto en las sentencias citadas por el magistrado de instancia (de 21 de enero de 2015 y anteriores), siendo lo razonable que, habiéndose accedido por esta vía excepcional, se fije como tope para acceder a la incapacidad permanente la edad ordinaria de jubilación reducida en los percentiles que se consideraron para acceder a la jubilación por discapacidad. La sentencia cuenta con un voto particular».

El Tribunal Constitucional recuerda que constituye una discriminación por razón de discapacidad una diferencia no prevista por la norma, en donde sin causa objetiva y razonada, se otorga un trato diferente a los que se jubilan anticipadamente por discapacidad, respecto a los que lo hacen por otras causas⁴³, máxime cuando se

⁴³ Señala acertadamente el Tribunal Constitucional: «No existe justificación alguna para distinguir entre las diversas situaciones de jubilación anticipada, porque lo relevante es que se cumple el único requisito exigido por la norma para acceder a la prestación por incapacidad permanente, que es una determinada edad, según el tenor literal del artículo 195.1, párrafo segundo, LGSS, por remisión al artículo 205.1 (...)»

cumplen con todos los requisitos que establece el Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (artículo 195.1 párrafo 2, que remite al artículo 205.1 de la LGSS). Las normas hay que interpretarlas de manera teleológica y conforme a las exigencias constitucionales, así como la normativa europea e internacional. Es por ello que el Alto Tribunal invoque la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2006, buscando corregir así todas aquellas discriminaciones que en materia de discapacidad se producen en la práctica⁴⁴.

En esta misma línea, se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala cuarta de lo Social) en su sentencia 379/2022 de 27 de abril de 2022⁴⁵. De

a) LGSS. Y tampoco existe razón objetiva alguna para excluir a la recurrente de la situación de incapacidad permanente. De hecho, las resoluciones judiciales admiten que concurren los requisitos y los presupuestos para reconocer esta situación. En este caso, además, de forma especialmente motivada en atención a las circunstancias físicas de la demandante, que exigen el apoyo de una tercera persona precisamente para garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades más básicos en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos, en coherencia con los principios y valores que inspiran la normativa nacional e internacional en materia de discapacidad.

La interpretación de las resoluciones impugnadas produce como resultado una discriminación no justificada para la recurrente con discapacidad. Conforme a ese criterio interpretativo, toda persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por incapacidad permanente, salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad. Se genera con ello una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad».

⁴⁴ Otras sentencias del Tribunal Constitucional que caminan en esta línea son las siguientes: la 208/2013, de 16 de diciembre; la 3/2018, de 22 de enero; la 51/2021, de 15 de marzo y la 113/2021, de 21 de mayo.

⁴⁵ Número de recurso 184/2019. En este caso, el demandante se encontraba en alta en la Seguridad Social desde el año 1977. En el año 1982 sufre un accidente de tráfico que le provoca diversas lesiones que determinaron que necesitase una silla de ruedas para poder desplazarse. Por todo ello, desde el año 1987 tenía reconocida una minusvalía del 90%. Sin embargo, desde 1998 hasta 2015 trabajó como agente vendedor de la ONCE. En ese año le fue reconocida una pensión de jubilación por discapacidad. En 2017 solicitó una incapacidad permanente ante el INSS, que le fue denegada por no (...)

este modo, el Alto Tribunal da un importante giro doctrinal, rompiendo con la línea que -hasta ahora- venía manteniendo el Tribunal Constitucional en sus sentencias 127/2021 y 191/2021, al declarar el derecho de acceso a una incapacidad permanente desde una jubilación anticipada por discapacidad. En concreto, se estudia aquí la posibilidad de que un jubilado anticipado con discapacidad que aún no ha cumplido la edad de jubilación establecida en el artículo 205.1 a) de la Ley General de la Seguridad Social, pueda acceder a una situación de incapacidad permanente.

Acertadamente señala el Tribunal Supremo que la doctrina que venía manteniéndose desde el año 2018 «produce como resultado una discriminación no justificada para el recurrente con discapacidad». Y ello porque impide que las personas con discapacidad y en situación de jubilación anticipada puedan acceder a una prestación por IP, pese a haber cumplido el único requisito exigido por la norma, esto es, una determinada edad.

Conforme al principio de igualdad y no discriminación que consagran los artículos 14 de la Constitución, 4.2 c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores, el Tribunal Supremo entiende que no es posible seguir manteniendo aquella línea doctrina porque la misma provoca una especie de «doble discriminación positiva» que, ahora, se trata de corregir pues se tratan, claramente, de «planos valorativos diferentes». En efecto, defiende el Alto Tribunal que «el legislador, en el ejercicio legítimo de su libertad de configuración del sistema, no ha establecido otro requisito que el de una determinada edad (65 o 67 años) para acceder a una prestación, de forma que no impide su acceso desde una situación de jubilación anticipada, ni distingue entre las causas o presupuestos de este tipo de jubilación para acceder a la incapacidad

presentar «reducciones anatómicas o funcionales que disminuyeran o anularan su capacidad laboral».

La demanda interpuesta ante el Juzgado número 3 de Logroño fue desestimada. Empero, el 2018 el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja reconoció que, en efecto, el demandante estaba afecto por una gran invalidez. En dicha sentencia ya se entendió que era posible acceder a la invalidez permanente desde la situación de jubilación anticipada por discapacidad. Aunque el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social recurrieron en casación para la unificación de la doctrina, el Tribunal Supremo -en la presente sentencia- confirma la resolución impugnada.

permanente» (artículo 195.1 de la Ley General de la Seguridad Social). Lo contrario «... genera una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad».

Por todo ello, no puede interpretarse la ley más allá de su sentido literal y teleológico, en tanto que la misma no hace distinción alguna en esta materia, «el establecimiento de una diferencia de trato para los supuestos de jubilación anticipada por razón de discapacidad podría suponer una discriminación proscrita por el principio general reconocido en el artículo 14, segundo inciso, de la Constitución Española», por el que se prohíbe cualquier discriminación.

3. BIBLIOGRAFÍA

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

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

DE ASÍS, R.: «De nuevo sobre Constitución y discapacidad», *Universitas*, Nº31, 2020.

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

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

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

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

- FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: «Capítulo 3. Incapacidad permanente y trabajadores de edad avanzada», en MONEREO PÉREZ, J.L.; MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.) *et altri: Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019.
- GARCÍA VALVERDE, M^a.D.: «A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 49/200714, 2007.
- GARCÍA SABATER, A.: «El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.221, 2019 (BIB 2019\5830).
- ITURRI GÁRATE, J.A.: «Incapacidad permanente y personas con discapacidad y dependientes» en RIVAS VALLEJO, P. (Dir.) *et altri: Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales: la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*. Cizur Menor Navarra. Thomson-Aranzadi, 2008.
- LAHERA FORTEZA, J.: «Despidos durante la baja médica», ver en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/02/20/economia/1487611309_151243.html#articulo-comentarios .
- LLANO SÁNCHEZ, M.: «Trabajadores con discapacidad», en MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A. y LÓPEZ INSUA, B.M. (Dirs y Coords) *et altri: Las políticas activas de empleo. Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Thompson/Aranzadi, 2016.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: «Despido discriminatorio por razón de discapacidad y transversalidad de género», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 53, 2019.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: «La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales», en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^a.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (Coords) *et atri: La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 3/2022.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L.: *Derechos Fundamentales y discapacidad*, Madrid, Cinca, 2015.

- MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., DE VAL TENA, Á.L., PÉREZ BUENO, L.C. y LIDÓN HERAS, L. (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M. (Coord) *et atri: El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y GUINDO MORALES, S.: «Extinción contractual y discapacidad. Soluciones jurídicas como alternativa a la extinción de la relación laboral por incapacidad sobrevenida», en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^a.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (Coords) *et atri: La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: «La garantía internacional del derecho a un trabajo decente», *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo*, N^o177, 2015.
- MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., DE VAL TENA, Á.L. (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M. (Coord) *et atri: El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^a.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (Coords) *et altri: La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ VICO, S.: «Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables (STJ 3^a 10 de febrero de 2022, as. C-485/20: HR Rail)», *Revista La Ley Unión Europea*, N^o102 de 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A.: «Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs y Coords) *et altri: La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «El derecho a la protección de las personas minusválidas (“discapacitadas”) (Artículo 49 de la Constitución Española)», en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a.N. (Dirs y Coords) *et altri: Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.

- MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: «El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006», en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^a.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (Coords) *et altri: La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, págs. 42 y sigs.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 8, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: «Capítulo 3. La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona», en RODRÍGUEZ INIESTA, G., ORTIZ CASTILLO, F. y LÓPEZ INSUA, B.M. (Coords.) *et altri: Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación* (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), celebrado en octubre de 2017), Murcia, Laborum, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: «Derecho al trabajo en la Carta Social Europa (Artículo 1 de la Carta Social Europea Revisada)», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (dirs. y coords.) *et altri: La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: «Protección en caso del despido injustificado (Artículo 30)», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.) *et altri: La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: «Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel», en *Revista Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Volumen 9, nº 1 de 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M^a.N. MÁRQUEZ PRIETO, A. y MALDONADO MOLINA, J. A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos. 2021.

- MORENO PUEYO, M. J: «Asimilación de la incapacidad permanente a la discapacidad. Alcance y límites», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.220, 2019.
- MONTOYA MEDINA, D: «Algunas cuestiones interpretativas asociadas a las cláusulas convencionales reguladoras de las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores por incapacidad permanente», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº28, 2021.
- MUÑOZ RUIZ, A.B.: «El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los ciudadanos. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, Coleman y otros, C-303/06», *Temas Laborales*, Nº 101, 2009.
- NAVARRO MARTÍNEZ, C.: «Derechos a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación», en ARENAS ESCRIBANO, R. y CABRA DE LUNA, M.A. (Coords) *et altri: Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, Madrid, La Ley, 2015.
- NUSSBAUM, M.C.: *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Barcelona, Paidós, 2012.
- PANIZO ROBLES, J.A.: «De nuevo sobre las dolencias previas a la afiliación a la Seguridad Social: si la situación de dependencia existe antes de la afiliación a la Seguridad Social, no cabe lucrar pensión de gran invalidez, salvo agravación de aquella (Con ocasión de la STS de 19 de julio de 2016. Rcd 3907/2014 [JUR 2016, 193867])», *Aranzadi digital*, núm. 1, 2016, (BIB 2016\4963).
- PÉREZ BUENO, L.C.: «La configuración jurídica de los ajustes razonables», en PÉREZ BUENO, L.C. (Ed) *et altri: 2003-2012: Diez años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Madrid, Cinca, 2012.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Incapacidad permanente, incapacidad judicial, discapacidad y dependencia. Las asimilaciones legales entre ellas y su efectividad», en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Celebrado en Madrid, octubre 2017)*, Murcia, Laborum. 2017.

- ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: «La compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente y el trabajo por cuenta propia: una vía para el emprendimiento de las personas con discapacidad», *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación* (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, celebrado en Madrid, octubre, 2017), Murcia, Laborum, 2017.
- ROQUETA BUJ, R.; FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La incapacidad para trabajar*, Madrid, La Ley, 2014.
- RUÍZ SANTAMARÍA, J.L.: *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2019.
- RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: «La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección del trabajador con discapacidad», en MONEREO PÉREZ, J.L. y MÁRQUEZ PRIETO, A. (Dirs) *et altri: La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, págs. 879-889.
- SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: «La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de derechos», en BLÁZQUEZ PEINADO, M.D. y BIEL PORTERO. I. (Coords) *et altri: La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- TOMÁS JIMÉNEZ, N.: «Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad», en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^a.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords) *et atri: La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.
- VICENTE PALACIO, M.A: «No cabe equiparar incapacidad permanente a la discapacidad (de la sintaxis y la semántica)», *Revista Jurisprudencia Laboral*, N^o6 de 2020.

ÚLTIMAS REFORMAS EN LA PROTECCIÓN A LA VIUDEDAD EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL Y AVANCE DE LAS QUE SE NOS ANUNCIAN¹

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia
Secretario General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.*

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REFORMA DE LA PROTECCIÓN A LA VIUDEDAD EN EL AÑO 2021. 2.1. Acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. 2.2. Prestación temporal de viudedad a parejas de hecho. 2.3. Compatibilidad y extinción de las prestaciones. 2.4. Supuestos excepcionales de acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho consecuencia de la reforma. 2.5. A modo de valoración final: hay una asimilación de las parejas de hecho a las uniones matrimoniales, pero no del todo. 3. Huérfanos de mujeres víctimas de violencia sobre la mujer. 3.1. De la Ley 3/2019, de 1 de marzo a la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo. 3.2. Algunas consideraciones sobre la reforma. 4. LA REFORMULACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA SUPERVIVENCIA. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El año 2021 se nos despidió con una reforma importante en la protección a la viudedad la llevada a cabo por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, cuyo artículo 1. Diez a Doce y Dieciocho vinieron

¹ Este estudio forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación PID2019-104630RB-100, sobre "El futuro de las Pensiones del sistema de español de protección social (VI): Soluciones jurídicas a los actuales retos demográficos", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, en incluido en la Convocatoria 2019 de Proyectos de I+Di-RTI Tipo B.

a modificar la LGSS, concretamente: el art. 221 «*Pensión de viudedad de parejas de hecho*»; el art. 222 «*Prestación temporal de viudedad*»; el art. 223 «*Compatibilidad de las prestaciones de viudedad*»; una nueva Disposición adicional cuadragésima «*Pensión de viudedad de parejas de hecho en supuestos excepcionales*». Además, su Disposición adicional tercera «*Concepto de pareja de hecho a efectos del sistema de Seguridad Social*», que dispuso que en el plazo de un año el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, analizará la configuración de la pareja de hecho a efectos de Seguridad Social, a efectos de determinar su alcance en orden a garantizar la igualdad de trabajo en todo el territorio nacional. Por su parte, la Disposición final octava dispuso que entraría en vigor el día 1 de enero de 2022².

Distinta temática pero relacionada dentro de la protección a la supervivencia hay que reseñar la reforma llevada a cabo por el artículo quinto de la LO 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género, modificó la redacción de los arts. 216 ap. 3 y 224 de la LGSS, añadiendo un nuevo apartado 2 y renumeró los apartados 2 y 3 pasando estos a ser 3 y 4 respectivamente, relativos a la pensión y prestación de orfandad en caso de violencia sobre la mujer.

Y finalmente, dado el contenido de la Recomendación 13 del Pacto de Toledo «*Prestaciones de Viudedad y Orfandad*» de una reformulación integral de estas prestaciones, parece oportuno realizar unas mínimas consideraciones sobre ello.

2. LA REFORMA DE LA PROTECCIÓN A LA VIUDEDAD EN EL AÑO 2021

2.1. Acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad

Es curioso, teniendo en cuenta la costumbre actual de nuestro legislador de largos y tediosos preámbulos, exposiciones de motivos, introducciones, etcétera, que suelen acompañar a las disposiciones

² Un análisis general de la reforma puede verse en MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «El trepidante proceso de reformas fin de año 2021 y el esperanzador año 2022 para la garantía efectiva del derecho a la Seguridad Social», *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 30 (2022): 11-60.

normativas (incluso las de escasa jerarquía), en las que se cuenta al detalle la relevancia del texto, su objeto y finalidad que se persigue, novedades que se incorporan, etcétera, sin embargo la Ley 21/2021, de 28 de noviembre, que lleva a cabo una importante modificación del régimen jurídico de acceso a la protección a la viudedad de las parejas de hecho, nada dice al respecto. Los cuatro apartados de su Preámbulo se dedican a comentar el acuerdo político que ha hecho posible la reforma del Pacto de Toledo en 2020, la derogación del índice de revalorización de las pensiones y su sustitución por otro que garantice el poder adquisitivo de las pensiones (Recomendación 2 del Pacto de Toledo), de los importantes cambios en el acceso a la pensión de jubilación (Recomendación 12 del Pacto de Toledo y de la derogación del Factor de Sostenibilidad de las Pensiones.

La reforma venía siendo largamente demandada y venía recogida en el apartado VI «Otras medidas de mejora de la gestión y de la calidad de la acción protectora» del Acuerdo sobre el primer bloque de medidas para el equilibrio del sistema, el refuerzo de su sostenibilidad y la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas en cumplimiento del Pacto de Toledo y del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, firmado en 1 de julio de 2021 entre Gobierno, CC.OO, UGT, CEOE y CEPYME, como punto 2 lo siguiente: *«Viudedad de parejas de hecho: En el plazo de 6 meses, y en cumplimiento de la recomendación 13.^a del Pacto de Toledo, se abordará en el marco del diálogo social, una revisión del marco regulador de acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho con el fin de equiparar las condiciones de acceso de este colectivo al de las parejas constituidas en matrimonio».*

En síntesis, la reforma de la protección a la viudedad de las parejas de hechos consiste en lo siguiente:

A) Asimilación en el acceso a la protección de las parejas de hecho a las unidas matrimonialmente.

Para ello se modifica el art. 221 LGSS y básicamente lo que se hace es eliminar las exigencias relacionadas con los ingresos de la pareja de hecho supérstite para acceder a la pensión y que en la práctica suponían

que solamente uno de ellos pudiera alcanzar la condición de beneficiario, a diferencia de las unidas por matrimonio³.

B) Consideración de parejas de hecho

La nueva versión del apartado 2 del art. 221 LGSS se parece bastante a la anterior y así viene a considerar que:

- Hay pareja de hecho cuando se haya constituido, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona **ni constituida pareja de hecho**, y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.
- Su acreditación se llevará a cabo 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

³ En su versión inicial el art. 221.1 LGSS establecía lo siguiente:

«1. Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el artículo 219, 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 no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

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 considerarán 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.»

producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

La excepción está en lo destacado en negrita (ni constituida pareja de hecho) y la inclusión un inciso al final del apartado 2 del art. 221 LGSS, que salva el requisito de convivencia previa de cinco años al hecho causante, para el caso de que haya hijos comunes. Es similar a lo previsto en el art. 219.2 LGSS para viudedad matrimonial en caso de fallecimiento del causante a causa de enfermedad común previa al matrimonio.

C) Pensión de viudedad a superviviente de una pareja de hecho en caso de haber sido disuelta esta antes del hecho causante

El art. 221.3 LGSS contempla la viabilidad de reconocer pensión de viudedad a la «*ex pareja supérstite*» en términos muy similares a la viudedad en casos de divorcio, separación o nulidad matrimonial. Se reconocerá pensión de viudedad casos de haberse extinguido por voluntad de uno o de ambos convivientes si:

- Concurren los requisitos del art. 219 LGSS.
- No se hubiere constituido una nueva pareja de hecho o haber contraído matrimonio. Entiéndase constitución formal de pareja de hecho en los términos antes indicados del art. 221.2 LGSS y ello con independencia de que esta se hubiere también luego extinguido.
- El supérstite debe ser acreedor de una pensión compensatoria y que ésta se extinga con motivo de la muerte del causante. La pensión compensatoria deberá estar determinada judicialmente o mediante convenio o pacto regulador entre los miembros de la pareja otorgado en documento público, siempre que para fijar el importe de la pensión se haya tenido en cuenta la concurrencia en el perceptor de las mismas circunstancias relacionadas en el artículo 97 del Código Civil⁴. De este condicionante quedan

⁴ El art. 97 Código Civil recoge las siguientes circunstancias a la hora de que el juez determine el importe de la pensión compensatoria (salvo acuerdo de los cónyuges):

«1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.

(...)

excluidas las mujeres que aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que fueron víctimas de violencia de género en el momento de la extinción de la pareja de hecho 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.

Y finalmente, como ocurre en los supuestos de divorcio, separación o nulidad matrimonial, en el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última.

Antes se ha indicado que, en los casos de rupturas de parejas de hecho, su tratamiento es similar al de las crisis matrimoniales, si bien no se contempla si es factible o no la concurrencia de beneficiarios (con ex parejas o ex cónyuges) y si hay o no alguna garantía para la pareja de hecho actual (al igual que en caso de viudedad procedente de uniones matrimoniales, art. 220.2 LGSS).

2.2. Prestación temporal de viudedad a parejas de hecho

El art. 222 LGSS tienen una nueva redacción incorporando como beneficiario de esta prestación a la pareja de hecho supérstite para el caso de que no pueda acceder a la pensión por no haberse producido la inscripción como tal pareja dos años antes del hecho causante. Téngase en cuenta que el acceso a la prestación temporal de supérstites de uniones matrimoniales actúa en defecto de no poder acceder a la

2.^a La edad y el estado de salud.

3.^a La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4.^a La dedicación pasada y futura a la familia.

5.^a La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6.^a La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7.^a La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8.^a El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

9.^a Cualquier otra circunstancia relevante.»

pensión de viudedad por no cumplir, en caso de fallecimiento del causante por enfermedad anterior al matrimonio, el requisito de duración mínima del matrimonio de 1 año (siendo computable convivencia matrimonial y de hecho previa al matrimonio) o la alternativa de tener hijos comunes.

Aquí, como se puede apreciar, hay diferencias de mayor calado ya que si hay hijos comunes en una pareja de hecho no inscrita dos años antes de hecho causante, no tendrá derecho a la prestación temporal.

2.3. Compatibilidad y extinción de las prestaciones

Se da nueva redacción al art. 223 LGSS en congruencia con la asimilación que se hace de las uniones de hecho en orden al acceso a la protección y por tanto supérstite de una unión matrimonial o de una pareja de hecho podrán compatibilizar la misma con el reconocimiento de otra pensión de viudedad. Se mantiene para ambas situaciones la posibilidad de ser pluripensionista (si las cotizaciones en cada uno de los regímenes se superponen durante 15 años). La pensión se extinguirá en caso de matrimonio o constitución de pareja de hecho en los términos previstos en el art. 221 LGSS, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente.

Las situaciones de incompatibilidad, compatibilidad y extinción previstas el art. 221 LGSS son extensibles a la prestación temporal.

2.4. Supuestos excepcionales de acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho consecuencia de la reforma

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre ha introducido una nueva Disposición adicional cuadragésima, con la finalidad de facilitar el acceso a la pensión de quienes no han podido acceder a la pensión por los condicionantes existentes a 31-12-2021 y que desaparecen en 1-1-2022 y lo hace en los siguientes términos:

- a) Se trata de una situación excepcional para hechos causantes acaecidos con anterioridad a la reforma.
- b) Deben de concurrir las siguientes circunstancias:

- El causante a su muerte debe de haber reunido los requisitos de alta y cotización a que se refiere el artículo 219 LGSS, y no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.
 - Que el beneficiario pueda acreditar en el momento de fallecimiento del causante la existencia de pareja de hecho, en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 221 LGSS
 - Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.
- c) La solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de la misma. La pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero del mes siguiente a la solicitud.

La aplicación de esta disposición ya ha planteado dudas en torno a la interpretación de tales requisitos⁵:

- a) La exigencia de que «no se hubiere podido causar derecho a la pensión de viudedad», debe entenderse tanto si esa imposibilidad se produce tras una solicitud de pensión que se deniega o si simplemente no se llegó a solicitar por conocer que no se iba a tener derecho a la misma por no reunir los requisitos de ingresos que con anterioridad se exigían a las parejas de hecho en el artículo 221.1 del LGSS. Por tanto, no es preciso que hubiere una previa resolución desestimatoria de la pensión de viudedad solicitada por el supérstite de una pareja de hecho, basta con que esta Entidad gestora compruebe que el actor no cumplía los requisitos que de acuerdo con la legislación anterior eran necesarios para el acceso de la pensión de viudedad.
- b) Por otro lado, si reconocida conforme a la legislación anterior la pensión, luego fue suspendida por no mantenerse el requisito relativo a los ingresos procede ahora rehabilitar el pago de la pensión desde 1-1-2022.

⁵ Véase el criterio de gestión acordado por la Subdirección de Ordenación y Asistencia Jurídica 14/2022, de 4 abril.

- c) En relación con el requisito de convivencia con el causante debe entenderse que también se cumple se cumple cuando el supérstite de una pareja de hecho ha tenido hijos en común con el causante y acredita la constitución de la pareja de hecho de conformidad con lo establecido en el artículo 221.2 del LGSS, aunque no acredite la convivencia ininterrumpida de 5 años con el fallecido.
- d) El requisito de no tener reconocido derecho a pensión contributiva del sistema, debe entenderse de que en caso que ya sea beneficiario de una pensión podrá ejercitar opción por aquella que le sea más beneficiosa.
- e) Situación de concurrencia de beneficiarios como consecuencia del nuevo reconocimiento de pensión. Cuestión esta que no es una novedad y así el propio centro gestor lo reconoce. Esta misma situación se produjo surgió cuando se reguló el acceso de la pensión de viudedad para las uniones de hecho (DA 3ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre) y cuando se abordó el tema de las pensiones de viudedad en supuestos de separación judicial y divorcio (DT 18ª de LGSS). En ambos casos se optó entonces por no revisar la pensión de viudedad que ya viniese percibiendo el primer beneficiario del causante y por reconocer la pensión a aquel que en virtud de la nueva disposición se convierte en un nuevo beneficiario del causante en proporción al tiempo convivido con el mismo. El ente gestor ha venido a considerar que cuando el beneficiario de una pensión de viudedad reconocida en aplicación de lo dispuesto en la DA 40ª del LGSS concorra con otros beneficiarios anteriores del mismo causante, al supérstite de la pareja de hecho, que en aplicación de nueva DA 40ª del LGSS tenga ahora derecho a la pensión de viudedad, se le reconocerá la parte de pensión que corresponda en proporción al tiempo convivido con el causante, sin que se revisen las pensiones de viudedad preexistentes de quienes hubieran sido cónyuges o huérfanos⁶.

⁶ Apartado 4 del criterio de gestión acordado por la Subdirección de Ordenación y Asistencia Jurídica 14/2022, de 4 abril.

En relación con la prestación temporal y los efectos de la reforma hay que señalar que se aplicará a hechos causantes producidos a partir de 1-1-2002, al no existir previsión normativa expresa como la relativa al supuesto excepcional normado en la DA. 40 LGSS.

2.5. A modo de valoración final: hay una asimilación de las parejas de hecho a las uniones matrimoniales, pero no del todo

Es obvio que se ha dado un gran paso en orden a facilitar el acceso a la protección de las parejas de hecho que estaban discriminadas, esto no se puede negar, pero queda sin explicar la diferencia de condiciones en el acceso a la protección, singularmente de la prestación temporal.

El requisito de convivencia mínima se puede salvar si hay hijos comunes (igual que en el matrimonio), pero el requisito de la inscripción mínima de dos años ya no, incluso aunque hayan tenido hijos comunes y aquí no convence mucho esa diferencia. En caso de unión matrimonial incluso se permite sumar convivencia matrimonial y no matrimonial.

La segunda cuestión a considerar es la falta de previsión normativa ante la concurrencia de beneficiarios como antes se ha indicado.

3. HUÉRFANOS DE MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

3.1. De la Ley 3/2019, de 1 de marzo a la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo

La Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer, supuso un cambio sustancial en la mejora de protección de las personas huérfanas como consecuencia de la violencia de género al crear una nueva prestación de orfandad para los supuestos en los que la mujer fallecida no se encontrase en alta o situación asimilada al alta o no tuviera cotizaciones suficientes para generar la pensión⁷. A él podrán acceder los hijos de la causante

⁷ Se modificaron los arts. 42.1 c), art. 216.3 (nuevo apartado), art. 224, art. 225, art. 228 (se añade un segundo párrafo, art. 233 nuevo apartado 3 LGSS y también se modifica el RD-legislativo 670/1987, de 30 de abril, texto refundido de la Ley de (...)

fallecida (menores de 21 años o mayores que tengan reducida su capacidad para el trabajo en un porcentaje valorado en grado IPA o GI; bien en edades comprendidas entre más de 21 años y menores de 25 si no trabajan o si lo hicieren los ingresos que obtengan sea inferiores al SMI en cómputo anual incluyendo dos pagas extras) si (art. 224.1 p. 3 LGSS -en su versión anterior a la reforma de 2022)⁸:

- El fallecimiento se hubiera producido por violencia contra la mujer, en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España.
- Se halle en circunstancias equiparables a una orfandad absoluta.
- Que el causante de la muerte de la mujer sea un tercero y la fallecida fuera la progenitora supérstite.
- No reúne los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad.

La cuantía de la prestación depende del número de beneficiarios, por ello si solo hay uno, la cuantía de esta prestación será el 70 por ciento de su base reguladora, siempre que se cumpla el siguiente requisito: que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluidas las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen, no superen en cómputo anual el 75 por ciento del SMI vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Si no se cumple el requisito anterior, la cuantía de la prestación será el 20 por ciento de la base reguladora.

En caso de que hubiere más de un beneficiario, el importe conjunto de las mismas podrá situarse en el 118 por ciento de la base reguladora, y nunca inferior al mínimo equivalente de la pensión de viudedad con cargas familiares

Clases Pasivas del Estado, para incluir dicha prestación al colectivo de funcionarios públicos protegidos por dicho sistema.

⁸ Un análisis de urgencia de la misma puede verse en MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Nuevas medidas de Seguridad Social al cierre de la XII Legislatura (a propósito de los denominados “Viernes Sociales”», *Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 19 (2019): 13-29.

La prestación de orfandad se abonará, en 14 pagas, a quien tenga a su cargo a los beneficiarios según determinación reglamentaria.

Parece, a tenor de los datos obtenidos, que en términos de acceso a la prestación e incremento de la cuantía de la pensión desde la puesta en marcha de la ley citada muestran que estas mejoras no están llegando a todas las personas potenciales beneficiarias de la medida, por lo que, tras más de dos años de aplicación de la norma, se procede a revisar ciertos supuestos con el fin de garantizar el acceso a estas pensiones y prestaciones a un mayor número de huérfanos, sobre todo a aquéllos que se encuentran en una situación de pobreza y mayor vulnerabilidad⁹.

Así la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, en su artículo quinto modifica los artículos 216 y 224 de la LGSS¹⁰.

La reforma del art. 216 LGSS es más bien una precisión técnica al incluir un inciso relativo a su remisión reglamentaria de los términos en que estén fijados los requisitos para causar una pensión de orfandad.

Por su parte la modificación del art. 224 LGSS es más importante al incluir *«un nuevo apartado 2 al artículo 224, con el consiguiente desplazamiento de sus apartados 2 y 3» -sic-*.

Para un más fácil entendimiento, la situación antes y después de la reforma se puede ver en el siguiente cuadro comparativo:

Art. 224.2 y 3 LGSS antes de la reforma (en vigor desde 3-3-2019 hasta 22-3-2022)	Art. 224.2 LGSS después de la reforma (en vigor a partir de 23-3-2022)
2. Podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad o de la prestación de orfandad, siempre que en la fecha del fallecimiento del causante fuera menor de veinticinco años, el hijo del causante que no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual. Si el huérfano estuviera cursando estudios y	2. El derecho a la pensión de orfandad y al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta y, en su caso, a la prestación de orfandad, se suspenderá en el supuesto de adopción de los hijos e hijas de la causante fallecida como consecuencia de violencia sobre la mujer, cuando los rendimientos de la unidad de convivencia en que se integran, divididos por el número de miembros que la componen, incluidas las personas huérfanas adoptadas, superen en

⁹ Ver el preámbulo LO 2/2022, de 21 de marzo, apartado V.

¹⁰ El art. sexto de la LO 2/2022, de 21 de marzo, añade un nuevo apartado 10 al art. 42 del texto refundido de Clases Pasivas del Estado, aprobado por RD-Legislativo 670/1987, de 30 abril, incorporando a dicho texto estas novedades.

cumpliera los veinticinco años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión y la prestación de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al de inicio del siguiente al curso académico.

**Este apartado pasa a ser el número 3 del art. 224 LGSS*

4. La pensión de orfandad y la prestación de orfandad se abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios según determinación reglamentaria.

*** Este apartado pasa a ser el número 4 del art. 224 LGSS*

cómputo anual el 75 por ciento del Salario Mínimo Interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Asimismo, cuando la muerte por violencia contra la mujer de la causante de la pensión o prestación de orfandad hubiera sido producida por un agresor distinto del progenitor de los hijos e hijas de la causante, se reconocerá el derecho a la pensión de orfandad con el incremento que correspondiese o, en su caso, la prestación de orfandad, cuando los rendimientos de la unidad de convivencia en que se integran no superen el mismo porcentaje establecido en el párrafo anterior. En otro caso, se suspenderá el derecho a su percibo.

En los supuestos anteriores, la suspensión tendrá efectos desde el día siguiente a aquél en que concurra la causa de la suspensión.

El derecho a la pensión o a la prestación se recuperará cuando los ingresos de la unidad de convivencia no superen los límites señalados anteriormente. La recuperación tendrá efectos desde el día siguiente a aquél en que se modifique la cuantía de los ingresos percibidos, siempre que se solicite dentro de los tres meses siguientes a la indicada fecha. En caso contrario, la pensión o prestación recuperada tendrá una retroactividad máxima de tres meses, a contar desde la solicitud.

En los casos en que se haya mantenido el percibo de la pensión o de la prestación de orfandad, aunque se haya constituido la adopción, la nueva pensión o prestación de orfandad que pudiese generarse como consecuencia del fallecimiento de una de las personas adoptantes, será incompatible con la pensión o prestación de orfandad que se venía percibiendo, debiendo optar por una de ellas.

A los efectos previstos en este artículo, se presumirá la orfandad absoluta cuando se hubiera producido abandono de la responsabilidad familiar del progenitor superviviente y se hubiera otorgado el acogimiento o tutela de la persona huérfana por violencia contra la mujer a favor de terceros o familiares, así como en otros supuestos determinados reglamentariamente.

Tras esta reforma la situación tanto de la pensión como de la prestación temporal de orfandad cuando la causante falleció a causa de violencia sobre la mujer (sea o no progenitor de los hijos de la causante), queda así:

A) Suspensión y no extinción de las prestaciones de orfandad

La pensión, el incremento (previsto para la orfandad absoluta) y en su caso la prestación de orfandad no se extingue con la adopción del menor, queda en suspenso cuando los rendimientos de la unidad de convivencia en que se integran, divididos por el número de miembros que la componen, incluidas las personas huérfanas adoptadas, superen en cómputo anual el 75 por ciento SMI vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

B) Incremento de la pensión o prestación de orfandad

En el caso de que la muerte por violencia contra la mujer de la causante de la pensión o prestación de orfandad hubiera sido producida por un agresor distinto del progenitor de los hijos e hijas de la causante, se reconocerá el derecho a la pensión de orfandad con el incremento que correspondiese o, en su caso, la prestación de orfandad, cuando los rendimientos de la unidad de convivencia en que se integran no superen el mismo porcentaje establecido en el párrafo anterior. En otro caso, se suspenderá el derecho a su percibo.

En los supuestos anteriores, la suspensión tendrá efectos desde el día siguiente a aquél en que concurra la causa de la suspensión.

C) Recuperación

El derecho a la pensión o a la prestación se recuperará cuando los ingresos de la unidad de convivencia no superen los límites señalados anteriormente. La recuperación tendrá efectos desde el día siguiente a aquél en que se modifique la cuantía de los ingresos percibidos, siempre que se solicite dentro de los tres meses siguientes a la indicada fecha. En caso contrario, la pensión o prestación recuperada tendrá una retroactividad máxima de tres meses, a contar desde la solicitud.

D) Nuevas prestaciones de orfandad

En los casos en que se haya mantenido el percibo de la pensión o de la prestación de orfandad, aunque se haya constituido la adopción, la

nueva pensión o prestación de orfandad que pudiese generarse como consecuencia del fallecimiento de una de las personas adoptantes, será incompatible con la pensión o prestación de orfandad que se venía percibiendo, debiendo optar por una de ellas.

E) Presunción de orfandad absoluta

En los casos en que se haya mantenido el percibo de la pensión o de la prestación de orfandad, aunque se haya constituido la adopción, la nueva pensión o prestación de orfandad que pudiese generarse como consecuencia del fallecimiento de una de las personas adoptantes, será incompatible con la pensión o prestación de orfandad que se venía percibiendo, debiendo optar por una de ellas.

3.2. Algunas consideraciones sobre la reforma

Con independencia de la valoración que se pueda hacer hay un dato que llama la atención y es la falta de correspondencia del título de la Ley *«mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género»* con la concreta mejora que se lleva a cabo. El Preámbulo (apartado V) de la LO 2/2022 insiste en ello:

«... Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer, supuso un cambio sustancial en la mejora de protección de las personas huérfanas como consecuencia de la violencia de género al crear una nueva prestación de orfandad para los supuestos en los que la mujer fallecida no se encontrase en alta o situación asimilada al alta o no tuviera cotizaciones suficientes para generar la pensión.»

Una matización a lo reseñado, se está refiriendo a que para causar pensión de orfandad desde situación de no alta o asimilada se requiere tener cotizados quince años.

Continúa el Preámbulo así

«... Igualmente, cuando el agresor por violencia de género es distinto de la persona progenitora de los niños y niñas huérfanos y esta se hace cargo de la responsabilidad parental, al no tratarse de una orfandad absoluta, el menor no tiene acceso ni al incremento de la pensión, en su caso, ni a la prestación, sin tener en cuenta que

el progenitor supérstite puede encontrarse en situación de vulnerabilidad económica, ...»

Pues bien, cuando luego se modifican los arts. 216.3 y 224.2 LGSS la referencia al dato factico de la violencia lo es a «*violencia contra la mujer*», y no se olvide que violencia de género y violencia contra la mujer no son lo mismo.

En este punto quizás habría que recordar lo siguiente:

Art. 1.3 y 4 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género:

«...

3. *La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.*

4. *La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero.»*

Y también el art. 1 de la Declaración sobre eliminación de la violencia contra la mujer, Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre de 1993:

«A los efectos de la presente Declaración, por “violencia contra la mujer” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.»

4. LA REFORMULACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA SUPERVIVENCIA

La recomendación 13 del Pacto de Toledo de 2020 no habla de la necesidad de llevar a cabo de manera gradual la reformulación integral

de las prestaciones por muerte y supervivencia en especial la de viudedad.

Se defiende mantener su carácter contributivo y que no deberían de establecerse criterios basados en condiciones específicas para el acceso a las mismas como edad, renta, hijos, etcétera.

La reforma integral de la viudedad deberá de tener en cuenta las nuevas realidades sociales y familiares, así como a las circunstancias socioeconómicas de los beneficiarios, con la finalidad de mejorar la protección de aquellos sin otros recursos. Y quizás la acción protectora deba centrarse en las personas mayores de 65 años cuya pensión sea la única fuente de ingresos (y propugna la elevación del porcentaje de la pensión para ellas). Por otro lado, también considera que debería de modificarse la determinación y cálculo de la pensión a fórmulas similares a la pensión de jubilación (teniendo en cuenta las cotizaciones llevadas a cabo por el causante).

En relación con la orfandad se limita a indicar que debería de mejorarse su cuantía.

Y finalmente y en relación con las otras prestaciones de supervivencia (las relativas en favor de familiares) se considera que quizás su acomodo debería de localizarse en los niveles no contributivos o asistenciales.

5. BIBLIOGRAFÍA

MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Nuevas medidas de Seguridad Social al cierre de la XII Legislatura (a propósito de los denominados “Viernes Sociales”)», *Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 19 (2019): 13-29.

MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «El trepidante proceso de reformas fin de año 2021 y el esperanzador año 2022 para la garantía efectiva del derecho a la Seguridad Social», *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 30 (2022): 11-60.

LA DOCTRINA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DICTADA EN EL TERCER MILENIO SOBRE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PRESTACIONAL POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE ALTA Y COTIZACIÓN

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA

*Letrado Jefe del Servicio Jurídico delegado central en el INSS
Vicepresidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

1. IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PRESTACIONAL DERIVADA DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES. 1.1. Responsabilidad por afiliación y/o alta cursada con posterioridad al hecho causante. 1.1.1. Regla general de responsabilidad. 1.1.2. Anticipo de la entidad colaboradora y responsabilidad subsidiaria del INSS. 1.1.3. Responsabilidad empresarial y subsidiaria del INSS, por falta de alta en la prestación de asistencia sanitaria derivada de accidentes de trabajo. 1.1.4. Incapacidad Temporal abonada en pago delegado y descontada y responsabilidad subsidiaria del INSS. 1.2. Responsabilidad empresarial por falta de cotización. 1.2.1. Doctrina General. Necesidad de que el incumplimiento sea rupturista. 1.2.2. Responsabilidad por infracotización. 1.2.3. Descubiertos no rupturista. 1.2.4. Condiciones determinantes de la responsabilidad. 1.2.4.1. Necesidad de que los descubiertos sean anteriores al hecho causante. 1.2.4.2. Necesidad de individualizar ad personam la afectación del descubierto. 1.2.4.3. Necesidad de que concurra un ánimo defraudatorio. 1.2.4.4. Indiferencia del abono posterior al hecho causante. 1.2.5. Supuestos en los que no procede la imputación de responsabilidad. 1.2.5.1. Incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo e incumplimiento del pago delegado. 1.2.6. Anticipo en el pago de las prestaciones. 1.2.7. Responsabilidad subsidiaria del INSS como Fondo de Garantía Salarial. 1.2.7.1. Riesgo durante el embarazo. No existe responsabilidad subsidiaria del INSS. 1.2.7.2. Responsabilidad subsidiaria del INSS y Concurso. 2. IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PRESTACIONAL DERIVADA DE CONTINGENCIAS COMUNES. 2.1. Doctrina General. 2.2. Responsabilidad empresarial por falta de alta en contingencias comunes. 2.2.1. Anticipo de la entidad gestora en pensión de jubilación. 2.2.2. No procede anticipo de la entidad gestora en incapacidad permanente e incapacidad temporal. 2.2.3. Responsabilidad por falta de alta cursada fuera de plazo e invalidez de las cuotas posteriores al alta. 2.3. Responsabilidad empresarial por falta de cotización en contingencias comunes. 2.3.1. Principio de proporcionalidad

y afectación para el acceso a la prestación. 2.3.2. Principio de proporcionalidad y afectación para determinar la cuantía de la prestación. 2.3.3. Necesidad de ánimo defraudatorio. 2.3.4. Responsabilidad en caso de defectuosa cotización tras cese en el pluriempleo. 2.3.5. No procede la responsabilidad del SEPE en pensión de jubilación por defectos en la cotización. 2.4. Responsabilidad subsidiaria. 2.4.1. No existe responsabilidad subsidiaria del INSS en contingencias comunes. 2.4.2. No existe responsabilidad subsidiaria de la empresa por la percepción indebida de prestaciones. 3. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL. 4. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL, EL REINTEGRO DE LAS PRESTACIONES Y LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL INSS. 5. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE DESEMPLEO. 5.1. Responsabilidad en materia de prestaciones por desempleo. 5.2. Subsidio por desempleo.

1. IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PRESTACIONAL DERIVADA DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES

1.1. Responsabilidad por afiliación y/o alta cursada con posterioridad al hecho causante

1.1.1. Regla general de responsabilidad

Diversas sentencias del Tribunal Supremo afirman la responsabilidad empresarial en el abono de la prestación cuando se produce el alta con posterioridad al accidente sin perjuicio del anticipo por parte de la entidad gestora o aseguradora al no poder tener efectos retroactivos la afiliación y/o alta posterior al accidente (STS de 21 de septiembre de 2005 (recurso 3175/2004), de 27 de octubre de 2004 (recurso 5097/2003). En el mismo sentido se pronuncia la STS de 28 de abril de 2005 (recurso 2260/2005) determinando la responsabilidad del empresario por alta extemporánea solicitada después de iniciada la prestación de servicios aunque formulada en el mismo día en que se inició el trabajo.

En cambio, la STS de 26 de junio de 2000 (recurso 4169/1999) señala que procede la retroactividad del alta, excluyendo la responsabilidad empresarial cuando se cotizó correctamente durante el periodo en el que el trabajador figuraba de baja que fue cursada por error.

1.1.2. Anticipo de la entidad colaboradora y responsabilidad subsidiaria del INSS

La STS de 18 de octubre de 2011 (recurso 686/2011) recuerda que el actual artículo 167.3 LGSS establece el principio de automaticidad de prestaciones que ya desarrollaba el artículo 95.3 LSS/1966, de manera que la entidad gestora o colaboradora otorgará la prestación al beneficiario, aun en el supuesto de frente al responsabilidad empresarial, subrogándose en los derechos del beneficiario frente al empresario responsable. La consagración en nuestro derecho de la Seguridad Social del principio de automaticidad de las prestaciones con el alcance que atribuye el artículo 96.3 LSS/1966 supone imponer a la entidad aseguradora del accidente, sea el Instituto o la Mutua la responsabilidad de todas las prestaciones reconocidas por ley, obligándose a su pago directo, sin perjuicio del derecho que tiene a repetir contra el empresario incumplidor. Y con mención expresa, se repite, de las mutuas patronales, razón por el que el precepto sólo se refiere a los accidentes de trabajo, y como tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo el anticipo por parte de las mutuas aseguradoras alcanza a las prestaciones causadas por accidentes de trabajo sufridos por trabajadores de las empresas con las que se encuentran asociadas cuando el trabajador no había sido dado de alta en el momento del accidente.

Así, la STS de 27 de diciembre de 1994 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. Igual doctrina han declarado las STS de 12 de julio, 22 de noviembre y 21 de diciembre de 1994, para los supuestos de falta de alta.

Igualmente la STS de 3 de abril de 1998, recordando las SSTS de 3 de abril de 1997 y 11 de diciembre de 1995, afirma que «el complejo cuadro de responsabilidades que surge en los supuestos de afiliación, alta o cotización está compuesto por los siguientes elementos: 1) El empresario incumplidor de estos deberes, es, en principio responsable directo de las prestaciones previstas para remediar las consecuencias del accidente; 2) la mutua de accidentes tiene la obligación de anticipar de manera inmediata el pago de la prestación al accidentado, si el empresario no lo hace; 3) subsiste la responsabilidad indirecta de

garantía de las prestaciones a cargo de la entidad gestora, para el supuesto de insolvencia del sujeto responsable de las mismas sea la empresa; y 4) tras el anticipo de prestaciones por parte de la mutua, esta se subroga, en su caso, en los derechos del accidentado tanto frente al empresario responsable directo, como frente al INSS, responsable por vía de garantía».

1.1.3. Responsabilidad empresarial y subsidiaria del INSS, por falta de alta en la prestación de asistencia sanitaria derivada de accidentes de trabajo

La STS de 14 de junio de 2016 (recurso 834/2015) establece que procede el anticipo por la Mutua de la prestación de asistencia sanitaria derivada de accidente de trabajo. Se incluyen dentro de esta prestación los gastos por honorarios médicos de facultativo no integrado en la organización de la salud, siendo el INSS responsable subsidiario.

1.1.4. Incapacidad Temporal abonada en pago delegado y descontada y responsabilidad subsidiaria del INSS

La STS de 29 de noviembre de 2011 (recurso 372/2011) determina que no procede la responsabilidad subsidiaria del INSS, como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo en el supuesto en el que el empresario responsable por incumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social, abonó la prestación de IT en pago delegado y descuenta luego su importe a la Mutua, descuento indebido por tratarse de una responsabilidad propia y no de un pago delegado. La responsabilidad del Fondo de Garantía de Accidentes cumple su función cuando la «entidad aseguradora» o el «patrono» dejasen de satisfacer las prestaciones, pero no se extiende a cubrir los perjuicios que la entidad colaboradora pueda sufrir por el funcionamiento irregular de la repercusión del pago delegado en la recaudación en periodo voluntario.

1.2. Responsabilidad empresarial por falta de cotización

1.2.1. Doctrina General. Necesidad de que el incumplimiento sea rupturista

La doctrina general sobre la responsabilidad empresarial por defectos de cotización se establece en la STS de 1 de febrero de 2000

(recurso 694/1999) que determina dicha responsabilidad cuando se hayan producido incumplimientos empresariales transitorios o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir su obligación de cotizar.

La citada sentencia considera que no resulta aplicable la doctrina establecida en la STS de 8 de mayo de 1997 para determinar la responsabilidad por falta de cotización para prestaciones derivadas de contingencias comunes, porque: 1º) La doctrina a que se está haciendo referencia se construyó pensando exclusivamente en prestaciones cuya obtención no depende de la cobertura de dicho periodo, como es el caso de las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo, de manera que la prueba del incumplimiento empresarial habrá que seguir determinándola con arreglo a otros criterios, puesto que no existe ese referente; 2º) el principio «non bis in idem» es de aplicación cuestionable en estos supuestos, en especial cuando concurre la insolvencia del empresario; 3º) la exención de la responsabilidad empresarial por el solo hecho de que la existencia o inexistencia de cuotas no influye en la relación de protección supondría tanto como eliminar el carácter contributivo de las prestaciones derivadas de riesgos laborales; 4º) en los riesgos profesionales el responsable de las consecuencias del accidente es el empresario y por ello, es más difícil que en los riesgos comunes aceptar que pueda servirle como causa eximente de la responsabilidad del impago de las primas para hacer frente a las contingencias derivadas de aquellos, cuando este descubierto, aun no siendo determinante del derecho a la prestación, aparece como un manifiesto incumplimiento de aquella obligación.

Se considera rupturista un descubierto de 6 meses en 1985, 8 meses en 1986, 7 meses en 1987, febrero de 1988 (STS de 29 de febrero de 2000 recurso 1106/1999); cuando el descubierto comprende 7 meses en 1985, 4 meses en 1996 (STS de 27 de marzo de 2000 recurso 2474/1999); cuando alcanza 1 mes de 1991, 8 meses de 1992, 12 meses de 1993, 12 meses de 1994, 12 meses de 1995, y hasta julio de 1996, fecha del accidente (STS de 31 de marzo de 2000 recurso 2271/1999); hasta la fecha del accidente, la empresa estaba en descubierto: 12 meses de 1990, 12 meses de 1991, 6 meses de 1992, de julio a diciembre de 1993, 12 meses de 1994, 12 meses de 1995, 12 meses de 1996 y 5 meses de 1997 (STS de 19 de abril de 2000 recurso 1976/1999); cuando la empresa estaba en descubierto durante un

periodo de más de dos años, de mayo de 1993 a abril de 1995, antes y después del accidente ocurrido el 11 de junio de 1996 (STS de 13 de noviembre de 2000 recurso 4380/1999); cuando la deuda alcanza desde junio de 1988 hasta agosto de 1997 (STS de 27 de noviembre de 2000 recurso 3305/1999); cuando no se cotizó (STS de 4 de diciembre de 2000 recurso 3903/1999); desde enero de 1994 hasta el accidente ocurrido el 12 de noviembre de 1997 (STS de 15 de diciembre de 2000 recurso 4348/1999); durante toda la relación laboral desde enero de 1996 hasta septiembre de 1996 (STS de 1 de febrero de 1999 recurso 694/1999); cuando existen incumplimientos reiterados entre junio de 1989 y febrero de 1999 (STS de 12 de abril de 1991 recurso 131/2000); durante un periodo superior a dos años, desde septiembre de 1995 a marzo de 1998, antes y después de la fecha del accidente que tuvo lugar en diciembre de 1997 (STS de 21 de marzo de 20021 recurso 2187/2000); cuando se producen descubiertos persistentes durante tres años (STS de 5 de febrero de 2001 recurso 2122/2000); cuando el descubierto se produce desde el mes de julio de 1996 hasta julio de 1997, fecha del accidente, haciéndose solo efectiva la cotización en dicho mes (STS de 6 de marzo de 2001 recurso 4606/1999); cuando el descubierto comprende el periodo de mayo de 1993 y enero de 1995 (STS de 17 de septiembre de 2001 recurso 1824/2000); cuando la deuda asciende al periodo de julio de 1992 a marzo de 1997, antes y después del accidente ocurrido el 20 de septiembre de 1996 (STS recurso 3099/2000); cuando el descubierto alcanza desde el mes de diciembre de 1993 hasta octubre de 1995, fecha del accidente, sin que conste cotización posterior ni indicio alguno de la existencia de circunstancias moderadoras del incumplimiento empresarial (STS de 16 de enero de 2001 recurso 4043/1999); cuando se produce un descubierto ininterrumpido desde julio de 1995 hasta la fecha del accidente ocurrido en agosto de 1996 (STS de 13 de mayo de 2002 recurso 3336/2001); cuando existe una deuda desde enero de 1993 hasta diciembre de 1997, anterior y posterior a la fecha del accidente, 25 de octubre de 1996 (STS de 27 de mayo de 2004 recurso 2843/2003); con un descubierto superior a dos años se determina la responsabilidad en la pensión de incapacidad permanente total (STS de 16 de mayo de 2007 recurso 4263/2005).

1.2.2. Responsabilidad por infracotización

La STS de 26 de febrero de 2008 (recurso 2341/2006) indica que corresponde la responsabilidad empresarial por cotización inferior a la debida durante todo el tiempo que duró la relación laboral, correspondiendo a la diferencia en el importe de la pensión de gran invalidez.

1.2.3. Descubiertos no rupturista

La STS de 15 de enero de 2008 (recurso 394/2006) no considera rupturista un descubierto desde julio de 1995 a mayo de 1996, fecha del accidente y octubre a diciembre de 1996, por cuyos descubiertos se sigue la vía ejecutiva dado que la empresa 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 (STS de 19 de febrero de 2001 recurso 4602/2000).

Tampoco resulta rupturista el descubierto de un año (STS de 27 de marzo de 1999 recurso 1024/1998); o descubierto de ocho meses (STS de 25 de enero de 1999 recurso 2345/1998); tampoco procede considerar rupturista el descubierto que ascendía el año 1983, cuando la empresa, aunque tenía pendientes de abono las primas por accidente correspondientes al periodo 12/83, la empresa, aunque tenía pendientes de abono las primas por accidentes correspondientes al periodo 12/83 a 1/85, de 9/95 a 5/96 y 8/96, habiéndose producido el accidente en enero de 1996; o cuando afecta a dos meses (STS de 15 de enero de 2008 recurso 3964/2006).

1.2.4. Condiciones determinantes de la responsabilidad

1.2.4.1. Necesidad de que los descubiertos sean anteriores al hecho causante

La SSTS de 22 de febrero de 2001 (recurso 2033/2000) y 24 de marzo de 2001 (recurso 794/2000) establece que solo pueden tenerse en cuenta las cotizaciones anteriores al hecho dando que la responsabilidad empresarial trae causa de su actuación al momento de producirse el

hecho causante, y no de la posterior, lo asegurado en el accidente de trabajo es el siniestro, y aquel se producía con el hecho causante, por otra parte, como allí se dice si en los casos de infracotizaciones, en orden a las prestaciones éstos no se compensarán con responsabilidad anudada al descubierto ocasional existente en el momento del hecho causante, pueda vaciarse por la circunstancia de que con posterioridad al incumplimiento de cotizaciones éstas hayan tenido continuidad.

En el mismo sentido, la STS de 11 de febrero de 2004 (recurso 3205/2003) señala que no procede la imputación de responsabilidad en orden a las prestaciones en los casos de descubiertos empresariales en la cotización cuando se trata de descubiertos ocasionales y posteriores la del hecho causante.

1.2.4.2. Necesidad de individualizar *ad personam* la afectación del descubierto

La STS de 16 de febrero de 2016 (recurso 737/2014) determina que el INSS no es responsable subsidiario, en caso de insolvencia del empresario, por no existir responsabilidad directa y principal de la empresa pese al descubierto de cotizaciones, al corresponder la deuda a la falta de cotización respecto de toda la plantilla de la empresa, sin especificar el alcance en el periodo anterior al hecho causante y por tanto su trascendencia.

1.2.4.3. Necesidad de que concurra un ánimo defraudatorio

La STS de 26 de septiembre de 2008 (recurso 3383/2006) considera que se debe imputar a la empresa en el abono parcial de la prestación cuando con ánimo defraudatorio el empresario abonó una prima inferior a la correspondiente.

En cambio, no procede la imputación cuando se constata que por erro se abonaron las cuotas en virtud de primas inferiores a la correspondiente (STS de 18 de febrero de 2008 recurso 1263/2007); (STS de 21 de julio de 2009 (recurso 1403/2008); (STS de 13 de octubre de 2009 recurso 4063/2008).

En este sentido, la STS de 16 de junio de 2005 (recurso 332/2003) considera que existe responsabilidad empresarial en relación con una pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad laboral en

la que se acredita una infracotización en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social por parte de la empresa y durante un periodo que abarca a todo el año 2000 y que no se extiende, no solo al trabajador demandante sino a 37 más de los que componen la plantilla. Dicha infracción fue objeto de levantamiento de acta de liquidación por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin que haya quedado acreditado en la sentencia impugnada que se hubiera hecho efectivo el pago de liquidación y de la correspondiente sanción. Por otra parte, no puede desconocerse que la sentencia recurrida se apoya todo su razonamiento jurídico en la conducta poco clara de la empresa recurrente que, bajo el impreciso concepto de «asignación gastos convenida» incluye una serie de emolumentos de distinta naturaleza, respecto de los que incurre en la infracotización.

1.2.4.4. Indiferencia del abono posterior al hecho causante

La STS de 16 de diciembre de 2009 (recurso 650/2009) señala que la calificación como rupturista de un descubierto durante 25 meses consecutivos no se ve alterada por la circunstancia de que, con posterioridad al hecho causante se abonen las cuotas debidas.

1.2.5. Supuestos en los que no procede la imputación de responsabilidad

1.2.5.1. Incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo e incumplimiento del pago delegado

La STS de 22 de febrero de 2012 (recurso 1895/2011) recuerda que es la mutua la responsable del pago de las prestaciones cuando se interrumpe el pago delegado de la empresa, pero con descuento en las liquidaciones de las cuotas, al no existir descubiertos en las cotizaciones, no existiendo, por ende, responsabilidad subsidiaria del INSS. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 3 de julio de 2002 (recurso 2659/2001); de 7 de febrero de 2012 (recurso 2132/2011).

1.2.6. Anticipo en el pago de las prestaciones

La STS de 10 de noviembre de 2009 (recurso 288/2009) señala que en los supuestos de incapacidad permanente derivadas de accidente de trabajo en los que se declare la responsabilidad empresarial directa a su

abono por haber incumplido sus obligaciones de Seguridad Social, en especial por constatarse una falta de cotización rupturista o expresiva de una voluntad de incumplimiento, procede la responsabilidad de la Mutua de anticipar la prestación, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo.

1.2.7. Responsabilidad subsidiaria del INSS como Fondo de Garantía Salarial

1.2.7.1. Riesgo durante el embarazo. No existe responsabilidad subsidiaria del INSS

La STS de 19 de mayo de 2014 (recurso 522/2013) indica que no procede la responsabilidad subsidiaria del INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, en el caso de insolvencia empresarial, al tratarse de una prestación de naturaleza «preventiva», cuya cualidad de «profesional» no se predica de la contingencia sino solo de la prestación.

1.2.7.2. Responsabilidad subsidiaria del INSS y Concurso

La STS de 21 de noviembre de 2013 (recurso 2065/2012) señala que la declaración de concurso de la empresa equivale a insolvencia empresarial y permite exigir la responsabilidad subsidiaria.

2. IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PRESTACIONAL DERIVADA DE CONTINGENCIAS COMUNES

2.1. Doctrina General

La STS de 8 de mayo de 1997 (recurso 3824/1996) establece la doctrina general en materia de responsabilidad empresarial derivada de contingencias comunes señalando que el artículo 167.2 LGSS establece que el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva, y el artículo 94.2.b)

LSS/1966 prevé que el empresario responderá de las prestaciones causadas por falta de ingreso de las contingencias a partir de la iniciación del segundo mes siguiente a la fecha en que expire el plazo reglamentario establecido para el pago. Pero después hay que señalar que las cotizaciones efectuadas fuera de plazo a que se refiere el apartado b) de la norma primera del número 3 del artículo 92, no exonerarán de responsabilidad, el artículo 95.4 de la misma Ley prevé que en el supuesto a que se refiere el apartado b) del nº 2 del artículo anterior, podrá moderarse reglamentariamente el alcance de la responsabilidad empresarial cuando el empresario ingrese las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores. Por su parte la doctrina jurisprudencial ha moderado también la rigidez de la norma valorando la gravedad del incumplimiento empresarial y en este sentido la sentencia de 1 de junio de 1992, recogiendo y sintetizando la anterior doctrina de la STS de 20 de marzo de 1987, 10 y 21 de octubre de 1998, establece que el desplazamiento de la responsabilidad no debe producirse cuando los descubiertos sean ocasionales o esporádicos y de corta duración, pues un simple retraso o impago de las cuotas no puede constituir un motivo de asunción de responsabilidad por parte de la deudora, ya que en estos casos no es posible entender que existía una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación.

No desconoce la Sala que el artículo 94.2.b) LSS/1966 ya citado configura el supuesto de responsabilidad por falta de ingreso de las cotizaciones de una forma en que ese incumplimiento se desvincula de las repercusiones de la falta de cotización en los requisitos de acceso a la protección: se responde por la simple falta de cotización; no por los efectos de ésta en la relación de protección. Pero este precepto -hoy con valor reglamentario y procedente de una norma preconstitucional- debe ser objeto de una interpretación sistemática y finalista en la línea ya iniciada por la Sala (sentencias de 22 de octubre de 1975, 29 de enero de 1980, 16 de febrero de 1981 para salvar su legalidad y su conformidad con algunos principios fundamentales del ordenamiento jurídico y garantías constitucionales. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en el marco de la ordenación del contrato de seguro con el incumplimiento de la obligación de abonar las primas (Artículo 15 de la ley 50/1980), en el derecho de la Seguridad Social el incumplimiento de la obligación de cotizar no extingue las relaciones de seguridad social y el cobro de las

cotizaciones debidas se realiza por vía ejecutiva con abono de los recargos procedentes. Por ello, para no vulnerar el principio «non bis in idem» -cuya proyección constitucional reconocen las sentencias del tribunal constitucional 2/1981 y 159/1985- la responsabilidad empresarial en las prestaciones por falta de cotización tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección de forma que la falta de cotización imputable al empresario impida la cobertura del periodo de cotización exigido. En otro caso se sancionaría dos veces la misma conducta (sanción administrativa directa y sanción indirecta también administrativa por la vía de una responsabilidad, que no justifica en el marco de la relación de protección) en un efecto que no puede autorizar una regla, que como el artículo 94.3 de la Ley 21 de abril de 1966, que tiene, como se ha dicho valor forma, se vulneraría además, como ya señaló la sentencia de 27 de febrero de 1966, el principio de proporcionalidad, pues el alcance de la responsabilidad no está en función de la gravedad del incumplimiento, sino de la cuantía de la prestación causada y de las demás variables que determinan en su caso el importe del capital coste cuando se trata de pensiones.

Desde esta perspectiva hay que examinar el artículo 167 LGSS y en él se advierte que el nº 1 establece claramente que cuando el derecho a la prestación se haya causado por haberse cumplido los requisitos legalmente previsto (el alta y, en su caso, los periodos de cotización) la responsabilidad corresponde a la entidad gestora, a la mutua de accidentes de trabajo o al empresario que asuma directamente el riesgo en virtud de las normas sobre la colaboración voluntaria y, si ello es así, la regla del artículo 167.2 LGSS sobre la responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de cotización no puede 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. El empresario está obligado a reparar ese perjuicio y por ello debe responder, aunque la entidad gestora, para cumplir el interés público en la protección efectiva de las situaciones de necesidad, anticipe el pago de la prestación de acuerdo con el principio de automaticidad. Fuera de este supuesto el incumplimiento empresarial en materia de cotización será objeto de sanción con independencia de la

recaudación en vía ejecutiva de las cotizaciones adeudadas, pero no debe determinar un supuesto de responsabilidad.

2.2. Responsabilidad empresarial por falta de alta en contingencias comunes

2.2.1. Anticipo de la entidad gestora en pensión de jubilación

La STS de 17 de marzo de 2006 (recurso 832/2005) establece que procede el anticipo de la entidad gestora cuando el trabajador no estuviera en alta en el momento del hecho causante por incumplimiento empresarial de alta y cotización, y ello aun cuando como significa la STS de 25 de septiembre de 2008 (recurso 2914/2007) se recauden en vía ejecutiva las cotizaciones adeudadas no prescritas, pues el anticipo procede aun cuando el trabajador no estuviere en alta en el momento del hecho causante cuando la empresa incumplió sus obligaciones de alta y cotización.

En relación con la jubilación anticipada la STS de 19 de junio de 2000 (recurso 3833/1999) señala que el artículo 96.3 LSS/1966 resulta aplicable aunque se limite su alcance aplicando en todo su rigor los artículos 94 a 97 LSS/1966, en los términos de la DT 2ª del Decreto 1645/1972, de 23 de junio, les otorga valor reglamentario en ordena la imputación de responsabilidades, pues el artículo 95.2 LSS/1966 impone a la entidad gestora la obligación de anticipar la prestación de vejez cuando el trabajador estuviera en alta y el empresario no hubiera satisfecho todas las cuotas debidas. Obligación que solo cede en supuesto de tratarse de una empresa desaparecida.

2.2.2. No procede anticipo de la entidad gestora en incapacidad permanente e incapacidad temporal

La STS de 9 de abril de 2001 (recurso 3860/1999) señala que se distinguen dos tipos de prestaciones: las que tienen reconocido un régimen completo de automaticidad y aquellas en las que ese régimen está limitado o condicionado, de forma que se aplica para los supuestos en que el trabajador se encuentra en alta en el momento en que se actualiza la contingencia determinante. Esto es lo que sucede en el presente caso. En efecto, aunque el artículo 96.3 LSS/1966 prevé la extensión a «pensiones y subsidios de invalidez y supervivencia» del

beneficio del anticipo establecido para la jubilación en el artículo 96.2 LSS/1966, esta previsión está limitada a los trabajadores en alta y el actor no lo estaba en el momento en que causó la prestación. Tampoco puede aplicarse la regla del artículo 94.5 LSS/1966 que extiende al accidente no laboral el beneficio de garantía previsto en el nº 4 para las contingencias profesionales.

Por su parte la STS de 17 de febrero de 2009 (recurso 4230/2007) determina la responsabilidad exclusiva de la empresa por no estar el trabajador en alta en la Seguridad Social en el momento del hecho causante, sin que el INSS venga obligado a anticipar el importe de la prestación. En el mismo sentido la STS de 10 de julio de 2007 (recurso 4168/2006) indica que si el trabajador no está en alta, la responsabilidad recae directa y exclusivamente sobre la empresa, sin que exista obligación de anticipo del INSS ni responsabilidad subsidiaria.

2.2.3. Responsabilidad por falta de alta cursada fuera de plazo e invalidez de las cuotas posteriores al alta

Las SSTS de 213 de junio de 2003 (recurso 3079/2002), de 11 de julio de 2006 (recurso 1978/2005) y de 11 de octubre de 2006 (recurso 2219/2005) señalan que procede determinar la responsabilidad empresarial cuando tanto el alta como la cotización se formalizó con posterioridad al hecho causante, no aplicándose el artículo 35.1.1º.3 RD 84/1996, que permite la retroactividad del alta a la fecha en que se haya producido el ingreso de las cuotas.

2.3. Responsabilidad empresarial por falta de cotización en contingencias comunes

2.3.1. Principio de proporcionalidad y afectación para el acceso a la prestación

La STS de 3 de julio de 2002 (recurso 2901/2002) dispone la distribución de la responsabilidad de la pensión de viudedad y orfandad entre el INSS y la empresa en base a la trascendencia del incumplimiento en la carencia.

La STS de 5 de noviembre de 2019 (recurso 1610/2017) establece la responsabilidad empresarial derivada de la falta de alta y cotización de

una trabajadora cuando por causa de ese hecho no se acreditan suficientes cotizaciones para jubilarse anticipadamente con 62 años, será compartida de la empresa y del INSS en proporción a los descubiertos existentes y cotizaciones realizadas, tanto durante el periodo de tiempo que a la trabajadora le faltaba para cumplir los 65 años, como a partir del mismo, máxime cuando la demora en cursar el alta en la Seguridad Social obedeció a las dudas sobre la naturaleza de la relación laboral.

Igualmente, la STS de 21 de enero de 2014 (recurso 2885/2012) significa que no procede la imputación de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones cuando existiendo descubiertos en la cotización en la fecha del hecho causante, ésta no alcanza trascendencia suficiente en la relación jurídica de protección al no impedir la cobertura del periodo exigido.

2.3.2. Principio de proporcionalidad y afectación para determinar la cuantía de la prestación

Las SSTS de 22 de julio de 2002 (recurso 44999/2001) y 19 de marzo de 2014 (recurso 2287/2003) determinan la responsabilidad en la parte proporcional correspondientes a los descubiertos habidos, aunque estos no afecten a la carencia para obtener la pensión si tiene incidencia en el porcentaje. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 2 de junio de 2004 (recurso 1268/2021); de 18 de noviembre de 2005 (recurso 5325/2004).

Igualmente, en relación con la pensión de incapacidad permanente absoluta, la STS de 10 de marzo de 2009 (recurso 4016/2007) señala la responsabilidad del empresario en proporción al periodo de descubierto que afecta a la cuantía de la pensión; la STS de 11 de noviembre de 2009 (recurso 513/2009) impidiendo cubrir el periodo de carencia exigible.

La STS de 29 de septiembre de 2020 (recurso 3074/2018) dispone la responsabilidad por infracotización de las mercantiles recurrentes en la parte de pensión que corresponde al trabajador jubilado.

La STS de 8 de marzo de 2011 (recurso 1075/2010) establece que corresponde el abono de la prestación al empresario por haber incurrido en infracotización, aunque la falta de cotización sea esporádica u ocasional, en la cuantía correspondiente a la diferencia resultante en la base reguladora.

La STS de 23 de abril de 2010 (recurso 2216/2009) establece que procede la imputación de responsabilidades en orden a la prestación de incapacidad permanente parcial por descubiertos de corta duración en la cotización aunque correspondan a la totalidad del tiempo trabajado.

La STS de 17 de noviembre de 2004 (recurso 5997/2003) establece la responsabilidad empresarial por infracotización por no prorratear durante los doce meses las percepciones con devengo superior al mes, como es el caso de las primas de los deportistas profesionales.

En el mismo sentido, se pronuncia la STS de 22 de julio de 2020 (recurso 54/2018) en el supuesto de falta de cotización empresarial durante un largo periodo de tiempo fue debida a que la relación se entendía no laboral (perito tasador de seguros) hasta que la sentencia sea firme la declaró como tal, voluntad rebelde al cumplimiento de la obligación imputándose la responsabilidad empresarial por la diferencia del importe de la base reguladora.

La STS de 7 de julio de 2009 (recurso 2612/2008) establece que procede imponer la responsabilidad del Ministerio de Educación y de la Comunidad autónoma por la infracotización por los profesores de religión católica, sin que exista voluntad deliberadamente culpable o maliciosa aplicándose el principio de proporcionalidad. Igualmente, las SSTS de 29 de octubre de 2009 (recurso 4447/2008) y de 20 de septiembre de 2010 (recurso 3268/2009) determinan la responsabilidad proporcional al periodo de falta de alta y cotización.

2.3.3. Necesidad de ánimo defraudatorio

La STS de 25 de junio de 2003 (recurso 3478/2002) establece que procede determinar la responsabilidad empresarial cuando no ha quedado acreditado un comportamiento empresarial que responda a los predicados de la buena fe, sino al contrario, pretendió soslayar el contenido de una sentencia firme que había declarado la existencia de relación laboral entre las partes.

En cambio, la STS de 5 de julio de no puede declararse la responsabilidad la responsabilidad del empresario del subsidio de incapacidad temporal, iniciada por el trabajador en momento posterior al día de su despido, cuando la empresa procedió en esa fecha a darle de baja en Seguridad Social y dejó de cotizar por él, aunque después. Al

reconocerse judicialmente la improcedencia del despido y optase por la indemnización, se procede a dar de alta nuevamente al trabajador por se tiempo y se cotiza por él durante el tiempo en que se percibieron salarios de tramitación, baja latente durante el despido que no puede dar lugar a responsabilidad.

Por su parte, las SSTs de 27 de enero de 2009 (recurso 616/2008) establece que no procede la responsabilidad en incapacidad temporal cuando la falta de alta fue propiciada por error de la entidad gestora.

2.3.4. Responsabilidad en caso de defectuosa cotización tras cese en el pluriempleo

La STS de 3 de abril de 2001 (recurso 3221/1999) señala que el empresario está obligado a reparar el perjuicio causado y por ello debe responder, aunque la entidad gestora, para cumplir el interés público de la protección efectiva de las situaciones de necesidad, anticipe el pago de la prestación de acuerdo con el principio de automaticidad., pues obvio que el trabajador sufrió un claro perjuicio por la falta de ingreso de las cotizaciones adecuadas, con la correspondiente minoración de la base reguladora, situación que no debe sufrir el asegurado. En cambio, la STS de 26 de junio de 2007 (recurso 2264/2006) considera que no procede la imputación de responsabilidad cuando no se constata una voluntad incumplidora empresarial en un supuesto de cese en la situación de pluriempleo sin comunicación por el trabajador de tal circunstancia a la entidad empleadora.

2.3.5. No procede la responsabilidad del SEPE en pensión de jubilación por defectos en la cotización

La STS de 31 de mayo de 2000 (recurso 2550/1999) señala que el SEPE no incurre en responsabilidad por infracotización, ya que ello es algo que la legislación vigente expresamente reserva al empresario, El SEPE por el contrario asume la gestión y pago de las prestaciones, en sentido amplio, de desempleo, y una parte de estas está constituida por las cotizaciones a la Seguridad Social, incluidas las propias de la jubilación. Por tanto, si es esta gestión, y en la dispensa de las prestaciones se incurre en alguna deficiencia, se subsanará en la prestación dineraria que el beneficiario percibe directamente, mediante la oportuna reclamación administrativa y judicial si fuera preciso; y en

las cotizaciones, mediante su adecuado cálculo o corrección de los importes si se hubiera sufrido un error, lo cual es un problema interno entre las entidades gestoras.

2.4. Responsabilidad subsidiaria

2.4.1. No existe responsabilidad subsidiaria del INSS en contingencias comunes¹

La STS de 27 de abril de 2005 (recurso 2130/2004), apunta que no procede responsabilidad subsidiaria del INSS por incumplimiento del pago delegado de la empresa, en los procesos de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes aseguradas con una mutua.

2.4.2. No existe responsabilidad subsidiaria de la empresa por la percepción indebida de prestaciones

La STS de 15 de julio de 2003 (recurso 2863/2002) indica que el empresario no responde de las prestaciones indebidamente abonadas en pago delegado por incumplimiento del trabajador de los requisitos de acceso a la prestación correspondiendo a la entidad gestora exigir del trabajador el reintegro de las prestaciones.

3. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

La STS de 26 de febrero de 2008 (recurso 3383/2006) determina que corresponde a la jurisdicción social para conocer la ejecución de resoluciones administrativas dictadas por el INSS declarando la responsabilidad empresarial, y de la que se desprende la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora como continuador del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo. En el mismo sentido se pronuncia las SSTs de 4 de febrero de 2000 (recurso 1947/1999) y de 25 de julio de 2000 (recurso 4178/1999).

¹ SSTs de 8 de junio de 2006 (recurso 871/2005); de 20 de noviembre de 2006 (recurso 2975/2005); 2 de julio de 2007 (recurso 686/2006); 15 de enero de 2007 (recurso 3035/2005); de 19 de enero de 2007 (recurso 4533/2005); de 22 de febrero de 2007 (recurso 1618/2005); de 30 de enero de 2008 (recurso 4535/2002).

En el mismo sentido insiste la sentencia del TS de 9 de abril de 2019 (recurso 2150/2017) declarando la competencia de la jurisdicción social para conocer de la pretensión de reintegro ejercitada por una mutua derivada del cumplimiento de la resolución administrativa que 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.

4. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL, EL REINTEGRO DE LAS PRESTACIONES Y LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL INSS

Las SSTs de 26 de junio de 2002 (recurso 2661/2001) y de 9 de julio de 2001 (recurso 3889/2000) recuerda que el plazo de prescripción de cinco años previsto en el artículo 53.1 LGSS. En estos casos, las SSTs de 22 de enero de 21009 (recurso 3858/2007) y de 5 de octubre de 2011 (recurso 3580/2011) la responsabilidad del INSS solo se produce en caso de insolvencia de la mutua y no, de la empresa.

5. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE DESEMPLEO

5.1. Responsabilidad en materia de prestaciones por desempleo

La STS de 17 de septiembre de 2001 (recurso 1904/2000) señala que aunque el descubierto tenía repercusión en la cuantía y periodo de percepción de la prestación por desempleo, el retraso en el pago de las cuotas de tres meses que fueron abonadas con escasa demora por parte de la empresa. El incumplimiento carece, por tanto, de la gravedad suficiente para determinar la responsabilidad de la empresa. En el mismo sentido, se pronuncia la STS de 10 de diciembre de 2001 (recurso 4891/2021) en un caso de descubierto de tres meses por un incumplimiento que fue atenuado por el abono tardío de las cotizaciones debidas.

5.2. Subsidio por desempleo

La STS de 29 de abril de 2001 (recurso 950/2000) dispone que no se tiene derecho al subsidio por desempleo y al anticipo de la entidad

gestora cuando el convenio colectivo obliga a cotizar a la empresa durante un periodo en el que no se prestaron servicios. En cambio, señala la STS de 13 de febrero de 2006 (recurso 4661/2004) que procede la responsabilidad empresarial en el pago del subsidio de desempleo para mayores de 52 años cuando el descubierto afecta al requisito de haber cotizado 6 años por desempleo y al periodo de carencia genérica para acceder a la jubilación.

Ahora bien, la STS de 14 de diciembre de 2004 (recurso 5291/2003) considera que por aplicación del principio de proporcionalidad no procede declarar la responsabilidad empresarial en el subsidio para mayores de 52 años cuando los descubiertos no afectan al contenido de la prestación.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN CUBA

ERNESTO CARBALLOSA SALERMO

*Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Granma, Cuba*

1. NOTAS INTRODUCTORIAS. 2. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19. 2.1. Interrupción y reubicación laboral. 2.2. Solución de conflictos laborales. 3. ESPECIAL MENCIÓN A LA PROTECCIÓN POST PANDEMIA. 4. CONCLUSIONES.

1. NOTAS INTRODUCTORIAS

El mundo del trabajo se ha visto profundamente afectado por la pandemia mundial del virus. Además de la amenaza que supone para la salud pública, el trastorno económico y social amenaza los medios de vida y el bienestar a largo plazo de millones de personas. Los distintos países aplicaron medidas sin precedentes para hacer frente a la propagación de la enfermedad y mitigar sus efectos adversos en la economía y en el mercado laboral. Cada gobierno fue aplicando políticas y programas específicos procurando encontrar un equilibrio entre la protección de la salud pública y el mantenimiento a flote de la economía. Ante una pandemia de escala mundial, se promulgaron rápidamente nuevas leyes y políticas laborales y adaptaron las ya vigentes, haciendo hincapié en el control y la prevención de la COVID-19 en los lugares de trabajo. A pesar del carácter provisional de estas normas, hay quienes sostienen que no deben tratarse como meras medidas de emergencia ad hoc, sino como parte de un nuevo corpus de leyes laborales.

El estado de pandemia mundial ocasionada por la COVID-19 ha impactado negativamente en las instituciones del Derecho del Trabajo, ante las situaciones novedosas que nos hizo enfrentar la pandemia estuvo la utilización a gran escala de instituciones que en muchos casos traen efectos anexos al propio núcleo de la relación jurídica laboral. Esta rama del Derecho es la que más compete a la sociedad, ya que el Derecho del Trabajo es ejercitado diariamente por un número importante de cubanas y cubanos, todos aquellos que participan o ejercen alguna labor.

2. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

Los primeros casos positivos al COVID-19 en Cuba se reportaron en el mes de marzo de 2020 y las primeras medidas laborales no se hicieron esperar, el 1ro de abril se circularon un total de 18 medidas en la Orden Ministerial (OM) 414 de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, la primera fue el fomento del trabajo a distancia y el teletrabajo, instituciones muy poco utilizadas hasta el momento o desconocidas para la mayoría de empleadores y trabajadores, sin existir regulación alguna al respecto en el Código de Trabajo¹ y su Reglamento, lo que provocó incertidumbre y dudas, cuestiones que fueron superadas por las aclaraciones pertinentes de las autoridades del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social de que el lugar de trabajo se acordaba entre las partes, así como los horarios y duración de las jornadas, en virtud de lo regulado en el artículo 24 inciso e) del Código.

Se dispuso además como facultad discrecional de las administraciones no mantener laborando a trabajadores adultos mayores en condiciones de fragilidad, como medida preventiva, cuestión que promovió levantamientos de padecimientos y edades en las entidades para disponer cuales serían las personas afectadas desde el punto de vista laboral y beneficiadas desde el punto de vista de seguridad social, algunas deficiencias en estos procesos fueron identificadas como la declaración de suspensión de la relación laboral, al

¹ Ley No. 116 de 20 de diciembre de 2013, «Código de Trabajo», publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición Extraordinaria no. 29, de 17 de junio de 2014.

ser una situación novedosa e imprevista. Hay que destacar en esa etapa la labor desempeñada en los territorios por las filiales de la Oficina Nacional de Inspección del Trabajo con la ayuda metodológica y monitoreo constante de estos procesos. En estos casos los trabajadores devengaban una garantía salarial equivalente al 100% de su salario básico el primer mes y una vez decursado este el 60% mientras durara el aislamiento. En todos los casos si estos trabajadores podían desempeñarse en trabajo a distancia se aplicaría esta modalidad, más favorable salarialmente.

A los trabajadores que por disposiciones de las autoridades sanitarias se encontraban en aislamiento preventivo con ingreso domiciliario y restricción de movimiento durante un término de 14 días u otro que se dispusiera, recibían el 100% del salario básico durante ese periodo. Se reguló además que la madre, padre o familiar que tuviera la condición de trabajador y tuviera a su cargo a un menor al que se le suspendieran las clases en la educación primaria y especial, recibían durante el primer mes una garantía salarial equivalente al 100% de su salario básico durante el primer mes y de mantenerse la suspensión, el 60%.

Se prorrogaron las licencias no retribuidas a las madres que se encontraban en el disfrute de las licencias complementarias por maternidad y que al vencimiento de estas resultara imposible su incorporación a la entidad laboral por no tener otro familiar que pudiera cuidar de su hijo, medida de suma importancia pues la no incorporación al vencimiento de estas licencias es una de las causales plasmadas en el Código de Trabajo para dar por terminada la relación laboral por tiempo indeterminado por iniciativa del empleador. En este mismo sentido se extendió la duración de la licencia no retribuida otorgada a trabajadores para viajar al exterior por asuntos personales y no pudieran regresar debido a restricciones de viaje, que según lo regulado en la Resolución No. 43 de 2012 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social esta licencia podía ser aprobada por un término que no excediera los dos meses consecutivos en el periodo de un año natural.

En el orden salarial además se mantuvo el pago por resultados en el sistema empresarial, suprimiéndose la condicionante del crecimiento de las utilidades, siempre que las condiciones lo permitieran y se pagara

el salario básico si no pudiera pagarse por resultados. Ante la disminución de los ingresos en los núcleos familiares, siempre que pudiera ser verificada la insuficiencia de ingresos para los servicios básicos, se podía conceder una prestación monetaria temporal de asistencia social.

Para los trabajadores por cuenta propia se ordenaron una serie de medidas, para aquellas en que los niveles disminuyeron pero continuaron prestando servicios, se dispuso que el empleador garantizara a los trabajadores contratados una remuneración en proporción al tiempo real trabajado, no pudiendo ser inferior al salario mínimo del país. Se incluyó además como causa de suspensión temporal del ejercicio de la actividad por cuenta propia, la paralización temporal del servicio, previa solicitud del interesado. Cuestiones estas controversiales pues solo se dispuso protección a los trabajadores contratados incorporando elementos como proporcionalidad en relación al tiempo real trabajado, de dominio por el sector estatal y de difícil cumplimiento en el sector privado ante la disminución de las actividades, dejando en total desprotección a los titulares del trabajo por cuenta propia, aunque estos podían acogerse a mecanismos como la asistencia social lo cierto es que muchos nunca pudieron recuperarse, en gran medida porque se vieron más afectados que otros en dependencia de la situación epidemiológica del domicilio donde realizaban sus actividades y las continuas decisiones de las autoridades locales de cuarentenas, cierres de áreas y de actividades.

En el orden de la administración pública se extendieron y prorrogaron una serie de autorizaciones, prestaciones, trámites y términos de vigencia relacionados con las instituciones antes analizadas.

De acuerdo a las experiencias adquiridas en pocos días el 7 de abril de 2020 se emite la OM 455 de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, en esta se esclareció que la protección salarial prevista días antes era aplicable a trabajadores que sin ser adultos mayores, tuvieran condiciones físicas frágiles y se requiriera el aislamiento social. Se incluyó que las madres que decidieran no llevar a los niños pequeños a los lugares de cuidado y que no hubieran sido declaradas interrumpidas o laborando a distancia, incluido el teletrabajo, recibieran durante el

primer mes una garantía salarial equivalente al 100% del salario básico y hasta tanto se mantuviera la situación epidemiológica el 60%.

Un elemento importante en este documento fue la suspensión temporal de la tramitación de los procesos laborales recibidos o en tramitación, por los órganos que en las entidades resuelven los conflictos de trabajo, elementos que se desarrollarán más adelante.

En fecha 8 de julio de 2020 fue publicado el Decreto No. 8 del Consejo de Ministros², sobre las medidas a implementar para la etapa de recuperación post Covid, algo que en ese momento resultaba demasiado optimista teniendo en cuenta que la situación se agravó considerablemente durante los meses posteriores, esta norma en el apartado de las medidas laborales se encargó de reunir las medidas declaradas en las OM emitidas e incorporar algunas novedosas sobre todo en lo referente al sistema empresarial.

El 10 de diciembre de 2020 fue declarada en nuestro país la tarea ordenamiento, en la que se dispuso la unificación monetaria y cambiaria, la corrección de precios relativos en el segmento de las personas jurídicas, la eliminación de subsidios excesivos y gratuidades indebidas y transformación en la distribución de los ingresos de la población, en lo referido a salarios, pensiones y prestaciones de la asistencia social, un hecho que introdujo varias modificaciones legislativas al Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, entre las normas más importantes debemos significar la Resolución 29 de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social que estableció el salario mínimo del país en 2100,00 pesos cubanos mensuales, así como aprobó las escalas y tarifas salariales de aplicación a todos los trabajadores, entre otras cuestiones salariales.

Siendo así el 19 de enero de 2021 se emite la OM 65, teniendo en cuenta las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo Temporal Nacional para la contención del COVID-19, en la fase de transmisión autóctona limitada, se dispuso mantener la actividad productiva y de servicios en todos los sectores de la economía, continuar el fomento del

² Decreto No. 8 de 22 de junio de 2020, «Sobre las medidas a implementar para la etapa de recuperación post-COVID-19», publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria no. 37, de 15 de julio de 2020.

teletrabajo y el trabajo a distancia, incorporándose como novedad que se implementara un sistema de control para medir los resultados. Se mantuvo la garantía a los trabajadores impedidos de asistir al trabajo por encontrarse en aislamiento preventivo, ingreso domiciliario o restricción de movimiento, recibiendo el 100% del salario básico durante el periodo en que se acreditara tal condición. Ante interrupciones laborales se definió defender el cambio de labor hacia otras actividades y cuando no quedaran alternativas en el territorio proceder a declarar la interrupción. A los trabajadores declarados interrumpidos, madre, padre o familiar encargado del cuidado del menor al que le fuera suspendida la escuela y no pudieran asistir al trabajo, se les pagaría el primer mes el 100% del salario básico y a partir del segundo mes el 60%, en el caso que este 60% fuera inferior a 1528,00 pesos, cuantía definida para la adquisición de la canasta básica de bienes y servicios, se pagaría este monto al trabajador aunque representara un por ciento superior al 60.

El 16 de junio de 2020 fueron publicados el Decreto 6 y la Resolución 19 de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social³, en aras de darle rango de norma jurídica a las medidas ya emitidas en órdenes ministeriales en el Decreto 6 y la Resolución 19 se describían todas las analizadas anteriormente, incorporando sustanciales procedimientos y garantías.

Al agravarse la situación epidemiológica y pasar nuestro país a la fase de transmisión comunitaria se emite la OM 666 de fecha 1ro de julio de 2021, en esta se incluyó el tratamiento a los trabajadores que por disposición de la autoridad sanitaria se decretara su aislamiento preventivo en un centro de salud u otro destinado a tales fines, recibiendo durante ese periodo una garantía salarial equivalente al 50% del salario promedio de los doce meses anteriores a la fecha del ingreso, se ratificaron algunas de las medidas ya explicadas en otras órdenes y se definió la suspensión de varios trámites.

³ Decreto No. 6 de 21 de mayo de 2020 y Resolución 19 de 22 de mayo de 2020, publicados en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria no. 39, de 16 de junio de 2020.

2.1. Interrupción y reubicación laboral

La reubicación laboral parte, en nuestro Código de Trabajo, de instituciones como la disponibilidad y la interrupción laboral, identificada la primera en el artículo 53 y la segunda en el artículo 57, disponiendo las causales ante las cuales se produce tal fenómeno, lo que en consecuencia conlleva a un proceder por la administración en cuanto al trabajador, identificado en el artículo 58, inciso d) reubica a los trabajadores en otros cargos en la propia entidad o en otra o en labores dirigidas al restablecimiento de la actividad del centro de trabajo.

En la presente solo se hará énfasis en la reubicación laboral producto de la interrupción, institución muy usada en el año 2020 y en el transcurso del 2021 ante el azote del COVID-19. El artículo 57 del Código de Trabajo regula que en el sector estatal se considera interrupción laboral, la paralización transitoria del proceso de trabajo que provoca la inactividad en la labor del trabajador durante su jornada de trabajo o por un período igual o superior a esta y se produce por alguna de las causas siguientes:

- a) rotura de equipos;
- b) falta de piezas de repuesto, materiales, materias primas o bienes intermedios, que paralizan el proceso productivo o de servicio;
- c) la acción de la lluvia, ciclón, incendios, derrumbes, contaminación u otros factores adversos;
- d) falta de energía, combustible, lubricantes, agua u otros elementos similares;
- e) orden de paralización temporal de equipos, maquinarias, o líneas de producción o la clausura total o parcial de centros de trabajo, emitidas por las autoridades facultadas en la legislación vigente, incluido los períodos de veda;
- f) paralización por reparación capital o mantenimiento general; y
- g) otras causas no imputables al trabajador que determine la paralización eventual de las labores, determinadas por el órgano u organismo competente.

Por esta institución en específico, cuando el trabajador no deba permanecer en su puesto de trabajo en espera del restablecimiento del proceso de producción o de servicios, es reubicado temporalmente, cobrando el salario por el cargo que pase a desempeñar, de acuerdo con las formas y sistemas de pago aplicadas. El trabajador viene obligado a aceptar esta reubicación temporal según lo previsto en el artículo 80 del Reglamento del Código⁴, pues de no aceptarla injustificadamente a juicio del jefe de la entidad, este, oído el parecer de la organización sindical puede dar por terminada la relación de trabajo, mandato que no encuentra en el artículo 49 del Código una expresión tácita, pues no se define como forma de terminar la relación laboral por tiempo indeterminado, limitándose las definiciones a la no aceptación de reubicación definitiva por procesos de disponibilidad o invalidez parcial del trabajador, llevando su cauce inexorablemente al inciso al que acudimos en estos casos, inciso h) «otras causas previstas en la legislación».

En el Artículo 56 se define que los trabajadores reubicados temporalmente mantienen el vínculo de trabajo con su entidad de origen o la que se subrogó en su lugar, y de no existir, la que haya definido el jefe del órgano, organismo, entidad nacional u organización superior de dirección, pues incluso cuando el trabajador por causales de interrupción no es reubicado, recibe la garantía salarial por período de un mes y decursado este no procede garantía salarial alguna pero sin desaparecer el vínculo laboral con la entidad.

El tratamiento salarial en este proceso dispuesto en el Reglamento del Código de Trabajo es el siguiente: el trabajador que debe permanecer en su puesto de trabajo en espera del restablecimiento del proceso de producción o de servicio o es reubicado en labores para el restablecimiento de estos, cobra el salario básico de su cargo. El trabajador reubicado temporalmente cobra el salario del cargo que pasa a desempeñar, de acuerdo con las formas y sistemas de pago aplicadas. Cuando no resulta posible reubicar al trabajador, este recibe una garantía salarial equivalente al ciento por ciento de su salario básico

⁴ Decreto No. 326 de 12 de junio de 2014, «Reglamento del Código de Trabajo», publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria no. 29, de 17 de junio de 2014.

diario por el período de un (1) mes, computado de forma consecutiva o no, dentro del año calendario de que se trata, decursado el mes, no procede el pago de la garantía salarial y se mantiene el vínculo de trabajo con la entidad. De evaluarse que la interrupción puede extenderse durante dos (2) meses continuos o más y no preverse solución, el jefe de la entidad está en la obligación de tramitar la autorización de la declaración de trabajadores disponibles que corresponda y por último, al trabajador interrupto que injustificadamente a juicio del jefe de la entidad, oído el parecer de la organización sindical correspondiente, no acepta una reubicación temporal en un cargo o en las labores para el restablecimiento del centro de trabajo para las que se encuentra apto, se le da por terminada la relación de trabajo.

Como se ha mencionado anteriormente, desde las primeras OM se definieron acciones para la reubicación de los trabajadores, en la OM 415 se precisó que ante la declaración de interrupción, se priorizara el cambio de labor hacia otras actividades, dentro o fuera de la entidad, cobrando el salario del nuevo cargo e incorporando que si se reubicara en una actividad sin ocupar cargo, devengaba el salario básico, modalidad esta novedosa al no estar prevista en el Código de Trabajo ni en su Reglamento. Ante la paralización eventual de las labores, cuando no fuese posible reubicar al trabajador, este recibía una garantía salarial equivalente al 100% de su salario básico el primer mes, decursado el cual recibiría el 60% mientras durara la paralización. Si el trabajador no aceptaba la reubicación laboral de manera injustificada, mantenía el vínculo con la entidad y no se abonaba la garantía salarial, elementos también contradictorios a lo dispuesto en la Código de Trabajo y su Reglamento.

En la OM 65, ya abordada anteriormente, se añadieron otras situaciones que abarcaban a los padres declarados interruptos y se defendió la reubicación hacia otras labores en dependencia de las necesidades de cada territorio, priorizando la producción de alimentos. En la OM 666 de igual manera se confirmó que los trabajadores declarados interruptos, así como madres y padres encargados del cuidado del menor al que se le suspendiera la escuela, se les pagaba el primer mes el 100% del salario básico y a partir del segundo mes el 60%, disponiéndose que en el caso que este 60% fuera inferior a 1528,00 pesos,

cuantía definida para la adquisición de la canasta básica de bienes y servicios, se pagaría este monto al trabajador aunque representara un por ciento superior al 60.

Todas estas OM como se ha explicado de alguna manera contradecían lo dispuesto en el Código de Trabajo y su Reglamento en lo dispuesto para la reubicación, por supuesto la situación epidemiológica inesperada y agravada y la voluntad del gobierno de no dejar desamparado a ningún trabajador fueron las causales de tal incongruencia, a estos efectos el 30 de agosto de 2021 se publica en la Gaceta Oficial No. 75 Extraordinaria, el Decreto 50, modificativo del Reglamento del Código de Trabajo. Fue modificado el artículo 78 del Reglamento en los siguientes elementos: de evaluarse que la interrupción puede extenderse durante dos (2) meses continuos o más y no preverse solución, el jefe de la entidad está en la obligación de tramitar la autorización de la declaración de trabajadores disponibles que corresponda. En los casos en que se restablezca la actividad, el jefe de la entidad tiene la obligación de valorar prioritariamente a los trabajadores que declaró disponibles para ser contratados, siempre que reúnan los requisitos establecidos. Excepcionalmente, cuando las circunstancias así lo aconsejen, los trabajadores declarados interruptos perciben una garantía salarial equivalente al sesenta por ciento de su salario básico diario a partir del segundo mes de interrupción, computado de forma consecutiva o no por el período que se determine.

El tratamiento especial previsto en el párrafo anterior sería aprobado por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, previa solicitud del jefe del órgano, organismo de la Administración Central del Estado, entidad nacional u organización superior de dirección empresarial, cuando el financiamiento de la garantía salarial se cubra por el Presupuesto del Estado.

2.2. Solución de conflictos laborales

No es de extrañar que tener un buen ambiente laboral es lo más relevante para un por ciento elevado de los trabajadores, sin embargo, crear organizaciones en las que no surjan problemas es complicado teniendo en cuenta que según lo dispuesto en nuestro Código de Trabajo debemos laborar como norma general 44 horas semanales.

A estos conflictos no escaparían los trabajadores durante la pandemia a los que se les continuaban aplicando las medidas disciplinarias previstas en el Código de Trabajo y los Reglamentos Disciplinarios Internos, una vez sucedido esto y al hacer uso del trabajador de sus derechos procesales comenzaría el mecanismo para dar solución a este. Según lo dispuesto en el Código de Trabajo en su artículo 165 los trabajadores tienen derecho a reclamar contra las medidas disciplinarias que le son impuestas, así como a promover acciones para el reconocimiento, restablecimiento y cumplimiento de los derechos de trabajo y de seguridad social, consagrados en la legislación, ante los órganos, autoridades e instancias competentes. Estas reclamaciones pueden ser al Sistema de Justicia Laboral en los órganos, organismos de la Administración Central del Estado y entidades nacionales, en ambos casos su sistema empresarial y presupuestado; empresas y dependencias de las organizaciones políticas y de masas, entidades empleadoras de las inversiones extranjeras y aquellas que contratan directamente la fuerza de trabajo; o al Sistema judicial, para los contratados por personas naturales autorizadas para ello y para los trabajadores asalariados de las formas asociativas y de las cooperativas, una vez agotado el procedimiento específico cuando así se establezca.

El trabajador que es objeto de aplicación de una medida por violación de la disciplina de trabajo o su representante, puede establecer la reclamación correspondiente ante un miembro del Órgano de Justicia Laboral dentro del término de siete días hábiles siguientes a su notificación.

La OM 455 de 7 de abril de 2020 de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social dispuso las medidas laborales, salariales y de seguridad social relacionadas con la prevención y enfrentamiento del COVID-19, regulando en su apartado 4 la suspensión temporal de la tramitación de los procesos laborales recibidos o en tramitación por los órganos en las entidades encargados de resolver los conflictos laborales, los que se reanudarían una vez concluida la situación epidemiológica, en el mismo estado en que se encontraba al decretarse la suspensión, incluido los términos y plazos decursados. Cuestión esta que no fue acatada del todo pues estas medidas no eran del absoluto dominio de todas las entidades ni de los integrantes de estos órganos, con autonomía sobre la administración de las entidades, por lo que se

dispusieron en la medida de la situación epidemiológica la solución de varios conflictos, estas medidas al no estar al unísono con las adoptadas por el Tribunal Supremo Popular dieron al traste con la aceptación por los tribunales de procesos provenientes de los Órganos de Justicia Laboral y en otros casos del cumplimiento a cabalidad de lo establecido en las medidas, sujeto a una reanudación futura e incierta en aquel momento, con la consiguiente desprotección procesal de los trabajadores a los que les fueran aplicadas medidas disciplinarias.

Los efectos sobre los trabajadores a los que se les suspendieron la tramitación ante los órganos en las entidades fueron nefastas, sobre todo a los que se les habían aplicado las medidas más severas dígame: traslado temporal a otra plaza de menor remuneración o calificación o en condiciones laborales distintas por término de hasta un año con derecho a reintegrarse a su plaza; traslado a otra plaza de menor remuneración o calificación, o en condiciones laborales distintas, con pérdida de la que ocupaba el trabajador; separación definitiva de la entidad y separación del sector o actividad, pues lo que debía de ser un trámite de 7 días hábiles para reclamar y de 24 para resolver el órgano, se convertiría en un periodo incierto que a la postre duró más de un año, lo cierto es que un gran número de estas reclamaciones fueron recibidas por los miembros de estos órganos y condenadas al olvido.

3. ESPECIAL MENCIÓN A LA PROTECCIÓN POST PANDEMIA

Como se mencionó con anterioridad el Decreto No. 8 abordó las medidas a implementar para la etapa de recuperación post Covid, algo que en ese momento resultaba demasiado optimista teniendo en cuenta que la situación se agravó considerablemente durante los meses posteriores. La recuperación estuvo prevista en tres fases, abarcando 13 ámbitos y teniendo como objetivos: regresar a la normalidad en la vida del país, de manera gradual y asimétrica, evitar un rebrote de la enfermedad y desarrollar las capacidades de enfrentamiento al mismo y reducir los riesgos y vulnerabilidades como consecuencia de la enfermedad. Esta norma en el apartado de las medidas laborales se encargó de reunir las medidas declaradas en las OM emitidas e incorporar algunas novedosas sobre todo en lo referente al sistema empresarial

Una de las medidas más defendidas y que llegó sin dudas para quedarse fue el del trabajo a distancia y el teletrabajo, instituciones novedosas para el ordenamiento jurídico cubano, en ese sentido ya era de suma necesidad contar con una legislación que regulara tales cuestiones y el 18 de agosto de 2021 fue publicada la Resolución No. 71 de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, Reglamento sobre el teletrabajo y el trabajo a distancia⁵, que si bien presentaba aún algunas cuestiones que podrían haberse regulado de una mejor manera para su correcta implementación, fue un gran paso de avance más de un año después de haberse implementado las primeras medidas.

De manera general se mantuvieron muchas de las medidas antes adoptadas y otras fueron dejando de aplicarse pues su aplicación como bien definían las normas que las pusieron en vigor eran de carácter temporal y su aplicación estaba en dependencia del restablecimiento de las condiciones epidemiológicas o el paso a otras fases.

Como punto culminante de esta etapa post pandemia fue de gran trascendencia el Decreto Ley 56 De la maternidad de la trabajadora y la responsabilidad de las familias⁶, teniendo como premisas los principios fundamentales que rigen la vida laboral del país, los derechos de trabajo y de seguridad social que se confieren a la trabajadora para proteger su maternidad, facilitar su atención médica, el descanso pre y posnatal y el cuidado de los hijos menores, así como la necesidad de modificación de la norma precedente para atender los elevados niveles de envejecimiento de la población, estimular la fecundidad y ampliar la protección a los hijos menores. Entre las novedades de esta norma se encuentran: disfrute de los beneficios tanto para la madre del sector estatal como del sector no estatal; la concesión de los beneficios a la gestante sin exigencia de un tiempo mínimo de trabajo, siendo necesaria solamente la vinculación laboral de la madre en la fecha de inicio de la licencia

⁵ Resolución No. 71 de 12 de agosto de 2021, «Reglamento sobre el trabajo a distancia y el teletrabajo», publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria no. 72, de 18 de agosto de 2021.

⁶ Decreto Ley No. 56 de 13 de octubre de 2021, «De la maternidad de la trabajadora y la responsabilidad de las familias», publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria no. 145, de 14 de diciembre de 2021.

prenatal. En la legislación anterior se exigía que hubiese laborado al menos 75 días en los 12 meses anteriores a la fecha de su inicio.

La gestante tendrá un beneficio adicional, recibiendo durante el tiempo previsto en el certificado médico, el 100% del promedio de los salarios percibidos en los 12 meses inmediatos anteriores a la interrupción de su labor, lo que puede extenderse hasta la fecha de inicio de la licencia prenatal. Lo mismo se aplica a la trabajadora gestante del sector no estatal con respecto al pago del 100% del promedio de la base de contribución a su régimen de seguridad social. El otorgamiento de una prestación monetaria a la madre o al padre con hijos enfermos hasta los 17 años de edad, que puede extenderse por decisión de la madre a la abuela o abuelo, a quien se encargue el cuidado del menor y la concesión del derecho de disfrute de la prestación social a los abuelos al cuidado del menor cuya madre es estudiante, para garantizar la continuidad de sus estudios.

4. CONCLUSIONES

La crisis provocada por la COVID-19 ha puesto de relieve la importancia primordial de proteger la salud en el lugar de trabajo. También ha puesto de manifiesto la fuerte interdependencia entre la salud laboral, la salud pública y las políticas de protección social. La protección de la vida y la salud de los trabajadores es fundamental para la respuesta de la salud pública a la pandemia y la recuperación a largo plazo de la misma. En el caso de Cuba nos llevó a desempolvar instituciones, algunas de las cuales su alcance y efectos no estaban previstos en nuestro Código de Trabajo. En otros hubo que normar actividades y situaciones sin antecedentes en el ordenamiento jurídico cubano.

Nuestro gobierno acometió diversas intervenciones normativas no solo para mitigar la crisis de empleo causada por la pandemia, sino también para responder a las necesidades inmediatas de los trabajadores. Se instituyeron rápidamente medidas de protección social (incluidas prestaciones de enfermedad, reubicación, y medidas para facilitar el acceso a esas prestaciones) y se adoptó la normativa en materia de teletrabajo y trabajo a distancia. Con estas intervenciones se procuró proteger a los trabajadores de la exposición al COVID-19, mantener a todo coste la relación jurídica laboral sin tener que recurrir a

la desvinculación y al mismo tiempo lograr un equilibrio, siempre que fuera posible, entre las preocupaciones de salud pública y los imperativos económicos

La reubicación de trabajadores en otras entidades durante los meses de la pandemia ante el cierre inminente de muchas entidades fue una opción para estos de no quedar desamparados sin labor y sin ingresos, pero los efectos en la relación jurídica laboral no fueron previstos en nuestra legislación, sobre todo en lo referente al régimen disciplinario y la posibilidad de aplicar medidas disciplinarias ante la violación del orden interno establecido por sus nuevos empleadores. La potestad sancionadora quizás debió limitarse en esta etapa al igual que lo fueron suspendidos los términos de solución de los conflictos surgidos por aplicación de medidas disciplinarias.

A todas luces hubo una gran brecha entre los trabajadores estatales y los trabajadores por cuenta propia, si bien para estos últimos se tuvieron algunas consideraciones, lo explicado en el estudio realizado demuestra que fue poco lo que se hizo al respecto. La recuperación del empleo se evidenció principalmente entre los trabajadores del sector estatal, categoría que al comienzo de la crisis acusó un impacto extremadamente fuerte, mientras que el empleo por cuenta propia se recuperó con mucha más lentitud, lo que sugiere que las mejoras laborales estuvieron asociadas a una mayor calidad del empleo.

Entre los principales logros podemos identificar durante la pandemia: atención médica y prestaciones de enfermedad para los trabajadores afectados por la COVID-19, protección de los trabajadores pertenecientes a grupos de riesgo, derechos de licencia y modalidades de trabajo especiales (horarios flexibles, jornadas reducidas y licencias para cuidados especiales), el teletrabajo, trabajo a distancia y las medidas conexas en materia de seguridad y salud.

Sin dudas como mayor logro pudimos percibir una nueva forma de proteger la vida y la salud de los trabajadores, y al mismo tiempo el aumento de la conciencia sobre la importancia de unas condiciones de trabajo seguras.

NUEVAS FORMAS DE FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL ANTE LOS RETOS DE LA DIGITALIZACIÓN EMPRESARIAL

ANA MARÍA CASTRO FRANCO

*Investigadora predoctoral (FPU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León*

1. INTRODUCCIÓN. 2. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL PROCESO DE AUTOMATIZACIÓN.
3. ¿COTIZARÁN LOS ROBOTS A LA SEGURIDAD SOCIAL? 4. VÍAS PARA QUE LOS ROBOTS
PAGUEN IMPUESTOS. 5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

No es posible hablar de futuro sin hablar de digitalización. Se trata de uno de los ejes principales en donde se conformará el porvenir de nuestra sociedad en las próximas décadas. Hoy en día la cuarta revolución industrial está marcada por la convergencia de tecnologías digitales, físicas y biológicas, así como una tendencia a la automatización total de la manufactura. Esta revolución tecnológica modificará —entre otros factores— el tamaño y gestión de las empresas y la forma de organización del trabajo¹. Las nuevas tecnologías incorporadas a la economía pueden colaborar al incremento de la riqueza, pero esta incorporación debe traducirse en un modelo económico y social de progreso. No hay que olvidar que las nuevas formas de trabajo son precarias porque la legislación y la falta de control

¹ ATIENZA MACÍAS, E.: “El teletrabajo y la robotización del trabajo: aspectos ético-jurídicos”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ AYUSO, J. y ATIENZA MACÍAS, E., Coords.): *El nuevo marco legal del teletrabajo en España*, Madrid (Wolters Kluwer), 2021, pág. 217.

del fraude lo permiten, no son las nuevas tecnologías las que precarizan el empleo, sino las políticas de empleo.

Un ejemplo capaz de ilustrar esta idea viene dado de la mano de la industria del transporte, donde ya se emplean coches con piloto automático con carácter parcial, pero se espera que para 2023 aquellos completamente autónomos estén regulados de forma adecuada. No obstante, estos cambios tienen lugar en muchos más ámbitos de conocimiento, en los últimos años han aparecido máquinas capaces de diagnosticar el cáncer, detectar transacciones financieras fraudulentas en cuestión de milisegundos, comercializar acciones en los mercados financieros, escribir noticias coherentes para los medios de comunicación, transportar mercancías dentro de complejos almacenes de distribución, explorar las profundidades de los océanos o predecir la calidad de las frutas antes de ser cosechadas². En la misma línea, el uso de drones es cada vez más habitual ya sea para entregar un balón al árbitro en un partido de fútbol, entregar pedidos a corta o larga distancia o brindar apoyo en casos de catástrofes o emergencias. Aquellas empresas líderes en el sector tecnológico han inaugurado restaurantes completamente automatizados, donde los robots toman nota, preparan y entregan pedidos. Otras firmas utilizan a los robots para localizar y organizar productos más rápido que los humanos, lo cual permite a la empresa ser más eficiente y cometer menos errores³. No obstante, el primer hotel automatizado sustituyó a más de la mitad de la plantilla por humanos, a la vista de la torpeza de los robots en determinadas tareas.

El futuro del trabajo pasa por el diálogo y el acuerdo, pasa por abrir espacios de negociación para generar propuestas de consenso, que duren y partan de la base de la necesidad de repartir la riqueza que se genera en cada momento. En este caso, la riqueza que se genera del uso de las nuevas tecnologías debe llegar al conjunto de la población. La industria 4.0 ha dado lugar a numerosos y muy diversos debates en torno al futuro del empleo y a la evaluación de propuestas para paliar los posibles efectos adversos de este fenómeno. Entre estas medidas

² GOERLICH PESET, J.M.: “Digitalización, robotización y protección social”, *Teoría y Derecho*, núm. 23, 2018, pág. 131.

³ OSSANDÓN CERDA, F.: ¿Impuesto sobre los robots? Desafíos para la política tributaria en la era de la automatización, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 9, núm. 2, pág. 191.

están la posible cotización de los robots a la Seguridad Social o la creación de impuestos específicos para los robots, para asegurar la viabilidad de los sistemas de protección social, en un intento de reforzar los pilares del Estado de Bienestar europeo. Ahora bien, no cabe desconocer la complejidad de articular y ejecutar, desde el punto de vista jurídico, un mecanismo en el cual tenga cabida el aumento de las cotizaciones, pero sin detrimento a la innovación y desarrollo tecnológico⁴.

2. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL PROCESO DE AUTOMATIZACIÓN

La conocida como Industria 4.0 cuenta con tantos partidarios como detractores. Aunque los nuevos desarrollos tecnológicos a menudo están relacionados con la eficiencia y son catalogados como beneficiosos para el progreso de la nación, los expertos de algunos países temen las consecuencias de estos cambios en el empleo y la desigualdad. En primer lugar, la preocupación por el desempleo a causa del factor tecnológico no es un fenómeno reciente. A lo largo de la historia, los inventos tecnológicos han creado una enorme riqueza, pero también disrupciones no deseadas, como la destrucción de empleos pues muchas máquinas actúan de manera autónoma⁵.

La automatización y la implementación de tecnología como robots con inteligencia artificial en los procesos de producción ha modificado la forma en que operan las empresas. Las personas están siendo reemplazadas en el trabajo lentamente, pero de manera constante. Existe una tendencia a la baja en el número de empleados que tienen las grandes empresas en la actualidad en comparación con las grandes empresas del pasado⁶. Además, gracias a la tecnología es más fácil para

⁴ GÓMEZ SALADO, M.A.: “Robótica, empleo y seguridad social: la cotización de los robots para salvar el actual estado del bienestar”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, núm. 3, 2018, pág. 143.

⁵ GOERLICH PESET, J.M.: “La prevención de riesgos laborales ante la digitalización y la robotización”, en AA.VV. (MONREAL BRINGSVAERD, E.; THIBAUT ARANDA, J. y JURADO SEGOVIA, A., Coords.): *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2020, pág. 651.

⁶ RUIZ AYUSO, P.: “El Big Bang de la Robótica. ¿Desertización laboral?”, *Capital Humano*, núm. 350, 2020, pág. 23.

las empresas alcanzar una alta capitalización en mercado con solo unos pocos empleados humanos.

Esta coyuntura, enmarcada en un mercado laboral como el español, con un altísimo desempleo estructural y con una precariedad e inestabilidad sistémicas, podrían multiplicar las repercusiones de la maquinización del trabajo. En su caso, el 21,7% de los puestos de trabajo registra un “alto riesgo de automatización”⁷. Los trabajadores sustituidos por máquinas en las anteriores revoluciones eran reciclados en otros sectores o tareas, pero hoy en día es posible que la economía no sea capaz de absorber el repentino excedente de mano de obra en un corto periodo de tiempo, dejando a personas totalmente “inempleables”, cuyo trabajo pueda ser desempeñado por un algoritmo en menos tiempo⁸.

Los trabajadores españoles se muestran muy preocupados por su futuro dentro de un mercado laboral tecnológicamente desarrollado y consideran que las nuevas tecnologías destruirán y precarizarán el empleo. De forma unánime, se afirma que una adecuada formación reduciría drásticamente el volumen de empleo afectado.

La segunda amenaza relacionada con el auge de los robots es de la disrupción tecnológica en la calidad del empleo: se verá deteriorada, con un alto incremento de la desigualdad social y un fuerte aumento de la polarización, especialmente severo en los trabajadores con habilidades y competencias intermedias. Este miedo surge de la creencia de que la creciente automatización de las tareas desempeñadas anteriormente por los trabajadores contribuirá a reducir los salarios de los empleados y aumentar las ganancias de quienes poseen los robots⁹. Si la tendencia continúa, sería deseable, en primer lugar: desarrollar nuevos sistemas de reparto de los beneficios empresariales a través de nuevos impuestos asociados a las nuevas tecnologías y a la maquinización del trabajo; segundo: poner en marcha nuevos sistemas de rentas para aquellos

⁷ GARCÍA ECHEVARRÍA, S.: “Impacto socio-económico de la robotización: claves de los nuevos diseños organizativos”, *IDOE*, núm. 394, 2018, pág. 35.

⁸ LEÓN LLORENTE, C.: “Robotización, ¿sólo cambiará el empleo?”, *Revista Empresa y Humanismo*, Vol. 23, núm. 1, 2020, pág. 29.

⁹ DE LA TORRE GARCÍA, C.: “Un nuevo paradigma económico y laboral en los centros de trabajo: Robótica y empleo”, *Cuadernos de Comunicación e Innovación*, núm. 108, 2018, pág. 120.

trabajadores que no puedan adaptarse a esta nueva realidad, teniendo en cuenta medidas complementarias.

Por otra parte, es preciso detallar las consecuencias de la automatización, en relación con la polarización del mercado de trabajo. Los puestos de trabajo más cualificados, especialmente los relacionados con empleo STEM, coparán los empleos más remunerados. Aquellas personas con cualificaciones elevadas, pero en otros ámbitos no tecnológicos, también tendrán oportunidades de empleo, pero tendrán mayor riesgo de caer en la sobrecualificación laboral. Además, este desplazamiento de trabajadores no es lineal. Afecta especialmente a los trabajadores jóvenes, que se encuentran con un mercado laboral que ofrece menos oportunidades de trabajo, y a las personas con competencias y habilidades intermedias, habitualmente ubicadas en las clases medias.

Este efecto está directamente relacionado con la sustitución de empleo con altas dosis de rutina y tareas repetitivas. La automatización afecta principalmente a los puestos de trabajo en la industria manufacturera y la agricultura, aunque en el sector servicios los trabajos de mensajería y postales, las tareas administrativas, el transporte terrestre y los servicios alimentarios también son altamente automatizables¹⁰. En el otro extremo del espectro, los sectores con mayor previsión de creación de empleo en el horizonte 2025 son: los servicios sociales y sanitarios, tecnologías de la información y la comunicación, educación y restauración hotelera. Estos últimos mantienen cierta ventaja sobre el proceso de robotización, pues requieren habilidades interpersonales y mayor creatividad¹¹.

Europa advierte de que la falta de capacidades digitales serán un vector fundamental de exclusión digital. Incluso se señala directamente a España, afirmando que en 2030 habrá un crecimiento sustancial de puestos de trabajo con bajas competencias, tendencia sin duda reforzada por nuestro tejido productivo, excesivamente inclinado hacia los sectores de servicios, turismo y construcción. Si los cambios son

¹⁰ CIRILLO, V.: “La polarización del empleo en Europa desde una perspectiva sectorial”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 137, núm. 1, 2018, pág. 68.

¹¹ FERNÁNDEZ MACÍAS, E.; HURLEY, J. y STORRIE, D.: “La polarización del empleo y la calidad del trabajo en la crisis”, *Panorama Social*, núm. 18, 2013, pág. 73.

demasiado disruptivos, incluso los trabajos reservados a aquellos con mayor cualificación podrían estar en peligro, aumentando aún más la desigualdad, dejando espacio solo para trabajos específicos de una pequeña élite involucrada en el negocio de la tecnología. Lo cual conlleva ineludiblemente a un cambio en la formación, adecuándola a un mercado de trabajo altamente tecnologizado, apostando por el desarrollo de competencias tecnológicas¹².

Asimismo, entre los inconvenientes destacan: i) la dificultad de pequeñas y medianas empresas de adaptar su proceso productivo a estas formas de organización pues o bien desconocen las nuevas herramientas tecnológicas o bien no cuentan con suficiente financiación para realizar una transformación digital¹³; ii) la obsolescencia tecnológica, en referencia a la necesidad de cambiar o actualizar un aparato o sistema tecnológico, porque aparece una nueva versión del mismo o un sistema más rápido y eficaz; iii) la desaparición de las cotizaciones sociales aportadas por los trabajadores tradicionales a la Seguridad Social, lo cual no afecta solo a sus ingresos, sino también a los gastos debido a un aumento de las prestaciones y pensiones como consecuencia directa de la nueva situación; iv) por último, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales pueden surgir riesgos psicosociales, habida cuenta del aumento del nivel de estrés en quienes prestan servicios en sectores o actividades fuertemente automatizados¹⁴.

Entre los beneficios de la automatización destacan la mayor productividad, innovación en los procesos, calidad de los bienes y conectividad, la reducción de costes, la capacidad para anticipar fallos en la producción o la reducción del absentismo laboral en correlación con la disminución de los accidentes de trabajo. Asimismo, pierde importancia la deslocalización, pues la revolución robótica —a diferencia de lo sucedido en las anteriores revoluciones industriales— propicia una reversión de esta tendencia y, por tanto, habrá más puestos

¹² TERESA BALLESTAR, M.; GARCÍA LÁZARO, A. Y SAINZ GONZÁLEZ, J.: “Todos los caminos llevan a la educación: Un primer análisis de la robotización, la educación y el empleo”, *Papeles de Economía Española*, núm. 166, 2020, pág. 49.

¹³ ISPIZUA DORNA, E.: “Industria 4.0: ¿cómo afecta la digitalización al sistema de protección social?”, *Lan Harremanak*, núm. 40, 2018, pág. 2.

¹⁴ MINAYA LOZANO, G.: “Tecnoestrés: identificación, valoración y control”, *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 48, 2008, pág. 27.

de trabajo en el lugar donde se encuentra localizada la empresa¹⁵. Las empresas que puedan capacitar a sus trabajadores en las nuevas habilidades y retener a los trabajadores con talento pueden acortar el periodo de transición tecnológica. Esto les permitiría ser más competitivos y aprovechar las ventajas de la automatización.

Una formación continua profesional sistémica, pautada y obligatoria, con reserva específica de un número de horas semanales, mensuales o diarias para tal fin, mejorará la productividad de las empresas, aumentará la innovación y conformará plantillas de trabajadores altamente especializados.

Resulta de especial interés hacer mención del papel de la automatización en la prevención de riesgos laborales. Pues bien, la robótica es capaz de realizar trabajos penosos, tediosos, insalubres y peligrosos, evitando, de este modo, un elevado número de accidentes laborales, reemplazando a quienes trabajan en estos ambientes. Por tanto, el uso de las máquinas disminuirá los riesgos físicos derivados de ambientes tóxicos, con grave peligro para la salud humana y, además, los robots pueden abordar tareas productivas de gran complejidad para los humanos durante largos periodos de tiempo, como el tratamiento de grandes volúmenes de datos¹⁶. Asimismo, permiten reducir los riesgos de trabajar tanto en áreas de construcción, industria aeroespacial, defensa, investigación submarina o energía nuclear, como en sectores de logística, mantenimiento e inspección¹⁷.

Resulta patente el impacto de la robotización en el mercado laboral, el cual puede venir acompañado por un aumento de la oferta laboral, siempre y cuando se articulen soluciones para garantizar robots socialmente responsables. La finalidad no ha de implicar una reconversión humana al servicio de la productividad de las máquinas, más bien al contrario, los robots deben complementar las capacidades de

¹⁵ TEZANOS TORTAJADA, J.F.: “Sistemas productivos, robotización y trabajo”, *Temas para el Debate*, núm. 287, 2018, pág. 27.

¹⁶ POQUET CATALÁ, R.: “Interrogantes abiertos de la robótica en el derecho del trabajo”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2017, pág. 79.

¹⁷ EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK: *Una revisión sobre el futuro del trabajo: la robótica*, 2015, en <https://osha.europa.eu/es/tools-and-publications/publications/future-work-robotics>.

los humanos, no reemplazarlas¹⁸. Los seres humanos han de mantener el control en todo momento, tanto en el proceso de desarrollo como posteriormente en su desempeño. Este escenario positivo, a diferencia de quienes temen los cambios tecnológicos, sugiere un desempleo tecnológico solo a corto o medio plazo, pero lo más importante, trabajos más convenientes para la mayoría. También esperan un aumento de los salarios debido al incremento de la productividad y la recomendación política clave de esta escuela es invertir en educación en lugar de obstaculizar el desarrollo tecnológico¹⁹.

A pesar de las opiniones divergentes, una cosa parece segura: el desarrollo de las nuevas tecnologías y el camino actual de la automatización plantean importantes desafíos a la ley y, en particular, al Derecho del Trabajo.

3. ¿COTIZARÁN LOS ROBOTS A LA SEGURIDAD SOCIAL?

El proceso de digitalización de la economía está agudizando la desigualdad económica, añadiendo un agravante más: la cada vez menor necesidad de contratar mano de obra. La revolución digital ha dado un vuelco rotundo a la hora de valorar qué empresas son las más valiosas, poniéndose a la cabeza mundial aquellas con mayor poder tecnológico.

Debido al desarrollo y la utilización de robots colaborativos inteligentes y la inteligencia artificial, el diferencial entre la creación y la pérdida de empleo podría repercutir en la sostenibilidad financiera de los regímenes de Seguridad Social, los regímenes de pensiones y los sistemas de seguro de desempleo de todos los Estados miembros. 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. Además del proceso de automatización, los problemas derivan, fundamentalmente, de desafíos coyunturales, esto

¹⁸ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y GRAU RUIZ, M.A.: “El impacto de la robótica, en especial la robótica inclusiva, en el trabajo: aspectos jurídico-laborales y fiscales”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 50, 2019, pág. 18.

¹⁹ CHACÓN, P.: “La revolución de las soft-skills: O cómo la robotización no nos quitará el trabajo”, *Ipmark*, núm. 866, 2020, pág. 56.

es, la pérdida de poder adquisitivo y bienestar de los jubilados, pero también existen 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 laborales²⁰.

Para conseguir que la sociedad se aproveche de los enormes cambios que implica la era digital, hay que consolidar los pilares sociales, restaurando, en primer lugar, todos los derechos perdidos por las reformas laborales y de Seguridad Social impuestas por las políticas de austeridad; y, en segundo lugar, renovando algunos de ellos, con especial incidencia en el plano de la protección social. Hay que aprovechar la nueva economía digital en favor de los trabajadores y los ciudadanos.

Por ello, debemos afrontar los distintos interrogantes que plantea la transformación digital en este ámbito: qué tratamiento, en materia de Seguridad Social, merecen las nuevas formas de trabajo; qué capacidades tiene la Seguridad Social actual para garantizar una protección social suficiente y equitativa; qué incidencia tiene esta transformación digital, de la economía y del trabajo, en la financiación del sistema de la Seguridad Social y en su necesaria sostenibilidad y suficiencia; y finalmente, si hay que acudir a un mayor esfuerzo fiscal, cómo se debe articular. En definitiva, se debe evaluar cómo afectan, y afectarán, las consecuencias laborales de la transformación digital en las cotizaciones sociales, al objeto de conseguir que nuestros sistemas de protección sean sostenibles, suficientes y, finalmente, capaces de proporcionar a la ciudadanía un efectivo paraguas de cohesión e integridad social.

La futura reforma del sistema de pensiones deberá contar con mecanismos que garanticen el equilibrio financiero del sistema. 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

²⁰ 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.

general de empleo y por la duración del ciclo de vida laboral²¹. 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 muerte²².

Si el empleo en la era digital tiende a ser cada vez menor, prestándose a través de formas con menos base de cotización social (autónoma, precarizada) y si además las reformas, lejos de corregir esos desajustes, los intensifican, asistiremos a un grave riesgo de mayor erosión de las bases del sistema de protección social. 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, pues es un sistema de reparto. 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. Así, en un dictamen del Comité Económico y Social Europeo se planteaba que “el fuerte incremento de las modalidades atípicas de empleo ocasionado por la digitalización implica que una parte cada vez mayor de la mano de obra dejará de contribuir y de beneficiarse de los sistemas establecidos de Seguridad Social, como los subsidios de desempleo, la sanidad pública y los seguros de pensiones”²³. 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

²¹ GARRIDO MEDINA, L. Y CHULIÁ RODRIGO, E.: *Ocupación, Formación, y el Futuro de la Jubilación en España*, Madrid (Consejo Económico y Social), 2005, pág. 164.

²² TORTUERO PLAZA, J. L.: *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial*, Madrid (Civitas), 2002, pág. 19.

²³ ANTONIO HERCE, J.: “Ante el cambio demográfico, ¿natalidad o robotización?”, *Información Comercial Española*, núm. 908, 2019, pág. 33.

invariables, es previsible que los gastos sociales sigan aumentando. Así, por ejemplo, adecuar las pensiones futuras al principio constitucional de suficiencia económica resulta obligado, pues lo contrario provocaría situaciones de pobreza y de exclusión social en la vejez²⁴.

Cabe señalar que los recursos del sistema financiero de la Seguridad Social española son notablemente inferiores a sus 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 tienden a originar grandes ajustes de empleo, aumentando, de este modo, la volatilidad de los recursos financieros del sistema. Pues bien, una primera propuesta sería exigir a las empresas información acerca de en qué medida los robots contribuyen a sus beneficios económicos, para después fijar las cotizaciones a la Seguridad Social. Por tanto, deberían comunicar: i) el número de “robots inteligentes” que utilizan, ii) los ahorros realizados en cotizaciones a la Seguridad Social gracias a la utilización de la robótica en lugar del personal humano, iii) una evaluación de la cuantía y la proporción de los ingresos de la empresa procedentes de la utilización de la robótica y la inteligencia artificial²⁵. Sin embargo, parece poco realista esperar que las empresas proporcionen esta información de forma voluntaria.

Otra alternativa viene dada por la obligatoriedad para las empresas que sustituyan a personas por robots de realizar contribuciones específicas con el objetivo de aportar mayores ingresos a la Seguridad Social. Como justificación de esta medida ha de decirse que un robot inteligente, en los términos expresados anteriormente en este ensayo, no solo mejora la competitividad de la empresa, ahorra el pago de salarios, también elimina cotizaciones a la Seguridad Social, gastos de sustituciones, bajas laborales, accidentes o permisos retribuidos²⁶. Ahora bien, el art. 7.2 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el

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

²⁵ GÓMEZ SALADO, M.A.: “Robótica, empleo y seguridad social: la cotización de los robots para salvar el actual estado del bienestar”, cit., pág. 164.

²⁶ RAMIO MATAS, C.: “Inteligencia artificial y robotización reclaman un nuevo modelo de gestión del empleo público”, *Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 5, 2019, pág. 30.

que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, establece que están sujetas a la obligación de cotizar a la Seguridad Social las personas físicas o jurídicas, en los términos y condiciones que se determinen para cada uno de los diferentes Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social. Asimismo, según el art. 1.1 ET se entenderá por relación laboral la prestación voluntaria y retribuida de los trabajadores por cuenta ajena dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

En consecuencia, el robot no constituye ni persona física ni jurídica. No obstante, el sujeto obligado de la cotización podría ser el empresario que ha introducido la robotización en su proceso productivo. Pero, de ir un paso más allá la solución podría venir de la mano de la creación de una personalidad jurídica específica para los robots, de esta manera, los robots inteligentes más complejos podrían considerarse personas electrónicas otorgándoles la denominada “capacidad digital”²⁷.

A la pregunta de si el empresario ha de cotizar por todas las máquinas o por algunas de ellas, debe tenerse en cuenta la definición de robot, pues solo cotizará por aquellos que hayan sustituido a personas en su puesto de trabajo y cumplan las características de “robot inteligente”. No obstante, la cotización sería, en principio, inferior a la vinculada a una persona, pues los robots no causan derecho a las prestaciones de la Seguridad Social. Por ende, deberá regir el principio de solidaridad y no estarían vinculados a contingencias concretas²⁸. Por último, cabe plantear cuándo finaliza la obligación de cotizar. En este sentido, puede concluir cuando el robot deja de prestar servicios en una determinada actividad, se sustituye por otro robot o pasa a estar completamente inactivo²⁹.

²⁷ GALA DURÁN, C.: “El impacto de la robotización y de las plataformas virtuales en los sistemas de Seguridad Social europeos, en particular el caso de España”, en AA.VV. (CASTRO MARQUES, N., Coord.): *Digital work and personal data protection: key issues for the labour of the 21st century*, Newcastle upon Tyne (Cambridge Scholars Publishing), 2018, pág. 62.

²⁸ ISPIZUA DORNA, E.: “Industria 4.0: ¿cómo afecta la digitalización al sistema de protección social?”, cit., pág. 10.

²⁹ Ibidem.

4. VÍAS PARA QUE LOS ROBOTS PAGUEN IMPUESTOS

El nuevo paradigma laboral, integrado por trabajadores, máquinas y robots, que destruye y crea empleo a ritmo muy desigual, está exigiendo una revisión del sistema impositivo y de cotización a la Seguridad Social. Y esto es así porque los robots, aplicaciones, algoritmos y plataformas, que ya están ocupando puestos de trabajo y generando aumentos de productividad, fagocitan el empleo de menor cualificación, pulverizando sus aportaciones. Algo que impacta directamente en los ingresos públicos y la redistribución de la riqueza.

La Administración, a través del Pacto de Toledo; expertos y sindicatos han comenzado a contemplar posibles escenarios sobre los que trabajar. Incluso desde la UE se han lanzado las primeras recomendaciones, como la que incluye la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo a la Comisión en cuanto a normas de Derecho Civil sobre robótica. Una recomendación que propone “estudiar la posibilidad de someter a impuesto el trabajo ejecutado por robots o exigir un gravamen por el uso y mantenimiento de cada robot”. E incluso la posibilidad de “introducir una renta básica mínima”.

En la práctica, esto significaría gravar los ingresos generados por las actividades realizadas por los robots, dándoles capacidad fiscal para pagar impuestos. Por un lado, el problema con el enfoque de otorgar capacidad legal a los robots es que en esta etapa de desarrollo los robots no pueden ejercer derechos patrimoniales o pagar impuestos por sí mismos. Es poco probable que los robots posean activos propios, lo cual hace ilusoria la personalidad jurídica de los robots a efectos de pagar impuestos. Por otro lado, existe una diferencia técnica entre los ingresos generados por el ser humano y los ingresos hipotéticos del robot. En el caso de los humanos, están sujetos directamente al impuesto (porque tienen capacidad jurídica), y en general las empresas actúan como meros retenedores de ese impuesto imputable al trabajador para abonarlo en su nombre. Por tanto, si los robots no pueden tener capacidad jurídica a efectos fiscales, no pueden ser sujetos fiscales³⁰.

³⁰ ARANA LANDÍN, S.: “Globalización, robotización y digitalización: hacia una nueva concepción del nexo en materia tributaria”, *Quincena Fiscal*, núm. 10, 2020, pág. 17.

Una solución más lógica, es que la empresa asumiera el pago del impuesto, pues el sujeto activo no podría ser el robot al carecer este de capacidad financiera. Hoy en día, los robots son utilizados por empresas o personas que ven en ellos una forma más eficiente de obtener beneficios para sus negocios. Por ejemplo, muchas cadenas de supermercados y restaurantes de comida rápida están automatizando las compras mediante cajas de autoservicio. Una máquina está reemplazando a los viejos cajeros humanos. ¿Por qué? Porque ahora es más rentable para las empresas tener máquinas de autoservicio que pagar salarios. Por tanto, es lógico, si se establece un impuesto a los robots, que las empresas beneficiadas por su uso deban hacerse responsables del pago del impuesto por sí mismos (no como meros retenedores)³¹.

Pues bien, si se contempla el impuesto sobre la renta generada por las actividades de los robots, no es el robot el que debería estar sujeto al impuesto, sino el uso de este. Pero ¿cómo puede calcularse? Una primera opción sería gravar a las empresas sobre la renta teórica imputada de sus robots.

De esta manera, se favorece la innovación, gravando el resultado, no la adquisición, ya que el robot no tiene sueldo. Es una inversión para la empresa y hay que gravar el beneficio que produce. Teóricamente, sería posible imputar un salario a los robots equivalente a los salarios que se pagaron o habrían pagado a los trabajadores desplazados. Esta propuesta, aunque fácil de decir, resulta sumamente complicada en la práctica. Una segunda opción sería establecer el impuesto a los robots sobre la cantidad de ingresos generados por el uso de la automatización. Esto, nuevamente, plantea la pregunta: ¿cómo medimos las ganancias o el valor creado por el robot o el programa de automatización? Los robots y los trabajadores humanos a menudo trabajan juntos para completar un trabajo y contribuir conjuntamente al valor producido. Asignar los

³¹ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: “Robótica y fiscalidad: unas breves consideraciones”, *Quincena Fiscal*, núm. 3, 2021, pág. 125.

ingresos entre los diferentes componentes del robot y la mano de obra crearía importantes desafíos para el cumplimiento de esta medida³².

Al pensar en un impuesto para los robots también se ha planteado como alternativa un aumento en la tasa impositiva corporativa, pero esta propuesta alentaría a las empresas a invertir más en robots y automatización, porque tienden a ser más baratos que los humanos. No obstante, si estuviera diseñado de tal manera que las empresas por utilizar robots (previa concreción en la Ley) pagaran un recargo al impuesto de sociedades, podría ser una opción viable. Un enfoque más simple —aunque no necesariamente más justo— podría consistir en establecer un impuesto a tanto alzado. La desventaja, por supuesto, es que no tiene en cuenta la situación económica particular del contribuyente, lo cual la hace injusta e impopular. Por último, una sugerencia para gravar a los robots no es necesariamente un nuevo impuesto sofisticado. Algunos autores optan por deducciones fiscales a nivel corporativo relacionadas con la adquisición o uso de robots³³.

Para concluir, la idea de un impuesto limitado a los robots podría abordarse en una etapa preliminar de desarrollo si cumple con algunos requisitos. Por ejemplo, un impuesto: i) pagado por determinados contribuyentes que utilizan robots (es decir grandes compañías); ii) relacionado con determinadas actividades (algunas actividades industriales y/o financieras); iii) tiene una definición limitada de robots (es decir máquinas inteligentes físicas o software inteligente no físico en caso de actividades financieras), y; iv) tiene una tasa impositiva baja. En estas condiciones, un impuesto a los robots podría ser viable³⁴. Un impuesto a los robots en países ya industrializados no es lo mismo que un impuesto a los países en desarrollo. El impuesto, entonces, debe abordarse desde una perspectiva integral. Sin embargo, si vamos más allá, en una perspectiva a largo plazo, los problemas de la automatización difícilmente se resolverán con un impuesto específico a

³² OSSANDÓN CERDA, F.: ¿Impuesto sobre los robots? Desafíos para la política tributaria en la era de la automatización, cit., págs. 212-215 y BUENO MALUENDA, M.: “España y Japón ante la robotización: un reto fiscal y económico”, *Mirai*, núm. 4, 2020, pág. 208.

³³ SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G.: “La tributación de la robótica y la inteligencia artificial como límites del Derecho financiero y tributario”, *Quincena Fiscal*, núm. 12, 2019, pág. 83.

³⁴ OSSANDÓN CERDA, F.: ¿Impuesto sobre los robots? Desafíos para la política tributaria en la era de la automatización, cit., págs. 211-215.

los robots. Quizás, revisar la forma en la cual se grava actualmente el capital sería un enfoque más eficaz.

5. CONCLUSIÓN

En conclusión, y como corolario final, es evidente que España presenta una serie de deficiencias que, si no son inmediatamente subsanadas, condenarán a la sociedad y a la economía a volver a quedarse atrás en una nueva revolución tecnológica. Las máquinas autónomas e independientes, que en algunos casos son más eficientes que los humanos para realizar ciertas tareas están reemplazando a las personas en sus puestos de trabajo. Con este escenario en mente, establecer la cotización de los robots ha surgido como una posible solución, al igual que la alternativa de un impuesto o de la Renta Básica Universal. Sin embargo, si este es el camino que el legislador decide tomar, surgen una serie de dificultades al pensar en articular legalmente cualquiera de estas vías. En una primera etapa, sería recomendable pensar en una definición que incluya un componente físico de la máquina, además de otras características como la autonomía, el autoaprendizaje y la capacidad para resolver problemas complejos. Pero no solo eso, además deberán ponderarse aspectos tales como el crecimiento económico y las consecuencias jurídicas y éticas, sin obstaculizar con ello la innovación.

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 en esta era digital.

LA EJECUCIÓN DE LOS SILENCIOS ADMINISTRATIVOS EN LA ACTIVIDAD INSPECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ABRAHAM CORTÉS MORENO

Doctorando en Derecho. Abogado

Universidad de Murcia

<https://orcid.org/0000-0002-7978-7170>

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA OBLIGACIÓN DE RESOLVER Y LOS PLAZOS DEL PROCEDIMIENTO. 2.1. La obligación de resolver 2.2. Del plazo para resolver. 3. BREVE EXCURSO SOBRE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO. 3.1. EL SILENCIO POSITIVO. 3.2. El silencio negativo o desestimatorio. 4. LA EJECUCIÓN EN LOS CASOS DE SILENCIO ADMINISTRATIVO. 5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Este estudio, limitado en extremo por exigencias editoriales, tratará de analizar el fenómeno de la ejecución de la actividad inspectora de la Seguridad Social cuando concurre con el *silencio administrativo negativo o desestimatorio*.

Se partirá de una breve exposición en torno al privilegio de la *autotutela* de la Administración, así como de sus tres manifestaciones. Posteriormente se analizará obligación de resolver de la Administración y los plazos para hacerlo, así como las consecuencias derivadas del incumplimiento de dicho deber.

Seguidamente, abordaremos una brevísima exposición de la técnica jurídica del *silencio administrativo*, haciendo referencia a sus dos vertientes, así como a sus distintas consecuencias legales.

Por último, se abordará una casuística en la que la Tesorería de la Seguridad Social o el órgano con funciones ejecutivas de la Comunidad Autónoma dicta *providencias de apremio* en base al *silencio negativo o desestimatorio*, constituyendo esta actividad administrativa un claro atropello a los derechos del Administrado, mostrando en todo su esplendor la consabida *desviación de poder*.

2. LA OBLIGACIÓN DE RESOLVER Y LOS PLAZOS DEL PROCEDIMIENTO

El art. 117.1 de nuestra Norma Fundamental dice que la Administración, en su significado más amplio, «sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Con base en este principio, nuestro ordenamiento jurídico dota al poder ejecutivo del Estado de un privilegio exorbitante como es el de la *autotutela*, en el entendido que los intereses tutelados son los de la generalidad de los miembros de la comunidad.

Esta *autotutela*, proscrita para el resto de los individuos de la comunidad, salvo alguna excepción¹ decimonónica vigente aún, comprende dos manifestaciones, a saber, la *autotutela declarativa* y la *autotutela ejecutiva*. Por medio de la primera, la Administración establece si una determinada conducta o una situación jurídica es conforme a Derecho, correlativamente, también otorga o remueve derechos a una determinada persona o ente sin personalidad. A través de la segunda de las manifestaciones, el poder ejecutivo del Estado, conmina al Administrado a realizar una conducta o lleva a cabo, por sí misma, una actividad en orden a realizar aquello que previamente haya declarado. Hasta aquí la disección clásica² del privilegio de la *autotutela*.

¹ V. gr.: Art. 1600 Código Civil, derecho de retención de la cosa mueble en tanto no se produzca el pago, art. 490 de Ley de Enjuiciamiento Criminal, detención del delincuente «*in fraganti*» o fugado.

² Cfr. ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R.: *Derecho Constitucional*. VIII Edición. Madrid. Editorial TECNOS. 2018. Pág. 716 y SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios del Derecho Administrativo General I*. IV Edición. Madrid. Editorial IUSTEL PORTAL DEL DERECHO. 2016. Pág. 76 y ss., entre otros.

Sin embargo, resulta difícil de ignorar la existencia de una tercera manifestación de la *autotutela*, la llamada *autotutela preventiva*³. En virtud de dicho privilegio, el órgano administrativo instructor de un determinado procedimiento puede llegar a cabo actos de naturaleza ejecutiva, en aras de asegurar el cumplimiento de una futura resolución administrativa.

Sin poder abundar más en la cuestión por razones editoriales, resulta preciso pasar inmediatamente a la siguiente cuestión a abordar, esto es la obligación que pesa sobre la Administración de resolver los procedimientos en ejercicio de ese privilegio de *autotutela declarativa*.

2.1. La obligación de resolver

Los procedimientos pueden ser iniciados de oficio por la propia Administración o a instancia de parte⁴. En ambos casos, para el poder ejecutivo, existe una obligación de finalizar el procedimiento con una resolución⁵. El Tribunal Constitucional señala que la obligación de resolver un determinado procedimiento que pesa sobre la Administración «entronca con la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE)»⁶.

Explica el profesor GAMERO CASADO⁷ que la norma relaciona dos tipos de cumplimiento del referido *deber de resolver*: por un lado, están los casos de prescripción, renuncia de derecho, caducidad del procedimiento, desistimiento de la solicitud y desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, en los cuales la resolución del procedimiento tiene un contenido eminentemente formal, puesto que no

³ Vid. art. 56 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y art. 13.4 de Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, entre otros (LITSS).

⁴ Vid. Art. 54 de LPAC y art. 9 y 13 de Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social (RDISEL).

⁵ Vid. Art. 21.1 LPAC y art. 21.1 RDISEL, entre otros.

⁶ STC 220/2003, de 15 de diciembre. Fundamento de derecho quinto.

⁷ GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual básico de Derecho Administrativo*, XVIII Edición. Madrid. Editorial TECNOS. 2021. Pág. 470.

se entra a resolver sobre el fondo del asunto y se certifica la circunstancia concurrente en cada caso; por otro lado están las resoluciones que sí resuelven sobre el fondo del asunto.

Existen únicamente dos excepciones⁸ a esta obligación de resolver, las cuales son: cuando exista un acuerdo o convenio de la Administración con el Administrado, en este caso la resolución sobre el fondo se sustituye por dicho pacto; por otro, están los supuestos de *declaración responsable* o *comunicación previa*, en estos supuestos no se ejercita pretensión alguna, por lo que lógicamente no existe una obligación de resolver.

Para acabar este apartado, se debe mencionar que la resolución decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo, *vid.* art. 88.1 LPAC. Por otro lado, la Administración no puede inhibirse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, *vid.* art. 88.5 LPAC.

2.2. Del plazo para resolver

En conexión íntima con la obligación de resolver está el deber de notificar la resolución en un plazo determinado, supletoriamente se fija un plazo subsidiario de tres meses en aquellos procedimientos en los que no se tenga estipulado plazo alguno⁹. No obstante, el ALTO TRIBUNAL¹⁰ sostiene que este plazo subsidiario no es aplicable cuando la suma de plazos de los trámites de un determinado procedimiento exceda del plazo de tres meses. En cualquier caso, el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en el Derecho de la Unión Europea¹¹.

En el ámbito que nos concierne, el plazo para resolver y notificar tanto las *actas de infracción* como las *actas de liquidación* de la Inspección

⁸ *Vid.* art. 21.1 LPAC.

⁹ *Vid.* Art. 21.3 LPAC.

¹⁰ STS 1193/2020, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 22 de septiembre de 2020. Recurso: 6208/2019. Fundamento de derecho segundo.

¹¹ *Vid.* 21.2 LPAC.

de trabajo será de seis meses¹² desde la fecha del acta de infracción o de liquidación de que se trate.

Aquí es importante traer a colación que el *dies a quem* es el de la notificación de la resolución al Administrado, no el de la fecha de la misma, para evitar la tentación, por parte de la Administración, de modificar a su conveniencia la fecha de la de la resolución para evitar así la caducidad del expediente.

Existe la posibilidad de ampliación de los plazos legalmente establecidos¹³. El órgano competente para resolver, a propuesta, en su caso, del órgano instructor o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, podrá acordar de manera motivada la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación, no pudiendo ser este superior al establecido para la tramitación del procedimiento. Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno.

Mención especial merece el art. 32.4 LPAC el cual establece que «cuando una incidencia técnica haya imposibilitado el funcionamiento ordinario del sistema o aplicación que corresponda, y hasta que se solucione el problema, la Administración podrá determinar una ampliación de los plazos no vencidos, debiendo publicar en la sede electrónica tanto la incidencia técnica acontecida como la ampliación concreta del plazo no vencido». Si conectamos este artículo con el 23.2 LPAC, para que dicha ampliación de plazo sea legal, además de publicarlo en la sede electrónica, dicha ampliación debe notificarse al interesado y, más si se trata de personas no obligadas a relacionarse electrónicamente con la administración.

Como nota de humor, nos referiremos a la novísima incorporación del art. 23, esto es, el apartado 5¹⁴. Dicho precepto establece que: «Cuando como consecuencia de un ciberincidente se hayan visto gravemente afectados los servicios y sistemas utilizados para la tramitación de los procedimientos y el ejercicio de los derechos de los

¹² Vid. arts.20.3 y 33.1 de RDISEL.

¹³ Vid. arts. 23 y 32 LPAC.

¹⁴ Incorporado por obra y gracia de la disposición final 21 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, en vigor a partir del 31 de marzo de 2022.

interesados que prevé la normativa vigente, la Administración podrá acordar la ampliación general de plazos de los procedimientos administrativos». A parte de su pésima redacción, el supuesto de hecho, esto es, «ciberincidente» ni siquiera está recogido por la Real Academia de la Lengua Española. Por otro lado, esto es una muestra más del reiterado carácter adanista de la Administración Sánchez, esto es, viene a recoger de manera especial un supuesto que bien podía tener acogimiento en el apartado anterior, esto es, el art. 32.4 de LPAC. Por último, no añade qué actos especiales debe llevar a cabo la Administración en orden a informar a los interesados de dicha ampliación. En resumen: redacción deplorable, concepto referido al supuesto de hecho inexistente en el Diccionario de la R.A.E., adanismo y regulación superflua, esto es, legislar por legislar y buscar la apariencia de solucionar un problema inexistente.

Por último, el plazo para resolver también puede ser suspendido por requerir de informe preceptivo o por actos imputables al Administrado. Aunque no nos detendremos más en este apartado debido a la limitación editorial.

3. BREVE EXCURSO SOBRE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Explica el profesor AGUADO I CUDOLÀ¹⁵ que la técnica del silencio administrativo fue instaurada por vez primera en Francia por medio de la Ley de 17 de julio de 1900. Esta construcción jurídica consistía en que, si pasado un cierto tiempo sin que la Administración resolviera expresamente, la ley presume que ésta ha denegado la pretensión del Administrado, lo cual posibilita a éste a promover contra la denegación presunta los correspondientes recursos jurisdiccionales.

GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁶ expone que este modelo de técnica de *silencio administrativo* se introduce en España por los Estatutos Locales de

¹⁵ AGUADO I CUDOLÀ, V.: *Los orígenes del silencio administrativo en la formación del Estado constitucional*. Revista de administración pública, Nº 145. ISSN 0034-7639. 1998, págs. 329-362.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T-R: *Curso de Derecho Administrativo I XVIII Edición*. Cizur Menor. Editorial ARANZADI. 2017. Pág.:654 .

Calvo Sotelo de 1924 y 1925, la Ley Municipal Republicana de 1935 y, más tarde, por la Ley de 18 de marzo de 1944.

Prescindiremos de analizar como ha ido evolucionando esta técnica desde sus inicios hasta su configuración actual debido a exigencia editoriales. Por lo que pasaremos a describir el modelo actual de manera esquemática.

Lo primero que hay que precisar es que existen dos tipos de *silencio administrativo*, el *negativo o desestimatorio* y el *positivo o estimatorio*. Brevemente, hay que decir que, al operar el *silencio negativo o desestimatorio*, el Administrado debe entender que sus pretensiones frente a la Administración han sido desestimadas por ésta, una vez transcurrido el plazo para resolver sin que ésta se haya pronunciado expresamente. Sin embargo, cuando nos encontramos ante un *silencio positivo*, el Administrado verá acogida sus pretensiones frente a la Administración en caso que ésta no dicte resolución expresa en el plazo establecido a tal efecto.

3.1. El silencio positivo o estimatorio

Este tipo de silencio supone un acto de voluntad de la Administración *ope lege*¹⁷. Explica el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁸ que:

«El silencio administrativo [positivo] constituye, pues un auténtico acto administrativo presunto, en todo equivalente al acto expreso. Por lo que una vez vencido el plazo en cada caso establecido por la norma reguladora del procedimiento, “la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo”, art. 24.3.a) LPAC».

En este mismo sentido, el Tribunal Supremo¹⁹ sostiene que una resolución posterior al acaecimiento del silencio administrativo positivo es nula toda vez que no se siga el procedimiento de revisión de oficio o

¹⁷ Vid. art. 24.2 LPAC.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T-R: *Curso de Derecho...ob. cit.* Pág. 645.

¹⁹ STS de 1 de abril de 2002, Sala de lo Contencioso. Recurso: 1602/2000. Fundamento de derecho quinto.

de declaración de lesividad, esto es, no cabe una resolución extemporánea que revoque directamente lo confirmado por el silencio.

3.2. El silencio negativo o desestimatorio

Naturaleza distinta tiene el *silencio negativo o desestimatorio*. El art. 24.2 LPAC establece con toda claridad que «la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.»

Por un lado, no pone fin al procedimiento puesto que, como *ut supra* se ha expuesto, aún pesa sobre la Administración la obligación de dictar resolución expresa. Por lo que estamos ante una *ficción procesal* sin contenido volitivo o pronunciamiento material sobre las pretensiones del Administrado frente a la Administración.

Como derivación lógica de lo anterior, queda abierto *sine die* el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo o en el orden social, en tanto no se notifique la resolución administrativa expresa que ponga fin al *silencio*. En este sentido el Tribunal Constitucional se ha manifestado en los siguientes términos:

«3. [...] conforme a esta jurisprudencia constitucional, que el silencio administrativo negativo es simplemente una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración; se ha declarado que, frente a las desestimaciones por silencio, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que, sin embargo, no le es exigible a la Administración en el cumplimiento de su deber legal de dictar resolución expresa en todos los procedimientos. Bajo estas premisas, este Tribunal ha concluido que deducir de ese comportamiento pasivo del interesado su consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable -y menos aún, con arreglo al principio *pro actione*, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental del art. 24.1 CE-, al primar injustificadamente la

inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa. 4 [...] la interpretación que defienden las resoluciones impugnadas, imponiendo a la demandante la obligación de reaccionar en vía judicial contra la desestimación presunta por silencio administrativo negativo de su solicitud, so pena de convertir esa inactividad en su consentimiento con el acto presunto, supone una interpretación irrazonable que choca frontalmente, conforme acabamos de recordar, con la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción»²⁰.

4. LA EJECUCIÓN EN LOS CASOS DE SILENCIO ADMINISTRATIVO

En el ejercicio de la abogacía me he encontrado diversas ejecuciones sobre actas de infracción y de liquidación que no tienen su apoyatura en una resolución firme, bien de la Autoridad Laboral, bien de la Dirección Provincial de la Tesorería de la Seguridad Social. Por tanto, vamos relacionar las situaciones posibles que se pueden plantear.

a) Que se incoe expediente de liquidación o sancionador con una propuesta de resolución, pero no se resuelve. Tras eso, bien el organismo con funciones de recaudación de la Comunidad Autónoma o de la Tesorería dicta *providencia de apremio* en base a una resolución inexistente, ejecutando las cuantías consignadas en el acta de liquidación o infracción, con sus correspondientes recargos e intereses.

b) Que se dicte y notifique resolución sancionadora²¹, que se recurre, a su vez, alzada, pero no se resuelve. Tras transcurrir el plazo del silencio negativo o desestimatorio, esto es, tres meses, el organismo con funciones de recaudación de la Comunidad Autónoma o de la Tesorería

²⁰ STC 175/2008, de 22 de diciembre. Fundamentos de derecho tercero y cuarto.

²¹ En el caso de resoluciones que confirmen actas de liquidación el art. 33.3 de RDISEL establece que: «sean o no objeto de recurso de alzada [las resoluciones confirmatorias de las actas de liquidación], deberán hacerse efectivos en la Tesorería General de la Seguridad Social, hasta el último día del mes siguiente al de su notificación, iniciándose, en otro caso, el procedimiento de apremio a que se refieren los artículos 33».

dicta providencia de apremio en base a una resolución que no es firme en vía administrativa por haberse recurrido.

c) Que se dicte y notifique resolución sancionadora que se recurre, a su vez, en alzada, pero no se resuelve. Tras transcurrir el plazo del *silencio negativo o desestimatorio*, esto es, tres meses, el organismo con funciones de recaudación de la Comunidad Autónoma o de la Tesorería dicta *providencia de apremio* en base a una resolución que no es firme en vía administrativa por haberse recurrido. Pero posteriormente, a la *providencia de apremio* acaece resolución resolviendo recurso de alzada desestimándolo.

En los tres casos anteriores, nos encontramos claramente ante una *Providencia de apremio nula*, puesto que no está ejecutando una resolución administrativa firme. El art. 97.1 LPAC es claro respecto de este asunto: «Las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico». En el caso que nos ocupa, la resolución que «sirva de fundamento jurídico» viene a tener efectos similares a una sentencia firme. Por tanto, en tanto que no se produzca una resolución o se resuelva el recurso de alzada planteado frente a una resolución sancionadora, la Administración no quedará habilitada para ejercer la *autotutela ejecutiva*.

Nos encontramos por tanto ante el supuesto de oposición a la providencia de apremio establecido en el: art. 38.3.e) 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*; y art. 86.1.e) de *Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social*.

5. CONCLUSIONES

Como conclusiones a este corto escrito, señalaré la reivindicación de la existencia de una *autotutela preventiva* como tercera manifestación del privilegio de *autotutela* de la Administración. Dicha manifestación no ha sido nominada, ni puesta en valor ni estudiada en su propia entidad por la doctrina hasta la fecha. El objeto de ese estudio serían los actos de naturaleza ejecutiva, llevados a cabo por el órgano administrativo

instructor de un determinado procedimiento, en aras de asegurar el cumplimiento de una futura resolución administrativa.

La segunda conclusión es la innecesaria existencia del novísimo y risible art. 24.5 de LPAC por su redacción deplorable, concepto «ciberincidente» inexistente en el Diccionario de la R.A.E., adanismo y regulación superflua, esto es, legislar por legislar y buscar la apariencia de solucionar un problema inexistente. Puesto que el supuesto de hecho regulado en dicho artículo nada añade y puede ser subsumido en el art. 24.4 LPAC.

La tercera conclusión es que, para ampliar los plazos de un procedimiento, para que dicha ampliación de plazo sea legal, además de publicarlo en la sede electrónica, dicha ampliación debe notificarse al interesado y, más si se trata de personas no obligadas a relacionarse electrónicamente con la administración. Esto es de lo que se desprende de una interpretación conjunta de los arts. 23.2 y 32.4 y 5 de LPAC.

La cuarta conclusión es que el *silencio positivo negativo o desestimatorio* es una mera *ficción procesal* sin contenido volitivo o, si se prefiere, sin un pronunciamiento material sobre las pretensiones del Administrado frente a la Administración. Como derivación lógica de lo anterior, queda abierto *sine die* el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo o en el orden social, en tanto no se notifique la resolución administrativa expresa que ponga fin al *silencio*.

La quinta conclusión, es que no se pueden ejecutar por la vía de apremio resoluciones sancionadoras recurridas en alzada, ya que estas no son firmes y, por tanto, dichas resoluciones no sirven de fundamento jurídico para iniciar la *autotutela ejecutiva*. Mucho menos se puede ejecutar actas de liquidación o sancionadoras que no han sido confirmadas ni por la Dirección Provincial de la Tesorería ni por la Autoridad Laboral respectivamente.

LIMITACIÓN DEL DERECHO DE COTIZACIÓN POR DESEMPLEO EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADAS DE HOGAR A PROPÓSITO DE LA STJUE, DE 24 FEBRERO DE 2022. UNA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO

SUSANA DURO CARRIÓN

*Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y Seguridad
Universidad Rey Juan Carlos*

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJUE. STJUE, 28 DE FEBRERO DE 2022 (asunto C-389/20). 2.1. Una cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el Juzgado Contencioso - Administrativo nº. 2 de Vigo en el asunto C-389/20. 2.2. La limitación legal del 251 d) LGSS. Una discriminación indirecta por razón de sexo, contraria al Derecho de la Unión y contraria a nuestra propia CE. 2.3. Derecho de cotización del trabajador ante el carácter esencial de la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad, especialmente en desempleo. 2.4. Niveles de empleo y lucha contra la economía sumergida no excusan la limitación de derechos y obligaciones de las partes en la relación laboral. 2.5. Efectos colaterales negativos que derivan para la trabajadora de la limitación contenida en el art. 251 d) LGSS. 2.6. Inadmisión del carácter retroactivo del derecho de cotización anterior a la presentación de la demanda. 3. VACÍO NORMATIVO EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE ESTE COLECTIVO.

1. INTRODUCCIÓN

Si bien el empleo doméstico supone un elevado porcentaje de la población activa, sin embargo, esta relación laboral de carácter especial es todavía en la actualidad una de las formas más desprotegidas y desamparadas en nuestro ordenamiento jurídico laboral.

En concreto, la Ley General de la Seguridad Social excluye este colectivo de la acción protectora de la prestación por desempleo de modo que nuestra legislación laboral deja indefenso este colectivo que, ante una pérdida de empleo, no podría acceder a ningún tipo de prestación o subsidio.

No hay duda. Resulta especialmente injusto que las trabajadoras de este régimen laboral no puedan tener derecho a desempleo cuando finaliza su relación laboral, teniendo en cuenta que además de tratarse de uno de los sectores más vulnerables de la población, nos encontramos ante una de las formas de trabajo más precarias y peor retribuidas.

Adicionalmente, conviene señalar que esta imposibilidad de percibir la prestación por desempleo es especialmente significativa si atendemos a los efectos económicos desfavorables que proyecta sobre las trabajadoras, profundizando además, en la desigualdad de trato respecto de otros trabajadores y dado que el colectivo de trabajadores en alta en el sistema especial de empleados de hogar se integra casi exclusivamente por personas del sexo femenino y que por tanto, su exclusión de la protección por desempleo podría constituir una discriminación indirecta en relación a los trabajadores masculinos.

En este contexto de expectativas que el colectivo de empleadas de hogar incluidas en este régimen laboral especial mantiene desde hace años, no podemos dejar de considerar que la ratificación por España del Convenio 189 habría resultado fundamental para impulsar la protección de derechos laborales y de Seguridad Social básicos del colectivo de personas trabajadoras del sector doméstico, y si bien tampoco podemos obviar en esta línea el importante papel que juega el propio legislador nacional.

Con el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Contencioso - Administrativo nº. 2 de Vigo, y sin perjuicio del vacío normativo que el legislador habrá de abordar, avanzamos jurisprudencialmente en el camino de la remoción de la limitación legal del artículo 251 d) LGSS y la eliminación de esta limitación de derechos que padece este colectivo, y que sin duda se traducirá en la abolición de un factor que opera como diferencia de trato negativa entre trabajadores de distinto sexo.

2. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJUE. STJUE, 28 DE FEBRERO DE 2022 (ASUNTO C-389/20)

2.1. Una cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el Juzgado Contencioso - Administrativo nº. 2 de Vigo en el asunto C-389/20

La demandante, aquejada de enfermedad, se encontraba de alta en la Seguridad social y afiliada al régimen especial de las empleadas de hogar, desde enero del año 2011, solicitando posteriormente el 8 de noviembre del 2019 cotizar por la contingencia de desempleo con el fin de adquirir el derecho a las prestaciones por este concepto. La denegación por la Tesorería General de la Seguridad Social de su petición, alegando la prohibición expresa del artículo 251 d) LGSS¹, motivó la posterior reclamación de la empleada ante el órgano superior jerárquico de la TGSS, cuya resolución de 19 de diciembre de 2019 poniendo fin a la vía administrativa, y posterior objeto de la litis, inadmitía el recurso de la actora. Alegaba que la cotización por la contingencia de desempleo, en este caso, es expresamente excluida por la Ley.

En la correspondiente demanda presentada ante el Juzgado Contencioso - Administrativo nº. 2 de Vigo por la empleada doméstica, su pretensión perseguía del órgano jurisdiccional la declaración de nulidad y revocación, por no ajustada a Derecho, de la citada actuación de la administración demandada y en consecuencia, la declaración del derecho de la actora a cotizar como empleada de hogar por la contingencia de desempleo, permitiendo el ingreso de las cuotas de cotización desde el 9 de noviembre del 2019, fecha de su solicitud.

Con motivo del planteamiento de la cuestión prejudicial planteada al TJUE², el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº2 de Vigo

¹ Art. 251 d) 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. *«Por lo tanto, en la actualidad no es posible la cotización en el sistema de la Seguridad social para la protección por desempleo para este colectivo de trabajadores/as».*

² De acuerdo con lo establecido en el artículo 19.3 b) TUE («El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados: b) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la (...)

recibe el 28 de febrero del 2022 las actuaciones procedentes del Tribunal de Justicia de la Unión europea, con su sentencia de 24 de febrero del

interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones») y el artículo 267 TFUE b) («El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.»). La regulación de la cuestión prejudicial se desarrolla además en el Título tercero «de la cuestión prejudicial», artículos 93 - 118 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012, modificado el 26 de noviembre de 2019 y los artículos 23 y 23 bis del Protocolo nº 3 sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la UE modificado por el Reglamento 2016/629 de 17 de abril. La regulación es completada por diversas recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales 2019/C380/01, de 8 de noviembre de 2019.

El objetivo del reenvío prejudicial es un mecanismo fundamental del Derecho de la UE de acuerdo con lo establecido expresamente en el apartado 1 de la introducción de las Recomendaciones y según se ha reconocido de forma unánime por la doctrina, por ser la base sobre la que se asienta todo el ordenamiento jurídico de la Unión en la medida que garantiza la integración del Derecho de la Unión en los Estados miembros de manera uniforme y estable. Su objetivo es garantizar esa interpretación y aplicación uniforme, efectiva y homogénea de la legislación de la Unión y evitar interpretaciones divergentes en el seno de la UE, ofreciendo a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros un instrumento que les permita someter, con carácter prejudicial, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuestiones relativas a la interpretación y alcance del Derecho de la Unión o la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Por ello, mediante este instrumento, los jueces de los Estados miembros pueden pedir al TJUE que se pronuncie sobre aquellas dudas que puedan plantearse y que necesiten resolver para poder emitir el fallo. En concreto, sobre la interpretación de los Tratados y la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, y con la excepción de las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común y actos adoptados en estos ámbitos y las operaciones de la policía o en el ámbito de las funciones coercitivas de un Estado miembro, ni el mantenimiento del orden público y la protección de la seguridad interior. El pronunciamiento del TJUE (en sentencia o auto motivado) vincula tanto al órgano jurisdiccional que ha planteado el reenvío prejudicial como a todos aquellos que conozcan de un problema idéntico. En el caso español, el Tribunal de Justicia resolvió con la famosa sentencia de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11El, el primer reenvío prejudicial con auto 86/2011, de 9 de junio, en el ámbito del recurso de amparo interpuesto por el Sr. Melloni ante el Tribunal constitucional español.

2022, resolviendo la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-389/20, que concluye que la normativa española que excluye de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar, que son casi exclusivamente mujeres, es contraria al Derecho de la Unión y constituye una discriminación indirecta por razón de sexo.

El Juzgado Contencioso - Administrativo nº. 2 de Vigo, como tribunal ordinario, si bien no estaba obligado a plantear esta cuestión prejudicial, ha hecho uso de esta posibilidad que le asiste de acudir al TJUE y asumir su doctrina, y de este modo, sin pasar por la doctrina de su superior jerárquico, obtener un mayor grado de libertad en su pronunciamiento, en la medida en que mediante la cuestión prejudicial se favorece la interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Unión y se tutela jurídica y judicialmente a todos los ciudadanos de la Unión Europea.

El juez nacional ha hecho llegar al TJUE esta protección efectiva del derecho y en esta línea, tenemos que destacar la importancia de este mecanismo dado que la cuestión prejudicial se ha consolidado como principal vía de control por el TJUE sobre la aplicación efectiva del derecho de la UE para los ciudadanos, convirtiendo el Derecho de la UE en un Derecho supranacional que convive con el Derecho interno de los Estados miembros.

Si bien la TGSS defendía ante el órgano jurisdiccional en su informe la improcedencia del planteamiento de la cuestión prejudicial³, como establece la propia sentencia del TJUE, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión judicial que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia y el Tribunal de Justicia solo podrá abstenerse de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto

³ Sentencia Juzgado Contencioso - Administrativo nº 2 de Vigo, 68/22, de 17 de marzo de 2022.

del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para dar una respuesta útil a las cuestiones que se le hayan planteado⁴.

2.2. La limitación legal del 251 d) LGSS. Una discriminación indirecta por razón de sexo, contraria al Derecho de la Unión y contraria a nuestra propia CE

En el planteamiento por el órgano jurisdiccional remitente al TJUE sobre la compatibilidad del artículo 251 d) LGSS con el Derecho de la Unión se vislumbraba la posibilidad de que la normativa nacional española infringiera el principio de no discriminación en materia de Seguridad Social de la normativa europea, así como nuestra propia Carta Magna, dado que como reconocen las partes del litigio principal, el colectivo de trabajadores incluidos en el sistema especial para empleados de hogar está integrado casi exclusivamente por personas de sexo femenino. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia sendas cuestiones prejudiciales.

Por una parte, su planteamiento se basa en el artículo 4.1 de la Directiva 79/7, sobre igualdad de trato⁵ que impide toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en la obligación de contribuir a las cotizaciones sociales, y el art. 5 b) de la Directiva 2006/54⁶, que recoge idéntica prohibición de discriminación directa o

⁴ Sentencia TJUE de 24 de febrero de 2022 (Sala Tercera), C-389/20, EU:C:2022:120, apartados 23 y 24.

⁵ 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. Art. 4.1. «El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a: el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones, el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.»

⁶ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Artículo 5.
(...)

indirecta por razón de sexo, en cuanto al ámbito de aplicación de los regímenes sociales y las condiciones de acceso a los mismos, así como en la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones, deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una norma nacional como el art. 251 d) LGSS.

Por otra parte, y en caso de respuesta positiva a la anterior, si debiese considerarse que el referido precepto legal supone un ejemplo de discriminación proscrita, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.1 apartados e) y/o k) de la Directiva 2006/54, en la medida en que las destinatarias casi exclusivas de la norma cuestionada, art. 251 d) LGSS, son mujeres⁷.

Del mismo modo, como alegaba la recurrente, en la medida que el art. 251 d) LGSS, vulnerase además de la normativa europea referida, además de la propia Constitución española, podría ser inaplicable.

En esta línea, el Gobierno español sostenía que en tanto que dichas cuestiones se refieren a la Directiva 2006/54 deberían declararse inadmisibles dado que la Directiva 2006/54⁸ no es aplicable al régimen legal de seguridad social español regulado por la LGSS⁹.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 251 de la LGSS, el régimen especial de empleados de hogar está integrado en el Régimen General de Seguridad Social regulado por la LGSS y estos empleados tienen derecho a las prestaciones de seguridad social en los términos y condiciones establecidos en ese Régimen General. En concreto, en

Prohibición de la discriminación. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, en los regímenes profesionales de seguridad social no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo, en particular en lo relativo a: a) el ámbito de aplicación de dichos regímenes y las condiciones de acceso a los mismos; b) la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones; c) el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

⁷ Sentencia TJUE de 24 de febrero de 2022 (Sala Tercera), C-389/20, EU:C:2022:120, apartado 19 y 33.

⁸ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

⁹ Sentencia TJUE de 24 de febrero de 2022 (Sala Tercera), C-389/20, EU:C:2022:120, apartado 29.

relación con las prestaciones por desempleo del artículo 264, apartado 1, letra a), de la LGSS, todos los trabajadores por cuenta ajena incluidos en dicho Régimen General están, en principio, cubiertos por la protección contra el desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia.

Dado que el objeto de la litis trata sobre el reconocimiento a los empleados de hogar de la protección contra el desempleo de la que están excluidos en virtud del artículo 251, letra d), de la LGSS, en concreto este litigio tiene por objeto el ámbito de aplicación personal de las prestaciones por desempleo concedidas por el régimen legal de seguridad social español y estas están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 de modo que le son aplicables en la medida que tales prestaciones forman parte de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letra a), de dicha Directiva, esto es, el riesgo de desempleo, y están directa y efectivamente vinculadas con la protección contra dicho riesgo¹⁰.

La actora denuncia en su demanda que la actuación impugnada vulnera el art. 14 CE que consagra el derecho de los españoles a la igualdad. En esta línea, la previsión legal del art. 251 LGSS, en apariencia no exterioriza ninguna discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Como señala la actora, el Juzgado Contencioso - Administrativo nº. 2 de Vigo también lo califica de previsión neutra¹¹. Del mismo modo, la sentencia del TJUE viene a determinar que una disposición nacional como la controvertida en el litigio principal no supone una discriminación directamente basada en el sexo, ya que se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras incluidos en el régimen especial para empleados de hogar. Sin embargo, considera la sentencia que sí debe atenderse al concepto de discriminación indirecta por razón de sexo en el contexto de la Directiva 79/7 y la Directiva 2006/54, como aquel en que una disposición, un

¹⁰ Sentencia TJUE de 24 de febrero de 2022 (Sala Tercera), C-389/20, EU:C:2022:120, apartados 34 a 37.

¹¹ Sentencia Juzgado Contencioso - Administrativo nº 2 de Vigo, 68/22, de 17 de marzo de 2022. FJ 1.

criterio o una práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que tal disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

De este modo, de los datos estadísticos se desprende que la proporción de las trabajadoras por cuenta ajena sujetas al Régimen General de Seguridad Social español que se ven afectadas por la diferencia de trato consecuencia de la disposición nacional controvertida en el litigio principal es significativamente mayor que la de los trabajadores por cuenta ajena¹².

Por tanto, esta disposición nacional entraña una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, a menos que esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Efectivamente, negar a las trabajadoras pertenecientes a ese colectivo la posibilidad de acceder a las prestaciones por desempleo, impidiéndoles la cotización para la cobertura de esa contingencia, implica que la citada disposición nacional constituye una discriminación indirecta por razón de sexo en el acceso a las prestaciones de seguridad social.

A falta de motivación explícita alguna al respecto, dicha discriminación no está justificada y, por lo tanto, podría estar prohibida por las Directivas 79/7 y 2006/54, de modo que la sentencia califica de improcedente la supuesta imposibilidad de comparar la situación de los empleados de hogar con la de los demás trabajadores por cuenta ajena afiliados al Régimen General de Seguridad Social español, alegada por el gobierno español para afirmar la inexistencia de tal discriminación indirecta¹³.

¹² Sentencia TJUE de 24 de febrero de 2022 (Sala Tercera), C-389/20, EU:C:2022:120, apartados 39, 40 y 46.

¹³ Sentencia Juzgado Contencioso - Administrativo nº 2 de Vigo, 68/22, de 17 de marzo de 2022. FJ 3 y Sentencia TJUE de 24 de febrero de 2022 (Sala Tercera), C-389/20, EU:C:2022:120, apartado 18, 26 y 48 y 49.

2.3. Derecho de cotización del trabajador ante el carácter esencial de la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad, especialmente en desempleo

La TGSS y el gobierno español alegaban la inadmisibilidad tanto de la petición de decisión prejudicial como de las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, pues deducen que el litigio principal no versa, en realidad, sobre un supuesto derecho a cotizar, sino sobre el reconocimiento del derecho a las prestaciones por desempleo y por tanto, el juzgado remitente no es competente para conocer del litigio principal, como órgano jurisdiccional de lo contencioso administrativo.

La STJUE de 24 de febrero del 2022 viene a manifestar claramente la estrecha vinculación entre el cumplimiento de ese derecho-deber del trabajador y las posibilidades de reconocimiento a la trabajadora de prestaciones como la de desempleo. Esa imposibilidad de ser beneficiaria deriva de la ausencia de previsión para su cotización, según lo dispuesto en los artículos 251 d) y 264.1 b) LGSS, de manera que la alegación de la demandada en cuanto que no existe un derecho a la protección de Seguridad social porque se cotice, no puede resultar predicable de prestaciones sociales básicas, no complementarias, como las que llamadas a paliar situaciones de necesidad como la de la demandante. Si atendemos al artículo 41 CE¹⁴, como principio rector de la política social y económica, y si atendemos que la prestación ante una situación de necesidad como es el caso, es esencial, la acción de cotización para garantizar su cobertura no puede limitar su naturaleza a la de un deber, sino que se configura como un derecho del trabajador¹⁵.

¹⁴ «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres».

¹⁵ Sentencia Juzgado Contencioso - Administrativo nº 2 de Vigo, 68/22, de 17 de marzo de 2022. FJ 2.

La Directiva 79/7¹⁶ no obliga a los Estados miembros a establecer una protección contra una contingencia particular, como el desempleo, de modo que la solicitud de cotización por dicha contingencia con el fin de adquirir el derecho a las prestaciones correspondientes, como la que es objeto del litigio principal, no está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva¹⁷.

2.4. Niveles de empleo y lucha contra la economía sumergida no excusan la limitación de derechos y obligaciones de las partes en la relación laboral

Los niveles de empleo y la lucha contra la economía sumergida no pueden en ningún caso excusar la limitación de derechos y obligaciones de las partes en la relación laboral. La justificación alegada por la TGSS para no otorgar la protección no encuentra justificación alguna en este dato pues de ningún modo la restricción de derechos básicos puede servir de política para luchar contra la economía sumergida.

Se ha pretendido justificar por la TGSS la carencia de la acción protectora en materia de desempleo en este régimen especial, en el objetivo de conservación de los niveles de empleo en el ámbito de las empleadas de hogar alegando que la limitación en los derechos y obligaciones de las partes en la relación laboral favorece el volumen de empleo. Dado que el sector laboral de los empleados de hogar presenta elevadas tasas de empleo, un escaso nivel de cualificación y, por tanto, de retribución, y un porcentaje considerable de trabajadores no afiliados al Sistema de la Seguridad Social y el incremento de las cargas y de los costes salariales resultantes del aumento de las cotizaciones para cubrir la contingencia de desempleo podría traducirse en una disminución de las tasas de empleo en este sector laboral, y según la TGSS, la disposición controvertida tiene por objeto mantener las tasas de empleo y luchar contra el trabajo ilegal y el fraude social en aras de la protección

¹⁶ 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.

¹⁷ Sentencia TJUE de 24 de febrero de 2022 (Sala Tercera), C-389/20, EU:C:2022:120, apartados 21 y 30.

social de los trabajadores¹⁸. De este modo, se viene a responsabilizar a las empleadas de hogar de las elevadas tasas de empleo ilegal y el fraude en la Seguridad Social.

Como establece la STJUE de 24 de febrero del 2022, la limitación legal que supone el art. 251 d) LGSS, no es compatible con los fines de política social legítimos al tiempo que opera como diferencia de trato negativa entre trabajadores de distinto sexo¹⁹. Otros colectivos de trabajadores cuya relación laboral se desarrolla a domicilio para empleadores no profesionales, o cuyo sector laboral presenta las mismas peculiaridades en términos de tasas de empleo, de cualificación y de remuneración que el de los empleados de hogar, como los jardineros y conductores particulares o los trabajadores agrícolas y los trabajadores contratados por empresas de limpieza, están todos ellos cubiertos frente a la contingencia de desempleo, y ello a pesar de que sus cotizaciones son en algunos casos inferiores a las aplicables a los empleados de hogar²⁰.

2.5. Efectos colaterales negativos que derivan para la trabajadora de la limitación contenida en el art. 251 d) LGSS

La sentencia del Juzgado Contencioso - Administrativo nº 2 de Vigo hace referencia también a determinados efectos colaterales negativos derivados de la existencia de la limitación contenida en el artículo 251 d) de la LGSS.

Para que la trabajadora pueda tener acceso a determinadas ayudas sociales orientadas a colectivos de desempleados, será preciso que hubiese agotado la prestación por desempleo, de modo que por no haberla percibido nunca, estarán cerradas esas otras puertas de protección social *ab initio*. De igual forma sucede con el acceso a otras prestaciones sociales que exigen para su percepción hallarse de alta en el

¹⁸ Sentencia Juzgado Contencioso - Administrativo nº 2 de Vigo, 68/22, de 17 de marzo de 2022. FJ 3 y Sentencia TJUE de 24 de febrero de 2022 (Sala Tercera), C-389/20, EU:C:2022:120, apartados 53 y 54.

¹⁹ Sentencia Juzgado Contencioso - Administrativo nº 2 de Vigo, 68/22, de 17 de marzo de 2022. FJ 3.

²⁰ Sentencia TJUE de 24 de febrero de 2022 (Sala Tercera), C-389/20, EU:C:2022:120, apartado 63 y 67.

régimen de la Seguridad social, o en situación asimilada como es el desempleo total.

De este modo, el desamparo social generado por la carencia de la acción protectora trasciende a la simple imposibilidad de percibir la prestación por desempleo y proyecta sus efectos económicos desfavorables totalmente sobre la trabajadora.

El art. 251 d) LGSS se opone a lo dispuesto en el apartado 1, art. 4 de la Directiva 79/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 y en este caso y en relación a estos efectos colaterales negativos, profundiza e incrementa esa discriminación entre trabajadoras y trabajadores que, por no sustentarse en factores objetivos, es negativa y ocasiona una desprotección social injustificada que va más allá de la simple imposibilidad de ser beneficiaria de la prestación por desempleo²¹.

2.6. Inadmisión del carácter retroactivo del derecho de cotización anterior a la presentación de la demanda

Podríamos entender que la sentencia da la posibilidad a todas aquellas trabajadoras despedidas para reclamar la prestación por desempleo, y en esta línea habría que destacar que en el caso concreto el juzgado admitió parcialmente el recurso interpuesto por la afectada en el sentido que no admitía su pretensión de derecho de cotización para prestación de desempleo con carácter retroactivo desde la presentación de la demanda.

No obstante, y en orden a nuevas reclamaciones de este colectivo, cabe la posibilidad de un planteamiento y consulta sobre el carácter retroactivo de las pensiones ante el TJUE, cuestión aún no ha analizada por este Tribunal.

²¹ Sentencia Juzgado Contencioso - Administrativo nº 2 de Vigo, 68/22, de 17 de marzo de 2022. FJ 3.

3. VACÍO NORMATIVO EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE ESTE COLECTIVO

Por una parte, los efectos de la cuestión prejudicial no pueden recaer sobre el derecho originario de la Unión, pero sí sobre las actuaciones de las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Y por otro lado, la declaración de invalidez del acto no viene a implicar su anulación de modo que resultaría necesario acudir al recurso de anulación a que se refiere el artículo 263 TFUE y en este punto, habrá de ser el propio organismo quien rectifique esa actuación.

Si bien es cierto que la competencia del TJUE es decidir sobre la interpretación o validez y sin embargo, en muchas ocasiones sí llega a entrar en el fondo del asunto bien porque así lo solicita el tribunal ordinario o porque se extralimita y sin perjuicio de las críticas doctrinales que haya podido recibir en esta línea, el órgano jurisdiccional es quien debe extraer de la respuesta del TJUE, en su caso, la subsiguiente inaplicación de la norma nacional contraria al Derecho de la Unión.

La sentencia, por una parte, insta a la Tesorería General de la Seguridad Social a remover todos aquellos obstáculos que impidan o dificulten el derecho y en esta línea, el juez viene a admitir que existe un vacío normativo y la necesidad que sea el legislador quien lo aborde considerando las peculiaridades del régimen especial.

Es por ello por lo que aclara en su pronunciamiento que el reconocimiento de este derecho-deber de cotizar por esta contingencia se produce desde el momento mismo de la sentencia y si bien su plena efectividad no se producirá hasta que la ley lo desarrolle.

En mi opinión, sería deseable una pronta regulación de esta cuestión con el fin de garantizar en primer lugar, una expectativa de seguridad jurídica de este colectivo y por otra parte, ante la necesidad de regulación y tutela de este derecho que ha ser reconocido para este sector vulnerable y que en muchas ocasiones, precisamente por su situación, se encuentra especialmente desamparado ante la falta de recursos y medios para litigar.

EL COMPLEMENTO CONVENCIONAL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL ASIMILADA A ACCIDENTE DE TRABAJO POR COVID-19 A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

SARA GUINDO MORALES

Profesora Ayudante Doctora

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

1. EL COMPLEMENTO CONVENCIONAL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL ASIMILADA A ACCIDENTE DE TRABAJO POR COVID-19 A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA.
2. CONCLUSIONES.

1. EL COMPLEMENTO CONVENCIONAL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL ASIMILADA A ACCIDENTE DE TRABAJO POR COVID-19 A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

La STS de 20 de enero de 2022¹ tiene por objeto resolver el recurso de casación interpuesto por el Letrado que representa a la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 13 de mayo de 2021, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de la Federación Estatal de Enseñanza del Sindicato Comisiones Obreras contra la

¹ ECLI:ES:TS:2022:186.

Empresa Fundación Diagrama Intervención Psicosocial, sobre Conflicto Colectivo.

Compareciendo en concepto de recurridos la Federación de Empleados/as de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FESP-UGT) y la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial, ambas representadas por sus respectivos abogados.

Y siendo los Antecedentes de Hecho los siguientes:

1. El 21 de octubre de 2020, por la representación letrada se presentó demanda de la Federación Estatal de Enseñanza del Sindicato Comisiones Obreras de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y en la que, tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación, se terminó por suplicar que se dictara sentencia por la que se declarase el derecho de los trabajadores que hayan estado o estén en situación de IT asimilada a accidente de trabajo por razón de periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19, a percibir el complemento de hasta el 100% de la base reguladora del mes anterior a la baja, tal y como establece el artículo 96.2 del Convenio Colectivo aplicable a tal efecto.

El Convenio Colectivo de aplicación era el de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial, publicado en el BOE por resolución de 19 de junio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica dicha norma convencional, y, en virtud de dicho precepto, titulado «Incapacidad Temporal»:

«En caso de enfermedad profesional, accidente laboral o ingreso hospitalario, los trabajadores tendrán derecho a cobrar, a partir del día siguiente a la baja y durante el tiempo que dure la misma, el 100% de su base reguladora correspondiente al mes anterior a su baja».

2. El 13 de mayo de 2021 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, la cual desestimó la demanda formulada por el letrado representante de la Federación Estatal de Enseñanza del Sindicato CCOO contra la empresa Fundación Diagrama Intervención Psicosocial, así como en su condición de parte interesada, frente al Sindicato UGT sobre Conflicto Colectivo.

3. En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

- Que la Federación Estatal de Enseñanza del Sindicato CCOO tiene la condición legal de sindicato más representativo y acredita presencia y audiencia electoral en la empresa demandada.
- Que por Resolución de 19 de junio de 2013, de la Dirección General de Empleo, se registra y publica el Convenio colectivo de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial, suscrito con fecha 8 de mayo de 2013, de una parte, por los designados por la Dirección de la empresa, en representación de la misma y, de otra, por el Comité Intercentros, en representación de los trabajadores.
- Que por Resolución de 29 de enero de 2021, de la Dirección General de Trabajo, se registra y publica el Convenio colectivo regulador de las relaciones laborales en la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial, suscrito, el 31 de julio de 2020, de una parte, por los designados por la Dirección de dicha Fundación en representación de la misma y, de otra, por los sindicatos de CCOO y UGT en representación de los trabajadores.
- Que el presente conflicto colectivo afecta a los trabajadores de Fundación Diagrama Intervención Psicosocial, a los que les es de aplicación dicha norma convencional.
- Que las bajas laborales producidas en el ámbito de la empresa que se produzcan como consecuencia de los periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19, están dando lugar a la percepción de la correspondiente prestación de IT, pero no se está abonando el complemento previsto en el artículo 96.2 del Convenio colectivo aplicable anteriormente citado.
- Que actualmente, a pesar de las diferentes reclamaciones planteadas por el personal afectado por situaciones de IT, la demandada niega sistemáticamente la aplicación de lo dispuesto en el artículo 96 del Convenio Colectivo de aplicación cuando se trata de bajas por razón de periodos

de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio derivados del COVID-19, hecho no controvertido.

- Que contra dicha resolución judicial se interpuso recurso de casación por la representación de la Federación Estatal de Enseñanza del Sindicato CCOO, recurso que fue admitido a trámite y que ahora se analiza.

Entrando a resolver el Tribunal Supremo el recurso de casación objeto de análisis (recurso impugnado por la empresa y propuesto por el Ministerio Fiscal como improcedente), en su Fundamento de Derecho Tercero expone que, con amparo en lo dispuesto en el artículo 207, letra c), de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social² (en virtud del cual, constituye uno de los motivos del recurso de casación ante el Tribunal Supremo el «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte»), denuncia la parte recurrente infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, denunciando la infracción de lo dispuesto en el artículo 96 del Convenio Colectivo de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial y, además, de lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública³.

De lo que se derivaría, añade la parte actora, una infracción de lo contemplado en el artículo 82.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁴ (en adelante y para simplificar, ET, relativo a que los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia), además de una infracción de la

² Publicada en el BOE en fecha de 11 de octubre de 2011.

³ Publicado en el BOE en fecha de 11 de marzo de 2020 (en adelante y para simplificar, RD-1 6/2020).

⁴ Publicado en el BOE en fecha de 24 de octubre de 2015.

doctrina consolidada del Tribunal Supremo en relación con la naturaleza y régimen regulador de los complementos de Incapacidad Temporal convencionalmente estipulados.

Aclara el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia que, en el primer motivo del recurso, la parte denuncia infracción del artículo 96 del Convenio Colectivo de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial, del artículo 5 del RD-1 6/2020, de marzo, así como infracción del artículo 82.3 del ET e infracción de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo en relación con la naturaleza y régimen regulador de los complementos de Incapacidad Temporal convencionalmente estipulados.

A lo que añade que, esencialmente aduce, en primer lugar, que la regulación de la asimilación legal de las contingencias derivadas de COVID no tiene por objeto, como determina la sentencia, establecer un alivio para las empresas.

Y, que, en segundo lugar, alega que a falta de una regulación convencional detallada, es de aplicación al complemento el régimen normativo que regula la prestación de seguridad social y, en este caso, por tanto, la plena asimilación de las contingencias COVID a accidente de trabajo, también a los efectos del abono del complemento de Convenio.

Así pues, tras traer a colación el Tribunal Supremo la literalidad de los preceptos que han de tomarse en consideración y, antes de proceder a resolver la cuestión planteada, recuerda al respecto la doctrina de su Sala de lo Social acerca de la interpretación de los Convenios Colectivos, en virtud de la cual:

«Recordábamos en la STS de 15 de abril de 2010 (rec. 52/09) que el primer canon hermenéutico en la exégesis del convenio colectivo es el sentido propio de sus palabras -la literalidad de sus cláusulas- (arts. 3.1 y 1281 del Código Civil).- No obstante, “la interpretación de la normas contenidas en los convenios colectivos ha de combinar los criterios de orden lógico, finalístico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a la intención de los contratantes, pues la prevalencia del componente gramatical, en tanto que expresivo -en principio- de la voluntad de las partes, ha de ceder ante interpretaciones lógicas que pongan de manifiesto la

discordancia entre la literalidad y la presumible voluntad de los pactantes”, sentencia de 27 de enero de 2009, recurso 2407/2007, que cita sentencias anteriores».

Y conteniendo la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2021 el siguiente razonamiento:

«a). En efecto, la Sala, en reiteradísima doctrina jurisprudencial, ha puesto de relieve que, atendida la singular naturaleza mixta de los convenios colectivos (contrato con efectos normativos y norma de origen contractual), la interpretación de los mismos debe hacerse utilizando los siguientes criterios: La interpretación literal, atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes (arts. 3.1 y 1281 CC; STS 13 octubre 2004, Rec. 185/2003). La interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (arts. 3.1 y 1285 CC). La interpretación histórica, atendiendo a los antecedentes históricos y a los actos de las partes negociadoras (arts. 3.1 y 1282 CC). La interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes negociadoras (arts. 3.1, 1281 y 1283 CC). No cabrá la interpretación analógica para cubrir las lagunas del convenio colectivo aplicable (STS 9 abril 2002, Rec. 1234/2001). Y los convenios colectivos deberán ser interpretados en su conjunto, no admitiéndose el “espiguelo” (STS 4 junio 2008, Rec. 1771/2007)...

b) En segundo lugar, la Sala ha precisado recientemente su papel en este tipo de recursos en los que se discute la interpretación efectuada por el órgano de instancia. Generalmente, habíamos dicho, siguiendo una antigua línea jurisprudencial, que “la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual”. (SSTS de 5 de junio de 2012, rec. 71/2011; de 15 de septiembre de 2009, rec. 78/2008, entre muchas otras). Y, también, se ha precisado que “en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se

combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los Órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos comitentes” (STS de 20 de marzo de 1997, rec. 3588/1996).

Sin embargo, en los últimos tiempos, hemos corregido dicho criterio, y hemos establecido que “Frente a la opción de dar por buena, en todo caso, la interpretación efectuada por la sentencia de instancia, la Sala considera que lo que le corresponde realizar en supuestos como el presente, en los que se discute por el recurrente aquella interpretación, consiste en verificar que la exégesis del precepto convencional efectuada por la sentencia recurrida se adecúa a las reglas de interpretación que se derivan de los artículos 3 y 1281 y ss. CC, tal como las ha venido analizando la Sala en la jurisprudencia recién expuesta”. (SSTS de 13 de octubre de 2020, Rec. 132/2019 y de 21 de diciembre de 2020, Rec. 76/2019).

Consecuentemente, en este tipo de recursos, los condicionamientos propios de un recurso extraordinario como el de casación impiden efectuar al resolverlo interpretaciones distintas y alternativas que pueden caber igualmente en la exégesis de los convenios o pactos examinados en aquellos supuestos en los que la interpretación del órgano judicial de instancia ni ha sido arbitraria ni irrazonable, sino que, por el contrario, se ha atendido escrupulosamente a las reglas de interpretación normativamente establecidas en el Código Civil según nuestra propia jurisprudencia».

En virtud de todo lo anterior, ante la petición del recurrente relativa a que los trabajadores afectados por el ámbito del conflicto, que hayan estado o estén, en situación de IT asimilada a accidente de trabajo, por razón de periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio, como consecuencia del COVID-19, tienen derecho a percibir el complemento de hasta el 100% de la base reguladora del mes anterior a la baja, conforme prescribe el artículo 96.2 del convenio colectivo aplicable, entiende el Tribunal Supremo en su Fundamento de Derecho Quinto que el recurso de casación debe ser desestimado en base a las siguientes consideraciones:

«Primera: La interpretación literal del precepto -artículo 96 del Convenio- atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, que establece el complemento del 100% de la BR de la IT del mes anterior a la baja en caso de accidente laboral. Los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19, no son situaciones de IT derivadas de accidente laboral ya que el artículo 5 del RD Ley 6/2020, de 10 de marzo, dispone que dichas situaciones «se considerarán, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social». Por lo tanto no es IT derivada de accidente de trabajo sino «asimilada» pero, no a todos los efectos, sino «para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social».

Segunda: El precepto convencional establece una mejora voluntaria de Seguridad Social, en concreto la mejora de la prestación de IT, diferenciando la cuantía de la mejora atendiendo a si la IT deriva de contingencias comunes o profesionales, incluida la hospitalización. Tal y como se ha puesto de relieve por una constante jurisprudencia, las mejoras voluntarias de Seguridad Social complementan las prestaciones pero tienen un régimen propio, regulado en los propios pactos o reglas que las hayan creado.

Así la sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 2011, recurso 4277/2010, enjuició la duración del complemento del subsidio por incapacidad temporal derivado de accidente de trabajo establecido en un convenio colectivo que instituía dicha mejora sin precisión adicional alguna. Este Tribunal explica que el subsidio no concluye con la extinción del contrato de trabajo, sino que se extiende hasta la finalización del proceso de incapacidad temporal por las razones siguientes:

“a).- La fuente reguladora de las medidas de carácter social establecidas en los Convenios Colectivos -o pactos de empresa- que mejoran las prestaciones de la Seguridad Social se encuentran en los propios pactos o reglas que las hayan creado, lo que comporta que el título de constitución de la Seguridad Social complementaria haya de ser interpretado con arreglo al tenor de las cláusulas que las establezcan, como se infiere del art. 192

LGSS (SSTS 20/03/97 -rcud 2730/96-; 13/07/98 -rcud 3883/97-; 20/11/03 -rcud 3238/03-; y 31/01/07 -rcud 5481/05-);

b).- Si bien esta remisión implica que no caben interpretaciones extensivas que alcancen a supuestos no contemplados específicamente por las partes (SSTS 09/02/04 -rco 18/03-; y 31/01/07 -rcud 5481/05-), no lo es menos que tampoco es hacedero hacer interpretaciones restrictivas del derecho que colectivamente se pacta, sino que -antes al contrario- una interpretación armónica del ordenamiento jurídico remite a interpretarlas mejoras voluntarias con criterios propios del Sistema de Seguridad Social y entre ellos -pero únicamente en supuestos de textos con dudoso significado no atendible por los habituales criterios exegeticos- el principio ‘pro beneficiario’; y

c).- Asimismo, conforme al art. 1281 CC, hay que estar como primer canon de interpretación a los términos literales del título constitutivo, de forma que si los mismos son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, no es de aplicar otra regla hermenéutica que aquella que atiende al sentido gramatical (SSTS 13/10/03 -rcud 4466/02-; y - Sala General- 15/05/00 -rcud 1803/99-).”.

La sentencia de esta Sala de 7 de julio de 2009, recurso 2175/2008, con cita de doctrina anterior, pone de relieve la naturaleza de las mejoras voluntarias de Seguridad Social y su diferencia con las prestaciones de Seguridad Social:

“Como señala esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 4 de abril de 2006 (rec. 333/2005), resolviendo supuesto sustancialmente idéntico (sentencia a su vez referida en la recurrida): ‘Ante tal planteamiento procesal no cabe la menor duda de que la doctrina correcta se recoge en la sentencia ahora impugnada, toda vez que lo reclamado en concepto de Incapacidad Temporal no, sino, un mero complemento voluntario a cargo exclusivo de la empresa y amparado en Convenio Colectivo que, por más que incida en una prestación de Seguridad Social, no puede merecer la catalogación de tal y si, en cambio, la de una contraprestación empresarial que mejora el verdadero subsidio o prestación previstos legalmente para los casos de incapacidad temporal. Aun en el supuesto, no expresamente planteado, de una discordancia en orden a la base reguladora de

dicha prestación de Seguridad Social, tampoco la litis, en los términos que aparece planteada, extravasaría el ámbito de la relación jurídica que la trabajadora demandante de autos vino manteniendo con la empresa hoy recurrente’.”

En definitiva, al tratarse de una mejora voluntaria, no cabe hacer una interpretación extensiva del precepto que alcance a supuestos no contemplados específicamente por las partes por lo que, no estando contempladas las situaciones de IT en periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19, no procede ampliar la mejora voluntaria a dichos supuestos.

Tercera: El artículo 5 del RD Ley 6/2020, de 10 de marzo, contempla como situación asimilada a accidente de trabajo aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19, señalando que dicha asimilación es exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social. Como el complemento regulado en el artículo 96 del Convenio no es una prestación económica de IT, sino una mejora voluntaria de dicha prestación, no estamos ante una situación asimilada a accidente de trabajo.

Cuestión diferente sería que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha producido por causa exclusiva de la realización del trabajo, en los términos que señala el artículo 156 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en cuyo supuesto entraría en juego la previsión contenida en el precitado artículo 5.1 del RD Ley 6/2020, que dispone que en este caso la situación será calificada como accidente de trabajo.

Cuarta: La finalidad de la regulación contenida en el artículo 5 del RD Ley 6/2020, de 10 de marzo es, como acertadamente ha puesto de relieve el recurrente en su escrito de interposición del recurso, garantizar la protección social de los trabajadores.

Siendo cierta dicha finalidad, no es menos cierto que la protección social se ha limitado a los términos que hemos expuesto con anterioridad, es decir, a la consideración de situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, sin que

dicha asimilación se extienda a otras prestaciones -no económicas- o que no se refieran a la prestación de IT del sistema de seguridad social.

Quinta: La intención de las partes al establecer la cláusula convencional aparece clara. Si bien es cierto que a la fecha de la firma del Convenio Colectivo de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial (BOE 04/07/2013), las partes no pudieron prever la situación generada por el COVID -19, ni, por supuesto, la regulación contenida en el artículo 5 del RD Ley 6/2020, de 10 de marzo, no es menos cierto que cuando se ha firmado un nuevo Convenio Colectivo, BOE de 9 de febrero de 2021, cuya publicación fue acordada por resolución de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Fundación Diagrama Intervención Psicosocial en su ámbito de actividad de reforma juvenil y protección de menores, ya estaba vigente el RD Ley 6/2020, de 10 de marzo y en el clausulado se ha incluido el artículo 50 de redacción idéntica al artículo 96».

Motivos por todos los cuales, falla el Tribunal Supremo que procede la desestimación del recurso de casación formulado frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 13 de mayo de 2021, confirmando, por ende, la sentencia recurrida.

Entendiendo, por tanto, que aquellas personas trabajadoras que hayan estado o estén, en situación de Incapacidad Temporal asimilada a accidente de trabajo, por razón de periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio, como consecuencia de la COVID-19, no tienen derecho a percibir el complemento de hasta el 100% de la base reguladora del mes anterior a la baja, conforme prescribe el Convenio Colectivo de aplicación⁵.

2. CONCLUSIONES

1. Desde que la OMS declarara en enero de 2020 que la situación en relación a la COVID-19 suponía una emergencia de salud pública de

⁵ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «Incapacidad temporal asimilada a accidente de trabajo por COVID-19 (art. 5 RD Ley 6/2020) y complemento Convencional», en *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Web: <https://ignasibeltran.com/seguridad-social/#covid19>

importancia internacional, y según comenzaron a aparecer los primeros casos en España, se hizo necesario adoptar una serie de medidas que no podían demorarse para garantizar la protección social de los trabajadores que causaran baja por aislamiento y enfermedad⁶.

2. Así pues, con la finalidad de evitar la propagación de la enfermedad y mantener la protección social de los trabajadores por cuenta propia o ajena, se incluyó que los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del COVID-19 tendrían la consideración de situación asimilada (de forma excepcional) a accidente de trabajo a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social⁷.

3. En este sentido, el artículo quinto (titulado «consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio o su centro de trabajo las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19») del capítulo segundo del RD-1 6/2020 (rubricado «medidas para la protección de la salud pública») estableció que, con el objetivo de proteger la salud pública, se considerarán, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de Incapacidad Temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19, salvo que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 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 cuyo caso será calificada como accidente de trabajo.

4. Lo anterior, suponía una mejora de la prestación a los trabajadores respecto a las que existe con las bajas comunes y liberaba del coste que asumen trabajadores y empresas en caso de baja común⁸.

⁶ Preámbulo o Exposición de Motivos del RD-1 6/2020.

⁷ *Ibidem*.

⁸ https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2021/110321-bajas_covid.aspx

5. Así pues, en este sentido, el 21 de octubre de 2020, por la representación letrada se presentó demanda de Conflicto Colectivo de la Federación Estatal de Enseñanza del Sindicato Comisiones Obreras de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y en la que, tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación, se terminó por suplicar que se dictara sentencia por la que se declarase el derecho de los trabajadores que hayan estado o estén en situación de IT asimilada a accidente de trabajo por razón de periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19, a percibir el complemento de hasta el 100% de la base reguladora del mes anterior a la baja, tal y como establece el artículo 96.2 del Convenio Colectivo aplicable a tal efecto.

El Convenio Colectivo de aplicación era el de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial, publicado en el BOE por resolución de 19 de junio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica dicha norma convencional, y, en virtud de dicho precepto, titulado «Incapacidad Temporal»:

«En caso de enfermedad profesional, accidente laboral o ingreso hospitalario, los trabajadores tendrán derecho a cobrar, a partir del día siguiente a la baja y durante el tiempo que dure la misma, el 100% de su base reguladora correspondiente al mes anterior a su baja».

A lo que ha fallado finalmente el Tribunal Supremo que procede la desestimación del recurso de casación formulado frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 13 de mayo de 2021, confirmando, por ende, la sentencia recurrida.

Entendiendo, por tanto, que aquellas personas trabajadoras que hayan estado o estén, en situación de Incapacidad Temporal asimilada a accidente de trabajo, por razón de periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio, como consecuencia de la COVID-19, no tienen derecho a percibir el complemento de hasta el 100% de la base reguladora del mes anterior a la baja, conforme prescribe el Convenio Colectivo de aplicación.

Lo anterior, en base a las siguientes cinco consideraciones:

«Primera: La interpretación literal del precepto -artículo 96 del Convenio- atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, que establece el complemento del 100% de la BR de la IT del mes anterior a la baja en caso de accidente laboral. Los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19, no son situaciones de IT derivadas de accidente laboral ya que el artículo 5 del RD Ley 6/2020, de 10 de marzo, dispone que dichas situaciones “se considerarán, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social.”. Por lo tanto no es IT derivada de accidente de trabajo sino “asimilada” pero, no a todos los efectos, sino “para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social”.

Segunda: El precepto convencional establece una mejora voluntaria de Seguridad Social, en concreto la mejora de la prestación de IT, diferenciando la cuantía de la mejora atendiendo a si la IT deriva de contingencias comunes o profesionales, incluida la hospitalización.

Tal y como se ha puesto de relieve por una constante jurisprudencia, las mejoras voluntarias de Seguridad Social complementan las prestaciones pero tienen un régimen propio, regulado en los propios pactos o reglas que las hayan creado.

Tercera: El artículo 5 del RD Ley 6/2020, de 10 de marzo, contempla como situación asimilada a accidente de trabajo aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19, señalando que dicha asimilación es exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social. Como el complemento regulado en el artículo 96 del Convenio no es una prestación económica de IT, sino una mejora voluntaria de dicha prestación, no estamos ante una situación asimilada a accidente de trabajo.

Cuestión diferente sería que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha producido por causa exclusiva de la realización del trabajo, en los términos que señala el artículo 156 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en cuyo supuesto entraría en juego

la previsión contenida en el precitado artículo 5.1 del RD Ley 6/2020, que dispone que en este caso la situación será calificada como accidente de trabajo.

Cuarta: La finalidad de la regulación contenida en el artículo 5 del RD Ley 6/2020, de 10 de marzo es, como acertadamente ha puesto de relieve el recurrente en su escrito de interposición del recurso, garantizar la protección social de los trabajadores.

Siendo cierta dicha finalidad, no es menos cierto que la protección social se ha limitado a los términos que hemos expuesto con anterioridad, es decir, a la consideración de situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, sin que dicha asimilación se extienda a otras prestaciones -no económicas- o que no se refieran a la prestación de IT del sistema de seguridad social.

Quinta: La intención de las partes al establecer la cláusula convencional aparece clara. Si bien es cierto que a la fecha de la firma del Convenio Colectivo de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial (BOE 04/07/2013), las partes no pudieron prever la situación generada por el COVID-19, ni, por supuesto, la regulación contenida en el artículo 5 del RD Ley 6/2020, de 10 de marzo, no es menos cierto que cuando se ha firmado un nuevo Convenio Colectivo, BOE de 9 de febrero de 2021, cuya publicación fue acordada por resolución de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Fundación Diagrama Intervención Psicosocial en su ámbito de actividad de reforma juvenil y protección de menores, ya estaba vigente el RD Ley 6/2020, de 10 de marzo y en el clausulado se ha incluido el artículo 50 de redacción idéntica al artículo 96».

MODIFICACIONES RECIENTES EN LA ORDENACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD

ELENA LASAOSA IRIGOYEN

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CESE DE ACTIVIDAD TEMPORAL DEBIDO A FUERZA MAYOR. 3. ACREDITACIÓN DEL CESE DE ACTIVIDAD POR FUERZA MAYOR. 4. NACIMIENTO DEL DERECHO EN CASO DE CESE TEMPORAL POR FUERZA MAYOR.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, los trabajadores autónomos que se ven obligados a poner fin a su actividad son objeto de la acción protectora de la Seguridad Social desde el año 2010.

La ordenación legal vigente de esta materia se ubica en el Título V LGSS, rubricado «*Protección por cese de actividad*», mientras que su desarrollo reglamentario se contiene en el Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre. A estas dos normas hay que añadir el Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio) que dedica a la cuestión dos preceptos: su art. 39 atinente a la percepción de la PCA en la modalidad de pago único y su disp. adic. 4ª, que alude a la posibilidad de que las Administraciones Públicas cofinancien planes de cese de actividad para colectivos concretos.

A pesar de tratarse de una de las prestaciones de la Seguridad Social más recientemente instauradas, el cese de actividad de los autónomos ha experimentado ya numerosas reformas que lo han ido alejando paulatinamente de su primer diseño, el cual venía recogido en 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.

Una breve síntesis de este proceso ha de comenzar mencionando la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, que trajo la primera modificación de importancia¹.

De menor entidad fue el cambio traído por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de Mecanismo de Segunda Oportunidad, Reducción de la Carga Financiera y otras Medidas de Seguridad Social².

Y lo mismo cabe afirmar respecto de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de Autoempleo y se adoptan Medidas de Fomento y Promoción del Trabajo Autónomo y de la Economía Social³.

Poco tiempo después la aprobación de la vigente LGSS (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) conllevó una alteración normativa de carácter formal, pues supuso la derogación de la Ley 32/2010 trasladándose su contenido al Título V de la nueva LGSS, con el objetivo de unir en un solo texto refundido toda la normativa con rango legal en materia de Seguridad Social⁴.

¹ Al respecto puede verse LASAOSA IRIGOYEN, E.: «La implantación efectiva de la reforma del sistema de protección por cese de actividad», en VV.AA.: *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015, págs. 847 y ss.

² Su disp. final 6ª modificaba el art. 7 de la Ley 32/2010 en lo relativo a la fecha de nacimiento del derecho a la protección.

³ Esta Ley aportó una nueva regulación de la percepción de la PCA en la modalidad de pago único, contenida desde entonces en la Ley 20/2007, de 11 de julio, Estatuto del Trabajo Autónomo.

⁴ Excepción hecha de la relativa al Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, regulado en la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la Protección Social de las Personas Trabajadoras del Sector Marítimo-pesquero.

Con posterioridad 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 introdujo también algunas variaciones de relevancia atinentes a la PCA⁵.

Así llegamos finalmente al Real Decreto-Ley 21/2021, de 26 de octubre, que prorroga las Medidas de Protección Social para hacer frente a Situaciones de Vulnerabilidad Social y Económica, el cual ha reformado dos de los artículos del Título V LGSS, referidos concretamente a la acreditación de la situación legal del cese de actividad (art. 332) y a la solicitud y nacimiento del derecho a la protección (art. 337)⁶.

Será esta última transformación la que se examinará en las páginas que siguen, dado que afecta a la ordenación de la PCA que tiene vocación permanente, dejándose al margen del presente análisis todas aquellas medidas de carácter extraordinario y vigencia temporal que se aprobaron con ocasión de la crisis sanitaria del COVID-19⁷ y también de la erupción volcánica en la isla de La Palma⁸.

⁵ Al respecto puede verse LASAOSA IRIGOYEN, E.: «La prestación por cese de actividad para trabajadores autónomos tras la reforma de 2018: ¿un sucedáneo de la prestación por desempleo?», en VV.AA.: *Trabajo autónomo: regulación jurídica y perspectivas. Régimen profesional, modalidades y Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 239 y ss.; y TALÉNS VISCONTI, E.E.: «Novedades del Real Decreto-Ley 38/2018, de 28 de diciembre, respecto de la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 433, 2019, págs. 29-53.

⁶ Con posterioridad al cierre de esta obra se ha publicado el Real Decreto-Ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad, incorporando nuevamente modificaciones en el Título V LGSS que entrarán en vigor el 1 de enero de 2023.

⁷ Reales Decretos-Leyes 8/2020, 11/2020, 13/2020; 15/2020, 19/2020, 24/2020, 30/2020, 2/2021, 3/2021, 11/2021, 18/2021 y 2/2022. Al respecto puede verse ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: «La evolución de la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos durante la pandemia», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. extra 0, 2021; CALVO VÉRGEZ, J.: «La prestación extraordinaria diseñada para los trabajadores autónomos a resultas de la reducción de la actividad motivada por la crisis del COVID-19: principales rasgos configuradores», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2021 (BIB 2021\183); y TALÉNS VISCONTI, E. E.: «Medidas extraordinarias en materia de prestación por cese de

Como antecedente de la reforma que nos ocupa hay que mencionar que un mes antes se había aprobado el Real Decreto-Ley 18/2021, de 28 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Protección del Empleo, la Recuperación Económica y la Mejora del Mercado de Trabajo. Norma que aparte de dedicar su título II a las medidas extraordinarias en materia de PCA aprobadas con ocasión de la crisis sanitaria, aludía en su preámbulo a la necesidad *«de revisar, en el marco del diálogo social, la regulación de la prestación por cese de actividad con el fin de extender los supuestos de acceso a dicha prestación por cese temporal de la actividad»*.

2. EL CESE DE ACTIVIDAD TEMPORAL DEBIDO A FUERZA MAYOR

Inicialmente parece oportuno aclarar que la PCA siempre ha protegido tanto el paro definitivo como el de duración limitada, y así se expresa claramente en el último párrafo del art. 327.1 LGSS que afirma: *«El cese de actividad podrá ser definitivo o temporal»*. Lo que se exige en ambos casos es que el cese sea completo, debiendo quedar interrumpidas todas las actividades que originaron el alta en el régimen especial en el que el trabajador autónomo figure encuadrado, ya sea el RETA o el RTM. Dicho de otro modo, no cabe recibir la ayuda por un cese parcial de la actividad; el paro protegido siempre ha de ser total aunque sea temporal. Esta idea se reitera en varias ocasiones a lo largo del Título V LGSS, por ejemplo en el art. 329 cuando se establece que la acción protectora comprende una prestación económica *«por cese total»*⁹.

En lo referente a las causas que conducen a la situación legal de cese de actividad, el art. 331 LGSS incluye la *«fuerza mayor determinante del cese definitivo o temporal»*, junto al resto que son los motivos ETOP, la

actividad de los trabajadores autónomos», en VV.AA.: *Impacto del COVID-19 en materia laboral y de Seguridad Social*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, págs. 187-200.

⁸ Real Decretos-Leyes 18/2021, 21/2021 y 2/2022.

⁹ La exigencia expuesta entraña diversas consecuencias: así, si un TRADE pierde a su cliente principal y pretende percibir la PCA, tiene que finalizar también la actividad con el resto de su clientela (art. 337.1 LGSS). Asimismo, si se trata de un establecimiento abierto al público se requiere su cierre durante la percepción de la prestación, siempre que se haya solicitado la prestación por causas ETOP (art. 331 LGSS).

pérdida de la licencia administrativa que constituya un requisito para ejercer la actividad, la violencia de género, y el divorcio o separación de quien colaboraba en el negocio de su excónyuge¹⁰.

Por fuerza mayor ha de entenderse cualquier hecho de carácter extraordinario e imprevisible, o aunque previsible inevitable, que imposibilita la actividad profesional que se venía ejerciendo y que no haya sido provocado por el propio trabajador autónomo.

Con más detalle, el RD 1541/2011, de 31 de octubre que desarrolla la regulación de la PCA, afirma en su art. 3 d) que a estos efectos se entenderá por fuerza mayor *«una fuerza superior a todo control y previsión, ajena al trabajador autónomo o empresario y que quede fuera de su esfera de control, debida a acontecimientos de carácter extraordinario que no hayan podido preverse o que, previstos, no se hubiesen podido evitar»*.

Un ejemplo de fuerza mayor determinante del cese de actividad temporal lo constituyen las resoluciones de suplicación que han reconocido el derecho a la PCA a trabajadores autónomos mariscadores, como consecuencia del cierre de los bancos de marisqueo por la aparición de un parásito que obligaba a prohibir el consumo de las especies capturadas¹¹.

3. ACREDITACIÓN DEL CESE DE ACTIVIDAD POR FUERZA MAYOR

Lógicamente quien solicita la PCA deberá justificar de algún modo ante el órgano gestor, es decir ante la Mutua colaboradora con la Seguridad Social¹², que se ha producido esa fuerza mayor y que ha sido

¹⁰ A las que hay que añadir los supuestos que se configuran como situaciones legales de actividad para determinados colectivos específicos: los TRADE (art. 333 LGSS), los trabajadores autónomos incluidos en el RETA por su condición de socios de sociedades de capital (art. 334 LGSS), los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado (art. 335 LGSS), y los trabajadores autónomos que ejercen su actividad conjuntamente con otros (art. 336 LGSS).

¹¹ Así, SSTSJ Galicia 16 noviembre 2015 (JUR 2015,303991) y 29 marzo 2016 (dos, JUR 2016,85703 y JUR 2016,85111).

¹² En lo relativo al órgano gestor, recuérdese que en la actualidad la única excepción es la referente al Instituto Social de la Marina, que gestiona la PCA para los autónomos integrados en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar que no hayan optado (...)

determinante en la cesación de su trabajo, para demostrar que concurre la situación legal de cese de actividad.

A la hora de determinar cómo se acredita el paro por fuerza mayor hay que señalar que, de entrada, siempre debe presentarse una declaración jurada en la que se manifieste el motivo del cese y la fecha de efectos de éste, al igual que en todas las demás causas generadoras de situación legal de cese de actividad. A esta declaración se debe acompañar la documentación que acredite la existencia de la causa aducida y la imposibilidad del ejercicio de la actividad, ya sea de forma temporal o definitiva (art. 332 LGSS).

El requerimiento de declaración jurada responde a la necesidad que tiene el órgano gestor de recibir una mínima explicación sobre los acontecimientos que han conducido al cese de la actividad, ya que es posible que la mera entrega de documentos no transmita suficiente información al respecto. Pero ni la LGSS ni la norma reglamentaria exigen que la declaración jurada incluya argumentación alguna, lo que significa que no se trata de elaborar una memoria explicativa al modo de la que es preceptiva en el art. 51.2 ET para los despidos colectivos.

En todo caso, en los formularios de declaración jurada para el solicitante que utilizan la mayoría de las Mutuas sí se pide una mínima exposición de cuál es el acontecimiento que se alega como fuerza mayor y de su incidencia en la inviabilidad de proseguir el negocio.

En la declaración jurada se debe señalar como ya se ha indicado la fecha de efectos del cese, que es el día en que el trabajador autónomo dejó de ejercer la actividad profesional como consecuencia del hecho producido.

Al respecto no está de más recordar que, antes de la modificación traída por la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, la fecha que debía constar en la declaración jurada era la de producción de los motivos. Pero a menudo presentaba gran dificultad o sencillamente era imposible determinar una fecha concreta de éstos (sobre todo tratándose de causas ETOP), así que se optó por

por una Mutua para la cobertura de sus contingencias profesionales (art. 83.1 b LGSS).

requerir la fecha de finalización de la actividad profesional. Pues bien, dado que aquella modificación no se reprodujo a nivel reglamentario, actualmente el Real Decreto 1541/2011 sigue afirmando que en la declaración jurada *«deberá constar la fecha de la producción de la fuerza mayor»* (art. 5). Y es que a pesar de todas las reformas que han afectado a la ordenación legal de la PCA, el Real Decreto 1541/2011 sigue presentando a día de hoy la misma redacción que en su versión inicial¹³.

Junto a la declaración jurada es preciso presentar la documentación que demuestre la causa alegada. Hasta la última reforma que va a ser objeto de comentario, el art. 332.1 LGSS, de manera muy llamativa, aludía a todas las demás causas de cese de actividad para aclarar cuál debe ser la documentación a aportar, pero no indicaba absolutamente nada en cuanto al cese por fuerza mayor¹⁴.

De todos modos, esta cuestión sí se abordaba y se aborda siquiera someramente en la norma reglamentaria, en desarrollo de la previsión contenida en el propio art. 332.2 LGSS (*«Reglamentariamente se desarrollará la documentación a presentar por los trabajadores autónomos con objeto de acreditar la situación legal de cese de actividad»*). Concretamente en el art. 5 RD 151/2011, en cuya virtud en caso de fuerza mayor el solicitante de la PCA deberá presentar documentación en la que se detalle, *«mediante los medios de prueba que estime necesarios»*, en qué consistió el suceso, su naturaleza imprevisible o previsible pero inevitable y la imposibilidad de continuar con la actividad, indicando además si el cese es definitivo o temporal y en este último caso cuál es su duración estimada.

Así las cosas, el reciente Real Decreto-Ley 21/2021, de 26 de octubre, que prorroga las Medidas de Protección Social para hacer frente

¹³ Con la única salvedad de que su disp. adic. 4ª fue derogada por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de Autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del Trabajo Autónomo y de la Economía Social.

¹⁴ A diferencia de lo que sucedía en la redacción inicial 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, cuyo art. 6.1 b) establecía que la fuerza mayor se acreditaría mediante una declaración expedida por la Mutua (hasta la reforma traída por la Ley 35/2014, de Régimen Jurídico de las Mutuas).

a Situaciones de Vulnerabilidad Social y Económica¹⁵, ha añadido un nuevo apartado 1.b) al art. 332 LGSS, que está dedicado a la acreditación del cese de actividad por fuerza mayor. Por esta vía se ha terminado con la llamativa omisión que presentaba este precepto, ya que según se ha dejado dicho aludía a la acreditación de todas las causas menos a esta.

Establece ahora el retocado art. 332.1 b) LGSS que la fuerza mayor determinante del cese, ya sea temporal o definitivo, se acreditará mediante la documentación pertinente para demostrar tanto la existencia de la fuerza mayor como la imposibilidad del ejercicio de la actividad, ya sea de forma temporal o definitiva.

Si el cese es definitivo, además de lo anterior se deberá aportar la solicitud de baja:

- en el Censo tributario de Empresarios, Profesionales y Retenedores, que existe para que todos los empresarios se den de alta y mantengan sus datos actualizados de modo que la Agencia Tributaria pueda tenerlos registrados y controlar el cumplimiento de sus obligaciones tributarias;
- en el régimen especial de la Seguridad Social en que estuviera encuadrado el trabajador autónomo (el RETA o el RTM);
- y en la licencia o autorización administrativa, si es que era necesaria para ejercer la actividad (debiendo aportar también en su caso la concesión de la misma o bien el acuerdo de su retirada).

Si por el contrario el cese es temporal, añade el precepto, no procede pedir la baja en el RETA o en el RTM¹⁶.

¹⁵ Disp. final 1ª.

¹⁶ Como antecedente de esta regla hay que hacer referencia al art. 17.2 d) del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de Medidas Urgentes Extraordinarias para hacer frente al Impacto Económico y Social del COVID-19 (en su versión modificada por la disp. final 2ª del Real Decreto-Ley 13/2020, de 7 de abril que adopta determinadas Medidas Urgentes en materia de Empleo Agrario); el cual dispone «No será necesario para causar derecho a esta prestación tramitar la baja en el régimen de Seguridad Social correspondiente». Vid. al respecto TALÉNS VISCONTI, E. E.; «Medidas extraordinarias en materia de prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos», cit.; y (...)

Esta previsión constituye ciertamente una excepción, aplicable a este concreto supuesto que es el cese temporal debido a fuerza mayor, respecto de la regla general. La cual consiste en que la persona que pretente percibir la PCA debe haber solicitado su baja en el régimen especial de la Seguridad Social en el que esté encuadrada.

Dicha pauta general viene expresada en varios preceptos a lo largo del Título V LGSS -como el art. 332.1 a)-, pero se desprende con claridad meridiana del art. 337.1, cuando dispone que el derecho al percibo de la PCA nacerá a continuación de la fecha de efectos de la baja en el régimen especial. Por su parte, la norma de desarrollo (Real Decreto 1541/2011) incluye entre los requisitos para el nacimiento del derecho a la protección, en el art. 2.1 b), «*solicitar la baja en el Régimen Especial correspondiente a causa del cese de actividad*».

De otro lado, el nuevo art. 332 nada especifica respecto de si es preceptivo o no en caso de cese temporal por fuerza mayor solicitar los otros dos tipos de baja (en el Censo de Empresarios, Profesionales y Retenedores y en la licencia o autorización que en su caso sea necesaria para ejercer la actividad); lo que parece dar a entender que ello no será relevante desde el punto de vista de la solicitud de la PCA, debiendo estarse a lo que establezca su respectiva normativa específica.

En cualquier caso téngase en cuenta que, respecto de las licencias administrativas, existen algunos tipos de ellas que una vez dadas de baja pueden ser muy difíciles de conseguir de nuevo, por su elevado coste económico o por otras razones. Difícilmente cabe imaginar un cese de carácter temporal, si para retomar la actividad al cabo de un tiempo es preciso disponer de nuevo de una licencia administrativa muy difícil o costosa de obtener.

ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: «La protección de los trabajadores autónomos por cese de actividad durante el estado de alarma y la protección tras su finalización», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 1, 2020, pág. 193.

4. NACIMIENTO DEL DERECHO EN CASO DE CESE TEMPORAL POR FUERZA MAYOR

Tal y como dispone el art. 337.1 LGSS, el derecho al percibo de la PCA nacerá desde el día siguiente a la fecha de efectos de la baja en el régimen especial al que estuviera adscrito el trabajador autónomo¹⁷.

Ello es así siempre y cuando se solicite la prestación a la Mutua dentro del plazo establecido, periodo que se extiende hasta el último día del mes siguiente a aquél en que se produjo el cese de la actividad (art. 337.2 LGSS). Si por el contrario la solicitud se efectúa fuera de plazo, serán descontados del periodo de percepción los días que medien entre la última fecha en que se debería haber llevado a cabo y aquella en que se presentó, al igual que ocurre en el RGSS respecto de la prestación por desempleo (art. 268.2 LGSS).

Según ha quedado dicho el derecho a la PCA nace el día siguiente a la fecha de efectos de la baja en el RETA. A su vez, el precepto que se ocupa de determinar cuándo surte efectos la baja en el RETA solicitada por el trabajador autónomo es el art. 46.4 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, que aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social¹⁸. Donde se establece que la baja en el RETA surtirá efectos desde el día que el trabajador autónomo cesó en la actividad.

Esta norma contempla además un supuesto específico en el que excepcionalmente la baja en el RETA no surtirá efectos el día del cese de la actividad, sino el último día del mes en que el trabajador cesó en la actividad. Será así en el caso de que se cursen más de tres bajas en el mismo año natural; a partir de la cuarta solicitud de baja en el mismo año, la misma surtirá efectos al finalizar el mes natural en que se cesó en

¹⁷ Desde la modificación instrumentada por el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la Revalorización de las Pensiones Públicas y otras Medidas Urgentes en Materia Social, pues con anterioridad el derecho al disfrute comenzaba el primer día del mes siguiente al mes del hecho causante del cese de actividad.

¹⁸ Aunque este artículo hace referencia expresa solo al RETA, resulta aplicable también a los trabajadores autónomos del RTM, en virtud del art. 48.2 de la misma norma.

la actividad, independientemente de cuál fue el día concreto del mes en que esto sucedió.

Pues bien, es a este último supuesto en que la baja en el RETA viene precedida por otras tres en el mismo año, al que se refiere el art. 337.1 LGSS en su párrafo cuarto, para indicar que en tal caso el nacimiento de la PCA surgirá *«el día primero del mes siguiente a aquél en que tenga efectos la baja como consecuencia del cese en la actividad»*¹⁹.

En síntesis y como se viene reiterando, el derecho a la PCA nace desde el día siguiente a la fecha de efectos de la baja en el RETA o en el RTM (fecha que se determina a su vez conforme a lo que recoge el art. 46.4 del Real Decreto 84/1996 que acaba de exponerse).

Es esta la regla básica en la materia, que no tenía excepciones hasta la reciente reforma traída por el Real Decreto-Ley 21/2021, de 26 de octubre.

Esta norma ha venido a añadir un nuevo párrafo 6º en el art. 337.1 LGSS, relativo a los supuestos de suspensión de actividad como consecuencia de fuerza mayor.

A la regla general se le añade ahora por tanto una excepción. En el caso de que la PCA se solicite por fuerza mayor y tratándose de un cese de actividad temporal, el derecho al percibo comienza *«el día en que quede acreditada la concurrencia de la fuerza mayor a través de los correspondientes documentos»*.

No es difícil detectar que esta modificación guarda relación con la otra que ha introducido la misma norma en el régimen de la PCA y que ya se ha comentado, relativa a la acreditación de la fuerza mayor, en el art. 332.1 LGSS. En efecto, según se ha expuesto anteriormente dicho art. 332.1 LGSS en su nueva redacción establece que *«Si el cese es temporal, no procederá la baja en el régimen especial de Seguridad Social»*.

Resulta evidente que tratándose de un cese temporal por fuerza mayor, no será posible fijar como día de nacimiento del derecho a la PCA el siguiente a la fecha de efectos de la baja en el RETA, dado que no se ha producido tal baja. Se requiere por tanto adoptar otro criterio para

¹⁹ Al respecto, TALÉNS VISCONTI, E. E.: «Novedades del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre...», cit., núm. 433, 2019, pág. 42.

establecer la fecha de nacimiento de la protección, y para ello se ha optado por el día en que quede acreditada la concurrencia de la fuerza mayor a través de los correspondientes documentos, es decir el momento en que se entiende producida la fuerza mayor según se desprende de la documentación acreditativa.

Como ha podido comprobarse, las dos alteraciones recientemente introducidas en el Título V LGSS que han sido objeto de análisis han avanzado en la línea de facilitar la protección en los casos de cese temporal de la actividad, tal y como preveía el Real Decreto-Ley 18/2021, de 28 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Protección del Empleo, la Recuperación Económica y la Mejora del Mercado de Trabajo al que se aludió al principio, al menos respecto de una de las situaciones legales de cese de actividad que es la que se produce por fuerza mayor. Según preceptúa la vigente redacción de la LGSS, en caso de cese temporal por fuerza mayor no es necesario que la persona trabajadora autónoma se dé de baja en el RETA, y la fecha de nacimiento del derecho en estos casos se determina en base a la concurrencia de la fuerza mayor, dado que no es posible fijarla con referencia a la baja. Al fin y al cabo, el elevado número de solicitudes de PCA que se han producido durante la crisis sanitaria del COVID-19 por cese temporal debido a fuerza mayor han puesto de manifiesto la conveniencia de corregir la ordenación permanente de esta prestación, con el objetivo final de reducir obstáculos en el acceso a la protección.

LA INCOMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y LA SITUACIÓN DE SEGUNDA ACTIVIDAD EN EL CUERPO NACIONAL DE POLICÍA (COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 04/05/2022)

CONCEPCIÓN MORALES VÁLLEZ

Magistrada Suplente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Profesora asociada de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos

Doctora en Derecho

1. DATOS ESENCIALES DE LA SENTENCIA COMENTADA. 2. COMENTARIO CRÍTICO.
3. BIBLIOGRAFÍA.

1. DATOS ESENCIALES DE LA SENTENCIA COMENTADA

La Sentencia que se sitúa en la base del siguiente artículo es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo nº 396/2022, de fecha 04/05/2022, recaída en el Recurso nº 1741/2019¹.

En la citada Sentencia actuó como Ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín.

En cuanto a la parte dispositiva de la Sentencia, se ha de indicar que se desestima el RCUD interpuesto por el beneficiario y se confirma íntegramente la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 1060/2018, de fecha 26/11/2018, recaída en el

¹ ROJ: STS 1847:2022. ECLI: ES:TS:2022:1847.

Recurso nº 571/2018², en cuya parte dispositiva se confirmaba la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de los de Madrid, con fecha 29/01/2018, en los Autos nº 1118/2016.

Centro de Documentación Judicial ROJ: STS 1847:2022. ECLI: ES:TS:2022:1847

2. COMENTARIO CRÍTICO

La cuestión que se plantea en el presente RCU se centra en determinar si es compatible la percepción de la pensión de jubilación reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) con las retribuciones que se perciben en la situación administrativa de segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía.

El artículo 213.1 del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre, establece que el disfrute de la pensión de jubilación es «incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen».

El artículo 213.2 del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre, puntualiza, a los efectos que aquí se interesan que el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el artículo 1.1, párrafo segundo de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, es incompatible con la percepción de pensión de jubilación, en su modalidad contributiva³, y se añade que «la percepción de la pensión indicada quedará en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus revalorizaciones».

Por su parte, el artículo 3.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, prevé que el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el artículo 1.1, párrafo segundo «es incompatible con la percepción de pensión de jubilación o retiro por Derechos Pasivos o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio», y se añade igualmente que «la percepción de las pensiones indicadas quedará en

² ROJ: STSJ M 12454:2018. ECLI: ES:TSJM:2018:12454.

³ Cfr. artículo 52 de la Ley 44/1983, de 28 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1984.

suspense por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus actualizaciones».

La citada regulación se completa con lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, que establece que «el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo en los supuestos previstos en la misma».

Y con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, en el que se afirma que «no se podrá percibir, salvo en los supuestos previstos en esta Ley, más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas», entendiéndose por remuneración «cualquier derecho de contenido económico derivado, directa o indirectamente, de una prestación o servicio personal, sea su cuantía fija o variable y su devengo periódico u ocasional».

Y es que la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, parte, como principio fundamental, de la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un solo puesto de trabajo, cargo o actividad, sin más excepciones que las que demande el propio servicio público, respetando el ejercicio de las actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia.

El artículo 66.1 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 julio, relativo a la situación de segunda actividad, establece que «la segunda actividad tiene por objeto garantizar una adecuada aptitud psicofísica de los Policías Nacionales para el desempeño de las funciones propias de su puesto de trabajo que garantice su eficacia en el servicio».

El artículo 73 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 julio, relativo a las retribuciones en la situación de segunda actividad, establece expresamente que «Los Policías Nacionales en la situación de segunda actividad percibirán en su totalidad las retribuciones básicas que correspondan a la antigüedad que se posea y a la categoría de pertenencia, así como un complemento de una cuantía igual al 80% de las retribuciones complementarias de carácter general de la referida categoría, percibiéndose, además, la totalidad de las retribuciones personales por pensiones de mutilación y recompensas.

Cualquier variación de las retribuciones indicadas asignadas al personal en activo originará en las correspondientes al personal en situación de segunda actividad de la misma antigüedad y categoría las variaciones pertinentes para que en todo momento representen las cuantías señaladas en el párrafo anterior», de modo que los Policías Nacionales continúan percibiendo una retribución a cargo del Estado en la citada situación administrativa especial.

Y la situación de segunda actividad se mantiene «para el cumplimiento de funciones policiales hasta alcanzar la edad de jubilación, cuando razones excepcionales de seguridad ciudadana lo requieran en los términos que reglamentariamente se determinen», tal y como se afirma en el artículo 66.4 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 julio.

En definitiva, la situación administrativa de segunda actividad «no conllevará en ningún caso la ocupación de destino»⁴, «el tiempo transcurrido en la situación de segunda actividad será computable a efectos de perfeccionamiento de trienios y de derechos pasivos»⁵, y finalmente, «los Policías Nacionales en situación de segunda actividad estarán sometidos al régimen disciplinario general de la función pública»⁶.

En fin, del régimen legal expuesto se infiere sin ningún género de dudas que en el Cuerpo Nacional de Policía, la situación administrativa de segunda actividad es una situación administrativa en la que el policía percibe una retribución, sin la ocupación de destino, y que es previa a la jubilación, pues la situación de segunda actividad se extingue al alcanzar la edad de jubilación.

Y de todo ello, es fácil colegir que los elementos que configuran la situación administrativa de segunda actividad no son compatibles con una situación de jubilación, ni con la correlativa percepción de la pensión correspondiente del Régimen General.

Y si bien es cierto que en la situación administrativa de segunda actividad, sin ocupación de destino, no se desempeña ningún puesto de trabajo, a criterio del Tribunal Supremo este argumento no es

⁴ Cfr. artículo 66.3 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 julio.

⁵ Cfr. artículo 75 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 julio.

⁶ Cfr. artículo 76 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 julio.

concluyente, por cuanto no se puede percibir «más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas»⁷, por la propia singularidad y peculiaridad de la situación de segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía, y por cuanto la situación de segunda actividad es previa a la jubilación y no simultánea a ella.

Y es cierto que el Tribunal Supremo ha examinado la especial situación de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, que en situación de segunda actividad pudieron compatibilizar esa situación con su prestación de servicios para entidades privadas, y obtuvieron una pensión de jubilación del Régimen General de la Seguridad Social precisamente como consecuencia de esta última prestación de servicios, pero lo cierto es que conforme a lo expresamente dispuesto en el artículo 213.2 del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre, la percepción de esta pensión debió de quedar en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, esto es, mientras persista la situación de segunda actividad, y la percepción de la correspondiente retribución a cargo del Estado, de modo que dicha percepción de la pensión de jubilación fue indebida.

A mayor abundamiento, se ha de señalar que la percepción simultánea de la retribución correspondiente a la situación de segunda actividad y de la retribución por la prestación de servicios en el sector privado no está afectada por el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, previsto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, pues la norma se refiere al desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público.

Y ello tampoco se desvirtúa por la previsión que se contiene en el artículo 1.3 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, al señalar que «en cualquier caso, el desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia».

⁷ Cfr. artículo 1.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre.

Y finalmente, tampoco podemos obviar aquí, que una vez extinguida por jubilación la situación de segunda actividad, el beneficiario podrá ejercer un derecho de opción por el cobro de la pensión que estime más conveniente, por ser la percepción de ambas prestaciones incompatibles⁸.

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo ha señalado, en relación también con un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, que se debe excluir la jubilación parcial en el cómputo recíproco de cuotas conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.a) del RD 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social, y además se debe mantener la exclusión de esta protección para los afiliados al régimen de clases pasivas, y ello, aun cuando existiera una previsión legal, en el EBEP, que apuntara a la posibilidad de acceso de los funcionarios públicos a la modalidad de jubilación parcial⁹, al no existir ninguna norma que desarrollara la cobertura de tal contingencia, ni los mecanismos de efectividad de la situación, y no serles de aplicación la regulación establecida para los trabajadores que se hallan cubiertos por otros regímenes del sistema de Seguridad Social, pues los funcionarios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.3.a) del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre¹⁰, y además, el artículo 215 del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre, relativo a la jubilación parcial, solo hace referencia a los trabajadores que hayan cumplido la edad legal de jubilación.

Y ello, sin obviar que una hipotética puesta en marcha de la figura de la jubilación parcial para los funcionarios públicos necesitaría resolver, con carácter previo, la cuestión de incompatibilidad que el artículo 33.2 del RDLeg 670/1987, de 30 de abril, establece al afirmar que «con carácter general, el percibo de las pensiones de jubilación o retiro

⁸ Cfr. artículo 33 del RDLeg 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, relativo a las incompatibilidades.

⁹ Cfr. artículo 67 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, en su redacción original. En el vigente RDLeg 5/2015, de 30 de octubre, ya no se contempla la jubilación parcial.

¹⁰ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 15/12/2014 (Recurso nº 279/2014); 11/03/2013 (Recurso nº 1572/2012); 31/05/2012 (Recurso nº 104/2011); 12/05/2010 (Recurso nº 1867/2009); 09/12/2009 (Recurso nº 4352/2008); y 22/07/2009 (Recurso nº 3044/2008).

será incompatible con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social», en la redacción que le otorga la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, y su norma de desarrollo, esto es, el RD 710/2009, de 17 de abril, por el que se desarrollan las previsiones de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, en materia de pensiones de Clases Pasivas y de determinadas indemnizaciones sociales¹¹.

En conclusión, hemos de señalar que en nuestro ordenamiento se han introducido una serie de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, que también inciden en la materia que aquí nos ocupa y es que los funcionarios de mas edad pueden desempeñar un amplio abanico de tareas y funciones de una manera satisfactoria, eficaz y productiva, y ello a pesar de que, en efecto, el proceso natural de envejecimiento hace que ciertas capacidades físicas, sensoriales o cognitivas pueden verse mermadas, y el colectivo de las fuerzas y cuerpos de seguridad no tiene porque ser una excepción, porque estos funcionarios poseen unas capacidades vinculadas a su dilatada experiencia profesional y unas habilidades específicas, que no poseen los más jóvenes, de modo que la pérdida de ese talento por jubilación, se convierte en irreparable.

En fin, la regulación legal que nos ocupa es compleja, confusa y compleja, existen lagunas jurídicas y se plantean constantes problemas interpretativos, que nuestros Tribunales solucionan de manera individualizada y muy casuística, analizando las particularidades del caso concreto, como ya hemos expuesto.

Y ello sin obviar, que en nuestro ordenamiento, también está vigente el RD 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local.

¹¹ Cfr. Disposición Adicional Tercera del RDLey 5/2013 de 15 marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, relativa a la aplicación del nuevo régimen de compatibilidad de la pensión de jubilación o retiro de Clases Pasivas .

3. BIBLIOGRAFÍA

BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. «La reducción de la edad de jubilación en los Policías locales». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 43, 2016.

CANTERO MARTÍNEZ, J. «A vueltas con las causas del pase a segunda actividad de los policías locales y su nuevo régimen de jubilación anticipada». *Revista Vasca de gestión de personas y organizaciones públicas* nº 17, 2019, págs. 24-53.

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS DE JUBILACIÓN FORZOSA EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS TRAS LA LEY 21/2021, DE 28 DE DICIEMBRE

ALEJANDRO MUROS POLO

*Investigador Predoctoral FPU. Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ¹
Universidad de Granada*

1. INTRODUCCIÓN: UNA RESPUESTA MÁS COHERENTE A LOS RETOS DE SOSTENIBILIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL CON LA NUEVA REDEFINICIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE JUBILACIÓN FORZOSA. 2. LA REFORMA DE LA JUBILACIÓN FORZOSA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 21/2021, DE 28 DE DICIEMBRE. 2.1. La imposibilidad de extinguir el contrato de trabajo por razón de edad hasta los 68 años. 2.2. La jubilación forzosa como política de acción positiva por razón de género. 2.3. Período transitorio de la nueva regulación de las cláusulas de jubilación forzosa. 3. CONCLUSIONES CRÍTICAS.

1. INTRODUCCIÓN: UNA RESPUESTA MÁS COHERENTE A LOS RETOS DE SOSTENIBILIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL CON LA NUEVA REDEFINICIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE JUBILACIÓN FORZOSA

La cuestión demográfica es uno de los factores que se cierne sobre la sostenibilidad del sistema público de Seguridad Social español. El progresivo aumento de la esperanza de vida -un logro para la humanidad-, la disminución de la natalidad, la inminente jubilación del

¹ Ayudas para contratos predoctorales de Formación de Profesorado Universitario 2019, financiadas por el Ministerio de Universidades (FPU 2019, concesión definitiva por Orden de 7 de octubre de 2020).

grueso poblacional de la generación del *baby boom* e incluso la disminución de los flujos migratorios a consecuencia de las pasadas y futuras crisis económicas, amenazan la viabilidad económica de las prestaciones públicas de Seguridad Social. Es más, esta situación de desequilibrio se encuentra agravada ante el panorama que plantea un mercado de trabajo todavía con altas tasas de desempleo y precariedad², heredados de la crisis del 2008 y de las que estén por llegar, con un elevado gasto en prestaciones por desempleo y bajos ingresos por cotización. Tampoco mejora dicha previsión la nueva realidad que ofrece la Cuarta Revolución Industrial a través del empleo de baja calidad «desestandarizado» propio de las plataformas digitales y los eventuales efectos que esta última revolución pueda tener sobre la destrucción del empleo³.

En otras palabras, se prevé que cada vez haya menos personas en edad de trabajar y más personas beneficiarias de la pensión de jubilación, lo cual, unido al retraso en la incorporación al mercado de trabajo por parte de los jóvenes, puede provocar que la tasa de dependencia se incremente del 30% actual al 43,2% para 2035 e incluso al 55,7% para 2055, según previsiones del INE⁴. Un problema, el del progresivo envejecimiento poblacional, que no es solo propio del Estado español, sino que es común al resto de países de la Unión Europea⁵, y

² Para MONEREO PÉREZ sin una política orientada al pleno empleo de calidad en el sentido de los artículos 35.1 y 40 CE no será sostenible el actual sistema de Seguridad Social y el subsistema de pensiones públicas en particular, ya que la precariedad laboral impacta de forma determinante en la precariedad de la protección social pública al recortar y disminuir las carreras de seguro de las personas trabajadoras. Véase, entre otras publicaciones, MONEREO PÉREZ, J.L.: «William Henry Beveridge (1879-1963): la construcción de los modernos sistemas de seguridad social», *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 4, 2015, págs. 279-305 y MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas*, Madrid, Tecnos, 2014.

³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Sostenibilidad de la Seguridad Social: perspectivas y propuestas de actuación», en VV.AA.: *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Murcia, Laborum, 2020, págs. 454-660.

⁴ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Nota de prensa: Proyecciones de Población 2020-2070*, de fecha de 22 de septiembre de 2020. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/pp_2020_2070.pdf

⁵ Véase el *Libro Verde sobre el Envejecimiento: «Fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones»*, Bruselas, 27.1.2021 COM(2021) 50 final.

que se pretende resolver a través del denominado envejecimiento activo y la prolongación de la vida laboral, tal y como se ha defendido desde diferentes instancias comunitarias⁶.

En este mismo sentido, «La nueva reforma del Pacto de Toledo de 2020»⁷, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados en sesión de 19 de noviembre de 2020, ahonda en esta idea de prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación en su recomendación 12^a (algo que ya se hizo en anteriores versiones del Pacto de Toledo). Sin embargo, llama la atención cómo el referido Pacto no dirige mención alguna a una medida que ha sido recuperada desde su derogación en 2012 a raíz de la petición de los interlocutores sociales por el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, y que circula en sentido contrario al alargamiento de la edad laboral: las cláusulas de jubilación forzosa por razón de edad en los convenios colectivos.

En efecto, el vaivén legislativo de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, sucedido de continuas reformulaciones y derogaciones normativas⁸, es buena muestra de la controversia

⁶ Cfr., entre otros muchos documentos, el Libro Verde de la Comisión Europea «*en pos de unos Sistemas de Pensiones Europeas 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. 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.

⁷ Denominación que le ha atribuido la doctrina a este nuevo Pacto de Toledo tras el primero de 1995, su renovación en 2003 y, finalmente, su reforma en 2011, 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)», *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 25, 2020, págs. 13 y 14.

⁸ Sobre las sucesivas reformas legales de la jubilación forzosa en el Derecho español, 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 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, pp. 93-98.

suscitada en torno a esta herramienta de extinción del contrato por motivo de la edad que -a pesar de los límites en su aplicación previstos por el Tribunal Constitucional⁹ en materia de acceso a la pensión de jubilación, política de empleo y prohibición de amortización del puesto de trabajo (este último incumplido)- se ha convertido en un mecanismo más para la expulsión de los trabajadores maduros del mercado de trabajo español, junto con el uso abusivo de prejubilaciones, jubilaciones anticipadas o despidos colectivos de trabajadores maduros de recientes etapas¹⁰.

En cambio, el acuerdo alcanzado en sede de concertación social por los interlocutores sociales (CEOE, CEPYME, CCOO y UGT) y el Gobierno el 1 de julio de 2021¹¹, plantea un objetivo distinto plenamente enmarcado en el componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Estado español para gestionar los fondos europeos *NextGenerationEU* (denominado «Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo»). En concreto, el acuerdo socio-político tripartito de 2021, precursor de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, restringe sustancialmente la virtualidad de las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos, tal y como analizaremos a lo largo de las siguientes páginas.

⁹ SSTC 280/2006, de 9 de octubre (RTC 2006, 341) y 22/1981, de 2 de julio (RTC 1981, 22).

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: «La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros», en: VV.AA.: *Envejecimiento activo y vida laboral*, MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019 y LÓPEZ INSUA, B. M.: «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, n.º 1, 2018.

¹¹ Un análisis a este acuerdo en MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «El acuerdo socio-político tripartito de 2021: la recuperación de la concertación social en el proceso de reforma del sistema de pensiones», *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 28, 2021, págs. 11-34.

2. LA REFORMA DE LA JUBILACIÓN FORZOSA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 21/2021, DE 28 DE DICIEMBRE

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, supone una reforma del sistema de pensiones que acentúa, entre otras cuestiones, la vocación de alargar todo lo posible la vida laboral, al menos hasta la edad ordinaria de jubilación, para garantizar el sostenimiento de las pensiones públicas¹². Y en clara lógica con esta finalidad (algo que venía faltando en las anteriores regulaciones), se limita sustancialmente el mecanismo previsto en los convenios colectivos para acudir a la jubilación forzosa como regla general y se introduce un nuevo elemento por razón de género ciertamente menos exigente que el anterior. Así, la disposición final primera de la presente ley modifica el tenor literal de la disposición adicional décima del ET y añade una disposición transitoria novena en el mencionado Estatuto para regular el régimen transitorio de los nuevos mecanismos convencionales de jubilación forzosa.

2.1. La imposibilidad de extinguir el contrato de trabajo por razón de edad hasta los 68 años

El apartado primero de la disposición adicional 10ª ET ahora queda redactado tal que: «en aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años». Una nueva redacción que, frente a las anteriores opciones extremas de derogación o habilitación, ahora contiene una prohibición de carácter indirecto ya que se admite solo la operatividad de estas cláusulas en los convenios

¹² Según la exposición de motivos de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, «el segundo de los bloques recoge diversas medidas que en conjunto pretenden actuar sobre el acceso a la pensión de jubilación a través de fórmulas voluntarias y más equitativas que favorecen un progresivo alineamiento de la edad efectiva y de la edad ordinaria de jubilación como vía para reforzar la sostenibilidad del sistema en el medio y largo plazo. Todo ello en línea con la recomendación 12 del Pacto de Toledo que, en el marco de un modelo de jubilación flexible, prioriza el reforzamiento de los instrumentos de incentivo y desincentivo previstos para los supuestos de jubilación anticipada o demorada respecto de la edad ordinaria de jubilación».

colectivos cuando los trabajadores tengan 68 años o más, actuando dicha cifra como límite o suelo de edad¹³.

En otras palabras, no se permiten las extinciones por debajo de la edad de 68 años vía jubilación forzosa convencional, a diferencia de lo que venía ocurriendo con las anteriores versiones de la D.A.10ª ET. Por ejemplo, la anterior regulación dada por el RD-ley 28/2018, exigía el cumplimiento de la «edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social», propia del art. 205.1.a) y disposición transitoria séptima del TRLGSS (para 2027: 67 años o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización). A la luz de esta nueva limitación la rúbrica de la citada disposición adicional («Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación») sería incorrecta, a salvo de la jubilación forzosa en sectores con infrarrepresentación femenina, y, por tanto, debería de ser modificada¹⁴.

En definitiva, si bien es cierto que el tenor literal actual de la expresión «en aras de favorecer la prolongación de la vida laboral» puede suponer una proclamación antitética con su contenido, pues la jubilación forzosa significa precisamente la extinción del contrato e imposibilita que el trabajador siga desempeñando su cometido en la empresa¹⁵, al menos el legislador acaba con la conflictividad inherente a esta figura y garantiza como mínimo un año más allá de la edad legal de jubilación para que el trabajador pueda disfrutar, entre otros, de los beneficios inherentes a la jubilación demorada o postergada, medida estrella de la Ley 21/2021¹⁶.

Una vez determinada la edad forzosa de jubilación a los 68, el precepto recoge los otros dos requisitos esenciales que tradicionalmente

¹³ ESTEVE SEGARRA, A.: «La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, N.º Extraordinario sobre La reforma laboral de 2021, 2022, págs. 157 y 158.

¹⁴ MALDONADO MOLINA, J.A.: «Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la ley 21/2021», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 161, 2022, pág. 418 propone la siguiente fórmula: «Cláusulas de los convenios colectivos referidas a la extinción del contrato por cumplimiento de una edad máxima».

¹⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Evolución y perspectivas de las cláusulas sobre jubilación forzosa», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 250, 2022, versión electrónica.

¹⁶ MALDONADO MOLINA, J.A.: *op. cit.*, págs. 417 y siguientes.

han constituido el mecanismo de jubilación forzosa (conformados por el Tribunal Constitucional y avalados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁷): (i) el acceso a la pensión contributiva por jubilación; y (ii) la vinculación de la medida extintiva con objetivos coherentes de política de empleo, que supongan una justificación objetiva y razonable al sacrificio que dicha medida conlleva sobre el derecho individual al trabajo propio del jubilado forzosamente.

En cuanto al acceso a la pensión contributiva por jubilación, pocos cambios se introducen, más allá del uso del lenguaje no sexista bajo la fórmula «persona trabajadora». De este modo, «la persona trabajadora afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir 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»¹⁸. Una mejora en la tasa de sustitución que es la compartida por la versión del RD-ley 28/2018, y que supuso una mejora respecto a las versiones anteriores de la regulación de la jubilación forzosa, por las que solo se garantizaba el período mínimo de cotización o el 80% de la base reguladora a raíz de la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

Por último, la reforma de 2021 también ha renovado los denominados «objetivos coherentes de política de empleo» que, frente a la anterior redacción amplia y ambigua, son limitados a uno en exclusiva: el relevo generacional, materializado «a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora». Cambio que se muestra como favorable y muy positivo, habida cuenta de la tradicional práctica seguida por los negociadores de los convenios colectivos, avalada por la

¹⁷ Véase, sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de octubre de 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05, la cual 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.

¹⁸ Se entiende que este 100% de la pensión ordinaria de jubilación es el porcentaje que se aplica a la base reguladora, calculado conforme a las reglas previstas en el 210.1 y disposición transitoria novena del TRLGSS (para 2027 habrá que cotizar al menos 37 años). Véase, BARRIOS BAUDOR, G.L.: «El regreso de la jubilación forzosa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 3, 2019, pág. 10.

jurisprudencia¹⁹, por la que se ha venido utilizando a la jubilación forzosa como una medida de amortización «barata» de puestos de trabajo, al no mediar indemnización ni sustitución de las personas trabajadoras afectadas²⁰.

No se olvide que el acceso a la jubilación es un derecho que, como tal, es de ejercicio voluntario, y que no puede limitarse de forma incondicionada, al igual que ocurre con el derecho al trabajo. Además, para que tal limitación en el derecho individual al trabajo no constituya un supuesto de discriminación, dicho trato desigual de los trabajadores en edad de jubilación debe de estar justificado en una verdadera política de empleo (o de reparto del empleo) que supere la triple comprobación sobre la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de las desigualdades²¹. Sin embargo, como ya se ha indicado, generalmente la práctica convencional, e incluso judicial, salvo excepciones²², ha desoído estos límites y ha reconocido extinciones del contrato por razón de edad sin que exista como justificación una verdadera política de reparto del empleo.

¹⁹ Véase la fantástica recopilación de jurisprudencia elaborada por SEMPERE NAVARRO, A.V.: *op. cit.*, donde se puede apreciar de qué modo los Tribunales, especialmente el Tribunal Supremo, han ido en las últimas décadas acogiendo fórmulas tan flexibles para validar las cláusulas de jubilación forzosa que han reducido al mínimo la justificación en política de empleo y se han admitido cláusulas con el mero acceso a la pensión de jubilación del trabajador afectado.

²⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: «La garantía de los ... *op. cit.*», págs. 236-239.

²¹ Sobre esta cuestión, 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*, N.º 58, 2018, versión electrónica.

²² En MUROS POLO, A.: «Una buena práctica convencional en materia de jubilación forzosa», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 251, 2022, versión electrónica, se analiza una sentencia del STJ de Madrid, de 17 de septiembre de 2021 (JUR 2021, 357239) en la que se aplica una cláusula de jubilación forzosa de un convenio colectivo en la que se reconocen objetivos coherentes y específicos de política de empleo a modo de contraprestación: «la empresa, en este supuesto de extinción del contrato de trabajo, dentro de los seis meses siguientes desde que se produzca, deberá contratar los servicios de dos personas trabajadoras, de los que, al menos, una de ellas, deberá ser contratada por tiempo indefinido o, alternativamente, deberá contratar los servicios de una persona trabajadora y convertir en indefinido el contrato temporal que la empresa ya tuviera suscrito con otra persona trabajadora».

Conductas que han sido de algún modo legitimadas con las anteriores redacciones excesivamente flexibles de este requisito en el ET, como por ejemplo, en la versión del RD-ley 28/2018, por la que: «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, la disposición adicional 10ª reconocía, en un sentido ejemplificativo y marcadamente abierto, cualquier medida destinada a favorecer la calidad del empleo²³, lo cual suponía un alejamiento respecto a la doctrina constitucional de «no amortización del puesto de trabajo», y actuaba en contra de la idea de reparto del empleo, sin garantizar, por tanto, el «equilibrio virtuoso» de esta medida extintiva²⁴.

No obstante, en contra de lo anterior, la reforma de 2021 establece ahora un objetivo de política de empleo claro, conciso y fácilmente demostrable ante una eventual impugnación judicial²⁵: «la medida deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora». En este sentido, con la redacción dada por la Ley 21/2021 a la D.A. 10ª ET, únicamente se permiten las jubilaciones forzosas no solo cuando no se amortice el puesto de trabajo del trabajador jubilado forzosamente, sino cuando, además, el trabajador contratado para cubrir este puesto lo sea en las condiciones de un

²³ Según la STS de 4 de mayo de 2017, recud. 2238/2015, se trata de una 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.

²⁴ Muy críticos con la redacción de la norma, 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. Laborum*, N.º 18, 2019, pág. 25.

²⁵ El TS ya ha determinado que no solo es necesario que el convenio exprese formalmente los objetivos de política de empleo, sino que es obligatorio que se pruebe que dichos objetivos se han cumplido o están en trámite de cumplimiento (STS de 4 de mayo de 2017, recud. 2238/2015).

empleo típico (de carácter indefinido y a tiempo completo)²⁶, sin establecer nada acerca de las características de este último, como la edad²⁷. Se retorna, así, a una condicionalidad que recupera el «espíritu» o la «ratio iuris» de la interpretación más restrictiva originaria efectuada por el TC en su sentencia 22/1981, de 2 de julio²⁸.

2.2. La jubilación forzosa como política de acción positiva por razón de género

De forma excepcional (así lo establece expresamente la D.A. 10ª ET), se podrá rebajar la edad de 68 años a la edad ordinaria de jubilación para acudir a la jubilación forzosa cuando con dicha medida se persiga «alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género». Un apartado segundo de la citada disposición, que se desglosará a continuación, y que se enmarca dentro de las denominadas acciones positivas que pueden desarrollar los Poderes Públicos en favor de las mujeres con el fin de «corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres» según lo previsto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Del mismo modo, el Derecho Social Comunitario, a través del art. 157.4 TFUE, en relación con el art. 3 de la Directiva 2006/54/CE, y el art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁹, posibilita esta acción del Estado tendente a la

²⁶ ESTEVE SEGARRA, A.: *op. cit.*, págs. 159 y 160.

²⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.: *op. cit.*, reflexiona lo siguiente: «que no se condicione en modo alguno el perfil de la persona permite que sea válida cualquier tipo de contratación (de duración indefinida y a jornada completa), porque la norma asocia relevo generacional a la jubilación de quien posee derecho a percibir el 100% de la pensión y ha cumplido los 68 años de edad. De este modo, estaríamos dentro del diseño legal cuando la contratación se realiza respecto de una persona con más de 68 años pero sin derecho a percibir la pensión completa de jubilación, por más que sociológicamente fuera inexistente el «relevo generacional» ya que saliente y entrante pertenecerían a la misma cohorte etaria».

²⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «El acuerdo socio-político ...», *op. cit.*, pág. 29.

²⁹ Muy expresivo es el art. 157.4 TFUE: «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 (...)»

igualación efectiva entre hombre y mujer en sectores con infrarrepresentación femenina.

Nos encontramos, por tanto, ante una serie de acciones positivas como medidas igualatorias asociadas a los objetivos del Estado social de Derecho, ya que el artículo 14 de la Constitución Española debe de ser interpretado desde el 9.2, donde se atribuye a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (STC 34/1981, de 10 de noviembre)³⁰. De este modo, se abre la posibilidad de que a través de normas positivas se puedan establecer determinadas disposiciones a favor de las mujeres (colectivo históricamente discriminado) con la finalidad de corregir situaciones patentes de desigualdad por razón de género. Sin embargo, estas acciones positivas deben de respetar dos límites expresados en la Ley Orgánica 3/2007: (i) deben de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso; y (ii) han de ser temporales, aplicables en tanto subsistan dichas situaciones³¹. Además, del análisis de la jurisprudencia del TJUE³² se puede inferir que la reserva automática o cuota fija de empleo reservada a la mujer incluso cuando nos encontramos ante sectores infrarrepresentados es injustificada, ya que solo se permite esta preferencia en el acceso al empleo cuando existe igualdad de méritos o de capacitación³³. Algo que podría generar conflicto con la redacción actual de la D.A.10ª, pues se

ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales».

³⁰ Un análisis de la jurisprudencia constitucional en GÓMEZ ORFANEL, G.: «Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación», *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol. 9, 2008, págs. 379-402, y en GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

³¹ PERÁN QUESADA, S.: *Derecho Social y Género: El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 76 y siguientes.

³² Un estudio en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE», *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, N.º 2, 2019, pp. 50-69.

³³ Véase, RUEDA MONROY, J.A.: «La virtualidad jurídica de las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer en el ordenamiento español», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N.º 4, 2020, versión electrónica.

prevé la contratación automática de una mujer a modo de «contraprestación» o compensación por la medida de jubilación forzosa.

Una vez expresado lo anterior, procede analizar en detalle cómo se estructura esta cláusula de jubilación forzosa como medida de acción positiva. En concreto, la D.A.10ª ET, a mi modo de ver, diferencia entre dos momentos, según los cuales establece: de qué modo se configura dicha cláusula en el convenio colectivo y, por otro lado, cómo se aplica tal medida extintiva.

En cuanto a la primera fase, el ET establece como requisito para negociar la cláusula convencional que la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio colectivo debe de ser inferior al 20% de las personas ocupadas en estas actividades³⁴. En concreto, la tasa de ocupación será la referida a los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) que se hayan indicado en la inscripción del convenio colectivo ante el REGCON, según lo dispuesto por el Real Decreto 713/2010. Como se trata de una tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena respecto al total de trabajadores en una determinada actividad del CNAE, será la Administración de la Seguridad Social quien facilite dichos datos en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio. Esto tiene sentido pues es en este momento en el que los negociadores tienen que decidir si, a la luz de los datos, pueden incluir tal cláusula de jubilación forzosa en el convenio colectivo.

En cuanto a la segunda fase, la de aplicación de la cláusula de jubilación forzosa, la D.A.10ª ET recoge los siguientes requisitos: (i) que la persona afectada por la extinción reúna los requisitos para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación

³⁴ Para una visión de los códigos CNAE con baja representación femenina, cfr., *Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones*, págs. 111 y 112, versión de 11 de agosto de 2021, disponible en: <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV44L0-20212601&lang=gl&fcAct=2021-11-22T07:51:51.738Z> (consultado a 5/4/2022).

contributiva; (ii) que en la fecha de efectos de la decisión extintiva concurra la tasa de ocupación inferior al 20% en el CNAE al que esté adscrita la persona afectada por la extinción -a tal efecto, se tendrá en cuenta el CNAE que resulte de aplicación para la determinación de los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales³⁵-; y (iii) que cada extinción contractual en aplicación de esta previsión lleve aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la mencionada actividad³⁶.

Por último, este segundo apartado de la disposición adicional determina que la decisión extintiva deberá de ser comunicada por la empresa a los representantes legales de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada. Una precisión que solo se aplicaría a la jubilación forzosa como acción positiva de igualdad de género pero que podría ser útil su extensión al resto de jubilaciones forzosas, habida cuenta de las dudas interpretativas que la aplicación de la medida extintiva ha generado al respecto³⁷.

2.3. Período transitorio de la nueva regulación de las cláusulas de jubilación forzosa

La disposición transitoria novena del Estatuto de los Trabajadores, introducida por la disposición final 1.2 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, establece la aplicación temporal de las nuevas cláusulas de jubilación forzosa. En concreto, la D.A.10ª ET solo se aplicará a los convenios colectivos suscritos desde el 1 de enero de 2022, con independencia de en qué momento se produzca su entrada en vigor, registro o inicio de las negociaciones. Además, con esta previsión, la de

³⁵ Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, modificada por la disposición final quinta del RD-ley 28/2018.

³⁶ Se entiende que esta mujer contratada no debe de reunir ningún requisito adicional especial y que debe de ser contratada para desarrollar sus tareas en el CNAE de referencia. SEMPERE NAVARRO, A.V.: *op. cit.*

³⁷ MUROS POLO, A.: «Prolongación de la vida activa y jubilación forzosa: ¿una contradicción de principios?», en VV.AA.: *Derecho vivo de la Seguridad Social. V Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2020*, Murcia, Laborum, pág. 140.

fijar el momento de aplicación de la nueva regulación en la fecha de suscripción del convenio, se quiere dar por cerrada la posibilidad de tener en cuenta otras fechas como la de los acuerdos parciales o la de finalización de las deliberaciones, así como la de la sumisión a consulta o referéndum³⁸.

De este modo, los convenios colectivos suscritos a partir del 1 de enero de 2022 tendrán que cambiar sus clausulados para recoger, entre otras cuestiones, la nueva política de empleo asociada a la jubilación forzosa: la contratación de un nuevo trabajador con contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo. Se abandonan así los amplios elencos de medidas que venían recogiendo los convenios colectivos, tales como la transformación de contratos a tiempo parcial a tiempo completo, de contratos temporales en indefinidos o la suscripción de contratos de relevo³⁹.

Por otro lado, las cláusulas convencionales de jubilación forzosa suscritas con anterioridad a 1 de enero de 2022 no decaerán automáticamente, sino que permanecerán en vigor hasta pasados tres años de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio colectivo en cuestión (esto es, sin incluir las etapas de vigencia prorrogada o ultraactividad)⁴⁰. Régimen transitorio de hasta tres años⁴¹ que, salvo que antes se acuerde un nuevo convenio, concede un plazo razonable a la negociación colectiva para adaptar su regulación a las nuevas reglas, algo que no ocurrió con el régimen transitorio previsto en 2005⁴².

3. CONCLUSIONES CRÍTICAS

Es innegable que la nueva disposición adicional 10ª del ET, la cual se aplica al empleo en el sector privado y al personal laboral de la Administración -pues la jubilación forzosa del régimen funcional no

³⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V.: *op. cit.*

³⁹ ESTEVE SEGARRA, A.: *op. cit.*, pág. 159.

⁴⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V.: *op. cit.*

⁴¹ Régimen transitorio que puede posibilitar la aplicación de la anterior regulación de la jubilación forzosa en importantes sectores, como el de la banca, por un período superior a los tres años si se tiene en cuenta la fecha de fin de la vigencia inicial (c.fr. XXIV Convenio Colectivo del Sector de la Banca, BOE de 30 de marzo de 2021).

⁴² MALDONADO MOLINA, J.A.: *op. cit.*, pág. 423.

se ha modificado-⁴³, supone una regulación más coherente en términos de garantizar, al menos de forma parcial, la prolongación voluntaria de la vida laboral del trabajador y, con ello, el sostenimiento de las pensiones públicas. Si bien es cierto que sería más acertada una derogación total de las cláusulas de jubilación forzosa, el carácter consensuado de la presente normativa en sede de concertación social provoca que a raíz de equilibrios y concesiones mutuas se posibilite tanto el ejercicio del envejecimiento activo, como el uso de la medida de la jubilación forzosa, al establecer como suelo mínimo la edad de 68 años⁴⁴.

Por otro lado, también se celebra como muy oportuna la limitación inequívoca de la política de reparto de empleo que justifica la extinción del contrato por razón de edad: la contratación de una nueva persona trabajadora de forma indefinida y a tiempo completo en la empresa. Con tal limitación, muy bien perfilada, se pretende acabar con la anterior práctica de utilizar la jubilación forzosa como una medida de reestructuración «barata»⁴⁵, basada en unos elementos de compensación ambiguos e inespecíficos, que suponía finalmente la amortización de puestos de trabajo. Ahora queda claro qué conlleva la jubilación forzosa para la acción del empresario, una nueva contratación de trabajo típico, que podrá ser fácilmente demostrable y fiscalizable ante los Tribunales en caso de una eventual impugnación judicial.

Y precisamente este último punto, el de la impugnación y la calificación judicial de la extinción injustificada del contrato de trabajo

⁴³ Un estudio en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «La jubilación forzosa del personal laboral al servicio de las administraciones públicas (o la antinomia en la negociación colectiva)», *Trabajo y Derecho*, N.º 85, 2022, versión electrónica. Para una crítica del inmovilismo en la jubilación forzosa de los funcionarios, véase, ESTEVE SEGARRA, A.: *op. cit.*, págs. 162-164.

⁴⁴ La ampliación de la edad de jubilación forzosa a esta cifra ya se había propuesto con anterioridad por el presente autor en los siguientes trabajos: MUROS POLO, A.: «La paradoja de la jubilación forzosa y...», *op. cit.*, pág. 109 y MUROS POLO, A.: «Prolongación de...» *op. cit.*, pág. 145.

⁴⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: «EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N.º Extra 1, 2010, págs. 159-216 y 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. 409-437.

por jubilación forzosa (por no respetar los requisitos de la D.A.10ª ET, señaladamente la política de empleo), ha sido una cuestión sujeta a controversia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina judicial. En la mayoría de las ocasiones el despido ha sido declarado improcedente⁴⁶, aunque la calificación judicial correcta debería de haber sido la nulidad, habida cuenta de que si no median los requisitos (o una política de empleo coherente), nos encontramos ante un despido por la sola razón de la edad, que resulta claramente discriminatorio⁴⁷. Sin embargo, también es cierto que muchos pronunciamientos judiciales han calificado el despido como improcedente a causa de que la parte demandante no ha pretendido la nulidad, por lo que si se hubiera calificado de nulo el despido el Tribunal habría incurrido en incongruencia *ultra petita* (aunque ello no obsta que se hubiera discutido a lo largo de la sentencia esta posible calificación a efectos dialécticos)⁴⁸.

Para terminar, un último apunte. Respecto a la jubilación forzosa como política de acción positiva, debemos de indicar que resulta ser una regulación novedosa y desde la política de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres muy acertada para acabar con la segregación ocupacional. No obstante, a pesar de los esfuerzos del legislador, podría ser que esta contratación a favor de la mujer de forma incondicionada o automática a cambio de la jubilación forzosa genere ciertas fricciones con la jurisprudencia del TJUE. De este modo, habrá que estar al caso y ponderar en cada supuesto si la medida de acción positiva cumple con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad para esquivar dicha contradicción con los límites que impone el Tribunal de Luxemburgo a las acciones positivas.

⁴⁶ 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).

⁴⁷ En este mismo sentido: MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Notas sobre las aportaciones...», *op. cit.*, pág. 24.

⁴⁸ Análisis de VIVERO SERRANO, J.B.: «Las últimas manifestaciones de la jubilación forzosa por convenio colectivo. Comentario a la STS, 4ª, 11-5-2016, recud 2530/2014», *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 9, 2016, págs. 159-164.

NUEVAS MEDIDAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL CONSECUENCIA DE LA ESCALADA DE PRECIOS Y LA GUERRA

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

Profesor Ayudante Doctor

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

1. RECORRIDO SOBRE LAS RECIENTES MEDIDAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL CONSECUENCIA DE LA ESCALADA DE PRECIOS Y LA GUERRA. 2. EL PROCEDIMIENTO APLICABLE AL MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DE EMPLEO Y SU PRIMERA ACTIVACIÓN. 3. OTRAS MEDIDAS URGENTES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES.

1. RECORRIDO SOBRE LAS RECIENTES MEDIDAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL CONSECUENCIA DE LA ESCALADA DE PRECIOS Y LA GUERRA

Recientemente, en fecha de 30 de marzo de 2022 (con entrada en vigor el día 31 de marzo de 2022, aunque requiere de posterior convalidación por el Congreso de los Diputados), se ha publicado el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

Texto normativo consecuencia de los efectos económicos indirectos que España está sufriendo a través del aumento del precio del gas y del petróleo, pero también a través del encarecimiento o la escasez de otras

materias primas agrícolas y minerales. En este sentido, tal y como establece la exposición de motivos, la invasión de Ucrania por parte de Rusia está generando importantes consecuencias en todos los órdenes. Por un lado, desde el punto de vista humanitario, ha dado lugar al desplazamiento de millones de refugiados, que siguen llegando a la Unión Europea. Asimismo, el inicio de la guerra impide el regreso a Ucrania de muchos ucranianos que se encuentran en situación de estancia en nuestro país (actualmente en torno a 114 000). Por otro, ha agravado el choque de oferta que viene sufriendo la economía europea desde el verano de 2021 a causa de la escalada del precio del gas natural y ha añadido además una elevada incertidumbre respecto a su duración e intensidad. El precio del gas natural, que, dado el diseño del mercado eléctrico europeo determina en gran medida el precio de la electricidad, se ha multiplicado por cinco en un año, subiendo un 25 % desde el inicio de la invasión. El petróleo casi ha doblado su precio durante el último año, subiendo un 20% desde finales de febrero de 2022, mientras el precio del trigo ha aumentado el 30 % en el mismo periodo. Se ha producido así un aumento abrupto y generalizado de costes de las materias primas y los bienes intermedios, añadido al que ya se venía produciendo como consecuencia de los cuellos de botella en las cadenas de producción debidos a las fricciones generadas por la rápida recuperación económica tras la pandemia. Las consecuencias económicas de esta evolución son un aumento de la tasa de inflación y una ralentización del ritmo de crecimiento.

Es por ello que el Gobierno de España ha decidido adoptar medidas urgentes para paliar dichas consecuencias económicas, entre las que localizamos medidas laborales y de Seguridad Social (entre otras muchas).

1) Entre las medidas que nos interesan por la materia a tratar, el título IV recoge diversas medidas de apoyo a trabajadores y colectivos vulnerables. Por lo que se refiere a las medidas de protección de las personas trabajadoras, la situación que en las empresas pueda causar la invasión de Ucrania o el aumento de los precios o costes energéticos, lleva consigo importantes distorsiones económicas. Esta situación de carácter coyuntural y extraordinario debe ser atendida con los recursos disponibles en el ordenamiento laboral, en particular, los previstos en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores; pero además y como ha

puesto de manifiesto la experiencia de los expedientes ligados a la crisis de la COVID-19 también resulta necesario, para proteger el empleo de manera suficiente, establecer una serie de medidas complementarias y extraordinarias que garanticen su efecto útil que no es otro que evitar la destrucción del empleo y del tejido empresarial ante una situación que podría tener efectos económicos y sociales imprevisibles. De manera que a la posibilidad de acudir a los expedientes de regulación temporal de empleo previstos en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, y de aplicar, en su caso, las ventajas asociadas a estas medidas de flexibilidad en una situación que hace previsible su utilización significativa deben acompañarse medidas complementarias de cautela adicional que se entienden precisas para garantizar la necesaria protección social, evitando despidos y destrucción de puestos de trabajo.

Estas medidas son las siguientes: a) Las empresas beneficiarias de las ayudas directas no podrán justificar despidos objetivos basados en el aumento de los costes energéticos. b) Las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se benefician de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos.

Se refiere a ello el artículo 44.1 del Real Decreto-ley 6/2022 sobre medidas en el ámbito laboral cuando establece lo siguiente: *«en aquellas empresas beneficiarias de las ayudas directas previstas en el presente real decreto-ley, el aumento de los costes energéticos no podrá constituir causa objetiva de despido hasta el 30 de junio de 2022. El incumplimiento de esta obligación conllevará el reintegro de la ayuda recibida»*.

De este apartado primero del precepto nos surgen dos cuestiones a tratar: ¿prohíbe el despido el RD 6/2022? ¿Qué consecuencias tiene la empresa que despide respecto a las ayudas? Respecto a la prohibición del despido no creemos que esto sea lo que prevé el artículo 44 del RD 6/2022; lo que prevé este precepto es que el aumento de los costes energéticos no podrá convertirse en causa objetivo de despido hasta el 30 de junio de 2022; pero con un importante elemento a tener en cuenta: solo para las empresas que se benefician de las ayudas directas previstas en el propio Real Decreto. Por tanto, solo en empresas que se hayan beneficiado de dichas ayudas, en caso de que existiera despido por

causas objetivas antes de 30 de junio de 2022, el mismo deberá calificarse como improcedente. No obstante, no es cuestión exenta de controversia, por lo que probablemente continúe generando y alimentando ese intenso debate doctrinal y jurisprudencial entre despidos improcedentes *vs* despidos nulos. Respecto a las consecuencias que la empresa beneficiaria de las ayudas tendrá que soportar en caso de realizar un despido por causa del aumento de los costes energéticos, creemos que la misma será la devolución de las ayudas recibidas.

Asimismo, el artículo 44.2 del Real Decreto-ley 6/2022 continúa estableciendo que *«las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos»*. Precepto que no recoge un mecanismo específico de expediente de regulación temporal de empleo; sino que prevé que dichas empresas que se acojan a medidas colectivas de reducción de jornada o de suspensión de contratos (ERTEs) por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público (cualquier medida pública relacionada con el ERTE), tampoco podrán despedir por estas causas. En este sentido, recordemos que, tras la reforma laboral de 2021, las empresas que proyecten un ERTE pueden, de manera voluntaria y siempre que cumplan con los requisitos estipulados, acogerse a determinados beneficios en materia de cotización, siempre y cuando garanticen el mantenimiento del empleo durante los 6 meses siguientes a la finalización de la vigencia del ERTE. En suma, en caso de que dichas empresas realicen algún despido por la misma causa utilizada para justificar el ERTE estarán obligadas a devolver dichos beneficios del que han disfrutado.

2) Otras de las medidas importantes se refieren al aplazamiento en el pago de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta en el sector del transporte urbano y por carretera.

En materia de Seguridad Social, como complemento para evitar situaciones de desprotección de los trabajadores como consecuencia de la disminución de la actividad y de las tensiones de tesorería detectadas, se adoptan medidas concretas e inmediatas en materia de cotizaciones que permitan diferir el pago de determinados conceptos para dar un

apoyo inmediato al cumplimiento de tales obligaciones. Por ese motivo, se acuerda que las empresas incluidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, y los trabajadores por cuenta propia incluidos en el mismo régimen, siempre que se encuentren al corriente en sus obligaciones con la Seguridad Social y no tuvieran otro aplazamiento en vigor, puedan solicitar un aplazamiento en el pago de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta. Además, se extiende este mismo mecanismo, ya presente para las empresas incluidas en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social y los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios establecido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, que ya estaba presente, aunque con menor amplitud temporal, en el Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía.

A dicho aplazamiento de las cuotas se refiere el artículo 28, titulado «aplazamiento en el pago de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta en el sector del transporte urbano y por carretera», cuando establece lo que sigue:

«Las empresas con trabajadores en alta en el Régimen General de la Seguridad Social y los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, que desarrollen su actividad en el sector del transporte urbano y por carretera (CNAE 4931, 4932, 4939, 4941 y 4942), siempre que se encuentren al corriente en sus obligaciones con la Seguridad Social y no tuvieran otro aplazamiento en vigor, podrán solicitar, directamente o a través de sus autorizados para actuar a través del Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (Sistema RED), un aplazamiento en el pago de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta cuyo devengo tenga lugar entre los meses de abril a julio de 2022, en el caso de empresas, y entre los meses de mayo a agosto de 2022, en el caso de trabajadores autónomos.

Este aplazamiento se ajustará a los términos y condiciones establecidos con carácter general en la normativa de la Seguridad Social, con las siguientes particularidades:

- 1.ª Las solicitudes de aplazamiento deberán efectuarse antes del transcurso de los diez primeros días naturales de cada uno de los plazos reglamentarios de ingreso correspondientes a las cuotas señaladas en el párrafo primero de este artículo.*
- 2.ª Será de aplicación un interés del 0,5 por ciento, en lugar del previsto en el artículo 23.5 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.*
- 3.ª El aplazamiento se concederá mediante una única resolución, con independencia de los meses que comprenda, se amortizará mediante pagos mensuales y determinará un plazo de amortización de cuatro meses por cada mensualidad solicitada, sin que exceda en total de 16 mensualidades. El primer pago se producirá a partir del mes siguiente a aquel en que dicha resolución se haya dictado.*
- 4.ª La solicitud de este aplazamiento determinará la suspensión del procedimiento recaudatorio respecto a las cuotas afectadas por el mismo y que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social hasta que se dicte la correspondiente resolución».*

Como puede observarse, el citado precepto modifica normativa regulando el aplazamiento en el pago de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta en el sector del transporte urbano y por carretera.

3) Entre otras muchas medidas destacar tres medidas de apoyo a empresas: a) En efecto, se ha aprobado una reducción en la factura eléctrica del 80% del coste correspondiente a los peajes de acceso a las redes de transporte y electricidad aplicables en cada momento para la industria electro-intensiva, con efecto a 1 de enero de 2022 y que permanecerá en vigor hasta el 31 de diciembre de 2022. b) Asimismo, se prevén líneas de ayudas directas y distintas medidas para los sectores más afectados por la crisis provocada por la guerra de Ucrania, como la Industria gas-intensiva, el sector del transporte y del ferrocarril, el sector marítimo y portuario y para otros sectores como el agrícola, ganadero y

pesquero. c) De igual modo, se configurarán avales por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

4) Por último (para detenernos algo más en la materia a tratar), destacar también otras medidas de especial relevancia como la de incremento del importe del ingreso mínimo vital

En efecto, se prevé un incremento del importe del ingreso mínimo vital correspondiente a los meses de abril, mayo y junio de 2022 mediante la aplicación de un porcentaje del 15 % al importe reconocido en cada caso. La finalidad de esta medida es evitar que las personas perceptoras de esta prestación, que pertenecen a los colectivos más vulnerables en términos económicos y sociales, puedan verse más afectadas aún en su precaria situación por las consecuencias que la invasión de Ucrania por Rusia está generando en toda Europa. En este contexto se ha producido un alza extraordinaria de los precios dentro de una coyuntura en la que el IPC estaba ya en máximos, por lo que urge adoptar medidas que amortigüen el impacto de esta subida en la población, y especialmente en los colectivos cuya situación es más complicada, como es el caso de los perceptores del ingreso mínimo vital.

A dicho incremento se refiere el artículo 45, titulado «incremento extraordinario en la prestación de ingreso mínimo vital», y que confirma lo siguiente:

«El Instituto Nacional de la Seguridad Social reconocerá un incremento extraordinario en la prestación de ingreso mínimo vital vigente a la entrada en vigor de este real decreto-ley, respecto de las mensualidades de abril, mayo y junio de 2022, que consistirá en la aplicación de un porcentaje del 15 por cien al importe mensual reconocido para los citados meses, incluyendo los complementos mensuales reconocidos, y excluyendo los importes correspondientes a periodos previos, así como a otros conceptos de periodicidad no mensual que hubieran podido acumularse.

Este incremento también será de aplicación, en los mismos términos, a las solicitudes de esta prestación que hayan sido presentadas a la fecha de la entrada en vigor de este real decreto-ley, pero no hayan sido resueltas, así como a aquellas que se presenten con posterioridad, siempre que los efectos de su reconocimiento no sean posteriores a 1 de junio de 2022.

La actualización de la cuantía de la prestación con efectos de 1 de enero de 2022, tomando como referencia los ingresos anuales computables del ejercicio 2021, no afectará a este incremento extraordinario, siempre que se mantenga el derecho a la percepción de la prestación, una vez se haya efectuado dicha actualización».

De manera resumida, el citado precepto establece un incremento extraordinario del 15% del Ingreso Mínimo Vital durante los meses de mayo, junio y julio de 2022.

En estas coordinadas contra la pobreza y la exclusión social, y en política del Derecho, hay que tener en cuenta la garantía del empleo y de un trabajo decente que refleja un compromiso con el derecho al trabajo y con el Estado Social de Derecho con el pleno empleo (artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículo 23; Convenio OIT, núm. 122, sobre la política de empleo; Objetivos de Desarrollo del Milenio acordados por la ONU en 2015, en cuya Meta 1B se hace referencia expresamente a la necesidad de «*alcanzar el empleo pleno y productivo y un trabajo decente para todos*», de manera que el pleno empleo de calidad aparece como un elemento central de las políticas públicas; el «Pacto Mundial para el Empleo (PME)», aprobado en la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra el 19 de junio de 2009; las iniciativas de la OIT sobre el Trabajo Decente: Recomendación OIT núm. 198 (2006), sobre la relación de trabajo, la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008)¹. Estas orientaciones que plantean una redefinición del Derecho social de Trabajo y de la Seguridad Social se han plasmado jurídicamente en la Recomendación OIT, núm. 202 (2012), relativa a los «pisos nacionales» de protección social, que en su artículo 9.2 impulsa que los Estados miembros incluyan garantías de empleo y de Seguridad Social facilitadas por regímenes públicos en los «pisos nacionales» de

¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: «Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social (artículo 30)», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *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, pp. 925-958.

protección social pública². La Recomendación OIT, núm. 202 (2012), entre otras cosas, reconoce que *«el derecho a la Seguridad Social es, junto con la promoción del empleo, una necesidad económica y social para el desarrollo y el progreso»* y considera *«que la priorización de políticas destinadas a promover un crecimiento sostenible a largo plazo, asociadas a la inclusión social, contribuye a superar la pobreza extrema y a reducir las desigualdades y diferencias sociales dentro de las regiones y entre ellas»*³. Delimita los «pisos de protección social» indicando que *«constituyen conjuntos de garantías básicas de Seguridad Social definidos a nivel nacional que aseguran una protección destinada a prevenir o aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión Social»*⁴.

El precepto clave en la materia es el artículo 41 CE, que establece que los poderes públicos han de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice a todos los ciudadanos *«la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo»*. Al margen de ello, la asistencia y prestaciones complementarias serán libres. La amplia redacción de artículo 41 de la Constitución parece dar cabida, acogiendo el legado de tres fases históricas: la seguridad social privada, la pública, así como la asistencia social. El dato de que orgánicamente existan entes que se ocupen de la seguridad social en sentido estricto -régimen contributivo-, y otros que se encarguen de gestionar la asistencia social -Seguridad Social no contributiva- no significa que esta última quede sustraída del amplio campo de la Seguridad Social⁵.

La exigencia de este tipo de rentas de subsistencia y de inserción laboral se impone frente al problema estructural -y no sólo coyuntural- de lucha contra la pobreza y la exclusión social (artículo 30 CSE). Es la

² ORTEGA LOZANO, P. G.: «Precedentes y fundamentos jurídicos clásicos acerca del ingreso mínimo vital», en AESSS (Asociación Española de Salud y Seguridad Social): *Seguridad Social para todas las personas: La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social*, Murcia, Laborum, 2021, pp. 389-407.

³ Preámbulo de la Recomendación OIT, núm. 202 (2012).

⁴ (Apartado I.2) del mismo texto.

⁵ JIMÉNEZ QUESADA, L.: «Marco común mínimo de igualdad: el derecho a la asistencia social o a recursos mínimos garantizados», en *La Europa Social y Democrática de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 287.

era de la inseguridad social creciente y, en relación a ello, de la redefinición de los sistemas de protección social pública. Y en un contexto de progresivo vaciamiento (por no decir, desmantelamiento; cuando no intentos de deslegitimación) de las instituciones de la solidaridad social propias del Estado Social redistributivo e integrador ante la implantación de una sociedad de mercado de competencia generalizada. La renta mínima garantizada se configura como derecho subjetivo de Seguridad Social y por tanto gozando de la necesaria justiciabilidad a través del orden social de la jurisdicción⁶. La renta mínima garantizada es una vía para la protección de las personas en edad de trabajar sin protección por desempleo o de personas en situación de riesgo de pobreza o exclusión social y supone un reforzamiento del sistema de protección social clásico del Estado social. Se configura como una prestación de Seguridad Social en su ámbito no contributivo o asistencial, con financiación íntegramente estatal y con cargo a imposición general. La prestación de renta mínima garantizada o ingresos mínimos es, de este modo, una prestación de último recurso a la que se accede tras agotar las prestaciones contributivas o asistenciales de desempleo o, en su caso, por no haber podido generar derecho a las mismas. El objetivo de la prestación de renta mínima garantizada es proteger adecuadamente a quienes queriendo y pudiendo trabajar carecen de empleo y sufren una situación de necesidad económica. La medida posee naturaleza estructural o permanente en su cristalización normativa, no coyuntural.

El fundamento principal de la renta mínima garantizada se localiza en el artículo 30 de la Carta Social Europea, en virtud del cual, *«para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social, las Partes se comprometen: A. A adoptar medidas en el marco de un planteamiento global y coordinado para promover el acceso*

⁶ Vid. al respecto MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 1999. SUAREZ CORUJO, B.: «Una prestación de renta mínima garantizada: reflexiones sobre su encaje competencial en el marco constitucional», en *Revista Información Laboral*, núm. 10, 2014, el cual descarta por sus inconvenientes adicionales, de carácter técnico y de política del Derecho, las otras dos opciones posibles, a saber: una Ley de Armonización de las rentas mínimas autonómicas por el cauce del artículo 150.3 CE y la vía del artículo 149.1.1ª CE.

efectivo, en particular al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, y a la asistencia social y médica, de las personas que se encuentren o que corran el riesgo de encontrarse en una situación de exclusión social o de pobreza, así como de sus familias; B. A revisar estas medidas con vistas a su adaptación, si resulta necesario»; y en el artículo 34.3 -en relación con el artículo 1 que establece que «la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida»- de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (con rango normativo asimilado al de los tratados fundamentales de la Unión ex artículo 6.1 TUE), conforme al cual «con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes». Para el Comité Económico y Social Europeo los nuevos regímenes de renta mínima deberían ir acompañados de políticas generales y disposiciones específicas, como las políticas activas del mercado laboral, destinadas a ayudar a las personas sin empleo a reincorporarse en el mercado de trabajo, servicios de colocación, una gestión de las prestaciones y los programas relativos al mercado laboral, como la formación y la creación de empleo apoyadas por estrategias de activación adecuadas, para dar mayores oportunidades a las personas en busca de empleo. Son esenciales, asimismo, unos organismos eficaces de organización del mercado laboral, atención sanitaria y políticas de vivienda, así como servicios públicos asequibles y accesibles de gran calidad. El establecimiento de una renta mínima de inserción permitiría combatir la pobreza y ciertos niveles de desigualdad, e incluiría junto a las ayudas o subsidios económicos la aplicación de políticas activas de empleo, sin que, por tanto, entre en juego el prejuicio de que la medida pueda desincentivar la búsqueda de empleo por parte de los sujetos protegidos⁷. No ha de obviarse, que la caridad es, en verdad, una noble y hermosa virtud, grata al hombre y aprobada por Dios. Pero la caridad tiene que cimentarse sobre la justicia. No puede sustituir a la justicia. La

⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: «El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques», en AA. VV.: *La protección por desempleo en España*, Laborum, Madrid, 2015, p. 210.

caridad tan sólo tiene un efecto atenuante pero no resolutive de las injusticias⁸.

2. EL PROCEDIMIENTO APLICABLE AL MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DE EMPLEO Y SU PRIMERA ACTIVACIÓN

El reciente Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía, entre otras cuestiones, se encarga de regular el procedimiento aplicable al Mecanismo Red de Flexibilidad y Estabilización de Empleo. En efecto, dicha normativa ha venido a constituir el denominado Fondo RED, su financiación y el procedimiento aplicable del mecanismo, todo ello, con la idea de permitir a las empresas solicitar la suspensión de la relación laboral o la reducción de la jornada de trabajo.

Para sectores que han sufrido cambios estructurales y permanentes se debe adoptar medidas de transición y recualificación profesional con el objetivo de que puedan superar situaciones de dificultad estructural derivadas de cambios que se califican expresamente de permanentes, mediante las citadas medidas de flexibilidad en lugar de otras de carácter definitivo o traumático, como serían los despidos colectivos. Es necesario, asimismo, que tales empresas afectadas por la situación sectorial descrita puedan acceder a los beneficios en materia de Seguridad Social, previstos en la disposición adicional cuadragésima cuarta del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y que se apliquen las medidas de protección social de las personas trabajadoras, establecidas en la disposición adicional cuadragésima primera del mismo texto legal, para los expedientes de regulación temporal de empleo a los que resulte de aplicación el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

Es este el caso de las empresas pertenecientes al sector de las agencias de viaje que no han mostrado el mismo ritmo de desaceleración que otros sectores, conforme remitía la pandemia, y en donde de promedio todavía el 30 % del total de afiliados en esta rama se

⁸ GEORGE, H.: *La condición de trabajo*, 2.ª ed., trad. y prólogo de Baldomero Argente, Madrid, Francisco Beltrán, 1923, espec., pp. 110.

encuentran en un esquema de protección al empleo, frente al 2 % del resto de sectores. Este comportamiento, parece que no tiene tanto que ver con la evolución de la pandemia aunque haya sido acelerada por esta, sino con un cambio estructural que se está produciendo en el sector, lo que obliga a una respuesta temprana que permita proteger el empleo durante esta fase de transición y la recualificación profesional de las personas trabajadoras gracias a las previsiones expresamente recogidas en sendas disposiciones transitorias como fórmula necesaria, adecuada y proporcionada para dar solución a una situación concreta que de otra manera quedaría desprotegida.

Para hacer efectivo lo anterior se introducen en el real decreto-ley sendas disposiciones adicionales, una de acceso a los datos de los expedientes de regulación temporal de empleo por la Tesorería General de la Seguridad Social, el Servicio Público de Empleo Estatal y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y otra sobre la constitución del Fondo RED; así como tres disposiciones transitorias relativas al procedimiento aplicable al Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, la protección social de las personas trabajadoras y la cobertura transitoria de las necesidades de financiación del Mecanismo RED.

Sin perjuicio de anterior, localizamos la reciente Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de marzo de 2022, por el que se declara la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, de conformidad con el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para el sector de las agencias de viaje. En suma, el primer instrumento normativo que provoca la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo para el sector de las agencias de viaje.

El artículo 47 bis.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, establece como una de las modalidades del Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización la modalidad sectorial, cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de

las personas trabajadoras, con una duración máxima inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una.

Se acuerdo así la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo para el sector de las agencias de viajes, en su modalidad sectorial, de conformidad con el artículo 47 bis.1.b) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Por el presente Acuerdo, las empresas cuya actividad se clasifique en los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas -CNAE-2009- 7911, 7912 y 7990 a fecha 31 de marzo de 2022, podrán solicitar la aplicación de las medidas de reducción temporal de jornada y suspensión de contratos de trabajo propias del Mecanismo RED sectorial, entre el 1 de abril y el 31 de diciembre de 2022. El mecanismo permanecerá activado por el mismo periodo, perdiendo su vigencia y efectos el 31 de diciembre de 2022, con independencia de la fecha de la solicitud de la empresa.

3. OTRAS MEDIDAS URGENTES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES

Importante también es realizar una breve referencia al Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Este real decreto-ley se estructura en una parte expositiva y una parte dispositiva, conformada por dos artículos, siete disposiciones adicionales y trece disposiciones finales, destacándose el siguiente contenido.

En el artículo 1 se establecen exenciones en la cotización a favor de los trabajadores autónomos que hayan percibido alguna modalidad de prestación por cese de actividad al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, si bien se concreta su alcance a los meses de marzo, abril, mayo y junio de 2022, y se fijan los porcentajes de exoneración entre el 90 y el 25 por ciento, en función del mes de su aplicación.

Por medio del artículo 2 también se mantiene a partir del 1 de marzo de 2022 la prestación extraordinaria por cese de actividad para los trabajadores autónomos afectados por la suspensión de la actividad, la cual tendrá una duración máxima de cuatro meses, finalizando el derecho a la misma el último día del mes en que se acuerde el levantamiento de las medidas o el 30 de junio de 2022, si esta última fecha fuese anterior.

La disposición adicional primera contempla medidas para facilitar la transición a los nuevos expedientes de regulación temporal de empleo de los artículos 47 y 47 bis del Estatuto de los Trabajadores, estableciéndose la prórroga del ERTE vigente hasta el 31 de marzo de 2022.

La disposición adicional segunda determina los beneficios en materia de cotización a la Seguridad Social de los expedientes de regulación temporal de empleo referidos en la disposición adicional anterior.

Mediante la disposición adicional tercera se prorroga la vigencia del Plan MECUIDA y de las prestaciones y subsidios previstos en los artículos 2, 3 y 4 del Real Decreto-ley 32/2020, de 3 de noviembre, por el que se aprueban medidas sociales complementarias para la protección por desempleo y de apoyo al sector cultural.

Por su parte, la disposición adicional cuarta establece que, en el supuesto de empresas y de personas trabajadoras de las islas Canarias afectadas por la erupción volcánica registrada en la zona de Cumbre Vieja, se considerarán como situaciones de fuerza mayor a los efectos previstos en el artículo 47.5 del Estatuto de los Trabajadores, las situaciones declaradas como tales en virtud de las resoluciones de los expedientes de regulación temporal de empleo autorizados por la causa prevista en la disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre; sin que sea necesaria la tramitación de un nuevo expediente a estos efectos, aplicándose los beneficios en materia de protección por desempleo y cotizaciones previstos para las citadas situaciones.

La disposición adicional quinta regula la posibilidad de que las empresas, así como los trabajadores autónomos, afectados por la situación originada por la erupción volcánica iniciada el día 19 de

septiembre de 2021 en la zona de Cumbre Vieja de La Palma, se sigan beneficiando de medidas extraordinarias en materia de aplazamiento o moratoria en el pago de las cuotas de la Seguridad Social y los conceptos de recaudación conjunta.

La disposición adicional sexta prevé que, tanto las personas trabajadoras como los empleados y empleadas públicos que hubieran disfrutado de una reducción de jornada para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, de un menor a su cargo afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave y hayan visto extinguida dicha reducción de jornada por haber cumplido aquél dieciocho años de edad antes de la entrada en vigor de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, que elevó el límite de edad a 23 años, puedan volver a solicitar la reducción de jornada prevista.

A su vez, la disposición final primera modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, incluyendo una nueva disposición adicional cuadragésima sexta con la finalidad de asegurar la necesaria protección social de las personas trabajadoras en los expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor, causados o no por impedimentos o limitaciones derivadas de decisiones adoptadas por las autoridades competentes.

TRABAJO DOMÉSTICO Y DESEMPLEO: UNA CUESTIÓN DE IGUALDAD DE GÉNERO

JOSEFA ROMERAL HERNÁNDEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

1. CUESTIONES PREVIAS. 2. MARCO NORMATIVO DEL TRABAJO DOMÉSTICO. 3. LA COBERTURA POR DESEMPLEO: UN DERECHO PENDIENTE. 4. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO UNA CUESTIÓN DE IGUALDAD DE GÉNERO. 5. CONCLUSIONES.

1. CUESTIONES PREVIAS

El trabajo doméstico es una de las fuentes de empleo más importantes tanto por el número de trabajadores que ocupa¹, como por su contribución al funcionamiento general de la economía y la vida social². Factores sociales y demográficos como la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, el envejecimiento de la población y el aumento de la esperanza de vida, entre otros, han aumentado la

¹ La OIT en su informe sobre Trabajo doméstico, basándose en estadísticas oficiales, estima que los trabajadores domésticos alcanzaron los 52,6 millones. Puede verse documento en:

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_173363.pdf

² Según los datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social el número de afiliados a la Seguridad Social en febrero de 2022 se situó en 19 694 272 personas, de los cuales 378 285 lo son al Régimen especial de empleados del hogar, con una afiliación media. Pueden verse estadísticas en: <https://prensa.inclusion.gob.es/WebPrensaInclusion/noticias/seguridadsocial/detalle/4217>

demanda de esta actividad a lo largo de décadas en nuestro país³. Según un estudio de OIT, España es el país de Europa con mayor número de empleados domésticos, seguido de Francia e Italia⁴.

Ahora bien, a partir de 2012, las sucesivas crisis económicas y modificaciones legislativas inciden en las cifras de afiliados, que no en el empleo, lo que demuestra una tendencia al incremento del trabajo sumergido en este sector de actividad⁵. Según la encuesta de población activa en 2020 más de un 25% de la población activa dedicada al trabajo en el hogar realizaría su actividad en modo irregular⁶.

Sin embargo, a pesar de la importancia tanto social como económica de la profesión, es una de las formas más precarias, peor remuneradas y desprotegidas de empleo. Son muchos los países en los que los trabajadores domésticos han estado excluidos de la protección de la normativa laboral⁷, y en los que lo está, como en el nuestro, se hace de forma limitada en relación a otras categorías de trabajadores. Esta situación se debe a las particularidades que envuelven el trabajo doméstico y su consideración social:

1. El contenido del trabajo incluye una multiplicidad de tareas consideradas socialmente competencia de las mujeres (limpieza, comida, cuidado de niños, enfermos, anciano, etc.), lo que demuestra la alta feminización del sector. A nivel mundial la feminización alcanza el

³ De acuerdo con las encuestas de población activa (EPA), en 1995 el número de empleados domésticos era 355 000, esta cifra fue aumentando hasta situarse en 2008 en 748 000. El crecimiento se manifiesta hasta 2012, poniendo de relieve una subida entre 2011 y 2012 de 54 000 empleados.

⁴ Domestic workers across the world: global and regional statistics and the extent of legal protection, ILO, 2013, pp. 19, 24 y 35.

⁵ En 2015 la cifra de empleados afiliados a la Seguridad Social cae a 627 800, hasta situarse en 378 285 en febrero de 2022. Las variaciones absolutas acumuladas son de un -4,7% en 2017, -8,7% en 2018, -13,1% en 2019, y -21,4% en 2020.

⁶ Según los datos de las encuestas de población activa, en 2020 son 470 700 personas dedicadas al servicio doméstico, de los cuales solo 364 300 trabajadores se encontraban afiliados al Sistema Especial.

⁷ Según la OIT escasamente un 10% del total de trabajadores domésticos mundiales cuenta con una protección equiparable a la de otras categorías de trabajadores. IV informe sobre trabajo decente para los trabajadores domésticos, 99ª reunión, 2010.

88,7% de la población que lo ocupada, de las cuales el 8,6% son niña⁸, constituyendo una fuerza de trabajo dispuesta a la emigración en los países en desarrollo con escasas oportunidades de empleo. Estas circunstancias ponen de manifiesto la vulnerabilidad del colectivo que lo integra, expuesto a explotación y abusos en el desempeño del trabajo, e incluso tráfico ilegal de personas⁹. En España de los 381 200 trabajadores en alta laboral en el Sistema Especial de empleados del hogar en 2020, el 99% son mujeres¹⁰. Del total de trabajadores en alta en 2020, el 42% son extranjeras y de estos el 94% son mujeres¹¹.

2. La catalogación social de las tareas desarrolladas como propias de la mujer cualitativamente lleva asociada una desvalorización profesional. El trabajo doméstico se considera carente de valía económica, no generador de riqueza sino medio de satisfacción de necesidades familiares, lo que provoca vulnerabilidad económica de quien lo ejerce, con salarios bajos, en muchos casos invisible, y condiciones de trabajo precarias.

3. La prestación del trabajo en el domicilio del empleador, donde se desenvuelve la vida familiar y se desarrollan derechos fundamentales como la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, imprimen un halo de indemnidad a las condiciones de trabajo difícilmente controladas por la Autoridad Laboral. A ello se une que al desarrollarse la actividad en el círculo de convivencia familiar es difícil

⁸ Ver informe en: https://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/WCMS_617090/lang-es/index.htm

⁹ El preámbulo del Convenio 189 OIT sobre el trabajo doméstico, pone de manifiesto la infravaloración e invisibilidad del trabajo doméstico, y que lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de ellas migrantes, lo que las hace especialmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo, así como a otros abusos de derechos humanos.

¹⁰ Según el Anuario de Estadística laboral para 2020, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de los 381 200 trabajadores en alta del Sistema Especial 377 500 son mujeres. Ver en: <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2020/AFI/AFI.pdf>

¹¹ Según el Anuario de Estadística laboral para 2020, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de 161 533 trabajadores extranjeros afiliados y en alta en el régimen especial de Empleados de Hogar, 152 042 eran mujeres. Ver en: <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2020/AEX/AEX.pdf>

su organización como colectivo y el ejercicio de la actividad sindical, con la consiguiente ausencia de negociación colectiva. Lo que ha marcado el olvido tradicional de los sindicatos del colectivo.

4. El aislamiento, la invisibilidad y la precariedad puede incrementarse cuando el trabajo se desarrolla en régimen interno, en los que los límites de la jornada son más difusos, la valoración del alojamiento y la manutención pueden absorber una parte considerable del salario, y pueden incrementarse los riesgos psicosociales y el abuso sexual dada la dificultad de control y comunicación.

Teniendo en cuenta esta situación, la OIT se plantea la necesidad de integrar a estos trabajadores dentro de su objetivo fundamental de trabajo decente, y de proporcionar incentivos y orientación a los Estados miembros para facilitar el acceso a condiciones de trabajo dignas a este colectivo. Con este objetivo se aprueba el Convenio 189 y la Recomendación 201, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos¹², el cual establece un cuadro de derechos laborales básico y las actuaciones recomendadas para su consecución.

A nivel interno, aunque hemos avanzado en la regulación de derechos, la protección que nuestro ordenamiento jurídico brinda a las trabajadoras del sector tiene limitaciones y lagunas, como es la carencia de protección por desempleo, que inciden en la discriminación múltiple que soporta el colectivo. Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) nos ha proporcionado un pronunciamiento¹³ que puede cambiar de rumbo los derechos sociales del colectivo, con la consiguiente mejora de las condiciones de trabajo y la dignificación de una profesión tradicionalmente desvalorizada, pero imprescindible para el crecimiento social y económico.

2. MARCO NORMATIVO DEL TRABAJO DOMÉSTICO

La regulación de la protección social para los trabajadores domésticos no ha sido tarea fácil a través del tiempo. Los primeros seguros sociales hunden sus raíces en el mutualismo laboral. El Decreto

¹² Adoptados en la 100ª reunión de la Comisión Internacional del Trabajo celebrada el 16 de junio de 2011. Estos textos entran en vigor el 5 de septiembre de 2013.

¹³ Sentencia de 24 de febrero de 2022 (Sala Tercera), Asunto C-389/20.

de 17 de marzo de 1959¹⁴ constituyó el Montepío Nacional del Servicio Doméstico¹⁵. La Ley de Bases de 1963, segundo hito en la carrera de protección de estos empleados, en su apartado 10 e) contempló el Régimen Especial de los Servidores domésticos, regulado posteriormente por el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, bajo la denominación de Régimen Especial de Empleados de Hogar. Este Régimen pervivió durante más de cuatro décadas, hasta la Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (LAAMSS)¹⁶ que, en el marco del proceso de racionalización y simplificación del sistema, decidió transformar el Régimen Especial en Sistema Especial.

La primera modificación se había llevado a cabo por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de presupuestos Generales del Estado para 2011, que añade la disposición quincuagésima tercera a la Ley General de Seguridad Social, por la que se extiende desde el 1 de enero de 2011 la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Empleados de Hogar que hasta entonces estaban privados de ella. Paralelo en el tiempo la Ley 27/2011 -modificada por el RD-Ley 29/2012, de 28 de diciembre¹⁷, de mejora de la gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar- integra el Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar en el Régimen General, mediante un nuevo Sistema Especial. En la actualidad el Sistema Especial de empleados de hogar se encuentra regulado en la Sección 1ª del Capítulo XVIII del Título II de la LGSS, aprobada por RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre¹⁸, denominada «Sistema Especial para empleados de hogar».

¹⁴ BOE de 24 de marzo.

¹⁵ El decreto nace con la intención de proporcionar al colectivo las prestaciones establecidas en la Ley de 19 de Julio de 1944, que no había conseguido consolidarse. Esta Ley ordenó la constitución de un seguro total para el servicio doméstico, que gestionase todas las prestaciones de los seguros sociales que estaban vigentes, sin embargo, derivado de las reticencias con las que fue acogida la medida nunca vio la luz.

¹⁶ BOE de 2 de agosto.

¹⁷ BOE de 31 de diciembre.

¹⁸ BOE de 3 de octubre.

En consonancia con los avances en protección social, la disposición adicional trigésima novena del RD 27/2011 habilita al Gobierno para modificar la relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar. Con este fin se aprueba el RD 1620/2011, de 14 de noviembre¹⁹, que deroga el RD 1424/1985, de 1 de agosto, que regulaba la relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar. Puede decirse que la voluntad de ambas normas radica en la aproximación del régimen jurídico aplicable a estos trabajadores al común o general en materia laboral y de seguridad social, sin que en ningún caso se consiga plenamente, ya que las especiales diferencias que fundamentaban un trato diferenciado en la protección no desaparecen. A pesar de los cambios normativos operados, se mantienen diferencias que perpetúan la tradicional desprotección del colectivo, como es la exclusión de la protección por desempleo (que nos ocupa), prevención de riesgos laborales y Fondo de Garantía Salarial; lo que debilita la eficacia de los derechos sociales de estos trabajadores por cuenta ajena.

Paralelo en el tiempo se incorpora la actuación de la OIT en 2011 con la adopción del convenio 189 sobre trabajadoras y trabajadores domésticos, y la Recomendación 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos que lo complementa. Por lo que respecta a la protección social dirige un mandato a los Estados a fin de garantizar «condiciones no menos favorables que las aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive lo relativo a la maternidad». Este Convenio, que brinda una oportunidad para corregir la tradicional carencia de protección de estos trabajadores, tras mucha crítica por la doctrina y fomento desde instancias comunitarias promoviendo la adhesión, finalmente se encuentra en sus últimas fases de ratificación por España.

3. LA COBERTURA POR DESEMPLEO: UN DERECHO PENDIENTE

El acceso a un nivel adecuado de protección social es un derecho fundamental de todos los individuos reconocido por las normas

¹⁹ BOE de 17 de noviembre.

internacionales del trabajo y por Naciones Unidas²⁰. El derecho a la protección por desempleo está recogido en el artículo 41 de nuestra Constitución como un derecho general al establecer que «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo» (art. 41). En desarrollo del mandato el art. 264.1 de la LGSS establece que todos los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General están cubiertos por la protección contra el desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia. Al respecto, el art. 251 d) LGSS excluye la protección por desempleo a los empleados del hogar. En virtud de estos preceptos, la cobertura por desempleo de los trabajadores del hogar constituye una reivindicación histórica desde la doctrina más autorizada, que sigue pendiente de reconocimiento por el ordenamiento jurídico español. La ausencia de protección por desempleo pudo tener justificación en los orígenes de su regulación a través del RD 2346/1969, pero en la actualidad carece de justificación objetiva, puesto que estamos ante un colectivo de auténticos trabajadores por cuenta ajena, a los que se da un trato diferenciado en relación con otros trabajadores en sus mismas circunstancias laborales como son los cuidadores a domicilio contratados por empresas o instituciones públicas y teletrabajadores. Esta discriminación en la protección social, que hunde sus raíces en patrones de segregación laboral con fuertes connotaciones de género (señaladas más arriba), se presenta como uno de los déficit más importante de nuestro sistema de protección social en relación con el principio de igualdad entre mujeres y hombres²¹.

En la actualidad, los empleados del hogar son los únicos que, siendo trabajadores por cuenta ajena, quedan fuera del sistema de protección por desempleo en España [art. 251 d) LGSS]. Esta exclusión contrasta con la línea mantenida por nuestro ordenamiento jurídico de

²⁰ <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/social-protection/lang-es/index.htm>

²¹ *Vid.*, sobre este punto VILLAR CAÑADA, I.M., «Seguridad social e igualdad por razón de género tras la Ley 27/2011 de reforma de las pensiones: el Sistema Especial de Empleadas/os de hogar», *Relaciones Laborables*, núm. 18, 2011.

cobertura progresiva por desempleo a colectivos de trabajadores por cuenta ajena que han estado, o están incluidos en regímenes especiales²².

En su momento razones de oportunidad política ligadas a la situación económica en la que se llevó a cabo la reforma llevaron a no extender la protección por desempleo a los empleados del hogar. Consciente el legislador de la carencia, la propia norma dejó abierta la vía para que en un futuro la protección por desempleo se incluyera en el ámbito del SEEH, remitiendo la cuestión a la futura regulación de la relación laboral [DA 39ª, apartado 3f) de la Ley 27/2010]. En cumplimiento de esta remisión el RD1620/2011, que regula la relación laboral especial, en su D.A. 2ª vuelve a aplazar la protección por desempleo, previendo que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social constituya un grupo de expertos que estudie la viabilidad de la implantación de la protección, adaptado a las peculiaridades de la actividad que garantice el principio de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera.

El pronóstico del legislador se ha dilatado en el tiempo hasta la actualidad en que el colectivo sigue sin protección por esta contingencia. Como excepción, con motivo del Estado de Alarma derivado de la pandemia de la COVID-19, el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, reguló un subsidio extraordinario de desempleo para el colectivo de trabajadores domésticos, con el objeto de paliar coyunturalmente los efectos de la paralización económica. La medida finalizaría un mes después del fin de la vigencia de la declaración del Estado de Alarma (Disposición Final 12ª del Real Decreto-Ley 12/2020).

Las razones que tradicionalmente se han alegado desde los poderes públicos para su exclusión están relacionadas con las peculiaridades del empleo doméstico, fundamentalmente la dificultad que plantea el control del fraude, teniendo en cuenta la peculiaridad del centro de trabajo: el hogar familiar, dotado de protección a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio recogidos en el art. 18 de la CE. De otro lado se alega la dificultad de contabilizar las horas realmente trabajadas, a efectos de cotización vinculada al tiempo de

²² Así es en trabajadores agrarios, del mar, ferroviarios, jugadores de fútbol, representantes de comercio, minería del carbón, toreros y artistas.

trabajo y al salario. Como hemos señalado al principio del trabajo, más de un 25% de la población activa dedicada al trabajo en el hogar realizaría su actividad en modo irregular²³, y en muchos casos se trata de inmigrantes indocumentadas²⁴. A esto se une la falta de control que puede suponer sobre la decisión de extinción del contrato por desistimiento, que permite al titular del hogar familiar prescindir de la relación de empleo doméstico sin necesidad de alegar ninguna causa justa.

En este contexto, el Gobierno Español y la TGSS alegan que la exclusión responde a una medida de política social, dado que el incremento de las cargas y de los costes salariales resultantes del aumento de la cotización para cubrir la contingencia de desempleo podría traducirse en una disminución de las tasas de empleo en el sector, en forma de reducción de nuevas contrataciones y de extinción de contratos, así como en aumento del trabajo ilegal y fraude a la Seguridad Social, lo que en consecuencia puede llevar a una reducción de la protección de los trabajadores del sector²⁵.

Todas estas causas no parecen ser suficientes para justificar la falta de protección ante situaciones de desempleo y la diferencia de trato respecto de otros trabajadores por cuenta ajena, y así lo ha considerado el TJUE, al explicitar que la opción legal de exclusión de la prestación por desempleo «no parece aplicarse de manera coherente en comparación con otros colectivos de trabajadores que disfrutaban de esas mismas prestaciones pese a presentar características y condiciones análogas a las de estos trabajadores²⁶, y por tanto riesgos análogos en término [...] de fraude a la Seguridad Social y de [...] trabajo ilegal». Así pues, el Tribunal considera que la medida no parece necesaria para alcanzar los objetivos de política social pretendidos, y más bien genera

²³ Según los datos de las encuestas de población activa, en 2020 son 470 700 personas dedicadas al servicio doméstico, de los cuales solo 364 300 trabajadores se encontraban afiliados al Sistema Especial.

²⁴ *Vid.*, al respecto, D'SOUZA, A., *Camino del Trabajo decente para el personal del servicio doméstico: panorama de la labor de la OIT para la igualdad de género*, Ginebra, 2010, pág. 25.

²⁵ STJUE 24 de febrero de 22, C-389/20, apartados 53-56.

²⁶ Como los jardineros y conductores particulares o los trabajadores agrícolas y los trabajadores contratados por empresas de limpieza. STJUE 24 de febrero de 22, C-389/20, apartado 63.

una mayor desprotección del colectivo, que se traduce en una situación de desamparo social²⁷.

La exclusión a los empleados del hogar de la protección por desempleo no solo afecta a la carencia de rentas en caso de despido que no se repara desde el sistema, sino que tiene otros efectos colaterales tanto o más perniciosos a medio y largo plazo como son: la pérdida de cotización durante el tiempo de desempleo; las consecuencias sobre otras prestaciones que están supeditadas a la extinción del derecho a la prestación por desempleo como la incapacidad permanente o las ayudas sociales para mayores desempleados; la falta de participación en las medidas de intervención estatal destinadas a personas en situación de desempleo, y la no incorporación a programas de recolocación, formación o reinserción. Por otra parte, la falta de cobertura del desempleo tiene la consecuencia de que la interrupción de prestación o subsidio para dedicarse a la actividad de empleo doméstico no permite su reanudación. Por todo ello, es claro que la exclusión entraña una mayor desprotección social de los empleados del hogar, que se traduce, como bien argumenta el TJUE en una situación de desamparo social.

4. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO UNA CUESTIÓN DE IGUALDAD DE GÉNERO

La exclusión del derecho a desempleo, que hunde sus raíces en las particularidades que envuelven al trabajo doméstico y su consideración social, con fuertes connotaciones de género (señaladas más arriba), se presenta como uno de los déficit más importante de nuestro sistema de protección social en relación con el principio de igualdad entre mujeres y hombres²⁸.

El derecho a la protección social en igualdad ha sido reconocido tanto a nivel nacional como internacional. Recordemos el derecho a la igualdad del art. 14 de nuestra constitución en relación con el 41 relativo al derecho a la Seguridad Social para todos los ciudadanos, especialmente en caso de desempleo, que se corresponde con el art. 21

²⁷ STJUE 24 de febrero de 22, C-389/20, apartado 64.

²⁸ *Vid.*, sobre este punto VILLAR CAÑADA, I.M., «Seguridad social e igualdad por razón de género tras la Ley 27/2011 de reforma de las pensiones: el Sistema Especial de Empleadas/os de hogar», *Relaciones Laborables*, núm. 18, 2011.

de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe toda discriminación por razón de sexo, raza [...], y los artículos 12 y 23 de la Carta Social Europea, por los que todas las personas tienen derecho a la Seguridad Social en igualdad.

Más específicas, la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, en su artículo 4.1 establece que el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, [...] particularmente en lo relativo al ámbito de aplicación de los regímenes de Seguridad Social y las condiciones de acceso a los mismos. En la misma línea, la Directiva 2006/54 sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo, en su art. 5 b), prohíbe la discriminación directa o indirecta por razón de sexo en lo relativo a la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones. El art. 9.e) de esta Dir. considera contrario al principio de igualdad «establecer condiciones diferentes de concesión de prestaciones o reservar estas a trabajadores de uno de los sexos».

En el marco conceptual y teórico de la discriminación, para determinar si existe debemos acotar aquellas características individuales o grupales que puedan incidir o dar motivo a dicha discriminación. Siendo muchas las peculiaridades que en la vida social pueden dar lugar a dicha discriminación, en el caso del empleo doméstico, a pesar de tener los mismos derechos los hombres que las mujeres, en la práctica se trata de un sector casi totalmente feminizado (como se comprueba en las estadísticas y hemos puesto de manifiesto al inicio del estudio). Conforme la jurisprudencia consolidada del TJUE (sentencia 9 de febrero de 1999 C-167/97, caso Seymour-Smith), el mejor método para realizar la comparación de estadísticas a fin de determinar las diferencias de trato por una regulación, consiste en comparar por una parte las proporciones respectivas de trabajadores que reúnen y que no reúnen el requisito controvertido entre la mano de obra masculina y, por otra parte, las mismas proporciones entre la mano femenina. En el caso del empleo doméstico, en virtud de los datos estadísticos vemos que el

99% de los trabajadores en alta laboral en el Sistema Especial en 2020 son mujeres²⁹. Por consiguiente, la exclusión de las empleadas del hogar de la protección por desempleo puede suponer una discriminación indirecta por razón de sexo³⁰.

A pesar de que la doctrina a lo largo del tiempo ha venido denunciando la exclusión y se ha puesto como ejemplo de discriminación indirecta³¹, dada la notoria feminización del sector y su carácter deprimido con respecto al resto de sectores laborales, no ha sido reconocido el derecho ni la discriminación del colectivo de mujeres. En parte avalado por la STC de 20 de septiembre de 1993³², que negó, en relación con una infraprotección concreta, la vulneración del principio de igualdad sin analizar en profundidad la cuestión desde la perspectiva de la discriminación de sexo indirecta; criterio que ha seguido la jurisprudencia social nacional. Ello, unido a la falta de ratificación del Convenio 189 de la OIT que en su art. 14 prohíbe la exclusión de la protección por desempleo, ha permitido mantener la desigualdad hasta la fecha.

Afortunadamente parece que nos encontramos ante un cambio de rumbo gracias al pronunciamiento del TJUE de 24 de febrero de 2022, ante una cuestión prejudicial solicitada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo³³. La petición solicitaba al

²⁹ Según el Anuario de Estadística laboral para 2020, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de los 381 200 trabajadores en alta del Sistema Especial 377 500 son mujeres. Ver en: <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2020/AFI/AFL.pdf>

³⁰ El artículo 2.b) de la Dir. 2006/54, que recoge las definiciones, establece que se considera «discriminación indirecta»: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

³¹ *Vid.*, entre otros: SANZ SÁEZ, C., «La discriminación en contra de las empleadas de hogar como forma de manifestación de las discriminaciones múltiples», en *RDS* núm. 83, 2018.

³² Sentencia 268/1993 (Rec. 1165/1990).

³³ La consulta se relaciona con la demanda interpuesta por una empleada de hogar contra la TGSS que rechazó la cotización propuesta por la empleadora para que la trabajadora pudiera percibir, en su día, prestación por desempleo. Tras la negativa (...)

TJUE la interpretación de la Directiva 79/7/CEE, sobre igualdad en materia de seguridad social, para determinar si existía o no discriminación indirecta por razón de sexo, prohibida por la Directiva. Una vez analizado el caso el Tribunal concluye que: el artículo 4.1 de la citada Directiva debe interpretarse en el sentido de que «se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo».

Aunque el fallo contempla la posibilidad de que existan razones de política social que justifiquen, en virtud de factores objetivos, la desventaja de estas empleadas respecto del resto de personas trabajadoras en relación con la prestación por desempleo, como podría ser la lucha preventiva contra el fraude a la Seguridad Social en escenarios de economía informal elevada, considera que:

1.- La opción legislativa de excluir a los empleados de hogar de las prestaciones por desempleo no se aplica de forma coherente en comparación con otros colectivos de trabajadores que disfrutaban de esas mismas prestaciones pese a presentar características y condiciones de trabajo análogas a las de los empleados de hogar y, por tanto, riesgos análogos en términos de reducción de las tasas de empleo, de fraude a la seguridad social y de recurso al trabajo ilegal.

2.- En la medida en que esta exclusión entraña una mayor desprotección social de las empleadas del hogar, lo que genera una situación de desamparo social, la disposición cuestionada [art. 251 d) LGSS] sería desproporcionada, porque la supeditaría a la extinción de un derecho que impide el disfrute de otras prestaciones.

Así pues, tras este pronunciamiento del TJUE, que ha llevado a la reciente ratificación del Convenio 189, lo previsible es que en un futuro próximo el Gobierno de una respuesta reguladora y técnica que fije un régimen razonable que garantice las cotizaciones y, cuando se den los

de la Tesorería entendió discriminatoria la situación y, en consecuencia, decidió plantear la cuestión ante el TJUE.

presupuestos legales en condiciones de igualdad con el resto de los trabajadores por cuenta ajena, tengan derecho al disfrute de prestaciones por desempleo, tanto en el nivel contributivo como asistencial.

5. CONCLUSIONES

El trabajo doméstico es una de las fuentes de empleo más importantes por su contribución al crecimiento de la riqueza y bienestar social; sin embargo, sigue siendo uno de los empleos peor pagados y desprotegidos en nuestro ordenamiento jurídico. Ello se debe, entre otras, a la desvalorización social de las tareas que lo integran, consideradas tradicionalmente como de cometido de la mujer, carente de valía económica y en muchas ocasiones desarrollado por inmigrantes, lo que le añade un matiz más para la segregación.

La inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, junto con la extensión de las contingencias profesionales, sin duda ha supuesto un avance importante en el reconocimiento de derechos; sin embargo, sigue habiendo lagunas de protección necesarias de abordar para mejorar las condiciones de trabajo del colectivo y avanzar en la igualdad social.

Una de las grandes lagunas de protección es sin duda la cobertura de situaciones de desempleo ajenas al trabajador. Una reivindicación histórica pendiente de reconocimiento por el ordenamiento jurídico español, carente de justificación objetiva puesto que estamos ante un colectivo de trabajadores por cuenta ajena, a los que se da un trato diferenciado en relación con otros trabajadores en las mismas circunstancias laborales.

La desprotección frente al desempleo de las empleadas del hogar, que hunde sus raíces en las particularidades que envuelven al trabajo doméstico y su consideración social, con fuertes connotaciones de género, se presenta a su vez como un déficit importante de nuestro sistema de protección social en relación al principio de igualdad entre mujeres y hombres, contrario a los postulados de nuestra Constitución y Directivas Europeas relativas a la igualdad de trato.

A pesar de que hombres y mujeres tienen los mismos derechos en el sistema especial, la notoria feminización del sector implica que la exclusión de la protección por desempleo afecte mayoritariamente a las

mujeres lo que supone una discriminación indirecta por razón de sexo, contraria al art. 4 de la Dir 79/7CEE, sobre igualdad en materia de seguridad social; y así lo determina el TJUE en su Sentencia de 24 de febrero de 2022.

La exclusión de la cobertura, además de la carencia de rentas en caso de despido, tiene efectos colaterales a medio y largo plazo que profundizan la desprotección social y desigualdades de las mujeres, como son la pérdida de cotización durante el tiempo de desempleo que repercute en las pensiones; el acceso a prestaciones supeditadas a la extinción de la prestación por desempleo como ayudas para mayores desempleados; o la falta de participación en las medidas de intervención estatal destinadas a personas en situación de desempleo, incorporación a programas de recolocación, formación o reinserción.

Tras el pronunciamiento del TJUE, esperamos que en un futuro próximo el Gobierno dé una respuesta reguladora y técnica adecuada que garantice las cotizaciones ajustadas al salario real percibido y, cuando se den los presupuestos legales en condiciones de igualdad con el resto de los trabajadores por cuenta ajena, tengan derecho al disfrute de prestaciones por desempleo, tanto en el nivel contributivo como asistencial.

La reciente ratificación del Convenio 189 de la OIT, el 9 de junio, permitirá avanzar en las deficiencias de protección del sector, ya que todas se encuentran recogidas como medidas necesarias a implementar por los Estados para dignificar la actividad: Protección por desempleo, la no discriminación por razón de sexo, prevención de riesgos laborales, realización de inspecciones de trabajo eficaces, entre otras.

UN PASO MÁS EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DE LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ISABEL MARÍA ROMERO LUCAS

Teniente Coronel Auditor del Cuerpo Jurídico Militar

Doctora por la Universidad Rey Juan Carlos

1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. LA CONVERGENCIA DE LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE FUNCIONARIOS CON EL régimen GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL. 2.1. Situación de partida. 2.2. La integración en el RGSS de los funcionarios públicos a partir del 1 de enero de 2011. 2.3. El definitivo traspaso de competencias de la gestión de las pensiones de Clases Pasivas. 3. CONCLUSIONES.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El devenir histórico de la previsión social en nuestro país, generó la estructura dualista y fragmentada de nuestro sistema de Seguridad Social, que ha permitido la perpetuación de regímenes especiales que otorgan protección a determinados colectivos profesionales. La especialidad de los regímenes especiales radica en la existencia de una regulación propia y distinta para determinados colectivos en la acción protectora, en las prestaciones, en la gestión y en el modo de financiación, que se traduce a veces en privilegios y otras en infraprotección. Su existencia fue criticada abiertamente por la doctrina

que, ya desde la Ley de Bases de Seguridad Social, los consideró contrarios a las directrices de un sistema de Seguridad Social moderno¹.

La evolución de la previsión social hacia la Seguridad Social no cuestionó, en lo esencial, la pervivencia de los vetustos sistemas de protección social de los funcionarios públicos, a la par que se fueron creando Regímenes especiales para distintos colectivos de trabajadores. A partir de la promulgación de nuestra Constitución de 1978 comenzó a cuestionarse la adecuación de tales regímenes particulares a los postulados derivados del principio de igualdad proclamado por el art. 14 del texto constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional justificó reiteradamente la existencia de Regímenes Especiales de Seguridad Social, «*por las peculiaridades socioeconómicas, laborales, productivas o de otra índole que concurren*»², admitiendo una regulación diferente para una misma contingencia entre regímenes si está justificada, y conforme a los principios de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad así como diferentes formas de valoración y protección

¹ Por todos, VIDA SORIA, J., «Régimen General y Regímenes Especiales en el Sistema de Seguridad Social Española», en *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 3, Madrid, 1972, págs. 51 ya criticaba su perpetuación que, en su opinión, obedece «*bien a un privilegio, bien a una pura inercia burocrática que no es capaz de levantar su punto de mira*», y que, en todo caso, «*refleja una debilidad del poder que no está en disposición de enfrentarse con el «statu quo», o que, por razones ideológicas, no quiere hacerlo*».

² Así, la STC 268/1993 señalaba que «*Ciertamente, constituye doctrina consolidada de este Tribunal que el artículo 14 de la CE en principio no alcanza a corregir las desigualdades existentes entre los distintos Regímenes que integran la Seguridad Social. La articulación del sistema en un Régimen General y diversos Regímenes Especiales se justifica por las peculiaridades socioeconómicas, laborales, productivas o de otra índole que concurren (STC 173/1988 y AATC 78/1984, 112/1984, 123/1984, 460/1984, 94/1985, 552/1985, 590/1985, 987/1986, 1379/1987, 1015/1988, 241/1989, 341/1989 y 38/1995). Sin embargo, las SSTC 39/1992, 184/1993, han precisado que esta doctrina no puede aplicarse de manera automática a todos los supuestos de confluencia o concurrencia de regímenes jurídicos dispares, porque ello equivaldría a dejar al arbitrio del legislador o del Gobierno la eficacia del principio de igualdad...; debe irse más allá del dato puramente formal de la diversidad de ordenamientos jurídicos y comprobar si desde una perspectiva material esa diversidad responde a diferencias reales que, por ser objetivas, razonables y congruentes, constituyen suficiente justificación del tratamiento desigual....*».

de las incapacidades, lo que traslada la cuestión al terreno del legislador ordinario³.

En el ámbito de la política del Derecho de la Seguridad Social y en la lógica del artículo 41 CE, la creación de regímenes especiales debe ser siempre una medida excepcional, pues entra en contradicción con los principios de una Seguridad Social evolucionada basada en la búsqueda de la homogeneidad y solidaridad del colectivo protegido. De ahí la consagración del principio de tendencia a la unidad del Sistema afirmado de modo generalizado⁴.

El fenómeno disgregador ha estado históricamente vinculado a la fuerza expansiva del encuadramiento subjetivo en la Seguridad Social debida a la creciente complejidad de organización de una población ocupada en muy diversas actividades. Pero también la disgregación de la protección obedece a cuestiones técnicas motivadas por razones de política legislativa, vinculadas a una opción por la diferenciación de tutelas, modos de organización y gestión del colectivo protegido⁵.

Lo cierto es que la simplificación y racionalización del Sistema de Seguridad Social ha sido una de las preocupaciones principales dentro del proceso reformista de nuestra Seguridad Social. El Pacto de Toledo,

³ SSTC 268/1993, de 20 de septiembre, 377/1993, de 20 de diciembre y 38/1995, de 13 de febrero.

⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., «Proceso de convergencia e integración de los regímenes de seguridad social: significación y aspectos críticos», en *Temas Laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 112/2011, pág. 97, afirma que reconocer ese carácter excepcional no priva de legitimidad a la creación de regímenes especiales siempre que se evite la «normalización» de esa práctica capaz de determinar verdaderos y propios «estatutos de grupos» que conlleven la ruptura de la unidad del Sistema.

⁵ En opinión de LÓPEZ GARCÍA, J., «La convergencia entre regímenes de Seguridad Social», *Temas Laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 81/2005, pág. 210, el planteamiento de la convergencia de regímenes, aun siendo necesario, no es una cuestión fundamental para abordar los problemas coyunturales o demográficos del sistema de Seguridad Social. Si acaso es importante por exigencias constitucionales, para el complejo juego del principio de igualdad y de equidad en esta materia y para evitar privilegios o injusticias, agravios comparativos en la estructura actual del modelo profesional de Seguridad Social. Pero también para hacer más transparente el esfuerzo solidario de los distintos colectivos en que se basan los sistemas contributivos de Seguridad Social.

ya desde su redacción originaria de 1995, y de manera continuada en sus revisiones de 2003, 2007 y, 2011, contempla, como una de las recomendaciones principales, la búsqueda de la simplificación e integración de los regímenes especiales en la dirección de alcanzar sólo dos regímenes: uno que protegiera a los trabajadores por cuenta ajena y, otro, a los trabajadores por cuenta propia.

Si bien es cierto que el legislador español nunca ha renunciado a la tradicional aspiración de unidad y homogeneidad del Sistema, ese objetivo se plantea a largo plazo y de forma matizada o condicionada. Con esta finalidad, además de promover la equiparación entre Regímenes, se ha fomentado la puesta en marcha de diferentes procesos de integración gradual o progresiva entre Regímenes. Paralelamente, las medidas de reforma de determinadas prestaciones, o, en general, de diversos aspectos del régimen jurídico de la Seguridad Social, se han venido refiriendo deliberadamente al «Sistema de Seguridad Social», y no sólo al Régimen General, de modo que relevantes ámbitos de la ordenación normativa ya son comunes a prácticamente todos los Regímenes⁶. Esta evolución es más coherente con las previsiones constitucionales ex art. 41 CE y el conjunto de valores constitucionales, que no se compadece bien con diferencias en las prestaciones por las mismas contingencias entre los colectivos protegidos por distintos regímenes.

Actualmente, la cláusula de cierre de la ordenación legal de los Regímenes Especiales la proporciona el artículo 10 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS, en adelante), que continua justificando su existencia en *«aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciera preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social»*.

Del citado artículo 10 se constata el carácter todavía incompleto del proceso de convergencia e integración de regímenes, pues todavía pesan singularidades importantes, y lejos de cristalizar en dos grandes

⁶ Un análisis detallado de este proceso puede verse en CABEZA PEREIRO, J., en «Convergencia entre regímenes», *Temas Laborales* núm. 66/2002, pág. 46 y siguientes.

regímenes públicos (de trabajadores por cuenta ajena y de trabajadores autónomos), aún subsisten regímenes especiales de trabajadores del mar, de estudiantes y, sobre todo, los de funcionarios públicos, civiles y militares. Asimismo, se mantiene el reforzamiento legal de la tendencia hacia la homogeneidad con el Régimen General de la Seguridad Social (en adelante, RGSS), como paradigma y eje referente del Sistema de Seguridad Social en su conjunto, que se consagra y reitera en los apartados 3, 4 y 5 del citado precepto de la vigente LGSS.

Y lo que es más significativo: se habilita al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, para proceder a la integración en el Régimen General de cualquiera de los regímenes especiales correspondientes a los grupos que se relacionan en el apartado 2 del art. 10 LGSS, a excepción de los que han de regirse por leyes específicas (es decir, los de trabajadores del mar y los de funcionarios públicos, civiles y militares), siempre que ello sea posible atendiendo a las peculiares características de los grupos afectados y el grado de homogeneidad con el Régimen General.

Es cierto que la fragmentación de la protección en los llamados Regímenes especiales de Seguridad Social presenta actualmente una cierta regresión limitada, pero significativa. Ello obedece a tres motivos fundamentales. El primero es la revalorización del principio de igualdad y no discriminación que impone la eliminación de diferencias en los diversos aspectos de la protección social (asistencia sanitaria, pensiones mínimas, etc.). El segundo, es la constatación de que desde el punto de vista económico-financiero, la fragmentación de los colectivos asegurados genera problemas de gestión ya casi insostenibles. Y el tercer motivo obedece al hecho constatado de que para organizar las estrategias reformistas de racionalización y de contención conviene igualar y homogeneizar a los sujetos protegidos, integrándolos dentro de dos grandes regímenes de Seguridad Social: de una parte, en el Régimen General de trabajadores por cuenta ajena (que podría permitir la inclusión también de los regímenes funcionariales actuales, aunque

con sus correspondientes peculiaridades y especificidades), y de otra, en el Régimen General de Trabajadores Autónomos⁷.

2. LA CONVERGENCIA DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE FUNCIONARIOS CON EL RÉGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL

2.1. Situación de partida

Los Regímenes de Seguridad social de los funcionarios públicos se han considerado siempre un mundo aparte, no solo en relación con los trabajadores del sector privado, sino incluso con respecto a los colectivos de funcionarios que desde los años ochenta se fueron integrando en el RGSS, como los de la Administración Local o de las Comunidades Autónomas, o los que ya lo estaban, como el personal estatutario, los funcionarios de la Seguridad Social o los propios trabajadores del sector público. Por ello han permanecido siempre al margen de los debates sobre viabilidad del Sistema de Seguridad Social que arranca de los Pactos de Toledo.

Todo ello ha generado en parte de la doctrina serias dudas acerca de la propia naturaleza de estos Regímenes especiales, considerándolos ajenos al Sistema de Seguridad Social. Y ello pese a que las tres Leyes reguladoras de las tres Mutualidades administrativas califican al mecanismo mutualista que, respectivamente, regulan, como «Seguridad Social», y, por su parte, el Reglamento General del Mutualismo Administrativo establece que el denominado Régimen del Mutualismo Administrativo es *«el mecanismo de cobertura del Régimen especial de Seguridad Social»* (art. 2 del RGMA)⁸.

⁷ En esta dirección, el Informe de evaluación de los resultados del Pacto de Toledo de 2003 señaló que *«debe impulsarse la labor de simplificación en orden a la existencia futura de dos grandes regímenes en los que queden encuadrados, por un lado, los trabajadores por cuenta ajena y, por otro, los trabajadores por cuenta propia»*.

⁸ Por ello LÓPEZ GANDÍA, J., en ob.cit, pág. 224 opina que, mientras que el Mutualismo se configura como parte de nuestro sistema de Seguridad Social, es más dudosa la integración en el mismo del Régimen de Clases Pasivas del Estado, que, aunque también se concibe como mecanismo de cobertura, tiene unas peculiaridades prestacionales, financieras y de gestión que lo alejan de las normas que rigen en el sistema de Seguridad Social. Por su parte MONEREO PÉREZ, J. L., en «Proceso de (...)

La verdad es que, en las reformas que se han ido efectuando respecto a determinadas prestaciones en la Seguridad Social, como maternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia, prestaciones familiares, etc. los regímenes de funcionarios se han considerado un régimen especial más. Pero, la extensión a dichos regímenes de las nuevas regulaciones no se ha efectuado través de la vía de la disposición adicional 8ª o de la 11ª bis de la precedente LGSS, sino que se ha llevado a cabo mediante la elaboración de normas propias, lo que según algunos autores confirmaría su carácter de regímenes «periféricos» del Sistema.

La justificación de la existencia de un sistema de protección de riesgos sociales específico para los funcionarios públicos del Estado, tanto civiles como militares, ha sido siempre cuestionada por la doctrina, poniendo el acento, principalmente en el hecho de que la transferencia de nuevas competencias a las CCAA ha propiciado que el número de funcionarios estatales se haya reducido, por lo que en consecuencia, subsiste un mecanismo particular de protección social solamente para un tercio del total de funcionarios públicos.

Lo cierto es que la fragmentación en los sistemas de protección social, fruto de un largo proceso de evolución histórica, tanto entre los propios empleados públicos como respecto de los demás trabajadores por cuenta ajena, cada vez resulta más difícil de justificar⁹. No parece razonable que unos funcionarios se encuentren amparados por el Régimen General, y otros en los Regímenes especiales, con diferente regulación, prestaciones, financiación y gestión¹⁰. Se cuestiona

convergencia e integración de los regímenes de seguridad social: significación y aspectos críticos», ob.cit., pág. 126-127, sostiene que no cabe ninguna duda de que la Seguridad Social de los funcionarios públicos es verdadera Seguridad Social en el sentido del art.41 CE, aparte de que su regulación normativa específica vigente la autocalifique de Seguridad Social. En este sentido considera que el art. 41 CE es una norma directiva que contiene la orientación político-jurídica hacia la unificación institucional de la Seguridad Social.

⁹ Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *La Seguridad Social de los Empleados, Cargos y Servidores Públicos*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 91.

¹⁰ En este sentido Vid, ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Madrid, 1988; GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J. L., en *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Madrid, 1997, edit. Marcial Pons; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, Mª Á. «La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los (...)»

especialmente el privilegio que mantiene la protección mutualista en el ámbito de la asistencia sanitaria que permite la gestión por entidades privadas de asistencia sanitaria¹¹.

Todo ello ha determinado que la doctrina mayoritaria haya venido reclamando la necesidad de dar pasos firmes en el proceso de convergencia gradual de los regímenes de protección social funcionariales hacia un gran Régimen general de Seguridad Social, para lo que como premisa ineludible era su inclusión en la dinámica de la reforma de las pensiones y de su instrumento político-social fundamental: el Pacto de Toledo y sus sucesivas Revisiones.

2.2. La integración en el RGSS de los funcionarios públicos a partir del 1 de enero de 2011

En el proceso dirigido a alcanzar la máxima homogeneidad y suprimir las diferencias existentes entre el RGSS y el Régimen de Clases Pasivas del Estado, la Disposición adicional sexagésima segunda de la Ley 2/2008, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, ordenó al gobierno para que, previa negociación con las organizaciones sindicales en la Mesa del Dialogo Social existente para el seguimiento y desarrollo del Pacto de Toledo, propusiese las medidas legales necesarias en orden a continuar el proceso de armonización del Régimen de Clases Pasivas del Estado con el RGSS.

Con este objetivo, un paso decisivo en la tendencia hacia la reconducción de los Regímenes funcionariales hacia el Régimen General, tuvo lugar con el Real Decreto ley 13/2010, de 3 de diciembre, de Actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y el empleo, cuyo artículo 20 acuerda la inclusión, a efectos de pensiones, en el RGSS de los funcionarios públicos y de otro personal

sistemas privados de pensiones», RDS núm. 25/2004; y, BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M^a Á., en *Los regímenes especiales de la Seguridad Social*, 4^a edición, Tirant, Valencia, 2005.

¹¹ Algunos autores defienden la extensión a todos los trabajadores de esta forma de prestar la asistencia sanitaria, como TORTUERO PLAZA, J. L. y PANIZO ROBLES, J. A., *Estructura del sistema de Seguridad Social. Convergencia de regímenes*, Fundación Alternativas, Madrid, 2003, pág. 51 y siguientes, y LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M^a Á., en ob.cit.

de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011, lo que supone el inicio del fin del sistema de clases pasivas¹².

La justificación la encontramos en el apartado IX de su exposición de motivos, que establece como objetivo *«simplificar y armonizar los actuales sistemas de pensiones públicas, y lo que en el contexto actual es más relevante, se incrementa el número de cotizantes a la Seguridad Social, y, en consecuencia, los ingresos de la Tesorería General de la Seguridad Social, lo que proporcionará una mayor estabilidad del sistema público de protección social, mediante un único sistema contributivo y de reparto de las pensiones»*.

Sin embargo, el objetivo de alcanzar un único sistema contributivo y de reparto de las pensiones no parecía alcanzarse con la previsión contenida en el artículo 20 de dicho Real Decreto ley, al afectar la integración exclusivamente a los funcionarios ingresados a partir del 1 de enero de 2011, poniendo de manifiesto, por el contrario un evidente un ánimo recaudatorio, al afectar la integración solo a las pensiones y no a todas las prestaciones del sistema, como sí ocurrió con la integración en el Régimen General de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local¹³.

¹² «Artículo 20. Inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los funcionarios públicos y de otro personal de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011.

Uno.

1. Con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, el personal que se relaciona en el artículo 2.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, excepción hecha del comprendido en la letra i), estará obligatoriamente incluido, a los exclusivos efectos de lo dispuesto en dicha norma y en sus disposiciones de desarrollo, en el Régimen General de la Seguridad Social siempre que el acceso a la condición de que se trate se produzca a partir de aquella fecha.

2. La inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social del personal a que se refiere el apartado anterior respetará, en todo caso, las especificidades de cada uno de los colectivos relativas a la edad de jubilación forzosa, así como, en su caso, las referidas a los tribunales médicos competentes para la declaración de incapacidad o inutilidad del funcionario».

¹³ Algunos autores señalan que al afectar la integración exclusivamente a los funcionarios que ingresen a partir del 1 de enero de 2011 y no a la totalidad, más que pretenderse una integración plena que garantice un único sistema contributivo y de reparto a las pensiones, pone de manifiesto, un ánimo recaudatorio, limitándose además la integración a las pensiones, y no a todas las prestaciones del sistema, como sí se llevó a cabo con el Real Decreto 480/1993, de 2 de abril por el que se integró en el Régimen General de la Seguridad Social, el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local. En este sentido se (...)

No es de extrañar que la decisión de suprimir progresivamente el Régimen de Clases Pasivas se adoptase en un contexto de crisis económica severa, y en medio de un profundo debate sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones, teniendo en cuenta el aumento de la esperanza de vida y el consiguiente número de pensionistas, unido al bajo crecimiento demográfico, entre otras causas.

Pocos años después, la LGSS confirma en su Disposición adicional tercera, la definitiva inclusión de los funcionarios públicos y de otro personal de nuevo ingreso en el RGSS.

Esta evolución normativa demuestra la decidida intención del legislador de realizar gradualmente la opción de política legislativa encaminada a establecer una estructura dualista de regímenes de Seguridad Social: un Régimen General de Trabajadores por cuenta ajena (en sentido amplio, comprendiendo a los trabajadores asalariados y a los funcionarios públicos, en calidad de empleados), y un Régimen General de Trabajadores por cuenta propia o autónomos (comprensivo de todos los trabajadores autónomos con independencia de su tipología y de las actividades profesionales desplegadas en calidad de autoempleo).

Con ello se pretende ganar en coherencia y equidad, en línea con el pensamiento mayoritario de la doctrina científica que no encuentra justificación a la pervivencia de regímenes particulares para determinados colectivos. No obstante, como advierten algunos autores, dicho proceso de convergencia debe tender a crear una estructura interna homogénea pero con arreglo a criterios racionales, una «*unidad en la diversidad*» en cuyo interior coexistan las peculiaridades lógicas y necesarias de acuerdo con los principios que informan todo el Sistema de Seguridad Social¹⁴.

De entrada, dicha integración no afecta a las prestaciones de incapacidad temporal, maternidad y paternidad¹⁵, riesgo durante el

pronuncia DE TORRES DIEZ-MADROÑERO, P., «La integración en el régimen general de la Seguridad Social de los funcionarios públicos a partir del 1 de enero de 2011: Diferencias destacables con el Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 104, Madrid, 2013, pág. 122.

¹⁴ Es de esta opinión MONEREO PÉREZ, J. L., en ob.cit., pág. 115.

¹⁵ La maternidad y la paternidad constituye para el funcionario protegido por el Mutualismo Administrativo un permiso retribuido y no una prestación de (...)

embarazo, riesgo durante la lactancia natural, las indemnizaciones por acto de servicio, la asistencia sanitaria y la prestación farmacéutica, que seguirán rigiéndose por las normas del Mutualismo Administrativo. Únicamente afecta a las prestaciones de jubilación, invalidez en sus diferentes modalidades y a las prestaciones de viudedad, orfandad y a favor de familiares.

Por otra parte, quedan excluidos de la integración en el RGSS los ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación, los ex Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado, los ex Presidentes del Tribunal Supremo, los ex Presidentes del Consejo General del Poder Judicial, los ex Presidentes del Tribunal Constitucional, los ex Defensores del Pueblo y Fiscales Generales del Estado, que adquieran tal condición a partir del 1 de enero de 2011, cuyo régimen de Seguridad Social seguirá rigiéndose por las normas de Clases Pasivas del Estado.

Además de las diferencias existentes en la regulación de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas y las que otorga el RGSS, tanto en los requisitos como en las cuantías, la integración en el Régimen General a partir del 1 de enero de 2011 de los funcionarios de nuevo ingreso implica cambios, tanto en la cotización del funcionario, como en la aportación del Estado.

Y es que la integración ha supuesto un cambio en el modelo de financiación, al pasar de una financiación presupuestaria a una financiación contributiva, donde, tanto la aportación del Estado como la cotización del funcionario no se efectúa en función del haber regulador fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, sino de las retribuciones realmente percibidas por el trabajador. Ello implica una mayor carga contributiva, dado que el haber regulador fijado por la Ley de Presupuestos de cada año es inferior a las retribuciones realmente percibidas, lo que supone un incremento de gasto para la Administración y un mayor coste para el trabajador que verá incrementada considerablemente el importe mensual de la aportación que deberá realizar.

Seguridad Social de conformidad con el art. 49 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

De esta manera, el personal integrado en el RGSS, cotizará de conformidad con su salario real, con un tope máximo de base de cotización fijada para grupo de cotización en cada ejercicio económico por la Ley de Presupuestos Generales del Estado y recogido además en la Orden anual de cotización que al efecto se dicte por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Dicho tope excede en exceso del fijado para los funcionarios que permanecen en el Régimen de Clases Pasivas que, como se ha indicado, se encuentra determinado por el haber regulador fijado anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos.

Pero además de soportar un tope de cotización superior, los que se integran en el RGSS han de soportar, además, una segunda cotización, que viene determinada por la obligación de mantener la cotización al mutualismo administrativo, ya que la integración en el RGSS es parcial, afectando solo a la protección por jubilación, invalidez, viudedad y orfandad, manteniendo la cobertura del resto de las contingencias a través del mutualismo administrativo.

En conclusión, la integración supone un mayor sacrificio económico para el funcionario integrado el Régimen General al que le resultará más costosa la cobertura de las pensiones que a sus compañeros de carrera profesional que continúan percibiéndolas por el Régimen de Clases Pasivas¹⁶.

2.3. El definitivo traspaso de competencias de la gestión de las pensiones de Clases Pasivas

Un paso trascendental en el proceso de convergencia e integración de los Regímenes especiales de funcionarios en el RGSS, tuvo lugar con la publicación del Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, sentando las bases para la atribución de la gestión del régimen de clases pasivas al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, al atribuir en su artículo 22 a

¹⁶ DE TORRES DIEZ-MADROÑERO, P., «*La integración en el régimen general de la Seguridad Social de los funcionarios públicos a partir del 1 de enero de 2011 (...)*», ob.cit., efectúa un interesante estudio comparativo de las cotizaciones y de las pensiones de los funcionarios que han permanecido en el Régimen de Clases Pasivas y de las de aquellos que se han integrado en el Régimen General de la Seguridad Social por haber ingresado a partir del 1 de enero de 2011.

dicho departamento ministerial la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de clases pasivas¹⁷.

Poco después, el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, suprime en su artículo 4 la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas en el Ministerio de Hacienda, a la vez que crea otra Dirección General, pero solo de Costes de Personal.

El toque de gracia se dio durante la situación de estado de alarma motivado por la COVID-19, mediante la publicación del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, cuya disposición adicional sexta atribuye la gestión del régimen de clases pasivas, hasta entonces atribuida a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda (a la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, en el caso de los funcionarios militares), al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), entidad gestora de la seguridad social adscrita al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, a partir de la fecha que se determine en el real decreto por el que se desarrolle la estructura orgánica básica del referido departamento ministerial¹⁸.

En este sentido, el Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, había establecido como fecha para hacerse efectiva la adaptación normativa el 6 de octubre de 2020 (disposiciones adicional tercera y transitoria segunda .6).

No obstante, el Tribunal Constitucional, por Sentencia 111/2021, de 13 de mayo de 2021 (Recurso de inconstitucionalidad 2295-2020), declaró

¹⁷ Artículo 22.1 del Real Decreto 2/2020, de 12 de enero dispone: «Artículo 22.1: Corresponde al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de Seguridad Social y clases pasivas, así como la elaboración y el desarrollo de la política del Gobierno en materia de extranjería, inmigración y emigración y de políticas de inclusión».

¹⁸ En este sentido, el Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, había establecido como fecha para hacerse efectiva la adaptación normativa el 6 de octubre de 2020 (disposiciones adicional tercera y transitoria segunda.6).

inconstitucionales y nulas las disposiciones adicionales sexta y séptima, la disposición transitoria segunda y la disposición final primera del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, al no apreciar «la extraordinaria y urgente necesidad» que pudiera justificar el empleo del decreto-ley para llevar a cabo la regulación contenida en las disposiciones impugnadas por la circunstancia de la declaración del estado de alarma, en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para hacer frente a la crisis sanitaria provocada por la pandemia de COVID-19. En este sentido, entiende el TC que nada impedía al Gobierno haber presentado un proyecto de ley que abordase las modificaciones legislativas del régimen de clases pasivas necesarias para acomodarlo a la decisión de traspasar su gestión al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, prevista en el Real Decreto 2/2020, de 12 de enero (Fundamento jurídico 7).

Si bien, el TC con el fin de evitar el vacío normativo que se produciría en cuanto a la gestión del régimen de Clases Pasivas, establece una excepción a la nulidad inmediata que, como regla y de acuerdo con el art. 39.1 LOTC, sigue a un pronunciamiento de inconstitucionalidad, *«para atender adecuadamente a otros valores con trascendencia constitucional, como lo son en este caso los derechos de los beneficiarios de las prestaciones del régimen de clases pasivas. Estos podrían experimentar un perjuicio si las disposiciones del Real Decreto-ley 15/2020 declaradas inconstitucionales fueran asimismo anuladas de forma inmediata»*. Por ello, difiere la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad hasta el 1 de enero de 2022 *«a fin de que antes de que expire ese plazo se pueda proceder a sustituir la regulación declarada inconstitucional y nula (por incumplimiento del presupuesto habilitante del art. 86.1 CE) por la regulación legal pertinente»* (Fundamento jurídico 8).

Dicha regulación legal se ha llevado finalmente a cabo por la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, que consagra la definitiva atribución de la gestión de las prestaciones del Régimen de Clases Pasivas al INSS, si bien contempla en su Disposición transitoria tercera un régimen transitorio atribuyendo temporalmente la gestión a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social hasta que se culmine el proceso de adaptación de la gestión administrativa, contable, presupuestaria y financiera que permita la asunción definitiva de la gestión por el INSS.

3. CONCLUSIONES

No cabe duda de que la atribución de la gestión de las prestaciones del Régimen de Clases Pasivas al INSS representa un paso decisivo en el proceso de simplificación y homogenización entre los distintos regímenes públicos de Seguridad Social, que obedece a una razón de eficiencia en la gestión, pero también responde a la búsqueda de la equidad y homogeneidad de la protección social de la población, reforzando el criterio legal de generalizar el tratamiento protector otorgado actualmente por el RGSS como ideal de cobertura y referente del proceso reformista.

No obstante, el mantenimiento de la protección social que otorga el mutualismo administrativo, que sigue vigente y al cual siguen cotizando los funcionarios que hayan ingresado a partir del 1 de enero de 2011, permite hablar de un sistema mixto de protección al que pertenecerán dicho grupo de funcionarios, que deberán cotizar al RGSS para percibir las pensiones de dicho Régimen, al mismo tiempo que seguirán cotizando a su correspondiente Mutualidad para poder acceder a las prestaciones que otorga su acción protectora.

Declarada formalmente la extinción del régimen de Clases Pasivas, con las excepciones que hemos visto, quizá haya llegado el momento de plantearse la justificación de la supervivencia del Mutualismo administrativo que únicamente ampara a un pequeño colectivo de funcionarios de nuestro país. Con todo, es indudable que el proceso de integración de los funcionarios en el RGSS, en toda su amplitud de cobertura, exigiría un largo proceso de racionalización y de convergencia interna e implicaría una ingente operación financiera que, por el momento, parecer difícil de abordar. Sin olvidar, que algunos de esos colectivos tendrán que mantener especialidades de carácter técnico, administrativo y financiero, e incluso en el ámbito de su acción protectora, como ocurre con el personal de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, contempladas en su legislación específica.

