

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

ELENA LASAOSA IRIGOYEN

Directores

# DERECHO VIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

VII SEMINARIO PERMANENTE DE ESTUDIO Y  
ACTUALIZACIÓN URJC-AESSS 2022

## Autores

YOLANDA CANO GALÁN

ANA CASTRO FRANCO

MATTHIEU CHABANNES

SUSANA DURO CARRIÓN

M. BEGOÑA GARCÍA GIL

ELENA LASAOSA IRIGOYEN

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

SHEILA LÓPEZ VICO

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CONCEPCIÓN MORALES VÁLLEZ

ALEJANDRO MUROS POLO

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

CAMINO ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA

FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

JOSEFA ROMERAL HERNÁNDEZ

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA

DIEGO VELASCO FERNÁNDEZ

## **Editorial**

**FRANCISCO ORTIZ CASTILLO**  
DIRECTOR EDITORIAL

## **Consejo Editorial**

**GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA**  
DIRECTOR GENERAL DE PUBLICACIONES  
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

**JOSÉ LUJÁN ALCARAZ**  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

**JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ**  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

**MARÍA NIEVES MORENO VIDA**  
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

**CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO**  
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

## **Consejo Científico**

**JAIME CABEZA PEREIRO**  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo

**FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ**  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

**MARÍA TERESA DÍAZ AZNARTE**  
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

**JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

**JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN**  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña

**CAROLINA MARTÍNEZ MORENO**  
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

**JESÚS MERCADER UGUINA**  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III

**ANTONIO OJEDA AVILÉS**  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

**MARGARITA RAMOS QUINTANA**  
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

**PILAR RIVAS VALLEJO**  
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

**SUSANA RODRÍGUEZ ESCACIANO**  
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

**CARMEN SÁEZ LARA**  
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba

**ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO**  
Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)

**ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO**  
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA  
ELENA LASAOSA IRIGOYEN  
**Directores**

# **DERECHO VIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

## **«VII Seminario Permanente de Estudio y Actualización AESSS-URJC 2022»**

### **Autores**

YOLANDA CANO GALÁN  
ANA CASTRO FRANCO  
MATTHIEU CHABANNES  
SUSANA DURO CARRIÓN  
M. BEGOÑA GARCÍA GIL  
ELENA LASAOSA IRIGOYEN  
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA  
SHEILA LÓPEZ VICO  
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CONCEPCIÓN MORALES VÁLLEZ  
ALEJANDRO MUROS POLO  
POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO  
CAMINO ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA  
FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS  
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA  
JOSEFA ROMERAL HERNÁNDEZ  
ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA  
DIEGO VELASCO FERNÁNDEZ

Edita:

Ediciones Laborum, S.L.


Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª, Oficina 21

30008 Murcia

Tel.: 968 24 10 97

E-mail: [laborum@laborum.es](mailto:laborum@laborum.es)

[www.laborum.es](http://www.laborum.es)

1.ª Edición,  Ediciones Laborum S.L., 2023

ISBN: 978-84-19145-58-1

© Copyright de la edición, Ediciones Laborum, 2023

© Copyright del texto, sus respectivos/as autores/as, 2023

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](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 o 93 272 04 45).

# ÍNDICE

## **PRESENTACIÓN ..... 13**

*Guillermo Rodríguez Inieta*  
*Elena Lasaosa Irigoyen*

## **MEDIDAS ENCAMINADAS HACIA LA ADECUACIÓN SOCIAL Y LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES ..... 15**

*José Luis Monereo Pérez*  
*Belén del Mar López Insua*

1. Las políticas comunitarias: envejecimiento activo versus sostenibilidad del sistema de pensiones ..... 15
2. Las políticas activas comunitarias ante el contexto de crisis empresarial ..... 17
  - 2.1. La reforma del Pacto de Toledo: un primer paso para el impulso de dos grandes paquetes de medidas ..... 19
    - 2.1.1. La compatibilidad entre el trabajo y la jubilación como medida para el envejecimiento activo ..... 24
    - 2.1.2. La jubilación flexible y la jubilación activa: aspectos problemáticos ..... 28
3. Trabajo, incapacidad permanente y discapacidad: régimen de compatibilidades e incompatibilidades ..... 32
4. Bibliografía ..... 35

## **PENSIONES DE JUBILACIÓN Y DE SUPERVIVENCIA ..... 39**

*Guillermo Rodríguez Inieta*

1. Introducción ..... 39
2. Pensión de jubilación ..... 39
  - 2.1. Pensión de jubilación. Hecho causante y legislación aplicable ..... 39
  - 2.2. Jubilación anticipada ..... 41
    - 2.2.1. Beneficiarios de pensión de jubilación anticipada. Viabilidad de acceder posteriormente a la incapacidad permanente ..... 41
    - 2.2.2. Jubilación anticipada por cese involuntario en el trabajo. Condiciones de acceso de los trabajadores fijos discontinuos ..... 42
    - 2.2.3. Jubilación anticipada y causa del cese en el trabajo: voluntario versus involuntario ..... 44
    - 2.2.4. Pensión de jubilación anticipada. Legislación aplicable ..... 45
  - 2.3. Jubilación parcial ..... 46

2.4. Pensión de jubilación y complemento de aportación demográfica .....	48
3. Pensiones de supervivencia.....	49
3.1. Pensión de viudedad .....	49
3.1.1. Concurrencia de beneficiarios. Efectos de la extinción de la de uno de ellos.....	49
3.1.2. Incidencia de cambios legislativos en anterior solicitud denegada en sentencia. Cosa juzgada.....	50
3.1.3. Pensión de viudedad en supuestos de crisis matrimoniales. Interpretación del requisito de ser acreedor de pensión compensatoria.....	51
3.1.4. Pensión de viudedad y reconocimiento de ser víctima de violencia de género .....	52
3.2. Pensión de orfandad. Interpretación “ser huérfano absoluto”.....	55
3.3. Pensión favor familiares. Interpretación del requisito: carecer de medios propios de subsistencia y de familiares obligados a prestarlos .....	56
4. Conclusiones .....	57
5. Bibliografía .....	58

## **LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA ACCIÓN PROTECTORA DEL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE JUBILACIÓN, INCAPACIDAD PERMANENTE E INCAPACIDAD TEMPORAL .....**

59

*Yolanda Cano Galán*

1. Introducción.....	59
2. Marco conceptual de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social .....	60
2.1. Marco legal .....	60
2.1.1. Constitución española.....	60
2.1.2. Normativa estatal .....	60
2.2. Concepto.....	61
2.3. Tipos.....	62
2.3.1. Mejoras voluntarias de la Seguridad Social en su modalidad de mejora directa de las prestaciones.....	62
2.3.2. Mejoras voluntarias de la Seguridad Social en su modalidad de mejora por establecimiento de tipos de cotización adicionales .....	63
3. Reconocimiento del derecho a la mejora voluntaria en atención al tipo de contrato: ¿un supuesto de discriminación? .....	64
4. Mejoras voluntarias en supuestos de jubilación .....	65
4.1. Tipos de jubilación y derecho a la mejora voluntaria .....	66
4.1.1. Jubilación forzosa.....	66
4.1.2. Jubilación parcial .....	67
4.1.3. Relación entre jubilación parcial y extinción del contrato por causas distintas de la jubilación ordinaria.....	70
4.2. Cuantificación de la mejora voluntaria.....	72
4.3. Incompatibilidades previstas en la normativa presupuestaria.....	76
4.4. Plazo para reclamar la mejora voluntaria.....	78
5. Mejoras voluntarias en supuestos de incapacidad permanente .....	79
5.1. Reconocimiento de grado incapacitante no definitivo .....	79
5.2. Revisión por mejoría del grado incapacitante .....	81
5.3. Descuento de las mejoras voluntarias de la indemnización por daños y perjuicios calculada conforme al Baremo para accidentes de circulación.....	82
6. Mejoras voluntarias en supuestos de incapacidad temporal.....	86

6.1. En supuestos de periodos de aislamiento, contagio o restricción de salida del municipio por Covid-19 .....	86
6.2. En supuestos de reconocimiento en situación de incapacidad temporal sin efectos económicos .....	88
6.3. En supuestos de extinción del contrato durante el proceso de incapacidad temporal .....	89
7. Conclusiones .....	90

## **LA ULTIMA DOCTRINA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL..... 93**

*Andrés Ramón Trillo García*

1. Introducción.....	93
2. Acción protectora .....	93
2.1. Accidente de trabajo.....	93
2.1.1. Ocasionalidad relevante.....	93
2.2. Enfermedad profesional.....	94
2.2.1. Síndrome de Túnel Carpiano .....	94
2.2.2. Rotura del Manguito de los rotadores.....	94
2.2.3. Reparto de responsabilidades entre el INSS y las entidades colaboradoras..	94
2.3. Revisión de actos declarativos de derechos.....	94
2.4. Complementos por mínimos .....	94
2.4.1. Efectos retroactivos del complemento por mínimos .....	94
2.4.2. Complementos y percepción de pensión de otro Estado .....	94
2.5. Complemento de maternidad.....	95
2.5.1. Hecho causante anterior al 1.1.2016.....	95
2.5.2. Efectos retroactivos del complemento de maternidad solicitado por un hombre extemporáneamente.....	95
2.6. Responsabilidad empresarial.....	95
2.6.1. Responsabilidad empresarial por diferencias en la cotización .....	95
2.6.2. Responsabilidad empresarial y contratos formativos.....	95
2.6.3. Responsabilidad empresarial y sucesión de empresas .....	95
3. Asistencia sanitaria.....	96
3.1. Asistencia sanitaria a nacional de otro Estado y reagrupación familiar.....	96
4. Incapacidad temporal .....	96
4.1. Situación asimilada al alta .....	96
4.2. Efectos económicos .....	96
4.3. Efectos económicos de la determinación de contingencia solicitada extemporáneamente .....	97
5. Nacimiento y cuidado del menor .....	97
5.1. Familias monoparentales.....	97
5.2. Prestación de paternidad por hijo nacido sin vida.....	97
5.3. Adopción por el otro progenitor en caso de gestación subrogada.....	97
5.4. Sanción por incremento injustificado de las bases de cotización.....	98
6. Incapacidad permanente .....	98
6.1. Acceso a la incapacidad permanente desde la situación de jubilación anticipada.....	98
6.2. Base reguladora.....	98
6.2.1. Base reguladora de la incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo .....	98
6.2.2. Cálculo de la Base reguladora tras jubilación anticipada .....	98

6.3. Profesión habitual .....	98
6.4. Requisito de estar en situación asimilada al alta y reglamentos comunitarios....	98
6.5. Responsabilidad del periodo concurrente IT e IP .....	99
6.6. Incapacidad permanente total.....	99
6.6.1. Acceso a la incapacidad permanente total desde la jubilación anticipada....	99
6.6.2. Efectos retroactivos del incremento del 20% solicitado extemporáneamente	99
6.6.3. Calificación de IPT de Erzaintza que no realiza segunda actividad.....	99
6.6.4. Incompatibilidad de la IPT con las rentas del ejercicio de segunda actividad .....	99
6.6.5. Incompatibilidad del incremento del 20% y prestación por desempleo.....	99
6.7. Gran invalidez .....	100
6.7.1. Acceso desde la jubilación anticipada por razón de discapacidad .....	100
6.7.2. Ceguera legal .....	100
6.7.3. Ceguera absoluta anterior a la afiliación.....	100
6.7.4. Ceguera legal y agravación de las lesiones.....	101
6.7.5. GI. Ceguera absoluta y posibilidad de intervención quirúrgica.....	101
6.7.6. Compatibilidad de la Gran Invalidez y el trabajo en centro especial de empleo .....	101
6.7.7. Cálculo del complemento cuando la GI deriva de contingencia profesional.....	101
7. Jubilación .....	101
7.1. Jubilación. Hecho causante y cumplimiento de requisitos.....	101
7.2. Jubilación anticipada .....	102
7.2.1. Jubilación anticipada. Reglas generales.....	102
7.2.2. Jubilación anticipada involuntaria.....	102
7.2.3. Jubilación anticipada por discapacidad igual o superior al 45%. Valoración. ....	103
7.3. Jubilación activa .....	103
7.3.1. Jubilación activa y Comunidad de Bienes .....	103
7.3.2. Jubilación activa y sociedad civil irregular .....	103
7.3.3. Jubilación activa societario en sociedad capitalista.....	104
7.4. Jubilación parcial .....	104
7.4.1. Responsabilidad empresarial.....	104
7.4.2. Jubilación parcial y contrato fijo-discontinuo.....	104
8. Muerte y supervivencia.....	104
8.1. Viudedad.....	104
8.1.1. Separación y divorcio .....	104
8.1.2. Convivencia previa exigible en los casos de fallecimiento por enfermedad común del causante.....	105
8.2. Orfandad.....	105
8.2.1. Incremento de la prestación y pareja de hecho del cónyuge sobreviviente sin pensión.....	105
8.2.2. Incompatibilidad de la pensión de orfandad y la pensión no contributiva	106
8.3. Favor de familiares.....	106
9. Régimen especial de trabajadores autónomos.....	106
9.1. Obligación de estar al corriente en el pago de las cuotas .....	106
9.2. Incapacidad permanente parcial.....	106

**EL SUICIDIO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO ..... 107***Ana Castro Franco*

1. Introducción: la salud mental en el trabajo..... 107
2. La evolución de la jurisprudencia en relación con la autolisis considerada contingencia del trabajo..... 108
3. Protección social complementaria ..... 111
4. El carácter determinante de la causalidad..... 112
5. Principales novedades de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 27 de febrero de 2023..... 115
6. Conclusiones ..... 116

**TRABAJADORES AUTÓNOMOS Y JUBILACIÓN ACTIVA: LA LETRA PEQUEÑA DE UN TRATO PREFERENTE ..... 117***Matthieu Chabannes*

1. La prolongación de la vida laboral como garantía para la sostenibilidad de los sistemas de pensiones..... 117
2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA JUBILACIÓN ACTIVA..... 119
  - 2.1. El RDL 5/2013, de 15 de marzo ..... 119
  - 2.2. La Ley 6/2017, de 24 de octubre ..... 121
  - 2.3. La Ley 11/2020, de 30 de diciembre ..... 122
  - 2.4. La Ley 21/2021, de 28 de diciembre ..... 122
3. La jubilación activa de los trabajadores autónomos: la letra pequeña de un trato preferente ..... 124
  - 3.1. La necesidad de celebrar contratos vinculados a la actividad económica del trabajador autónomo..... 124
  - 3.2. Sólo trabajadores autónomos como personas físicas..... 125
  - 3.3. La compatibilidad de la jubilación activa con la incapacidad temporal..... 128
4. Conclusiones ..... 130

**EL CRITERIO DE “PROPIA ACTIVIDAD” EN LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES DEL 42 ET DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS, A LA LUZ DE LA RECIENTE STS 881/2023, DE 9 DE MARZO 2023..... 131***Susana Duro Carrión*

1. Introducción..... 131
2. Antecedentes de la sentencia comentada ..... 132
3. Régimen de las contratas y subcontratas. Imputación de responsabilidades del 42 ET ..... 133
  - 3.1. El criterio “propia actividad” en la determinación de la responsabilidad. Determinación del concepto en la jurisprudencia ..... 133
  - 3.2. Imputación de responsabilidades en materia salarial y Seguridad Social..... 134
4. Conclusiones ..... 136

**RECHAZO DE LOS PERMISOS DOBLES EN FAMILIAS MONOPARENTALES..... 137***M. Begoña García Gil*

1. Introducción..... 137
2. Antecedentes del supuesto ..... 138
3. Análisis de la sentencia ..... 140

## **LAS NUEVAS SITUACIONES LEGALES DE CESE DE ACTIVIDAD**

### **PARCIAL..... 145**

*Elena Lasaosa Irigoyen*

1. Introducción..... 145
2. Determinación de las nuevas situaciones de cese de actividad temporal parcial .... 147
3. Cuantía de la prestación en los nuevos supuestos de cese de actividad temporal parcial..... 150
4. Régimen de incompatibilidades con el trabajo..... 150
5. El abono de la cotización durante la percepción de la PCA en los nuevos supuestos..... 151
6. Nacimiento del derecho a la protección ..... 151
7. Otras modificaciones traídas por el Real Decreto-Ley 13/2022..... 152

## **EL TELETRABAJO. UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL..... 155**

*Sheila López Vico*

1. Planteamiento general..... 155
2. Principales retos y desafíos derivados de la implantación del teletrabajo en el marco de la seguridad social ..... 158
  - 2.1. Encuadramiento en el régimen de Seguridad Social ..... 158
  - 2.2. Particularidades e interrogantes en materia de cotización en el teletrabajo..... 160
  - 2.3. Aspectos conflictivos en materia de prevención de riesgos laborales: especial referencia al accidente de trabajo..... 161
  - 2.4. Teletrabajo y pensiones: retos y desafíos para la protección de los colectivos más vulnerables ..... 165
3. Conclusiones críticas..... 167

## **LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR EN LAS FAMILIAS MONOPARENTALES ..... 169**

### **COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE**

### **FECHA 02/03/2023 ..... 169**

*Concepción Morales Vállez*

1. Datos esenciales de la sentencia comentada ..... 169
2. Comentario crítico ..... 170
3. El voto particular ..... 174
4. Bibliografía ..... 178

## **¿EXISTE IMPOSIBILIDAD DE READMISIÓN POR JUBILACIÓN TRAS DESPIDO COLECTIVO FINALMENTE DECLARADO NULO? ..... 179**

*Alejandro Muros Polo*

1. Introducción..... 179
2. Breve configuración general del despido colectivo: elementos delimitadores, procedimiento y control judicial ..... 180
3. Jubilación de la persona trabajadora afectada y posterior nulidad del despido colectivo: ¿imposibilidad de readmisión? Análisis de la sentencia del tribunal supremo de 28 de junio de 2022 (rcud. 2300/2019)..... 182
  - 3.1. Litigio principal: hechos y antecedentes..... 182

3.2. Posiciones de las partes.....	184
3.3. Normativa aplicable al caso.....	184
3.4. Fundamentación jurídica y fallo.....	186
4. Conclusiones críticas.....	188

## **SEGURIDAD SOCIAL Y ALUMNOS EN PRÁCTICAS ..... 193**

*Pompeyo Gabriel Ortega Lozano*

1. Prefacio: un avance hacia una adecuada protección de los becarios y alumnos en prácticas.....	193
2. El régimen jurídico de Seguridad Social de los becarios y alumnos en prácticas....	195
3. Actuación de prevención para la erradicación del fraude a la Seguridad Social cuando las prácticas encubran verdaderos puestos de trabajo.....	197
4. Bibliografía .....	202

## **LAS SITUACIONES ESPECIALES DE INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIAS COMUNES INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA 1/2023, DE 28 DE FEBRERO ..... 205**

*Camino Ortiz de Solórzano Aurusa*

1. Introducción.....	205
2. El supuesto de hecho de las nuevas situaciones especiales de Incapacidad Temporal por Contingencias Comunes.....	207
2.1. La menstruación incapacitante secundaria.....	207
2.2. La interrupción del embarazo.....	208
2.3. La gestación desde el primer día de la trigésima novena semana de embarazo	210
3. Las particularidades en la protección de las Situaciones Especiales de Incapacidad Temporal por Contingencias Comunes .....	211
3.1. El cómputo a efectos de recaída.....	211
3.2. El periodo mínimo de cotización.....	212
3.3. La dinámica del subsidio .....	213
3.3.1. El nacimiento del derecho a la prestación .....	214
3.3.2. La duración de la prestación.....	214
3.3.3. El pago del subsidio.....	215
4. Conclusión.....	216

## **EL INFARTO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO ..... 217**

*Fulgencio Pagán Martín-Portugués*

1. Intro.....	217
2. El infarto del autónomo transportista .....	217
3. El infarto en el teletrabajo .....	218
4. Llevando el correo.....	219
5. Twist Locks.....	220

## **NUEVA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN EL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR ..... 223**

*Josefa Romeral Hernández*

1. Antecedentes .....	223
2. Contexto normativo .....	225
3. Cobertura por desempleo.....	227

4. Nuevas reglas de cotización..... 228

4.1. Bases de cotización ..... 228

4.2. Tipos de cotización aplicables..... 229

4.3. Requisitos de inscripción..... 230

4.4. Beneficios en las cotizaciones..... 231

5. Conclusiones ..... 232

**EQUIPARACIÓN DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL CON EL  
TRABAJO A TIEMPO COMPLETO A EFECTOS DE COTIZACIÓN ..... 235**

*Diego Velasco Fernández*

1. Introducción. El trabajo a tiempo parcial ..... 235

2. Antecedentes en la regulación de la cotización de la contratación parcial ..... 236

3. Determinación del tiempo cotizado en la contratación parcial. La sentencia del  
Tribunal Constitucional de 3 de julio de 2019 y regulación actual..... 239

4. Propuestas y valoración de la reforma del Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de  
marzo..... 241

5. Conclusiones ..... 243

## PRESENTACIÓN

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

A diferencia del año anterior, en esta ocasión seminario y reunión de noveles investigadores pudieron celebrarse ya presencialmente, los días 3 y 4 de noviembre de 2022 en Madrid. Se llevaron a cabo con excelente resultado en su desarrollo y en cuanto a la participación de asistentes de distintos ámbitos y orígenes geográficos.

Llega ahora el momento de presentar mediante esta publicación las aportaciones de ponentes y participantes en el VII Seminario AESSS-URJC, colaboraciones cuyo denominador común es la actualidad del Derecho de la Seguridad Social.

Por parte de los ponentes contamos con las aportaciones de José Luis Monereo y Belén López Insúa, que nos presentan un trabajo sobre las medidas encaminadas hacia la adecuación social y la sostenibilidad del sistema público de pensiones; así como con el estudio de la reciente doctrina del Tribunal Supremo en materia de pensiones de jubilación y supervivencia, a cargo de Guillermo Rodríguez Iniesta. Yolanda Cano nos ofrece un análisis de las mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General en materia de jubilación, incapacidad permanente e incapacidad temporal; y Andrés Trillo lleva a cabo un examen de la última doctrina del Tribunal Supremo respecto de la acción protectora de la Seguridad Social.

Los noveles investigadores aportan a esta obra los siguientes trabajos: Ana Castro analiza la cuestión del suicidio como accidente de trabajo; Matthieu Chabannes estudia el marco normativo de la jubilación activa, con especial referencia a los trabajadores autónomos; Susana Duro comenta la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2023 relativa al criterio de la propia actividad en la imputación de responsabilidades en contratas; desde perspectivas distintas, Begoña García y Concepción Morales abordan en sus respectivos trabajos la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2023, sobre la

prestación por nacimiento y cuidado de menor en familias monoparentales; Elena Lasasa trata las nuevas situaciones legales de cese parcial en la prestación por cese de actividad; Sheila López analiza el teletrabajo desde la perspectiva de la Seguridad Social; Alejandro Muros dedica su estudio a la cuestión de si existe imposibilidad de readmisión por jubilación tras despido colectivo finalmente declarado nulo; Pompeyo Ortega presenta un trabajo sobre Seguridad Social y alumnos en prácticas; Camino Ortiz de Solórzano examina las nuevas situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes introducidas por la Ley Orgánica 1/2023; Fulgencio Pagán estudia el tema del infarto como accidente de trabajo; Josefa Romeral analiza la nueva protección por desempleo en el servicio del hogar familiar; y por último, Diego Velasco aborda la equiparación del trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos de cotización.

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

Madrid/Murcia, mayo de 2023

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

ELENA LASAOSA IRIGOYEN

# **MEDIDAS ENCAMINADAS HACIA LA ADECUACIÓN SOCIAL Y LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES**

**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*

*«A la verdad. Toda época tiene la impresión precisa de ser una época de transición y de crisis; es evidente que la historia se presenta como “crisis continua”, por medio de la cual, del presente y por encima del presente, nace trabajosamente el futuro».*

FLAVIO LÓPEZ DE OÑATE<sup>1</sup>

## **1. LAS POLÍTICAS COMUNITARIAS: ENVEJECIMIENTO ACTIVO VERSUS SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE PENSIONES**

Actualmente, se ha incrementado el número de personas mayores en edad de trabajar y que no encuentran empleo y ello es debido al cambio demográfico, pero también al imparable envejecimiento de la población y al aumento de la esperanza de vida<sup>2</sup>. Aunque los jóvenes han sido punto de referencia en esta materia, lo cierto es cada vez está ganando más protagonismo los mayores debido a la maduración, en términos de edad, de la generación del *baby boom*. Esto, ciertamente, va a determinar con el paso del tiempo un aumento del número de personas mayores, lo que al término afectará primero a aquellos próximos a una edad de jubilación y seguidamente a aquellos ya jubilados.

<sup>1</sup> LÓPEZ DE OÑATE, F: *La certeza del Derecho*, Trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redin, Introducción de G. Capograssi, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2007, pág. 3.

<sup>2</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° Extraordinario, 2008, *passim*.; SUÁREZ CORUJO, B.: “Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L, Fernández Bernat, J.A y López Insua, B.M (dirs.), *Las Políticas Activas de Empleo: Configuración y Estudio de su Regulación Jurídica e Institucional*, Aranzadi, 2016, págs. 760 ss.

A lo anterior hay que sumar el cambio en el sistema de políticas activas de empleo. En efecto, el incremento de la esperanza de vida y de los gastos a cargo del sistema de Seguridad Social, motivada entre otras razones por el aumento en el número de altas en la pensión de jubilación, ha suscitado la necesidad de operar cambios en el sistema de políticas de empleo comunitarias. En un principio, la idea fuerza caminaba acorde con el derecho a asegurar pensiones dignas para todos los ciudadanos europeos, pero poco a poco la situación ha ido cambiando. Espoleada por la situación de crisis económica, que de lleno ha afectado a las frágiles estructuras que sostienen a los mercados europeos, se han adoptado en el marco de la política europeas una serie de medidas que buscan reducir la presión que las pensiones ejercen sobre un sistema público, cada vez, más sobrecargado<sup>3</sup>. De ahí que no sea tan extraño el uso, a nivel nacional, de procesos de reestructuración empresarial con la intención de expulsar del mercado activo a los trabajadores mayores. Desgraciadamente, estandarización y cronologización estricta de los ciclos vitales opera de manera normalizada, en lugar de excepcional, ante los ojos impasibles del legislador y, en contra, de las garantías europeas de consecución para una viabilidad y mantenimiento del sistema de pensiones<sup>4</sup>.

Cabe afirmar que el desajuste actuarial deriva en gran medida de la progresiva disminución del periodo de actividad laboral que se viene produciendo, por una parte, porque los jóvenes han retrasado su acceso al mercado de trabajo (en relación con la edad a la que habitualmente se incorporaban en pasadas generaciones) y, por otra, porque la tasa de participación en el mercado laboral de las personas mayores de 50 años ha ido descendiendo<sup>5</sup>, entre otras razones, debido al uso a veces inadecuado de las distintas fórmulas de jubilación flexible, anticipada y parcial. Por lo que, para el legislador español, no resulta pues tan descabellada la idea de flexibilizar el despido colectivo, al tiempo que se endurecen los requisitos de acceso para una pensión digna de jubilación (desnaturalizando o descausalizando de esta figura)<sup>6</sup> y se alarga la edad ordinaria de jubilación<sup>7</sup>.

El dilema entre la promoción del envejecimiento activo o la estabilidad presupuestaria del sistema de Seguridad Social se ha situado, hoy día, en el punto de mira doctrinal. Evidentemente, ello ha originado una fuerte tensión dialéctica que se eleva tanto a nivel nacional como europeo. De ahí, que unas de las cuestiones que más se hayan debatido en la nación española sea la revisión de dichos parámetros a través del Pacto de Toledo. Y es que con el objetivo en mente de que en un futuro el sistema de Seguridad Social pueda seguir haciendo frente a la protección de las personas que se encuentran en situación de necesidad, otorgando así una cobertura protectora amplia y eficaz, se han adoptado ya algunas medidas de urgencia que “supuestamente” tratan de compensar

<sup>3</sup> LÓPEZ INSUA, B.M.: “El despido colectivo y los trabajadores de edad avanzada”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, 2019.

<sup>4</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2010, n. extra., págs. 160-163. En esta misma dirección véase MORENO ROMERO, F.: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*, Comares, 2016, págs.165-173.

<sup>5</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “La política de pensiones tras el Acuerdo Social y económico de 2011: la fase actual de la construcción de un “nuevo” sistema de pensiones”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L y MALDONADO MOLINA, J.A (dirs.), *La edad de jubilación*, Comares, 2011, pág. 5.

<sup>6</sup> LÓPEZ INSUA, B.M.: “La jubilación parcial”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y López Cumbre, I (dirs.), *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Comares, 2015, pág. 171.

<sup>7</sup> LÓPEZ INSUA, B.M.: “Impulsando un nuevo modelo de “envejecimiento activo”: la compatibilidad entre trabajo-pensión versus jubilación y otras prestaciones del sistema de Seguridad Social”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, N°4, 2022, págs. 28-59.

estos dos factores –envejecimiento demográfico y búsqueda de equilibrios financieros del sistema de pensiones públicas<sup>8</sup>– al tiempo que se evita cualquier discriminación por razón de edad. Sin embargo y pese al catálogo de buenas intenciones, la realidad demuestra cómo a la hora de sopesar entre los distintos intereses en juego la balanza se haya inclinado en el sentido de «promover el envejecimiento activo», en lugar de «garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones» que tanto defiende ahora la Unión Europea. Así es, el legislador español entiende que debe prevalecer lo dispuesto por el *Libro Blanco*<sup>9</sup> y el *Libro Verde*<sup>10</sup> de la Comisión Europea, dada la grave situación de crisis financiera, por lo que olvida las directrices para las políticas de empleo que deben llevar a cabo los Estados miembros en pro del envejecimiento activo e introduce así una serie de reformas<sup>11</sup> que, para muchos, dibujan la crónica de una muerte anunciada en la pensión de jubilación<sup>12</sup>.

Por otra parte, y de nuevo en contra de las directrices comunitarias, se ha impuesto a nivel nacional una política que tiende a favorecer la salida del mercado de trabajo de todas aquellas personas próximas a una edad de jubilación. Para lo cual se emplea la vía del despido colectivo y del despido disciplinario. Y ello con la única intención de favorecer la inserción laboral de los más jóvenes a través del establecimiento de un sistema más basado en la precariedad laboral, el abuso y el fraude. No le interesa, por tanto, al legislador español emplear y proteger a los trabajadores experimentados o con capacidades obsoletas, sino disminuir los índices de desempleo que tanto están dañando las arcas de nuestro sistema de Seguridad Social. Es por ello que, hasta el momento, no se hayan llevado a cabo unas verdaderas medidas de política activa para los mayores o próximos a una edad de jubilación. Por supuesto, no debe olvidarse que la intervención de éste ha sido, en esta materia, muy tímida en los últimos años<sup>13</sup>.

## 2. LAS POLÍTICAS ACTIVAS COMUNITARIAS ANTE EL CONTEXTO DE CRISIS EMPRESARIAL

Desde hace varios años se debate en el seno del colectivo comunitario sobre los efectos que el paulatino envejecimiento de la población, en general, está causando en el mercado de trabajo al tiempo que se prolonga la esperanza de vida. Ciertamente esta crispada situación está provocando serias consecuencias sobre el colectivo de los trabajadores de edad avanzada, quienes permanecen cada menos tiempo trabajando lo que, al término, ello provoca un acortamiento de su vida laboral y de las cotizaciones a la Seguridad Social. De ahí la eterna discusión que se plantea en torno a la participación efectiva de estos y el

<sup>8</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L. (dir.), *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, Comares, 2010, pág. 146.

<sup>9</sup> *Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, 16 febrero 2012, COM(2012)55 final.

<sup>10</sup> *Libro Verde en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros*, 7 julio 2010, COM(2010)365 final. Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., Valdés Dal-Ré, F y Casas Baamonde, M.E.: *La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2013, n. 5, pág. 3.

<sup>11</sup> GALLEGOS LOSADA, R.: “La inseguridad jurídica derivada de la contrarreforma de las pensiones públicas de jubilación: ¿quiebra de los derechos de los pensionistas?”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 22, pág. 74 ss.

<sup>12</sup> LÓPEZ GANDÍA, J.: “La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones”, *Documentación Laboral*, n. 99, pág. 57.

<sup>13</sup> GALLEGOS LOSADA, R.: *El dilema de las pensiones en España*, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 120-134.

acceso a unas condiciones dignas de jubilación<sup>14</sup>. Las empresas no valoran el trabajo de las personas de edad avanzada<sup>15</sup>, por ello, emplean un conjunto de prácticas que han sido muy cuestionadas y que se identifican con los términos de “jubilación forzosa” y “prejubilación”.

Las instituciones comunitarias son conscientes de la realidad de esta praxis empresarial, por ello en los textos comunitarios que se dictan a partir de los años 90 se establecen un conjunto de estrategias que van enfocadas a promocionar el empleo<sup>16</sup> de este débil colectivo<sup>17</sup>. Se busca que el sistema de políticas de empleo cumpla así su cometido de «promoción, incentivo o estimulación de la prolongación de la vida laboral» y de reinserción laboral tras un periodo más o menos largo de cese de su empleo. Y es que, la única forma de frenar las consecuencias negativas de la salida prematura de los mayores debe venir siempre de manos del sistema de políticas de empleo.

A nivel comunitario falta por desarrollar una efectiva política de igualdad en materia de edad. Y es que, aunque la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se refiere a esta cuestión en los arts. 21<sup>18</sup> y 25<sup>19</sup>, lo cierto es que todavía queda mucho por avanzar para que las personas mayores puedan tener derecho a una vida digna e independiente, que les permita disfrutar de una participación en la vida social y cultural<sup>20</sup>.

Ya desde el año 2004 la Comisión Europea ha seguido trabajando, en esa última línea, para aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar la edad de salida del mercado de trabajo<sup>21</sup>. Por ello, en marzo de 2004, la Comisión señaló la necesidad de apoyar un envejecimiento activo mediante una serie de diversas medidas que llevaba consigo la desincentivación de la jubilación anticipada, el acceso a estrategias de formación

<sup>14</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Trabajadores de «edad avanzada»: empleo y protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001, n. 33, pág. 215.

<sup>15</sup> SERRANO FALCÓN, C.: “Las políticas activas de empleo para las personas de edad madura en la industria 4.0”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, cit., pág. 459.

<sup>16</sup> Tras la creación del Observatorio Europeo sobre el envejecimiento y las personas de edad avanzada en el año 1990, hasta la celebración del Año europeo de las personas de edad avanzada y de la solidaridad entre las generaciones (1993) o el Libro Blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo (1993) ya se hizo un primer reconocimiento público por parte de la Unión Europea de las consecuencias del envejecimiento de la fuerza de trabajo. Las distintas Conferencias y Consejos europeos celebrados desde finales de los años noventa hasta la actualidad, pasando por los múltiples informes como el de la Comisión de 2002 titulado *Aumento de la tasa de población activa y fomento de la prolongación de la vida activa*, se ha llegado a la celebración del Año Europeo del Envejecimiento Activo 2012 cuyo objetivo fue promover la calidad de vida y el bienestar de la población europea, especialmente de las personas de edad avanzada, y fomentar la solidaridad intergeneracional considerando que la seguridad y la salud en el trabajo son decisivas para garantizar un envejecimiento activo a través de una vida laboral mejor y más prolongada.

<sup>17</sup> ORTEGA LOZANO, P.: “Trabajadores de edad avanzada o trabajadores maduros en la política de empleo”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, cit., pág. 492.

<sup>18</sup> «Se prohíbe toda discriminación y, en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

<sup>19</sup> «La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural».

<sup>20</sup> MONEREO PÉREZ, J.L y MALDONADO MOLINA, J.A.: “Artículo 25. Derechos de las personas mayores”, en VV.AA., Monereo Atienza, C y Monereo Pérez, J.L (dirs.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, 2012, pág. 557 ss.

<sup>21</sup> ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: “Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada”, en VV.AA., Morales Ortega, J.M (dir.), *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos*, Laborum, 2016, pág. 95.

y aprendizaje permanente, políticas eficaces del mercado de trabajo y medidas de conservación de empleo, incluso estableciendo condiciones de trabajo flexibles<sup>22</sup>.

Una fecha clave en la agenda comunitaria fue el 15 de septiembre de 2016, pues el Parlamento Europeo emitió la resolución sobre 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 en la que se insiste considerar que «los trabajadores de más edad siguen estando expuestos a menudo a discriminaciones, estereotipos y barreras por motivos de edad». Nuevamente, el Parlamento Europeo incide aquí en la importante actividad que realizan los trabajadores de edad avanzada para la competitividad de las empresas, puesto que pueden transmitir sus conocimientos y experiencias a los más jóvenes en el marco de un envejecimiento activo, lamentando que la edad sea un motivo destacado de discriminación laboral e indicando que el rejuvenecimiento de las plantillas supone un derroche de experiencia, conocimientos y competencias; se pide a los Estados miembros que promocionen el acceso al empleo y la integración en el mercado laboral de todos los trabajadores con independencia de su edad, aunque la observación de que los trabajadores de más edad son los que se encuentran en condiciones más precarias se pide a la Comisión que, en cooperación con los Estados miembros, estudien el problema cada vez mayor del desempleo entre las personas de más de 50 años y que desarrollen instrumentos eficaces, como la formación profesional e incentivos o subvenciones a los empresarios, a fin de reintegrar a los trabajadores de más edad en el mercado laboral y protegerlos contra el despido improcedente.

## 2.1. La reforma del Pacto de Toledo: un primer paso para el impulso de dos grandes paquetes de medidas

El envejecimiento de la población es un reto importante para los sistemas de políticas activas y pensiones de todos los Estados europeos, ya que como revelan las estadísticas el alargamiento de la esperanza de vida, junto con el paso a la jubilación de los nacidos con el *boom* de natalidad, auguran consecuencias económicas y presupuestarias de gran calado en la Unión Europea, al reducir el potencial de crecimiento económico y ejercer presión sobre las finanzas públicas. En este sentido los distintos países comunitarios han de adaptarse «para asegurar su viabilidad en el largo plazo y mantener unas pensiones adecuadas»<sup>23</sup>. Y es que a nivel europeo el logro de la sostenibilidad del sistema de pensiones se ha convertido en una prioridad, debiéndose combinar este ambicioso objetivo con el impulso o promoción del envejecimiento activo<sup>24</sup>.

La Decisión n. 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) ha reconocido la necesidad de combatir el efecto del envejecimiento demográfico que se proyecta sobre los modelos europeos. Para ello

<sup>22</sup> LÓPEZ INSUA, B.M.: “Impulsando un nuevo modelo de “envejecimiento activo”: la compatibilidad entre trabajo-pensión *versus* jubilación y otras prestaciones del sistema de Seguridad Social”... op.cit., págs. 28-59.

<sup>23</sup> Destaca, en marzo de 2009, la aprobación del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «La situación de los trabajadores de más edad ante el cambio industrial: cómo apoyar y gestionar la diversidad de edades en los sectores y las empresas», 2009/C 228/04, en el que, en su § 1.4, se establece que los Estados miembros deberían elaborar y desarrollar «marcos nacionales de apoyo al empleo de las personas mayores», con una combinación de medidas entre las que destacan la ayuda al envejecimiento activo y la introducción de incentivos, tanto para los trabajadores de edad avanzada como para las empresas que los empleen, en las políticas gubernamentales de los Estados miembros, que animen a los trabajadores mayores a permanecer en el mercado de trabajo.

<sup>24</sup> COM(2012)55 final, cit.

ha afirmado que una respuesta fundamental a este rápido cambio de la estructura de edades consiste en «promover la creación de una cultura del envejecimiento activo como un proceso permanente y, en consecuencia, garantizar que las personas que actualmente tienen cerca de 60 años o más, cuyo número aumenta rápidamente y que globalmente están más sanas y mejor formadas que ningún otro grupo anterior de esa edad, gocen de buenas oportunidades de empleo y participación activa en la vida familiar y social, incluso a través de actividades de voluntariado, del aprendizaje permanente, de la expresión cultural y del deporte». Se trata por tanto de garantizar un envejecimiento más saludable para todos y, en particular, para las personas más próximas a una edad de jubilación, lo que «puede contribuir a que las personas de más edad incrementen su participación en el mercado de trabajo, permanezcan activas más tiempo en la sociedad y mejoren su calidad de vida individual. Adicionalmente se espera también que pueda reducir la carga para los sistemas de atención sanitaria y social y para los regímenes de pensiones».

El término “envejecimiento activo” al que tanto tiempo le dedicó la UE fue definido en 2012 por la Organización Mundial de la Salud como el proceso en el que se optimizan las oportunidades de salud, participación y seguridad a fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen<sup>25</sup>. De ahí que las políticas comunitarias de envejecimiento activo deban basarse pues «en una sociedad para todas las edades», lo que implica «crear mejores oportunidades para que las mujeres y los hombres de más edad puedan participar en el mercado laboral, combatir la pobreza, en particular la de las mujeres, y la exclusión social, incentivando el voluntariado y la participación activa en la vida familiar y en la sociedad, y fomentando un envejecimiento saludable con dignidad». A tal fin, se fijan como objetivos «adaptar las condiciones laborales, luchar contra los estereotipos negativos relacionados con la edad y contra la discriminación por razón de edad, mejorar la higiene y la seguridad en el trabajo, adaptar los sistemas de aprendizaje permanente a las necesidades de una mano de obra de más edad y garantizar que los sistemas de protección social sean adecuados y proporcionen incentivos correctos»<sup>26</sup>.

Trabajar y descansar constituyen, hoy por hoy, elementos conformadores del modelo de “envejecimiento activo”, en tanto que permiten seguir integrando social y económicamente a los más mayores, al tiempo que el Estado les proporciona una seguridad económica. Por supuesto, para que estos dos escenarios puedan compatibilizarse, habrán de establecerse unas condiciones no discriminatorias por razón de edad que, igualmente, resulten respetuosas con la salud (física y psíquica) del trabajador maduro<sup>27</sup>.

Avanzar hacia un “envejecimiento activo” implica cumplir con cuatro pilares fundamentales: salud, participación, seguridad y aprendizaje permanente; los cuales se podrán alcanzar gracias al establecimiento de una formación adecuada a cada ciclo vital y la mejora de las condiciones de salud. Y, todo ello, con la seguridad de que, si no puede mantenerse la actividad, el Estado habrá de dispensar una renta sustitutoria que garantizar la integración socio-económica para estas personas<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Véase el considerando 9 de la Decisión n. 940/2011/UE.

<sup>26</sup> Ver art. 2 de la Decisión n. 940/2011/UE.

<sup>27</sup> MALDONADO MOLINA, J.A.: “La compatibilidad trabajo-pensión y el retorno al trabajo del pensionista”, en Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A (dirs.), *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, Comares, 2021, págs. 156-157.

<sup>28</sup> MALDONADO MOLINA, J.A.: “Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, cit., pág. 517.

En materia de Seguridad Social, esta nueva visión de las políticas comunitarias sobre “envejecimiento activo” implicará buscar alternativas que compensen el cese de la actividad de los trabajadores de edad avanzada. Por lo que, visto de una perspectiva protectora, estas medidas deberán ir enfocadas, en primer lugar, al objetivo de mantenimiento de la vida laboral y, en segundo lugar, a la reincorporación en la vida laboral para el caso de que el trabajador cese prematuramente<sup>29</sup>. Es precisamente en este punto equidistante donde se ha planteado la reformulación del régimen jurídico de las pensiones, lo cual ha sido fuente de una fuerte tensión entre dos objetivos, de un lado, la prolongación de la vida activa y, de otro lado, la sostenibilidad del sistema de pensiones.

En este contexto los Estados miembros de la UE, siguiendo lo dispuesto por las directrices comunitarias, deberán aumentar las tasas de empleo de los trabajadores de más edad mediante el fomento de la innovación en la organización del trabajo y el aumento de la empleabilidad de los trabajadores de más edad mejorando sus aptitudes<sup>30</sup>.

No obstante, el *Libro Blanco* de 2012 se refiere a la necesidad de diseñar y poner en práctica estrategias globales que permitan adaptar los distintos sistemas de pensiones nacionales a las cambiantes circunstancias económicas y demográficas. Y ello en una línea tendente a asegurar la viabilidad a largo plazo de las pensiones y necesaria sostenibilidad de las finanzas públicas, de forma que no decaiga la seguridad del sistema de Seguridad Social. En este documento se repiten los considerados del *Libro Verde* sobre el envejecimiento de la población, el impacto de la crisis económica en los sistemas de pensiones<sup>31</sup> y la importancia fundamental que tienen las pensiones para la buena marcha social y económica de Europa<sup>32</sup>. Por lo que, en general, el *Libro Blanco* no aporta ninguna idea nueva, pues los objetivos que marca son los mismos que están presentes en otros documentos europeos desde el año 2001<sup>33</sup>.

En el año 2015 se dio un nuevo paso al frente para cumplir con los objetivos comunitarios propuestos, pues los sucesivos Consejos Europeos aprobaron diversas iniciativas de sensibilización social que buscaban recalcar la importancia en la participación de las personas de edad avanzada a nivel social y económico. Especial hincapié se hizo en la lucha contra la discriminación por razón de edad en el acceso al empleo y al mercado de trabajo<sup>34</sup>.

Con la puesta en marcha de la Estrategia Europea 2020 se pretende lograr ese ansiado objetivo de una “igualdad de oportunidades” para todos, independientemente de la edad.

<sup>29</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Trabajadores de edad avanzada: I. Jubilación anticipada y jubilación parcial (Cuestiones prácticas tras la Reforma 2013)”, *Actualidad Laboral*, 2013, n. 9, pág. 2.

<sup>30</sup> En este sentido, la Decisión 2010/707/UE del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, insta a los Estados miembros, en las Orientaciones n. 7 y n. 8, a aumentar la participación de la mano de obra mediante políticas que promuevan el envejecimiento activo.

<sup>31</sup> Se pretende asegurar «unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros» (COM(2010)365 final, cit.).

<sup>32</sup> En concreto el *Libro Verde*, cit., § 2.2, punto 1), apunta a que deben llevarse a cabo reformas tendentes a «animar a que más gente trabaje más y durante más tiempo para obtener derechos similares a los de antes: aumento de las edades de jubilación; recompensa a quien se jubila más tarde y penalización a quien lo hace antes [...]; paso de las prestaciones basadas en las retribuciones de los mejores años a un derecho basado en la media de las retribuciones a lo largo de la carrera laboral; cierre o restricción de las vías de salida temprana; medidas del mercado de trabajo para animar a los trabajadores de más edad a permanecer en él y permitirles hacerlo y para fomentar en él una mayor igualdad entre hombres y mujeres».

<sup>33</sup> ALONSO SECO, J.M.: *Política social europea*, UNED, 2014, pág. 253.

<sup>34</sup> Dictamen 2009/C 228/04, cit.

Las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros aprobadas por la Decisión (UE) 2015/1848 del Consejo de 5 de octubre de 2015 califican a los trabajadores de edad avanzada como grupos desfavorecidos y muy afectados por el desempleo de larga duración (tal y como pueden verse en las Orientaciones 5-8 de este texto normativo)<sup>35</sup>. Por ello, la Orientación 8 se refiere directamente a ellos al recalcar en la necesidad de que los Estados velen por el mantenimiento de un “régimen de pensiones sostenible” que un contexto creciente de longevidad y de cambio demográfico.

En España, el adelanto de la edad de jubilación ha sido visto como una conquista social que, sin embargo, ha quedado actualmente relegada a un segundo plano debido a que se ha impuesto la reducción de otros objetivos (a saber: salario, jornada, elevación de las prestaciones, etc.) para así potenciar el envejecimiento activo. El problema es que, aunque se ha desincentivado la jubilación anticipada y se ha incrementado la edad real de jubilación (por encima de la media europea), lo cierto es que existe poco interés por seguir trabajando más allá de la edad de jubilación.

La reforma del Pacto de Toledo de 2020<sup>36</sup>, en sus recomendaciones 6, *Incentivos al empleo*, y 12, *Edad de jubilación*, apuesta por compatibilizar el trabajo con la jubilación para asegurar el mantenimiento de pensiones suficientes. En efecto, los mayores deben “empoderarse” en los aspectos biológicos, psicológicos y sociales en los que están inmersos, al tiempo que se adoptan medidas preventivas contras los riesgos ambientales, psicosociales y por razón de la edad. “Trabajo y descanso” deben caminar de la mano y simultanearse, parcial o totalmente, sin que operen como compartimentos estancos, pudiéndose así articular tanto mecanismos de jubilación gradual (esto es, jubilación parcial, anticipada o tras la edad de retiro), como de regreso a la actividad o de mantenimiento a la par que se accede a la condición de jubilado (jubilación flexible y jubilación activa)<sup>37</sup>.

Ahora bien, el permanente estado de reforma del sistema de Seguridad Social se ha visto afectado, en los últimos tiempos, por dos importantes paquetes de medidas que traen su causa en la tercera reforma del Pacto de Toledo de finales del año 2020. La primera de las reformas, operó a través de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, en donde ya se tocó toda

<sup>35</sup> En concreto, los temas a los que se refieren estas orientaciones se pueden resumir de la siguiente forma. a) La Orientación 5 se refiere a la reducción de la fiscalidad sobre el trabajo al objeto de «eliminar los obstáculos y elementos disuasorios» que permitan la participación en el mercado de trabajo de las personas más alejadas de este. b) La Orientación 6 hace hincapié en la necesidad de «evitar y reducir significativamente el desempleo de larga duración y estructural mediante estrategias globales», en especial, reduciendo las barreras al empleo de grupos desfavorecidos. c) La Orientación 7 pide el reforzamiento de las políticas activas de empleo «aumentando su eficacia, focalización, alcance, cobertura e interacción con las medidas pasivas, acompañadas de derechos y responsabilidades para que los parados busquen activamente trabajo. Dichas políticas deben ir destinadas a mejorar su ajuste al mercado laboral y apoyar transiciones sostenibles». Y más adelante sigue: «Los Estados miembros deben incitar de manera efectiva a que participen en el mercado laboral aquellos que puedan y posibilitar que lo hagan, a la vez que protegen a los que no pueden participar. Los Estados miembros deben favorecer unos mercados laborales integradores, abiertos a todas las mujeres y los hombres, instaurando medidas eficaces contra la discriminación, y fomentar la empleabilidad invirtiendo en capital humano» [como en el texto citado]. d) Finalmente, la Orientación 8 hace referencia a los sistemas de protección social, los que habrán de diseñarse para facilitar el «acceso a todos los beneficiarios» y para contribuir a prevenir, «reducir y combatir la pobreza y la exclusión social a lo largo de toda la vida». Los Estados deberán de «velar por la sostenibilidad y adecuación de los regímenes de pensiones para mujeres y hombres», en situación de envejecimiento de la población. Y, finalmente, deberán «mejorar la calidad, accesibilidad, eficiencia y eficacia de los sistemas de salud y de cuidados de larga duración, salvaguardando al mismo tiempo su sostenibilidad» [comillas añadidas porque son citas].

<sup>36</sup> En BOCG – *Congreso de los Diputados*, 10 noviembre 2020, n. 175, pág. 14.

<sup>37</sup> MALDONADO MOLINA, J.A: “La compatibilidad trabajo-pensión y el retorno al trabajo del pensionista”, cit., págs. 163-164.

la problemática de las pensiones y la segunda ha tenido de la mano del Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo de 2023<sup>38</sup>.

Antes de entrar en materia conviene precisar que la primera parte del primer párrafo de la Disposición Final décima se dispone que su entrada en vigor tendrá lugar “el día primero del mes siguiente al de su publicación en el BOE”, es decir el 1 de abril, inmediatamente se anuncia que hay muchos preceptos cuya fecha de entrada en vigor será diferente, distribuidos en ocho párrafos, y que van, desde el día siguiente al de la publicación en el BOE, hasta el 1 de enero de 2026.

Cabe tener en cuenta que el equilibrio financiero de sistema público de pensiones se encuentra en la actualidad muy afectado por el aumento de pensionistas en términos absolutos y en proporción al conjunto de la sociedad, tendencia que se acelerará durante los próximos años, conforme se vaya jubilando la generación llamada “baby boom”.

Dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), el Componente 30 es el relativo a la sostenibilidad a largo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo. De acuerdo con esta idea, los retos y objetivos que se plantea la presente normativa está orientada a asegurar la sostenibilidad financiera del sistema en el corto, medio y largo plazo, mantener el poder adquisitivo, preservando su papel en la protección frente a la pobreza y garantizando la equidad intergeneracional. Apoyándose en el amplio consenso parlamentario sustanciado en la aprobación de las recomendaciones del marco del Pacto de Toledo, se propone la puesta en marcha de un paquete de medidas complementarias entre sí que serán elevadas al diálogo social. En el RD-Ley se contemplan diversas actuaciones como las siguientes:

- Incremento gradual de la base máxima de las cotizaciones.
- Se crea una cotización de solidaridad que grava la masa salarial que supera la base máxima de cotización.
- Se amplía cuantitativamente el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI) para nutrir un Fondo de Reserva. Repárese, de este modo, que el Fondo de Reserva *se está convirtiendo ya en un mecanismo de carácter estructural y dotado, consiguientemente, de permanencia con la finalidad típica de garantizar la sostenibilidad* del sistema de pensiones suficientes y socialmente adecuadas.
- Se revisa la regla relativa al periodo de cómputo para el cálculo de la pensión, ofreciendo una doble alternativa a lo largo de dos décadas.

Consta de un artículo único, que reforma el TR Ley General de la Seguridad Social, con cuarenta y cuatro apartados, seis disposiciones adicionales, seis transitorias, una derogatoria y diez disposiciones finales.

La consecución de este objetivo general, el de preservar la sostenibilidad a largo plazo del sistema de pensiones, se articula a través de otros objetivos más concretos que han de marcar las principales líneas de actuación:

El primero de estos objetivos es la eliminación del déficit del sistema.

<sup>38</sup> BOE de 17 de marzo de 2023.

El segundo gran objetivo pasa por profundizar los ajustes paramétricos que han permitido incrementar la edad efectiva de jubilación de manera constante, hasta situarla por encima de la media europea, e impulsar a través de nuevos incentivos positivos la prolongación voluntaria del acceso a la jubilación.

Y, como tercer objetivo, desplegar sistemas complementarios de pensiones en el ámbito empresarial y profesional.

Por tanto, aunque la mayoría de las modificaciones afectan a todo el tema de las pensiones, lo cierto es que, esta norma incorpora igualmente, con mayor o menor medida, otras modificaciones que afectan a las siguientes materias: la incapacidad temporal, la prestación por cuidado de hijo enfermo grave, la inclusión en la Seguridad Social de las prácticas formativas o académicas externas, la orfandad, el trabajo a tiempo parcial, las personas discapacitadas y los artistas, el cese por actividad de los trabajadores autónomos y, finalmente, el tema de las pensiones reconocidas al amparo de las normas internacionales.

### **2.1.1. La compatibilidad entre el trabajo y la jubilación como medida para el envejecimiento activo**

En nuestro ordenamiento ha regido, durante mucho tiempo, la regla de la compatibilidad entre el percibo de la pensión de jubilación y el trabajo para los supuestos que no supongan una desnaturalización de la jubilación<sup>39</sup>. Esta medida no sólo facilita el reparto de empleo en España, sino que además facilita que los cotizantes mantengan con sus aportaciones la financiación del sistema de pensiones<sup>40</sup>.

Con el paso del tiempo, esta regla general cambio de forma radical, de forma que se recogió en la Ley General de la Seguridad Social el criterio de la incompatibilidad (art. 213, RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)) entre la pensión y el trabajo del jubilado, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen. Y, todo ello, a diferencias de otros ordenamientos europeos mucho más flexibles.

Queda claro que la realización de un trabajo incompatible con el percibo de una pensión de jubilación supondrá que ésta última quede en suspenso durante el desempeño de esta actividad, sin que ello afecte a la revalorización de las pensiones<sup>41</sup>.

Las fronteras entre la vida activa y el pase a la situación de pensionista<sup>42</sup> pasan a flexibilizarse sólo en los supuestos de jubilación parcial (aunque también en los de jubilación flexible). Y, todo ello, a fin de cumplir con el doble objetivo de reparto de empleo y flexibilización en el cese de la actividad. La introducción de esta figura viene asociada a una serie de ventajas tanto para el trabajador, como para el sistema de pensiones. Así pues, en lo que respecta a los poderes públicos la moderación de la regla de incompatibilidad

<sup>39</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de abril de 1989 declaró que, en los casos de compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación, esta pensión no cumpliría la finalidad que persigue por lo que devendría en ilícita. Ahora bien, este tribunal no se opone a la existencia de otros pequeños ingresos del pensionista, siempre que ello no suponga una actividad profesional del mismo.

<sup>40</sup> TRILLO GARCÍA, A: “Trabajar y pensión de jubilación”, en VV.AA., *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible. Tomo II. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, 2019, págs. 71-73.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pág. 72.

<sup>42</sup> LÓPEZ INSUA, B.M.: “La jubilación parcial en el marco de las políticas de fomento del envejecimiento activo y de reparto del empleo”, *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 16, págs. 53-72.

ofrece la posibilidad de posponer las pensiones plenas, al aliviar el desequilibrio financiero provocado por el envejecimiento demográfico<sup>43</sup>. De ahí que se ampliara la gama de supuestos de compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación (“*ex ante*” y “*ex post*”). Por su parte, los trabajadores podían mantener su vida laboral activa, demorando así su definitiva salida del mercado laboral<sup>44</sup> al incentivar el retraso de la edad de jubilación<sup>45</sup>. Lo que en definitiva supone no sólo garantizar una situación de necesidad (mediante la sustitución de rentas), sino además cumplir con los objetivos de política de empleo y regulación del mercado de trabajo, en una perspectiva de envejecimiento activo<sup>46</sup>. Aparte, a las empresas también aporta ventajas de distinto índole tanto para la organización en el trabajo (puede servir como vía para trasladar la experiencia de un trabajador maduro a nuevas generaciones de empleados; incorporar un trabajador a un puesto adaptado a la nueva modalidad), como de tipo económico (ya que reduce el absentismo laboral y mejora la productividad).

Indica la OIT que «la rigidez en la edad de retiro pueda ser en sí misma una causa de aceleración del envejecimiento por la brutalidad de la transformación que supone en las condiciones de existencia». Con este propósito, el legislador permite que cada individuo pueda reducir progresivamente su jornada de trabajo para incrementar, asimismo, el tiempo disponible para la organización de su nueva vida. En definitiva, se pretende conseguir el tránsito escalonado entre vida activa e inactiva, tal y como ya se había proclamado en numerosos textos internacionales<sup>47</sup>.

La puesta en marcha de esta medida ha tenido una escasa aplicación en la nación española, pese a las constantes reformas que esta figura ha venido sufriendo desde 2013. Y ello es porque, en todo momento, el legislador ha buscado desincentivar su implantación para así evitar el surgimiento de situaciones fraudulentas.

Existen, actualmente, dos modalidades de jubilación parcial. Primero, cuando el trabajador cumple la edad mínima legal (art. 215.1 LGSS) y acuerda con la empresa la reducción de la jornada dentro de los límites que establece la ley<sup>48</sup>. En estos casos, se firma entre el trabajador y la empresa un contrato a tiempo parcial con las consiguientes mermas salariales. Obligatoriamente aquí el trabajador jubilado parcialmente deberá ser sustituido por otro trabajador (relevista) que esté en desempleo o por un trabajador de la misma empresa con un contrato temporal (que habrá de ampliar). En los últimos tiempos, se ha usado – muy especialmente – esta figura de la “jubilación anticipada parcial” de una manera fraudulenta y desnaturalizada. En efecto, algunas empresas han venido realizando una peculiar distribución del tiempo de trabajo para los trabajadores jubilados parcialmente, consistente en acumular las horas de trabajo del jubilado parcial en jornadas completas, de manera que éste trabaje en jornadas completas consecutivas todas las horas le corresponderían hasta el fin de la jubilación parcial, dejando de prestar servicios una vez

<sup>43</sup> LÓPEZ GANDÍA, J.: *op. cit.*, pág. 58.

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F y CASAS BAAMONDE, M.E., *op. cit.*, pág. 11.

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “La jubilación anticipada parcial”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A (dirs.), *La edad de jubilación*, cit., pág. 333.

<sup>46</sup> LÓPEZ GANDÍA, J.: *op. cit.*, págs. 58-59.

<sup>47</sup> MALDONADO MOLINA, J.A., “La compatibilidad trabajo-pensión y el retorno al trabajo del pensionista”, cit., pág. 165.

<sup>48</sup> En la actualidad, el porcentaje de reducción queda comprendida entre un mínimo de un 25% y un máximo del 50%, o del 75% para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida. Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

cumplidas tales horas. Esa distribución se ha hecho, además, optando por el porcentaje más extremo de la horquilla vigente hasta el 1º de abril de 2013 (fecha entrada en vigor del RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo): trabajar solo el 15% de la jornada (percibiendo el 85% de la pensión que le correspondiera). De este modo, en lugar de reducir la jornada diaria un 85% (al 15%), se calculaba el número total de jornadas que le corresponderían hasta el momento de la jubilación total, y de esas trabajaban a tiempo completo el 15% de las mismas, dejando de prestar servicios por completo el resto del tiempo (aunque con el contrato vigente, obviamente, manteniendo el alta y consiguiente cotización prorrateada). Esta mala praxis ha tenido incidencia directa en el “actor secundario”, el relevista, que se escudaba en considerar que hubo fraude en la contratación para solicitar la improcedencia de la extinción de su contrato, al entender que, el relevado se había jubilado años antes de la extinción del contrato<sup>49</sup>.

La edad mínima de acceso a la jubilación parcial (con contrato de relevo) será a partir de los 60 años para los mutualistas (que comenzaron a trabajar antes de enero de 1967). Sin embargo, la reforma operada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, 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, incide nuevamente sobre este punto para desincentivar la aplicación de esta figura. Y es que se endurece la edad de acceso a la jubilación parcial, al tiempo que incrementa el período mínimo de cotización.

**Tabla – Edad y años cotizados para pedir la jubilación parcial**

Año del hecho causante	Edad exigida según períodos cotizados en el momento del hecho causante		Edad exigida con 33 años cotizados en el momento del hecho causante
2013	61 y 1 mes	33 años y 3 meses o más	61 y 2 mes
2014	61 y 2 meses	33 años y 6 meses o más	61 y 4 meses
2015	61 y 3 meses	33 años y 9 meses o más	61 y 6 meses
2016	61 y 4 meses	34 años o más	61 y 8 meses
2017	61 y 5 meses	34 años y 3 meses o más	61 y 10 meses
2018	61 y 6 meses	34 años y 6 meses o más	62 años
2019	61 y 8 meses	34 años y 9 meses o más	62 y 4 meses
2020	61 y 10 meses	35 años o más	62 y 8 meses
2021	62 años	35 años y 3 meses o más	63 años
2022	62 y 2 meses	35 años y 6 meses o más	63 y 4 meses
2023	62 y 4 meses	35 años y 9 meses o más	63 y 8 meses
2024	62 y 6 meses	36 años o más	64 años
2025	62 y 8 meses	36 años y 3 meses o más	64 y 4 meses
2026	62 y 10 meses	36 años y 3 meses o más	64 y 8 meses
2027 y siguientes	63 años	36 años y 6 meses	65 años

Fuente: Seguridad Social<sup>50</sup>

<sup>49</sup> MALDONADO MOLINA, J.A.: “La compatibilidad trabajo-pensión y el retorno al trabajo del pensionista”, cit., págs.165-169.

<sup>50</sup> [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es)

La segunda modalidad de jubilación parcial afectará a los trabajadores que hayan cumplido la edad ordinaria de jubilación<sup>51</sup> y reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación. El trabajador jubilado habrá de firmar aquí un contrato a tiempo parcial con el empresario, debiendo su jornada oscilar entre el 25% (como mínimo) y 50% como máximo. En este último caso, no es necesario suscribir contrato de relevo con otro trabajador.

El art. 213.2 LGSS establece, a continuación, una regla de incompatibilidad total entre el desempeño de una actividad profesional en el sector público y el percibo de una pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, siguiendo lo preceptuado por el § 2º del art. 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

La incompatibilidad afecta cualquiera que sea el vínculo entre el pensionista y la Administración Pública o institución dependiente, por tanto, con independencia de que se trate de una relación funcionarial, estatutaria, o laboral, de carácter permanente o eventual. No obstante, se establecen las siguientes excepciones: a) los profesores universitarios eméritos<sup>52</sup> y b) el personal licenciado sanitario emérito<sup>53</sup>.

Aparte de estos dos supuestos, la Ley – de una manera ambigua – admite otros supuestos de compatibilidad, a saber: el referido a los trabajos “ocasionales” (se podrá compatibilizar el trabajo por cuenta propia con la pensión de jubilación siempre que los ingresos totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional (SMI) (art. 213.4 LGSS))<sup>54</sup>; «con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad» (Orden del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA))<sup>55</sup>; la actividad por cuenta propia del profesional colegiado<sup>56</sup>; artistas y escritores que perciban derechos de propiedad intelectual<sup>57</sup> y, finalmente, con el sistema de clases pasivas.

<sup>51</sup> En el año 2022 la edad legal de jubilación ordinaria son 66 años y 2 meses, cuando se acrediten menos de 37 años y 6 meses de cotización y 65 años si se ha cotizado 37 años y 6 meses o más.

<sup>52</sup> El art. 54-*bis* de la LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades establece que las Universidades, de acuerdo con sus estatutos, podrán nombrare a Profesores Eméritos entre profesoras y profesores jubilados que hayan prestado servicios destacados a la Universidad.

<sup>53</sup> El art. 77.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud determina lo siguiente: «La percepción de pensión de jubilación por un régimen público de Seguridad Social será compatible con la situación del personal emérito a que se refiere la disposición adicional cuarta. Las retribuciones del personal emérito, sumadas a su pensión de jubilación, no podrán superar las retribuciones que el interesado percibía antes de su jubilación, consideradas, todas ellas, en cómputo anual». Por su parte la DA 4a de la Ley 55/2003 dispone que «Los Servicios de salud podrán nombrar, con carácter excepcional, personal emérito entre licenciados sanitarios jubilados cuando los méritos relevantes de su currículo profesional así lo aconsejen. El personal emérito desempeñará actividades de consultoría, informe y docencia».

<sup>54</sup> En la práctica, en muchos supuestos hay un problema que impide que un jubilado inicie con seguridad jurídica una actividad, ya que no siempre se conoce si la actividad a realizar va a dar lugar a unos ingresos superiores al SMI, abocándose a una posible sanción y a la devolución de lo percibido indebidamente.

<sup>55</sup> CABALLERO PÉREZ, M.J.: “La jubilación en el trabajo autónomo”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y López Cumbre, L (dirs.), *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, cit., págs. 360-361.

<sup>56</sup> Véase la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, sobre régimen de incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia con los profesionales colegiados. *Cfr.* CABALLERO PÉREZ, M.J.: *op. cit.*, pág. 361.

<sup>57</sup> DF 2a del RD-Ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y cinematográfica.

Esta materia se ha visto nuevamente tocada a través del Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo de 2023, puesto que en la Disposición Adicional 1ª RD-Ley da un mandato al Gobierno para que, en el plazo de un año, previa negociación en el marco del diálogo social, presente ante el Pacto de Toledo una propuesta de modificación de la regulación de la jubilación parcial en el sistema de Seguridad Social que garantice un régimen de **compatibilidad efectiva de trabajo y pensión**, preserve la calidad del empleo de los relevistas y equilibre el coste que esta modalidad de pensión tiene.

### 2.1.2. La jubilación flexible y la jubilación activa: aspectos problemáticos

Antes de adentrarnos en los aspectos más conflictivos de estas dos figuras cabe diferenciarlas, de un lado, la jubilación flexible es cuando el sujeto ya es pensionista y vuelve a la situación activa. Y, de otro, en la jubilación activa el trabajador que haya alcanzado la edad ordinaria de jubilación podrá compatibilizar el percibo de la pensión de jubilación con la realización de un trabajo por cuenta ajena o propia (art. 214 LGSS).

La jubilación flexible se contempla en el art. 213.1 LGSS, aunque sin mencionarla expresamente<sup>58</sup> y como una excepción a la regla general. Se trata ésta de una variante de la jubilación parcial en tanto que abre la puerta para que los ya jubilados se reincorporen a la vida activa de forma parcial<sup>59</sup>.

En la jubilación flexible la compatibilidad entre un trabajo a tiempo parcial y la jubilación se hará dentro de los límites que marca el art. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores (ET), debiendo aminorarse la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable<sup>60</sup>. La minoración de la cuantía de la pensión tendrá efectos desde el día en que comience la realización de las actividades. Puede incluso simultanear la pensión con más de un contrato a tiempo parcial, pero solo si la duración de las jornadas de los mismos se encuentra dentro de los límites legales (esto es, entre el 25 y el 50%).

El pensionista (tanto si causa su jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) como en el RETA), antes de iniciar las actividades realizadas mediante contrato a tiempo parcial, deberá comunicar tal circunstancia a la Entidad Gestora respectiva. Debe ser un trabajo por cuenta ajena, de modo que no cabe la jubilación flexible si el pensionista lo que pretende es trabajar por cuenta propia a tiempo parcial. Durante el tiempo de percibo de la jubilación flexible, el beneficiario mantendrá la condición de pensionista a efectos de reconocimiento y percibo de las prestaciones sanitarias (tal y como establece el art. 9 del RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible).

Evidentemente, en este caso, se efectuará el recalcdo de la pensión. De modo que, las cotizaciones efectuadas durante la situación de jubilación flexible surtirán efectos para

<sup>58</sup> «las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan. Durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable».

<sup>59</sup> DE LA FUENTE LAVÍN, M.: «La flexibilidad en la jubilación», en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A (dirs.), *La edad de jubilación*, cit.

<sup>60</sup> La jornada realizada debe estar entre el 75% y el 50% de otro trabajador a tiempo completo comparable.

la mejora de la pensión, una vez que se produzca el cese en el trabajo<sup>61</sup>. Por otra parte, para el recálculo de la cuantía de la pensión de jubilación habrá de tenerse en cuenta las siguientes reglas:

- a) para el recálculo de la base reguladora se tendrán en cuenta las nuevas cotizaciones, a las que le serán de aplicación las reglas vigentes en el momento del cese en la actividad, salvo que la aplicación de esta regla diese como resultado una reducción del importe de la base reguladora anterior, en cuyo caso, se mantendrá esta última, si bien aplicando a la cuantía de la pensión las revalorizaciones habidas desde la fecha de determinación de la base reguladora hasta la del cese en el trabajo;
- b) las cotizaciones efectuadas, tras la minoración del importe de la pensión de jubilación darán lugar a la modificación del porcentaje aplicable a la base reguladora, en función del nuevo período de cotización acreditado. Además, surtirán efectos para disminuir o, en su caso, suprimir el coeficiente reductor que se hubiese aplicado, en el momento de causar el derecho a la pensión de jubilación anticipada por tener o no la condición de mutualista.

Si el trabajador falleciese durante la situación de jubilación flexible, a efectos del cálculo de las prestaciones de muerte y supervivencia que correspondan, los beneficiarios podrán optar por que aquéllas se calculen desde la situación de activo del causante o, en su caso, desde la situación de pensionista del mismo. En este último supuesto, se tomará como base reguladora de las prestaciones de muerte y supervivencia la que sirvió para la determinación de la pensión de jubilación, aplicándose las revalorizaciones habidas desde el momento en que se determinó la correspondiente base reguladora<sup>62</sup>.

Sobre la jubilación flexible, cabe señalar dos importantes particularidades, de un lado, la pensión de jubilación flexible – cualquiera que sea el régimen en que se cause – es incompatible con el percibo de la pensión de incapacidad permanente que corresponda por la actividad desarrollada<sup>63</sup> y, de otro lado, el percibo de la jubilación flexible será compatible con las prestaciones derivadas de incapacidad temporal y maternidad, derivadas de la actividad efectuada a tiempo parcial.

Finalmente, cabe referirse a la jubilación activa. Esta se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico a través del RD-Ley 5/2013. El uso de esta figura comenzó siendo muy reducido, pero poco a poco ha ido incrementándose. Principalmente es usada esta figura por trabajadores autónomos debido a que les permite mantener su poder adquisitivo tras la jubilación (no olvidemos que sus pensiones son de las más bajas, un 37% más bajas que las del RGSS). Muy especialmente, el auge en esta forma de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación se hizo representativa con la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, tras la cual – si tienen contratado al menos a un trabajador por cuenta ajena – pueden percibir simultáneamente el cien por cien de la pensión junto con los ingresos derivados de su actividad como autónomo (con objeto de evitar que la jubilación del autónomo conlleve la pérdida de empleos), lo cual es un

<sup>61</sup> STSJ Madrid 5 junio 2016 (rec. 522/2016).

<sup>62</sup> AGUILAR DEL CASTILLO, M.C., “Otras formas de “compatibilidad” de la pensión de jubilación con el trabajo: la jubilación flexible y la jubilación activa”, en VV.AA., Álvarez Cortés, J.C (dir.), *Trabajadores maduros y seguridad social*, Aranzadi, 2018, pág. 189.

<sup>63</sup> STS 15 julio 2020 (rec. 650/2020).

incentivo extraordinariamente atractivo (ya que además sus costes se ven muy reducidos, al cotizar solo por la cuota de solidaridad)<sup>64</sup>.

La jubilación activa se regula en el art. 214 LGSS, el cual ha sido modificado por medio de la Ley 21/2021. Una de las cuestiones más novedosas es la relativa al acceso a la jubilación activa, la cual tendrá lugar al menos un año después de haber cumplido la edad ordinaria de jubilación (art. 214.1.a LGSS). Esta última medida ha sido muy discutida por la doctrina debido al propósito oculto que, tras ella, oculta y que no es otro que el de desincentivar su uso para así encauzar a los trabajadores autónomos a optar por la jubilación demorada. En efecto, la Ley 21/2021 establece la incompatibilidad entre la jubilación “activa” y la “demorada”, de ahí esa previsión de espera de un año que evite generar el complemento por la demorada, y simultáneamente pasar a la activa. Económicamente, esta solución favorece al sistema de Seguridad Social.

Antes de esbozar el tema de la cuantía de la pensión compatibilizada con el trabajo, cabe señalar dos importantes novedades. Y es que, en el trabajo por cuenta ajena la jubilación activa podrá desarrollarse a tiempo completo o parcial, mientras que en el empleo por cuenta propia la compatibilidad entre trabajo y pensión será a tiempo completo<sup>65</sup>.

Respecto a la cuantía de la pensión compatibilizada con el trabajo:

- 1) será de un 50% del importe resultante en el reconocimiento inicial, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista. Evidentemente, en este caso, la pensión se revalorizará en su integridad en los términos que establezca el sistema de la Seguridad Social;
- 2) el pensionista no tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que se compatibilice la pensión con el trabajo;
- 3) al igual que en la jubilación flexible, el beneficiario tendrá la consideración de pensionista;
- 4) en cuanto acabe la relación laboral por cuenta ajena se reestablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación.

A este respecto, resulta llamativa la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 7 de julio de 2022 (recurso de casación 4180/2019) en donde se deniega al trabajador autónomo el derecho a la pensión de jubilación activa del 100% al entenderse que no cumple con los requisitos que establece el art. 214 LGSS. En este caso, el recurrente – incluido en el RETA – es socio de una sociedad irregular, cuyo objeto social es el asesoramiento laboral, contable y otros (art. 305.2.d LGSS), sin embargo, la contratación de trabajadores no la efectúa él mismo, sino que lo hace a través de una sociedad civil irregular. A este respecto, el Alto Tribunal razona: 1) el recurrente (persona física) es sujeto distinto de la sociedad civil irregular (no se cumplen con los requisitos del art. 1.2 ET) y debe desarrollar una actividad por cuenta propio o a título individual. Por tanto, no basta con ser miembro de una comunidad de bienes o administrador de una sociedad limitada, sino que tiene que tener contratado algún trabajador, 2) no se cumplen con lo previsto en

<sup>64</sup> MALDONADO MOLINA, J.A., “La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2022, n. 30.

<sup>65</sup> MONEREO PÉREZ, J.L y RODRÍGUEZ INIESTA, G., *La pensión de jubilación*, Laborum, 2ª edición, 2022.

el § 2º del art. 214.2 LGSS<sup>66</sup>, 3) el que la sociedad civil irregular no ostente una persona jurídica propia, distinta de la de sus socios, no significa que sea irrelevante pues actúa como empresario en el ordenamiento jurídico y, como tal, se le reconoce esa condición y 4) no ha de confundirse la responsabilidad directa, personal e ilimitada de la sociedad civil irregular frente a sus trabajadores, con la del empresario.

Resulta llamativa la interpretación tan restrictiva que, en torno a la figura de la jubilación activa, adopta el Tribunal Supremo. Maxime sabiendo que, esta figura, puede ser utilizada de manera abusiva por trabajadores por cuenta propia. La clave está, por tanto, en la necesaria conexión entre la persona jubilada y la empleadora, debiendo interpretarse sistemáticamente lo previsto por la DF 6ª LGSS<sup>67</sup> y la finalidad de esta figura. En efecto, afirma el Alto Tribunal que de admitirse la tesis contraria podría suceder que se jubilaran varios socios simultáneamente y la sociedad civil irregular tuviera contratado a único trabajador, lo que supondría reconocerles a todos ellos sus respectivas pensiones con computabilidad plena del 100%, las cuales traerían causa de un único contrato de trabajo suscrito por una persona distinta, la sociedad civil irregular, lo que iría en contra del tenor literal de la norma. También podría suceder que se jubilara un socio, teniendo la sociedad civil irregular contratada a una persona por cuenta ajena y solicitara la pensión de jubilación del 100% y, una vez que le ha sido concedida, se jubilara un segundo socio y solicitara asimismo la pensión de jubilación activa del 100%, apelando que la sociedad civil irregular ya tiene contratado a un trabajador por cuenta ajena y no hay razón alguna para adjudicar dicha contratación al socio que se jubiló primero, ya que los dos ostentan los mismos derechos en la sociedad.

Los empresarios que cuenten con beneficiarios de la jubilación activa cotizarán al RGSS únicamente por las prestaciones de incapacidad temporal y contingencias profesionales, si bien quedarán sujetos a la cotización especial de solidaridad del 9% sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones. Esta cotización especial se distribuirá entre trabajador y empresario: al trabajador le corresponderá el 2%, mientras que a cargo del empresario irá el 7%<sup>68</sup>.

Durante la pandemia del Covid-19, la Orden SND/232/2020, de 15 de marzo recogió en su art. 4 la posibilidad de que los profesionales sanitarios jubilados (médicos, personal emérito y enfermeros) menores de 70 años pudieran reincorporarse al servicio activo por la autoridad competente de las CCAA y, de conformidad, con lo previsto por el RD 463/2020, de 14 de marzo. Esta medida permitía compatibilizar la pensión de jubilación con la vida activa (a tiempo completo o parcial) para aliviar la carga de trabajo y presión

<sup>66</sup> Hay que tener en cuenta el pronunciamiento recogido en la sentencia de esta Sala 824/2021, de 23 de julio (rec. 2956/2019). El solicitante cumple el primer extremo del art. 214 LGSS; su primer extremo – la promoción del envejecimiento activo – pero no en el segundo – la creación de, al menos, un puesto de trabajo, o su mantenimiento que compensa los gastos de la compatibilización de la pensión de jubilación con los ingresos de actividades profesionales o económicas por cuenta propia – pues supone la ruptura de la conexión entre la jubilación activa del beneficiario y los contratos de trabajo, puesto que las trabajadoras están contratadas por la sociedad civil irregular, y los avatares que puedan sobrevenir al socio de dicha sociedad – muerte, invalidez, permanente total, absoluta o gran invalidez, (art. 49.1.g ET) – no constituyen causa de extinción del contrato, por lo que los costes del trabajador contratado no corren exclusivamente a cuenta del socio de la sociedad civil irregular.

<sup>67</sup> Introducida por la Ley 6/2017, en donde se prevé la «Ampliación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena. Con posterioridad [...] se procederá a aplicar al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el mismo régimen de compatibilidad», lo que revela que, de *lege data*, existe actividad por cuenta propia a la que no resulta aplicable esta compatibilidad plena del 100% con la pensión de jubilación.

<sup>68</sup> Véase art. 153 LGSS, tras la redacción dada por la DF 38a de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2021.

que este colectivo sufría. La norma priorizó la atención sanitaria que estos profesionales podían prestar, principalmente, en centros de Atención Primaria, para disminuir la carga asistencial en este ámbito, realizando funciones de triaje y atención domiciliaria, relacionadas con la atención al Covid-19<sup>69</sup>.

Por su parte, la DA 15ª del RD-Ley 11/2020, de 31 de marzo (modificada por las DF 3ª.3 y 4ª del RD-Ley 13/2020, de 7 de abril), establece que se manteniendo el importe de la pensión (incluyendo el eventual complemento a mínimos), considerándose pensionista a todos los demás efectos, pero debiendo la Administración contratante cumplir con sus obligaciones en orden a afiliación, alta, cotización, e incluyéndose cuota obrera patronal en los mismos términos que cualquier actividad, sin ser de aplicación las reglas relativas a la jubilación activa.

### 3. TRABAJO, INCAPACIDAD PERMANENTE Y DISCAPACIDAD: RÉGIMEN DE COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

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 art. 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 Supremo<sup>70</sup> 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 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)<sup>71</sup>. 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 arts. 4.2.c y 17.1 ET<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos (A propósito del RD-Ley 3/2021, de 3 de febrero)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2021, n. 27, pág. 11 ss.

<sup>70</sup> Véanse STS 541/2020 de 29 de junio (rec. 1062/2018) y STS 563/2020 de 1º de julio (rec. 1935/2018).

<sup>71</sup> TOMÁS JIMÉNEZ, N., “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L. et al. (dirs.), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, 2021, págs. 743 ss.

<sup>72</sup> Véase ARENAS, M., “STS relevantes en materia de seguridad social a 31/07/2020”, en *miguelonarenas.blogspot.com*, 31 julio 2020, considerándose que la sentencia (número de la resolución: 592/2020) es injusta.

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 trabajo<sup>73</sup>, 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 trabajar<sup>74</sup>.

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 una discriminación por razón de discapacidad. Aspecto que prohíbe, claramente, el art. 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 (rec. 4120/2020)<sup>75</sup>.

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 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

<sup>73</sup> Puede verse un estudio exhaustivo de la incapacidad permanente y su evolución hasta la fecha de su publicación, entre otros, en ROQUETA BUJ, R y FERNÁNDEZ PRATS, C., “La incapacidad para trabajar”, La Ley, 2014. En esta línea, Rivas Vallejo, P. (dir.), *Tratado Médico-Legal sobre Incapacidades Laborales. La Incapacidad Permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Aranzadi, 2008.

<sup>74</sup> DE VAL TENA, Á.L., “Incapacidad permanente. Concepto, grados y requisitos”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y Rodríguez Iniesta, G (dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo I*, Laborum, 2017, pág. 772.

<sup>75</sup> 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*, 2022, n. 3.

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<sup>76</sup>.

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 causas<sup>76</sup>, máxime cuando se cumplen con todos los requisitos que establece el RDL 8/2015 (art. 195.1.2, que remite al art. 205.1 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 práctica<sup>77</sup>.

En esta misma línea, se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala cuarta de lo Social) en su sentencia 379/2022 de 27 de abril<sup>78</sup>. De este modo, el Alto Tribunal da un importante

<sup>76</sup> 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 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».

<sup>77</sup> Otras sentencias del Tribunal Constitucional que caminan en esta línea son las siguientes: STC 208/2013, de 16 de diciembre; STC 3/2018, de 22 de enero; STC 51/2021, de 15 de marzo; STC 113/2021, de 21 de mayo.

<sup>78</sup> Rec. 184/2019. En este caso, el demandante se encontraba en alta en la Seguridad Social dese 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 presentar «reducciones anatómicas o funcionales que disminuyeran o anularan su capacidad laboral». La demanda

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 art. 205.1.a LGSS, pueda acceder a una situación de incapacidad permanente<sup>79</sup>.

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 arts. 14 CE, 4.2.c y 17 ET, 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 permanente» (art. 195.1 LGSS). 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.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR DEL CASTILLO M.C.: “Otras formas de «compatibilidad» de la pensión de jubilación con el trabajo: la jubilación flexible y la jubilación activa”, en VV.AA., Álvarez Cortés, J.C. (dir.), *Trabajadores maduros y seguridad social*, Aranzadi, 2018.

ALONSO SECO J.M.: *Política social europea*, UNED, 2014.

ÁLVAREZ CORTÉS J.C.: “Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada”, en VV.AA., Morales Ortega, J.M. (dir.), *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos*, Laborum, 2016.

---

interpuesta ante el Juzgado n. 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.

<sup>79</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho a acceder a la incapacidad permanente desde la jubilación “anticipada” por razón de discapacidad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2022, n. 6.

- ARENAS M.: “STS relevantes en materia de seguridad social” a 31/07/2020, en [miguelonarenas.blogspot.com](http://miguelonarenas.blogspot.com), 31 julio, 2020.
- CABALLERO PÉREZ M.J.: “La jubilación en el trabajo autónomo”, en Monereo Pérez, J.L y López Cumbre, L (dirs.), *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Comares, 2015.
- DE LA FUENTE LAVÍN M.: “La flexibilidad en la jubilación”, en VV.AA.: Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A (dirs.), *La edad de jubilación*, Comares, 2011.
- DE VAL TENA Á.L.: “Incapacidad permanente. Concepto, grados y requisitos”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y Rodríguez Iniesta, G (dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo I*, Laborum, 2017.
- GALLEGOS LOSADA R.: “La inseguridad jurídica derivada de la contrarreforma de las pensiones públicas de jubilación: ¿quiebra de los derechos de los pensionistas?”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 22, 2020.
- GALLEGOS LOSADA R.: *El dilema de las pensiones en España*, Tirant lo Blanch, 2015.
- LÓPEZ GANDÍA J.: “La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones”, *Documentación Laboral*, n. 99, 2013.
- LÓPEZ INSUA B.M.: “El despido colectivo y los trabajadores de edad avanzada”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, 2019.
- LÓPEZ INSUA B.M.: “La jubilación parcial en el marco de las políticas de fomento del envejecimiento activo y de reparto del empleo”, en *Trabajo y Derecho*, n. 16, 2016.
- LÓPEZ INSUA B.M.: “La jubilación parcial”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y López Cumbre, L (dirs.), *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Comares, 2015.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “Impulsando un nuevo modelo de “envejecimiento activo”: la compatibilidad entre trabajo-pensión versus jubilación y otras prestaciones del sistema de Seguridad Social”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, N°4, 2022.
- LÓPEZ DE OÑATE, F.: *La certeza del Derecho*, Trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redin, Introducción de G. Capograssi, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2007.
- 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*, n. 3, 2022.
- MALDONADO MOLINA J.A. (2022), “La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 30, 2022.
- MALDONADO MOLINA J.A.: “La compatibilidad trabajo-pensión y el retorno al trabajo del pensionista”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A (dirs.), *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, Comares, 2021.

- MALDONADO MOLINA J.A.: “Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A (dirs), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº. Extraordinario, 2008.
- MONEREO PÉREZ J.L.: “Derecho a acceder a la incapacidad permanente desde la jubilación “anticipada” por razón de discapacidad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 6, 2022.
- MONEREO PÉREZ J.L.: “La política de pensiones tras el Acuerdo Social y económico de 2011: la fase actual de la construcción de un “nuevo” sistema de pensiones”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A. (dirs.), *La edad de jubilación*, Comares, 2021.
- MONEREO PÉREZ J.L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº. extra., 2010.
- MONEREO PÉREZ J.L.: “Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L. (dir.), *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, Comares, 2010.
- MONEREO PÉREZ J.L.: *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada*, Albacete, Bomarzo, 2019.
- MONEREO PÉREZ J.L., *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, Atelier, 2022.
- MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ INSUA B.M.: “Avanzando hacia una efectiva igualdad: discapacidad e incapacidad permanente desde una perspectiva jurisprudencial”, en VV.AA., Barrios Baudor, G.L y Rodríguez Iniesta, G (dirs.), *Derecho vivo de la Seguridad Social. VI Seminario Permanente de estudio y actualización URJC-AESSS 2021*, Murcia, Laborum, 2022.
- MONEREO PÉREZ J.L., MALDONADO MOLINA J.A.: “Artículo 25. Derechos de las personas mayores”, en VV.AA., Monereo Atienza, C y Monereo Pérez, J.L. (dirs.), *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., MALDONADO MOLINA J.A. (DIRS): *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, Granada, Comares, 2022.
- MONEREO PÉREZ J.L., MALDONADO MOLINA J.A. (DIRS): *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019.
- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ INIESTA G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2ª edición, 2022.
- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ INIESTA G.: “Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos (A propósito del RD-Ley 3/2021, de 3 de febrero)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº. 27, 2021.

- MORENO ROMERO F.: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*, Granada, Comares, 2016.
- ORTEGA LOZANO P.: “Trabajadores de edad avanzada o trabajadores maduros en la política de empleo”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019.
- PASCUAL CORTÉS R.: “La edad media de acceso a la jubilación sigue sin despegar y se sitúa en 64,5 años”, en *cinco dias.elpais.com*, 2021.
- RIVAS VALLEJO P. (dir.): *Tratado Médico-Legal sobre Incapacidades Laborales. La Incapacidad Permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Navarra, Aranzadi, 2008.
- RODRÍGUEZ CARDO I.A.: “La jubilación anticipada parcial”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A (dirs.), *La edad de jubilación*, Comares, 2011.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER M., VALDÉS DAL-RÉ F., CASAS BAAMONDE M.E.: “La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo”, *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 5, 2013.
- ROQUETA BUJ R., FERNÁNDEZ PRATS C.: *La incapacidad para trabajar*, La Ley, 2014.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y.: “Trabajadores de edad avanzada: I. Jubilación anticipada y jubilación parcial (Cuestiones prácticas tras la Reforma 2013)”, *Actualidad Laboral*, n. 9, 2013.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y.: “Trabajadores de «edad avanzada»: empleo y protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 33, 2001.
- SEGURIDAD SOCIAL: “Beneficiarios/Contratos”, en *www.seg-social.es*, 12 noviembre de 2022.
- SERRANO FALCÓN C.: “Las políticas activas de empleo para las personas de edad madura en la industria 4.0”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L y MALDONADO MOLINA, J.A (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019.
- SUÁREZ CORUJO B.: “Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A y López Insua, B.M (dirs.), *Las Políticas Activas de Empleo: Configuración y Estudio de su Regulación Jurídica e Institucional*, Navarra, Aranzadi, 2016.
- TOMÁS JIMÉNEZ N.: “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad”, en VV.AA.: Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F y Maldonado Molina, J.A (dirs.), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2021.
- TRILLO GARCÍA A.: “Trabajar y pensión de jubilación”, en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible. Tomo II. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2019.

# PENSIONES DE JUBILACIÓN Y DE SUPERVIVENCIA<sup>1</sup>

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Murcia*

*[orcid.org/0000-001-5054-8822]*

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio se corresponde con una selección de la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) correspondiente al período mayo 2021 a julio de 2022, en relación con las pensiones de jubilación y las de supervivencia (viudedad, orfandad y favor familiares). El análisis de cada una de ellas parte de la reseña de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) cuestionada, de la sentencia del correspondiente Juzgado de lo Social (JS) y de la sentencia que sirve de contraste al recurrente. Se notician los hechos que se han considerado más relevantes (recogidos en las resoluciones judiciales del TSJ y en su caso de la sentencia de instancia), se concreta la cuestión que sería objeto de debate en el TS y finalmente la doctrina fijada por la Sala de lo Social del TS.

## 2. PENSIÓN DE JUBILACIÓN<sup>2</sup>

### 2.1. Pensión de jubilación. Hecho causante y legislación aplicable

Se analiza la STS núm. 545/2022, de 13 de junio (rec. 113/2022) con la siguiente cuestión objeto de debate<sup>3</sup>:

Determinar la fecha del hecho causante a los efectos del cumplimiento del periodo de carencia específica de dos años de cotización dentro de los quince años precedentes cuando la edad de 65 años se alcanzó el 13 de julio de 2008 y la pensión se solicitó el 11 de julio de 2017.

<sup>1</sup> Texto de la ponencia “Pensiones de jubilación y de supervivencia” presentada al VII Seminario Permanente de estudio y actualización “El Derecho de la Seguridad Social a través de la jurisprudencia”, organizado por la Asociación Española de Salud y Seguridad Social y la Universidad Rey Juan Carlos, celebrado en Madrid el 3 de noviembre de 2022.

<sup>2</sup> Ver MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, segunda edición, Laborum ediciones, Murcia, 2022.

<sup>3</sup> La sentencia recurrida es la del TSJ Castilla y León 9/01/2019 rec. 1805/2018 desestima recurso INSS interpuesto contra la SJS 2 Salamanca 10/07/2018 (autos 232/2018) estimatoria demanda del trabajador. Siendo la sentencia de contraste la del TSJ La Rioja 24/06/2011 (rec. 255/2011).

Son hechos relevantes los siguientes:

- El trabajador había nacido en enero de 1943
- Año 2008 solicita información previa al INSS sobre la posibilidad de jubilarse y se le dice: no acredita período mínimo de cotización (trabajos a tiempo parcial)
- Año 2011 solicita pensión de jubilación al INSS: denegatoria por no alcanzar el período mínimo de cotización, ni estar en alta o situación asimilada; no hallarse al corriente en el pago de las cuotas a RETA.
- Año 2017 nueva solicitud de pensión de jubilación (al amparo de los Reglamentos comunitarios), denegada por no reunir el período de cotización mínimo genérico ni el específico. La TGSS denegó la posibilidad en 2017 del procedimiento de invitación al pago por tratarse de deudas prescritas.
- Constan cotizaciones del trabajador en Holanda, Alemania. Realizó servicio militar.
- Tiene reconocida pensión en Holanda y denegada en Alemania. En España percibe pensión jubilación no contributiva.
- Acredita cotizados un total de 3.915 días (incluyendo lo cotizado en Alemania y Holanda).
- La última alta en SS es de 4-1-2009 en trabajos a tiempo parcial. Y desde 7-12-90 a 22-5-2008 figuró como demandante de empleo.

El TS entiende que la previsión recogida en el art. 3 del RD 1647/1997, por la cual se considera como hecho causante de la pensión en el día de la solicitud, tal y como ha entendido la sentencia recurrida (no es correcta) lo que viene a fijar la misma es el momento del reconocimiento de los efectos, en atención a que nos encontramos ante una prestación que no prescribe y que el beneficiario puede interesarla en cualquier momento a partir del cual pueda haberla causado.

Las solicitudes de las prestaciones vienen vinculadas a la fecha de efectos del reconocimiento de las mismas, como momento objetivo a partir del cual se reclama de la Administración el derecho que pueda corresponder y éstas deben responder y esa finalidad es la que se pretende dejar marcada en los supuestos en los que, no existiendo situación de alta o asimilada al alta, se puede tener cubiertas las demás condiciones de acceso a la pensión a partir de un momento determinado aunque su reconocimiento se ejerce en otro posterior.

Partiendo de que el derecho puede reclamarse en cualquier momento, desde el instante en que se reúnen las condiciones de acceso a la pensión ya se produce el hecho causante y, por ende, el derecho debe ser reconocido si así resulta acreditado, sin perjuicio de que los efectos económicos sean obtenidos en atención a la fecha de la solicitud.

De otra forma, la imprescriptibilidad quedaría vacía de contenido en esos casos si se entendiera que es solo a partir de la propia solicitud cuando se produce el hecho causante y la pensión se reconoce. Si el demandante tenía derecho a la pensión en 2008, como bien dice la sentencia recurrida, no es posible denegarla ahora cuando el derecho al reconocimiento no prescribe. En definitiva, lo que se está diciendo en estos casos es que desde el momento en que, conforme a una legislación, la pensión se causa el derecho

puede ser reclamado en cualquier momento, aunque esa petición lo sea cuando existe otro régimen jurídico diferente, no siendo éste el que deba aplicarse porque la pensión ya se entiende causada, sin perjuicio de que sus efectos económicos se anuden a la solicitud.

## 2.2. Jubilación anticipada<sup>4</sup>

### 2.2.1. Beneficiarios de pensión de jubilación anticipada. Viabilidad de acceder posteriormente a la incapacidad permanente

Se analiza la STS 379/2022, de 27 abril (rec.184/2019)<sup>5</sup>, con la siguiente cuestión objeto de análisis:

Si cabe reconocer una incapacidad permanente a la persona trabajadora que ha accedido a la situación de jubilación anticipada por discapacidad, dándose la circunstancia de que no había cumplido todavía los 65 años de edad

Son hechos relevantes los siguientes:

- Daniel, nacido en 1959, tenía como profesión habitual la de agente vendedor de la ONCE; profesión que desarrolló entre 1998 y 2015. Había causado alta en el sistema en fecha 12.12.1977.
- A su solicitud y con efectos del 7.10.2015 le fue reconocida pensión de jubilación anticipada por discapacidad por importe de 181 558 € mensuales, correspondientes al 100% de su base reguladora.
- El actor sufrió el 17.01.1982 un accidente de tráfico en el que resultó con lesiones en vértebra C7 y tetraparesia residual. Tenía reconocida una minusvalía del 90% con validez permanente.
- Con fecha 15.06.2017 registró electrónicamente ante el INSS solicitud de incapacidad permanente. Incoado el correspondiente expediente fue citado a reconocimiento. Emitido por la Unidad Médica de Evaluación de Incapacidades su preceptivo informe, se propuso por el EVI la no calificación del trabajador como incapacitado permanente, por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral, lo que se confirmó por Resolución de 5.07.2017 que denegó la prestación por las siguientes causas:

*“Por no superar las lesiones que padece, una disminución de su capacidad laboral, al ser anteriores a su afiliación a la Seguridad Social y al inicio de su relación de trabajo y no haber experimentado agravación que la disminuya o anule, según lo dispuesto en los arts. 193 y 194 de la LGSS. Por ser en la fecha del hecho causante de la prestación de incapacidad pensionista de jubilación, según lo dispuesto en los arts. 195.1 y 3 y 200.2 de la LGSS”.*

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La jubilación anticipada”, capítulo 5 obra colectiva *Trabajadores Maduros y Seguridad Social*, Álvarez Cortes, J.C. (director), Thomson Reuters, Pamplona, 2018, págs. 115 a 160.

<sup>5</sup> La sentencia recurrida procede del TSJ de La Rioja de 22/11/2018 (rec. 208/2018) estimatoria del recurso de suplicación interpuesto contra la SJS 3 Logroño 3/09/2018, autos 543/2017, que había sido desestimatoria en la instancia. La sentencia de contraste es del TSJ País Vasco 30/05/2017 (POV 2017, 200105).

El TS recuerda que venía manteniendo una constante doctrina, en virtud de la cual consideraba que no cabía acceder a la incapacidad permanente desde la situación de jubilación anticipada concedida en virtud de la aplicación de coeficientes reductores por razón de discapacidad, entre otras, sentencias de 24 de junio de 2020, rec. 1411/2018; 29 de junio de 2020, rec. 1062/2020 y 2 de diciembre de 2020, rec. 2916/2018.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en sentencia 172/2021, de 7 de octubre, recurso de amparo 4119/2020, resolvió estimar el recurso interpuesto por X y, en su virtud: *“Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de su discapacidad. Restablecerla en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de las sentencias número. 81/2018, de 31 de enero, y 512/2020, de 24 de junio, dictadas, respectivamente, por TSJ País Vasco y del TS, recaídas en los recursos, de suplicación número 2487-2017 y de casación para unificación de doctrina número 1411-2018, dejando firme la sentencia número 194/2017, de 12 de julio, del Juzgado de lo Social núm. 2 de San Sebastián”*.

Ante ello concluye, que si el recurrente se encuentra jubilado anticipadamente y no ha cumplido aún la edad de jubilación establecida en el artículo 205.1 a) de la LGSS por lo que tiene derecho a acceder la declaración de incapacidad permanente desde la situación de jubilación anticipada.

El artículo 195.1, párrafo segundo de la LGSS, dispone que no se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario en la fecha del hecho causante tenga la edad prevista en el artículo 205.1 a) LGSS -haber cumplido 67 años o 65 años cuando se acrediten 38 años y seis meses de cotización- y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

En definitiva, no procede reconocer el derecho a la prestación de incapacidad permanente cuando en el beneficiario concurren dos requisitos: tener la edad ordinaria de jubilación y reunir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

En el asunto examinado el actor cumplía el segundo requisito, pero no el primero, por lo que no procede vedar el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente, si acredita dicha situación y reúne los demás requisitos exigibles.

### **2.2.2. Jubilación anticipada por cese involuntario en el trabajo. Condiciones de acceso de los trabajadores fijos discontinuos**

Se analiza la sentencia TS 622/2022, de 6 julio (rec. 3055/2019) cuya cuestión debatida era<sup>6</sup>:

Determinar si tiene derecho a la pensión de jubilación anticipada derivada del cese involuntario en el trabajo, un trabajador fijo discontinuo que lleva inscrito como demandante de empleo más de seis meses cuando solicita la pensión, pero parte de dicho lapso temporal corresponde a un periodo de inactividad mientras subsistía el contrato fijo discontinuo.

Siendo hechos relevantes los siguientes:

<sup>6</sup> La sentencia recurrida procede del TSJ C. Valencia 7/05/2019 rec. 1138/2018 estima recurso INSS confirma sentencia de JS; la sentencia del JS 2 Valencia 8/01/2018, había sido estimatoria. Y es sentencia de contraste la del STSJ Valencia 2/05/2019 (rec. 1151/2018).

- Ovidio nació en 1954, figura afiliado al Régimen General de la Seguridad Social y solicitó el 20-4-2016 la Jubilación anticipada, acreditando 17.087 días cotizados, una base reguladora mensual para la prestación pretendida de 1.566,32 euros, cuantía equivalente al 82% de la base reguladora y fecha de efectos del 25-4-2016.
- Había venido prestando sus servicios desde el 1-7-1971 para la empresa Tabervall, S.A. ostentando la condición de trabajador fijo discontinuo.
- Ha permanecido inscrito como demandante de empleo desde el 31-7-2015, percibiendo subsidio por desempleo con causa en su condición de trabajador fijo discontinuo.
- En auto núm. 111/2016, de 21-3-2016, dictado por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de esta ciudad, en el proceso concursal núm. 1441/2012, se dispone el despido colectivo de los trabajadores de la empresa Tabervall, S.A. que en el mismo se relacionan, entre ellos el actor, al que se le notificó su despido con efectos del 21-3-2016.
- El 20-4-2016 el actor solicitó jubilación anticipada, dando lugar a la resolución del INSS que se impugna de 21-4-2016, por la que se deniega la prestación solicitada.

El TS parte de que los trabajadores fijos discontinuos perciben la prestación por desempleo:

- a) Cuando están en periodos de inactividad: el contrato de trabajo no ha finalizado. Únicamente está suspendido; y
- b) Cuando finaliza la relación laboral por alguna de las causas del art. 267.1.a) de la LGSS.

La finalidad del art. 207.1.b) de la LGSS es que el trabajador no solicite la pensión de jubilación anticipada inmediatamente después de iniciar la situación legal de desempleo. La exigencia del plazo semestral puede servir para que el desempleado, que debe acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada [art. 266.c) de LGSS], encuentre un empleo que evite su jubilación anticipada.

En realidad, el citado precepto no exige que haya una solución de continuidad entre la extinción del contrato de trabajo y la jubilación anticipada. Lo que exige, conforme a su tenor literal, es que haya una solución de continuidad entre el inicio de la situación legal de desempleo y la solicitud de la pensión de jubilación anticipada.

Luego debe llegar a la misma conclusión respecto de los periodos de inactividad de los trabajadores fijos discontinuos. Si el actor estuvo en situación legal de desempleo durante un periodo de inactividad de su contrato de trabajo fijo discontinuo, sin solución de continuidad, se extinguió la relación laboral y posteriormente solicitó la jubilación anticipada, la aplicación del tenor literal del art. 207.1.b) de la LGSS ( obliga a concluir que se ha cumplido la exigencia legal de encontrarse inscrito como demandante de empleo durante seis meses, siendo irrelevante que parte de dicho plazo correspondiera a un periodo de inactividad.

### 2.2.3. Jubilación anticipada y causa del cese en el trabajo: voluntario versus involuntario

Se analiza la STS 568/2022, de 22 junio (rec. 1073/2020), cuya cuestión debatida era<sup>7</sup>:

Determinar si los supuestos de cese, previstos en el art. 207 LGSS constituyen un “numerus clausus” o, por el contrario, puede asimilarse a los mismos la extinción del contrato por impago de salarios, promovida por el trabajador, quien fue despedido colectivamente después de la sentencia que declaró la extinción justificada de su contrato de trabajo, sin que el trabajador impugnara dicha decisión empresarial, ni reclamara tampoco la indemnización por despido, aunque cobró del FOGASA la indemnización causada por la extinción de su contrato previa.

Los hechos más relevantes eran:

- El actor D. Enrique, nacido en 1957, solicitó pensión de jubilación anticipada en fecha de 28/02/2018, cuando contaba con 61 años y con una cotización acreditaba 41 años.
- En fecha de 26-04-2013 el actor, junto con otros trabajadores, presentó demanda solicitando que se resolviese el contrato de trabajo que le vinculaba a la empresa “Fajisa Automóviles Motril, S.A” y se condenase a la misma a abonarle la indemnización del despido improcedente, así como las cantidades adeudadas por salarios, más los correspondientes intereses.
- Con fecha 25-07-2013, se dictó sentencia, en base a la cual se declara la acción resolutoria del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, con fundamento en la norma contenida en el art. 50.b) del ET, esto es, en base al impago reiterado por parte de la empresa demandada del salario; así como acción en reclamación del abono efectivo de estas cantidades.
- La empresa Fajisa Automóviles Motril S.A, notificó al actor en 29/07/2013 la extinción de su relación laboral por despido colectivo por causas económicas, organizativas o de producción, señalando que tendría derecho a un total de 32.488,76€, en concepto de atrasos, pagas adeudadas, indemnización legal y finiquito, que, sin embargo, ya había sido declarada extinguida por la sentencia anteriormente indicada.
- El actor manifestó haber recibido la cantidad de 23.624,72€ por parte del FOGASA y no justifica la interposición de demanda judicial en reclamación de la indemnización o de impugnación de la decisión extintiva.
- Mediante resolución del INSS de fecha 26/03/2018 se deniega la prestación de jubilación anticipada solicitada por las siguientes casusas: no acreditar haber percibido la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva, requisito según lo dispuesto en el punto 1 del artículo 207 LGSS.

<sup>7</sup> La sentencia recurrida era del TSJ Andalucía 23/01/2020 (rec. 966/2019), estimatoria del recurso de suplicación.; interpuestos contra la sentencia del JS núm. 1 de Motril de 7 /02/2019 desestimatoria de la demanda. La sentencia de contraste era del TSJ Aragón 8/02/2017.

El TS recuerda que la cuestión controvertida ha sido unificada recientemente por la Sala en STS 10 de febrero de 2021, rcud. 3370/2018, donde se dice:

*"Que el texto de la vigente norma legal halla sus antecedentes en el art. 161 bis de la anterior LGSS, incorporado por la Ley 40/2007 y posteriormente modificado por la Ley 27/2011. Tanto entonces, como ahora el legislador pretende avanzar la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada -respecto de la que obedece a la voluntad del interesado (art. 208 LGSS)- en los casos en que la persona trabajadora pierda su empleo por causa ajena a su voluntad. Y esa minoración de la edad de jubilación se halla estrictamente vinculada a la concurrencia de la circunstancia que constituye el elemento esencial de la propia institución jurídica: la involuntariedad del cese. Ahora bien, el precepto no equipara a ello cualquier supuesto de desempleo, sino que efectúa una clara concreción de los supuestos en que, "a estos efectos" (sic), se reconoce la existencia de una situación de "reestructuración empresarial que impida la continuación de la relación laboral".*

Por consiguiente, la ley excluye todas las demás situaciones que dan lugar a la extinción del contrato de trabajo y también obedecen a causa no imputable al trabajador. Y, en este punto, se recuerda que tampoco cabe incluir los incumplimientos contractuales del empresario -como son los que sirven para el ejercicio de la acción del art. 50 ET (de la que se trataba en el presente caso). Sostener lo contrario llevaría a desdibujar la finalidad buscada por el legislador que expresa y taxativamente ha querido centrar de forma limitada y estricta la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada y, para ello, ha definido un concepto, elaborado "ad hoc", como es el de la "reestructuración empresarial", fijando y concretando el contenido y alcance del mismo. Por tanto, se mantiene el criterio de que, en efecto, el listado del art. 207.1 d) es cerrado.

#### **2.2.4. Pensión de jubilación anticipada. Legislación aplicable**

Se analiza la STS 541/2022, de 13 de junio (rec. 394/2019)<sup>8</sup> con el siguiente debate de fondo ¿la suscripción de un convenio especial exime de estar inscrito como desempleado para el acceso a la jubilación anticipada? Es decir, se puede considerar situación asimilada al alta y suplir las interrupciones habidas en la inscripción como demandante de empleo; y si en todo caso debería entenderse que se tiene derecho a la misma al cumplir la excepción del párrafo segundo del art. 162.bis.2 LGSS, en redacción anterior a la Ley 27/2011, que fue introducida por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre.

En dicha sentencia se denunciaba asimismo la infracción del art. 161.bis.2 de la Ley General de la Seguridad Social (actual 207.1.b), en la redacción anterior a la Ley 27/2011, que fue introducida por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre. Expone que el requisito establecido en el apartado b) de dicho precepto es subsanable y se debe entender cumplido, en cuanto a su razón de ser (situación de alta o asimilada a la misma), y todo ello conforme a la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, que regula el Convenio Especial en el sistema de la Seguridad Social (arts. 1 y 5) donde se manifiesta que la suscripción de Convenio

<sup>8</sup> La sentencia recurrida es la del TSJ Castilla y León 13/12/2018 rec. 824/2018 que desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del SJS 1 Burgos 3/09/2018, autos 257/2018, también desestimatoria de la demanda trabajador. La sentencia de contraste es del TSJ Castilla y León 555/2013, 6 noviembre (rec. 548/2013).

Especial determinará la iniciación o la continuación de alta o asimilada a la de alta en el RGSS.

La cuestión debatida consistía en si la suscripción de un convenio especial con la Seguridad eximía de estar inscrito como desempleado por considerar situación asimilada al alta y suplir las interrupciones habidas en la inscripción como demandante de empleo; y si en todo caso debería entenderse que se tiene derecho a la misma al cumplir la excepción del párrafo segundo del art. 162.bis.2 LGSS, en redacción anterior a la Ley 27/2011, que fue introducida por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre.

En la sentencia recurrida se denunciaba asimismo la infracción del art. 161.bis.2 de la Ley General de la Seguridad Social (actual 207.1.b), en la redacción anterior a la Ley 27/2011, que fue introducida por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre. Expone que el requisito establecido en el apartado b) de dicho precepto es subsanable y se debe entender cumplido, en cuanto a su razón de ser (situación de alta o asimilada a la misma), y todo ello conforme a la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, que regula el Convenio Especial en el sistema de la Seguridad Social (arts. 1 y 5) donde se manifiesta que la suscripción de Convenio Especial determinará la iniciación o la continuación de alta o asimilada a la de alta en el RGSS.

### 2.3. Jubilación parcial

Se analiza la STS 633/2022, de 7 julio (rec. 507/2021)<sup>9</sup> que analizaba la viabilidad de que un trabajador fijo discontinuo que presta servicios en fechas no ciertas pueda acceder a una jubilación parcial vinculada a un contrato de relevo.

Los hechos más relevantes que resultan de las resoluciones judiciales analizadas eran los siguientes:

- La actora Esmeralda, afiliada al R. Gral. S. Social, presta servicios laborales para la empresa demandada YURRITA E HIJOS S.A., con categoría profesional de Oficial de segunda.
- La demandante viene prestando servicios como trabajadora fija-discontinua a tiempo completo para la empresa YURRITA E HIJOS S.A.
- Con fecha 18 de diciembre de 2018 la demandante suscribe un contrato a tiempo parcial, del 25% de la jornada, asociado a la simultánea celebración por parte de la empresa de un contrato de relevo, a tiempo completo.
- La demandante no prestaba servicios con llamamientos a fechas ciertas.
- La empresa Yurrita e Hijos, S.A., suscribió con fecha 27 de marzo de 2013 un acuerdo de jubilación parcial con sus trabajadores que fue registrado ante el INSS.
- La empresa figura en la relación de empresas afectadas por la Disposición Final I T de la Ley 27/2011 de agosto, publicada por el INSS.
- La empresa había formalizado el contrato de relevista, con fecha 8/07/2019, a jornada completa e indefinido.

<sup>9</sup> La sentencia recurrida es del TSJ País Vasco 6/10/2020 (rec. 1056/2020) desestimatoria del recurso INSS; frente a la sentencia del JS 10 Bilbao 9/3/2020 (autos 256/19) que había sido estimatoria. La sentencia de contraste es del TSJ Baleares 21/11/2011 (rec. 570/2011).

- Con fecha 26/12/2018, y fecha del hecho causante el 17/12/2018, la actora solicitó ante la Dirección Provincial del INSS el reconocimiento de una pensión de jubilación parcial, asociada al hecho de que la empresa formalizó simultáneamente un contrato relevo. Que la demandante redujo el 17 de diciembre de 2018 su jornada de trabajo un 75%, siguiendo trabajando para la empresa demandada el 25% de su jornada de trabajo anterior.
- Por el INSS con fecha 18/01/2019 se dictó resolución, denegando la pensión de jubilación parcial solicitada.

El TS parte de que no se cuestiona la diversidad que la actividad fija discontinua pueda tener en el marco de regulación del contrato de trabajo, en el que, claramente, el legislador estableció esa doble concepción del mismo. Pero aquí no estamos en el régimen laboral de la relación de trabajador con empleador sino en la relación jurídica de seguridad social que se enmarca en otro contexto y que el legislador, claramente, ha querido establecer de forma distinta al régimen laboral, como se ha expuesto anteriormente al recoger la regulación en el que se enmarca el debate. Y esa configuración de la protección no distingue entre trabajadores fijos discontinuos, sino que, a tales efectos, nos encontramos con un solo colectivo, no estableciéndose reglas diferentes entre ellos en atención a que su actividad lo sea en fechas ciertas o inciertas.

La Sala ya ha venido señalando que la jubilación parcial está destinada a aquellos trabajadores que atienden una actividad a tiempo completo, pasando a desempeñar una actividad a tiempo parcial. El trabajador fijo discontinuo, en este ámbito de protección, no tiene encaje en la jubilación parcial al no atender un trabajo a tiempo completo.

Como recuerda la parte recurrente, el art. 166 de la LGSS 1994, en su redacción inicial no exigía que el trabajador que pretendía acceder a la jubilación tuviera una relación de trabajo a tiempo completo, sin distinguir entonces nada en relación con las modalidades de fijos discontinuos. La referencia a la actividad a tiempo completo es una condición que se introdujo por la Ley 40/2007, seguramente en reacción frente a la jurisprudencia que había interpretado el anterior texto legal, por lo que, con ello y otras medidas, se produce aquella reforma que, según decía, pretendía atender los objetivos que con dicha prestación se querían cubrir. Si ya en la previsión legal de entonces la relación de seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos, cualquiera que fuera su forma de atender la actividad -fechas ciertas o inciertas- se equiparaba con los trabajadores a tiempo parcial, es indudable que la reforma de la ley de 2007 no podía entenderse como modificación que solo pudiera referirse a los trabajos fijos discontinuos de fechas ciertas y mantuviera la jubilación parcial para los que su actividad fuera para fecha inciertas cuando, insistimos, las previsiones en materia de seguridad de este colectivo no se ha regido por los criterios que el régimen normativo laboral había establecido.

El concepto a tiempo completo al que se refiere la LGSS y, en concreto, su el art. 166.2 de la misma, no se está fijando en una actividad entendida como servicios que solo se producen en fechas inciertas del año, sino a la equivalente a una jornada laboral ordinaria o continua y en contraposición a servicios que no tienen esa condición. Lo que prima a estos efectos no es la forma en que se cubre el trabajo fijo discontinuo, concentrando jornadas o con jornadas completas, sino la naturaleza de la actividad discontinua dentro del volumen de actividad normal (a tiempo completo) de la empresa. Como refiere la sentencia deliberada en este día (rec. 382/2020), “lo que delimita la naturaleza de la

relación no es el tiempo de trabajo al que se puede someter el contrato de trabajo, sino la actividad que con él se va a atender, que no comprende todas las jornadas de trabajo que existan en un año”<sup>10</sup>.

## 2.4. Pensión de jubilación y complemento de aportación demográfica<sup>11</sup>

Se analiza la STS 487/2022, de 30 mayo (rec. 3192/2021)<sup>12</sup>. La cuestión debatida radicaba en determinar la fecha de efectos del reconocimiento a un varón del complemento de pensión por maternidad por la aportación demográfica a la Seguridad Social. En este litigio se discute cuál tiene que ser la fecha de efectos del citado complemento entre las siguientes:

- a) La fecha de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE) de la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 (TJCE 2019, 281), WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/18 (el 17 de febrero de 2020).
- b) Tres meses antes de la solicitud del complemento de maternidad (sentencia TSJ Navarra).
- c) Desde la fecha de jubilación del actor (sentencia TSJ Navarra).

El INSS sostiene su recurso en dos motivos: a) Aplicación del art. 53.1 LGSS (retroactividad máxima tres meses desde la solicitud) y b) fecha efectos desde que se publicó en el DOUE la sentencia (12-12-2019).

El TS parte del art. 32.6 Ley 40/2015 que dispone que la sentencia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el DOUE.

Dicho precepto se estableció con la finalidad de determinar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y no puede proyectarse sobre otros ámbitos, como el que ahora nos ocupa de complementos de prestaciones contributivas de la Seguridad Social.

El art. 264 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que “*Si el recurso fuere fundado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado. Sin embargo, el Tribunal indicará, si lo estima necesario, aquellos efectos del acto declarado nulo que deban ser considerados como definitivos.*”

El artículo 280 del mismo texto establece que las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrán fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el artículo 299. El Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 29 de septiembre de 2012 establece en su art. 91 que la sentencia será obligatoria desde el día de su pronunciamiento, y en el art. 92 que “*En el Diario Oficial de la Unión Europea se publicará un anuncio que*

<sup>10</sup> En similares términos STS 15/2022, de 6 julio (rec. 382/2020).

<sup>11</sup> Ver MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Luces y sombras del complemento de brecha de género (complemento de maternidad de 1995 versus complemento de brecha de género de 2021)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, 2º trimestre, 2022, núm. 31, págs. 13-31.

<sup>12</sup> La sentencia recurrida es del TSJ de Navarra STSJ Navarra 22/07/2021 rec. 240/2021, estimatoria; JS 3 Pamplona 2/03/2021, autos 198/2021, desestimatoria. Las sentencias de contraste proceden de TSJ Galicia 13/04/2021 rec. 3654/2020; y del TSJ País Vasco 2/03/2021 rec. 177/2021.

*contendrá la fecha y el fallo de las sentencias y de los autos del tribunal que ponga fin al proceso.”*

La sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 (TJCE 2019,281) declara que la *“Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.”*

Esa sentencia se pronunció en audiencia pública en fecha 12 de diciembre de 2019, siendo obligatoria desde ese mismo día por disposición expresa del Reglamento de Procedimiento.

El posterior anuncio en el DOUE no puede interpretarse como una suspensión o prórroga de la obligatoriedad de un pronunciamiento ya emitido en audiencia pública por el TJUE.

Por ello, el TS argumentó que no puede atenderse a la fecha en la que tuvo lugar tal publicación en el DOUE (el día 17 de febrero de 2020).

Recuerda que, en las citadas sentencias del TS de fecha 17 de febrero de 2022, se argumentaba que la fecha de efectos del complemento de maternidad debía fijarse en el momento del “acaecimiento del hecho causante -efectos ex tunc-” porque la sentencia del TJUE no había establecido ninguna limitación temporal<sup>13</sup>.

### 3. PENSIONES DE SUPERVIVENCIA

#### 3.1. Pensión de viudedad<sup>14</sup>

##### 3.1.1. Concurrencia de beneficiarios. Efectos de la extinción de la de uno de ellos

Se analiza la STS 613/2021, 9 junio (rec. 3901/2018)<sup>15</sup>, siendo objeto de debate el determinar si es factible que la pensión del cónyuge supérstite se acrezca con el importe de la pensión del cónyuge histórico cuando este fallece.

Los hechos más relevantes eran los siguientes:

- abril de 1963: primer matrimonio del varón.
- junio de 1986: separación del matrimonio (y ulterior divorcio).
- agosto de 1989: el causante contrae segundo matrimonio con otra mujer.
- julio de 1996: fallece el varón.

<sup>13</sup> En similares términos SSTs 17/02/2022 (recursos 2872/2021 y 3379/2021).

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia*, Laborum ediciones, Murcia, 2009.

<sup>15</sup> La sentencia recurrida es del TSJ País Vasco 19/06/2018 (rec. 1147/2018) estimatoria del recurso INSS, frente a la SJS 3 San Sebastián 19/03/2018 estimatoria de la demanda. La sentencia de contraste es del TSJ Madrid 14/03/2016. Estimatoria del recurso de la demandante.

- agosto de 1996: el INSS reconoce a la viuda una pensión del 45 % de la base reguladora. Aplica la LGSS de 1994 y la OM de 13 febrero 1967.
- diciembre de 1996: el INSS revisa su anterior decisión y atribuye a la cónyuge histórica el 69,73% de la pensión y a la viuda el restante 30,27%. Aplica el art. 174.2 LGSS y la DA 10ª de la Ley 30/1981.
- abril de 2017: fallece la que fuera primera esposa y la segunda solicita que se le comience a abonar la pensión de viudedad en cuantía íntegra.
- mayo de 2017: El INSS deniega la referida solicitud mediante resolución expresa, confirmada al resolver la reclamación previa presentada contra la misma. Sostiene que la regulación aplicable no es la derivada de la Ley 40/2007) (sistema distributivo) sino la anterior (sistema atributivo) y que el acrecimiento solo está previsto para otros supuestos (orfandad).

El TS entiende que, en el supuesto de concurrencia de personas beneficiarias, al importe de pensión de viudedad que le corresponde al cónyuge superviviente (en proporción al tiempo de convivencia con el causante) se le debe añadir la porción de pensión que (en razón de ese mismo parámetro) ha venido percibiendo el ex cónyuge a partir del momento en que se extingue este derecho.

Conviene advertir que la solución expuesta no puede trasladarse ni al supuesto inverso (fallecimiento de la persona viuda y supervivencia del cónyuge histórico), ni a otros en los que hay concurrencia de diverso tipo (por ejemplo, entre ex cónyuges) o en los que son otras personas (huérfanos) a quienes el legislador desea que se destine el importe de la pensión extinguida, ni a cualesquiera otros diversos<sup>16</sup>.

### **3.1.2. Incidencia de cambios legislativos en anterior solicitud denegada en sentencia. Cosa juzgada**

La STS 549/2022, de 15 de junio (rec. 925/2019)<sup>17</sup>, analiza la viabilidad de reconocer la pensión de viudedad por motivo de violencia de género a una persona que invocó tal causa cuando se modificó la LGSS contemplando tal causa para los supuestos de divorcio, si bien ya había sido solicitada y denegada con anterioridad.

Los hechos más relevantes eran los siguientes:

- A la actora le fue denegada la pensión de viudedad en 2009, denegación que fue confirmada en 2010 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Alicante en sentencia que fue confirmada en suplicación, sin hacer referencia a situación de violencia de género alguna.
- Presentó nueva solicitud de pensión de viudedad, alegando ser víctima de violencia de género, pensión que le fue denegada por resolución del INSS de 12 de julio de 2016. La actora interpuso demanda contra esa denegación, demanda que fue estimada por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Benidorm de 30 de junio de 2017 (autos 1049/2016). La sentencia declaró

<sup>16</sup> En similares términos STS 136/2022, de 9 febrero (rec. 4823/2019).

<sup>17</sup> La sentencia recurrida era del TSJ Valencia 18/12/2018, rec. 3659/2017, que había desestimado el recurso del INSS, frente a la SJS 1.º Benidorm 30/06/2017, estimatoria demanda. La sentencia de contraste es del TSJ Andalucía 125/2013, 20 junio.

que la actora es acreedora de una pensión de viudedad con efectos de 7 de julio de 2016.

- El INSS interpuso recurso de suplicación alegando infracción de lo dispuesto en el artículo 400, en relación con el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sosteniendo que debía operar el efecto de cosa juzgada porque, en el primer pleito sobre la pensión de viudedad, la actora pudo alegar, y no lo hizo, su condición de víctima de violencia de género.

Y el TS viene a entender que no se puede reprochar a la actora que, en vez de introducir de forma sobrevenida en el primer proceso, que estaba acotado por lo planteado en el expediente administrativo, su condición de víctima de violencia género, presentara una nueva solicitud de pensión de viudedad, aduciendo que, tras la Ley 26/2009 de 23 de diciembre -pero no con anterioridad-, esa condición de víctima de violencia género permitía el acceso a la pensión de viudedad. Derecho a la pensión de viudedad que, por lo demás, como asimismo recuerda la sentencia recurrida, es imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos de su reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud (artículo 230 LGSS). Los fundamentos de la solicitud de la primera y de la segunda pensión de viudedad fueron, así, bien distintos, toda vez que solo en la segunda solicitud se adujo la condición de víctima de violencia de género, que no se pudo tener en consideración en el expediente administrativo de la primera solicitud porque la legislación vigente no la contemplaba.

### **3.1.3. Pensión de viudedad en supuestos de crisis matrimoniales. Interpretación del requisito de ser acreedor de pensión compensatoria**

La STS 405/2012, de 1 abril<sup>18</sup> analiza un tema recurrente la interpretación del requisito de ser acreedor de una pensión compensatoria y si a ello se puede asimilar el hecho de que el causante abonaba las cuotas hipotecarias después del divorcio.

Los hechos más relevantes eran los siguientes:

- Ambos cónyuges convinieron expresamente en el convenio regulador, que ninguno de ellos sufría ningún tipo de desequilibrio económico, razón ésta por la que se renunció al establecimiento de pensión compensatoria.
- Si bien el esposo se hizo cargo del préstamo hipotecario adjudicado a la actora para lo cual ingresaba en su cuenta bancaria la pensión de incapacidad que percibía y se abonaba el préstamo hipotecario y los alimentos a la hija.
- La sentencia recurrida ha revocado la de instancia y estima la demanda siguiendo la interpretación finalista de la doctrina unificada reforzada por el enjuiciamiento de género. Valora que el causante le siguió abonando a la actora desde el divorcio una cantidad suficiente para la pensión alimenticia de su hija y para el pago del préstamo de la vivienda habitual asignada a aquella. Y a partir de ese hecho objetivo la sentencia entiende que el pago del préstamo hipotecario tiene un fin similar al de una pensión compensatoria en los términos exigidos por el TS para acceder a la pensión de viudedad: una

<sup>18</sup> La sentencia recurrida es del TSJ Galicia 11/10/2018 (rec. 1582/2018) estimatoria del recurso del demandante frente a la SJS 3 Coruña 22/02/2018 (autos SSS 786/2017), desestimatoria. La sentencia de contraste es del TSJ Cataluña 19/03/2018.

transferencia económica periódica con el objeto de cubrir las necesidades de la mujer a consecuencia de su situación económica posterior al divorcio.

El TS entiende que el abono del préstamo hipotecario tiene un fin similar al de una pensión compensatoria en los términos exigidos por el TS para acceder a la pensión de viudedad: una transferencia económica periódica con el objeto de cubrir las necesidades de la mujer a consecuencia de su situación económica posterior al divorcio

### 3.1.4. Pensión de viudedad y reconocimiento de ser víctima de violencia de género

El TS en sentencia 524/2021, de 12 de mayo (rec. 4697/2018)<sup>19</sup> analiza la existencia o no de violencia de género y su acreditación ya que de no quedar constatada habrá que exigir al llamado a ser beneficiario ser acreedor de pensión compensatoria.

Los hechos noticiados y razonamientos del JS núm. 5 fueron los siguientes:

- Los hechos probados acreditan la existencia de una mujer víctima de violencia de género, aunque la condena penal hubiera sido por amenazas y la Fiscalía retirase la consideración de violencia doméstica.
- La LGSS exige coetaneidad de la violencia y el fin del matrimonio y aquí median cuatro años entre la sentencia penal y el divorcio.
- El requisito temporal “no ha quedado suficientemente acreditado” porque el testimonio del hijo mayor ha sido “impreciso” y esa “imprecisión” choca con otros datos objetivos: mantenimiento de la convivencia tras la condena penal, divorcio de mutuo acuerdo, actividad funcionarial de la mujer, cardiopatía del fallecido.
- La STS 14 enero 2016 sienta la doctrina de que las víctimas de violencia de género lucran pensión de viudedad, aunque no percibieran pensión compensatoria. Pero la demandante sí la percibía y la LGSS no diferencia este supuesto de los demás, por lo que, en todo caso, el tope cuantitativo sí debe operar.
- En suma, “debe atenderse a la voluntad del legislador, que no efectúa distinción en caso de concurrir ambas circunstancias, por lo que no puede efectuarse aquí un desarrollo de la norma, ni del tenor de la misma cabe deducir otra interpretación, a falta de distinción del legislador, que es la de afirmar que el derecho a pensión de viudedad de la actora debe ceñirse al importe de pensión compensatoria fijada en la sentencia de divorcio.

Por su parte el TSJ Aragón toma en cuenta los siguientes hechos:

- La demandante D<sup>a</sup> Salome, con D.N.I. nº NUM000 nació el NUM001-1964 en la localidad de Zaragoza, de estado divorciada y se encuentra afiliada a la Seguridad Social con el nº NUM002.

<sup>19</sup> La sentencia recurrida procede del TSJ Aragón 537/2018, 15 octubre (rec.506/2018) estimatoria frente a la SJS 5 Zaragoza 25/05/2018 autos 531/2017, desestimatoria. Se ofrecen como sentencias de contraste: STSJ Andalucía 2/5/2013 (rec. 1180/2012); y STS 26/9/2017 (rec. 2445/2015).

- La demandante contrajo matrimonio en la localidad de Soria el 07-07-1990 con D. Victorio, nacido el NUM003-1947. Del matrimonio nacieron tres hijos: José Ángel en 1992, Agustina en 1994 y Angélica en 1997.
- La demandante y su esposo se divorciaron, iniciándose el procedimiento como Divorcio Contencioso y transformándose en Procedimiento de Mutuo Acuerdo, 1405/2008 del Juzgado de Familia nº 5, de Zaragoza que, en fecha 22-01-2009 dictó Sentencia, acordándose el mismo. En el Convenio Regulador del Divorcio se fijó pensión compensatoria a favor de la esposa en la cantidad de 100 € mensuales, con carácter invariable e indefinido, así como pensión alimenticia a favor de los hijos del matrimonio en la cantidad de 450 € al mes. La sentencia fue declarada firme por Providencia de 06-02-2009. Se da por reproducido el contenido de la sentencia y resolución de firmeza.
- Por Sentencia de 19-01-2005, del Juzgado de lo Penal nº 7, de Zaragoza, dictada en Juicio Rápido nº 5/2005, el esposo de la demandante, Sr. Victorio, fue condenado como autor responsable de una falta de amenazas, proferidas a la demandante, a la pena de diez días de trabajos en beneficio de la comunidad y pago de las costas procesales. La resolución fue declarada firme por Auto de 25-02-2005 de ese mismo juzgado. En el acto de la vista, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones retirando el delito de violencia doméstica, manteniendo la falta de amenazas. Se da por reproducido el contenido íntegro de la sentencia y Auto de firmeza.
- En fecha 15-12-2016 falleció en Zaragoza el que fue esposo de la demandante, D. Victorio.
- La demandante, solicitó del INSS en fecha 10-01-2017, pensión de viudedad por el fallecimiento del Sr. Victorio, del que se encontraba divorciada.
- Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS, de 30-03-2017, se reconoce a la actora derecho a la prestación de pensión de viudedad del 52% de una base reguladora de 937,08 €, en número de 14 pagas anuales, como pensión mensual limitada, pensión inicial de 85,71 € y un importe líquido de 94,51 €.
- La demandante manifiesta ser víctima de violencia de género hasta el momento del cese de la convivencia.

Y dicho TSJ de Aragón entiende justificada la demanda invocando la doctrina de SSTs 30 mayo 2011 (rec. 2598/2010; RJ 2011, 5108) y 26 septiembre 2017 (rec. 2445/2015; RJ 2017, 4660) respecto de exención de pensión compensatoria cuando concurre violencia de género.

Considera que la coetaneidad no debe interpretarse de manera restrictiva; en el caso, la condena penal (cuatro años antes del divorcio) y el testimonio filial (aunque impreciso) inclinan a estimar concurrente la situación de violencia de género.

Por último, argumenta que el art. 220 LGSS reconoce derecho a pensión cuando media violencia de género “en todo caso” y eso comporta que deba prescindirse de si se percibe pensión compensatoria y de cuál sea su cuantía.

Por su parte para el Tribunal Supremo son hechos relevantes los siguientes:

- julio 1990: La demandante y el causante contraen matrimonio.
- febrero 2001: El causante accede a una pensión de incapacidad permanente absoluta (IPA), por insuficiencia cardíaca de evolución tórpida.
- enero 2005: Sentencia penal condenando al causante por falta de amenazas proferidas a la demandante, tras haber retirado el Ministerio Fiscal su calificación de delito de violencia doméstica.
- enero 2009: Sentencia de divorcio acordado, fijando pensión compensatoria e indefinida en favor de la esposa (100 € mes) y alimenticia en favor de los hijos comunes (450 € mes) nacidos en 1992, 1994 y 1997.
- diciembre 2016: Fallece el causante.

Pues bien, el TS rechaza la impugnación del INSS sobre falta de contradicción en atención a:

### **A) Motivo primero: infracción de las reglas sobre valoración de la prueba**

La sentencia de suplicación valora una prueba testifical que había sido desatendida, motivadamente, en la instancia y fundamenta su fallo en un hecho no probado. La Sala de segundo grado no puede alterar la convicción a que haya llegado la instancia respecto de los hechos enjuiciados. Se invoca como vulnerado el artículo 97.2 LRJS y STS 709/2017, de 26 septiembre. Se rechaza ya que se invoca un tema de orden procesal aportando una sentencia que no posee pronunciamiento específico sobre ello. Recuerda que la STS lo que indica no es necesario plantear dicho motivo procesal, basta la alegación de un motivo de fondo que parta de los hechos probado en la sentencia de instancia y no los indebidamente incorporados. Y que además los hechos entre la sentencia que se recurre y la referencial son distintos.

### **B) Motivo segundo: coetaneidad de la violencia de género y la ruptura matrimonial**

El TS entiende que la cuestión se centra en determinar el alcance de la locución “*víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o divorcio*” art. 220.1 LGSS, en particular desde la óptica del factor cronológico si la violencia de género debe acreditarse necesariamente al tiempo del divorcio.

Noticia toda una serie de resoluciones (sentencias y autos) sobre el particular para concluir que a la hora de analizar el factor cronológico hay que atender a todas las circunstancias que concurran:

*“Tales antecedentes ponen de relieve que la exigencia no puede interpretarse de modo mecanicista, examinando lo que acaece en un determinado día. Lo que debe concurrir “en el momento de la separación judicial o divorcio” es una razonable conexión de funcionalidad temporal, una proximidad que ponga de relieve la probabilidad de que la ruptura del matrimonio viene condicionada por cualquier “acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad” (art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).*

Advierte además que no se pronunciará sobre el importe de la pensión ya que el INSS no ha sostenido dicha cuestión en el recurso.

Y concluye indicando que la sentencia recurrida se ajusta a la buena doctrina, porque aplica la exigencia de contemporaneidad reseñada de un modo prudencial, es decir, flexible y ponderando todos los datos del caso.

Recuerda que el causante fue condenado penalmente cuatro años antes del divorcio, que la convivencia no consta rota hasta que este se produce y que la sentencia recurrida ha considerado que en ese intervalo persiste, de algún modo, el panorama descrito de forma abierta por el artículo 1.3 de la LOVG. Sin embargo, la resolución referencial descarta la coetaneidad porque toma en cuenta que el divorcio surge veinte años después de la separación; y cuando se acuerda judicialmente esta, consta que ya había cesado la convivencia de hecho tres años atrás.

En resumen: la doctrina aplicada por ambas sentencias no colisiona entre sí; en realidad, la sentencia recurrida se ajusta a los parámetros establecidos por el Tribunal Supremo que hemos definido de forma implícita y ahora hemos reforzado de manera explícita.

### **3.2. Pensión de orfandad. Interpretación “ser huérfano absoluto”**

Se analiza la sentencia del TS 570/2021, de 25 mayo (rec. 4369/2018) cuyo objeto de debate es la procedencia de incrementar la pensión de orfandad con la pensión de viudedad no percibida por el otro progenitor vivo<sup>20</sup>.

Son hechos relevantes los siguientes:

- El 29.12.14 el Sr. Estanislao comento a sus compañeros de trabajo que desde primera hora de la mañana se encontraba mal, por lo que se marchó al servicio de urgencias del HOSPITAL000 para ser atendido, “siendo asistido a las 09.50 horas.
- Tras la asistencia sanitaria regresó a su puesto de trabajo en el almacén.
- Sobre las 14.30 horas pidió a su compañero Ismael que fuera este quien recepcionaría un palet con 21 cajas. Minutos después encontrándose sentado se desplomó sobre su mesa de trabajo. A las 14.50 horas del mismo día ingreso en el servicio de urgencias del mismo Hospital, donde falleció a las 15.20 horas. El trabajador falleció a causa de un hematoma disecante de aorta, que presentó una rotura transversal de un centímetro por encima de la válvula aórtica, lo que provocó un hemo-pericardio masivo

El TS recuerda que, de resolverse del modo pretendido por la actora, se vulneraría la norma que establece para todos los supuestos la exigencia de orfandad absoluta, requisito que está justificado en atención a la especial situación de necesidad que contempla: la inexistencia de algún progenitor que pueda hacerse cargo del huérfano. De otra parte, se establecería un trato desigual injustificado si se concediera el acrecimiento a los hijos de ex cónyuges sin derecho a pensión compensatoria y no se concediera en el caso de hijos de cónyuges actuales que no acceden a la pensión de viudedad por cualquier otra causa.

<sup>20</sup> La sentencia recurrida es del TSJ Murcia 13/06/2018 (rec. 874/2017) estimatoria de la demanda y condena a Mutua, frente a la sentencia del JS núm. 7 8/11/2016 (autos 499/17) desestimatoria de la demanda. La sentencia de contraste es la STS 30 abril 2014, rec. 584.3/2013

### 3.3. Pensión favor familiares. Interpretación del requisito: carecer de medios propios de subsistencia y de familiares obligados a prestarlos<sup>21</sup>

El TS en sentencia 647/2022, de 12 julio (rec. 2050/2019)<sup>22</sup>. La cuestión planteada era relativa: 1) Si cabe descontar de los ingresos netos, percibidos por la hija de la demandante, los gastos de hipoteca, a los efectos de fijar el nivel de ingresos computables para determinar la existencia de la obligación de prestar alimentos entre familiares; y 2) Si deben o no deben computarse, a los mismos efectos, la pensión de alimentos, abonada al nieto de la demandante por su padre, separado de la hija de la actora.

Los hechos más relevantes eran los siguientes:

- La actora solicitó la pensión a favor de familiares y es perceptora de tal pensión desde el 1-4-2005 por el fallecimiento de su padre, D. Ezequias. Está afiliada al sistema de la Seguridad Social. Se encontraba divorciada por sentencia de 1990, tiene dos hijos D<sup>a</sup> Paloma (1964) y D. Leandro (1965).
- Solicitó pensión de viudedad, reconocida sin efectos económicos en fecha 8-3-17 (compatibilizando esta pensión con la de favor de familiares que venía percibiendo) el INSS detectó que la demandante era madre de dos hijos.
- El INSS en resolución de 29-9-17 procedió a revisar, con los datos obtenidos, la pensión a favor de familiares reconocida a la actora y declaró que se había producido la percepción indebida de la pensión desde su inicio el 1-4-2005 y procedió a reclamar a la actora las cantidades indebidamente percibidas en los últimos 4 años (de 1-9-13 a 31-8-17) lo que ascendía a 24.550,39 euros. Se le dio de baja en esa pensión en fecha 31-8-17 Y se procedió al pago de la pensión de viudedad.
- Una de las hijas de la actora percibió en el 2005 unos ingresos por importe de 20.570,35 euros brutos e, igualmente, tenía reconocida una pensión de alimentos para su hijo. Dicho menor, tras el fallecimiento de su padre, es beneficiario de dos pensiones de orfandad la sentencia recurrida que el conjunto de los ingresos percibidos por la unidad familiar (abuela-actora, hija y nieto), incluyendo la pensión de alimentos del nieto de la demandante, alcanzaría los 24.322 euros (8.107 euros cada uno, importe superior al SMI).

Y la decisión del TS fue que para determinar los requisitos de renta deben aplicarse las reglas previstas en la LGSS para acceder al subsidio por desempleo a nivel asistencial. Y por ello debe deducirse necesariamente de los ingresos de la unidad familiar el importe de la hipoteca sobre la vivienda habitual de la hija.

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Las prestaciones en favor de familiares", *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 49, septiembre/octubre 1991, págs. 749 a 776.

<sup>22</sup> La sentencia recurrida es del TSJ Aragón 27/03/2019 (rec. 137/2019), estimatoria del recurso INSS frente a la SJS núm.4 de 3/12/2018, desestimatoria de la demanda INSS sobre reintegro de prestaciones. La sentencia de contraste es del TSJ Galicia 7/11/2016, rec. 2112/2016; y STS 21/03/2017; rec. 2935/2015.

## 4. CONCLUSIONES

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

En materia de jubilación cabría destacar la STS 379/2022, de 27 de abril (rec.184/2019) relativa a la viabilidad de acceder a la incapacidad permanente desde una situación de jubilación anticipada por aplicación de coeficientes reductores ya que el TS modifica su criterio anterior<sup>23</sup> a consecuencia de la sentencia del TC 172/2021, de 7 de octubre, en que se ventilaba si se había producido o no una vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación recogidos en el art. 14 CE. Recuerda el TC que legislador, en el ejercicio legítimo de su libertad de configuración del sistema, no ha establecido otro requisito que el de una determinada edad para acceder a la prestación de incapacidad permanente de forma que no impide su acceso desde una situación de jubilación anticipada, ni distingue entre las causas o presupuestos de ese tipo de jubilación para acceder a la incapacidad permanente. Tampoco ha establecido cautela o modulación alguna para el cálculo de la edad a estos efectos, como sí ha hecho, por ejemplo, en el caso de la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador, o en el caso de la jubilación anticipada por voluntad del interesado. En ambos supuestos, para el cálculo de la edad de jubilación no resultan de aplicación “los coeficientes reductores a que se refiere el artículo 206”. Nada de esto se incluye en el art. 195.1, párrafo segundo de la LGSS (requisitos de los beneficiarios de la incapacidad permanente) ni en el art. 205.1 a) del mismo texto legal (beneficiarios de la pensión de jubilación). Por lo tanto, si la ley 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 art. 14, segundo inciso CE. Conforme a ese criterio interpretativo (el de los órganos jurisdiccionales sociales), se llegaría a un absurdo 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. Y concluye que 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.

Una segunda sentencia relativa a la jubilación es la STS 633/2022, de 7 julio (rec. 507/2011) sobre jubilación parcial de los trabajadores fijos discontinuos (de los que desarrollan su actividad en fechas inciertas) y es de interés por su precisión acerca de que debe entenderse por tiempo completo en el art. 166.2 LGSS, concretando que es la equivalente a una jornada laboral ordinaria o continua en contraposición a la que no tiene tal condición, para rechazar que el trabajador fijo discontinuo tenga un encaje en la jubilación parcial al no atender a un trabajo a tiempo completo.

Por lo que respecta a las prestaciones de supervivencia se puede destacar la STS 136/2022, de 9 febrero (rec. 4823/2019), sobre un aspecto relativo a las vicisitudes que pueden afectar a las pensiones de viudedad compartida cuando una de las pensiones se extingue por cualquiera de las causas legalmente previstas. La conclusión a la que llega es

<sup>23</sup> Entre otros pronunciamientos puede reseñarse el recogido en la STS 2/12/2020 (rec. 2916/2018).

acertada si la extinción afecta al cónyuge histórico el viudo -actual- le será añadida en su pensión (pues de ella se detrajo), pero no al revés.

Y finalmente, también merece destacarse por su detenido estudio, la STS 524/2021, de 12 de mayo (rec. 4967/2018) en relación con una pensión de viudedad en la que la cuestión controvertida estaba en la exigencia o no de ser acreedor de pensión compensatoria que el TSJ de Aragón entendió qué, aunque no fuera acreedora de pensión compensatoria no era preciso su establecimiento ya que le era de aplicación la exención por concurrir violencia de género interpretando que la exigencia de coetánea de violencia y separación no debe interpretarse de forma restrictiva. Ciertamente la interpretación que hace el TSJ Aragón parece excesiva ya que la sentencia penal de condena por amenazas se produjo en enero de 2005 y el divorcio en enero de 2009, manteniéndose la convivencia durante aquel tiempo, no parece que hubiera mucha conexión de funcionalidad temporal entre la violencia y el divorcio. El TS no resolvió finalmente la cuestión controvertida pues se acogió a que la resolución de referencia citada no colisionaba con la impugnada entre sí, pues en la invocada de contraste entre los hechos violentos y el divorcio habían transcurrido 20 años. Una interpretación de la sentencia de contraste bastante rígida.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

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

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

# **LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA ACCIÓN PROTECTORA DEL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE JUBILACIÓN, INCAPACIDAD PERMANENTE E INCAPACIDAD TEMPORAL**

**YOLANDA CANO GALÁN**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo. Universidad Rey Juan Carlos  
Of Counsel Labormatters Abogados*

## **1. INTRODUCCIÓN**

Un sistema de estado de bienestar se caracteriza, esencialmente, por la protección pública que garantiza a los ciudadanos que se encuentran en situaciones de necesidad. El Sistema de Seguridad Social se convierte por lo tanto en pilar esencial del estado de bienestar, al diseñar un mecanismo -un “Sistema”- conforme al cual, mediante aportaciones -cotización- a lo largo de la vida laboral -nivel contributivo- o con aportaciones insuficientes o sin ellas como consecuencia de los avatares vitales -nivel asistencial-, se satisfacen mediante prestaciones públicas, las necesidades más básicas cuando acontece una situación de necesidad -inicial o sobrevenida- dependiente de múltiples variables -enfermedad, edad, etc.-

Si bien dicha garantía pública que supone la articulación de un Sistema de Seguridad Social construido en torno a prestaciones económicas o asistenciales que se otorgan en situaciones de necesidad, debería estar diseñado para suplir la falta de ingresos económicos provenientes del trabajo con prestaciones públicas que garanticen un nivel económico mínimo vital, en la práctica, la cuantía de las prestaciones es insuficiente. Por ello, y con no pocas cautelas, la Constitución Española (CE) prevé la posibilidad de establecimiento de la denominada comúnmente “Seguridad Social complementaria” y legalmente “mejoras voluntarias de la Seguridad Social”.

El presente estudio examinará sólo una pequeña parcela del complejo análisis de la Seguridad Social complementaria -las mejoras voluntarias en su modalidad de mejora directa de prestaciones-, y no de todas las que actualmente aparecen reconocidas en el Sistema de Seguridad Social, sino aquellas que más problemas están ocasionando en la

dinámica de reconocimiento de derechos prestacionales: las que afectan a la mejora de prestaciones de jubilación, incapacidad permanente e incapacidad temporal.

Las razones por las que el análisis de la cuestión es problemático proceden, fundamentalmente, de la articulación de las mejoras en la negociación colectiva, lo que obliga a examinar cómo se contemplan las mismas en las normas convencionales, y en caso de incertidumbre, cómo se resuelve la cuestión jurisprudencialmente. Y aunque las soluciones puedan entenderse casuísticas y encorsetadas en los textos convencionales que regulan las mejoras, las soluciones alcanzadas pueden elevarse de lo particular a lo general para ofrecer importantes aclaraciones sobre cuándo se tiene derecho a una mejora voluntaria de la Seguridad Social respecto de determinadas prestaciones.

## 2. MARCO CONCEPTUAL DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

### 2.1. Marco legal

#### 2.1.1. Constitución española

El art. 41 de la Constitución Española (en adelante CE), prevé que *“Los poderes públicos mantendrán un sistema 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”*. Conforme a este primer párrafo del precepto, el Sistema de Seguridad Social se construye sobre unos pilares que, sobre dos niveles -contributivo y asistencial- garantizan, con recursos públicos, la asistencia -en forma de prestaciones económicas o de otra índole- de las personas que se encuentren en situación de necesidad por cualquier circunstancia -enfermedad, viudedad, orfandad, etc.-. Ahora bien, el legislador constitucional, consciente de la insuficiencia del sistema, prevé, en el segundo párrafo del art. 41 CE, que *“La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”*, en clara referencia a lo que se denominan comúnmente “mejoras voluntarias de Seguridad Social”. Se habilita, de este modo, la posibilidad de complementar dicha asistencia o prestaciones que garantiza el Sistema, sin contemplar, expresamente -de “libre” habla el precepto”- cómo se podrá realizar dicho complemento o mejora, regulación que se acogerá por la normativa de Seguridad Social.

#### 2.1.2. Normativa estatal

Es el art. 43 LGSS<sup>1</sup> el que matiza la previsión constitucional. Y ello cuando determina que *“La modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el art. 7.1 podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales”*. De un estudio detenido del precepto se deduce que la posibilidad de mejora de la acción protectora se limita a las prestaciones que se puedan reconocer en la modalidad contributiva del Sistema, es decir, sólo para aquellos supuestos en que se cumplan las exigencias legalmente previstas para acceder a cada prestación expresamente

<sup>1</sup> 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.

reconocida en el marco legal del Sistema de Seguridad Social, especialmente las de cotización<sup>2</sup>.

Se deja fuera de la posibilidad de mejora las prestaciones asistenciales, es decir, aquellas que se otorgan por el Sistema en situaciones de necesidad cuando la persona beneficiaria no cumple con los requisitos de cotización exigidos para acceder a las prestaciones del nivel contributivo, de ahí que, con carácter general, las mejoras voluntarias sean objeto de negociación.

Por otro lado, el art. 43.2 LGSS establece una limitación aún más clara “*Sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias conforme a lo previsto en el apartado anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva*”. La razón es coherente con el Sistema diseñado por el art. 41 CE: evitar que mediante acuerdos entre particulares -de “*contratación colectiva*” habla el precepto- se puedan mejorar las prestaciones a reconocer conforme a la normativa de Seguridad Social, con efectos de incrementar las mismas con cargo a fondos públicos. Si bien pudiera parecer que, por mandato legal, las cuestiones de Seguridad Social no pueden ser objeto de negociación, la norma contempla una excepción: las mejoras voluntarias. En estos casos, se habilita la posibilidad de que, a través de lo que en el precepto se denomina “*contratación colectiva*” -en clara referencia a la negociación colectiva-, se puedan contemplar mejoras tanto en las prestaciones como en la asistencia prestada por la normativa de Seguridad Social. Y ello, nuevamente, con la finalidad de mejorar, vía privada, lo que ya se garantiza de forma pública por el Sistema. En definitiva, público y privado se entremezclan para, a través de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, mejorar -económicamente- prestaciones -o subsidios- cuya satisfacción corre a cargo del Sistema de Seguridad Social.<sup>3</sup>

## 2.2. Concepto

Ni el art. 41 CE y ni el art 43 LGSS definen qué debe entenderse por mejora voluntaria de la Seguridad Social, pero de un análisis integrado de ambos preceptos se deduce que, las mejoras voluntarias de Seguridad Social, serían aquellas medidas -negociadas colectivamente- que permiten incrementar la acción protectora que garantiza la normativa de Seguridad Social en su modalidad prestacional, con cargo a fondos privados, y con efectos, sólo, en las prestaciones a las que se pueda acceder tras el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos -alta, cotización, carencia genérica y específica, etc.- en el nivel contributivo<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Vid. GARCÍA VALVERDE, M.D. y GARCÍA VALVERDE, F., “Las mejoras voluntarias de la seguridad social: situación actual en la normativa y la jurisprudencia de España”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, núm. 3, 2009, págs. 107-110; y HERNÁNDEZ BEJARANO, M., “La incidencia de las últimas reformas laborales y de la seguridad social en el régimen jurídico de las mejoras voluntarias de las prestaciones de seguridad social”, en AA.VV., *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo: XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, Madrid, 2015, págs. 362-363.

<sup>3</sup> En esta línea Vid. GARCÍA MURCIA, J., “El espacio de las pensiones privadas”, *IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* “, Madrid, 1998, págs. 12 y 13; y SALVADOR PÉREZ, F. “Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 43, 1990, pág. 517.

<sup>4</sup> La definición es propia, si bien la doctrina ha abordado distintos conceptos de mejora voluntaria. A modo de ejemplo, vid. ROQUETA BUJ R. *Las mejoras voluntarias de la seguridad social: los planes/fondos de pensiones y los contratos de seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 y GALA DURÁN, C. *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de seguridad social*, Bosch, Barcelona, 1999.

### 2.3. Tipos

La Sección 1ª – “Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social”- del Capítulo XVI – “Disposiciones comunes del Régimen General”- del Título 1º – “Normas generales del sistema de la Seguridad Social”-, de la LGSS, contempla el régimen legal de las mejoras voluntarias. Y lo hace, sin definir las, estructurando las mismas en dos tipos:

- 1) Mejora directa de las prestaciones -art. 238.1 a) LGSS-; y
- 2) Mejora por establecimiento de tipos de cotización adicionales -art. 238.1 b) LGSS-.

La distinción es relevante a los efectos del presente estudio, ya que sólo se abordarán los aspectos más problemáticos de la primera de las modalidades. Y ello dado que la necesidad de que exista normativa convencional que regule la mejora, y la casuística del contenido de los preceptos de los convenios colectivos que contemplan la cuestión, dificultan el entendimiento de en qué supuestos se tendrá derecho a la mejora voluntaria<sup>5</sup>.

#### 2.3.1. Mejoras voluntarias de la Seguridad Social en su modalidad de mejora directa de las prestaciones

Respecto de las primeras -mejoras voluntarias de la Seguridad Social en su modalidad de mejora directa de las prestaciones-, el art. 239 primer párrafo LGSS prevé que “*Las empresas podrán mejorar directamente las prestaciones de este Régimen General, costeándolas a su exclusivo cargo*”, concretándose, en el párrafo segundo del art. 239 LGSS, que “*No obstante el carácter voluntario para los empresarios de la implantación de las mejoras a que este artículo se refiere, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento*”<sup>6</sup>. De la previsión legal se deduce que las mejoras voluntarias, en su modalidad de mejora directa de las prestaciones, debe cumplir varios elementos:

- 1.- Puesto que suponen un incremento de la cuantía de las prestaciones, para no afectar al sistema de financiación pública, dichas mejoras serán a cargo de las empresas<sup>7</sup>;

<sup>5</sup> No son pocos los estudios que han abordado las mejoras voluntarias en la negociación colectiva. A modo de ejemplo, sirva: Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social -FIPROS-), dirigido por GALA DURÁN, C. *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual*; y REGA RODRÍGUEZ, A.L., “Las mejoras voluntarias pactadas en los convenios colectivos”, *Pensiones sociales. Problemas y alternativas: IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 2, Ministerio de Trabajo e inmigración, Madrid, 1999, págs. 297-310.

<sup>6</sup> Para un estudio detallado de la cuestión vid. ROQUETA BUJ, R., “Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social”, *Actualidad laboral*, núm. 12, 2010, págs. 2 y ss; RAMOS QUINTANA, M.I., “Mejoras voluntarias de la Seguridad Social: la mejora directa de prestaciones”, *Derecho y salud*, núm. 1, 1994, págs. 31-38; YANINI BAEZA, J. *Las mejoras voluntarias en la Seguridad Social: régimen del Seguro Colectivo Laboral*, Edersa, Madrid, 1996; y ALONSO SAURA, J.L. “Las mejoras voluntarias y prestaciones complementarias de la seguridad social en los convenios colectivos”, *Documentación laboral*, núm. 32, 1990, págs. 77-110.

<sup>7</sup> Es cierto que el art. 239 primer párrafo LGSS, prevé, como excepción que “*previa aprobación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, podrá establecerse una aportación económica a cargo de los trabajadores, siempre que se les faculte para acogerse o no, individual y voluntariamente, a las mejoras concedidas por los empresarios con tal condición*”, lo que limita la posibilidad de que el coste pueda ser asumido por las personas trabajadoras, a que

- 2.- La implementación de una mejora voluntaria será, siempre, voluntaria para las empresas;
- 3.- Aunque el precepto no lo contemple, en interpretación conjunta de los arts. 239 y 43 LGSS, dicha voluntariedad se manifestará en la negociación colectiva, marco en el que se concretará el alcance de la mejora que voluntariamente acepten las empresas.
- 4.- Puesto que las mejoras voluntarias en su modalidad de mejora directa de las prestaciones pueden afectar a prestaciones que conforme a la normativa de Seguridad Social se percibirán de forma periódica, y aunque no se establezca dicha delimitación de forma expresa en la normativa, como submodalidades estarán:
  - A.- Las mejoras voluntarias en forma de mejora directa de las prestaciones que suponen una prestación periódica, y que por lo tanto suponen el complemento prestacional demorado en el tiempo -p.ej. mejora de la prestación de incapacidad temporal-.
  - B.- Las mejoras voluntarias en forma de mejora directa de prestaciones que se abonan en un único pago -p. ej. un premio por jubilación-
- 5.- Cuando la mejora voluntaria sea en la submodalidad de mejora de prestaciones periódicas, una vez causado el derecho a la mejora, sólo podrá disminuirse o anularse por la misma norma -convencional- que reguló su reconocimiento.

### 2.3.2. Mejoras voluntarias de la Seguridad Social en su modalidad de mejora por establecimiento de tipos de cotización adicionales

Respecto de las segundas -mejoras voluntarias en su modalidad de mejora por establecimiento de tipos de cotización adicionales-, son también varios los elementos que conforme al art. 241 LGSS caracterizan a las mismas:

- 1.- El art. 241 LGSS se desmarca de la esencia que subyace en las mejoras voluntarias -no sobre coste financiero a la Seguridad Social con cargo a fondos públicos-. Así, si bien mantiene la esencia de voluntariedad que caracteriza a las mejoras – el art. 241 LGSS habla de que las mismas se implementarán “a instancia de los interesados”, es decir, empresas o trabajadores-, se exige la previa aprobación del Ministerio encargado en cada momento de las cuestiones de Seguridad Social. La razón es simple. Un incremento de cotizaciones -¿a cargo de la cuota empresarial o también de la cuota que debe abonar la persona trabajadora?- conlleva un incremento de la cuantía de la futura prestación, lo que compromete, en cierto modo, las arcas públicas de las que se nutre la financiación de las pensiones del Sistema de Seguridad Social, de ahí que se exija, previamente, la autorización gubernamental -a través del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones<sup>8</sup>-.

---

previamente exista una mejora empresarial, y a que el coste se asuma voluntariamente, eso sí, previa aprobación del Ministerio que en cada momento asuma la competencia en materia de Seguridad Social.

<sup>8</sup> El art. 241 refiere al “Ministerio de Empleo y Seguridad Social”. En la actualidad, conforme a la actual estructura ministerial, las competencias a que refiere el precepto están distribuidas en dos ministerios diferenciados: Ministerio de inclusión, seguridad social y migraciones y Ministerio de trabajo y economía social. Si se acude a la

2.- Las mejoras voluntarias en su modalidad de mejora por establecimiento de tipos de cotización adicionales contemplan diversas submodalidades:

A.- Cotización para mejora de la revalorización de pensiones periódicas ya causadas, lo que permitirá incrementar la cuantía de la prestación a la que afecta la mejora

B.- Cotización para mejora de la revalorización de pensiones periódicas futuras, lo que podrá suponer un incremento de la cuantía de una prestación que todavía no se ha causado, y conforme a las reglas que en el momento en que la misma se cause se determinen legislativamente.

El presente estudio no abordará esta segunda modalidad, puesto que, como se ha avanzado, el mismo se centra en el análisis de los problemas que presenta la regulación convencional para el percibo de la mejora en supuestos de prestaciones de jubilación, incapacidad permanente e incapacidad temporal, lo que tiene encaje, únicamente, en la primera de las modalidades.

### 3. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA MEJORA VOLUNTARIA EN ATENCIÓN AL TIPO DE CONTRATO: ¿UN SUPUESTO DE DISCRIMINACIÓN?

La casuística de los convenios colectivos es infinita en materia de mejoras voluntarias, puesto que será de libre decisión de los negociadores el determinar respecto de qué prestaciones se proyecta la mejora, y respecto de qué tipo de trabajadores o contratos se mejorarán las prestaciones reconocidas por el Sistema de Seguridad Social. Ahora bien, una inclusión o exclusión de determinadas prestaciones o trabajadores, podría suponer un supuesto de discriminación prohibido por el ordenamiento jurídico<sup>9</sup>.

La cuestión podría suponer una especie de “doble escala en materia de mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social”, y en dichos términos ha de ser examinada la misma. Así lo ha hecho la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 12 de febrero de 2020 (Rec. 2802/2017), en un supuesto en que los padres del trabajador fallecido el mismo día en que se incorporó a prestar servicios mediante un contrato temporal -por obra o servicio determinado-, reclamaron el derecho a la mejora voluntaria prevista en el art. 40 e) del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Guijuelo, mejora que les fue denegada por entenderse que la situación no estaba contemplada en la regulación convencional. El acuerdo colectivo preveía condiciones distintas en materia de mejoras voluntarias para los funcionarios de carrera, los funcionarios interinos y el personal laboral con contrato fijo por un lado, y para el personal laboral indefinido o temporal y el personal eventual por otro. En particular, el art. 2 del Acuerdo Regulador de las condiciones de trabajo y retribuciones del personal al servicio del Excmo. Ayuntamiento de Guijuelo, contemplaba que sus normas serían de aplicación: *“a todo el personal que preste sus servicios en el Ayuntamiento de Guijuelo con carácter fijo, pertenecientes a la plantilla de personal funcionario o laboral, es decir, funcionarios de carrera, funcionarios interinos, laborales con contrato fijo. Y en el 3 que el personal laboral indefinido o temporal y el personal eventual se regirán conforme al Anexo V”*, y el art. 40 e) del Convenio Colectivo del Ayuntamiento

---

regulación de las competencias de ambos ministerios, la competencia para aprobar los incrementos de cotización correspondería al primero de ellos.

<sup>9</sup> Vid. SÁNCHEZ CARRETERO, R.M., “Trabajo a tiempo parcial y adecuación de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social”, *Actualidad laboral*, núm. 19, 2007.

de Guijuelo contemplaba que “*El Ayuntamiento de Guijuelo formalizará un Seguro de Responsabilidad Civil, extensible ambos a todos los trabajadores. Este seguro cubrirá las 24 horas del día y los siguientes riesgos (...)*”.

Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Salamanca, de 21 de diciembre de 2016, se desestimó la demanda presentada por los actores. Los padres del trabajador fallecido recurrieron dicha sentencia en suplicación por entender que el hecho de que los trabajadores fijos tuvieran más derechos que los temporales en relación con la mejora voluntaria, suponía una discriminación proscrita por el art. 14 CE y contraria a la Directiva 1999/70/CE. Por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), de 17 de mayo de 2017, se revocó parcialmente la sentencia de instancia, reconociendo el derecho de los padres a percibir dicha mejora voluntaria -30.050 euros-.

Ante la cuestión planteada en casación para la unificación de doctrina en relación a si vulnera el principio de igualdad ante la ley el que se prevea una indemnización por fallecimiento en accidente de trabajo pactada como mejora de Seguridad Social sólo para el personal funcionario y laboral fijo, excluyendo al personal temporal, la Sala 4ª del Tribunal Supremo, confirmando la sentencia de suplicación, concluye que ello es así, ya que se produce una diferencia de trato inadmisibles en la mejora voluntaria de la Seguridad Social en función de la naturaleza del contrato de trabajo, puesto que no existe una justificación objetiva y razonable para excluir a los trabajadores con contrato temporal de la misma, dado que una distinción, simplemente basada en la temporalidad del contrato, no supone válida justificación<sup>10</sup>.

La conclusión que puede extraerse es clara: una diferencia de trato en relación con el derecho a la mejora voluntaria dependiente de si la contratación es temporal o indefinida, sin una justificación objetiva y razonable que permita excluir a los trabajadores temporales de los beneficios que conlleva la mejora, supone discriminación proscrita por el art. 14 CE y vulnera la Directiva 1999/70/CE, que prohíbe distinciones no justificadas entre trabajadores temporales e indefinidos.

#### 4. MEJORAS VOLUNTARIAS EN SUPUESTOS DE JUBILACIÓN

No son pocos los convenios colectivos que recogen las denominadas mejoras voluntarias de la Seguridad Social en supuestos de jubilación, y ello con diversas denominaciones -premios, mejoras, indemnizaciones, etc.- pero idéntica finalidad: compensar la pérdida de ingresos que puede suponer el acceso a la jubilación de la persona trabajadora.

El problema que presenta la regulación convencional de la cuestión deriva, fundamentalmente, de los diversos tipos de jubilación acogidas por la LGSS -jubilación total, anticipada, parcial, forzosa-, y la en ocasiones falta de matización en las normas colectivas sobre a qué supuestos se aplica la mejora voluntaria. Si bien el análisis de dicha problemática es extremadamente casuístico -como casuísticas son las redacciones convencionales- un análisis jurisprudencial de la cuestión permite esbozar un mapa de problemas, y avanzar las soluciones.

<sup>10</sup> La sentencia ha sido objeto de comentario doctrinal. Vid. VIVERO SERRANO, J.B. “El derecho de los trabajadores temporales a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social”, *Revista de derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 26, 2021, págs. 141-148.

## 4.1. Tipos de jubilación y derecho a la mejora voluntaria

Uno de los principales problemas que presenta la regulación de las mejoras voluntarias en materia de jubilación, proviene de la falta de previsión en la norma convencional en que se contempla la mejora, del tipo de jubilación desde la cual se tiene derecho a la misma<sup>11</sup>.

La solución respecto de la determinación de si se tiene derecho o no a la mejora voluntaria en todos los tipos de jubilación -anticipada, a tiempo parcial, flexible- o sólo en los supuestos de jubilación total -forzosa o por alcanzar la edad de jubilación ordinaria-, depende de lo que se haya contemplado convencionalmente, lo que implica que las soluciones son casuísticas, si bien de un análisis de la jurisprudencia que ha examinado la cuestión se pueden extraer algunas conclusiones que pueden elevarse de lo particular a lo general.

### 4.1.1. Jubilación forzosa

No ha sido pacífica la cuestión relativa a si se tiene derecho a la mejora voluntaria prevista convencionalmente de forma genérica -jubilación- en supuestos en que se accede a la jubilación a la edad en que estaba prevista, conforme a la misma norma convencional, la jubilación forzosa.

El Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión en la reciente sentencia 141/2023, de 21 de febrero de 2023 (Rec. 2512/2019). En el supuesto se presentó demanda por un trabajador al que le fue reconocida pensión de jubilación al cumplir los 65 años y tras prestar servicios en el marco del Convenio Colectivo de Paradores de Turismo de España SA (específico del centro de trabajo del Hostal de los Reyes Católicos), que se encontraba en situación de ultraactividad, y que preveía un premio por jubilación en su art. 32<sup>12</sup>. El art. 30 de la norma convencional contemplaba la jubilación forzosa a los 65 años<sup>13</sup>, pero la Ley 3/2012, de 6 de julio, modificó la DA 10ª ET, para declarar *“nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social”*.

El actor solicitó el premio por jubilación que le fue denegado por la empresa por entender que al no ser ya posible la jubilación forzosa, tampoco lo es la jubilación a los 65 años, por lo que puesto que la norma convencional prevé el premio a quienes se jubilen antes de los 65 años, el actor no tiene derecho al mismo. Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Santiago de Compostela, de 13 de julio de 2018, se desestimó la demanda. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 22 de abril de 2019, revocó la sentencia de instancia y reconoció el derecho del actor a la mejora voluntaria, por entender que, aunque el convenio se encontraba en situación de ultraactividad, sigue en vigor

<sup>11</sup> El problema se abordó ya desde antiguo por VALDÉS DE LA VEGA, B. *Mejoras voluntarias por edad de jubilación en la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

<sup>12</sup> Que disponía: *“todo trabajador que desee jubilarse antes de los sesenta y cinco años, tendrá derecho a una mensualidad cada dos años de servicio, no computándose a estos efectos los primeros cinco años. Si la jubilación se produjera a partir de los sesenta y cinco años, el trabajador tendrá derecho a dos mensualidades a los quince años de servicio, tres mensualidades de quince a veinte años, cuatro de veinte a veinticinco años, cinco de veinticinco a treinta años, seis de treinta a treinta y cinco o más”*.

<sup>13</sup> Que preveía *“dentro del marco de la política de estabilidad del empleo, se acuerda la jubilación obligatoria a los sesenta y cinco años de edad, siempre que el trabajador tenga cubierto el periodo de cotización que da derecho a percibir de la Seguridad Social, la pensión de jubilación”*.

la obligatoriedad de la mejora pactada, por lo que habiéndose producido la jubilación, aunque sea a los 65 años, se tiene derecho a la misma.

La empresa recurrió en casación para la unificación de doctrina planteando como cuestión si de conformidad con la norma convencional se tiene derecho al premio por jubilación cuando ésta se produce a los 65 años, fecha prevista para la jubilación forzosa, pudiendo extenderse también a supuestos en que se supera dicha edad al no estar ya vigente la cláusula de jubilación forzosa. Y la Sala 4ª del Tribunal Supremo concluye que, teniendo en cuenta que se prevén dos parámetros económicos concretos para el cálculo del premio por jubilación, en atención a si la jubilación se produce antes de cumplir 65 años -jubilación anticipada- o tras el cumplimiento de dicha edad, lo que se incentiva es la jubilación anticipada -puesto que el premio por jubilación es superior-, pero no impide su percepción tras el cumplimiento de los 65 años de edad, puesto que no se vincula necesariamente a la jubilación forzosa<sup>14</sup>.

La conclusión alcanzada por la Sala 4ª del Tribunal Supremo en el supuesto en particular, servirá para otras situaciones distintas de la analizada, ya que conforme a su argumento se puede concluir:

- 1.- Debe analizarse la norma convencional en su conjunto, de forma que si en la misma se prevé una mejora voluntaria en materia de jubilación sin vincularla a un determinado tipo, el hecho de que en otros preceptos convencionales se contemplen situaciones particularizadas en supuestos de jubilación, no afectará a la mejora.
- 2.- Si el precepto convencional que regula la mejora refiere a la jubilación en sentido genérico, no cabe denegar la mejora voluntaria en ningún supuesto de jubilación.
- 3.- Si el precepto convencional que regula la mejora refiere a un concreto tipo de jubilación, sólo procederá reconocer la mejora voluntaria cuando las personas trabajadoras accedan a ese tipo de jubilación en particular.

#### 4.1.2. Jubilación parcial

Igualmente problemático es determinar si se tiene derecho a la mejora voluntaria en supuestos de jubilación parcial, cuando la norma convencional sólo refiere a la “jubilación” o a la “jubilación anticipada”.

La cuestión ha sido abordada por la Sala 4ª del Tribunal Supremo ya desde antiguo. En sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2010 (Rec. 2747/2009), se resolvió la cuestión de si tenía derecho al premio por jubilación previsto en el art. 35 del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Coria<sup>15</sup>, un trabajador que pasó a los 64 años a la jubilación parcial, desarrollando una jornada del 85%, y que solicitó el premio

<sup>14</sup> La sentencia no aborda una segunda cuestión planteada por primera vez en el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado, en relación con si no procedería el abono de la mejora convencional como consecuencia de que la empresa pertenecía al sector público, y el RDL 20/2011, y las ulteriores leyes de presupuestos, imposibilitaban el realizar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguros colectivos que incluyeran la cobertura de la contingencia de jubilación. La razón es que no se pueden abordar en casación unificadoras cuestiones que son nuevas, y sobre dicha cuestión no se pronuncia la sentencia de suplicación.

<sup>15</sup> Que preveía: “*Todos los empleados públicos fijos que soliciten la jubilación anticipada voluntaria entre los 60 y 64 años de edad, les será concedido por el Excmo. Ayuntamiento y tendrán derecho al premio o indemnización que a continuación se expone: a los 60 años, 3.049.500 pts; a los 63 ....*”.

por jubilación que le fue denegado por el Ayuntamiento, por entender que conforme a la norma convencional, sólo tenían derecho al mismo quienes se jubilaran anticipadamente pero no parcialmente.

Tras presentar demanda reclamando el premio, por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Cáceres de 5 de febrero de 2009, se desestimó la demanda. La sentencia del Tribunal Superior de justicia de Extremadura, de 2 de junio de 2009 (Rec. 216/2009), revocó la sentencia de instancia y reconoció el derecho al premio, por entender que puesto que la norma convencional no distinguía entre la jubilación total y parcial, procedía reconocer el derecho al premio en ambos supuestos.

Se plantea en casación para la unificación de doctrina si en supuestos de jubilación parcial se tiene derecho al premio de jubilación previsto en el art. 35 del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Coria. Y la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2010 (Rec. 2747/2009), casa y anula la sentencia de suplicación y confirma la sentencia de instancia, denegando el derecho a la mejora, por entender que de una interpretación de la normativa de Seguridad Social vigente en el momento en que se enjuiciaron los hechos, no podía equipararse la jubilación anticipada a la parcial, ya que la regulación era diversa, y la normativa reglamentaria de desarrollo igualmente distinta, siendo además que en el supuesto de jubilación anticipada se extingue el contrato mientras que en la jubilación parcial el contrato subsiste, y la norma convencional es clara cuando prevé la mejora voluntaria para el supuesto de “*jubilación anticipada voluntaria*”, que se fija en cuantía fija en atención a la edad en que se accede a la misma, sin que quepa entender que la indemnización que se establece para los trabajadores que solicitan la jubilación anticipada pueda aplicarse a los que solicitan la jubilación parcial antes de cumplir 65 años de edad<sup>16</sup>.

Dicha conclusión se alcanzó posteriormente respecto de otros preceptos de normas convencionales diferentes:

1.-En la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2010 (Rec. 4451/2009), igualmente se denegaron las prestaciones complementarias establecidas en el art. 60 párrafo sexto último inciso del Convenio Colectivo de la empresa Bormioli Rocco SA (2005-2008). En la norma convencional se preveía un complemento a la prestación de jubilación -sin especificar si la misma era total o parcial- para empleados con más de 20 años de antigüedad en la empresa, que fue externalizado mediante una póliza de seguros. El trabajador accedió a la jubilación parcial reduciendo su jornada de trabajo un 85%. Tras reclamar la mejora voluntaria, la empresa la denegó por entender que la mejora estaba prevista para la jubilación ordinaria pero no parcial.

Tras presentar demanda, por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Guadalajara, de 30 de octubre de 2008, se estimó parcialmente la demanda reconociendo el derecho a la mejora voluntaria, si bien en cuantía inferior a la reclamada. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, de 11 de noviembre de 2009, revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda.

Ante la cuestión de si se tiene derecho al complemento de pensión de jubilación previsto en la norma convencional, la Sala 4ª del Tribunal Supremo confirma la sentencia de suplicación, por entender que hay que estar, en la interpretación de preceptos

<sup>16</sup> Respecto de la misma norma convencional, art. 35 del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Coria, se pronunció el Tribunal Supremo en posteriores sentencias como: STS de 11 de abril de 2011 (Rec. 3160/2010).

convencionales, a la voluntad de las partes al concertar el beneficio, y en el supuesto, sólo se hace mención a la jubilación anticipada y no a la jubilación parcial, de ahí que no proceda reconocer la mejora en dichos supuestos, conclusión que se avala, además, por la interpretación del art. 7 RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones, que distingue claramente los supuestos de jubilación ordinaria, anticipada y parcial.

2.-En la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2011 (Rec. 949/2011), se concluye que cuando la norma convencional es clara, y refiere al percibo de la mejora respecto de un tipo de jubilación en particular -en el supuesto jubilación anticipada voluntaria- no puede extenderse el derecho a otras situaciones de jubilación.

En el supuesto, el actor solicitó y le fue reconocida jubilación parcial, solicitando la mejora voluntaria prevista en el art. 77.4 del VI Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha<sup>17</sup>, que le fue denegada por entender que la norma convencional sólo preveía la mejora en supuestos de jubilación anticipada pero no voluntaria.

Tras presentar demanda reclamando la mejora, por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Albacete, de 30 de septiembre de 2010, se desestimó la demanda. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, de 27 de enero de 2011 (Rec. 1477/2011), revocó la sentencia de instancia y reconoció el derecho del trabajador a la indemnización por jubilación prevista como mejora voluntaria en la norma convencional, por entender que no existía ninguna diferencia entre jubilación anticipada y parcial a efectos del percibo de la mejora voluntaria.

Recurrió en casación para la unificación de doctrina la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, planteando como cuestión si un trabajador que se jubila parcialmente tiene o no derecho al premio de jubilación o a la parte proporcional correspondiente. La Sala 4ª del Tribunal Supremo revocó la sentencia de suplicación y confirmó la sentencia de instancia denegando el derecho a la mejora, aplicando lo dispuesto en reiterada jurisprudencia anterior<sup>18</sup>, en que se determinó que no puede entenderse que la indemnización que se establece para trabajadores que solicitan la jubilación anticipada pueda extenderse a los trabajadores que acceden a la jubilación parcial antes de cumplir 65 años de edad.

3.-En la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2011 (Rec. 2112/2010), se examinó, igualmente, si tenía derecho a la mejora voluntaria prevista en el art. 49 del Convenio Colectivo por el que se regulan las relaciones de trabajo del personal laboral

<sup>17</sup> Que preveía: “En el supuesto de jubilación anticipada en edad inferior a sesenta y cuatro años, el personal laboral percibirá una indemnización, según la edad de que se trate, en las cuantías siguientes: 1) A partir del día siguiente a la fecha en que se cumplan los 62 años y hasta el día en que cumpla 64 años: 9.812,15 euros en 2008 y 10.106,52 euros en 2009; 2) A partir del día siguiente a la fecha en que se cumplan los 61 años y hasta el día que cumpla 62 años 13.853,89 euros en 2008 y 18.046,51 euros en 2009; 3) A partir del día siguiente a la fecha en que se cumplan los 60 años y hasta el día en que cumpla 61 años: 17.521,08 euros en 2009 y 14.269,72 euros en 2009; 4) En la fecha en que cumpla 60 años: 20.780,83 euros en 2008 y 21.404,26 euros en 2009”.

<sup>18</sup> STS (Sala General), de 20 de diciembre de 2010 (Recs. 2747/2009, 4451/2009, 12/2009), y otras posteriores como STS de 19 de enero de 2011 (Rec. 2112/2010), 26 de enero de 2011 (Rec. 3/2010), 11 de abril de 2011 (Rec. 3160/2010) y 28 de septiembre de 2011 (Rec. 215/2010), que rectificaron el criterio establecido en la STS de 30 de junio de 2010 (Rec. 4190/2009).

de la Diputación de Sevilla 2004-2006<sup>19</sup>, quienes se jubilan parcialmente. En el supuesto, el trabajador accedió a la jubilación parcial desarrollando una jornada del 85%. Solicitó el premio por jubilación previsto en la norma convencional que le fue denegado por la empresa por entender que sólo se tenía derecho al mismo cuando se accedía a la jubilación ordinaria.

Tras presentar demanda solicitando el reconocimiento del derecho al premio, por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Sevilla, de 13 de noviembre de 2008, se desestimó la demanda. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 4 de marzo de 2010 (Rec. 1234/2009), revocó la sentencia de instancia y estimó la demanda, por entender que conforme a una interpretación literal del precepto, procede reconocer del derecho a quienes se jubilan con anterioridad a los 65 años, sin que quepa distinguir entre jubilación total y parcial.

Se plantea en casación para la unificación de doctrina si tiene derecho al premio por jubilación quien se jubila parcialmente, y la Sala 4ª del Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de duplicación y confirma la sentencia de instancia, por entender, nuevamente, y de forma reiterada, que la jubilación anticipada y la parcial se regulan en dos preceptos distintos de la LGSS, sin que puedan equipararse ambos supuestos, por lo que refiriendo la norma convencional únicamente a la jubilación anticipada, no procede reconocer el derecho en supuestos de jubilación parcial.

La conclusión es casuística, ya que atiene a una previsión convencional en particular, pero puede extrapolarse a supuestos más generales. De este modo, se podría concluir:

- 1.- Cuando la norma convencional no prevé que la mejora voluntaria se vincule a un tipo concreto de jubilación, se tiene derecho a ella cuando no existan otros preceptos convencionales de los que se pueda deducir una prohibición de percepción del premio;
- 2.- Cuando la norma convencional prevé la mejora voluntaria para un supuesto concreto de jubilación -anticipada, por ejemplo-, sólo se podrá tener derecho a la mejora voluntaria en los supuestos previstos convencionalmente;
- 3.- Si la norma convencional vincula la percepción de la mejora voluntaria no a un supuesto de jubilación en particular, sino al cumplimiento de determinada edad y el cumplimiento de determinados requisitos, habrá que estar a una interpretación literal del precepto para determinar si se tiene derecho o no a la mejora voluntaria

#### **4.1.3. Relación entre jubilación parcial y extinción del contrato por causas distintas de la jubilación ordinaria**

Otra de las cuestiones problemáticas en materia de mejoras voluntarias guarda relación con los supuestos en que los trabajadores que accedieron a la jubilación parcial ven

<sup>19</sup> Que contemplaba la previsión de que “El trabajador al cumplir los 60 años podrá solicitar la jubilación anticipada, teniendo derecho a percibir del Organismo un premio a la jubilación en la siguiente cuantía: (...). Además se establece un premio consistente en dos mensualidades de sus retribuciones íntegras, más una mensualidad por cada cinco años de servicio en el O.P.A.E.F. a partir del 20 inclusive, para el personal al jubilarse a la edad de 65 años. Para tener derecho al premio de jubilación anticipada, será preceptivo haber prestado servicios efectivos a la empresa de al menos diez años”.

extinguidos sus contratos por causas no imputables a su parte o por jubilación ordinaria. En estos supuestos, la cuestión a resolver es si se tendría derecho a la mejora voluntaria prevista en supuestos de extinción del contrato, al encontrarse el trabajador en situación de jubilación parcial.

A resolver la cuestión se ha dedicado la sentencia del Tribunal Supremo 1241/2021, de 9 de diciembre de 2021 (Rec. 3948/2018), que aborda el problema de si la actora tiene derecho a percibir el premio de vinculación establecido en el art. 24 del Convenio Colectivo del Sector de Hospedaje de la Comunidad Autónoma de Madrid<sup>20</sup>.

En el supuesto, la actora accedió a la jubilación parcial, siendo extinguido su contrato por despido individual derivado de un despido colectivo autorizado por el Juzgado de lo Mercantil, sin que se impugnaran ni el despido individual ni el despido colectivo. Reclamó la trabajadora el premio de vinculación establecido en la norma convencional. Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, se desestimó la demanda. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de junio de 2018 (Rec. 459/2017), confirmó la sentencia de instancia, por entender que puesto que no se impugnaron ni el despido individual ni el colectivo, el despido debe entenderse como “*despido procedente*” a efectos del art. 24 de la norma convencional, por lo que no tiene derecho a la mejora voluntaria.

La Sala 4ª del Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de suplicación y reconoce el derecho a la mejora voluntaria, por entender que, de una interpretación literal del precepto, se deduce que el premio de vinculación “*pretende remunerar la prolongada dedicación a la empresa por parte de la persona trabajadora, en supuestos en los que pudiere darse el cese por decisión empresarial, sin comportamiento reprochable por el trabajador*”, y en el presente supuesto, la extinción de la relación laboral no se produce por causas imputables a la parte, sino por despido individual adoptado en el marco de un despido colectivo, situación que no se incluye en las previsiones convencionales que aluden a “*despido procedente por sentencia firme, muerte, baja por invalidez permanente total o absoluta y gran invalidez*”.

Nuevamente la situación examinada en la sentencia es casuística, pero la solución puede elevarse de lo particular a lo general, pudiéndose concluir:

- 1.- Cuando se establece una mejora voluntaria para los supuestos de extinción de la relación laboral por causas no imputables a la parte, en nada incide que la extinción se produzca desde una situación de jubilación parcial, ya que la misma implica que la persona trabajadora sigue vinculada a la empresa, si bien con contrato a tiempo parcial.
- 2.- Si la norma convencional que prevé la mejora voluntaria enumera los supuestos en los que se excluye el derecho a la mejora, habrá que estar a la dicción literal del precepto, sin que quepan interpretaciones extensivas y que supongan una especie de *numerus apertus* para excluir del derecho a la mejora supuestos distintos a los convencionalmente previstos

<sup>20</sup> Que preveía: “cuando un/a trabajador/a de sesenta o más años y con una antigüedad mínima de diez años en la empresa cese en la misma por cualquier causa a excepción hecha del despido procedente por sentencia firme, muerte, baja por invalidez permanente total o absoluta y gran invalidez, sin perjuicio de otras indemnizaciones que pudieran corresponderle, tendrá derecho al citado premio en la cuantía que se señala en la tabla adjunta, en función de sus años de antigüedad y de la edad en el momento del cese”.

## 4.2. Cuantificación de la mejora voluntaria

Aquellos convenios colectivos que prevén mejoras voluntarias en materia de jubilación, no sólo no suelen contemplar supuestos casuísticos respecto de los tipos de jubilación que abren la puerta al derecho a la mejora voluntaria, sino sobre todo, plantean problemas de determinación, en aquellos casos en que la mejora se configura en forma de cantidad fija -indemnización, premio, etc.- de cómo se debe cuantificar ésta. La razón de dicha problemática se encuentra no sólo en el hecho de que en materia de mejoras voluntarias no se suele determinar -a diferencia del despido, por ejemplo-, cuál es el marco temporal respecto del que se tiene que concretar el salario que servirá de módulo de cálculo de la mejora -el del mes anterior a la jubilación, el promedio del año anual anterior a la jubilación, etc.- ni cuáles son las partidas retributivas que deben tenerse en consideración -salario base, complementos salariales, bonus, etc.-, sino sobre todo, porque el acceso a la jubilación puede ir precedida de situaciones que alteran el sistema retributivo y las concretas partidas económicas percibidas por las personas trabajadoras -incapacidad temporal previa a la jubilación, jubilación anticipada, reducción de jornada, etc.-, lo que dificulta, sobremanera, la determinación final del *quantum* de la mejora.

A abordar una solución ayuda la sentencia del Tribunal Supremo 621/2022, de 6 de julio de 2022 (Rec. 2963/2019), sentencia que resuelve -¿definitivamente?- la cuestión de cuál es el salario a tener en cuenta a efectos del percibo de una mejora voluntaria de jubilación en su modalidad de pago único -no periódico-.

La cuestión traía causa de una demanda presentada por una trabajadora que prestó servicios a jornada completa, pasando en un determinado momento a prestarlos a tiempo parcial -por pasar a la situación de jubilación parcial- con una jornada del 25% de la ordinaria, con sujeción al Convenio Colectivo de Hostelería de la Provincia de Valladolid, y que solicitó el premio por jubilación previsto en el art. 22 de dicha norma convencional<sup>21</sup>.

El premio por jubilación le fue reconocido a la actora conforme al salario percibido mientras prestaba servicios a tiempo parcial por haber accedido a la jubilación parcial, reclamando ésta que le fuera reconocido en proporción al salario percibido a tiempo completo durante el tiempo en que prestó tales servicios, y a tiempo parcial durante el tiempo que los prestó en tales circunstancias. Y ello por cuanto conforme a la previsión convencional, el premio traía causa de una prestación continuada de servicios durante tiempo cierto -10 años mínimo- determinándose la cuantía simplemente en “*salario mensual*”, sin concretar cuál debía ser éste, de lo que podía deducirse que su determinación debía hacerse en promedio del percibido por el número de años de prestación de servicios y no en atención al salario del mes anterior a la jubilación, que era, necesariamente, y por mor de la jubilación parcial y de la prestación de servicios a tiempo parcial, menor y ajustado al número de horas efectivamente trabajadas durante el periodo de referencia al que se vincula la mejora.

Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Valladolid, de 5 de noviembre de 2018, se estimó en parte la demanda, entendiendo que el cálculo del premio debía realizarse no atendiendo al salario de los últimos meses -en que la trabajadora prestó servicios a tiempo parcial- puesto que las funciones laborales no fueron desempeñadas a lo largo de

<sup>21</sup> Que preveía: “Se establece un premio de jubilación consistente en dos mensualidades del salario mensual para las personas trabajadoras que tengan una antigüedad de diez años en la empresa y por cada cinco años más de antigüedad se adicionará una mensualidad, hasta el tope máximo de siete mensualidades”.

toda la vida laboral a tiempo parcial, sino atendiendo a la “vinculación”, es decir, teniendo en cuenta el tiempo en que se prestaron servicios a tiempo parcial por haber accedido a la jubilación parcial, y el tiempo en que se prestaron servicios a tiempo completo durante el resto del tiempo. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), de 23 de mayo de 2019 (Rec. 26/2019), confirmó la sentencia de instancia con los mismos argumentos, y la empresa interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina planteando como cuestión si el salario que se ha de tener en cuenta para fijar el premio de jubilación es el salario correspondiente a la jornada a tiempo parcial vigente en el momento de la jubilación -puesto que la trabajadora se jubiló parcialmente reduciendo su jornada un 25%- o el salario que se venía abonando por la jornada a tiempo completo -sin tener en cuenta el percibido como consecuencia de la jubilación parcial-.

La solución de la Sala 4ª del Tribunal Supremo es clara cuando confirma la sentencia de suplicación, y declara que el salario mensual que se ha de tomar en consideración para fijar el importe del premio de jubilación, no es el percibido en el momento de acceso a la jubilación ordinaria, sino el percibido por la trabajadora a lo largo de su relación laboral, lo que implica que habrá de calcularse el mismo conforme al salario efectivamente percibido durante el tiempo en que prestó servicios a tiempo parcial como consecuencia de la jubilación parcial, y durante el tiempo en que prestó servicios a tiempo completo, el resto del tiempo del periodo de referencia al que se vincula la mejora.

El argumento esgrimido por la Sala 4ª del Tribunal supremo es claro:

- 1.- Puesto que se exige un periodo de permanencia en la empresa para tener derecho a la mejora voluntaria -en el supuesto premio por jubilación-, la naturaleza de la mejora no es complementar la pensión con una cantidad por el mero hecho de jubilarse, sino por el hecho de jubilarse tras una larga prestación de servicios -en el supuesto 10 años, incrementándose las mensualidades a percibir por periodos quinquenales-, de lo que se deduce que la cuantía de la mejora voluntaria deberá calcularse teniendo en cuenta dicho tiempo de prestación de servicios;
- 2.- La cuantía se fija en “*mensualidades*” que no se calculan en abstracto, sino en atención al tiempo de permanencia en la empresa, lo que deshecha la conclusión de que la cuantía de la mejora se calcule en atención al salario percibido en el momento en que se accede a la jubilación, que en el supuesto sería el salario equivalente a la jornada reducida como consecuencia de la jubilación parcial.
- 3.- Conjugando ambas variables, puesto que durante el tiempo de permanencia en la empresa exigido por la norma convencional para tener derecho a la mejora voluntaria, se prestaron servicios a tiempo completo y a tiempo parcial, deberá calcularse la cuantía de las mensualidades a percibir por la trabajadora en el momento de la jubilación en que se traduce la mejora voluntaria, conforme al salario percibido durante el tiempo en que se prestó servicios a tiempo completo y el salario percibido durante el tiempo en que se prestó servicios a tiempo parcial.
- 4.- Una conclusión distinta no conjugaría con la finalidad de la mejora convencional, ya que “*se daría la paradoja de que por trabajar más tiempo,*

*en concreto los últimos cuatro años, el premio de jubilación sería sensiblemente inferior a si no los hubiera trabajado”.*

En un segundo orden de cosas, y respecto de qué partidas salariales deben tenerse en cuenta a efectos de la cuantificación de la mejora voluntaria, cuestión ésta igualmente problemática, se avanzó una conclusión en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2016 (Rec. 2111/2014). La misma abordó la cuestión en interpretación del art. 21 del Convenio Colectivo de Ámbito Estatal para las Gestorías Administrativas 1992-1995 que estableció que *“Los trabajadores que soliciten su jubilación a partir de los sesenta años de edad y hasta los tres meses siguientes a haber cumplido la edad legal de jubilación tendrán derecho a un premio especial, con motivo de su cese en la Empresa precisamente en ese periodo, a razón de dos mensualidades por cada diez años o fracción de antigüedad en la misma”*. Los posteriores Convenios Colectivos contemplaban en su Disposición Transitoria 1ª que, *“A los efectos de reconocer los derechos de premio especial de jubilación que, con arreglo al anterior convenio pudieran haber adquirido los trabajadores, quienes al 31 de diciembre de 1995 tengan una antigüedad consolidada de diez años o múltiplo y soliciten la jubilación a partir de los sesenta años y hasta tres meses después de haber cumplido la edad legal de jubilación, tendrán derecho a una paga como gratificación especial de jubilación, a razón de dos mensualidades por cada diez años o fracción de antigüedad, sin que computen anualidades a partir de la fecha señalada. Para el resto de los trabajadores del sector no existe la gratificación especial por jubilación”*.

En el supuesto, el trabajador accedió a la jubilación parcial en 2010, jubilándose totalmente en 2011, reclamando el premio por jubilación teniendo en cuenta el salario percibido a tiempo completo, puesto que hasta la fecha -31 de diciembre de 1995- en que conforme a la norma convencional no podía devengarse más mejora -dos mensualidades por cada diez años-, la prestación de servicios se realizó a tiempo completo, ya que sólo el último año -posterior a 1995- se prestaron servicios a tiempo parcial como consecuencia de la jubilación parcial.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Almería de 12 de noviembre de 2013, estimó parcialmente la demanda reconociendo el premio por jubilación, pero calculado teniendo en cuenta el último salario percibido por el trabajador a tiempo parcial. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 27 de marzo de 2014 (Rec. 295/2014) estimó el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador y reconoció el premio por jubilación conforme al salario percibido por el trabajador a tiempo completo, puesto que hasta el 31 de diciembre de 1995 -fecha en que según la norma convencional ya no se tiene derecho a la mejora- los servicios se prestaron a tiempo completo, si bien admitiendo la fórmula finalmente acogida por la sentencia del Tribunal Supremo 621/2022, de 6 de julio de 2022 (Rec. 2963/2019), y que fija la cuantía de la mejora en atención a lo que podría denominarse *“jubilación en dos tiempos”*<sup>22</sup>, esto es, teniendo en cuenta el salario correspondiente a la jornada a tiempo completo desempeñada durante el tiempo en que se prestaron servicios sin reducción de jornada, y el salario percibido durante el resto del tiempo en que se prestaron servicios a tiempo parcial.

Interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina la empresa por entender que el salario a efectos de determinación de la cuantía de la mejora voluntaria debía ser el que percibía el trabajador en el momento de acceder a la jubilación ordinaria,

<sup>22</sup> Término acogido por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 27 de marzo de 2014 (Rec. 295/2014).

y como en dicho momento el mismo percibía salario por prestación de servicios a tiempo parcial como consecuencia de su jubilación parcial, era dicho salario, y no el percibido a tiempo completo durante el número de años exigido en el precepto convencional, el que serviría de módulo de cálculo.

La Sala 4ª del Tribunal Supremo procedió a realizar una interpretación literal del precepto convencional, y confirmando la sentencia de suplicación, alcanzó la misma conclusión que se mantendría en la jurisprudencia posterior respecto del derecho al percibo de la mejora voluntaria: la misma debía calcularse conforme al salario percibido por el trabajador durante el tiempo exigido convencionalmente para tener derecho a la mejora, es decir, salario percibido efectivamente por el trabajador durante los años en que prestó servicios a tiempo completo, y salario percibido efectivamente por el trabajador durante el último año en que se prestaron servicios a tiempo parcial.

Respecto de la cuantía a reconocer, y puesto que la mejora consistía en un número de mensualidades en atención al número de años de prestación de servicios, señala que las mismas se calcularán teniendo en cuenta *“la totalidad de retribuciones percibidas por el trabajador en un periodo de esa clase (mes)”*, con la precisión de que, en el supuesto, el salario percibido a tiempo completo era indiscutido. Ahora bien, a modo de *obiter dicta*, la sentencia contiene un elemento distorsionante cuando afirma que *“el importe de la misma es, en principio, el que se esté cobrando en el momento de su solicitud”*. De ello podría deducirse que la solución alcanzada no guarda lógica correlación con la fundamentación jurídica, ya que conforme a ésta parece que el salario se determinará teniendo en cuenta las partidas retributivas percibidas en el momento de solicitud, que, en el caso, se realizó desde la situación de jubilación parcial, y por lo tanto, de prestación de servicios a tiempo parcial, cuando en el fallo se confirma la sentencia de suplicación que calculó la cuantía en atención a las partidas retributivas percibidas mientras se prestaban servicios a tiempo completo. La realidad es que lo que da a entender la sentencia, es que, en aquellos supuestos en que el precepto convencional sea claro, la cuantía de las mensualidades se corresponderán con las efectivamente percibidas por la persona trabajadora en el momento de la solicitud de la mejora voluntaria, salvo supuestos en los que, como en el caso, de la norma convencional se pueda deducir otra cosa, al vincularse la mejora no al acceso a la jubilación, sino a un tiempo determinado de prestación de servicios.

Las razones esgrimidas por el Tribunal Supremo, si bien deben entenderse casuísticas, puesto que responden a un precepto convencional en particular y a una situación particularizada -acceso a la jubilación desde la jubilación parcial-, pueden extrapolarse a otras situaciones, pudiendo elevarse la conclusión de lo particular a lo general, para poderse afirmar que:

- 1.- En aquellos supuestos en que la mejora convencional consiste en una cantidad fija -no periódica- a percibir en el momento de la jubilación, y la norma convencional no contempla la forma de cálculo de la cuantía de la mejora, ésta habrá de determinarse atendiendo a la finalidad por la que se prevé la mejora convencional, de forma que:
  - A.- Si la mejora se vincula a un determinado número de años de prestación de servicios, y consiste en una cantidad determinada por el salario, habrá

de calcularse atendiendo a los salarios percibidos -a tiempo completo o a tiempo parcial- durante dicho periodo;

- B.- Si la mejora no se vincula a un determinado número de años de prestación de servicios, sino que refiere al simple hecho del acceso a la jubilación, y consiste en una cantidad determinada por el salario, podrá fijarse la cuantía en atención al salario efectivamente percibido en el momento de la jubilación, que podrá ser el cobrado por la persona trabajadora que presta servicios a tiempo parcial por el motivo que sea -jubilación parcial, reducción de jornada, etc.-

- 2.- En aquellos supuestos en que la mejora convencional consiste en una cantidad fija -no periódica- a percibir en el momento de la jubilación, y la norma convencional fija la fórmula de cálculo conforme a un determinado periodo temporal o conforme a una cuantía predeterminada -fija- o en atención a determinadas partidas salariales -salario base, complementos salariales prefijados, etc.-, habrá que estar a la fórmula de cálculo acordada, pudiendo consistir:

- A.- En una cantidad fija y a tanto alzado cuando así se haya determinado convencionalmente
- B.- En una cantidad fija calculada conforme a la previsión convencional, cuando así se establezca.

#### 4.3. Incompatibilidades previstas en la normativa presupuestaria

El art. 1 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio incorporó incompatibilidades entre el percibo de pensiones públicas y determinadas retribuciones<sup>23</sup>. Como consecuencia de dicha incompatibilidad, no son pocos los problemas que se han planteado relacionados con la cuestión de si conforme a dicha normativa procede reconocer las mejoras voluntarias previstas convencionalmente en supuestos de jubilación.

La cuestión ha sido resuelta recientemente por diversas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

1.-En la sentencia del Tribunal Supremo 732/2019, de 23 de octubre de 2019 (Rec. 2113/2017), se planteó la cuestión de si tenía derecho al premio por jubilación previsto en el art. 25 del Convenio colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Burgos<sup>24</sup>,

<sup>23</sup> El precepto establece: “1.1. Las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista con ocasión del cese en cualquier cargo, puesto o actividad en el sector público son incompatibles con cualquier retribución con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Públicas, de los entes, organismos y empresas de ellos dependientes, o con cargo a los de los órganos constitucionales o que resulte de la aplicación de arancel, así como con cualquier retribución que provenga de una actividad privada, con excepción de las previstas en el artículo 10 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado [...] 1.2. Las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquiera otra percepción económica al cese serán, asimismo incompatibles con la percepción de la pensión de jubilación o retiro por Derechos pasivos, o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio.”

<sup>24</sup> Que establecía “el trabajador que tenga reconocido por la Seguridad Social el derecho de jubilación a los 60 años y desee ejercerlo, se le indemnizará por cada mes que se adelante en una cuantía equivalente a 15 días del total de las retribuciones íntegras que se perciban en ese momento, más la parte proporcional de las pagas extraordinarias. El abono se realizará, el cincuenta por ciento a los quince días de la concesión y el otro cincuenta por ciento el primer mes de la entrada en vigor del presupuesto siguiente”.

el trabajador que accedió a la jubilación anticipada y solicitó el premio previsto en la norma convencional, que le fue denegado por el Ayuntamiento por entender que la mejora voluntaria se encontraba suspendida en aplicación del art. 1 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, debiendo primar lo establecido en la previsión legal respecto de lo dispuesto en la norma convencional. Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Burgos, se estimó la demanda presentada por el actor y se reconoció su derecho a la mejora voluntaria. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), de 1 de febrero de 2017 (Rec. 239/2017), revocó la sentencia de instancia para desestimar la demanda.

Ante la cuestión de si tenía derecho el actor a la mejora voluntaria prevista en la norma convencional, o por el contrario dicha previsión aparecía suspendida por lo establecido en el art. 1 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, por aplicarse la misma o no a altos cargos, la Sala 4ª del Tribunal Supremo confirmó la sentencia de suplicación, por entender que dicho art. 1 se refiere, sin distinción alguna, a todas las prestaciones que enumera, sin especificar si se trata de altos cargos o no, siendo así que el art. 16 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio suspende la aplicación de convenios o pactos que pudieran establecer mejoras contrarias a lo dispuesto en el art. 1, de lo que sólo puede concluirse que la previsión legal prima sobre la previsión convencional, y al no limitarse la incompatibilidad entre percibo de pensión de jubilación e indemnizaciones a los altos cargos, no procede reconocer al actor el derecho a la mejora voluntaria.

2.-En la sentencia del Tribunal Supremo 546/2022, de 15 de junio de 2022 (Rec. 82/2019), se discutió si tenía derecho a percibir el premio por jubilación previsto en el art. 25 del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de la Villa de Santa Brígida<sup>25</sup>, a quien solicitó el premio por jubilación y le fue denegado por entender el Ayuntamiento que las cláusulas económicas del Convenio Colectivo estaban suspendidas en aplicación del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio.

Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Las Palmas de Gran Canaria de 5 de febrero de 2018, se reconoció el derecho del actor a la mejora voluntaria. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria), de 25 de septiembre de 2018 (Rec. 361/2018), confirmó la sentencia de instancia, por entender que el cese del actor, que no era alto cargo, no se produjo por jubilación, por lo que no se aplicaba al demandante la limitación. Y la Sala 4ª del Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de suplicación para desestimar la demanda, por entender que de una interpretación literal y sistemática del art. 1 del Real Decreto-ley 12/2020, de 31 de marzo, se deduce que éste no se aplica solamente a los altos cargos, sino que se aplica a todos los empleados de las Administraciones públicas, sin que se limite a compensar las limitaciones de los cargos públicos después del cese de su actividad profesional, sino que pretende garantizar la estabilidad presupuestaria, siendo así que la jubilación supone un cese de un cargo público, por lo que procede aplicar el precepto legal y no la mejora voluntaria.

<sup>25</sup> Que preveía que “La Corporación, en sus presupuestos de cada año, consignará una cantidad destinada a jubilación, invalidez permanente o fallecimiento, a razón de una mensualidad por cada quinquenio de antigüedad, de acuerdo con un informe anual del Servicio de Personal, no pudiendo exceder la cantidad designada a un solo trabajador superior a seis mil euros.”

#### 4.4. Plazo para reclamar la mejora voluntaria

Otra de las cuestiones complejas en materia de reclamación de mejoras voluntarias refiere al plazo de caducidad, y en particular, si debe aplicarse el plazo de caducidad de un año o de 5 previsto en los arts. 43 y 44 LGSS.

La cuestión ha sido abordada por el Pleno del Tribunal Supremo en sentencia de 6 de febrero de 2018 (Rec. 1080/2016). En el supuesto, la actora accedió a la jubilación total previa jubilación parcial, solicitando el premio por jubilación previsto en el art. 74.2 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración y Servicios de las Universidades Públicas de Castilla y León, que se le reconoció si bien calculado conforme al salario percibido al tiempo de su jubilación parcial.

Presentó demanda la actora por entender que procedía reconocer el derecho al premio, calculado conforme al salario íntegro percibido mientras prestaba servicios a tiempo completo, y no conforme al salario percibido por la realización de trabajos a tiempo parcial como consecuencia de su jubilación parcial. Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Valladolid de 20 de mayo de 2015, se desestimó la excepción de prescripción y se estimó la demanda. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), de 14 de enero de 2016, revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda por caducidad de la acción, y ello por entender que aunque no es de aplicación el plazo de prescripción de un año del art. 50 ET puesto que se trata de una mejora voluntaria de Seguridad Social, debe aplicarse el plazo de caducidad previsto en el art. 44 LGSS/1994, ya que no se reclaman ni salario, ni el premio -que ya le había sido reconocido de origen- sino la cuantía del mismo, acción que está sometida al plazo de caducidad de un año desde la fecha de su reconocimiento.

La cuestión que se planteó en casación para la unificación de doctrina es si debía aplicarse el plazo de caducidad o de prescripción, teniendo en cuenta que la pretensión se circunscribía a la disconformidad con la cuantía reconocida en concepto de mejora voluntaria. Y la Sala 4ª del Tribunal Supremo aclara que la caducidad se proyecta sobre prestaciones reconocidas, pacíficas en su cuantía e impagadas, de ahí que se aplique a aquellos supuestos en que se reclama el reconocimiento de un derecho o una vez reconocido en cuantía adecuada, se hubiera satisfecho en parte o no se hubiera satisfecho. Por el contrario, el plazo de prescripción se aplica a supuestos en que existe discrepancia sobre la solución alcanzada en relación con el reconocimiento del derecho, bien porque el mismo se ha denegado, bien porque no se ha reconocido y se discrepa de su cálculo. Como en el supuesto de lo que se discrepa es de la forma de cálculo de la mejora voluntaria, puesto que aunque se reconoció el derecho se hizo conforme al salario percibido por la actora en el momento de la jubilación, que se produjo tras la prestación de servicios a tiempo parcial -puesto que se había jubilado parcialmente-, no se puede aplicar el plazo de caducidad de 1 año, sino el de 5 que se fija para la prescripción de las cantidades reclamadas.

Si bien la solución se alcanza conforme a la LGSS/1994, no puede obviarse que la conclusión puede extenderse a supuestos en que se aplica la LGSS/2015, al haberse producido modificaciones de los arts. 43 y 44 LGSS/1994 -actuales arts. 53 y 54 LGSS/2015-, que en nada afectan a la cuestión ahora debatida. De este modo se pueden elevar conclusiones de lo particular a lo general:

- 1.- Cuando se deniega el reconocimiento del derecho a la mejora voluntaria, o se reconoce si bien en cuantía distinta a la reclamada por existir discrepancias en la forma de cálculo de la mejora, debe aplicarse el plazo de prescripción de 5 años.
- 2.- Cuando se reconoce el derecho y no se discute la fórmula de cálculo de la mejora, el plazo para reclamar las diferencias es el de caducidad de 1 año.

## 5. MEJORAS VOLUNTARIAS EN SUPUESTOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE

Los convenios colectivos que recogen mejoras voluntarias en materia de jubilación también suelen incluir mejoras que afectan a los supuestos en que la persona trabajadora es declarada en situación de incapacidad permanente en alguno de sus grados -parcial, total, absoluta, gran invalidez-. Sin embargo, los problemas que plantea la regulación convencional son distintos de los ya examinados respecto de las mejoras en supuestos de jubilación<sup>26</sup>.

### 5.1. Reconocimiento de grado incapacitante no definitivo

El principal problema que plantea la regulación de las mejoras voluntarias en supuestos de incapacidad permanente es si procede abonar la mejora cuando el reconocimiento del grado incapacitante no es definitivo, sino que es susceptible de revisión.

La primera ocasión en que el Tribunal Supremo abordó la cuestión fue en sentencia de 18 de diciembre de 2000 (Rec. 646/2000). La misma trajo causa de la reclamación de la mejora voluntaria para los supuestos de reconocimiento en situación de incapacidad permanente que correspondía abonar a la compañía aseguradora con la que la empresa tenía suscrito seguro, en cuya póliza se contemplaba: *“A los efectos de este seguro se entiende por invalidez absoluta y permanente la situación física irreversible provocada por accidente de enfermedad originados independientemente de la voluntad de asegurado, determinante de la total ineptitud de éste para el mantenimiento permanente de cualquier relación laboral o actividad profesional”*, y que le fue denegada al actor por no tratarse de una resolución de reconocimiento de incapacidad permanente absoluta definitiva, sino susceptible de revisión por mejoría en plazo de dos años. Por sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid, de 9 de abril de 1999, se desestimó la demanda presentada por el trabajador en que solicitaba el reconocimiento del derecho a la mejora voluntaria. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de noviembre de 1999, revocó en parte la sentencia de instancia, para condenar a la compañía aseguradora a abonar la mejora voluntaria.

Presentó recurso de casación para la unificación de doctrina la compañía aseguradora condenada, planteando como cuestión si procedía reconocer el derecho a la mejora voluntaria en supuestos en que el reconocimiento en situación de incapacidad permanente no era definitivo, sino que en la propia resolución se preveía una revisión por mejoría en un plazo determinado. Y la Sala 4ª casó y anuló la sentencia de suplicación para denegar el derecho a la mejora, por entender que en estos supuestos, lo que se produce es una suspensión de la relación laboral por un plazo de dos años si la resolución de

<sup>26</sup> La cuestión se ha abordado por la doctrina científica. Vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. “La incapacidad permanente con efectos suspensivos de la relación laboral como objeto de mejora voluntaria de la seguridad social”, *Trabajo y derecho*, núm. 66, 2020.

reconocimiento del grado incapacitante no es definitiva sino que prevé un plazo de revisión por mejoría que permite trabajar, y como en dicho supuesto la situación no es irreversible, no cabría el reconocimiento de la mejora voluntaria por cuanto la misma estaría prevista para las situaciones irreversibles.

No será hasta el año 2016 cuando una nueva sentencia fijará la jurisprudencia. Así, la conclusión anteriormente alcanzada se reitera en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2016 (Rec. 2281/2014), en la que, nuevamente, y ante la denegación de la mejora voluntaria por la compañía aseguradora con la que la empresa tenía concertado su abono<sup>27</sup>, a quien fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta fijándose una fecha de revisión por agravación o mejoría, se presentó demanda reclamando la mejora convencional. Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 11 de Madrid, de 12 de febrero de 2013, se estimó la demanda y se reconoció el derecho del actor a la mejora voluntaria. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de mayo de 2014, revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda. La Sala 4ª del Tribunal Supremo confirmó la sentencia de suplicación, reiterando lo ya establecido en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2000 (Rec. 646/2000) -que transcribe-, para concluir, como allí, que *“en los supuestos en los que resulta de aplicación el artículo 48.2 ET la situación de incapacidad absoluta se concede con la muy importante precisión de que va a ser, previsiblemente, objeto de revisión por mejoría, por lo que la aludida situación no provoca, directamente, la extinción del contrato de trabajo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.1. e), sino que determina la suspensión por un período de dos años. Ello implica que la propia situación incapacitante no cabe considerarla como definitiva o irreversible, sino provisional hasta que transcurra el plazo de dos años previsto en artículo 48.2 ET”*.

Si bien las situaciones son casuísticas, puesto que refieren a supuestos de reconocimiento de incapacidad permanente absoluta en los que, en la propia resolución de reconocimiento del grado se prevé la revisión por mejoría en un plazo determinado, de sus razonamientos se pueden extraer importantes conclusiones que podrían extrapolarse a supuestos distintos:

- 1.- En aquellos en que el reconocimiento en situación de incapacidad permanente en alguno de sus grados sea definitiva o irreversible, es decir, no se prevea un plazo de revisión por agravación o mejoría, si la norma convencional o la póliza aseguradora que se suscriba por la empresa para cumplir con dicha obligación, contempla el grado incapacitante reconocido, procederá abonar la mejora voluntaria
- 2.- En aquellos supuestos en que el reconocimiento en situación de incapacidad permanente en alguno de sus grados no sea definitivo o irreversible, es decir, se prevea un plazo de revisión por agravación o mejoría, si la cláusula convencional:
  - A.- Contempla que la situación debe ser irreversible, no procedería el abono de la mejora voluntaria

<sup>27</sup> En la que se contemplaba *“A los efectos de este Seguro, se entiende por Invalidez Permanente Absoluta, la situación física irreversible provocada por accidente o enfermedad, originados independientemente de la voluntad del Asegurado, determinante de la total ineptitud de éste para el mantenimiento permanente de cualquier relación laboral o actividad profesional”*.

- B.- No contempla regulación o definición alguna de la situación, procedería el abono de la mejora voluntaria teniendo en cuenta la falta de previsión al respecto
- C.- Si no se produce la revisión en el plazo de dos años previsto en el art. 48.2 ET, procedería el reconocimiento del derecho a la mejora voluntaria.

## 5.2. Revisión por mejoría del grado incapacitante

Situación similar, pero inversa, es la de los supuestos en que, teniéndose derecho a la mejora voluntaria por haber sido reconocida la persona trabajadora un determinado grado incapacitante, con posterioridad se revisa el mismo, pasando ésta a no tener grado de incapacidad alguno. Nuevamente es la jurisprudencia la que aporta una respuesta a la cuestión de si procede devolver lo percibido en concepto de mejora voluntaria o no, o simplemente de si se tendría derecho a la misma.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 68/2020, de 28 de enero de 2020 (Rec. 2301/2017), abordó la cuestión en un supuesto en que el trabajador fue declarado en situación de incapacidad permanente total derivada, inicialmente, de contingencia común, y posteriormente, de accidente de trabajo, previéndose en la resolución de reconocimiento del grado incapacitante un plazo de revisión de 12 meses debiéndose reservar el puesto de trabajo, siendo dada de baja la incapacidad permanente total tras una revisión por mejoría. El art. 32 del Convenio Colectivo para las empresas de transporte de mercancías por carretera de la Región de Murcia (2013-2015)<sup>28</sup>, preveía una mejora voluntaria para los supuestos de reconocimiento en situación de incapacidad permanente total en distinta cuantía según la contingencia, definiéndose qué debía entenderse por incapacidad permanente total en la póliza aseguradora suscrita por la empresa para cubrir la mejora<sup>29</sup>. El trabajador solicitó la mejora voluntaria reconocida convencionalmente para los supuestos de declaración en situación de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, que le fue denegada, de ahí que presentara demanda reclamando la misma.

Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 8 de Murcia, de 6 de noviembre de 2015, se estimó la demanda y se condenó a la aseguradora a abonar al actor la cantidad prevista como mejora convencional -25.000 euros-. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 15 de febrero de 2017, revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda.

Ante la cuestión de si procedía el reconocimiento del derecho a la mejora voluntaria en supuestos de incapacidad permanente total, cuando más de un año después se revisa dicho grado incapacitante para negar el mismo, la Sala 4ª del Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de suplicación y confirma la sentencia de instancia que reconoció el derecho a la mejora, tras sistematizar la jurisprudencia sobre interpretación de pólizas de

<sup>28</sup> Que establecía: “Las empresas afectadas por el presente Convenio suscribirán, por si mismas o a través de sus asociaciones, una póliza de seguro a favor de sus trabajadores que garantice a los mismos, su viuda o beneficiarios, la percepción, de una indemnización de 25.000,00 euros en el caso de muerte o invalidez permanente total para la profesión habitual y 35.000,00 euros en el caso de gran invalidez e invalidez permanente absoluta, derivadas ambas de accidente de trabajo”.

<sup>29</sup> En la póliza suscrita por la empresa se definía la incapacidad permanente total como: “Se entiende como tal la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o las fundamentales tareas de su profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. Cuando la invalidez sea derivada de un accidente laboral o enfermedad profesional, el capital garantizado se indemnizará cuando sea reconocida y aceptada esa invalidez, como consecuencia un accidente laboral o enfermedad profesional, al Asegurado por la Unidad Médica de Valoración de Incapacidades de la Seguridad Social”.

aseguramiento<sup>30</sup>, y la anteriormente analizada que negó el derecho a la mejora voluntaria en los supuestos en que la declaración en situación de incapacidad permanente no fue definitiva<sup>31</sup>, para indicar que la misma no es de aplicación en el supuesto examinado por tratarse de situaciones distintas<sup>32</sup>. Concluye, por lo tanto, que puesto que ni la norma convencional ni la póliza de seguro aluden a que las lesiones que derivaron en el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total aludían al carácter irreversible de las lesiones, procedía reconocer el derecho a la mejora voluntaria, ya que no se podía esperar al transcurso de dos años para determinar si se tenía derecho a la misma, puesto que dicho requisito no aparecía contemplado, ni convencionalmente, ni en la póliza de seguro.

Nuevamente, la solución alcanzada en la sentencia puede extrapolarse a supuestos distintos. Si bien la sentencia alude a que no es de aplicación la jurisprudencia en relación con los supuestos en que el reconocimiento del grado incapacitante no es definitivo, la realidad es que las situaciones se asemejan notablemente, y sin embargo, la solución es distinta, lo que distorsiona, sobremanera, la respuesta a la cuestión, impidiendo elevar conclusiones de lo particular a lo general. La realidad es que, conforme a lo establecido en la jurisprudencia sobre reconocimiento del derecho a la mejora voluntaria en supuestos de revisión de grado:

- 1.- Se tendría derecho a la mejora voluntaria cuando, a pesar de que el grado de incapacidad reconocido no es definitivo por preverse en la resolución de reconocimiento un plazo de revisión, la norma convencional no alude a la irreversibilidad de la situación inicialmente reconocida.
- 2.- No se tendría derecho a la mejora voluntaria cuando, independientemente de si el grado de incapacidad reconocido es definitivo o no, bien en la norma convencional, bien en la póliza de seguro colectivo, se prevé el abono sólo en supuestos de que la situación sea irreversible.

### **5.3. Descuento de las mejoras voluntarias de la indemnización por daños y perjuicios calculada conforme al Baremo para accidentes de circulación**

Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, junto con las prestaciones que se reconocen en la LGSS, garantizan la percepción de ingresos en supuestos de necesidad -en los supuestos analizados, por salud o edad-. Un problema recurrente es qué ocurre en aquellos supuestos en que, habiéndose percibido una mejora voluntaria, además se reconoce el derecho a una indemnización por daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo y/o enfermedad profesional, calculada conforme al denominado Baremo para accidentes de circulación. El problema se genera como consecuencia de que, habiéndose reconocido el derecho a una mejora voluntaria, el reconocimiento de la indemnización conforme a las reglas del Baremo podría suponer un supuesto de enriquecimiento injusto

<sup>30</sup> SSTS 67/2019, de 29 de enero de 2019 (Rec. 3326/2016), de 13 de mayo de 2005 (Rec. 2070/2003), de 18 de febrero de 2016 (Rec. 3136/2014) y 25 de abril de 2017 (Rec. 848/2016).

<sup>31</sup> SSTS de 28 de diciembre de 2000 (Rec. 646/2000) y 76/2016, de 4 de febrero de 2016 (Rec. 2281/2014).

<sup>32</sup> En particular, en las SSTS de 28 de diciembre de 2000 (Rec. 646/2000) y 76/2016, de 4 de febrero de 2016 (Rec. 2281/2014) constaba el carácter irreversible de las lesiones, la imposibilidad de mantenimiento permanente de cualquier relación laboral, y en el presente supuesto ello no consta, como tampoco consta, a diferencia de los anteriores, una referencia genérica a la “*invalidéz permanente y absoluta*”, sino la particularizada de “*invalidéz permanente total para la profesión habitual*”.

para la persona trabajadora, que podría verse indemnizada por dos vías distintas -Baremo y mejora- por una misma causa.

A resolver la cuestión de cómo puede evitarse dicho enriquecimiento injusto, al tiempo que se indemniza plenamente por el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, se ha dedicado la Sala 4ª del Tribunal Supremo ya desde antiguo, elaborando un cuerpo articulado de jurisprudencia que se proyecta hasta hoy en día sin fisuras.

La primera vez que se aborda la cuestión fue en la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2014 (Rec. 1257/2013). La misma es ilustrativa no sólo respecto de la cuestión ahora examinada, sino sobre todo, porque supone la guía a seguir respecto de cómo debe calcularse la indemnización por daños y perjuicios cuando se utiliza como método de cálculo el Baremo para accidentes de circulación, además de que aclara, definitivamente, cuáles son las vías de resarcimiento del daño sufrido por el trabajador o las posibles vías de determinación de la responsabilidad empresarial<sup>33</sup>, cuál es el alcance de la reparación económica<sup>34</sup> y cuáles son las reglas del cálculo indemnizatorio<sup>35</sup>.

Respecto de las mejoras voluntarias, la sentencia, al sistematizar las reglas de aplicación del Baremo, concluye:

- 1.- Respecto de la incapacidad temporal, que la misma se calcula aplicando la Tabla V del Baremo, teniendo en cuenta que hay que indemnizar por el lucro cesante, y respecto al mismo, señala que, una vez calculado el lucro cesante -en atención a la diferencia entre el salario real que hubiera percibido la persona trabajadora de estar en activo y las cantidades percibidas por la prestación-, habrá que descontar la mejora voluntaria, es decir, el complemento de incapacidad temporal que en su caso, y por mor de la norma convencional, se hubiera podido percibir.
- 2.- Respecto de la incapacidad permanente, la indemnización se calculará aplicando la Tabla IV del Baremo, teniendo en cuenta, igualmente, que hay que indemnizar el lucro cesante, y respecto al mismo, igualmente señala que habría que descontar lo percibido por prestaciones de Seguridad Social y mejoras voluntarias, aunque no lo percibido en concepto de recargo de prestaciones.

Abundando en dicha conclusión, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2015 (Rec. 1219/2014), aclara aún más la cuestión, y señala que la indemnización por incapacidad temporal e incapacidad permanente se deberá calcular conforme a la Tabla III del Baremo que prevé las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, debiéndose fijar el quantum indemnizatorio final aplicando la Tabla IV que incorpora los factores de

<sup>33</sup> En particular, la sentencia señala que éstas son: 1) Prestaciones del sistema de Seguridad Social; 2) Recargo de prestaciones; 3) Mejoras voluntarias; y 4) Responsabilidad civil contractual.

<sup>34</sup> La sentencia identifica como parámetros: 1) Reparación íntegra de daños y perjuicios sufridos como consecuencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional; 2) Determinación del *quantum* indemnizatorio por el órgano de instancia que podrá ser revisado por instancias superiores cuando los criterios se hayan aplicado de forma incorrecta, arbitraria o desproporcionada; 3) Aplicación del Baremo o no, debiéndose justificar en el segundo supuesto las partidas a indemnizar y el quantum indemnizatorio; y 4) Que al tratarse de indemnizaciones compatibles y complementarias, de la cuantía total de la indemnización habrá que descontar lo que se hubiese cobrado ya por el mismo concepto para evitar un enriquecimiento injusto del trabajador.

<sup>35</sup> La sentencia señala que haya que indemnizar por los conceptos de: 1) Daño emergente; 2) Lucro cesante; y 3) Daño corporal y moral.

corrección, de forma que puesto que la Tabla III incluye las secuelas físicas y los daños morales, atribuyendo puntos por cada secuela y valor por punto en atención a la edad del trabajador, de la cuantía así calculada no se podrán descontar, ni las prestaciones de Seguridad Social, ni las mejoras voluntarias, ya que éstas compensan el lucro cesante, mientras que la Tabla III repara el daño físico causado por las secuelas y el daño moral consiguiente.

Si bien ambas sentencias resuelven la cuestión de cómo debe calcularse la indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional en aplicación del Baremo para accidentes de circulación, las mismas abordan la cuestión de manera colateral y al hilo de un pronunciamiento general sobre el método de cálculo de la indemnización conforme al Baremo. No es hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2014 (Rec. 2843/2013), cuando se afronta directamente la cuestión de qué efectos tiene el percibo de mejoras voluntarias en la determinación del *quantum* indemnizatorio.

El supuesto trae causa del accidente de trabajo sufrido por el trabajador a resultas del cual fue declarado en situación de incapacidad permanente total, percibiendo 26.000 euros de una compañía de seguros como consecuencia de la póliza suscrita por la empresa para dar cumplimiento a la obligación contenida en el art. 37 del Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas del Principado de Asturias. El trabajador solicitó indemnización por daños y perjuicios en aplicación del Baremo para accidentes de circulación, y la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo, calculó la indemnización conforme a las Tablas III y IV del Baremo para reconocer una indemnización de 29.926,63 euros, calculada descontando lo percibido en concepto de mejora voluntaria del factor de corrección de la Tabla IV. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 6 de septiembre de 2013, confirmó la sentencia de instancia. Y la cuestión que se lleva a casación unificadora es, precisamente, si procede deducir o no, y de qué manera, de la indemnización por daños y perjuicios calculada conforme al Baremo, lo percibido en concepto de mejora voluntaria, y en particular, si procedería el descuento del monto total de la indemnización una vez calculada ésta conforme al Baremo, o por el contrario sólo cabría descontar la misma del factor de corrección de la Tabla IV del Baremo. La Sala 4ª casa y anula la sentencia de suplicación para condenar al abono de la mejora voluntaria, por entender que lo percibido por el trabajador en concepto de mejora voluntaria sólo puede detrarse de la cantidad resultante que resarce la incapacidad profesional generada por el accidente de trabajo, y en particular, del lucro cesante, sin incluir la discapacidad “vital”, es decir, el descuento de lo percibido en concepto de mejora voluntaria debe realizarse respecto del factor de corrección de la incapacidad permanente, en definitiva, respecto de la cantidad resultante en aplicación de la Tabla IV del Baremo.

Dicha conclusión se consolida tras la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2018 (Rec. 4236/2015). En el supuesto, los padres y hermano -menor de edad- del trabajador fallecido en accidente de trabajo, reclamaron indemnización por daños y perjuicios en aplicación del Baremo para accidentes de circulación. Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ferrol de 4 de febrero de 2014, se estimó parcialmente la demanda, condenando a abonar a los demandantes 85.171,12 euros, calculando la indemnización teniendo en cuenta la Tabla I del Baremo -en atención a que se trata de una víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes-, incrementada en un 20% -por omisión absoluta por parte de la empresa de las medidas de seguridad y salud-, detrayendo

de la cantidad resultante lo percibido en concepto de mejora voluntaria -40.000 euros- establecida en el Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica de A Coruña -a pesar de que solamente se habían satisfecho 8.100 euros por dicho concepto-. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 19 de octubre de 2015, confirmó la sentencia de instancia.

La cuestión que se plantea en casación para la unificación de doctrina se circunscribe a determinar si para la cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios, de la cuantía resultante de la aplicación de la Tabla I para supuestos de fallecimiento, cabe descontar o no el importe de las mejoras voluntarias de Seguridad Social. Y la Sala 4ª, revocando la sentencia de suplicación, concluye, al igual que en los supuestos anteriores, que puesto que las mejoras voluntarias resarcen el lucro cesante, no pueden ser compensadas con las indemnizaciones reconocidas con arreglo a la Tabla I del Baremo que compensan por daños morales.

A partir de entonces, la jurisprudencia se mantiene sin fisuras, en particular:

- 1.- En sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2018 (Rec. 767/2016), en que igualmente se determina que la mejora voluntaria pactada en convenio colectivo debe compensarse sólo con la partida que se haya abonado por lucro cesante, sin que sea posible descontarla de la totalidad de la indemnización por daños y perjuicios calculada conforme al Baremo para accidentes de circulación, en un supuesto en que el actor sufrió un accidente de trabajo a resultas del cual fue declarado en situación de incapacidad permanente total por contingencias profesionales, y reclamó indemnización por daños y perjuicios en aplicación del Baremo.
- 2.- En sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2020 (Rec. 1458/2017), nuevamente se concluye que la Tabla IV del Baremo únicamente recoge el daño moral en supuestos de incapacidad permanente, de forma que de la cantidad que corresponda abonar conforme al mismo, no procede descontar las cantidades percibidas en concepto de prestaciones de Seguridad Social, ni las mejoras voluntarias, entre las que se incluye lo cobrado en la póliza de seguro de vida y accidentes suscrito por la empresa, ni los recargos de prestaciones<sup>36</sup>. Y ello en un supuesto en que el trabajador fue declarado afecto de incapacidad permanente absoluta como consecuencia de una enfermedad profesional, y falleció posteriormente -mesotelioma maligno contraído como consecuencia del trabajo en contacto con amianto-, solicitando indemnización por daños y perjuicios en aplicación del baremo para accidente de circulación -en su versión de 2014-.

La conclusión que se extrae de esta consolidada jurisprudencia es clara: cuando se reclaman daños y perjuicios conforme al Baremo para accidentes de circulación -en la versión que sea<sup>37</sup>-, no puede compensarse lo percibido en concepto de mejora voluntaria con la cantidad que conforme al Baremo se determine como *quantum* final, ni tampoco del

<sup>36</sup> Debe tenerse en cuenta que la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2015 (Rec. 1219/2014), ya determinó que una vez calculados los daños morales conforme al Baremo, no procedía descontar de su cuantificación lo percibido por el “*complemento empresarial a las mismas*”, en clara referencia a las mejoras voluntarias de Seguridad Social.

<sup>37</sup> Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

*quantum* del daño moral, siendo únicamente posible compensar la mejora con la cuantía que proceda reconocer conforme al Baremo en cuanto que factor de corrección de la indemnización calculada por el lucro cesante.

## 6. MEJORAS VOLUNTARIAS EN SUPUESTOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL

La tercera cuestión problemática que suscita la regulación convencional de las mejoras voluntarias de Seguridad Social, tiene que ver con los supuestos en que ésta se reclama por personas trabajadoras que se encuentran en situación de incapacidad temporal. A diferencia de los supuestos anteriores -mejoras voluntarias en supuestos de jubilación e incapacidad permanente-, en que las mejoras acordadas se incluyen en la categoría de mejora directa de prestaciones a tanto alzado, es decir, en forma de cantidad fija que se abona cuando concurre la contingencia -premio, indemnización, etc.-, las mejoras de la acción protectora en supuestos de incapacidad temporal, si bien también se incluyen en la categoría de mejora directa de prestaciones, adquieren la forma de pago periódico, al suponer, en general, un complemento de la prestación de incapacidad temporal reconocida por el Sistema de Seguridad Social que se percibe mensualmente.

Si bien la mayor parte de los convenios colectivos vigentes contemplan las denominadas mejoras de incapacidad temporal, no son pocos los problemas que se derivan de su regulación, y si bien, como en todos los supuestos que se han analizado a lo largo del presente estudio, la problemática y las soluciones pueden considerarse casuísticas, ofrecen datos importantes para poder elevar a la categoría de general conclusiones alcanzadas jurisprudencialmente respecto de casos particulares.

### 6.1. En supuestos de periodos de aislamiento, contagio o restricción de salida del municipio por Covid-19

El más reciente problema que ha planteado la regulación convencional de las mejoras voluntarias tiene que ver con la imprevisible situación derivada de la pandemia. La regulación legislativa de los procesos de incapacidad temporal por Covid-19, compleja ya en sí misma, se ha proyectado sobre las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. El 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 pública, en su artículo 5, contemplaba la especialidad de entender como situación asimilada a accidente de trabajo los periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio o su centro de trabajo la persona trabajadora como consecuencia del virus Covid-19. El precepto previó que *“exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social”, se consideraba “situación asimilada a accidente de trabajo (...) 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 cuyo caso será calificada como accidente de trabajo”*. Junto a ello, el precepto preveía que *“se extenderá esta protección a aquellos trabajadores que se ven obligados a desplazarse de localidad para prestar servicios en las actividades no afectadas por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria (...) [siempre que] les haya sido denegada de forma expresa la posibilidad de desplazarse por la autoridad competente, no puedan realizar su trabajo de forma telemática por causas no*

*imputables a la empresa para la que prestan sus servicios o al propio trabajador y no tengan derecho a percibir ninguna otra prestación pública”, y ello “desde el inicio de la situación de restricción de la salida o de entrada a un municipio, y mediante el correspondiente parte de baja”.*

El problema se plantea cuando los trabajadores que se encuentran en la excepcional situación de incapacidad temporal como consecuencia de encontrarse en una situación de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio por Covid-19, reclaman las mejoras por incapacidad temporal reconocidas convencionalmente.

La Sala 4ª ha resuelto la cuestión en dos sentencias del Pleno de forma definitiva.

En la sentencia del Pleno 57/2022, de 20 de enero de 2022 (Rec. 269/2021), se aborda el conflicto colectivo planteado por la Federación Estatal de Enseñanza de CCOO -al que se adhirió UGT-, en que se solicitaba se declarara el derecho de los trabajadores que hubieran estado 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 de las personas trabajadoras como consecuencia de la Covid-19, a percibir el complemento de hasta el 100% de la base reguladora del mes anterior a la baja, en aplicación del art. 96 del Convenio Colectivo de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial<sup>38</sup>. Por sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de mayo de 2021 (Proc. 406/2020), se desestimó la demanda.

En casación ordinaria se planteó nuevamente la cuestión. Y la Sala 4ª del Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia para denegar el derecho, por entender que lo que regula la mejora convencional es el complemento de incapacidad temporal en caso de accidente laboral, y conforme al art. 5 del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, la situación está asimilada a accidente de trabajo pero no a todos los efectos, sino “*para la prestación económica de incapacidad temporal*”, sin que quepa hacer una interpretación extensiva del precepto al tratarse de una mejora voluntaria, y como la norma convencional no prevé los supuestos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por la Covid-19, no procede ampliar la mejora a dichos supuestos. A ello añade que la solución sería diferente en el supuesto de que se pudiera probar que el contagio se produjo por causa exclusiva de la realización del trabajo, y ello por cuanto conforme al art. 156 LGSS y al art. 5.1 del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, la situación ya no es “asimilada”, sino que debe catalogarse de accidente de trabajo, entrando en el ámbito contemplado en la norma convencional<sup>39</sup>.

La misma conclusión se alcanzó posteriormente en sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 920/2022, de 15 de noviembre de 2022 (Rec. 109/2022). En la misma se resolvió el conflicto colectivo planteado por UGT-FICA y CCOO-Industria, en que se solicitaba se declarara el derecho de los trabajadores en situación de incapacidad temporal derivada de la Covid-19, a percibir el complemento de la prestación de accidente laboral previsto en el

<sup>38</sup> Que preveía “*Incapacidad temporal. Los trabajadores tendrán derecho, por enfermedad común o accidente no laboral, a cobrar desde el cuarto al vigésimo primer día de la baja el 75% de la base reguladora del mes anterior a su baja. 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*”.

<sup>39</sup> La sentencia tiene en cuenta, además, que si bien los negociadores de la norma convencional no podían tener en cuenta las situaciones derivadas por la Covid-19, se negoció durante la pandemia, y estando ya vigente el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, un nuevo Convenio Colectivo que no contemplaba las situaciones respecto de las que ahora se solicita la mejora.

art. 151 de Convenio Colectivo de la empresa Bridgestone Hispania Manufacturing SL<sup>40</sup>, hasta alcanzar el 100% de los conceptos retributivos de: salario de calificación, antigüedad, condiciones modificativas, plus de garantía retributiva, garantía art. 147, prima y 100% de los pluses que hubiera cobrado la persona trabajadora de haber estado trabajando. Por sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de enero de 2022 se desestimó la demanda. La Sala 4ª del Tribunal Supremo confirma dicha sentencia, por entender que los periodos de aislamiento o contagio provocados por la Covid-19 no son situaciones de incapacidad temporal derivadas de accidente laboral, ya que el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo sólo lo asimila a accidente de trabajo, y sólo a los efectos de la prestación económica del sistema de Seguridad Social. Y vuelve a reiterar que al tratarse de una mejora voluntaria, *“no cabe hacer una interpretación extensiva del precepto que alcance a supuestos no contemplados específicamente por las partes”*, sin que la situación aparezca específicamente contemplada en la norma convencional.

En definitiva, la conclusión es clara y la jurisprudencia ha zanjado un extendido conflicto: aunque el convenio colectivo prevea una mejora voluntaria para los supuestos de incapacidad temporal, salvo que el convenio se haya negociado tras la pandemia, y recoja expresamente las situaciones de incapacidad temporal por aislamiento, contagio o restricción de salidas del municipio, no procede reconocer la mejora convencional en estos supuestos.

## 6.2. En supuestos de reconocimiento en situación de incapacidad temporal sin efectos económicos

El siguiente problema que plantea la regulación de mejoras voluntarias en supuestos de incapacidad temporal, es si procedería reconocer la mejora cuando la persona trabajadora es reconocida en dicha situación por motivos de salud, pero sin embargo no cumple las exigencias legalmente previstas para el percibo de la prestación vinculada a ella. Y nuevamente es la Sala de lo Social del Tribunal Supremo quien resuelve la cuestión en sentencia 965/2022, de 20 de diciembre de 2022 (Rec. 4131/2019). La sentencia trae causa de un trabajador al que se le reconoció en situación de incapacidad temporal hasta que se le denegó la incapacidad permanente, iniciando nuevo proceso pero sin efectos económicos, y que reclamaba se le abonara por la empresa el 100% de la prestación de incapacidad temporal prevista en el art. 45 del Convenio Colectivo del Sector de Empresas de Publicidad.<sup>41</sup>

Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santander, se estimó parcialmente la demanda, descartando el abono de la mejora, por cuanto la situación de incapacidad temporal sin efectos económicos no da lugar a la percepción de un subsidio o prestación de Seguridad Social, por lo que no habría nada que complementar. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 29 de julio de 2019 (Rec. 525/2019), confirmó la sentencia de instancia.

<sup>40</sup> Que preveía: *“Los trabajadores en situación de Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral percibirán el 100 % de los conceptos retributivos que se especifican en el apartado siguiente desde el primer día de baja y mientras dure la situación de IT, estando incluida en estas percepciones lo que se percibe de la Seguridad Social por I.T. y deduciéndose lo que corresponda por impuestos y Seguridad Social”*.

<sup>41</sup> Que preveía: *“Durante la situación de incapacidad temporal del trabajador/a, la empresa complementará el subsidio de Incapacidad Temporal aportado por la Seguridad Social hasta el 100% de la base de su cotización mensual, con el límite de la cuantía correspondiente al nivel salarial más alto de las tablas vigentes de este convenio en cada momento”*.

La Sala 4ª del Tribunal Supremo confirma a su vez la sentencia de suplicación, por entender que *“la naturaleza de una mejora voluntaria es la propia de la prestación de Seguridad Social a la que acompañan y su régimen jurídico es el previsto en la fuente reguladora”*, debiendo aplicarse el principio pro beneficiario sólo en supuestos de redacción de normas convencionales de *“dudoso significado”*, y el art. 45 de la norma convencional es claro cuando lo que prevé es un complemento de la prestación de incapacidad temporal, por lo que si no hay prestación -o subsidio- no hay nada que complementar, de forma que se exigirían tres elementos para tener derecho a la mejora: 1) Que se suspenda el contrato de trabajo ex art. 45.1 c) ET; 2) Que se tenga derecho al subsidio correspondiente ex art. 171 LGSS; y 3) Que el subsidio lo abone la Seguridad Social.

En definitiva, no existiendo prestación -o subsidio- que complementar, cuando la norma convencional alude al complemento de la prestación, no se tiene derecho a la mejora voluntaria.

### 6.3. En supuestos de extinción del contrato durante el proceso de incapacidad temporal

La última cuestión abordada en los últimos tiempos por la Sala 4ª del Tribunal Supremo se vincula al derecho a la mejora voluntaria en supuestos en que el contrato de trabajo se extingue mientras la persona trabajadora se encuentra en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales.

La solución se aborda por la sentencia del Tribunal Supremo 242/2020, de 12 de marzo de 2020 (Rec. 2801/2017). El supuesto enjuiciado partía de una trabajadora que causó baja de incapacidad temporal, extinguiéndose su contrato de trabajo mientras se encontraba de baja, percibiendo prestación por desempleo y reclamando el complemento de incapacidad temporal desde la fecha de la extinción hasta la fecha del alta, en aplicación del Convenio Colectivo Marco para los establecimientos financieros<sup>42</sup>. Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Madrid, de 21 de noviembre de 2016, se estimó la demanda y se condenó a la empresa a abonar la mejora. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 31 de mayo de 2017, revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda.

Se planteó en casación para la unificación de doctrina si el hecho de que se extinga una relación laboral mientras la trabajadora se encontraba en situación de incapacidad temporal, implica que se deba de abonar el complemento previsto en la norma convencional; y la Sala 4ª del Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de suplicación para reconocer el derecho a la mejora, por entender que el precepto convencional preveía un complemento del subsidio por incapacidad temporal derivado de enfermedad común, accidente no

<sup>42</sup> Que preveía: *“En caso de enfermedad o accidente de trabajo ambas representaciones acuerdan establecer un complemento a las prestaciones económicas de la Seguridad Social o del Seguro de Accidentes de Trabajo, en la siguiente cuantía: a) En bajas por incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral, de hasta veinte días de duración, consistirá en el 30 por 100 de la base de cálculo de la prestación económica. b) En bajas por incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral, de más de veinte días de duración, se completará hasta el 100 por 100 de la base del cálculo de la prestación económica durante la duración de la incapacidad temporal. c) En bajas por incapacidad temporal por accidente de trabajo, enfermedad profesional u hospitalización, igualmente se completará hasta el 100 por 100 de la base del cálculo de la prestación económica. Tales porcentajes se han fijado teniendo en cuenta que, en este momento, las prestaciones por incapacidad temporal debida a enfermedad común o accidente no laboral, hasta el vigésimo día son el 60 por 100 de la base de la cotización en la Seguridad Social en lugar del 75 por 100 como venía siendo”*.

laboral, accidente de trabajo, enfermedad profesional y hospitalización, sin limitación temporal, diferenciando si la incapacidad temporal era de etiología profesional o con hospitalización -en cuyo caso el complemento alcanzaba al 100% de la base reguladora-, o el proceso de incapacidad temporal era común o accidente no laboral de hasta 20 días de duración -en cuyo caso el complemento alcanzaba al 30% de la base de cálculo de la prestación económica-, pero en ningún caso se estableció limitación temporal respecto del abono de la mejora, que se vinculaba, únicamente, a la percepción del subsidio por incapacidad temporal. Siendo ello así, y puesto que la trabajadora siguió percibiendo el subsidio a pesar de haberse extinguido el contrato, procedía que la empresa abonara el complemento de incapacidad temporal previsto como mejora voluntaria en la norma convencional.

La sentencia alcanza la misma conclusión ya avanzada en anteriores sentencias de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, de lo que se deduce que está ya consolidada la jurisprudencia que garantiza el derecho al cobro de las mejoras voluntarias en supuestos de incapacidad temporal, cuando el contrato se extingue estando las personas trabajadoras de baja y continuando percibiendo la prestación o el subsidio hasta el alta.

En particular, en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2011 (Rec. 4277/2010), se abordó, igualmente, el supuesto de un trabajador que inició proceso de incapacidad temporal derivado esta vez de accidente de trabajo, viendo extinguida la relación laboral mientras duraba el proceso, y reclamando el complemento de incapacidad temporal previsto en el art. 25 del Convenio Colectivo para las Industrias Siderometalúrgicas de Sevilla<sup>43</sup>. Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla de 13 de marzo de 2009, se estimó la demanda presentada por el trabajador, condenando a la empresa a abonar la mejora convencional. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 15 de julio de 2010 revocó la sentencia de instancia para denegar el derecho a la mejora voluntaria desde la fecha de extinción de la relación laboral hasta la fecha del alta. La Sala 4ª del Tribunal Supremo casó y anuló dicha sentencia y reconoció el derecho a la mejora, por entender que la norma convencional reconoció la mejora a partir del primer día de la baja sin establecer limitación temporal posterior alguna, de forma que *“la existencia de la relación laboral únicamente trasciende -es necesaria- en la fecha del hecho causante y que se hace irrelevante en el posterior devenir de la mejora complementaria”*.

En definitiva, la conclusión alcanzada jurisprudencialmente es clara: es indiferente que la persona trabajadora haya visto extinguido su contrato de trabajo mientras se encuentra en situación de incapacidad temporal, si la norma convencional no establece limitación alguna al respecto, procederá el abono de la mejora voluntaria hasta el alta.

## 7. CONCLUSIONES

El análisis de cuándo procede reconocer el derecho a las mejoras voluntarias contempladas en convenios colectivos, no deja de ser una cuestión eminentemente casuística que exige una labor de interpretación de los preceptos convencionales en liza. La cuestión está altamente judicializada, y a pesar de lo casuístico de las resoluciones judiciales, un consolidado, aunque disperso, cuerpo jurisprudencial, permite extraer conclusiones que se elevan de lo particular a lo general.

<sup>43</sup> Que preveía que *“a partir del primer día de la baja médica (...) las empresas vendrán obligadas a complementar la prestación económica de IT hasta el 100% de la Base Reguladora del trabajador”*.

La mayor problemática se detecta en el reconocimiento de mejoras voluntarias en tres supuestos: jubilación, incapacidad permanente e incapacidad temporal, si bien el primer problema que se detecta en la regulación convencional afecta a las tres prestaciones indistintamente, y tiene que ver con el reconocimiento de la mejora sólo respecto de determinados tipos de contratos o respecto de trabajadores indefinidos y no temporales. La jurisprudencia nos enseña que en estos casos se está ante una especie de “doble escala de mejoras voluntarias” proscrita por el ordenamiento jurídico, por ser contraria al principio de igualdad y a la Directiva 1999/70/CE, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para dicha desigualdad, que en ningún caso puede basarse en el simple hecho de la temporalidad.

Respecto de las mejoras voluntarias en supuestos de jubilación, son cuatro los problemas más comúnmente detectados, y diversas las conclusiones que se pueden extrapolar del análisis jurisprudencial casuístico a la generalidad: 1) El primer problema tiene que ver con el hecho de que los preceptos convencionales que regulan las mejoras voluntarias en supuestos de jubilación, suelen aludir a ésta de forma genérica sin distinguir el tipo de jubilación de que se trata, pudiéndose concluir que cuando no se particulariza el tipo de jubilación al que refiere la mejora, se tendrá derecho a ella cuando se acceda a cualquier tipo de jubilación, incluyendo la jubilación forzosa, parcial o anticipada; 2) El segundo tiene que ver con el hecho de que es posible que trabajadores que se encuentran jubilados parcialmente -y que conforme a la regla anterior tendrían derecho a la mejora-, podrían ver extinguidos sus contratos por causas no imputables a ellos, en cuyo caso, la conclusión no es otra que otorgar o mantener el derecho a la mejora voluntaria; 3) El tercero guarda relación con el cálculo de la mejora, en particular, cuando ésta se configura como una cantidad a tanto alzado -premio, indemnización, etc.- y se vincula al salario, en cuyo caso habrá que estar a los salarios percibidos a tiempo completo o parcial, en función del número de años de servicios al que se vincula el derecho a la mejora, y a las partidas salariales efectivamente percibidas; 4) El cuarto tiene que ver con la posibilidad o no, de percibir la mejora en supuestos en que existen limitaciones de abono de las cantidades contempladas como mejora en la normativa presupuestaria, en cuyo caso no se tendrá derecho a la mejora por primar lo establecido legalmente respecto de la mejora convencional; y 5) El último tiene que ver con el plazo para reclamar la mejora, en particular, si es un plazo de prescripción o de caducidad, concluyéndose que se aplicará el plazo de prescripción de 5 años cuando lo que se reclama es el reconocimiento del derecho a la mejora o se discrepa del cálculo, mientras que el plazo de caducidad de 1 año se aplicará cuando teniéndose derecho a la mejora y no discrepándose de su cálculo, ésta no se abona total o parcialmente.

Respecto de las mejoras voluntarias en supuestos de incapacidad permanente, los problemas surgen, principalmente, respecto de si se tiene derecho a la mejora voluntaria cuando la resolución de reconocimiento del grado prevé un plazo de revisión por mejoría, o cuando efectivamente se revisa dicho grado. Y en estos casos la jurisprudencia no es rotundamente clara, puesto que las conclusiones que se alcanzan parecen diversas en atención al supuesto de que se trate: 1) Si en la resolución de reconocimiento del grado se prevé un plazo de revisión, no procederá reconocer la mejora voluntaria durante dicho plazo o hasta el máximo de dos años previsto en el art. 48.2 ET; y 2) Si la persona trabajadora deja definitivamente de estar en situación de incapacidad permanente por haberse producido una revisión por mejoría, y la norma convencional o la póliza de seguro colectivo que se suscribe para garantizar la misma no alude a la irreversibilidad de la situación, procederá

reconocer la mejora voluntaria. Junto a ello, y ante los problemas que surgen a efectos de cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional conforme al Baremo para accidentes de circulación como consecuencia de la previa percepción de mejoras voluntarias, la jurisprudencia no deja lugar a dudas de que únicamente será posible compensar la mejora con el factor de corrección de la indemnización calculada conforme al lucro cesante.

Por último, y respecto de las mejoras voluntarias en supuestos de incapacidad temporal, no se tendrá derecho a la mejora en supuestos de situación asimilada a accidente de trabajo a efectos de prestaciones de incapacidad temporal en situaciones de aislamiento, contagio o restricción de salida del municipio como consecuencia de la Covid-19 previsto en el art. 5 del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo. Tampoco se tendrá derecho a la mejora en supuestos de incapacidad temporal reconocida sin efectos económicos, ya que la mejora se proyecta sobre prestaciones que no se están percibiendo. Por el contrario, cuando se extingue la relación laboral estando la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal, sí se tendrá derecho a la mejora -excepto que se prevea un plazo en la norma convencional-, y ello por el mismo argumento: la prestación continúa abonándose.

# **LA ULTIMA DOCTRINA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

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

## **1. INTRODUCCIÓN**

Este trabajo se realiza con ocasión de la celebración del VII Seminario permanente de estudio y actualización “El derecho a la Seguridad Social a través de la jurisprudencia” organizado por la AESSS y la Universidad Rey Juan Carlos. En dicho Seminario, tuve el honor de participar comentando la jurisprudencia más actual de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en materia de acción protectora de la Seguridad Social. Pues bien, en este trabajo se intenta sintetizar la jurisprudencia actualizada con referencias posteriores.

## **2. ACCIÓN PROTECTORA**

### **2.1. Accidente de trabajo**

#### **2.1.1. Ocasionalidad relevante**

La STS/IV de 9 de febrero de 2023 (recurso 2617/2019)<sup>1</sup> califica como accidente de trabajo el ocurrido por una caída durante el descanso para merendar ocurrió con ocasión del trabajo, al producirse en el tiempo de trabajo del que dispuso la trabajadora para reponer fuerzas, finalidad que se persigue con el descanso cuyo tiempo se califica como tiempo de trabajo, sin que el hecho de que el lugar donde se produjo el accidente no sea propiamente en el que se desempeña la actividad laboral venga a alterar la vinculación con el siniestro con el trabajo en tanto que la salida del centro con ese fin se debe entender como una actividad normal de la vida laboral que de no estar prestando servicios no se hubiera producido.

---

<sup>1</sup> STS/IV de 20 de abril de 2021 (recurso 4466/2018).

## **2.2. Enfermedad profesional**

### **2.2.1. Síndrome de Túnel Carpiano**

La STS/IV de 8 de julio de 2022 (recurso 24/2020), considera que deriva de enfermedad profesional el síndrome de túnel carpiano padecido por trabajador de ayuda a domicilio<sup>2</sup>.

### **2.2.2. Rotura del Manguito de los rotadores**

La STS/IV de 20 de septiembre de 2022 (recurso 3353/2019), entiende que la rotura del manguito rotador de hombro izquierdo deriva de enfermedad profesional para una limpiadora.

### **2.2.3. Reparto de responsabilidades entre el INSS y las entidades colaboradoras**

La STS de 20 de diciembre de 2022 (recurso 3169/2019) determina que en el caso de pensiones derivadas de enfermedad profesional la responsabilidad debe repartirse entre el INSS y las entidades colaboradoras en razón del tiempo de aseguramiento del riesgo. A este respecto, la STS/IV de 5 de julio de 2022 (recurso 1698/2019)<sup>3</sup> niega la acción de las mutuas contra el INSS para repartir las responsabilidades en la pensión cuando dejaron firmes y consentidas las resoluciones administrativas. Este efecto se extenderá a los supuestos de revisión de grado.

## **2.3. Revisión de actos declarativos de derechos**

La STS/IV de 2 de febrero de 2023 (recurso 502/2020)<sup>4</sup> señala que el plazo de cuatro años establecido para ejercer la acción revisoria de un acto favorable desde la firmeza del acto en el artículo 146 LRJS es un periodo lo suficientemente largo como para permitir la tutela a la entidad gestora, pero no es indefinido puesto que su limitación está al servicio del principio de seguridad jurídica.

## **2.4. Complementos por mínimos**

### **2.4.1. Efectos retroactivos del complemento por mínimos**

La STS/IV de 22 de febrero de 2023 (recurso 4471/2019) establece que se retrotraerán a la fecha de la solicitud inicial si no se reconoció inicialmente si no hay circunstancias novedosas que pudieron no haber alterado la situación económica del beneficiario.

### **2.4.2. Complementos y percepción de pensión de otro Estado**

La STS/IV de 28 de octubre de 2022 (recurso 1932/2019) indica a efectos de la determinación de ingresos y si por ende procede el complemento por mínimos es preciso que las pensiones reconocidas por terceros estados tengan la condición de percibidas y,

<sup>2</sup> STS/IV de 6 de julio de 2022 (recurso 3850/2020); STS/IV de 6 de julio de 2022 (recurso 3579/2020); STS/IV de 6 de julio de 2022 (recurso 2531/2021).

<sup>3</sup> STS/IV de 21 de diciembre de 2022 (recurso 1728/2020).

<sup>4</sup> STS/IV de 19 de enero de 2021 (recurso 4637/2018).

por ende, ingresadas en el patrimonio del pensionista para que puedan integrarse como elemento configurador del complemento por mínimos.

## **2.5. Complemento de maternidad**

### **2.5.1. Hecho causante anterior al 1.1.2016**

La STS/IV de 8 de febrero de 2023 (recurso 1417/2020), señala que no hay base legal suficiente para entender que la expresión “pensiones que se causen a partir del 1 de enero de 2015”, se deba equiparar a pensiones reconocidas por lo que hay que estar al criterio del hecho causante. Igualmente, la STS/IV de 9 de marzo de 2023 (recurso 1478/2020)<sup>5</sup> señala que no procede el reconocimiento de dicho complemento cuando se reconoció con anterioridad al 1 de enero de 2016 una pensión de incapacidad permanente que se revisa por agravación con posterioridad a tal fecha.

### **2.5.2. Efectos retroactivos del complemento de maternidad solicitado por un hombre extemporáneamente**

Las SSTS/IV de 17 de febrero de 2022 (recurso 2872/2021 y 3379/2021) establecen los efectos en la fecha del hecho causante de la pensión complementada, si bien esta doctrina resulta matizada por razones procesales. En cambio, la STS/IV de 30 de mayo de 2022, realiza la anterior afirmación con toda claridad.

## **2.6. Responsabilidad empresarial**

### **2.6.1. Responsabilidad empresarial por diferencias en la cotización**

La STS/IV de 27 de octubre de 2022 (recurso 3629/2019) recuerda que corresponde a la empresa el abono de la diferencia entre la cuantía correctamente el empresario su obligación de cotización, y la que le corresponde asumir a la Seguridad Social (o la correspondiente mutua) por las cuotas efectivamente ingresadas.

### **2.6.2. Responsabilidad empresarial y contratos formativos**

La STS/IV de 26 de mayo de 2021 (recurso 35/2019) señala que la sentencia recurrida identifica la infracotización con la diferencia entre la cotización por contingencias profesionales que se ha realizado y el salario real que ha percibido el trabajador, sin que estuviera declarado probado que se haya cotizado en relación con el trabajador fuera incorrecto, esto es, que lo que ha cotizado en el año de referencia fuera inferior a lo marcado por las respectivas normas en la materia. En definitiva, no se puede hacer responsable al empresario de una prestación cuando no ha incurrido en incumplimientos alguno en relación con sus obligaciones con la Seguridad Social. Esto es, se han cumplido por la empresa con todas las normas generales y particulares que permiten al trabajador el acceso a la prestación de invalidez.

### **2.6.3. Responsabilidad empresarial y sucesión de empresas**

La STS/IV de 30 de marzo de 2022 (recurso 4810/2018) señala que el artículo 168.2 LGSS, al establecer que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación,

<sup>5</sup> STS/IV de 4 de octubre de 2022 (recurso 222/2020); STS 16 de febrero de 2022 (recurso 2872/2021).

industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente por el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de la sucesión, no está excluyendo la responsabilidad correspondiente a las empresas que se han transformado estructuralmente, por medio de operaciones de fusión, respecto de las prestaciones que se reconozcan con posterioridad a dicha reestructuración en tanto que esas situaciones, en sí mismas, ya llevan implícita una sucesión universal en todos los derechos u obligaciones, de manera que, no habiendo desaparecido ni extinguido la responsabilidad en que ha incurrido la anterior empresa por sus incumplimientos en la obligación de cotizar y respecto de las prestaciones que corresponden a los que fueron sus trabajadores, dicha responsabilidad ha pasado a asumirla la nueva empresa, colocándose en la posición de aquella.

### **3. ASISTENCIA SANITARIA**

#### **3.1. Asistencia sanitaria a nacional de otro Estado y reagrupación familiar**

La STS de 6 de abril de 2022 (recurso 1152/2019)<sup>6</sup> recuerda que el derecho a la reagrupación familiar se hace depender de unas condiciones legales que deben cumplirse necesariamente para poder estar residiendo en España, figurando entre las mismas, en los casos de familiares que se reagrupan, que se suscriba un seguro de enfermedad en España que cubra todos los riesgos sanitarios, sin que en ningún caso la residencia de éste pueda generar una carga. De esta forma quien ha obtenido la residencia legal por tal vía, tiene cubierta la asistencia sanitaria por el reagrupante que debe mantenerla durante toda la residencia legal como dinámica propia e inescindible del derecho. Por dicha razón la protección que se pide con cargo a los fondos públicos es innecesaria por estar ya cubierta por otra vía legal, aunque sea a cargo de un tercero que se ha obligado a dar cumplimiento a esa exigencia normativa.

### **4. INCAPACIDAD TEMPORAL**

#### **4.1. Situación asimilada al alta**

STS/IV de 17 de noviembre de 2021 (recurso 3226/2018) entiende que no cabe considerar en situación asimilada al alta a efectos de causar prestación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común a un trabajador cuando se cursa la baja al día siguiente a la declaración de alta médica derivada de accidente de trabajo cuando la relación laboral entre el beneficiario y la empresa se ha extinguido mientras el trabajador permanecía en incapacidad temporal

#### **4.2. Efectos económicos**

La STS/IV de 22 de febrero de 2023 (recurso 3187/2019)<sup>7</sup> establece que el abono del subsidio ha de prolongarse hasta la fecha de notificación al interesado de la resolución de la entidad gestora determinando el alta.

<sup>6</sup> SSTs/IV 13 de mayo de 2019 (recursos 1068/2018; 2022/2016 y 4622/2017); STS/IV de 15 de diciembre de 2020 (recurso 3302/2020; STS/IV de 27 de abril de 2022 (recurso 631/2019); STS de 11 de mayo de 2022 (recurso 873/2019); STS/IV de 11 de mayo de 2022 (recurso 1075/2019); STS de 11 de mayo de 2022 (recurso 1075/2019); STS/IV de 15 de junio de 2022 (recurso 1851/2019); STS/IV de 14 de marzo de 2023 (recurso 956/2020).

<sup>7</sup> STS/IV de 21 de diciembre de 2022 (recurso 2815/2019); STS 6 de abril de 2022 (recurso 1289/2021).

La STS/IV de 13 de julio de 2022 (recurso 2531/2020)<sup>8</sup> señala que la fecha de efectos de la prolongación de efectos de la prolongación de efectos de la incapacidad temporal es la de la notificación de la resolución administrativa desestimatoria de la incapacidad permanente.

La STS/IV de 21 de julio de 2022 (recurso 1953/2019) determina que los efectos económicos de la revisión de la prestación de la incapacidad temporal, reconocida previamente por otro importe, deben retrotraerse a los tres meses anteriores a la solicitud, cuando no se alegó dicho extremo, ni en la resolución inicial de la Entidad gestora, ni tampoco en la desestimación de la reclamación previa.

### **4.3. Efectos económicos de la determinación de contingencia solicitada extemporáneamente**

La STS/IV de 10 de noviembre de 2022 (recurso 856/2019) indica que cuando el trabajador presenta la solicitud de determinación de contingencia una vez transcurrido el plazo de tres meses desde el hecho causante, deben limitarse los efectos económicos derivados del reconocimiento de esta pretensión a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud.

## **5. NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR**

### **5.1. Familias monoparentales**

La STS/IV de 2 de marzo de 2023 (recurso 3972/2020) considera que en el caso de las familias monoparentales no procede la extensión al progenitor el periodo de permiso y prestación que le correspondería al inexistente segundo progenitor. Pues ni la actual redacción del artículo 48.4 ET ni del artículo 177 LGSS resultan contrario al ordenamiento constitucional y de la Unión Europea, ni tampoco ha sido voluntad del legislador realizar dicha extensión.

### **5.2. Prestación de paternidad por hijo nacido sin vida**

La STS/IV de 5 de julio de 2022 (recurso 906/2019) considera que no corresponde el reconocimiento de la prestación de paternidad, si bien el supuesto es anterior al RDL 6/2019.

### **5.3. Adopción por el otro progenitor en caso de gestación subrogada**

La STS/IV de 21 de diciembre de 2022 (recurso 3763/2019) señala que, durante la vigencia de las normas anteriores a las reformas de 2019, la adopción del hijo biológico de su cónyuge tiene derecho a la prestación asociada a tal acontecimiento, aunque el padre biológico haya disfrutado de la prestación asociada a esa cualidad y hubiera habido convivencia familiar desde el nacimiento, fruto de gestación subrogada.

<sup>8</sup> STS/IV de 6 de abril de 2022 (recurso 1289/2021); STS/IV de 27 de abril de 2022 (recurso 456/2019); STS/IV 24 de mayo de 2022 (recurso 456/2019); STS/IV de 12 de julio de 2022 (recurso 1675/2020); STS/IV de 12 de julio de 2022 (recurso 3468/2020); STS/IV de 12 de julio de 2022 (recurso 3286/2020); STS/IV de 27 de abril de 2022 (recurso 456/2019); STS/IV de 24 de mayo de 2022 (recurso 3448/2019); STS/IV de 27 de abril de 2022 (recurso 456/2109); STS de 17 de mayo de 2022 (recurso 2883/2019); STS/IV de 27 de abril de 2022 (recurso 78/2019).

#### **5.4. Sanción por incremento injustificado de las bases de cotización.**

La STS/IV de 31 de mayo de 2022 (recurso 290/2019) afirma que ante el incremento fraudulento de las bases de cotización en el RETA procede la extinción de las prestaciones y la devolución de las cantidades percibidas de conformidad con lo establecido en el artículo 180 LGSS y artículo 47.1.c) LISOS.

### **6. INCAPACIDAD PERMANENTE**

#### **6.1. Acceso a la incapacidad permanente desde la situación de jubilación anticipada**

La STS/IV de 12 de junio de 2022<sup>9</sup> señala que se puede acceder a la pensión de incapacidad permanente desde la situación de jubilación.

#### **6.2. Base reguladora**

##### **6.2.1. Base reguladora de la incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo**

LA STS/IV de 15 de febrero de 2022 (recurso 4528/2018) prescribe la aplicación de la fórmula establecida en la DA 11ª RD 4/1998, que determina que a efectos del cálculo de la base reguladora de las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales, ésta será el resultado de dividir la suma de los complementos salariales percibidos por el interesado en el año anterior al hecho causante, entre el número de días realmente trabajados, que se multiplicará por 273, salvo que el número de días laborales efectivos en la actividad que corresponda sea menor, en cuyo caso, se aplicará el multiplicador que corresponda.

##### **6.2.2. Cálculo de la Base reguladora tras jubilación anticipada**

La STS/IV de 26 de abril de 2022 (recurso 446/2019) con cita de su sentencia de 10 de junio de 2018 (recurso 3104/2017) que entiende que el periodo de jubilación no se puede considerar como periodo en el que se aplique la doctrina del paréntesis

#### **6.3. Profesión habitual**

La STS/IV de 20 de septiembre de 2022 (recurso 3861/2019) considera que a los efectos del reconocimiento de la pensión de incapacidad de un mozo d'escuadra la profesión comprende todas las funciones que le son propias y no las realizadas en el momento del accidente.

#### **6.4. Requisito de estar en situación asimilada al alta y reglamentos comunitarios**

La STS/IV de 28 de enero de 2021 (recurso 4125/2018), señala que beneficiaria de una pensión de invalidez reconocida por Suiza, estaba o no en situación asimilada a la de alta en la fecha del hecho causante, a efectos de cumplir con la carencia específica requerida para poder causar una pensión de cumplir de jubilación en España.

<sup>9</sup> STS/IV de 22 de noviembre de 2022 (recurso 1563/2019); STS/IV de 27 de abril de 2022 (recurso 184/2019).

## **6.5. Responsabilidad del periodo concurrente IT e IP**

La STS/IV de 21 de marzo de 2023 (recurso 1025/2020) establece que procede que el INSS abone a la Mutua el reintegro de lo pagado por incapacidad temporal correspondiente al periodo en el que concurría la fecha de efectos del reconocimiento de la incapacidad permanente total del trabajador (IPT).

## **6.6. Incapacidad permanente total**

### **6.6.1. Acceso a la incapacidad permanente total desde la jubilación anticipada**

La STS de 22 de febrero de 2023 (recurso 4500/2019), respecto de la pensión de incapacidad permanente total, que el beneficiario esté en alta o en situación asimilada, por lo que al estar jubilado anticipado no se cumple el requisito cuando no se cumple.

### **6.6.2. Efectos retroactivos del incremento del 20% solicitado extemporáneamente**

La STS/IV de 22 de marzo de 2023 (recurso 279/2020) se pronuncia en el sentido de que si el trabajador no pide el incremento y el órgano judicial no lo establece en el momento del reconocimiento judicial de la IPT, cuando con posterioridad el trabajador lo solicita los efectos de ese ulterior reconocimiento tendrán efectos limitados a los tres meses anteriores a su petición.

### **6.6.3. Calificación de IPT de Erzaintza que no realiza segunda actividad**

La STS/IV de 7 de marzo de 2023 (recurso 903/2020) afirma que la posibilidad legal de que los ertzainas que sufren una disminución apreciable de sus facultades psíquicas o físicas puedan pasar a la situación administrativa de segunda actividad, con un régimen retributivo distinto del que tenían con anterioridad (perciben las retribuciones complementarias correspondientes al puesto desempleado<sup>9</sup>, no debe impedir que el actor, que no pasó a segunda actividad, tenga derecho al reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente total cualificada si en la fecha del hecho causante tenía dolencias que le impedían desarrollar la totalidad de funciones de su profesión habitual de ertzaina.

### **6.6.4. Incompatibilidad de la IPT con las rentas del ejercicio de segunda actividad**

La STS/IV de 4 de mayo de 2022 (recurso 1741/2019) indica que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 213.2 LGSS, la percepción de esta pensión debió de quedar en suspenso mientras se seguían percibiendo remuneraciones por la segunda actividad, por lo que aquella percepción fue indebida.

### **6.6.5. Incompatibilidad del incremento del 20% y prestación por desempleo**

La STS/IV de 26 de octubre de 2022 (recurso 4256/2019) considera que resulta incompatible la percepción del complemento y la percepción de la prestación por desempleo.

## 6.7. Gran invalidez

### 6.7.1. Acceso desde la jubilación anticipada por razón de discapacidad

La STS/IV de 24 de enero de 2023 (recurso 3056/2019) acogiendo la doctrina del TC en sus sentencias 172/2021 y 191/2021, considera que si 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 con el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad, se provocaría una situación de discriminación sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad.

### 6.7.2. Ceguera legal

La STS/IV de 16 de marzo de 2023 (recurso 3980/2019)<sup>10</sup> modifica su doctrina en el sentido de que el criterio legal que determina una calificación objetiva es matizada pues la presencia de una determinada dolencia no permite, por sí misma, reconocer que la persona que la presenta no pueda atender los actos esenciales de la vida al no estar reglamentada el listado de enfermedades que determina la incapacidad permanente, resultando evidente que un cuadro de padecimientos puede tener distinto alcance en los sujetos a los que afecta, atendidas a determinadas circunstancias que le pueden rodear, como es la edad, el momento en que se presentan las dolencias de modo que no resulta aceptable que, para la GI, la enfermedad, como la que aquí se presenta, sea objetivada sin entender a la situación del sujeto.

### 6.7.3. Ceguera absoluta anterior a la afiliación

La STS/IV de 17 de junio de 2022 (recurso 3197/2019)<sup>11</sup> siguiendo la doctrina de su sentencia de 29 de septiembre de 2020 (recurso 1098/2018) señala que procede desestimar el reconocimiento de la GI, cuando la actora con anterioridad a la afiliación a la Seguridad Social presentaba una grave deficiencia visual ya que sus limitaciones consistían en una agudeza visual que sólo percibía luz, es decir, presentaba ceguera legal al ser la agudeza visual inferior a una décima en ambos ojos y ello, aunque dichas lesiones se hayan agravado con posterioridad a su afiliación a la Seguridad Social. Añade la STS/IV de 5 de abril de 2022 (recurso 1606/2019) que han de tenerse en cuenta, a tales efectos las peculiaridades de la inserción del trabajador en el mundo laboral, en la medida que supone una ampliación de sus posibilidades de trabajo, compensadora, justamente, de su inicial imposibilidad para desarrollar una actividad laboral en las condiciones laborales del mundo laboral. Ello implica que la lesión preconstituída quede 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.

<sup>10</sup> STS/IV de 29 de marzo de 2023 (recurso 739/2020).

<sup>11</sup> STS/IV de 29 de junio de 2022 (recurso 150/2019); STS/IV de 9 de febrero de 2021 (recurso 3847/2018); STS/IV de 7 de junio de 2022 (recurso 817/2020); STS/IV de 11 de mayo de 2022 (recurso 1457/2019); STS/IV de 11 de mayo de 2022 (recurso 4907/2019).

#### **6.7.4. Ceguera legal y agravación de las lesiones**

La STS/IV de 29 de junio de 2022 (recurso 233/2019)<sup>12</sup>, establece procede reconocer la situación de GI, cuando se afilió a la ONCE con una agudeza visual de 0,1 en cada ojo, que se ha agravado siendo tributaria de la GI siguiendo la tesis objetiva cuando posteriormente la agudeza visual bilateral es inferior al 0,1. Añade la STS/IV de 25 de octubre de 2022 (recurso 1260/2019) que también se causa la GI cuando aparecen lesiones sobrevenidas.

#### **6.7.5. GI. Ceguera absoluta y posibilidad de intervención quirúrgica**

La STS/IV de 24 de mayo de 2022 (recurso 2427/2019) señala que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 193.1 LGSS que no obstará a la calificación de la incapacidad permanente la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta, lo que revela que si la posibilidad de recuperación del afectado no se revela con certitud, máxime si se toman en consideración las diferentes intervenciones que ha sufrido con anterioridad, con el deficiente resultado y en consecuencia, su decisión de no someterse a una nueva cirugía la calificación de grado de Gran Invalidez.

#### **6.7.6. Compatibilidad de la Gran Invalidez y el trabajo en centro especial de empleo**

La STS/IV de 2 de febrero de 2022 (recurso 4748/2019), reiterando la doctrina de la misma Sala de 10 de noviembre de 2009 (recurso 61/2009). El trabajo en dichos centros que atiende a la capacidad de trabajo residual que le resta al discapacitado no pueden impedir el acceso a la gran invalidez ni a la orfandad.

#### **6.7.7. Cálculo del complemento cuando la GI deriva de contingencia profesional**

La STS/IV de 15 de marzo de 2023 (recurso 2355/2019) afirma los dos sumandos a tener en consideración para calcular la cuantía del complemento de gran invalidez ya tienen en consideración la circunstancia de que la pretensión puede derivar de la contingencia de accidente de trabajo, con lo que se estaría cuantificando doblemente ese elemento si una vez establecido su importe conforme a la dicción literal del precepto se realizara posteriormente la operación de multiplicarlo por 14 y dividirlo por 12. Es cierto que en el caso de la contingencia común se percibirá la prestación en 14 mensualidades y en 12 cuando se trate de accidentes de trabajo, pero en este último supuesto ya está repercutida la incidencia de las partes proporcionales de las pagas extraordinarias en cada uno de los sumandos a tener en cuenta para establecer su importe.

### **7. JUBILACIÓN**

#### **7.1. Jubilación. Hecho causante y cumplimiento de requisitos**

La STS/IV de 13 de junio de 2022 (recurso 1133/2019)<sup>13</sup> el hecho causante a efectos del cumplimiento de los requisitos es el momento en que la pensión causada pudo ser

<sup>12</sup> STS/IV de 28 de septiembre de 2022 (recurso 3208/2020); STS/IV de 23 de noviembre de 2022 (recurso 3121/2019); STS de 20 de abril de 2022 (recurso 193/2019); STS de 11 de octubre de 2022 (recurso 859/2019).

<sup>13</sup> STS/IV de 29 de marzo de 2023 (recurso 1439/2020).

reclamado en cualquier momento, aunque esa petición lo sea cuando existe otro régimen jurídico diferente, no siendo este el que deba aplicarse porque la pensión ya se entiende causada, sin perjuicio de que los efectos económicos se anuden a la solicitud.

## **7.2. Jubilación anticipada**

### **7.2.1. Jubilación anticipada. Reglas generales**

#### **7.2.1.1. *Derecho Transitorio***

La STS/IV de 29 de septiembre de 2022 (recurso 1382/2020)<sup>14</sup> indica que el actor cumple los requisitos para acceder a la jubilación anticipada voluntaria precedente a la Ley 27/2011, pues estaba en el ámbito de aplicación del acuerdo colectivo al tener en el año 2011, 55 años, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 161 bis 2 LGSS, al tener 61 años al momento de la solicitud, acreditar 30 años cotizados, su contrato de extinguió en base al acuerdo colectivo, habiéndose abonado por la entidad financiera para la que prestaba servicios una cuantía superior a las prestaciones percibidas por desempleo y el coste de las cotizaciones del convenio especial.

La STS/IV de 26 de abril de 2022 (recurso 1469/2019) señala que resulta de aplicación el régimen jurídico anterior a la Ley 27/2011 y el acceso a la jubilación anticipada cuando tras un ERE posteriormente el demandante ha tenido otros empleos. Resulta digno de encomio, que un trabajador que se ha visto privado del medio de vida que le proporcionaba una relación laboral busque una salida a su situación e el ámbito del trabajo autónomo.

#### **7.2.1.2. *Jubilación anticipada y situación asimilada al alta***

La STS/IV de 6 de julio de 2022 (recurso 3055/2019)<sup>15</sup> considera que la situación de percepción de la prestación por desempleo durante los periodos de inactividad de los trabajadores con contrato fijo-discontinuo debe considerarse situación asimilada al alta a efectos de causar la pensión de jubilación anticipada.

También se considera situación asimilada al alta la demanda de empleo, de acuerdo con lo dispuesto en la STS 22 de noviembre de 2022 (recurso 4281/2019).

### **7.2.2. Jubilación anticipada involuntaria**

#### **7.2.2.1. *Jubilación anticipada y requisito de demanda de empleo***

La STS de 20 de diciembre de 2022 (recurso 2814/2019) afirma que el hecho de que el recurrente estuviera inmerso en un proceso de divorcio no puede justificar su abandono de la condición de demandante de empleo, máxime cuando se trataba de un divorcio por mutuo acuerdo. La excepcionalidad que acompaña a este tipo de jubilación anticipada comporta que sus requisitos hayan de interpretarse de manera estricta. Este carácter excepcional casa mal con interpretaciones ampliatorias de los supuestos previstos en la Ley o flexibilizadora de las exigencias legales de cada supuesto.

<sup>14</sup> STS/IV de 11 de noviembre de 2022 (recurso 3908/2019); STS/IV de 13 de junio de 2022 (recurso 394/2019); STS/IV de 29 de marzo de 2023 (recurso 365/2020).

<sup>15</sup> STS/IV de 23 de diciembre de 2022 (recurso 1562/2020).

### **7.2.2.2. Involuntariedad en el cese**

La STS/IV de 14 de octubre de 2021 (recurso 4088/2018) equipara el cierre empresarial al despido colectivo por causas objetivas a efectos de causar la jubilación anticipada involuntaria, pues aunque es cierto que si la empresa quiere proceder a su cierre con las consiguiente extinción de los contratos, dicha extinción debe encauzarse por la vía de los artículos 51 y 52.c) ET, el hecho de que no lo haga así no puede perjudicar al trabajador pues no depende de él cumplir o no los trámites mencionados. La STS/IV de 17 de octubre de 2022 (recurso 1593/2019) añade que se producirá el mismo efecto cuando es el trabajador el que solicita la resolución del contrato por cierre de la empresa.

Por otra parte, la STS/IV de 22 de junio de 2022 (recurso 1073/2020) considera que no puede considerarse como causa no imputable al trabajador a efectos del cumplir el requisito establecido en el artículo 207.1.d).5 LGSS la resolución del contrato de trabajo por impago de salarios.

### **7.2.3. Jubilación anticipada por discapacidad igual o superior al 45%. Valoración.**

La STS/IV de 22 de febrero de 2023 (recurso 4572/2019) señala que si como consecuencia de valoraciones hechas conforme Decreto 2531/1979, en un 33% de minusvalía y, posteriormente se ha producido una nueva valoración acreditando la discapacidad del 45%, a efectos de acreditar el periodo cotizado habrá que estar a las siguientes situaciones: a) Si las lesiones las dolencias son las mismas pero ha variado la valoración, esta se acreditará con el primitivo certificado valiendo las cotizaciones realizadas a partir del mismo; b) Si por el contrario aparecieron nuevas dolencias, el periodo cotizado con la discapacidad igual o superior al 45% habrá que acreditarse a partir de esta segunda certificación.

## **7.3. Jubilación activa**

### **7.3.1. Jubilación activa y Comunidad de Bienes**

La STS/IV de 1 de febrero de 2023 (recurso 514/2023) indica que el trabajador autónomo que desarrolla su actividad a través de una comunidad de bienes no puede beneficiarse del 100% de la pensión por la contratación por la Comunidad de un trabajador. La literalidad de la norma. El carácter excepcional de la jubilación plena, la interpretación sistemática del artículo 214 LGSS, la conexión entre la persona jubilada y la comunidad empleadora llevan a excluir la posibilidad de disfrute de la pensión pretendida al 100%.

### **7.3.2. Jubilación activa y sociedad civil irregular**

Según la STS/IV de 7 de julio de 2022 (recurso 4180/2022) considera que el hecho de que la responsabilidad de los socios de las sociedades irregulares frente a sus trabajadores al igual que frente a terceros, sea responsabilidad directa, personal o ilimitada, no se debe confundir con quien es el empresario, que es la sociedad irregular, como empleado único, y no los socios de dicha sociedad lo que hace provoca que el trabajador autónomo societario no pueda disfrutar el 100% de la pensión de jubilación.

### 7.3.3. Jubilación activa societario en sociedad capitalista

La STS/IV de 21 de septiembre de 2021 (recurso 1539/2020)<sup>16</sup> señala que no procede el reconocimiento de la pensión al 100% en la situación de jubilación activa al existir una desconexión entre la jubilación activa y los contratos de trabajos suscritos por la sociedad.

## 7.4. Jubilación parcial

### 7.4.1. Responsabilidad empresarial

La STS/IV de 8 de febrero de 2023 (recurso 4786/2019) acuerda declarar la responsabilidad empresarial de la pensión de jubilación parcial cuando el trabajador relevista es contratado por otra empresa del grupo empresarial sin que la empresa para la que trabaja el trabajador parcialmente jubilado no contarte a otro relevista.

La STS/IV de 25 de octubre de 2022 (recurso 2634/2019) afirma que la empresa exenta de la obligación de asumir el pago de la prestación de jubilación del trabajador relevado, si se extingue por despido colectivo la totalidad de los contratos de trabajo de la empresa, por cuanto ambos contratos de trabajo desaparecen y eso determina la imposibilidad de llevar a cabo la exigencia de la contratación del relevista, por más que se mantenga la jubilación parcial del relevado.

Pero en cambio, no puede alcanzarse esa misma conclusión cuando se trata de un ERTE, que no comporta la extinción de los contratos de trabajo, sino tan solo la suspensión de la relación laboral de la totalidad de la plantilla de la empresa. Así, en el caso de no extinguir la relación laboral con el relevado, la empresa está obligada a mantener la vigencia del contrato del relevista o sustituirlo.

Igualmente, la STS de 10 de mayo de 2022 (recurso 139/2022) determina la responsabilidad empresarial por despido objetivo del trabajador jubilado parcial y trabajador relevista pero que no afecta a la totalidad de los trabajadores.

### 7.4.2. Jubilación parcial y contrato fijo-discontinuo

La STS/IV de 5 de julio de 2022 (recurso 605/2020)<sup>17</sup> considera que los trabajadores con contrato fijo discontinuo no pueden acceder a la jubilación parcial al no trabajar con contrato a tiempo completo, susceptible de ser transformado en un contrato a tiempo parcial.

## 8. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

### 8.1. Viudedad

#### 8.1.1. Separación y divorcio

##### 8.1.1.1. *Periodo transitorio*

La STS/IV de 24 de enero de 2023 (recurso 4564/2019)<sup>18</sup>, señala que las pensiones de viudedad derivadas del fallecimiento producido durante la *vacatio legis* de la Ley 27/2011,

<sup>16</sup> STS/IV de 23 de julio de 2021 (recurso 1459/2020).

<sup>17</sup> STS/IV de 7 de julio de 2022 (recurso 507/2021); STS/IV de 12 de julio de 2022 (recurso 1881/2020); STS/IV de 6 de julio de 2022 (recurso 382/2020); STS/IV de 7 de julio de 2022 (recurso 507/2021).

<sup>18</sup> STS/IV de 14 de diciembre de 2022 (recurso 2235/2019).

no quedan sujetas a sus previsiones intertemporales respecto de las personas carentes del derecho a percibir pensión compensatoria. Así, las reglas contempladas actualmente en la DT13ª.2 LGSS, solo se aplica a los casos en que el matrimonio duró más de 10 años, siendo innecesario cumplir con los requisitos de hijos comunes o edad de morir el causante.

La STS/IV de 15 de junio de 2022 (recurso 671/2019) considera cumplido el requisito de haber pactado pensión compensatoria cuando a la fecha del fallecimiento el convenio acordado estaba pendiente de homologación del órgano jurisdiccional.

#### **8.1.1.2. *Pensión compensatoria***

La STS/IV de 11 de abril de 2023 (recurso 2973/2020) considera que el abono mensual por parte del exesposo a la demandante revela la persistencia de una dependencia económica en el momento del óbito, pues las circunstancias del caso enjuiciado evidencian que no se trataba de una pensión de alimentos, pues los hijos eran independientes económicamente, sino que tenía la naturaleza de pensión compensatoria aun cuando no se hubiera fijado en la sentencia de divorcio.

#### **8.1.2. Convivencia previa exigible en los casos de fallecimiento por enfermedad común del causante**

La STS/IV de 26 de octubre de 2022 (recurso 2059/2019) señala que el plazo de convivencia como pareja de hecho solo puede computarse desde que la pareja de hecho pudo contraer matrimonio.

### **8.2. Orfandad**

#### **8.2.1. Incremento de la prestación y pareja de hecho del cónyuge sobreviviente sin pensión**

La STS/IV de 25 de mayo de 2021 (recurso 4369/2018) señala que la solución más completa e integradora mientras se mantenga la vinculación entre la pensión de orfandad y la de viudedad sería incluir en la prestación económica correspondiente a la primera tanto la situación que constituye orfandad absoluta de derecho .cuando el que quede carezca de medios suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad -cuando el que carezca de medios suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad- siendo entonces en este segundo caso necesario alegar y acreditar tal extremo para reconocer el incremento de la pensión de porcentaje resultante de la aplicación de dicho precepto, pero lo cierto es que el tenor gramatical del mismo o sentido propio de las palabras apunta en el caso enjuiciado sólo a una y a primera orfandad absoluta, concepto cuya hermenéutica, incluso teniendo en cuenta los elementos a los que también se refiere el artículo 3.1 del Código Civil, no puede llevar a lo que la norma no dice, en lo que supondría un arriesgado ejercicio entre la interpretación propiamente dicha y la función legislativa, que en virtud del principio de separación de poderes consustancial con un Estado de derecho, se residencia en otro poder del Estado.

### **8.2.2. Incompatibilidad de la pensión de orfandad y la pensión no contributiva**

La STS/IV de 11 de abril de 2023 (recurso 1548/2020), siguiendo a la STS/IV de 10 de septiembre de 2020 (recurso 1217/2018) concluye que al derivar la invalidez no contributiva y la pensión de orfandad de la misma incapacidad determina la incompatibilidad y la posibilidad de optar por una u otra.

### **8.3. Favor de familiares**

La STS/IV de 11 de abril de 2023 (recurso 2654/2020)<sup>19</sup> señala que el hecho de que la actora hubiera solicitado abogado de oficio, aunque fuera para formular la demanda de separación o que obtuviera la sentencia de separación más allá de la muerte del causante, ello no es relevante no otorga a la actora la condición de separada legalmente en el hecho causante, no cumpliéndose el requisito para acceder a la prestación.

La STS/IV de 12 de julio de 2022 (205072019) para que opere la exclusión para la percepción de la pensión en favor de familiares por existir parientes con obligación de prestar alimentos requiere de dos condicionantes: a) que el obligado a prestar alimentos tenga ingresos superiores al salario mínimo interprofesional; b) Que dichos ingresos le permitan garantizar al alimentista una prestación no inferior a dicho salario. La concurrencia del segundo condicionante deberá examinarse caso por caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes y así, será relevante a estos efectos que las obligaciones, se hayan producido con anterioridad al hecho causante, así como que dichas obligaciones estén referidas a bienes de primera necesidad, como sucede con la vivienda habitual.

## **9. RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS**

### **9.1. Obligación de estar al corriente en el pago de las cuotas**

Según, la STS/IV de 22 de noviembre de 2022 (recurso 4497/2019) hay que reconocer el derecho a la pensión de jubilación con cargo al RETA a quien en el momento de acceder a ella cumple todos los requisitos (edad, periodo de carencia, situación de origen, etc.) debiendo considerarse al corriente en el pago de las cotizaciones si las que adeuda está prescrita. En este sentido, la STS/IV de 15 de noviembre de 2022 (recurso 1390/2019) añade que la existencia de cuotas prescritas cuando se produce el hecho causante no impide tener cubierto el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cotizaciones, al no existir entonces cuotas debidas. Si ello es así, resulta irrelevante que la parte actora hubiera rechazado la invitación al pago que le hizo la entidad gestora porque ese mecanismo no era exigible en ese caso al estar al corriente en el pago de las cuotas.

### **9.2. Incapacidad permanente parcial**

La STS/IV de 13 de septiembre de 2022 (recurso 2517/2019) recuerda que no existe fundamento alguno que permita reconocer a un trabajador afiliado al RETA una incapacidad permanente parcial derivada de contingencias comunes, no así en el caso de que las lesiones derivaran de contingencias profesionales.

<sup>19</sup> STS/IV de 11 de abril de 2023 (recurso 2654/2020).

# EL SUICIDIO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO

ANA CASTRO FRANCO

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

## 1. INTRODUCCIÓN: LA SALUD MENTAL EN EL TRABAJO

El Convenio de la OIT sobre Seguridad y Salud en el Trabajo (nº 155)<sup>1</sup> y la Recomendación (nº 164)<sup>2</sup> proporcionan un marco legal para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores. Sin embargo, el Atlas de Salud Mental de la OMS descubrió que solo el 35% de los países aseguraron contar con programas nacionales de promoción y prevención de la salud mental relacionada con el trabajo<sup>3</sup>. La estigmatización, sobre todo la que se crea en torno a los trastornos mentales y el suicidio, disuade de buscar ayuda a muchas personas que piensan en quitarse la vida o tratan de hacerlo y que, por lo tanto, no reciben la ayuda que necesitan. La prevención del suicidio no se ha abordado debidamente porque falta sensibilización sobre la importancia que reviste como problema para la salud pública y por el tabú existente en muchas sociedades que impide tratar sobre él abiertamente. Hasta hoy, solo unos pocos países han incluido la prevención del suicidio entre las prioridades de sus políticas de la esfera de la salud y solo 38 han notificado que cuentan con una estrategia nacional de prevención específica.

Para prevenir los problemas de salud mental en el trabajo hay que gestionar los riesgos psicosociales en el lugar de trabajo. La OMS recomienda que los empleadores lo hagan mediante la implementación de intervenciones institucionales directamente dirigidas a las condiciones y los entornos de trabajo. Se entiende por intervención institucional la que evalúa y luego mitiga, modifica o elimina los riesgos para la salud mental en el lugar de trabajo. Entre esas intervenciones figuran, por ejemplo, la facilitación de modalidades de trabajo flexibles o la implementación de marcos para hacer frente a la violencia y el acoso en el trabajo. Las directrices mundiales de la OMS sobre la salud mental en el trabajo recomiendan medidas para hacer frente a los riesgos para la salud mental, como la gran

---

<sup>1</sup> OIT: *Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores*, 1981 (núm. 155), [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C155](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155)

<sup>2</sup> OIT: *Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores*, 1981 (núm. 164), [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:R164:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R164:NO)

<sup>3</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION: *Mental Health Atlas 2020*, Geneva, 2021, <https://www.who.int/publications/i/item/9789240036703>

carga de trabajo, los comportamientos negativos y otros factores que generan angustia en el trabajo. La intimidación y la violencia psicológica (también conocida como “mobbing”) son las quejas clave de acoso laboral que tienen un impacto negativo en la salud mental<sup>4</sup>. Las directrices también recomiendan mejores formas de atender las necesidades de los trabajadores con problemas de salud mental, proponen intervenciones que apoyen su reincorporación al trabajo y, en el caso de los que padecen problemas graves de salud mental, ofrecen intervenciones que facilitan la incorporación al empleo remunerado<sup>5</sup>.

El bienestar del individuo es razón suficiente para actuar, pero una mala salud mental también puede tener un impacto debilitante en el rendimiento y la productividad de una persona. Estas nuevas directrices pueden ayudar a prevenir situaciones y culturas laborales negativas y ofrecer una protección y un apoyo a la salud mental muy necesarios para los trabajadores. El objetivo es apoyar la prevención de los riesgos para la salud mental, proteger y promover la salud mental en el trabajo, y apoyar a las personas con problemas de salud mental para que puedan participar y prosperar en el mundo del trabajo. Inversión y liderazgo serán fundamentales para la aplicación de las estrategias. Dado que las personas pasan gran parte de su vida en el trabajo, es fundamental contar con un entorno laboral seguro y saludable. Resulta imprescindible invertir para construir una cultura de prevención en favor de la salud mental en el trabajo, reformar el entorno laboral para acabar con el estigma y la exclusión social, y garantizar que los empleados con problemas de salud mental se sientan protegidos y apoyados.

Múltiples iniciativas que parten de la OMS acreditan que el suicida no quiere dejar de vivir, solo quiere dejar de sufrir una situación para la que no ve salida, de manera que adopta una solución definitiva para un problema, en la mayoría de los casos, temporal. La falta de normalización de los problemas de salud mental impide afrontar el problema, así como la falta de protocolos adecuados y, en el ámbito del trabajo, la inexistencia de evaluación de riesgos psicosociales cuando son las condiciones laborales las determinantes de la decisión suicida.

## 2. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON LA AUTOLISIS CONSIDERADA CONTINGENCIA DEL TRABAJO

En cuanto a la consideración que merece el suicidio, a los efectos de su reconocimiento como accidente, las sentencias del Tribunal Supremo dictadas hasta finales de los años sesenta suelen descartar automáticamente la calificación a efectos de Seguridad Social del suicidio del trabajador como accidente de trabajo, cualesquiera que sean sus circunstancias, incluido el suicidio consumado en tiempo y lugar de trabajo<sup>6</sup>.

Una primera sentencia en el tiempo es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 31 de marzo de 1952. En ella se niega la calificación de accidente de trabajo, a pesar de la inmediatez entre el suicidio del trabajador y una acusación contra el mismo de robo de material de trabajo. También se descarta la calificación de accidente del trabajador en otra sentencia de la casación social de 29 de marzo de 1962, razonando que en el suicidio de un trabajador internado en un hospital por causa de un accidente de

<sup>4</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION: *World Mental Health Report: Transforming Mental Health for All*, Geneva, 2022, <https://www.who.int/publications/i/item/9789240049338>

<sup>5</sup> OIT: *Mental health at work : Policy brief*, 2022, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms\\_856976.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_856976.pdf)

<sup>6</sup> SSTs 9 de febrero de 2010 (Rec. 1703/2009) y 25 de septiembre de 2007 (Rec. 5452/2005).

trabajo previo ha de haber, y no la hubo en el caso, una relación de causa a efecto “directa” y exclusiva entre el trastorno mental padecido por el trabajador (obsesión por quedar inútil para el trabajo) y la decisión de suicidarse. Otra sentencia del año siguiente (STS 19 de febrero de 1963) resuelve también con signo negativo, “pues establecida la voluntariedad de la muerte sufrida por el causante de la recurrente, no existe la relación de causalidad entre el trabajo que efectuaba aquél con el siniestro acaecido”. A la misma conclusión llegó otra sentencia de los años sesenta (STS 28 de enero de 1969), donde se acredita que el trabajador (cocinero de un barco) se suicidó, arrojándose al mar, como “consecuencia de un estado patológico mental”, pero sin que constara “la menor indicación de que éste fuera causado por el trabajo que efectuaba a bordo de la nave, ni que fuera por ello agravado ni desencadenado”.

La normativa jurídica previa al Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el cual se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Bases de Seguridad Social, apenas dejaba margen alguno para otorgar protección social cualificada a los supervivientes de quien hubiera decidido quitarse la vida. No es hasta la entrada en vigor de la Ley de Seguridad Social de 1966, y en particular del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, cuyo art. 84 proporcionaba una definición de accidente de trabajo mantenida prácticamente intacta en el art. 115 de la norma de 1994 y en el vigente art. 156 del Real Decreto-ley 8/2015, de 30 de octubre (en adelante, LGSS), que facilita una lectura judicial parcialmente distinta del suicidio, pues pasan a estar sobre el tapete los datos relativos a la propia noción de accidente laboral, la presunción locativo-temporal sobre su existencia y las cláusulas de exclusión<sup>7</sup>.

A partir de 1970 las decisiones jurisprudenciales no tienen siempre el mismo signo. En ocasiones se estima la reclamación de las indemnizaciones de accidente de trabajo solicitadas por los familiares sobrevivientes, y en algunos supuestos se llega a la conclusión contraria. Ello no significa, sin embargo, falta de criterio uniforme sobre el enjuiciamiento de estos litigios, sino más bien de la consideración como elementos determinantes de las decisiones adoptadas de ciertos factores circunstanciales y contingentes, que concurren unas veces y están ausentes otras en los casos enjuiciados. Tales factores determinantes se refieren siempre o casi siempre a la conexión de causalidad entre el trabajo y la conducta de suicidio, concretándose en la existencia o no de trastorno mental del suicida y en la etiología laboral o no de dicho trastorno mental o de la enfermedad mental que conduce a la decisión suicida.

El análisis del suicidio del trabajador desde la perspectiva del nexo causal existente en concreto entre el acto suicida y el trabajo prestado da lugar a una primera sentencia estimatoria de la calificación de accidente de trabajo, esta es la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 29 de octubre de 1970<sup>8</sup>. Se acredita en el caso que el suicidio fue provocado por una situación de trastorno mental, producida a su vez por las vicisitudes y secuelas de un accidente de trabajo. La sentencia de instancia había estimado la demanda de pensiones a familiares sobrevivientes (esposa e hijos) y la sentencia de casación desestimó el recurso, identificando como causa eficiente del suicidio un “trastorno mental de tipo depresivo” derivado de una “larga hospitalización” por accidente de trabajo y de

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y PRIETO PADÍN, P.: “Trabajo y suicidio: una historia inacabada en el modelo de protección social”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 1, 2022, pág. 216.

<sup>8</sup> STSJ de Cantabria, 27 de febrero de 2023 (Rec. 798/2022).

“repetidas intervenciones quirúrgicas”, circunstancias del litigio que determinaron la fatal decisión. Ha seguido la estela de esta sentencia otras del año 1974 (STS 26 de abril 1974).

El mismo enfoque, pero desestimando la reclamación de accidente de trabajo, mantiene la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1972, que no aprecia la existencia del nexo causal en la producción de la muerte por suicidio enjuiciada. Esta sentencia se fija en el argumento de la presunción legal de laboralidad de las lesiones letales autoinferidas en el lugar de trabajo, llegando a la conclusión de que la “privación voluntaria de la vida” es “prueba en contrario” que impide, en principio, el despliegue de los efectos habituales de dicha presunción legal. En consecuencia, se produce un cambio en el criterio sostenido por el órgano gestor competente de la Seguridad Social, que en ocasiones había venido entendiendo el suicidio como el resultado de una enfermedad común. Así, por Resolución de 22 de septiembre de 1976, la Dirección General de Ordenación y Asistencia Sanitaria emite su parecer sobre la consideración que procede otorgar al fallecimiento por autolisis a efectos de la calificación de la contingencia determinante de las prestaciones de muerte y supervivencia, y entiende que el suicidio, en atención a las notas de hecho que normalmente lo caracterizan, debe ser calificado como accidente, evitando la exclusión o infra protección que habría de determinar la ausencia de involuntariedad del hecho, salvo su posible determinación como accidente de trabajo o la intención fraudulenta del interesado<sup>9</sup>. El organismo público competente corrobora, de este modo, un criterio judicial constante a partir del cual el accidente por razón de materia se caracteriza por una acción súbita, violenta y externa, mientras que la enfermedad supone un deterioro psico-físico desarrollado de forma paulatina. También descarta la calificación de accidente de trabajo a efectos de una mejora voluntaria de Seguridad Social, por sentencia de la misma Sala de lo Social de 9 de marzo de 1987.

Como se puede comprobar, la primera doctrina jurisprudencial niega ontológicamente la posibilidad de subsumir el suicidio en el concepto de accidente por considerarlo antagónico. En otras palabras, identificaba el concepto con la existencia de una fuerza exterior, sea de aparición súbita o de lenta evolución, que produzca una consecuencia dañosa por la vida o la integridad física del trabajador, lo que excluía toda posibilidad de que un acto propio del mismo, como es el suicidio, cualquiera que sea el estado anímico en que el trabajador se encuentre pudiera ser considerado como accidente de trabajo<sup>10</sup>. Estas primeras resoluciones consideraron que el suicidio como acto voluntario del trabajador suponía la ruptura de cualquier nexo causal entre la muerte auto infringida y la relación laboral, por cuanto impide la afirmación de que se trata de algo fortuito e imprevisible, como rasgo inherente a su entender a la noción de accidente; de modo que si la una autolesión provocaba la muerte<sup>11</sup> no cabía calificar el suicidio como un accidente y, por ende, huelga valorar si merecía la consideración de laboral o no<sup>12</sup>.

Un importante número de sentencia no llegaban al extremo de negar el carácter de accidente, pero sí afirmaban que la voluntad del interesado enerva cualquier relación directa entre la decisión autolítica y la actividad profesional, considerando que se trataba

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y PRIETO PADÍN, P.: “Trabajo y suicidio: una historia inacabada en el modelo de protección social”, cit., pág. 218.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “La reconnaissance du suicide comme accident du travail par le juge espagnol”, *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, núm. 2, 2021, pág. 27.

<sup>11</sup> STSJ de Aragón, 30 de octubre de 2000 (Rec. 780/1999).

<sup>12</sup> STSJ de Andalucía, 30 de marzo de 2000 (Rec. 960/1998).

de un accidente no laboral, en tanto no traía causa en una lesión sufrida “con ocasión” o “por consecuencia” del trabajo, sino de la decisión del fallecido<sup>13</sup>.

La argumentación a veces se completaba con otras nociones de dolo o imprudencia temeraria en aplicación del art. 156.4.b LGSS y excluía cualquier posibilidad de calificación como laboral al acto de quien consciente y libremente acaba con su vida<sup>14</sup>. Igual resultado cabía obtener a partir de una negligencia capaz de vulnerar la más elemental de las vías de precaución, prudencia y cautela exigibles a cualquier persona<sup>15</sup>. El criterio no desaparecerá ni a pesar del parecer en contrario del Tribunal Supremo; no obstante, este supone la culminación de toda aquella corriente que ya había argumentado cómo la jurisprudencia alemana partía expresamente de negar cualquier voluntariedad en el acto de suicidio.

El acto de suicidio, a priori, no puede considerarse como un acto voluntario sin más, pues para que haya voluntad ha de haber plena posibilidad a nivel psíquico de decidir<sup>16</sup>; de este modo, y si bien la exigencia de nexo causal presenta especial complejidad cuando el evento dañoso tiene su origen en la conducta del propio trabajador lesionado, que es precisamente el factor determinante de la producción del suicidio no siempre podrá ser calificado como acto doloso excluido, sino que en cada caso deben valorarse las circunstancias concurrentes para establecer su posible relación con el trabajo<sup>17</sup>. En todos aquellos supuestos de esta índole, el nivel de voluntad y consciencia ha de ser contextual y no apriorístico. Por tanto, a la luz de la referida doctrina, lo cierto es que las concretas circunstancias del caso van a ser determinantes en el enjuiciamiento de los supuestos de suicidio.

### 3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

De centrar la atención en el ámbito de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, y aun cuando continúan las discrepancias sobre si el término accidente incluido en convenio ha de incorporar el suicidio, y en qué medida ha de hacerlo<sup>18</sup>, así como la posible traslación al contrato de seguro, la novedad radica en una doctrina que, tras su unificación<sup>19</sup>, hubo de hacer frente a ciertos elementos de resistencia. De atender al tenor de esta línea, y aun cuando del resultado de la negociación colectiva quepa la inclusión del suicidio como accidente protegido por la mejora de la Seguridad Social, el empresario puede suscribir el contrato de seguro en los términos del convenio o en otros distintos, debiendo afrontar las correspondientes responsabilidades si no se ajusta a estos términos; responsabilidades que no pueden desplazarse a la aseguradora, que ni está obligada por el convenio, ni tiene tampoco obligación de ajustar la póliza a lo previsto en él<sup>20</sup>.

No obstante, condición *sine qua non* para que prospere la exoneración de la aseguradora, y surja la correlativa responsabilidad en exclusiva del empresario por el suicidio cubierto como accidente en el convenio, es que los términos de los contratos de seguro sean claros y no dejen dudas sobre las intenciones de los contratantes. Afirmación

<sup>13</sup> STSJ de País Vasco, 14 de septiembre de 2004 (Rec. 903/2004).

<sup>14</sup> STSJ de País Vasco, 11 de septiembre de 2001 (Rec. 1547/2001).

<sup>15</sup> STSJ de Castilla y León, 28 de septiembre de 2004 (Rec. 1529/2004).

<sup>16</sup> STSJ de Castilla y León, 16 de octubre de 2006 (Rec. 1630/2006).

<sup>17</sup> STSJ de Comunidad Valenciana, 16 de octubre de 2020 (Rec. 579/2019).

<sup>18</sup> STSJ de Cataluña, 3 de marzo de 2017 (Rec. 7697/2016).

<sup>19</sup> STSJ de Madrid, 6 de mayo de 2010 (Rec. 34/2010).

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y PRIETO PADÍN, P.: “Trabajo y suicidio: una historia inacabada en el modelo de protección social”, cit., pág. 237.

que debe ser convenientemente matizada cuando la aseguradora, como experta, no haya aclarado al empresario los factores de desajuste entre convenio y contrato de seguro, en cuyo caso cabrá la responsabilidad de la misma<sup>21</sup>, o cuando, como cláusula limitativa, haya requerido de manera expresa el consentimiento al efecto del tomador<sup>22</sup>.

#### 4. EL CARÁCTER DETERMINANTE DE LA CAUSALIDAD

Los factores determinantes se refieren siempre o casi siempre a la conexión de causalidad entre el trabajo y la conducta de suicidio, concretándose en la existencia o no de trastorno mental del suicida y en la etiología laboral o no de dicho trastorno mental o de la enfermedad mental que conduce a la decisión suicida. Si bien es cierto que, en el caso de que el suicidio se produzca en el tiempo y el lugar de trabajo, la presunción de laboralidad del actual artículo 156 LGSS puede ser enervada por el carácter voluntario que tiene normalmente el acto de quitarse la vida, no es menos verdad que el suicidio se produce a veces por una situación de estrés o de trastorno mental que puede derivar tanto de factores relacionados con el trabajo como de factores extraños al mismo<sup>23</sup>.

El análisis de la contradicción de sentencias en casos de suicidio y, en particular, en casos de suicidio en el lugar de trabajo, debe, por tanto, ponderar estas circunstancias. De esta manera, el suicidio puede considerarse como accidente de trabajo cuando queda probado que la situación emocional determinante de esta decisión se encuentra directamente relacionada con las condiciones laborales del trabajador que adopta tan drástica medida fruto de la angustia y tensión que su vida laboral le produce. El fundamento de ese planteamiento parte de que el suicidio es siempre resultado de una previa situación de trastorno o patología mental del suicida, de forma que si la génesis de este último es laboral estaremos ante un accidente de trabajo. En cambio, si el estado de perturbación mental no puede imputarse directamente al trabajo, no sería procedente la calificación de accidente de trabajo.

Por lo tanto, ninguna duda cabe, se debe admitir la naturaleza del accidente de trabajo cuando el suicidio tiene lugar en tiempo y lugar de trabajo y trae causa de una situación generada en este ámbito, como puede ser el estrés<sup>24</sup>. En cambio, si el estado de perturbación mental no puede imputarse directamente al trabajo o, al menos, estimarse agravado por el trabajo, no sería procedente la calificación de accidente de trabajo.

La tendencia jurisprudencial es la de admitir con carácter restrictivo la etiología laboral en el acto suicida, pero se admite, sin embargo, cuando exista un nexo de causalidad claramente acreditado, como sucede cuando el suicidio arranca de un estado mental patológico causado a su vez por un previo accidente laboral. Lo que sí es importante reseñar es que la naturaleza voluntaria del acto inicial suicida no es obstáculo para su posible consideración como accidente de trabajo<sup>25</sup>.

Tal y como se ha señalado *ad supra*, el acto de quitarse voluntariamente la vida puede considerarse como accidente de trabajo cuando queda probado que la situación emocional determinante de esta grave decisión se encuentra directamente relacionada con las condiciones laborales del trabajador o sus riesgos psicosociales y es fruto del estrés

<sup>21</sup> STSJ de Andalucía, 1 de julio de 2009 (Rec. 872/2009).

<sup>22</sup> STSJ de Cataluña, 3 de marzo de 2017 (Rec. 7697/2016).

<sup>23</sup> STSJ de Cantabria, 27 de febrero de 2023 (Rec. 798/2022).

<sup>24</sup> STSJ de Cantabria, 11 de diciembre de 2017 (Rec. 725/2017).

<sup>25</sup> STSJ de Cantabria, 27 de febrero de 2023 (Rec. 798/2022).

ocasional y tensión en el desempeño de su actividad laboral. En este sentido, una sentencia consideró que existía una clara conexión o relación de causalidad entre la acción suicida y el trabajo porque fueron los problemas laborales los que interfirieron en la vida laboral y en la salud mental del trabajador<sup>26</sup>.

De otro lado, ha de tenerse en cuenta, el concepto de accidente de trabajo manejado por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Pues bien, el legislador define, por un lado, el concepto de accidente de trabajo y, por otro, recoge una serie de supuestos que tienen tal condición, incluida la presunción de laboralidad para, finalmente, excluir de su consideración otros casos<sup>27</sup>. En tal sentido la estructura del art. 115 LGSS parte de la definición del accidente de trabajo contenida en el número 1 (se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena), pero el sistema se cierra con las previsiones que se hacen en el resto del artículo. En concreto, el número 2 relaciona una serie de supuestos que legalmente integran accidentes de trabajo (*in itinere*; ejercicio de cargos electivos de carácter sindical; tareas profesionales distintas; actos de salvamento; y diversas enfermedades), formulados de forma positiva y considerados *ex lege* como accidente de trabajo, no como meras presunciones que admitan prueba en contrario; el número 3 establece una presunción legal de accidente laboral (se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo); el número 4 refiere los supuestos en los que pese a producirse en tiempo y lugar de trabajo tales eventos no tendrán la consideración de accidente de trabajo (fuerza mayor; dolo o imprudencia temeraria del trabajador); y finalmente el número cinco refiere dos circunstancias (imprudencia profesional; concurrencia de culpabilidad ajena) que no impedirán la calificación de un accidente como de trabajo<sup>28</sup>.

En este contenido legal, el concepto de accidente de trabajo pivota sobre la conocida relación de causalidad entre el trabajo y la lesión construida desde dos conexiones. Una, calificada por la jurisprudencia como estricta en la cual la lesión corporal sufrida por el trabajador es consecuencia del trabajo y otra más laxa en donde la actividad laboral no es directamente la causante de la lesión, sino que indirectamente ha contribuido a la consecuencia lesiva. Así se ha dicho por la jurisprudencia antes citada al señalar que respecto de la definición del accidente laboral, la doctrina científica destaca la exigencia general de relación de causalidad entre el trabajo y la lesión impuesta por la definición contenida en el número primero; bien de manera estricta (por consecuencia) o bien en forma más amplia o relajada (con ocasión), de manera que en este último caso ya no se exige que el trabajo sea la causa determinante del accidente, sino que es suficiente la existencia de una causalidad indirecta, quedando excluida del carácter laboral tan solo la ocasionalidad pura<sup>29</sup>. La diferencia queda más resaltada si se considera que en el primer supuesto (por consecuencia) se está en presencia de una verdadera causa, mientras que en el segundo caso (con ocasión), propiamente se describe una, más que una causa en sentido estricto.

Respecto de la ocasionalidad, la jurisprudencia, habla de un doble aspecto, esto es, un elemento negativo, que supone que el factor lesivo que provoca el accidente no se encuentra en la actividad laboral y otro positivo que exige que el trabajo es un medio

<sup>26</sup> STSJ de Cantabria, 11 de noviembre de 2016 (Rec 764/2016).

<sup>27</sup> STS 30 de marzo de 2015 (Rec. 642/2014).

<sup>28</sup> STS 27 de febrero de 2008 (Rec. 2716/2006).

<sup>29</sup> STS 30 de marzo de 2015 (Rec. 642/2014).

necesario para que se manifieste el factor lesivo<sup>30</sup>. Esta ocasionalidad “relevante” se caracteriza por una circunstancia negativa y otra positiva; la negativa es que los factores que producen el accidente no son inherentes o específicos del trabajo; y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida de trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquella<sup>31</sup>. Precisamente la calificación de accidente de trabajo en supuestos como el de suicidio en manera alguna distorsiona la doctrina establecida por la Tribunal Supremo en sentencia de 6 de marzo de 2007<sup>32</sup>, debiendo insistir en el referido aspecto positivo de necesaria vinculación con el trabajo o actividades normales de la vida laboral en “misión”, pues la llamada “ocasionalidad relevante” comporta siempre la exigencia de un factor de “ajenidad” en la producción del suceso lesivo.

La definición de accidente de trabajo contenida en el art. 115.1 LGSS está concebida en términos amplios y como presupuesto de carácter general, en el número 1 del precepto, debe ser entendida de conformidad con el resto del artículo y con otras normas que han venido a desbordar aquella concepción del accidente de trabajo<sup>33</sup>. La doctrina del Tribunal Supremo que ha interpretado y aplicado el art. 115 LGSS, en sus distintos apartados, es muy abundante, y aunque en todas las ocasiones ha resaltado la necesidad de que entre el trabajo y la lesión que sufra el trabajador sea apreciable un nexo de causalidad, afirmando en este sentido que no siempre el trabajo es la causa única y directa del accidente; pueden concurrir otras causas distintas, pero el nexo causal entre el trabajo y el accidente no debe estar ausente en ningún caso.

Los Tribunales consideran el suicidio como accidente de trabajo cuando resulte evidente es evidente, a la luz del relato fáctico, que existe una clara conexión o relación de causalidad relevante entre la acción suicida y el trabajo, esto es, que el trabajo o las circunstancias de desarrollo de la prestación de servicios laboral es lo que está en la base de la decisión de quitarse la vida<sup>34</sup>. Igualmente, lo realmente relevante es una clara conexión temporal de los problemas de índole laboral con el acto suicida, así como que no consten antecedentes psiquiátricos o patologías psíquicas previas que pudieran desvincular el fallecimiento con la problemática laboral. De esta forma, la decisión de quitarse la vida ha de estar vinculada de manera próxima y más que directa con el trabajo.

En definitiva, ha de cumplir cabalmente lo recogido en el actual artículo 156.1 de la LGSS. Ha de puntualizarse al respecto que la consideración del suicidio que tiene lugar fuera del lugar y del tiempo de trabajo, esto es, al margen de la presunción del artículo 156.3 LGSS<sup>35</sup>, se ha admitido judicialmente en función de los elementos fácticos que consten acreditados y, en concreto, cuando existe una relación de causalidad con el trabajo<sup>36</sup>. De cumplirse todo lo anterior se determinará la consiguiente declaración de las pensiones de viudedad y orfandad, pues el suicidio deriva de accidente de trabajo<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> SSTs 13 de octubre de 2020 (Rec. 2648/2018) y 20 de abril de 2021 (Rec. 4466/2018).

<sup>31</sup> STSJ de Cantabria, 27 de febrero de 2023 (Rec. 798/2022).

<sup>32</sup> STS 6 de marzo de 2007 (Rcud. 3415/05).

<sup>33</sup> SSTs 27 de enero de 2014 (Rcud. 3179/2012) y 9 de mayo de 2006 (Rcud. 2932/2004).

<sup>34</sup> STSJ de Cantabria, 27 de febrero de 2023 (Rec. 798/2022).

<sup>35</sup> STSJ de Cataluña, 11 de abril de 2014 (Rec. 972/2014).

<sup>36</sup> STSJ de Cataluña, 26 de octubre de 2015 (Rec. 4329/2015).

<sup>37</sup> STSJ de Cantabria, 27 de febrero de 2023 (Rec. 798/2022).

## 5. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA, DE 27 DE FEBRERO DE 2023

Si bien, no son muy numerosas las sentencias que han llegado a abordar esta materia, resultan de sumo interés habida cuenta de la importancia que presenta el suicidio como la consecuencia más trágica de la exposición a factores psicosociales de riesgo en el entorno de trabajo. La primera gran novedad que ofrece la sentencia de 27 de febrero de 2023 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria se encuentra en la actuación de la Inspección de Trabajo y se enfrenta a la pobreza normativa que regula el procedimiento de determinación de contingencia, anclado en el siglo pasado, y que choca frontalmente con la vigente Orden de 13 de febrero de 1967 al impedir la apertura de este en prestaciones sobre muerte y supervivencia<sup>38</sup>. Todo ello obliga a los afectados a acudir a la vía judicial, aun cuando exista un informe explícito de la Inspección de Trabajo que haya declarado la existencia de accidente de trabajo respecto del suicidio producido. La segunda novedad, es el análisis riguroso del eventual reconocimiento del suicidio como contingencia profesional, detallando los requisitos precisos para alcanzar la calificación profesional.

La tercera novedad está vinculada con el uso de la autopsia psicológica como medio de prueba complementario para afianzar la credibilidad de las razones que pudieran desvelar la etiología de la decisión adoptada. El medio de prueba, pionero en nuestro país, está afianzado en el ámbito de los estudios de criminología para indagar en la motivación del comportamiento suicida. El procedimiento *post mortem*, que emplea un método estandarizado de análisis científico certificado por la American Association of Suicidology, incorpora un cuestionario de preguntas a personas del entorno de la víctima que incluye una revisión sistemática y retrospectiva de toda la información disponible del fallecido y del fallecimiento. El objetivo es incrementar el conocimiento relativo a la modalidad de la muerte, causa y mecanismo<sup>39</sup>.

Pues bien, según relata la sentencia de referencia la contundencia de los elementos referentes a la causalidad no cede ante el hecho de que “la comunicación de la sanción empresarial de tres días de suspensión de empleo y sueldo se hubiera producido en un ambiente distendido, incluso con claras evidencias de alivio para el actor, circunstancia que consideramos, por otro lado, lógica, dada la magnitud de los hechos imputados<sup>40</sup>”. Este hecho carece de trascendencia porque la preocupación por las posibles consecuencias derivadas del ejercicio de una acción penal contra él, le acompañó hasta el día de su fallecimiento y esta preocupación no tiene otra causa que la puramente laboral.

Los datos referidos en la sentencia permiten considerar que la existencia de problemas conyugales no tiene la entidad necesaria para suponer una ruptura en el nexo causal con el trabajo. Sobre esta cuestión, destaca que la sentencia admite que se desconoce la causa u origen de la problemática familiar. Por ello, la Sala analiza el conjunto de elementos fácticos que constan a fin de delimitar adecuadamente el nexo de causalidad. De este modo, lo que se evidencia en las conversaciones mantenidas y unidas a las actuaciones, es que los problemas conyugales carecían de la entidad necesaria para poner fin a la relación entre los cónyuges, pues, de hecho, en una de las comunicaciones, el trabajador dice “la parte

<sup>38</sup> SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *Una nueva sentencia abre expectativas de defensa para el suicidio inducido por causas laborales*, 2023, <https://www.laboral-social.com/stsj-cantabria-27-febrero-2023-consideracion-suicidio-como-accidente-trabajo-prestaciones-viudedad-orfandad.html>

<sup>39</sup> Ídem.

<sup>40</sup> STSJ de Cantabria, 27 de febrero de 2023 (Rec. 798/2022).

buena es que tampoco quiere poner fin a la relación” (la sentencia da por reproducidas las conversaciones del trabajador con sus compañeros, jefes y amigos). De este modo, “no es posible entender que la problemática familiar tenga la entidad precisa para suponer una ruptura del nexo causal, siendo así que, incluso, no sería descartable considerar, atendiendo al conjunto de elementos fácticos descritos, que la referida problemática laboral estuviera interfiriendo en su vida familiar y, por ende, en su salud mental y no al contrario”<sup>41</sup>. Tampoco obstan a tal calificación, los datos relativos a la precaria salud del padre, pues, aunque hay referencias a su delicado estado, lo cierto es que son expresivas las manifestaciones que, al respecto, se transcriben de la reunión de marzo, en donde el trabajador manifiesta que está acabado pero que no se refiere a la situación de su padre.

## 6. CONCLUSIONES

Sin lugar a dudas el trabajo decente es bueno para la salud mental, pues los entornos laborales deficientes que, por ejemplo, dan cabida a la discriminación y la desigualdad, las cargas de trabajo excesivas, el control insuficiente del trabajo y la inseguridad laboral, representan un riesgo psicosocial. Aún queda mucho por hacer en la prevención del suicidio en el entorno laboral, aun cuando la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ya establece la obligación del empresario de garantizar la seguridad y la salud de los empleados en todos los aspectos relacionados con el trabajo, incluyendo el psicosocial, tradicionalmente el gran olvidado.

La última jurisprudencia en la materia abre nuevas expectativas respecto a la protección relativa a las prestaciones vinculadas al suicidio relacionado con el trabajo. De esta manera, considera la inexistencia de evaluación de riesgos psicosociales como factor de responsabilidad cuando se omite en situaciones de conflicto laboral, mostrando el primer precedente en que, anticipadamente, la Inspección de Trabajo declara la existencia de un suicidio como accidente laboral con propuesta de recargo de prestaciones; detalla los presupuestos para que un suicidio pueda considerarse accidente de trabajo, e introduce la autopsia psicológica como medio de prueba.

---

<sup>41</sup> Ídem.

# **TRABAJADORES AUTÓNOMOS Y JUBILACIÓN ACTIVA: LA LETRA PEQUEÑA DE UN TRATO PREFERENTE**

**MATTHIEU CHABANNES**

*Profesor e investigador (FPU) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid*

## **1. LA PROLONGACIÓN DE LA VIDA LABORAL COMO GARANTÍA PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SISTEMAS DE PENSIONES**

Los sistemas de Seguridad Social de todos los países de la Unión Europea (UE) se enfrentan, con mayor o menor intensidad, a las mismas realidades demográficas y socioeconómicas. El envejecimiento de la población, la transformación de los mercados de trabajo y la modificación de las estructuras familiares constituyen los principales desafíos a los que se enfrentan actualmente los sistemas de protección social en general, y de pensiones en particular.

La viabilidad financiera de los sistemas de pensiones y su incidencia en las finanzas públicas propició la intervención de la UE desde finales del siglo pasado a través de una sucesión de herramientas claves para de coordinación de políticas socioeconómicas (Método Abierto de Coordinación, Estrategia de Lisboa, Estrategia Europa 2020, Semestre europeo, el Pilar europeo de Derechos Sociales, los Fondos europeos *NextGenerationEU*). De todas ellas emanaron una infinidad de comunicaciones, estudios, informes, recomendaciones en los que se predica que, para garantizar unos sistemas de pensiones adecuados, asequibles y sostenibles, los Estados miembros deben evaluar de forma crítica en qué medida sus sistemas están preparados para afrontar el reto del envejecimiento demográfico. El *leitmotiv* de la UE es simple: vivir más y en su mayor parte con buena salud, implica permanecer activo durante más tiempo. Para ello la respuesta clave es que los sistemas de pensiones podrían favorecer el envejecimiento activo mediante la introducción de reglas que permitan la prolongación de la vida activa de las personas. Los esfuerzos por limitar las jubilaciones anticipadas a casos objetivamente justificados, ajustar las edades de jubilación, los periodos de cotización o las tasas de sustitución con el incremento de la esperanza de vida deben complementarse con estrategias nacionales de envejecimiento activo y regímenes flexibles de jubilación, incluida la posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo.

Ello lleva a repensar el modelo clásico de jubilación que parte de la regla general de la incompatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación<sup>1</sup>. Y ello porque la configuración inicial de la norma se construyó sobre un esquema tradicional que concebía los dos ciclos vitales (la vida activa y la vejez) como dos compartimentos estancos<sup>2</sup>. Las primeras normas que diseñaron nuestro Sistema de Seguridad Social asociaban el cumplimiento de la edad de 65 años con el deterioro y la imposibilidad física o psíquica para seguir trabajando, lo que justificaba la asignación de una pensión pública de vejez<sup>3</sup>.

Pues bien, siguiendo las orientaciones europeas, nuestro legislador viene adoptando desde hace años medidas para favorecer la prolongación de la vida activa y el incremento de la participación en el mercado de trabajo de los trabajadores de más edad con el fin de asegurar la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social<sup>4</sup>. Así, mediante el Real Decreto Ley 5/2013, de 15 de marzo<sup>5</sup>, se instauró una nueva figura, la jubilación activa que, con carácter general, permite compatibilizar la pensión de jubilación en la cuantía del 50% de la base reguladora con la actividad profesional. No obstante, el legislador ha decidido dar un trato preferente a los trabajadores autónomos<sup>6</sup>. En efecto, a raíz de la Disposición Final 5ª de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, se modifica el artículo 214 LGSS y pasa a establecer la compatibilidad de la realización de trabajos por cuenta propia con la percepción del 100% una pensión de jubilación contributiva siempre que el autónomo acredite tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena. Con ello se pretende favorecer el mantenimiento del empleo y que este no se destruya por el hecho de que el empleador se jubile. De hecho, las estadísticas demuestran como, en la práctica, el uso de esta figura es muy escaso y solamente está teniendo repercusión entre los trabajadores autónomos<sup>7</sup>.

No obstante, esta modificación normativa provocó dudas interpretativas y suscitó ciertas controversias en su aplicación a determinados colectivos de trabajadores autónomos encuadrados en el Régimen Especial (RETA). Todo ello dio lugar a un gran número de sentencias con pronunciamientos dispares entre los tribunales.

<sup>1</sup> El art. 156.2 de la Ley de Seguridad Social de 1966 establecía como principio general que “El disfrute de la pensión de vejez será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que reglamentariamente se determinen”.

<sup>2</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº Extra 74, 2008, pp. 49-134.

<sup>3</sup> Véase ARRIETA IDIAKEZ, F. J.: “Análisis crítico de los distintos regímenes de compatibilidad de la pensión de jubilación total con el trabajo del pensionista”, en VV. AA (Monereo Pérez, J.L. Pr.), *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*, VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación española de Salud y seguridad social, Murcia, Laborum, 2022, p. 651 y ss.

<sup>4</sup> MORENO ROMERO, F.: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*, Granada, Comares, 2016.

<sup>5</sup> Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores con mayor edad y promover el envejecimiento activo.

<sup>6</sup> Un trato especial que es incomprensido por TORTUERO PLAZA, J.L. que afirma que: “es imprescindible una reordenación completa del espacio de compatibilidad entre jubilación y trabajo, bien a favor o bien en contra. Lo que es inadmisibles es el “privilegio”, casi individual, prácticamente singularizados; así como los espacios de privilegio de ciertos colectivos frente a la compatibilidad plena de la jubilación y los ingresos del trabajo” en VV.AA. Vila Tierno F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Coords.): *El futuro de las pensiones en un contexto de reformas y cambios tecnológicos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2022, p.131.

<sup>7</sup> MALDONADO MOLINA, J.A.: “Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral” en VV.AA. Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019, pp. 548-549.

Bajo estas premisas, en el presente estudio nos proponemos, en primer lugar, dar cuenta de manera breve de la evolución del marco normativo de la jubilación activa con especial referencia a su aplicación en los trabajadores por cuenta propia. A continuación, pondremos el foco sobre algunos de los requisitos que conforman el eje central de la problemática de la jubilación activa, debido a que su interpretación ha sido la causa principal de controversias en la práctica y, por ende, objeto de estudio de numerosas sentencias y criterios de autoridades competentes del orden social.

## 2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA JUBILACIÓN ACTIVA

### 2.1. El RDL 5/2013, de 15 de marzo

El Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, conforma la principal evolución normativa de la jubilación activa, estableciendo un nuevo supuesto de compatibilidad entre la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, reducida al 50% de su importe y el desempeño de un trabajo por cuenta propia o ajena, a tiempo completo o parcial incorporándose la regulación al artículo 214 TRLGSS. Las finalidades de la norma se ponen de manifiesto en la Exposición de Motivos del citado RDL, al indicar que este nuevo supuesto de compatibilidad pretende favorecer la prolongación de la vida activa más allá de la edad ordinaria de jubilación; reforzar la sostenibilidad del Sistema de la Seguridad Social, desde el momento en que se satisface la pensión de jubilación en una cuantía equivalente al 50% de la ordinaria, y mantener la utilización de los conocimientos y experiencias de los trabajadores de más edad.

En cuanto a su régimen jurídico es preciso que tanto el pensionista como el empresario reúnan determinados requisitos que inicialmente eran los siguientes:

Por parte del trabajador, se exige acceder a la pensión de jubilación contributiva una vez cumplida la edad que resulte exigible al trabajador. No obstante, como veremos a continuación, en el requisito de la edad, se ha producido una modificación importante mediante la Ley 21/2021. En cualquier caso, a los efectos de determinar la edad, el art. 214.1.a) TRLGSS precisa que, no pueden tenerse en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran corresponder (por ejemplo, para trabajadores con discapacidad o por la realización de trabajos penosos o peligrosos). De esta manera la jubilación activa puede solicitarse justo al cumplir la edad ordinaria de jubilación o después de haberla cumplido, pero es incompatible con cualquier modalidad de jubilación anticipada. En este sentido, aunque la Seguridad Social mantuvo la posición contraria<sup>8</sup>, los tribunales han avalado que nada impide acceder a la jubilación activa por parte del trabajador que disfrutó previamente de la jubilación parcial anticipada si en el momento de la solicitud acredita cumplir los dos requisitos determinantes (edad ordinaria y pensión de jubilación reconocida equivalente al 100% a la base reguladora correspondiente) pues “no hay norma alguna en virtud de la cual en caso de jubilación parcial tras acreditar el requisito de edad exigido, no se pueda acceder a la jubilación activa una vez cumplida la edad exigida. El percibo de la pensión de jubilación parcial y la edad a la que se haya accedido a ésta no son datos decisivos e impositivos del reconocimiento de la pensión de jubilación ordinaria a los efectos de compatibilizarla con el trabajo, sólo lo son las circunstancias concurrentes en el momento de la solicitud de esta última” por

<sup>8</sup> Criterio Administrativo del INSS 2014/3, de 4 de marzo.

lo que si en dicho momento el solicitante de la pensión de jubilación activa acredita los requisitos exigidos por la norma tendrá derecho a ella<sup>9</sup>.

En segundo lugar, para acceder a la jubilación activa, el art. 214.1.b) TRLGSS exige que el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada debe alcanzar el 100%. Esta exigencia motiva que solo puedan acceder a esta modalidad de jubilación las personas que acrediten una muy larga carrera de cotización (37 años en 2027). Este requisito también ha sido objeto de ciertas controversias. En primer lugar, cabe plantearse si resulta aplicable, para alcanzar dicho porcentaje, el incremento por demora en la pensión de jubilación a que se refiere el art. 201.2, según el cual se reconocerá al interesado un porcentaje adicional por cada año cotizado entre la fecha que en se cumplió la edad ordinaria de jubilación y la del hecho causante de la pensión (“jubilación demorada o postergada”). La cuestión ha sido resuelta en sentido afirmativo por parte de los tribunales que han afirmado que la norma no excluye que puedan ser computados los porcentajes adicionales por demora en la jubilación<sup>10</sup>. En segundo lugar, se ha planteado la cuestión acerca de si el 100% de la pensión de jubilación se debe alcanzar únicamente a la edad ordinaria de jubilación o si puede ser alcanzado con posterioridad a ella. El Tribunal Supremo resolvió este dilema en su sentencia del 30 de mayo de 2017, en la que afirmó de manera categórica que “los términos del precepto son tan claros que no dejan lugar a dudas sobre la necesidad de haberse jubilado con una pensión equivalente al 100% de la base reguladora de la misma para poder compatibilizar el trabajo con la pensión reconocida”. Por lo tanto, descartó la posibilidad de alcanzar el 100% de la pensión con las cotizaciones realizadas en trabajos posteriores, ya que ello favorecería de manera discriminatoria a aquellos que cotizaron menos, lo que iría en contra del espíritu de la norma que busca mejorar la situación de aquellos que, acreditando el máximo período de cotización, deciden jubilarse y continuar trabajando<sup>11</sup>.

Además, para acceder a la jubilación activa, no solo se exigen ciertas condiciones al pensionista, sino que también la norma imponía ciertos requisitos a las empresas. Así, la primera versión del régimen jurídico vinculaba la jubilación activa con un mantenimiento del nivel de empleo por parte de éstas puesto que, el art. 214.6 TRLGSS exigía a las empresas en las que se compatibilice el trabajo y la pensión de jubilación, que no hayan adoptado decisiones extintivas improcedentes en los seis meses anteriores. Sin embargo, la norma no impedía la jubilación activa en casos donde se hubieran producido extinciones por motivos justificados y legales, como los contemplados en los artículos 51 y 52 del ET. Lo mismo ocurría con los despidos disciplinarios que hayan sido declarados como procedentes. Estas exigencias se fundamentan en el beneficio que obtiene la empresa en estos casos, ya que la cotización por parte del pensionista es menor que la de un trabajador que desempeña un trabajo similar y percibe el mismo salario, tratando de evitar así un efecto general de sustitución en las empresas<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> STSJ Asturias núm. 851/2017, de 30 marzo y STSJ de Madrid núm. 358/2020, de 8 de mayo.

<sup>10</sup> SSTSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2015, rec. 407/2015; SSTSJ de Asturias de 27 de marzo de 2015, rec. 510/2015 y 14 de septiembre de 2015, rec. 407/2015.

<sup>11</sup> STS núm. 449/2017, de 30 de mayo (rec. 2268/2015) y STS núm. 48/2018, de 24 de enero (rec. 389/2016). Véase CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Requisitos de Acceso a la Pensión de Jubilación Activa. Comentario a la STS, Social, de 30 de mayo de 2017, rcud. 2268/2015”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*. Núm. 13, 2017, pp. 177-191.

<sup>12</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2020, p. 170.

## 2.2. La Ley 6/2017, de 24 de octubre

El punto de inflexión de la jubilación activa para los trabajadores autónomos viene de la mano de la Ley 6/2017, de 27 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, cuyo preámbulo viene a reconocer que *“el trabajo autónomo tiene en España un destacado protagonismo al servicio de la generación de riqueza y de la actividad productiva y posee un importante peso específico en el mercado de trabajo, y si bien durante los años de crisis experimentó un significativo descenso, ha demostrado una importante capacidad de recuperación y un enorme potencial en cuanto a generación de empleo”*. Y, añade, *“por ese motivo, a lo largo de los últimos años se ha articulado una serie de medidas a su favor que han permitido estimular el aumento de los flujos de entrada en el mercado de trabajo de los autónomos y que también han incidido en mejorar las posibilidades de supervivencia de la actividad emprendedora y su fortalecimiento”*.

Así, advierte la ley de los inconvenientes de ser trabajador autónomo para dar respaldo a la necesidad de avanzar con las medidas de apoyo. A través de esta reforma se vinieron a modificar los apartados 2 y 5 del art. 214 TRLGSS. En relación con el contenido del apartado dos, el primero de los apartados se establecía que: *“La cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por ciento del importe (...). No obstante, si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento. La pensión se revalorizará en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social. No obstante, en tanto se mantenga el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por ciento, excepto en el supuesto de realización de trabajos por cuenta propia en los términos señalados en el párrafo anterior”*. Por otro lado, en relación con el tenor literal del apartado 5, éste quedaba redactado en los siguientes términos: *“Finalizada la relación laboral por cuenta ajena, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación. Igual restablecimiento se producirá en el caso de cese en la actividad por cuenta propia cuando no se dieran las circunstancias señaladas en el párrafo segundo del apartado 2”*.

Según lo expuesto, parece clara la voluntad del legislador, esta es, abrir paso a la posibilidad de que se perciba el 50 por ciento de la prestación de jubilación bajo la modalidad de la jubilación activa de modo perfectamente compatible. Todo ello, se va más allá pues también se permite la posibilidad de cobrar el 100 por ciento del importe de la pensión de jubilación, si y solo sí, puede demostrar que se trata de un trabajador autónomo que tiene contratado a un trabajador por cuenta ajena. Como veremos seguidamente, dicho requisito ha supuesto una ardua discusión en la doctrina jurisprudencial de suplicación y casación sobre la determinación de las condiciones en las que se puede acceder al percibo del cien por ciento de la pensión de jubilación.

Por último, debemos hacer referencia a la Disposición final sexta bis “Ampliación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena”, añadida por la disposición final quinta, apartado dos, de la Ley 6/2017, que contiene la previsión de potenciar la compatibilidad total entre trabajo y jubilación “al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena”. No obstante, a día de hoy, esta posibilidad no se ha cristalizado. Parte de la doctrina explica este retraso a la resistencia de

los interlocutores sociales bastante reacios a la idea de “ampliar el terreno en que juega la jubilación activa plena o total”<sup>13</sup>.

### 2.3. La Ley 11/2020, de 30 de diciembre

Siguiendo con la sucesión de normas estatales, se debe resaltar la modificación que se introdujo en el año 2020, en los Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, de aplicación a la cuantía de los autónomos que cotizan acogidos a la modalidad de jubilación activa. Dicha modificación incide en el art. 309 del TRLGSS, en el que se desarrolla el sistema de cotización de la mencionada modalidad de jubilación. Debido a que la jubilación activa compagina los conceptos de “pensionista” y “trabajador” en una única figura, su modelo de cotización presenta especialidades respecto a las bases de cotización del RETA. De este modo, durante la realización del trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, compatible con la pensión de jubilación, los empresarios y los trabajadores cotizarán a la Seguridad Social únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, según la normativa reguladora del régimen del sistema de la Seguridad Social correspondiente, si bien quedarán sujetos a una cotización especial de solidaridad del 9% sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable para las prestaciones, que en los regímenes de trabajadores por cuenta ajena se distribuirá entre empresario y trabajador, corriendo a cargo del empresario el 7% y del trabajador el 2%. Por tanto, dicha cotización de solidaridad no sirve para mejorar la cuantía de la pensión de jubilación pues recordemos que el objetivo de la jubilación activa no es añadir años de cotización para aumentar la cuantía de la pensión, sino ofrecer un mantenimiento en el empleo mientras se cobra parte de la pensión para contribuir a la sostenibilidad del sistema de pensiones y aprovechar los conocimientos y experiencia de los trabajadores mayores.

### 2.4. La Ley 21/2021, de 28 de diciembre

Finalmente, la reforma más reciente del marco normativo de la jubilación activa se ha efectuado con ocasión de la publicación 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. Como es sabido, en el artículo 1.9 de la mencionada Ley 21/2021, se modifica, entre otros artículos del TRLGSS, su artículo 214, modificación que pretende favorecer la sostenibilidad del sistema de pensiones en el medio y largo plazo. De esta forma, las novedades incorporadas sin duda, relevantes y, en cierto modo, restringen las posibilidades de acogerse a la modalidad de jubilación activa. Así, el eje vertebrador de la reforma se puede clasificar en tres incorporaciones, aunque matizadas en la LGSS e inspiradas en un principio conservacionista del propio sistema de protección del sistema de la Seguridad Social.

La primera novedad incorporada con la reforma de la Ley 21/2021 añade una condición más para poder percibir la prestación de jubilación activa, requiriendo el transcurso de al menos un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Esta exigencia modifica el tenor literal de la LGSS modificando el apartado a) del artículo 214 LGSS con las siguientes líneas: “el acceso a la pensión deberá haber tenido lugar

<sup>13</sup> CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: “La jubilación activa y la mejora en el régimen de su compatibilidad con el trabajo”, en VV. AA (Monereo Pérez, J.L. Pr.), *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*, VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación española de Salud y seguridad social, Murcia, Laborum, 2022, p. 608.

al menos un año después de haber cumplido la edad en la que en cada caso resulte de aplicación” endureciendo la normativa anterior que permitía el acceso inmediato al disfrute de la prestación “una vez cumplida la compatibilidad cuando se accediera a la pensión” y, por tanto, el INSS deberá tomar en consideración el cumplimiento de dicho requisito para poder otorgar la prestación de jubilación activa a aquellos que la soliciten<sup>14</sup>. Esto significa que, para aquellos trabajadores que hayan cotizado menos de 38 años y 6 meses, este retraso de un año podría significar que no podrán acceder a la jubilación activa hasta los 68 años. Parte de la doctrina ve este nuevo requisito temporal un claro desincentivo a su uso<sup>15</sup>.

La segunda novedad de la reforma de la Ley 21/2021 conlleva la eliminación del apartado 6 en el que se imponían obligaciones a las empresas en las que prestaba servicios las personas jubiladas acogidas a la jubilación activa. De esta forma, el apartado 6 exigía dos obligaciones, por un lado, establecía a la empresa la prohibición de tramitar despidos improcedentes en los seis meses anteriores al inicio de la jubilación activa, de trabajadores que hubieran prestado servicios en el mismo grupo profesional de la persona jubilada activamente y, por otro, la obligación de conservar el mismo nivel de empleo existente antes de la incorporación de la persona jubilada activamente.

Respecto al cálculo de la cuantía de la pensión, la reforma de la Ley 21/2021 no altera las reglas sobre el cálculo de cuantía de la pensión. Asimismo, se mantienen los dos criterios redactados en el artículo 214 LGSS, siendo la regla general el importe del 50 por ciento de la pensión de jubilación que en cada caso resulte del reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el completado por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista. La regla es en apariencia poco compleja, puesto que, una vez cumplida la edad de jubilación, el trabajador podrá solicitar la pensión de jubilación ante el INSS, aunque no pueda compatibilizarlo con su vida laboral activa hasta que no transcurra al menos un año desde la misma. Como regla excepcional, se abonará el 100 por ciento de pensión de la que se percibe conforme a la regla anteriormente expuesta, es decir, la calculada en base al momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo con el mismo máximo y mismas exclusiones.

En último lugar, se ha establecido una nueva incompatibilidad mediante la Ley 21/2021 que afecta al acceso a la jubilación activa y al porcentaje adicional previsto en el artículo 210.2 de la LGSS para aquellos que retrasen su jubilación al menos un año. Anteriormente, este incentivo no era aplicable en los casos de jubilación parcial o flexible, y ahora se ha añadido una tercera excepción. Para aclarar las dudas generadas por esta nueva incompatibilidad, el INSS emitió el Criterio de Gestión 7/2022, de 2 de febrero, donde se establece que los pensionistas que causaron su jubilación antes del 1 de enero de 2022, y que tienen derecho al complemento por demora previsto en el artículo 210.2 LGSS en su versión anterior a la Ley 21/2021, podrán compatibilizarlo con la jubilación activa según lo dispuesto en el artículo 214 LGSS. Por tanto, los trabajadores que decidan continuar trabajando después de la edad ordinaria de jubilación tendrán que elegir entre dos alternativas incompatibles: retirarse completamente y percibir el complemento por

<sup>14</sup> Solo resulta aplicable a las pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2022. Criterio de gestión 8/2022, de 8 de febrero, de la Subdirección General de ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

<sup>15</sup> CANO GALÁN, Y.: “La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº3, 2022.

retrasar la jubilación, o bien jubilarse activamente y combinar trabajo y pensión, lo cual no será compatible con el complemento por demora.

### 3. LA JUBILACIÓN ACTIVA DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS: LA LETRA PEQUEÑA DE UN TRATO PREFERENTE

Es preciso recordar que, en el TRLGSS, en su artículo 214.2 se establece que, si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado al menos a un trabajador, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por 100. Ello ha planteado dudas interpretativas acerca de quienes sean los trabajadores autónomos que puedan acogerse a dicho trato preferente, y también con relación a la contratación de trabajadores que pueden dar lugar al derecho a percibir la pensión íntegra.

#### 3.1. La necesidad de celebrar contratos vinculados a la actividad económica del trabajador autónomo

Una de las primeras dudas interpretativas que planteó el precepto se refería a los tipos de contratos que podía celebrar el trabajador autónomo, y este no era un tema que careciera de relevancia jurídica, ya que, como ha tenido la ocasión de señalar la doctrina científica, “las dudas interpretativas surgieron rápidamente, en particular en lo que se refiere a la contratación por cuenta ajena que el trabajador jubilado que realiza una actividad por cuenta propia debe acreditar para acceder al 100% de su pensión”<sup>16</sup>.

Pues bien, varios Tribunales Superiores de Justicia Tribunal Superior de Justicia<sup>17</sup>, indicaron que no procede la jubilación activa de un trabajador que realiza la contratación de trabajadores al servicio del hogar familiar. En la sentencia del TSJ de Madrid, por ejemplo, se presenta el caso de un trabajador autónomo que realiza una actividad empresarial basada en otorgar servicios jurídicos a clientes. La trabajadora autónoma, siguiendo lo establecido en la normativa de la Seguridad Social, solicita ante el INSS la jubilación activa plena, puesto que aparentemente cumple con los requisitos que la ley exige. De esta forma, el INSS consideró acorde a derecho concederle a la trabajadora autónoma en cuestión el cobro de la totalidad de la pensión de jubilación activa.

Inicialmente, el Criterio de Gestión 26/2017 de 21 de noviembre sugirió que se podría cumplir el requisito de tener contratado a un trabajador por cuenta ajena presentando un contrato de trabajo como empleador que incluyera al trabajador en el Sistema Especial de Empleados del hogar, incluso permitiendo la contratación a tiempo parcial. Es decir, se seguía un criterio de interpretación del art. 214 TRLGSS que admitía todo tipo de contrataciones, sin especificar sobre la necesidad de que coincidan o no en materia tanto la actividad laboral desempeñada por el trabajador autónomo como la actividad realizada por el trabajador contratado por cuenta ajena. Por tanto, siguiendo este criterio de interpretación, se entiende que es acorde a derecho otorgar el importe íntegro de la pensión de jubilación activa si el autónomo acredita tener contratado a un empleado de Hogar. Sin embargo, posteriormente, la DGOSS cambió su criterio a través de una consulta el 26 de julio de 2018, y se estableció que, para cumplir con este requisito, era necesario que el trabajador fuera contratado en el ámbito de actividad del autónomo,

<sup>16</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y GARCÍA PERROTE-ESCAERTÍN, I.: “Jubilación activa y trabajadores autónomos: un camino sembrado de interrogantes”, *Revista de Información Laboral*, nº11, 2018, p. 2.

<sup>17</sup> STSJ de Aragón, núm. 29/2020, de 22 de enero de 2020, Rec. 683/2019; STSJ de Cantabria, núm 411/2020, de 29 de mayo de 2020, Rec. 255/2020; STSJ de Madrid núm. 702/2021, de 22 de julio de 2021, Rec. 329/2021.

revocando el criterio anterior que permitía acreditar el requisito contratando a alguien afiliado al Sistema de Empleados del Hogar<sup>18</sup>. Asimismo, en él se establece lo siguiente: “Únicamente se entenderá cumplido este requisito, si el trabajador autónomo acredita la formalización, como empleador, de un contrato de trabajo para el desempeño de un puesto de trabajo relacionado con la actividad por la que haya dado lugar a su alta en el sistema de Seguridad Social como trabajador autónomo”. De este fragmento, se extrae que el trabajador autónomo no es sujeto de derecho de percibir el 100 por ciento de la pensión si contrata a un trabajador por cuenta ajena que no se dedique a la misma actividad económica en la que esté inscrito en RETA. Y este último criterio es el aplicable al caso, ya que surte efectos desde el 15 de julio de 2018 y para todas las solicitudes posteriores a esa fecha, sin posibilidad de revisión de anteriores solicitudes de reconocimiento de compatibilidad. Así, se establece en la sentencia del TSJ de Madrid que “la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará el 100% únicamente cuando (...) acredite la formalización como empleador de un contrato de trabajo para el desempeño de un puesto de trabajo relacionado con la actividad que dé lugar a su inclusión Régimen Especial”.

### 3.2. Sólo trabajadores autónomos como personas físicas

Una segunda duda interpretativa que suscitaba el precepto y que ha resultado mucho más polémico que los demás, se refería a la condición que debe tener el trabajador autónomo. La jurisprudencia delimita este requisito, añadiendo que debe ser el trabajador autónomo quien contrate, asumiendo única y personalmente todas las responsabilidades económicas y laborales que ello conlleva. De las sentencias del Tribunal Supremo se abstrae que no es adecuado a derecho otorgar la pensión de jubilación íntegra a un autónomo que forme parte en una comunidad de bienes o que sea uno de los calificados “autónomos societarios”, como más adelante se explicará. Esta doctrina ha sido acreditada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en la STS 119/2022, de 8 de febrero, y en la STS 120/2022, de 8 de febrero.

Pues bien, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal 119/2022 de 8 de febrero resuelve la controversia que se crea en la solicitud de la demandada ante el INSS de percibir la pensión de jubilación activa en su totalidad. De este modo, el tribunal muestra si la demandada tiene derecho a percibir el 100 por ciento de la pensión o si, únicamente, tiene el derecho a percibir el 50 por ciento del importe, tal y como ha apoyado en todo momento el INSS. La demandada en cuestión es una trabajadora autónoma, dada de alta en el RETA que forma parte de una comunidad de bienes. La comunidad en cuestión ha contratado a trabajadores por cuenta ajena y, es por ello, que la trabajadora reclama la prestación de jubilación activa plena.

En cuanto a los antecedentes de hecho de la mencionada sentencia, que se resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina, la STS 120/2022, de 8 de febrero, éstos se basan en un trabajador que solicita ante el INSS la jubilación activa plena, dado que tan sólo le había sido concedido el 50 por ciento del importe. El trabajador forma parte de una comunidad de bienes para desarrollar su actividad empresarial por cuenta propia. Tal y como se puede observar, los hechos son muy parecidos a los de la STS 119/2022, de 8 de febrero.

<sup>18</sup> Criterio de gestión 18/2018, de 26 de julio de 2018 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

Sin duda, las dos sentencias resuelven sobre conflictos jurídicos que, contienen una problemática de indudable complejidad, puesto que, siguiendo el tenor literal de la ley, y sin indagar en profundidad sobre el asunto, se podría concluir que la trabajadora sí es sujeta del derecho a cobrar la totalidad de la prestación de jubilación activa, puesto que cumple con el requisito establecido en la ley de tener contratado a un trabajador. No obstante, la cuestión radica en si es ella real y personalmente quien contrata a los trabajadores por cuenta ajena, y si es ella la única persona en la que recae toda responsabilidad de contratación. También, se debe plantear la cuestión de si se respeta la intención que el legislador pretende conseguir con la modalidad de jubilación activa, que, como ya se ha expuesto previamente, esta es la protección del empleo de los empleados del trabajador autónomo que, indefectiblemente, vería sus contratos de trabajo extinguidos, de manera simultánea a la jubilación del trabajador autónomo.

Teniendo en cuenta lo descrito, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia 119/2022 de 8 de febrero, entendió que “la titularidad del centro de empleo lo ostenta una comunidad de bienes de la que forma parte la trabajadora jubilada, no siendo una entidad con personalidad jurídica propia e independiente de sus propietarios quienes responden directamente de las obligaciones contraídas por la comunidad”. Así, argumenta la Sala Cuarta que, en el presente caso, no se limita la responsabilidad económica y laboral al patrimonio personal de la trabajadora, sino que alcanza a las personas físicas de los comuneros.

Añade el Tribunal de la STS 119/2022 de 8 de febrero que, de admitirse la tesis de la sentencia recurrida, “podría suceder que se jubilen varios comuneros simultáneamente y la comunidad de bienes tenga contratado un único trabajador, lo que supondría reconocerles a todos ellos sus respectivas pensiones con compatibilidad plena, las cuales traerían causa de un único contrato de trabajo suscrito por una persona distinta, la comunidad de bienes, lo que iría en contra del tenor literal de la norma”.

Volviendo a la segunda sentencia antes citada, la STS 120/2022 de 8 de febrero, es concretamente en su Fundamento de Derecho número 4 donde se establecen las consecuencias jurídicas que implica pertenecer a una comunidad de bienes a efectos de ser pensionista y cobrar prestación por jubilación activa. De esta forma, se conceptualiza a los autónomos “societarios” y “clásico”, siendo este el argumento con mayor peso para la inadmisión de la sentencia recurrida. Asimismo, expone la citada sentencia que, “si bien es la comunidad de bienes quien actúa como empleadora, en realidad, el régimen de responsabilidad patrimonial aplicable hace que quien realmente asuma la condición de empresario sea cada uno de los comuneros que la integran.” Añade el tribunal que, “el tema de la responsabilidad de los comuneros es ajeno a la cuestión suscitada, pues aquí se trata de tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena. Quien ha contratado es la comunidad de bienes, al margen de la responsabilidad de sus socios”.

De este fragmento se abstrae la misma conclusión de la STS 119/2022, de 8 de febrero, y es que la jurisprudencia delimita el vacío legal que extravía el legislador, interpretando que quien debe tener contratado a un trabajador por cuenta ajena, de forma completa y exhaustiva, es el trabajador autónomo requirente de percibir la pensión de jubilación activa. Por ende, si este es partícipe de una comunidad de bienes, y es esta la que contrata al trabajador en la actividad económica que desempeñe, no cumple con los requisitos formales y no tendrá derecho a percibir el 100 por ciento de la pensión.

Por tanto, se puede concluir, que la jurisprudencia delimita los requisitos que marca la ley, colmando los vacíos legales que en ella se observan. El Tribunal Supremo dicta lo expuesto siguiendo la lógica jurídica, evitando el enriquecimiento injusto por parte de los pensionistas. No obstante, ello no contradice lo establecido en el preámbulo de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, en el que narra uno de los fines de los legisladores: seguir avanzando en el desarrollo de nuevas medidas de apoyo a todo lo que significa la actividad emprendedora.

Una vez explicado la *ratio legis* que explica las razones por las que no es legalmente correcto otorgar la pensión de jubilación activa en su totalidad o modalidad plena, al formar parte de una comunidad de bienes, la STS 120/2022 de 8 de febrero focaliza la atención en la doctrina del autónomo “societario” y el autónomo “clásico”. Asimismo, basándose en el requisito de realizar una actividad por cuenta propia para poder compatibilizar la pensión de jubilación activa plena, y atendiendo al campo de aplicación del RETA y a lo dispuesto en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA), el tribunal a continuación clasifica a los autónomos en dos tipos.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo en STS 120/2022 de 8 de febrero diferencia entre el autónomo societario y el que ejerce su actividad como persona física, siendo este último el “autónomo clásico”. Esta distinción la encontramos en una primera aproximación en el preámbulo de la Ley 20/2007, en la que se dicta que se podría denominar “autónomo clásico al titular de un establecimiento comercial, agricultor y profesionales diversos”, los cuales se diferencian de “otras figuras heterogéneas” entre las cuales cita a “socios trabajadores de cooperativas, sociedades laborales o administradores de sociedades mercantiles que poseen control efectivo sobre las mismas”. Claramente, esta diferencia recae en la responsabilidad patrimonial de cada uno, puesto que varía en gran medida. De esta manera, los autónomos denominados “clásico” responden de sus deudas, incluidas las salariales con los trabajadores contratados y las cotizaciones a la Seguridad Social, con todos sus bienes presentes y futuros, tal y como establece el art. 1911 del Código Civil, asumiendo personalmente el riesgo y ventura de la actividad empresarial.

En este sentido, en dos de los apartados de la STS 120/2022, de 8 de febrero, se muestra claramente la razón de ser de la jubilación activa. Así pues, por un lado, incorpora la sentencia un pasaje en el que se afirma que, “La prolongación de la vida activa supone asumir un riesgo empresarial personal que justifica que, si tiene contratado al menos a un trabajador, disfrute de una compatibilidad plena de la pensión de jubilación y de sus ingresos como autónomo”. De este fragmento se abstrae que el trabajador jubilado activamente mantiene sus obligaciones como empleador, evitando el fin de una relación laboral de la cual quedaría perjudicado el trabajador contratado por cuenta ajena. Asimismo, en el Fundamento de Derecho número cuatro de la citada sentencia, se dicta que el fin u objeto de la reforma de la Ley 6/2017 consiste en “favorecer la conservación del nivel de empleo”, es decir, “que no se destruya empleo por el mero hecho de jubilarse el empleador”. De este modo, explica la sentencia que se debe distinguir dos supuestos con consecuencias económicas y laborales muy distintas. Por un lado, la jubilación del autónomo clásico provoca la extinción de contratos de sus trabajadores con una indemnización de un mes de salario, tal y como establece nuestro marco normativo laboral en el art. 49.1.g del ET. Con esta medida es clara la situación de vulnerabilidad que recae en el trabajador contratado por cuenta ajena. Es precisamente por esta razón por la que el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social formula la modalidad de jubilación activa. Por otro lado, en cuanto a

la jubilación de un autónomo “societario”, dicta la sentencia que, debido a su trato como persona jurídica, la “extinción de su personalidad jurídica es ajena a la jubilación de sus consejeros y administradores sociales, articulándose mediante un despido colectivo con la indemnización extintiva del art. 53.1.b) del ET”. Es obvia la diferencia que repercute en el trabajador contratado por cuenta ajena por el autónomo, ya que en este caso no se encuentra en una situación tan vulnerable como en el supuesto de jubilación del autónomo “clásico”. El trabajador en cuestión cobraría una indemnización mayor en caso de despido, aunque en este supuesto el despido no es la única salida existente para el trabajador contratado por cuenta ajena, debido a que se mantienen las relaciones laborales de los socios o de los demás componentes de la comunidad de bienes.

### 3.3. La compatibilidad de la jubilación activa con la incapacidad temporal

Una de las cuestiones derivadas del reconocimiento de la jubilación activa ha sido la necesidad de prever, dado que el trabajador continua en el pleno ejercicio de su actividad profesional es qué respuesta ha de tener prevista el orden jurídico ante la hipótesis de que alguna de las contingencias cubiertas por el sistema de la seguridad social se actualice durante el periodo de jubilación activa y, por ende, el trabajador autónomo, ya jubilado, inste la solicitud de la correspondiente prestación, en concreto, se inste la solicitud de una prestación de incapacidad temporal.

En respuesta a esta cuestión, se argumenta, en síntesis, que ni la LGSS ni el art. 4 del Real Decreto Ley 5/2013, (derogado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, pero cuyo texto recoge el art. 309 de esta norma) exigen “nada respecto de iniciar el cómputo carencial mínimo, para acceder a la prestación de incapacidad temporal una vez accedido a la jubilación activa”, “ni ninguna restricción por compatibilizar el cobro de prestaciones de incapacidad temporal con la jubilación activa”.

Por consiguiente, la cuestión sometida a estudio se limita a determinar si el trabajador demandante tiene derecho, o no, al percibo de un subsidio por incapacidad temporal que solicitó tras haber accedido a la denominada jubilación activa.

A juicio del Juzgado de instancia, se ha interpretado que, para tener derecho al subsidio por incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, el beneficiario de la prestación de jubilación activa debe acreditar una cotización mínima de ciento ochenta días, a computar partir de la fecha en que haya comenzado a cobrar la pensión de jubilación, tesis a la que se sumó el letrado de la Administración de la Seguridad Social.

En relación con el supuesto de hecho que sirve de soporte para ello es el siguiente: el trabajador jubilado se dio de alta en el RETA el 1 de noviembre de 1991, permaneciendo encuadrado en el mismo, sin solución de continuidad, hasta la actualidad, pese a haber solicitado y obtenido una pensión de jubilación, con fecha 1 de octubre de 2016, que compatibiliza con el trabajo por cuenta propia que venía desempeñando desde su alta en el citado régimen especial de la Seguridad Social. En fecha 23 de enero de 2017 causó baja médica a consecuencia de una enfermedad común, iniciando un proceso de incapacidad temporal que se extendió hasta el 20 de marzo del mismo año.

A juicio de la doctrina de los tribunales, el trabajador dado de alta en el RETA tiene derecho al subsidio por incapacidad temporal en los términos y condiciones establecidos para el Régimen General siempre que, además, cumpla el requisito de estar al corriente en el pago de las cotizaciones (arts. 314 y 321 LGSS).

Como es sabido, para tener derecho a dicho subsidio, en caso de enfermedad común, se requiere estar dado de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social o en situación asimilada, y acreditar un período mínimo de cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante (art. 172 LGSS). Así las cosas, resulta evidente, por tanto, que el recurrente cumplía el período de carencia para tener derecho al subsidio de incapacidad temporal, sin que dicho precepto ni el que regula la jubilación activa excluyan del cómputo las cotizaciones efectuadas al RETA antes de que al actor se le reconociese la pensión de jubilación activa, o que el periodo de carencia deba cumplirse a partir de la fecha en que se le reconoce los efectos económicos de dicha pensión<sup>19</sup>.

No existe, como ha manifestado con reiteración la doctrina jurisprudencial (por todas, sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 10 de febrero de 1998, rcud. 3131/1997, y así se reitera en esta sentencia de suplicación de la Comunidad Valenciana, un supuesto de IT posterior a una Incapacidad Permanente Total), ninguna norma que impida que las cotizaciones computadas para lucrar una pensión no puedan ser, de nuevo, utilizadas para reunir la carencia necesaria en un ulterior proceso de incapacidad temporal, o que únicamente permita tomar en consideración las cotizaciones posteriores al reconocimiento de una prestación.

De este modo, cuando el legislador quiere que así sea, esto es, que establezca la imposibilidad de periodos de cotización que no puede reiterar su uso, lo establece expresamente. Aquí no consta una limitación de acceso de esas características. Por ello, en relación a la ausencia de una norma que ampare la interpretación defendida por la entidad gestora demandada y acogida por la magistrada de instancia, lo más razonable, como así interpreta la doctrina judicial sentada en esta sentencia dictada en suplicación, es que la cotización para proteger la incapacidad temporal era voluntaria en el RETA, a diferencia del resto de prestaciones (excepto la de desempleo y las derivadas de contingencias profesionales).

Es a partir del 1 de enero de 2008 cuando dicha cobertura se hace obligatoria, salvo para aquellos trabajadores autónomos que se encuentren en situación de pluriactividad o que estén encuadrados en el RETA (disp. adic. 3a LETA). “Es más, el artículo 309 LGSS que lleva por título: “Cotización en supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo por cuenta propia”, establece que “Durante la realización de un trabajo por cuenta propia compatible con la pensión de jubilación, en los términos establecidos en el artículo 214, los trabajadores cotizarán a este régimen especial únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, conforme a lo previsto en este capítulo, si bien quedarán sujetos a una cotización especial de solidaridad del 8 por ciento sobre la base por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones”. Una regla similar se encuentra en el art. 311 de LGSS. Este sistema de cobertura de los riesgos sociales demuestra que las cuotas abonadas por los trabajadores dados de alta en el RETA para la protección de la incapacidad temporal no se destinan a la cobertura de otras prestaciones y, en consecuencia, sólo dichas cuotas son las que habrían de tomarse en consideración para reconocer el derecho al subsidio de incapacidad temporal discutido.

<sup>19</sup> STSJ Comunidad Valenciana núm. 1231 de 23 de abril de 2019 (Rec. 698/2018).

En conclusión, durante el periodo de jubilación activa, si se actualiza el riesgo de una prestación de incapacidad temporal, al trabajador autónomo le basta acreditar las condiciones de acceso establecidas con carácter general para poder acceder a la misma.

#### 4. CONCLUSIONES

La introducción de la figura de la jubilación activa en nuestro sistema de Seguridad Social responde a la necesidad de promover la prolongación de la vida laboral de los trabajadores en aras a garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones. Refleja la convergencia de intereses de prolongar la vida activa de trabajadores por cuenta ajena como propia, lo que a su vez reduce el gasto en pensiones. Además, como política de empleo, favorece el mantenimiento del empleo de aquellos trabajadores que sufrirían las consecuencias de una extinción prematura de sus contratos de trabajo por la jubilación de su empleador.

Por este motivo, el legislador ha querido dar un trato preferente a los trabajadores autónomos. Así, el régimen de jubilación activa resulta muy beneficioso para los trabajadores autónomos, quienes debido a las particularidades de su trabajo y a la frecuente baja cuantía de sus pensiones, son los que más acuden a esta figura<sup>20</sup>. En 2021, un total de 57.317 pensionistas del RETA se acogieron a este régimen, mientras que sólo 10.152 lo hicieron en otros regímenes. Sin embargo, a fecha 31 de agosto de 2021, sólo el 28% (16.778) de los trabajadores autónomos que se encontraban en situación de jubilación activa estaban trabajando y recibiendo el importe completo de su pensión<sup>21</sup>.

Sea como fuere, durante los cinco años en los que ha estado vigente, la jubilación activa de los trabajadores autónomos ha sido objeto de muchas controversias y debates judiciales en diversos aspectos como por ejemplo la posible inclusión de los autónomos societarios y miembros de comunidad de bienes. El ordenamiento jurídico actual no ha previsto exhaustivamente toda la problemática relacionada con la determinación de los trabajadores autónomos que son elegibles para acceder a la jubilación activa. Debido a esto, ha habido numerosos fallos judiciales contradictorios entre los TSJ, lo que ha obligado a nuestro Tribunal Supremo a pronunciarse para la unificación de doctrina. En general, estos criterios han sido restrictivos, exigiendo que sólo los trabajadores autónomos personas físicas que mantienen o contratan a un trabajador por cuenta ajena pueden acceder a la jubilación activa, excluyendo a los llamados autónomos societarios y miembros de comunidad de bienes ya que se trata de una excepción que mejora la regla general sólo en ciertas circunstancias.

En cualquier caso, quizás resulte necesario afrontar la extensión y clarificación del régimen jurídico que promueve el envejecimiento activo en general, para adaptarlos a las particularidades que presenta su aplicación para los trabajadores autónomos a fin de reducir la inseguridad jurídica acerca de los colectivos que pueden acogerse a la jubilación activa.

<sup>20</sup> Así según las estadísticas que facilita la Seguridad Social en relación con la pensión media en los diferentes regímenes del Sistema, a 31 de diciembre de 2022, mientras que la media media del RGSS se sitúa en 1.408,28 euros, la pensión media en el RETA solamente alcanza los 839,61 euros.

<sup>21</sup> Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, *Informe económico-financiero a los presupuestos de la Seguridad Social de 2022, Tomo III*, 2022, p. 216.

# **EL CRITERIO DE “PROPIA ACTIVIDAD” EN LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES DEL 42 ET DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS, A LA LUZ DE LA RECIENTE STS 881/2023, DE 9 DE MARZO 2023**

SUSANA DURO CARRIÓN

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

## **1. INTRODUCCIÓN**

Una mayor flexibilidad en la gestión productiva y la concentración de recursos en las actividades esenciales es el objetivo principal en la descentralización empresarial. Pero no es el único motivo dado que otras causas habituales conducen a la generalización de este fenómeno empresarial tales como la influencia de las nuevas tecnologías y especialmente, una normativa fiscal menos exigente o una gestión laboral más ventajosa para estas empresas, que evitan a toda costa incrementar su tamaño, externalizando servicios.

De este modo, es habitual y práctica generalizada que fijados sus objetivos empresariales y en orden a la consecución de estos, con frecuencia las empresas encarguen a empresas auxiliares la realización de una actividad. De esto modo, son estas empresas contratistas quienes asumen la producción y la obligación de realizar una obra o servicio para la citada empresa principal que, a su vez, asume pagar un precio por ello.

La libertad de empresa del artículo 38 de nuestra Carta Magna abre la posibilidad para el desplazamiento de las responsabilidades empresariales a colaboradores externos con la consiguiente posibilidad adicional de perjudicar los derechos del trabajador así como el incumplimiento de otras obligaciones empresariales en materia de Seguridad Social.

El incremento de la externalización como mecanismo de reducción de costes además de perjudicar la competencia cualitativa entre las empresas, conduce sin duda, a un incremento de la precariedad laboral<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Apartado III, C.

Es por ello por lo que el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, dentro de la sección 2ª “*Garantías por cambio de empresario*” del capítulo III relativo a las modificaciones, suspensión y extinción del contrato de Trabajo, establece un régimen de responsabilidades en materia de contratas y subcontratas como garantía para los trabajadores.

No obstante, este régimen del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores no regula todas las contratas y subcontratas sino solo aquellas empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad.

## 2. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA COMENTADA

La sentencia del Tribunal Supremo 881/2023<sup>2</sup> de referencia resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 815/2019, interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de febrero de 2019, dictada por el Juzgado de la Social número 42 de Madrid.

La sentencia del Juzgado de la Social número 42 de Madrid condenaba a la empresa y solidariamente, a determinado Ayuntamiento al abono de nóminas no percibidas por la trabajadora.

El recurso de suplicación interpuesto por el citado Ayuntamiento dio lugar a la sentencia estimatoria de fecha 17 de febrero de 2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, absolviendo a la recurrente, el citado Ayuntamiento sobre la responsabilidad solidaria salarial.

Contra esta sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se interpuso el recurso de casación para la unificación de doctrina que dio lugar a la sentencia comentada en este artículo.

La controversia sobre la que pivota este litigio es la imputación de responsabilidades en materia salarial y por las cantidades dejadas de percibir por la trabajadora, pero más allá de esta cuestión, la cuestión de fondo sobre la que se asienta este litigio reside en determinar si el servicio de cafetería y comedor de los centros municipales de mayores del Ayuntamiento y en los que prestaba servicios la trabajadora, constituyen “propia actividad” a los efectos de la responsabilidad solidaria regulada por el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

Mientras la sentencia de Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 17 de febrero de 2020, absolvió al ayuntamiento, argumentando que el servicio de comedor y cafeterías no es indispensable para la prestación de los servicios de los centros municipales de mayores, por lo que no formaba parte de la “propia actividad” de la empresa principal<sup>3</sup>, la sentencia de contraste del mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid<sup>4</sup> alegada en el recurso de casación para unificación de doctrina, califica como “propia actividad” la que realizaba otra ayudante de cocina de la misma empresa que prestaba servicios en otro centro municipal de mayores del mismo Ayuntamiento.

<sup>2</sup> STS 881/2023, de 9 de marzo de 2023. Nº de Recurso: 1518/2020. Nº de Resolución: 186/2023. Id Cendoj: 28079140012023100169.

<sup>3</sup> STS 881/2023, de 9 de marzo de 2023, FJ 3, aptdo1. Sala Cuarta, de lo Social. Nº de Recurso 1518/2020. Id Cendoj: 28079140012023100169. FJ 1.

<sup>4</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 772/2019, de 12 julio (Recurso 116/2019).

De este modo mientras la sentencia de Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 17 de febrero de 2020, absolvió al ayuntamiento de su responsabilidad solidaria, la sentencia de contraste citada se pronunciaba en sentido contrario declarando la responsabilidad solidaria del mismo Ayuntamiento. Mientras la primera consideraba que no se trataba de “propia actividad” de la Administración, la sentencia de contraste declara que se trata de “propia actividad”.

### 3. RÉGIMEN DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS. IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES DEL 42 ET

#### 3.1. El criterio “propia actividad” en la determinación de la responsabilidad. Determinación del concepto en la jurisprudencia

La delimitación de este concepto de “propia actividad” es básico en la medida que constituye el criterio para determinar mayores o menores las responsabilidades del empresario principal tanto en materia salarial como de Seguridad Social.

A pesar de su trascendencia a efectos de imputación de responsabilidades, la identificación de la “propia actividad” no es pacífica dado que tradicionalmente doctrina y jurisprudencia han puesto de manifiesto las dificultades a la hora de delimitar este concepto, siguiendo en ocasiones criterios diferentes que manifiestan una ausencia de interpretación unánime.

Así mientras parte de la doctrina y jurisprudencia consideraban la “propia actividad” como aquella “misma actividad” que conduce a que sólo en los casos en que existe una coincidencia entre la actividad principal de la empresa contratista y la de la contratante será de aplicación el artículo 42.2 del E.T., sin embargo otros autores, desde otra segunda perspectiva más amplia, consideraban que todas las obras o servicios que contrate o subcontrate la empresa principal, tendrán cabida dentro de la “propia actividad” de modo que esta concurre siempre que sea advertible una conexión directa o indirecta con el proceso productivo de la empresa principal<sup>5</sup>.

Por tanto, mientras en la primera, únicamente se integra en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán “propia actividad” de ella, en la segunda, propia actividad es la actividad indispensable, de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo. En el primer caso, estas labores no “nucleares” quedan excluidas del concepto y, en consecuencia, de la regulación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. En el segundo, se incluyen también como propias, las tareas complementarias<sup>6</sup>.

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, en el devenir de valoraciones y opiniones contradictorias, diversos pronunciamientos jurisprudenciales han resultado decisivos a la hora de delimitar el concepto<sup>7</sup>. Además de las sentencias del TS relacionadas en la

<sup>5</sup> FABREGAT MONFORT, G., “La responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas de propia actividad”. Revista de trabajo, economía y sociedad. N° 17. Valencia. Pág. 25.

<sup>6</sup> STS 6980/1998, de 24 de noviembre de 1998. Sala Cuarta, de lo Social. N° de Recurso: 517/1998. Id Cendoj: 28079140011998100866.

<sup>7</sup> STS 881/2023, de 9 de marzo de 2023, FJ 3, aptdo1. Sala Cuarta, de lo Social. N° de Recurso 1518/2020. Id Cendoj: 28079140012023100169. FJ 3, aptdos. 4 y 5.

sentencia objeto de este comentario<sup>8</sup>, otras resoluciones jurisdiccionales han abordado la delimitación de este concepto con ocasión de controversias generadas entorno a la responsabilidad del empresario principal sobre deudas salariales y/o de Seguridad Social.

Así, el TS considero que no aplicaba el régimen del artículo 42 ET en la externalización por un órgano de gobierno de una Comunidad Autónoma de los servicios de seguridad y protección, por entender que no constituye una actividad inherente al ciclo productivo<sup>9</sup>, o en la misma línea y bajo el mismo criterio, niega la aplicación del artículo 42 ET por entender que no se trata de contratas referidas a la propia actividad, la contratación de servicios de seguridad por una empresa eléctrica<sup>10</sup>. Igualmente, en la contratación de servicios de limpieza y restauración por un Colegio Mayor Universitario, el TS niega la aplicación del artículo 42 ET por entender que, en este caso, la propia actividad es la formación de alumnos, alojamiento y manutención, y por tanto, tampoco en este caso se trata de contratas referidas a la propia actividad<sup>11</sup>. En la instalación de un tendido aéreo de líneas telefónicas por una empresa de telefonía, el TS confirma la aplicación del artículo 42 ET al entender que esa labor es el soporte permanente de la actividad de la empresa<sup>12</sup> o cuando TS considera que el transporte sanitario de urgencia constituye un servicio sanitario complementario, pero estrictamente necesario para que el servicio público de salud pueda dar cobertura a las necesidades de asistencia médica y considera que la actividad desarrollada por la empresa dedicada al transporte sanitario podría ser calificada como integrada dentro del concepto de “propia actividad” del artículo 42 ET, reconociendo la responsabilidad solidaria del servicio público de salud respecto a la reclamación formulada por un empleado de la empresa privada de transporte sanitario<sup>13</sup>. Bajo el mismo criterio, en la prestación de servicios informáticos a un banco, consistentes en el mantenimiento de las aplicaciones de los sistemas de información de gestión, el TS consideró que constituye propia actividad por ser el soporte permanente de la actividad de la empresa, y por tanto, determinó la aplicación del artículo 42 ET<sup>14</sup>.

### 3.2. Imputación de responsabilidades en materia salarial y Seguridad Social

Contratas y subcontratas se instrumentan jurídicamente en un contrato civil o mercantil en que la voluntad de las partes se ve condicionada por la normativa laboral, normativa que viene a imponer un determinado régimen de responsabilidades en materia salarial y de Seguridad Social tutelando los intereses de terceros cuyos derechos y obligaciones se ven afectados por la relación jurídica

De este modo, en materia de Seguridad Social, el art 42 del ET establece la responsabilidad solidaria del empresario principal, durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, sobre las deudas contraídas con la Seguridad Social durante la vigencia de la contrata tanto por contratistas como subcontratistas.

<sup>8</sup> STS 881/2023, de 9 de marzo de 2023, FJ 3, aptdo1. Sala Cuarta, de lo Social. N° de Recurso 1518/2020. Id Cendoj: 28079140012023100169. FJ 3, aptdos. 4, 5 y 7.

<sup>9</sup> STS, de 18 de enero de 1995. Sala Cuarta, de lo Social. Número de Recurso 150/1994. Id Cendoj: 28079140011995100001.

<sup>10</sup> STS, de 27 de octubre de 2000. Sala Cuarta, de lo Social. Número de Recurso 693/1999.

<sup>11</sup> STS 6980/1998, de 24 de noviembre de 1998. Sala Cuarta, de lo Social. N° de Recurso: 517/1998. Id Cendoj: 28079140011998100866.

<sup>12</sup> STS, de 22 de noviembre de 2002. Sala Cuarta, de lo Social. Número de Recurso 3904/2001.

<sup>13</sup> STS, de 23 de enero de 2008. Sala Cuarta, de lo Social. Número de Recurso 33/2007.

<sup>14</sup> STS, 15 de Abril de 2010. Sala Cuarta, de lo Social.

En relación con las deudas salariales contraídas por los contratistas y subcontratistas, el mismo artículo 42 ET establece la responsabilidad solidaria del empresario principal durante el año siguiente a la finalización del encargo.

A partir del artículo 1903 del Código Civil<sup>15</sup>, que presume la culpa de un tercero que solo podría quedar exonerado de toda responsabilidad, si prueba que actuó de manera diligente, la responsabilidad del empresario en el orden laboral y en las contratas y subcontratas, puede ser directa o indirecta de modo que el empresario principal puede ser responsable de sus deudas salariales y de Seguridad Social frente a sus trabajadores como empresario incumplidor y como causante del daño pero también puede que se produzca su imputación como responsable de las salariales y de Seguridad Social del empresario contratista, de manera que estaríamos en este caso ante una responsabilidad por hechos ajenos.

La culpa por tanto, se articula entonces como criterio de imputación de la responsabilidad del empresario principal por las deudas del empresario contratista de modo que la causa de esa responsabilidad del empresario sería su propia negligencia a la hora de contratar con una empresa no solvente<sup>16</sup>.

Y es por ello por lo que el 42 ET establece la obligación del empresario principal de comprobar que dichas contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Con motivo de esta imputación de la responsabilidad del empresario principal por las deudas del empresario contratista, el 42 ET establece la obligación del empresario principal de comprobar que dichas contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social.

Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan, y transcurrido este plazo, quedará exonerada de responsabilidad la empresa solicitante.

En esta línea, el artículo 22.11 de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social<sup>17</sup> considera infracción grave, el hecho de no comprobar el empresario que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación o alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que estos ocupen en los mismos durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata, considerándose una infracción por cada uno de los trabajadores afectados.

El empresario principal deberá de recabar de TGSS, certificación negativa de descubierto cuando se contraten obras o servicios que se correspondan con la propia

<sup>15</sup> “La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder... La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.” Artículo 1903 Código Civil.

<sup>16</sup> GONZÁLEZ MOLINA, M<sup>a</sup> D., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas de obras y servicios”. Revista de Temas laborales n.º. 56/00 Pág. 101 - 103

<sup>17</sup> Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

actividad del empresario principal, de modo que deberá de verificar que el contratista se haya al corriente de pago de las cuotas de la Seguridad Social<sup>18</sup>.

El ET hace responsable al empresario principal de solicitar la certificación negativa de descubierto con el fin de evitar que ese empresario contrate obras con empresarios en situación de morosidad, y dado el perjuicio de este tipo de circunstancias, especialmente para los trabajadores.

#### 4. CONCLUSIONES

Las excepciones al régimen de responsabilidad solidaria del artículo 42 ET, y en concreto, aquella actividad contratada por el titular de una vivienda para su construcción o reparación en que queda exonerado de la obligación tanto en materia salarial como frente a la Seguridad Social, así como la exoneración en materia salarial de toda empresa principal cuya contrata o subcontrata no corresponde a su propia actividad, y si bien en este caso si asumen la responsabilidad subsidiaria frente a la Seguridad Social, vienen a confirmar la esencia y la finalidad del 42 ET.

En esta línea y como aduce la sentencia comentada, el régimen de responsabilidades del 42 ET para aquellas contratas y subcontratas de la propia actividad del empresario principal, trata de impedir que quien asume los beneficios económicos de la actividad, que es también quien se halla mejor situado en la cadena de contratación, no responda frente a las posibles deudas de sus colaboradores frente a sus trabajadores en casos de insolvencia.

Es por ello por lo que el legislador ha querido exigirle que responda también de todas aquellas posibles deudas salariales o de Seguridad Social que puedan haber generado sus subcontratistas.

La esencia del 42 ET como alega la comentada sentencia<sup>19</sup>, invocando jurisprudencia anterior, y atendiendo al citado criterio de imputación de la responsabilidad del empresario principal de acuerdo con el artículo 1903 del Código Civil, no es otra que quien esté dispuesto a obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo.

<sup>18</sup> STS 881/2023, de 9 de marzo de 2023. Sala Cuarta, de lo Social. Nº de Recurso 1518/2020. Id Cendoj: 28079140012023100169. FJ 3, aptdo 1.

<sup>19</sup> STS 881/2023, de 9 de marzo de 2023. Sala Cuarta, de lo Social. Nº de Recurso 1518/2020. Id Cendoj: 28079140012023100169. FJ 3, aptdo 4.

# **RECHAZO DE LOS PERMISOS DOBLES EN FAMILIAS MONOPARENTALES**

**STS NÚM. 169/2023, DE 2 DE MARZO**

**M. BEGOÑA GARCÍA GIL**

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

## **1. INTRODUCCIÓN**

Centramos nuestro análisis en una de las cuestiones que en los últimos tiempos han resultado protagonista, en concreto, si el responsable ya sea hombre o mujer que conforma una unidad familiar monomarental o monoparental tiene derecho a disfrutar de doble permiso por el nacimiento de un hijo que implicaría la extensión a todas las figuras equivalentes.

La cuestión debe centrarse normativamente en los preceptos de la LET y la LGSS de aplicación, art. 48, apartados 4, 5 y 6, y art. 49, apartado a, b y c) de la primera, y arts. 177 a 180 de la segunda, siendo el art. 177 el clave a estos efectos y que literalmente establece: “A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto LET, y en el artículo 49.a), b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”.

Conforme también a las modificaciones operadas en la LET y la LGSS por el Real Decreto-Ley 6/2019 de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Las cuestiones esenciales y que serán objeto de análisis por nuestra parte se refieren a tres aspectos fundamentales y que el Tribunal Supremo ha establecido como ejes principales en esta sentencia y que, sin duda, son el argumento fundamental para conocer en profundidad esta materia: la protección del menor y en general de la infancia; la introducción de una medida de igualdad de la mujer; y un elemento de conciliación de la vida familiar.

## 2. ANTECEDENTES DEL SUPUESTO

Es importante conocer al origen de este debate, se centra en la sentencia dictada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y que fue el origen del recurso de casación para la unificación de doctrina al que posteriormente haremos referencia y al que este análisis se refiere.

En términos generales, el supuesto analizado es el siguiente: una trabajadora titular de una familia monomarental presentó demanda frente a la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social respecto al periodo de reconocimiento del derecho a la prestación por nacimiento y cuidado del menor que se estableció para el plazo comprendido entre el 8 de julio y el 5 de octubre de 2019. Su demanda tenía como eje primordial la presentación de nueva solicitud ante el INSS en la que pedía poder disfrutar de las ocho semanas que le hubieran correspondido al otro progenitor si hubiera existido y que se referían al periodo consecutivo entre el 6 de octubre y el 30 de noviembre del mismo año. Sobre esta cuestión el INSS comunicó a la peticionaria la denegación fundamentada en no tener cobertura su petición en ninguna de las situaciones protegidas en los arts. 177 a 180 de la LGSS, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 183 y 318 de misma norma. La trabajadora interpuso frente a esta decisión reclamación previa, y tras su desestimación, acudió a la vía judicial. Correspondiendo el conocimiento del conflicto al Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao, que desestimó la demanda en sentencia dictada el 18 de mayo de 2020, conociendo la síntesis de esta en el fundamento de derecho primero de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictada el 6 de octubre: “La sentencia de instancia desestima la demanda entendiendo que la prestación de nacimiento y cuidado de menor es un derecho intransferible de cada progenitor, con lo que si solamente existe uno de ellos no concurre ninguna prestación más, y por tanto según la propia finalidad de la norma creadora del nuevo sistema, Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantizar la igualdad de trato y de oportunidad entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, nos encontramos ante un supuesto de ejercicio único del derecho, sin que se aprecie ningún elemento de discriminación en el supuesto, porque el integrante de la familia monoparental, sea hombre o mujer, disfruta del beneficio, sin posibilidad de transferirlo”.

La demandante, estableció como tesis general para su demanda “... los arts. 177 LGSS, 1, 3, 8, 10, 14 y 44 LO 3/2007; art. 2, 12 y 18 del RDL 6/2019, así como su art. 3; en términos generales el art. 3 del RD 295/2009; en término también globales la Ley 3/2005 de Protección de la Infancia y Adolescencia; los arts. 2, 3 y 26 de la Convención de Derechos del Niño; la resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2016; la Directiva 96/34; la Directiva 2010/18, cláusula 1; el art. 3 del Tratado de la UE; los arts. 20, 21, 23, 24, 33 y 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE; los arts. 10, 14 y 39CE; el art. 4, 2 c) del ET; y el art. 3 del Código Civil”. Conforme a esta normativa hacia hincapié en la diferencia de trato entre familias monoparentales y biparentales respecto a los periodos de disfrute del permiso por nacimiento y cuidado del menor sería discriminatoria hacia las primeras por no respetar el derecho a la igualdad de género, además de producirse discriminación por razón del estado civil, y asimismo quedaría desprotegido el menor y se vulnerarían normas en las que se concede especial protección a los intereses del menor y los derechos de conciliación.

Frente a esta tesis el INSS, como demandado argumentó, en líneas generales, que el reconocimiento de la prestación contributiva regulado en los arts. 177 a 180 LGSS se

encontraba estrechamente relacionado con el art. 48, en concreto sus apartados 4, 5 y 6 de la LET, tratándose la cuestión litigiosa de la regulación de “un derecho individual del trabajador que no se transfiere al otro titular”, por lo que no se produce discriminación por razón de sexo o género ya que la trabajadora ya disfrutaba de este derecho por ser beneficiaria como persona trabajadora.

La demandante frente a esta sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao presentó recurso de suplicación ante la sala de lo social del TSJ del País Vasco siendo estimado dicho recurso. Este se fundamentó en el art. 10.2 de la Constitución española con el objeto de establecer el proceso de interpretación de la normativa relativa a los derechos fundamentales y libertades y también conforme al art. 31 de la Ley 25/2014 de 27 de noviembre sobre Tratados y acuerdos internacionales, apoyándose también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con el objeto de referirse a que el art. 10.2 CE no es un simple enunciado sino que debe darse una aplicación directa a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdo Internacionales, como también lo afirma en la misma línea la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo. Teniendo en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 31 de diciembre de 1990, y la especial protección que se otorga sin distinción alguna de cuales sean sus padres o representantes legales, y acude a la jurisprudencia de la Sala Social del TS para reforzar la importancia de la protección de los derechos del menor, poniéndola en relación con el mandato del art. 39 del mismo texto constitucional relativo a la protección de la familia y la infancia, y con el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

La sala de lo social del TSJ del País Vasco de 06/10/2020 (Rec. 941/2020) reconoció a la demandante titular de una familia monomarental la suspensión y la prestación por nacimiento y cuidado de hijo que le hubiera correspondido al otro progenitor si existiera. Cambiando por ello significativamente el contenido de la sentencia dictada por el juzgado de lo social. El razonamiento de la Sala, en este caso, se fija en dos motivos que resumimos a continuación.

El primero, por el interés superior del menor, principio reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño que implica un mandato dirigido a las instituciones públicas y a los tribunales para tener en cuenta el bienestar del niño y la prevención de situaciones de vulnerabilidad. Eje fundamental sobre el que el Tribunal Supremo hará referencia.

El segundo, por la proscripción de toda discriminación por razón de filiación y sexo. Debido a que el menor nacido en una familia monoparental disfruta de un menor tiempo de cuidado que el nacido en una biparental, lo que puede suponer la introducción de un factor discriminatorio hacia ese menor por su condición o por el estado civil o situación de su progenitor, en este caso se tiene en cuenta el exclusivo peso de la llevanza de su crianza. Es evidente que son las mujeres las que más conforman hogares monoparentales y, por tanto, el colectivo afectado principalmente por esta situación. En este caso se pone en valor el derecho a la igualdad y a la conciliación.

El posterior recurso de casación para la unificación de doctrina lo formaliza el Ministerio Fiscal al amparo del art. 219. 3 de la LRJS. Recordemos que conforme a este precepto el Ministerio Fiscal, en su función de defensa de la legalidad, de oficio podrá interponer recurso de casación para unificación de doctrina. Así como que cabe este

recurso cuando, sin existir doctrina unificada en la materia de que se trate, se hayan dictado pronunciamientos distintos por los Tribunales Superiores de Justicia, en interpretación de unas mismas normas sustantivas o procesales y en circunstancias sustancialmente iguales, así como cuando se constate la dificultad de que la cuestión pueda acceder a unificación de doctrina según los requisitos ordinariamente exigidos o cuando las normas cuestionadas por parte de los tribunales del orden social sean de reciente vigencia o aplicación, por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, y no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas que cumplieran los requisitos exigidos en el apartado 1 de este artículo. Conforme a ello se admitió el recurso de casación para la unificación de doctrina estableciendo el Tribunal Supremo el fallo que analizamos.

### 3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

De forma reciente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha determinado la imposibilidad de que un hombre o una mujer titular de una familia monoparental pueda disfrutar de un doble permiso por el nacimiento de un hijo: el que le correspondería personalmente de 16 semanas derivado de su condición directa como progenitor y otro idéntico que le correspondería al otro progenitor en caso de existir.

Partiendo de la consideración general que con posterioridad se analizará y por ponernos en antecedentes el principal argumento de la Sala para negar la acumulación de los dos periodos de disfrute se centra en establecer que es el legislador al que le corresponde cambiar la norma para poder ser titular de la acumulación de los periodos de disfrute y no el Tribunal Supremo el encargado de realizar esta función legislativa referida al derecho que los titulares de familias monomarentales y monoparentales pudieran disfrutar por su condición doble en calidad de progenitores.

La causa argumentativa de la Sala es que el doble permiso reclamado “no resulta una exigencia que derive ni de la CE, ni de ninguna norma de la UE, ni de ningún acuerdo o tratado internacional ratificado por España”.

Sobre este eje se articula por parte del Tribunal Supremo el siguiente razonamiento centrado en la falta de competencia de jueces y tribunales para realizar esta función reformadora legislativa: “Una intervención de tal calibre dista mucho de lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y tribunales. Su función es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho”, esta determinación se corresponde con la consecuencia directa que se produciría al dictar una sentencia que determinara la existencia de discriminación ya que implicaría de forma directa la modificación del régimen jurídico de las suspensiones contractuales por motivo del nacimiento de un hijo. Esto, sin duda, no queda zanjado y desde luego abre un proceso cuanto menos de reflexión sobre esta materia. Será necesario plantear si, como ya indicó el TSJ catalán en sentencia de 17 de octubre de 2022 de forma literal: “Ahora toca esperar a conocer cuál será el parecer del TS ante un litigio en el que ha entrado ya en juego la reforma operada en el art. 48.4 LET por el RDL 6/2019, con la equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado de menor. Planteándose la modificación tanto del LET como de la LGSS”.

No obstante, lo que antecede y que se ha puesto de relieve es que la Sala reconoce, a partir del fundamento de derecho séptimo, que puede producirse la situación

discriminatoria de estas familias, especialmente cuando las mujeres están a su cargo, lo mismo que hacía los propios menores, ya que sufren una clara diferencia de trato respecto de los derechos de conciliación rompiendo por ello el principio de igualdad reconocido en el art. 14 CE. Literalmente la Sala determina: "... puede existir una justificación del trato dispar a las formas de unidad de las parejas, pero de ella no puede inferirse un trato desigual a las familias que integran el hecho de la maternidad, acogimiento, adopción o guarda, pues la opción por el hogar monoparental no delimita un vínculo diferente de filiación determinante del cuidado y atención del menor, y sus propios derechos" (sobre esta cuestión y la situación de las familias monoparentales: AA.VV. La realidad de la monoparentalidad en España, (Directora García Gil, M. B.) Sepin, 2022).

El posible pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el futuro, así como el TEDH de Estrasburgo será fundamental en esta materia ya que se debe establecer cómo queda la protección principal del menor y los derechos de los titulares de familias monoparentales o monoparentales y, claro está la protección de la interesada en este supuesto. Sobre esta cuestión la Sala del TS es clara: "... no hay discriminación", sino que estamos "... ante un eventual déficit de protección concreto consentido y querido por el legislador" para reforzar este argumento la Sala se refiere a que: "son únicamente el 15,8 % de las que el Instituto califica como tales". No nos parece que este sea un dato que refuerce el contenido del pronunciamiento, cuanto menos no es desechable esa afectación ya que, sin duda, las consecuencias de esa situación son especialmente relevantes para las familias monomarentales. El hecho de que el Tribunal Supremo reconozca el "déficit de protección" es sin duda una puerta abierta y una invitación a que el legislador modifique esta situación que, desde mi humilde punto de vista es susceptible de considerarse discriminatoria y cuanto menos se constata la alta vulnerabilidad de estas familias a los efectos de su protección inmediata.

Como antes me refería la realidad de las familias monoparentales tiene ejes protagonistas que deben afrontarse gubernativamente, por supuesto, sin desmerecer el contenido que a ellas se dedica en la Ley de familias, se observan diversos aspectos que deben considerarse de forma particular como las autoras de la obra citada anteriormente hemos destacado y que invito a su lectura. Desde nuestra perspectiva el actual diseño de la prestación y de la suspensión propicia, efectivamente, una fractura del principio de igualdad y no discriminación y ello habida cuenta de la diferenciación que, indirectamente, se realiza entre los distintos modelos de familias existentes en nuestra sociedad, en especial, entre las familias biparentales y monoparentales. La monoparentalidad conlleva una situación de mayor vulnerabilidad que exige una protección especial y que no justifica un trato desigual por razones meramente objetivas.

Pero centrando nuestro análisis y volviendo a la postura del Ministerio Fiscal resulta obvio que se centra en entender que el TSJ del País Vasco respecto de los arts. 177 a 180 LRJS en relación con el art. 48 LET había realizado una interpretación errónea. En base a esta afirmación entiende que no se produce vulneración del principio de igualdad reconocido en el art. 14 CE y tampoco de la Convención de los derechos del niño fundamentalmente porque el art. 2.1 de esta norma sólo obliga a los Estados a respetar los derechos enunciados en la misma y a asegurar su aplicación, y que la protección prevista en los artículos 18 y 26, base de los argumentos en suplicación no recogían ningún derecho que debiera prevalecer sobre la normativa nacional aplicable al caso (RDL 6/2019). Téngase en cuenta también que en apoyo a esta tesis se establece que la Directiva 2019/1150 de 20 de junio, relativa a

la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, no contempla que constituya una discriminación indirecta de la mujer trabajadora que forma una familia monoparental el hecho de que solo tenga derecho a disfrutar de un solo permiso parental de cuatro meses.

La Sala, se centra en la reproducción literal del art. 48 LET y en el RDL 6/2019, reiterando que: “la obligatoriedad del disfrute conjunto de las seis semanas posteriores al parto y la prohibición de transferencia del derecho entre progenitores”. En concreto, afirma que: “Estamos en presencia de una suspensión del contrato de trabajo que, una vez producidas las exigencias normativas, opera ope legis y justifica, con independencia de la existencia o no de la prestación de Seguridad Social antes examinada, la cesación de las obligaciones mutuas básicas del contrato de trabajo –prestación de servicios y prestación salarial–, garantizando el derecho a la reincorporación al finalizar el período legalmente previsto de suspensión”. Dicho de otra forma, si se acepta el derecho al disfrute del permiso de ambos progenitores y, por ello, la Sala aceptara la tesis de la trabajadora demandante: “supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador”. Esto implicaría de forma directa la modificación del art. 48 LET: “necesariamente, deberíamos modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo que tan prolijamente establece el apartado 4 del artículo 48 ET, lo que, sin duda de clase alguna, afectaría al otro sujeto de la relación contractual que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social” y, por ello, la realización de una materia de competencia legislativa y no judicial que es la corresponde a Jueces y Tribunales.

Sobre esta cuestión conviene recordar que el RDL 6/2019 vino a modificar las reglas de juego en la materia ya que estableció el carácter obligatorio del permiso de paternidad durante las seis semanas ininterrumpidas posteriores al parto, y a tiempo completo con el objeto de cumplir con los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil que se refiere literalmente: “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”, y que en la redacción de la nueva norma se amplía a todos los progenitores, con independencia de la existencia, o no, de vínculo matrimonial y, desde mi perspectiva, sin diferenciar el tipo de familia o unidad familiar que se constituya. Desde la base no discutible de que el permiso por maternidad ya es obligatorio durante las seis primeras semanas, a fin y efecto de garantizar la protección de la salud de la madre, en línea con la normativa comunitaria. La distribución de las restantes diez semanas de que dispondrán ambos progenitores, que no son transferibles desde el 1 de enero de 2021 pudiendo por ello disfrutarse hasta el cumplimiento por el hijo o hija de los doce meses, en períodos semanales y de forma acumulada o interrumpida, a tiempo completo o parcial quedando claro en la norma que se trata de un derecho de la persona trabajadora al disponer que esta deberá avisar al sujeto empleador del ejercicio de su derecho con una antelación mínima de quince días, pudiendo sólo limitarse el disfrute simultáneo por ambos

progenitores cuando presten sus servicios en la misma empresa. En el caso de las familias monoparentales o monomarentales, el cumplimiento de estos requisitos se refuerza ya que no existe incumplimiento de ninguno de ellos por el hecho de formar una unidad familiar compuesta por un solo progenitor, con independencia de su condición de hombre o mujer, ya que lo primordial es la protección del menor.

En este mismo sentido nos parece importante la tesis mantenida en el voto particular del magistrado Ignacio García-Perrote que a su entender deben considerarse dos cuestiones principalmente, la primera el interés del menor y, la segunda, la perspectiva de género.

Respecto de la primera, tras el análisis de la normativa aplicable (la carta magna, la CDFUE, de la Convención ONU sobre los derechos del niño, y de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) defiende que: “el interés superior del niño debe tener una consideración primordial, llegando en varios casos a afirmarse expresamente que ese interés superior del menor, y su necesaria consideración primordial, son un derecho y, en todo caso, el principio interpretativo que debe prevalecer”, y que es posible realizar “una interpretación integrada” de los arts. 177 y ss LGSS, y del art. 48.4 LET a la luz de los arts. 39. CE, 24.2 CDFUE, 3.1 Convención sobre los derechos del niño, art. 2 LO 1/1996, y arts. 3 del Código Civil conformando que: “el interés superior del menor, además de ser un «derecho sustantivo», es un «principio general de carácter interpretativo», de manera que, si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, «se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor». Recuérdese que en el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, se refiere al concepto de interés superior del menor, “se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”. Queda claro que la decisión de la Sala no es la mejor para el interés del menor afectado en este supuesto ya que en consecuencia no es beneficiario del periodo que se reclama si seguimos el sentido fundamentado.

En cuanto a la segunda, la perspectiva de género, si bien la Sala ha entendido que no se aplica la perspectiva de género en este caso debido a que no hay discriminación, postura que no siempre ha mantenido, sino lo que se produce es una deficiencia de protección aceptada deliberadamente por el legislador. El magistrado García-Perrote partiendo de la consideración de que la demandante es una mujer, madre biológica y única progenitora defiende que: “el principio de integración de la dimensión de género obliga a jueces y tribunales a incorporar la perspectiva de género en el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida por el artículo 117. 3 CE” (STS 347/2018, de 22 de marzo).



# LAS NUEVAS SITUACIONES LEGALES DE CESE DE ACTIVIDAD PARCIAL

ELENA LASAOSA IRIGOYEN  
*Prof. Titular de Universidad*  
*Universidad Rey Juan Carlos*

## 1. INTRODUCCIÓN

Es conocido que nuestro sistema de Seguridad Social incluye un mecanismo de cobertura obligatoria para los trabajadores autónomos integrados en el RETA y en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, frente a la contingencia de paro involuntario de la actividad profesional<sup>1</sup>; que se traduce en la existencia de una prestación de carácter contributivo que abonan las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, a cuyo cargo corren también las cotizaciones durante el periodo de percepción<sup>2</sup>.

La vigente ordenación de esta materia se ubica en el Título V LGSS, rubricado “*Protección por cese de actividad*”, y en algunos preceptos del Estatuto del Trabajo Autónomo, Ley 20/2007, de 11 de julio<sup>3</sup>. Normativa que se desarrolla reglamentariamente en el Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre.

Conviene siempre tener presente que en todo aquello que no venga regulado en estas normas, no deben aplicarse supletoriamente a la prestación por cese de actividad las reglas que ordenan el desempleo de los trabajadores por cuenta ajena, según se desprende del art. 328 LGSS.

<sup>1</sup> La expresada obligatoriedad se establece en el art. 316 LGSS, aunque existen las siguientes excepciones: los socios de Cooperativas de Trabajo Asociado integradas en el RETA que tengan un sistema intercooperativo de prestaciones sociales complementario al público y que cubra el cese de actividad (disp. adic. 28ª LGSS); los miembros de institutos de vida consagrada de la Iglesia Católica (disp. adic. 28ª LGSS); las personas integradas en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios (art. 48.4 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, Reglamento General de Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas y Bajas de Trabajadores); la situación de compatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y la pensión de jubilación (envejecimiento activo, art. 214 LGSS); y los beneficiarios de la cuota reducida por inicio de actividad (art. 38.ter.1 LETA).

<sup>2</sup> Si bien en el caso de los trabajadores autónomos del Régimen Especial de Trabajadores del Mar la entidad gestora puede ser también el Instituto Social de la Marina, ya que pueden optar por la cobertura de las contingencias profesionales y de cese de actividad con una Mutua colaboradora o bien con este último -art. 83.1 b) LGSS-.

<sup>3</sup> Concretamente su art. 39, referente 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.

También cabe llamar la atención, con referencia a la regulación de nivel reglamentario que acaba de citarse, sobre el hecho de que el RD 1541/2011 sigue presentando a día de hoy la misma redacción que tenía en su versión inicial<sup>4</sup>, a pesar de las numerosas revisiones que ha experimentado la ordenación legal de la prestación por cese de actividad (en adelante PCA). Dicho de otro modo, los preceptos legales se ha ido reformando reiteradamente pero se ha dejado intacta la norma reglamentaria, lo que ha traído como consecuencia que actualmente existan no pocas discordancias entre lo que establecen el Título V LGSS, por un lado, y el RD 1541/2011 por otro, respecto de distintas cuestiones en las que el reglamento no se ha llegado a adecuar al contenido de la Ley<sup>5</sup>.

Y es que en efecto, desde su primer diseño recogido en la Ley 32/2010, de 5 de agosto hasta el momento presente la protección por cese de actividad ha sido rectificada con inusitada frecuencia<sup>6</sup>.

La última modificación de calado fue traída por la misma disposición que recientemente revisó la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos, es decir 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 prestación por cese de actividad (con entrada en vigor el 1 de enero de 2023)<sup>7</sup>.

Al margen de otras variaciones de las que se dará cuenta en el apartado final, este RD-Ley 13/2022 introdujo por primera vez la posibilidad de percibir la PCA cuando se ha cesado en la actividad solo parcialmente. Las páginas que siguen responden al propósito de analizar estos nuevos supuestos de situación legal de cese de actividad parcial, que además revisten siempre carácter temporal.

Como antecedente conviene mencionar otra norma también reciente, el Real Decreto-Ley 18/2021, de 28 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Protección

<sup>4</sup> Con la única salvedad de que su disp. adic. 4ª, relativa al cobro de la prestación en forma de pago único, fue derogada al pasar a regularse esta cuestión en el ya citado art. 39 LETA (así lo dispuso 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).

<sup>5</sup> Entre otros muchos ejemplos cabría aludir al contraste entre el art. 332 LGSS, cuando dispone que en la declaración jurada debe constar siempre *“la fecha de efectos del cese”*, incluyendo el supuesto de fuerza mayor, y el art. 5 del Real Decreto 1541/2011, prescribiendo que en la declaración jurada debe constar *“la fecha de producción de la fuerza mayor”*.

<sup>6</sup> El listado de las intervenciones legislativas anteriores que han incidido en mayor o menor medida en la ordenación de la PCA incluye: 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 Ley 25/2015, de 28 de julio, de Mecanismo de Segunda Oportunidad, Reducción de la Carga Financiera y otras Medidas de Seguridad Social; 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; el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social; 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; y el 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.

Todo ello, al margen de las medidas de carácter extraordinario y vigencia temporal que fueron dictadas con ocasión de la crisis sanitaria del Covid-19 y también de la erupción volcánica en la isla de La Palma.

<sup>7</sup> Hay que precisar que, a su vez, este RD-Ley 13/2022 fue modificado antes de su entrada en vigor por el Real Decreto-Ley 14/2022, de 1 de agosto, de Medidas de Sostenibilidad Económica en el ámbito del Transporte, en materia de Becas y Ayudas al Estudio, así como de Medidas de Ahorro, Eficiencia Energética y de Reducción de la Dependencia Energética del Gas Natural (disp. adic. 10ª).

del Empleo, la Recuperación Económica y la Mejora del Mercado de Trabajo<sup>8</sup>. El cual expresaba en su preámbulo 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*”. Pues bien, hay que señalar que la incorporación de los tres nuevos supuestos de cese de la actividad temporal parcial se sitúa en la línea que aquí se apuntaba, ya que suponen al fin y al cabo una ampliación de las situaciones en las que se puede acceder a la protección cuando hay cese temporal.

Al abordar la cuestión que aquí se estudia es conveniente además partir de una premisa que es clara: el régimen de la PCA siempre ha protegido tanto el paro definitivo como el de duración limitada, tal y como viene expresando el último párrafo del art. 327.1 LGSS: “*El cese de actividad podrá ser definitivo o temporal*”.

Ahora bien, después de la experiencia de la pandemia en que se produjeron abundantes ceses de duración determinada, el legislador quiso mejorar la cobertura del cese cuando es temporal y, más específicamente, introducir en algunos casos la protección del cese temporal de carácter parcial.

Esta idea constituye una absoluta novedad, porque hasta entonces siempre se había exigido al solicitante de la PCA que el paro de su actividad fuera total, independientemente de que se tratase de cese temporal o definitivo. En este sentido, proclamaba el art. 329 LGSS que “*El sistema de protección por cese de actividad comprende las prestaciones siguientes: a) La prestación económica por cese total, temporal o definitivo, de la actividad*”<sup>9</sup>.

Así pues, el RD-Ley 13/2022 ha venido a añadir al listado de situaciones legales de cese de actividad, sito en el art. 331 LGSS, los nuevos supuestos de cese temporal parcial; los dos primeros se contemplan en los apartados 4º y 5º del art. 331.1 a) LGSS y responden a causas económicas, técnicas, organizativas o productivas; y el tercero, en el art. 331.1 b) LGSS, es debido a fuerza mayor.

Es importante aclarar al respecto que la protección no se ha ampliado genéricamente a cualquier situación de cese de actividad temporal parcial, sino únicamente a estos tres supuestos concretos y bien delimitados.

Coherentemente han sido reformados numerosos preceptos del Título V LGSS; entre ellos el art. 327 LGSS, para declarar que el cese temporal podrá ser no solo total sino también “*parcial, cuando se produzca una reducción de la actividad en los términos previstos en esta ley*”. Y se ha eliminado del art. 329 de la misma ley el vocablo “*total*”, de manera que actualmente alude a “*La prestación económica por cese, temporal o definitivo, de la actividad*”; y no ya a “*La prestación económica por cese total, temporal o definitivo, de la actividad*”.

## 2. DETERMINACIÓN DE LAS NUEVAS SITUACIONES DE CESE DE ACTIVIDAD TEMPORAL PARCIAL

### A) Por causas ETOP: ERTE de los trabajadores asalariados

Constituye una nueva causa de situación legal de cese de actividad la reducción del 60% de la jornada de la totalidad de las personas trabajadoras por cuenta ajena de

<sup>8</sup> RD-Ley que establecía algunas reglas extraordinarias y de vigencia temporal en relación con la PCA, las cuales han perdido ya su vigencia.

<sup>9</sup> Hasta su modificación por el RD-Ley 13/2022.

la empresa (es decir de la empresa que el autónomo solicitante de la PCA posee o más exactamente, de la que tiene el control efectivo en los términos del art. 305.2 LGSS, cabe entender); e igualmente la suspensión de los contratos de trabajo del 60% de la plantilla.

Pero en ambos casos, siempre y cuando se cumplan además unos exigentes requisitos económicos por parte de la empresa y también por parte del trabajador autónomo como persona física. En concreto: que la empresa haya experimentado una reducción de ingresos del 75% en los últimos dos trimestres fiscales, respecto a los mismos trimestres del año anterior; y que los rendimientos netos mensuales del trabajador autónomo durante esos mismos dos trimestres por todas las actividades que desarrolle no hayan alcanzado la cuantía del SMI (o la de la base por la que viniera cotizando si esta fuera inferior).

En puridad, el art. 331.1 4º LGSS al configurar este supuesto no explicita que la empresa del autónomo solicitante tenga que estar necesariamente inmersa en un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE), es decir no utiliza esta expresión, sino que sencillamente alude a la “reducción de jornada” y a la “suspensión temporal de los contratos de trabajo”. Cabría por ello plantear la posibilidad de que la reducción de jornada del 60% de la plantilla a la que se refiere la norma se llevara a cabo por otra vía distinta del ERTE, como es la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Sin embargo, si se pone en relación el precepto comentado con la nueva redacción del art. 337.2 LGSS, que regula el nacimiento del derecho a la PCA en estos casos, se aprecia claramente que la ley se está refiriendo necesariamente a un ERTE, pues se establece que el derecho al percibo nacerá “*el primer día del mes siguiente a la comunicación a la autoridad laboral de la decisión empresarial*”.

En esta situación no se exige el cierre del establecimiento abierto al público para poder percibir la PCA, ya que no se exige el paro total de la actividad, en contraste con la regla general contenida en el art. 331.1 a), que reza: “*En caso de establecimiento abierto al público se exigirá el cierre del mismo durante la percepción del subsidio o bien su transmisión a terceros*”.

## **B) Por causas ETOP: autónomos que no tengan trabajadores asalariados**

Establece el art. 331.1 a) 5º LGSS que las personas trabajadoras autónomas que no tengan asalariados a su servicio podrán acceder a la protección cumpliendo cumulativamente los siguientes requisitos: que durante los dos trimestres previos a la solicitud hayan tenido deudas superiores al 150% de sus ingresos; y que hayan experimentado además una reducción de ingresos del 75% en esos dos trimestres respecto de los mismos trimestres del año anterior. Además, que sus rendimientos netos mensuales por todas sus actividades profesionales durante ese mismo periodo de tiempo no hayan alcanzado el SMI (o su base de cotización si esta fuera inferior).

Las deudas del trabajador autónomo con Hacienda o con la TGSS no computan, ni a los efectos de alcanzar el porcentaje del 150% expresado, ni tampoco para calcular sus rendimientos netos mensuales.

Tampoco aquí se exige el cierre del establecimiento.

### C) Por fuerza mayor

Según prescribe el art. 331.1 b) LGSS, se entenderá que concurre situación legal de cese de actividad cuando se interrumpa la actividad de un sector o de un centro de trabajo de la empresa (de la cual tiene el control efectivo el trabajador autónomo, cabe entender), existiendo una declaración de emergencia adoptada por la autoridad pública competente, y produciéndose además una caída de ingresos del 75% de la actividad de la empresa respecto del mismo periodo año anterior. Además de que el trabajador autónomo solicitante no haya alcanzado unos ingresos mensuales equivalentes al SMI (o a su base de cotización si fuera inferior).

En cuanto a la determinación del periodo en el que deben cumplirse las aludidas exigencias de carácter económico (que los ingresos de la empresa hayan caído el 75% respecto del año anterior, y que los rendimientos del autónomo no alcancen la cuantía del SMI), lo cierto es que nada indica el precepto, a diferencia de los dos supuestos anteriores en que se aludía a “*los dos trimestres fiscales previos a la solicitud*”. Una posible solución sería estimar que en este caso también se está refiriendo la norma a ese mismo periodo de tiempo; aunque también podría objetarse que parece un plazo muy amplio para un caso de fuerza mayor.

En otro orden de cosas, aclárese que la alusión a la declaración de emergencia por la autoridad debe ponerse en relación con el art. 23 de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil: “*La declaración de zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil prevista en esta Ley se efectuará por acuerdo del Consejo de Ministros*”<sup>10</sup>. En definitiva, es esta una situación legal de cese de actividad que solamente entrará en juego en el supuesto, ciertamente excepcional, de que se haya producido una declaración oficial de zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil.

Coherentemente con la incorporación de los referidos nuevos supuestos, el RD-Ley 13/2022 ha alterado también la redacción del art. 332 LGSS, que regula la manera en que el solicitante debe acreditar que se encuentra en situación legal de cese de actividad, detallando cuáles son los documentos que demuestran el cumplimiento de los requisitos establecidos en cada caso.

Así por ejemplo, respecto de este caso de fuerza mayor parcial se incluye que debe aportarse el “*acuerdo de la administración pública competente al que hace referencia el art. 331.1 b)*”, es decir la declaración de emergencia adoptada por la autoridad pública.

Según ha quedado dicho, en caso de cese de actividad temporal parcial por causas ETOP no es obligatorio el cierre del establecimiento, así que naturalmente se ha eliminado la exigencia de presentar los documentos que acrediten dicho cierre.

Además, se explicita ahora en este mismo art. 332 LGSS que no procede la baja en la Seguridad Social en los supuestos contemplados en el art. 331.1 a) 4º y 5º, lo que resulta lógico ya que el autónomo no cesa totalmente en su actividad profesional. Obviamente ello constituye una excepción a la regla general, según la cual la persona solicitante de la PCA

<sup>10</sup> Al respecto *vid.* también el art. 24.2 b) de la misma Ley, estableciendo diversas medidas laborales y de Seguridad Social que se aplican a partir de la declaración de emergencia para los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia; por ejemplo, la posibilidad de obtener una moratoria de hasta un año en el pago de las cotizaciones al RETA.

debe haber solicitado su baja en el régimen especial de la Seguridad Social en el que esté encuadrada<sup>11</sup>.

Tampoco procede solicitar la baja cuando el paro se deba a fuerza mayor temporal; y ello, tanto si el cese es total como si es parcial. Al respecto, conviene precisar que ya en una anterior reforma, instrumentada por el RD-Ley 21/2021, de 26 de octubre, se había eliminado la exigencia de la baja en el RETA en la circunstancia de fuerza mayor temporal total (en el marco de una serie de medidas para facilitar el acceso a la PCA en el supuesto de fuerza mayor temporal, adoptadas inmediatamente después de la pandemia)<sup>12</sup>.

### 3. CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN EN LOS NUEVOS SUPUESTOS DE CESE DE ACTIVIDAD TEMPORAL PARCIAL

El importe de la PCA en los tres supuestos de cese de actividad temporal parcial en estudio será equivalente al 50% de la base reguladora durante todo el periodo de percepción, según dispone el art. 339 LGSS.

No se aplican a los supuestos de cese temporal parcial los topes mínimos ni máximos establecidos en el art. 339.3 LGSS.

No está de más recordar en este lugar que en el supuesto normal, es decir en caso de cese de actividad total, la cuantía está fijada en el 70% de la base reguladora durante todo el periodo de disfrute.

La base reguladora será siempre el promedio de las bases de cotización de los últimos doce meses.

### 4. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES CON EL TRABAJO

La percepción de la PCA siempre ha estado sometida a un régimen muy estricto de incompatibilidades, no permitiéndose al beneficiario ningún trabajo por cuenta ajena ni por cuenta propia, ni siquiera de carácter ocasional<sup>13</sup>.

Aun así la norma aclara actualmente, como no podía ser de otra manera, que en las nuevas situaciones de cese de actividad parcial se puede seguir trabajando por cuenta propia en la misma actividad que ha causado el cese. Pero no se puede realizar otra actividad distinta de esta, según precisa el nuevo apartado f) del art. 330.1 LGSS<sup>14</sup>.

No obstante, es importante advertir que esta posibilidad de mantener la actividad, compatibilizándola con el cobro de la PCA, está sometida a una exigente condición: *“siempre que los rendimientos netos mensuales obtenidos durante la percepción de la prestación no*

<sup>11</sup> Dicha pauta general viene expresada en varios preceptos a lo largo del Título V LGSS, como el art. 332.1.1a), pero se desprende con claridad meridiana del art. 337.2, 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, el 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”*.

<sup>12</sup> Vid. LASAOSA IRIGOYEN, E.: “Modificaciones recientes en la prestación por cese de actividad”, en VV.AA.: *Derecho Vivo de la Seguridad Social*, Laborum, 2022, págs. 168-169.

<sup>13</sup> Con la única excepción de *“los trabajos agrarios sin finalidad comercial en las superficies dedicadas a huertos familiares para el autoconsumo, así como los dirigidos al mantenimiento en buenas condiciones agrarias y medioambientales previsto en la normativa de la Unión Europea para las tierras agrarias”* (art. 342.1 LGSS).

<sup>14</sup> Al margen de lo que sucede en las situaciones de pluriactividad a las que se aludirá más adelante.

*sean superiores a la cuantía del SMI o al importe de la base por la que se viniera cotizando, si esta fuera inferior” (art. 342.1 LGSS).*

Si por el contrario los rendimientos netos mensuales del autónomo superan este límite se producirá la suspensión de la PCA, según se desprende de la nueva redacción del art. 340.1 c) LGSS.

De cualquier modo, téngase presente que la regla general sigue siendo la incompatibilidad entre la PCA y el trabajo por cuenta propia o ajena; así como el requisito de que los TRADE finalicen su actividad con todos sus clientes para poder ser beneficiarios de la PCA (art. 337.3 LGSS).

## **5. EL ABONO DE LA COTIZACIÓN DURANTE LA PERCEPCIÓN DE LA PCA EN LOS NUEVOS SUPUESTOS**

Con referencia al abono de la cotización durante la etapa en que se lucra la PCA, dispone ahora el art. 329.1 b) LGSS que en las situaciones de cese temporal parcial por causas ETOP, el órgano gestor se hará cargo del 50% de la cuota, mientras el otro 50% será a cargo del trabajador autónomo.

La Mutua abonará al beneficiario junto con la PCA el importe del 50% de la cuota, siendo este último el responsable del ingreso de la totalidad de la cotización.

Nada se establece con relación al tercer supuesto examinado, es decir al cese temporal parcial por fuerza mayor. Cabe inferir de esta omisión que le resultará aplicable la regla general, según la cual el órgano gestor se hace cargo de la totalidad de la cuota.

## **6. NACIMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN**

Ha experimentado asimismo variaciones el art. 337 LGSS, que determina la fecha en la que da comienzo el derecho a la percepción de la PCA.

Téngase en cuenta que en esta materia hay una regla general según la cual en caso de cese por causas ETOP, el derecho al percibo de la prestación nace al día siguiente de la fecha de efectos de la baja en la Seguridad Social (ya sea en el RETA o en el RTM).

Pues bien, al haberse incorporado a la ordenación de la PCA diversas situaciones en las que no se exige que el autónomo se dé de baja en la Seguridad Social para poder ser beneficiario, obviamente era necesario establecer otro criterio para el nacimiento del derecho. Al respecto, afirma actualmente el art. 337 LGSS que este nacerá:

-En el supuesto contemplado en el art. 331.1 a 4º (ERTE de los trabajadores asalariados), el primer día del mes siguiente a la comunicación a la autoridad laboral de la decisión empresarial.

-En el supuesto contemplado en el art. 331.1 a 5º (autónomos sin empleados), el primer día del mes siguiente a la solicitud.

-En el caso de fuerza mayor temporal, tanto parcial como total, y teniendo en cuenta que no procede la baja en ambos casos como se ha visto, el derecho al percibo nacerá el día en que quede acreditada la concurrencia de la fuerza mayor a través de los documentos oportunos; es decir el momento en que se entiende producida la fuerza mayor según se desprende de la documentación acreditativa.

En los supuestos de fuerza mayor definitiva, pérdida de la licencia administrativa, violencia de género y divorcio del colaborador familiar, dispone el art. 337.2 en su versión reformada que el derecho nacerá *“El día primero del mes siguiente a aquel en que tenga efectos la baja como consecuencia del cese en la actividad”*.

## 7. OTRAS MODIFICACIONES TRAÍDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 13/2022

Al margen de la incorporación de las situaciones legales de cese de actividad parcial que se han analizado, y de las alteraciones del Título V relacionadas con esta novedad, 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 prestación por cese de actividad ha supuesto también cambios respecto de otros aspectos de la ordenación de esta materia, siendo los más significativos las que a continuación se exponen<sup>15</sup>:

### A) Nuevo cómputo de la carencia mínima más flexible

Posiblemente la más relevante de estas variaciones sea la relativa al cómputo de la carencia mínima. Pues aunque sigue establecida en doce meses, ya no se exige que estos sean *“continuados e inmediatamente anteriores”* a la situación de cese de actividad; sino que *“al menos doce meses deben estar comprendidos en los veinticuatro meses inmediatamente anteriores”*, lo que sin duda contribuye a facilitar el acceso a la protección (art. 338.1 LGSS).

Nótese sin embargo que no se ha variado la redacción del art. 339.1 LGSS, que determina cómo se calcula la base reguladora de la prestación, haciéndola corresponder con *“el promedio de las bases por las que se hubiere cotizado durante los doce meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese”*. A pesar de este tenor literal, habrá que interpretar ahora este artículo en consonancia con la vigente versión del aludido art. 338.1, que permite acceder a la PCA aunque no se haya cotizado durante los doce meses continuados e inmediatamente anteriores, siempre que se acrediten doce meses en los últimos veinticuatro.

### B) Quienes se encontraban en pluriactividad pueden compatibilizar la PCA con el mantenimiento de su trabajo por cuenta ajena

Por primera vez el Título V LGSS dedica una atención específica a las situaciones de pluriactividad, para permitir la compatibilidad entre el percibo de la PCA y la continuidad del trabajo por cuenta ajena que se venía desarrollando.

Como ya se comentó en otro lugar, hasta ahora existía una incompatibilidad absoluta entre la PCA y todo trabajo por cuenta ajena o propia. Al respecto, las asociaciones de trabajadores autónomos habían alzado la voz denunciando que las personas en régimen de pluriactividad estaban obligadas a cotizar por PCA (al no estar excluidas de esta obligación), pero llegada la eventualidad del paro forzoso en su actividad por cuenta propia no podían percibir la PCA, si no cesaban también en su trabajo por cuenta ajena.

<sup>15</sup> Considerando que son menos significativas otras modificaciones como, por ejemplo, las destinadas al empleo del lenguaje inclusivo (sustituyendo *“trabajadores autónomos”* por *“personas trabajadoras autónomas”*); o las que tienen una función meramente aclaratoria, como cuando se indica en el art. 337.1 LGSS que la prestación se solicitará a la Mutua o bien *“a la entidad gestora con la que tengan cubierta la protección dispensada por contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”*, con referencia al Instituto Social de la Marina en el RTM.

En contraste, el actual art. 342.3 LGSS permite al trabajador que estaba en pluriactividad lucrar al mismo tiempo la PCA y el salario que produce su empleo por cuenta ajena; pero únicamente cuando se cumpla el siguiente requisito: que la suma de su salario medio de los cuatro meses anteriores al nacimiento del derecho a la PCA, más la cuantía de esta, no alcancen el importe del SMI vigente.

### **C) La obligatoriedad de la suscripción del acuerdo de actividad: una exclusión de ida y vuelta**

El citado RD-Ley 13/2022 vino a retocar el art. 330 LGSS, para indicar que “*no será necesario suscribir el compromiso de actividad*” en los supuestos de cese de actividad parcial, ni tampoco en caso de cese temporal por fuerza mayor.

Pero lo cierto es que aquel inciso ha sido eliminado con posterioridad, a través de la más reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo; de tal manera que en la actualidad ya no se establece ninguna excepción a la obligatoriedad de firmar el “*acuerdo de actividad*”... “*y acreditar activa disponibilidad para la reincorporación al mercado de trabajo a través de las actividades formativas, de orientación profesional y de promoción de la actividad emprendedora*”, para poder ser beneficiario de la PCA.

Conviene saber, con referencia a esta cuestión, que la nueva Ley de Empleo no solo ha variado la terminología al sustituir el antiguo “*compromiso*” por el “*acuerdo*” de actividad, sino que su contenido tiene ahora un cariz más individualizado; ya que implica para el servicio público de empleo “*la obligación de proporcionar los servicios y actividades concretos comprometidos en el plan de actuación individualizada y el acompañamiento y seguimiento por la persona tutora*”. Y para la persona usuaria, “*los compromisos de participación activa en los servicios y actividades incluidos en el acuerdo y, en su caso, de aceptación de una colocación adecuada*”, tal y como declara su art. 56.1 c). De donde cabe inferir que el acuerdo de actividad podrá adaptarse ahora a cada persona y a su situación concreta, pudiendo tomar en consideración el hecho de que se trate de un cese de actividad temporal parcial.

### **D) Eliminación del requisito de no haber cumplido la edad de jubilación en caso de cese de actividad temporal**

El mismo art. 330 LGSS que acaba de citarse ha sido alterado por el RD-Ley 13/2022 también respecto de otro de los requisitos para ser beneficiario de la PCA: el consistente en no haber cumplido la edad de jubilación, salvo que no se tenga acreditado el periodo de cotización para lucrar la pensión.

En concreto, el cambio consiste en que esta exigencia se aplica ahora “*en el supuesto de cese definitivo*”, y no cuando el cese de actividad es temporal.

De esta manera, actualmente quien continúa trabajando por cuenta propia más allá de la edad a la que podría haberse jubilado, puede acceder a la PCA en caso de cese temporal.

## **E) La regulación de la prestación para la sostenibilidad de la actividad de las personas trabajadoras autónomas de un sector de actividad afectado por el Mecanismo RED**

Finalmente, cabe reseñar que el RD-Ley 13/2022 ha incorporado la ordenación de las nuevas prestaciones para trabajadores autónomos que entran en juego en caso de activación del Mecanismo RED, en las nuevas disposiciones adicionales 48ª y 49ª LGSS, respecto de la modalidad cíclica y sectorial del Mecanismo RED respectivamente.

Podrán percibir las aquellas personas trabajadoras autónomas que desarrollen su actividad en un sector afectado por el Acuerdo del Consejo de Ministros que active el Mecanismo RED en su modalidad cíclica o en su modalidad sectorial, y que además cumplan los requisitos que se establecen.

Del contenido y la literalidad de estos dos extensos preceptos cabe inferir que se trata de dos subtipos específicos de PCA, y no de una prestación totalmente distinta e independiente<sup>16</sup>.

En efecto, aunque la regulación de estas dos prestaciones no se ubica en el Título V sino en otro lugar de la LGSS según se ha visto, y a pesar de que el legislador se refiere a ellas con una terminología propia, omitiendo el uso de la expresión “*prestación por cese de actividad*”<sup>17</sup>, existen algunos elementos que justifican su consideración como dos variantes particulares de PCA. Por ejemplo, el hecho de que en la modalidad sectorial se requiera haber cotizado un año por cese de actividad para ser beneficiario (disp. adic. 49ª.Dos.1.2); y sobre todo, el régimen que se fija para la financiación de las dos modalidades, afirmando: “*Esta protección por cese de actividad se financiará con cargo a la cotización por dicha contingencia*” (disp. adic. 48ª.Diecinueve y disp. adic. 49ª.Quince).

<sup>16</sup> En contra, RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: “El nuevo sistema de cotización de los autónomos”, Brief AEDTSS (<https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/09/BRIEF-cotizacion-autonomos.pdf>): “una prestación diferente a la de cese de actividad, y con reglas y dinámica propias, como por lo demás también sucede en el caso de asalariados, cuya protección en estos casos se articula a partir de la DA 41ª LGSS, y no de la prestación por desempleo”.

<sup>17</sup> No solo en las disp. adic. 48ª y 49ª LGSS, sino también por ejemplo en el vigente art. 309.1 párrafo 3º LGSS, declarando: “*Del mismo modo, durante los periodos en que las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas perciban prestaciones [...] por cese de actividad o para la sostenibilidad de la actividad de las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas en su modalidad cíclica o sectorial...*”

# EL TELETRABAJO. UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL<sup>1</sup>

SHEILA LÓPEZ VICO

*Personal Investigador Predoctoral en Formación-FPLP  
Coordinadora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo  
Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada  
ORCID: 0000-0002-2608-3436*

## 1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La digitalización, junto con otras tendencias empresariales, sociales y económicas surgidas y desarrolladas en los últimos años, ha transformado de manera determinante la concepción del trabajo tal y como lo conocíamos. Desde la década de los años ochenta se ha pasado de un modelo de empresa fordista, donde el trabajo era realizado eminentemente en los centros empresariales y bajo un control directo e inmediato por parte del empresario, a un modelo de empresa posfordista donde prima la búsqueda de la flexibilidad<sup>3</sup> y en el que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación -en adelante TICS- han pasado a ocupar un papel central en el desempeño de la labor productiva.

El citado proceso de transformación del modelo empresarial, ha llevado aparejado también, como no podía ser de otra forma, un necesario proceso de adaptación y modernización de la normativa laboral y social existente en nuestro país, en aras de garantizar la adecuada protección de los trabajadores mediante la cobertura de los nuevos retos derivados de la digitalización de las relaciones laborales.

Sin embargo, la velocidad con la que se han sucedido dichos cambios y la repentina irrupción de la pandemia del COVID-19 -con el efecto acelerador que la misma ha ocasionado en dicho proceso- ha hecho que las medidas de modernización y readaptación

---

<sup>1</sup> Este estudio ha sido realizado en el marco del proyecto de Investigación “*El Sistema Español de Pensiones ante el reto de la revolución digital y robótica: una aproximación multidisciplinar*” (ref. B1-2021\_11).

<sup>2</sup> Ayudas para contratos predoctorales de Formación de Profesorado Universitario del año 2020, financiadas por el Ministerio de Universidades (FPU 2020, concesión definitiva por Orden de 6 de noviembre de 2021).

<sup>3</sup> Esta cuestión, y los retos que plantea en lo que a la configuración jurídico laboral y social se refiere, fue ya advertida en su día por diversos autores. Entre ellos, Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1996, pág. 89.

del marco legal no se hayan encontrado acompañadas con las necesidades existentes en el marco social y empresarial al que se dirigen.

Un ejemplo paradigmático sobre esta cuestión lo encontramos en el marco del trabajo a distancia, el cual, pese a encontrarse recogido en nuestro ordenamiento jurídico laboral, no respondía en ningún caso a la realidad práctica a la cual se dirigía. Así, la regulación de esta figura en nuestro país se encontraba recogida hasta el año 2020 por medio del art. 13 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -en adelante ET-. Dicho precepto, si bien en su momento supuso un avance nada desdeñable en lo que a la implantación del trabajo a distancia se refiere, había venido siendo duramente criticado por la doctrina por su parquedad y carácter insuficiente, al no recoger este, ni tan siquiera, una definición de la figura del teletrabajo y al papel que en esta forma de trabajo ocupaban las TICS<sup>4</sup>. Dicha situación se mantuvo inalterada hasta la irrupción de la pandemia del COVID-19, momento en el cual, como consecuencia de la normativa de emergencia aprobada en nuestro país, se vio prácticamente triplicada la cifra de empresas y trabajadores sujetos a esta forma de trabajo<sup>5</sup>. Dicho tránsito precipitado del trabajo presencial al telemático, hizo patente la necesidad de dotar a esta forma de trabajo de un marco normativo suficiente y actualizado que permitiese garantizar que el mismo no se convirtiese en un foco de trabajo precario. Pues bien, ello se reflejó en la promulgación en un primer momento del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia -en adelante RDTD-, que posteriormente fue sustituido por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia -en adelante LTD-, siendo esta la norma actualmente vigente en nuestro país en esta materia<sup>6</sup>.

Esta norma ha supuesto un avance significativo e indudablemente positivo en nuestro país, al haber corregido algunos de los defectos existentes en el marco normativo previo y que habían sido evidenciados por la doctrina, entre los que cabe destacar, a título ejemplificativo, la introducción de una definición expresa y diferenciada de que debe entenderse por trabajo a distancia, teletrabajo y trabajo presencial. Así, se define el trabajo a distancia como una *«forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular»*. Mientras

<sup>4</sup> Entre otros estudios, cabe destacar QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: “El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura”, en VV.AA.: *Conferencia Nacional Tripartita. El futuro del trabajo que queremos*, Vol. II., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Ed.), Madrid, 2017; MELLA MÉNDEZ, L.: “Configuración general del trabajo a distancia en el derecho español”, en VV.AA.: *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, MELLA MÉNDEZ, L. (Dir.), Madrid, Wolters Kluwer, 2017; SALA FRANCO, T.: “Los precedentes normativos legales del teletrabajo” en VV.AA.: *El teletrabajo*, SALA FRANCO, T. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020; etc.

<sup>5</sup> Datos comparativos sobre el incremento del teletrabajo antes y después de la irrupción del COVID-19 puede encontrarse en INE: “El teletrabajo en España y la UE antes de la COVID-19”, 2020, *passim*, disponible en: [https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es\\_ES&c=INECifrasINE\\_C&cid=1259952649680&p=1254735116567&pagename=ProductosYServicios%2FINECifrasINE\\_C%2FPYSDetalleCifrasINE](https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INECifrasINE_C&cid=1259952649680&p=1254735116567&pagename=ProductosYServicios%2FINECifrasINE_C%2FPYSDetalleCifrasINE) INE: “Indicador de Confianza Empresarial (ICE) Módulo de Opinión sobre el Impacto de la COVID-19 Estado de alarma y segundo semestre de 2020”, 2020, pág. 5, disponible en: [https://www.ine.es/daco/daco42/ice/ice\\_mod\\_covid\\_0320.pdf](https://www.ine.es/daco/daco42/ice/ice_mod_covid_0320.pdf)

<sup>6</sup> Asimismo, y aun cuando en este estudio nos enmarquemos en el estudio de los retos presentes en materia de teletrabajo en el marco del sector privado, cabe destacar como el mismo proceso de modernización puede encontrarse también en el ámbito público, en el cual fue aprobado el art. 47 bis del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público -en adelante EBEP-, destinado a regular la figura del teletrabajo en dicho ámbito y, encontrándose actualmente en trámite de información pública el proyecto de Real Decreto del teletrabajo en la Administración del Estado.

que, sobre la base de dicha definición y como una modalidad específica del trabajo a distancia, define el legislador el teletrabajo como aquel «*que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.*» Finalmente, y como nota del carácter voluntario de esta forma de trabajo, define el trabajo presencial como «*aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa*», desplazando en consecuencia del marco protector de esta norma aquellos supuestos en los que el empleador imponga unilateralmente el lugar remoto de desarrollo de la labor productiva.

Pese a ello, siguen siendo relevantes tanto las cuestiones que habiendo sido contempladas continúan mostrándose como conflictivas en la práctica<sup>7</sup>, como aquellas que directamente han sido omitidas por el legislador<sup>8</sup>. Entre estas últimas, se encuentran precisamente los retos y desafíos que el teletrabajo presenta desde la óptica de la Seguridad Social, al no disponer nada la ley de trabajo a distancia sobre las modificaciones específicas que deben de ser introducidas en las distintas normas existentes en nuestro país en dicha materia en aras de garantizar una protección integral de los teletrabajadores.

Esta cuestión se alza, en nuestra opinión, como una condición *sine qua non* para que el teletrabajo puede ser efectivamente implantado en nuestro país como una forma más de organización de la actividad productiva y aprovechar las significativas ventajas y oportunidades que se desprenden del mismo.

Es por ello que, nos centraremos por medio de este estudio en analizar cuáles son los retos y desafíos que el teletrabajo plantea desde el punto de vista de la Seguridad Social así como también las posibles medidas y modificaciones que sobre la base de los mismos pueden de ser implementadas en nuestro país, haciendo especial alusión en dicho análisis a aquellos colectivos que, por sus propias características o situación, se encuentran en una posición de mayor vulnerabilidad o debilidad ante la generalización del teletrabajo, como son, el de las personas de mayor edad o el colectivo femenino. Para llevar a cabo dicho análisis, se adoptará una metodología eminentemente jurídica, basada en el estudio de la normativa existente en esta materia, ello sin desconocer los pronunciamientos que en torno a esta cuestión se han producido por parte de la doctrina, jurisprudencia y negociación colectiva.

<sup>7</sup> Como es a título ejemplificativo la garantía del derecho a la desconexión digital, la determinación del carácter regular de esta forma de trabajo, la adecuada protección de la salud y seguridad de los teletrabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, la adaptación del ejercicio de los derechos colectivos a un modelo de trabajo marcado por el aislamiento y reducción del contrato entre trabajadores, las posibles repercusiones que presenta esta forma de trabajo en materia de conciliación de la vida personal y profesional, etc.

<sup>8</sup> Pudiendo destacarse, por ejemplo, el teletrabajo internacional y transnacional. Cuestión que en fechas recientes ha tenido que ser abordada, someramente, por medio de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, el cual incorpora un nuevo capítulo V bis en materia de teletrabajadores de carácter internacional en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Cfr. LÓPEZ VICO, S.: "Teletrabajadores de carácter internacional: un análisis crítico de la disposición final 5.9 de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes" en VV.AA.: *Últimas novedades normativas laborales y de Seguridad Social y protección social pública para 2023*, Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2023.

## 2. PRINCIPALES RETOS Y DESAFÍOS DERIVADOS DE LA IMPLANTACIÓN DEL TELETRABAJO EN EL MARCO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

### 2.1. Encuadramiento en el régimen de Seguridad Social

La proliferación y generalización del teletrabajo en nuestro país, no solo conlleva nuevos retos y desafíos derivados del papel central que en esta forma de trabajo ocupan las TICS, sino también por ser esta una modalidad contractual que rompe con el esquema prototípico y tradicional de trabajo al permitir a los trabajadores prestar sus servicios en el lugar por ellos elegido<sup>9</sup> y con un amplio margen también de flexibilidad en la determinación de su horario de trabajo<sup>10</sup>. Precisamente la concurrencia de dichos rasgos ha hecho que, en el pasado, haya sido debatido en diversas ocasiones si en el marco del teletrabajo, trabajo a distancia o trabajo a domicilio -en su concepción tradicional- nos encontramos ante formas de trabajo ordinarias o, por el contrario, ante relaciones laborales de carácter especial<sup>11</sup>.

No obstante, también estos debates han quedado actualmente desplazados en la práctica, entre otras razones porque los cambios que han ocasionado en el marco laboral la introducción de las TICS han provocado que el hecho de que en esta forma de trabajo no concurra una vigilancia directa e inmediata por parte del empresario no suponga, en caso alguno, la inexistencia de un control en el ejercicio de la labor productiva, es más, se habla incluso de la existencia de un tipo de control más invasivo ante las múltiples opciones que ofrecen dichas herramientas (monitorización de correo electrónico, grabación de imagen y sonido, etc)<sup>12</sup>. No pudiendo tampoco, basarse la especialidad de dicha forma de trabajo meramente en el lugar de desempeño de la labor productiva<sup>13</sup>, aun cuando de

<sup>9</sup> Poder de elección que, por medio de la LTD, ha sido matizado respecto a la normativa precedente al haberse suprimido el término “libremente” a la hora de regular la elección por parte del trabajador de dicho lugar de prestación del servicio. De modo que, si bien el lugar de trabajo no podrá ser impuesto al trabajador por parte del empleador-lo cual sobre la base del art. 2 LTD implicaría su calificación como trabajo presencial- tampoco quedará su designación al libre arbitrio del trabajador, debiendo mediar pacto o acuerdo entre las partes en este punto y debiendo ser, en el mismo sentido, plasmado en el acuerdo de trabajo ex art. 7 LTD.

<sup>10</sup> Cfr. Arts. 7, 13 y 14 LTD.

<sup>11</sup> Dicho debate no vio agotada su relevancia únicamente al ámbito doctrinal, sino que por el contrario un análisis detallado de la legislación existente en nuestro país en esta materia nos muestra como también el legislador varió a lo largo de las distintas normas que se sucedieron en nuestro país el régimen jurídico de esta forma de trabajo. Así, en el año 1976, se calificó por medio del artículo 3 c) de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales el trabajo a domicilio como una relación laboral de carácter especial, y se impuso al gobierno, sobre la base del mandato recogido en la disposición adicional cuarta de dicha norma, la obligación legal de aprobar en el plazo de dos años una normativa especial para dicha forma de trabajo. No obstante, y sin entrar aquí a analizar las consecuencias prácticas que tuvo dicho cambio de régimen jurídico, años más tarde, y por medio del art. 13 de la Ley 8/1980 de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores, se devolvió esta forma de trabajo al marco de las relaciones laborales ordinarias.

<sup>12</sup> Así lo recogió OJEDA AVILÉS, A.: “Zonas grises, relaciones laborales especiales y modalidades de contrato”, en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 207, 2008, pág. 17, indicando con sumo acierto que “las nuevas tecnologías han hecho innecesario el control espacial e incluso la misma presencial del trabajador en el centro de trabajo, porque el control ya es virtual. Lo típico y lo atípico se entremezclan... Posiblemente la relación laboral normal y las relaciones especiales estén condenadas a ceder ante unas estructuras contractuales flexibles que no precisen de tales distinciones”.

<sup>13</sup> Punto en el cual existe un amplio consenso doctrinal, pudiendo señalarse entre otros autores los siguientes: DE LA VILLA GIL, L.E.: *El trabajo a domicilio*, cit., págs. 118-119; RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo”, en *Revista de Política Social*, núm. 71, 1966, pág. 159; CARDENAL CARRO, M.: “Relaciones laborales de carácter especial”, en VV.AA.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, GOERLICH PESET, J.M. (Coord.) Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 96, etc.

ello se deriven particularidades que hacen necesario un tratamiento jurídico específico de esta forma de trabajo que permita garantizar una adecuada protección de los trabajadores sujetos a la misma<sup>14</sup>. Ni tampoco, en definitiva, otros rasgos concretos como pueden ser “la falta de horario fijo en el trabajo, el efectuarlo a comisión y no tener obligación de acudir al establecimiento” bastan para aducir dicho carácter especial<sup>15</sup>. Como consecuencia de todo ello, parece que actualmente existe un consenso generalizado -y que se encuentra además respaldado por el tratamiento jurídico otorgado a esta materia-, en que nos encontramos ante una relación laboral ordinaria.

Pues bien, en lo que en este punto nos interesa, tampoco se recoge en materia de Seguridad Social especialidad alguna en lo que a su encuadramiento se refiere, quedando sujetos los trabajadores sometidos a esta forma de trabajo al Régimen General de la Seguridad Social, al encontrarnos no ante una profesión de distinta naturaleza sino ante una forma de organización de la actividad productiva<sup>16</sup>.

El principal reto que realmente se manifiesta en este punto, y que ha venido siendo ya advertido por la doctrina, es que nos encontramos ante una forma de trabajo en la que, como consecuencia de la deslocalización temporal y espacial del trabajador, resulta especialmente acusado el riesgo del surgimiento de lo que en la práctica se ha denominado como “falsos autónomos<sup>17</sup>” o también como un posible foco de trabajo informal. Cuestiones que no solo inciden de manera negativa en la salud, seguridad y promoción profesional del trabajador, sino también en el posible acceso por parte de los mismos en el futuro a prestaciones de carácter contributivo o a la obtención de su máxima cuantía<sup>18</sup>, especialmente si nos situamos en el segundo de los supuestos señalados. Hasta el momento, son escasos los estudios que entran a examinar la incidencia real que esta cuestión presenta en la práctica empresarial, no obstante, algunos de ellos muestran ya como si bien no puede afirmarse de manera generalizada la existencia de un foco de trabajo autónomo o

<sup>14</sup> Tratamiento que, en nuestra opinión, pueda ser llevado a cabo en el marco de la normativa laboral ordinaria sin necesidad de tener que acudir a una norma de carácter especial.

<sup>15</sup> LOPERA CASTILLEJO, M.J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, pág. 141.

<sup>16</sup> BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C. y BENITO-BUTRÓN GONZÁLEZ, A.: “Teletrabajo (trabajo a distancia) y Seguridad Social: tras el Real Decreto Ley 28/2020 surgen incertidumbres”, en VV.AA.: *El nuevo marco legal del teletrabajo en España. Presente y futuro. Una aproximación multidisciplinar*, Rodríguez Ayuso, J.F. y Atienza Macías, E. (DIRS.), Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pág. 111. En este mismo sentido Cfr. GALA DURÁN, C.: “Administraciones públicas. Teletrabajo y Seguridad Social”, en *La administración práctica*, núm 1, 2021 [recurso de acceso digital] para una análisis en torno a las particularidad del teletrabajo en materia de Seguridad Social en el marco de las Administraciones públicas; LOUSADA AROCHENA, J.F., PAZOS PÉREZ, A. y RON LATAS, R.P.: *Trabajo a distancia y teletrabajo. Regulación laboral, procesal y de Seguridad Social; teletrabajo transnacional*, Madrid, Tecnos, 2022, págs. 321 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario”, en *Revista crítica de relaciones de trabajo*, núm. 2, 2022, pág. 13. En el mismo sentido; LÓPEZ VICO, S.: “Digitalización, género y pensiones: una cuenta pendiente en el marco del derecho del trabajo y de la seguridad social”, en VV.AA.: *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social el nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo VI*, Murcia, Laborum, 2022, *passim*; BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C. y BENITO-BUTRÓN GONZÁLEZ, A.: “Teletrabajo (trabajo a distancia) y Seguridad Social: tras el Real Decreto Ley 28/2020 surgen incertidumbres”, en VV.AA.: *El nuevo marco legal del teletrabajo en España. Presente y futuro. Una aproximación multidisciplinar*, Rodríguez Ayuso, J.F. y Atienza Macías, E. (DIRS.), Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pág. 117 y GRAU PINEDA, C.: “La economía digital o de plataformas («platform economy») como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario?”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 213, 2018. [Recurso de acceso digital].

<sup>18</sup> Este objetivo ha sido expresamente plasmado en la Recomendación 19 bis del Informe del Pacto de Toledo del año 2020, BOE de 10 de noviembre de 2020, núm 175, disponible en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-175.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-175.PDF).

por cuenta propia fraudulento en esta forma de trabajo, si que existe un abundante número de dichas relaciones laborales de carácter autónomo que, por sus rasgos característicos, podrían ser reconducidas al trabajo por cuenta ajena<sup>19</sup>. Sin embargo, si nos centramos específicamente en el colectivo de teletrabajadores de carácter informal, el número de los mismos se ve reducido significativamente<sup>20</sup>.

## 2.2. Particularidades e interrogantes en materia de cotización en el teletrabajo

Otra de las cuestiones que habitualmente se encuentra presente al analizar la incidencia del teletrabajo desde la óptica de la Seguridad Social es como cotizan los distintos gastos que le son abonados al trabajador por la realización de su actividad productiva desde su domicilio. De modo que, ante la ausencia de una referencia expresa a esta cuestión en la norma, cabe aplicar la normativa general existente en nuestro sistema legal.

En lo referente a la cantidad abonada por el empresario en concepto de gastos por el desempeño de la labor productiva fuera de los centros empresariales<sup>21</sup> -sea en el domicilio del trabajador o en otro lugar por el elegido- existe un amplio consenso en la doctrina en torno a la necesidad de excluir el mismo de las bases de cotización, al no tener esta naturaleza retributiva sino compensatoria y responder a un gasto derivado de la actividad productiva que no tendría porque correr a cargo del trabajador<sup>22</sup>. No obstante, dicha cuestión no queda tampoco exenta de dudas, habiendo planteado la doctrina que ocurre en caso de que el abono de dichos gastos no vaya acompañado de un justificante de los mismos, sea desproporcionada, etc<sup>23</sup>. Cuestión que, en definitiva podría haber sido fácilmente desplazada incluyendo expresamente en la normativa reguladora ya existente la exclusión o no del abono de dichos gastos<sup>24</sup>.

Por otro lado, en lo que a la dotación y mantenimiento de medios, equipos y herramientas por parte del empresario se refiere<sup>25</sup>, considera la doctrina que en principio, y siempre y cuando los mismos se destinen exclusivamente al trabajador para el desarrollo de su labor productiva, los mismos deben de quedar excluidos de la base de cotización<sup>26</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. VV.AA.: El teletrabajo en la Comunitat Valenciana, Peiró Silla, J.M. y Todolí Signes, A. (Dirs.), Valencia, 2022, págs. 172 y ss., disponible en: <https://adriantodoli.com/wp-content/uploads/2023/02/Informe-Teletrabajo-CV-2022.pdf>

<sup>20</sup> *Ibidem*, pág. 41.

<sup>21</sup> Cfr. Art. 7 b) y 12 LTD

<sup>22</sup> Un estudio detallado sobre esta cuestión puede encontrarse en LOUSADA AROCHENA, J.F., PAZOS PÉREZ, A. y RON LATAS, R.P.: *Trabajo a distancia y teletrabajo. Regulación laboral, procesal y de Seguridad Social; teletrabajo transnacional*, cit., pág. 323.

<sup>23</sup> Cfr. CLARK, N.: “La compensación de gastos de teletrabajo no cotiza”, Blog Laboral Garrigues, disponible en: <https://bloglaboral.garrigues.com/la-compensacion-de-gastos-de-teletrabajo-no-cotiza#:~:text=De%20conformidad%20con%20el%20Bolet%C3%ADn,de%20la%20base%20de%20cotizaci%C3%B3n.> [Consultado el 26/03/2023]

<sup>24</sup> *Vid.* DÍAZ GARCÍA, M.: “A vueltas con los gastos del teletrabajo: ¿cuál es la situación actual?”, en *elderecho.com* noticias jurídicas y actualidad, disponible en <https://elderecho.com/a-vueltas-con-los-gastos-del-teletrabajo-cuales-la-situacion-actual> [Consultado el 26/03/2023]

<sup>25</sup> Cfr. Art. 7 a) y 11 LTD.

<sup>26</sup> Ello ex art. 23.1 a) Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social -RD 2064/1995- y 147.1 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-. Cfr. GALA DURÁN, C.: “Administraciones públicas. Teletrabajo y Seguridad Social”, cit., [recurso de acceso digital]. Ante las dudas que esta cuestión suscitó en la práctica también se pronunció en dicho sentido la Tesorería General de la Seguridad Social por medio del Boletín 3/2021, Noticias RED, disponible

Sin embargo, el problema se presenta en este punto en aquellos supuestos en los que se le permite al teletrabajador utilizar sus medios personales en el desempeño de su actividad productiva<sup>27</sup> o utilizar con dichos fines aquellos facilitados por la empresa<sup>28</sup>. De nuevo, en aras de disipar las dudas interpretativas que surgen de la aplicación de esta forma de trabajo, hubiera resultado necesario contemplar estas cuestiones expresamente en el marco del art. 147 LGSS y del RD 2064/1995.

Finalmente, también se ha pronunciado la doctrina sobre la cotización de otros gastos específicos que pueden concurrir en el marco del teletrabajo como son los de locomoción en el modelo de teletrabajo híbrido, por el desplazamiento del domicilio o lugar de prestación del servicio a distancia al centro empresarial, entendiendo en este punto la doctrina que los mismos deben de quedar excluidos de la base de cotización<sup>29</sup>.

### 2.3. Aspectos conflictivos en materia de prevención de riesgos laborales: especial referencia al accidente de trabajo

Otro de los aspectos en los que los matices introducidos por medio de la LTD no han sido suficientes para colmar las múltiples dudas interpretativas que surgen en la práctica es precisamente en el marco de la protección de salud y seguridad del trabajador en el desempeño de su labor productiva.

Efectivamente, la nueva ley introduce una sección cuarta destinada a normar el derecho a la prevención de riesgos laborales. Dicha sección la integran dos artículos, por un lado el art. 15 LTD, mediante el cual se introduce una remisión expresa en esta materia a la normativa contenida en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales -en adelante LPRL- y a su normativa de desarrollo. Y por otro lado, el art. 16 LTD entra a recoger aquellos aspectos específicos que el legislador considera que deben de ser tomados en consideración en aras de garantizar el cumplimiento de las obligaciones y derechos de las partes en materia de prevención de riesgos laborales. En particular, alude en este punto a la necesidad de que sean tenidos en cuenta los riesgos que resultan inherentes a esta forma de trabajo, como son “los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos”<sup>30</sup> y añade expresamente en dicho listado también aquellos ligados a la accesibilidad del entorno laboral efectivo. Referencia esta última que, si bien supone un avance en la protección jurídico laboral y social de las personas con diversidad funcional, al introducir la necesaria consideración a la garantía de la accesibilidad también en el marco de la protección de la salud y seguridad, resulta criticable por la falta de concreción y parquedad con la cual se ha recogido esta cuestión, cuya efectiva garantía hubiera requerido un tratamiento específico y determinado por medio de la incorporación de medidas protectoras específicas<sup>31</sup>.

en: <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/6d258a62-7d43-4f87-8482-9db7a04b38be/BNR+03-2021.pdf?MOD=AJPERES>.

<sup>27</sup> Situación a la cual se hace referencia en el art. 17.2 LTD.

<sup>28</sup> *Vid.* Art. 17.3 párrafo segundo.

<sup>29</sup> Un estudio detallado de esta cuestión puede encontrarse en LOUSADA AROCHENA, J.F., PAZOS PÉREZ, A. y RON LATAS, R.P.: *Trabajo a distancia y teletrabajo. Regulación laboral, procesal y de Seguridad Social; teletrabajo transnacional*, cit., págs. 323 y 324.

<sup>30</sup> *Cfr.* Art. 16 LTD.

<sup>31</sup> Sobre las lagunas presentes en la LTD en el marco de la protección jurídico social de las personas con diversidad funcional *Cfr.* LÓPEZ VICO, S.: “Teletrabajo y discapacidad” en VV.AA.: *Empleo y protección social de las personas con discapacidad en Andalucía*; Monereo Pérez, J.L. Moreno Vida, M.N. y Maldonado Molina, J.A. (Dir.), 2023, págs. 283-307.

Como consecuencia de la difuminación que en esta forma de trabajo, y especialmente en su modalidad de teletrabajo<sup>32</sup>, se produce entre la vida personal y profesional se subraya la necesidad de que en el marco de la PRL se preste especial atención a “la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada<sup>33</sup>.” Sin embargo, también queda dicha referencia en una mera declaración de intenciones, al no incorporar posteriormente esta norma ninguna medida específica que permita garantizar el derecho constitucionalmente reconocido al descanso<sup>34</sup> y, como manifestación específica de este en el marco de la digitalización, del derecho a la desconexión digital<sup>35</sup>.

Sin embargo, y en lo que en este estudio nos interesa, probablemente una de las cuestiones que mayor problemática está suscitando en la práctica en materia de teletrabajo es la posible calificación o no de un determinado accidente o enfermedad sufrido por el teletrabajador o trabajador a distancia como accidente o enfermedad de trabajo cuando estos han tenido lugar en el domicilio o lugar elegido por la persona trabajador para llevar a cabo su actividad productiva.

El art. 156 LGSS es el precepto que regula en nuestro país el accidente de trabajo, debiendo de entenderse este como “*toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena*”. Sobre la base de dicha definición, puede extraerse que los requisitos concretos que deben de concurrir para calificar un determinado accidente en los términos de este precepto como accidente de trabajo son, que nos encontremos ante una lesión corporal, que la persona que lo sufra sea un trabajador por cuenta ajena y que exista una relación de causalidad entre el trabajo llevado a cabo por el trabajador y la lesión sufrida. Esta última nota, se regula de manera amplia por la norma, recogiendo la misma, por un lado, una presunción *iuris tantum* de laboralidad del accidente cuando el mismo se produzca en el tiempo y lugar de trabajo ex art. 156.3 LPRL, y por otro lado, una serie de supuestos en los que se recoge una presunción *iuris et de iure*, es decir, donde no solo se presume la existencia de dicho accidente de trabajo sino que además no admiten prueba en contra ex art. 156.2 LPRL<sup>36</sup>.

Pues bien, centrándonos específicamente en el primero de dichos supuestos, esto es, aquellos en los que se presume la laboralidad del accidente cuando el mismo ocurre en el

<sup>32</sup> Ante las facilidades que las TICS introducen de cara a la comunicación de las personas que intervienen en la relación laboral -trabajadores, empresarios y clientes- sin importar el lugar o el momento en el que los mismos se encuentren.

<sup>33</sup> Cfr. Art. 16.1 LTD.

<sup>34</sup> De hecho, resulta muy ilustrativo realizar una comparación expresa entre el tratamiento otorgado a esta materia por parte de la nueva LTD y aquel que venía presentándose en la normativa y disposiciones que le anteceden. En este sentido, una confrontación con el contenido del Acuerdo Marco Europeo del Teletrabajo del año 2002 -en adelante AMET- muestra como pese a haber transcurrido casi dos décadas entre la promulgación de ambas normas, no se ha avanzado prácticamente en esta materia. Una confrontación detallada entre ambas normas puede encontrarse en GINÈS I FABRELLAS, A., LUQUE PARRA, M. y PEÑA MONCHO, J.: *Teletrabajo. Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, págs. 102 y ss. Asimismo puede verse en ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “El trabajo a domicilio” en VV.AA.: *El trabajo*, VILLA GIL, L.E. (Coord.), Editorial Universitaria Ramón Areces, España, 2011, pág. 221, quien señala como ya desde la década de los años ochenta venía siendo manifiesta la deficiencia que nuestro marco legal presentaba de cara a garantizar la protección de la salud y seguridad de este colectivo de trabajadores.

<sup>35</sup> Para un estudio detallado del tratamiento dado al derecho a la desconexión digital por la LTD en nuestro país Vid. LÓPEZ VICO, S.: “El derecho al descanso en la nueva realidad laboral, especial referencia al fenómeno del teletrabajo”, en *Revista crítica de relaciones de trabajo*, Laborum, núm. 4, 2022.

<sup>36</sup> Vid. VV.AA.: *Manual de Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Madrid, Tecnos, 2022. [Recurso de acceso digital]

lugar y tiempo de trabajo, puede ya deducirse las dificultades que, en una forma de trabajo como es el trabajo a distancia o su modalidad de teletrabajo, surgen a la hora de determinar si el accidente tuvo o no lugar durante dicho tiempo de trabajo, dada la flexibilidad horaria inherente a esta forma de trabajo. Y en el mismo sentido, en la delimitación de que debe entenderse por «*lugar o zona de trabajo*» cuando el mismo se lleva a cabo fuera de los centros empresariales y, especialmente, desde el propio domicilio del trabajador<sup>37</sup>.

Estas lagunas presentes en la LPRL, derivadas del modelo tradicional de trabajo sobre la base del cual se articuló dicha norma, no han sido tampoco abordadas de manera satisfactoria por la LTD, la cual, por medio del párrafo segundo de su art. 16.1 se limita a disponer que “*la evaluación de riesgos únicamente debe alcanzar a la zona habilitada para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia.*” Dicho precepto, no ha hecho sino ocasionar aún más interrogantes en la práctica sobre la flexibilidad con la cual debe de ser interpretada dicha noción de “*zona habilitada*” para el desempeño de la labor productiva a distancia de cara a la concurrencia de un accidente de trabajo, ya que una interpretación estricta de la misma impediría calificar como accidente de trabajo aquel que tuviese lugar por ejemplo en la cocina o en el baño de la vivienda, cuestión que no deja de resultar absurda si se compara con la calificación que tendría un accidente ocurrido en los mismos términos pero en los centros empresariales. Mientras que por el contrario, una interpretación amplia supondría extender dicha calificación al domicilio entero<sup>38</sup>.

Pues bien, esta laguna que ya había venido siendo advertida por la doctrina laboral en nuestro país<sup>39</sup>, está actualmente llegando a los tribunales, siendo muy variados y diversos los pronunciamientos de las distintas salas sobre esta cuestión. Así, en primer término cabe hacer alusión a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid -en adelante STSJ- de 11 de noviembre de 2022<sup>40</sup>, mediante la cual se estimó el recurso interpuesto por un trabajador, revocando con ello la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4, de Madrid de 15 de diciembre de 2021 en la que consideró que la caída sufrida por un teletrabajador mientras volvía de coger una botella de agua de la cocina no podía dar lugar a su calificación como accidente de trabajo al no haberse producido dicho accidente con ocasión del trabajo “ya que el actor no estaba ejecutando tarea profesional alguna en ese momento, se encontraba en la cocina en concreto, ni tampoco en su lugar de trabajo que se limitaba al espacio habilitado para prestar sus servicios<sup>41</sup>”, al considerar el TSJ de Madrid que “la resolución de instancia hace una interpretación un tanto mecanicista y

<sup>37</sup> Como señala BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C. y BENITO-BUTRÓN GONZÁLEZ, A.: “Teletrabajo (trabajo a distancia) y Seguridad Social: tras el Real Decreto Ley 28/2020 surgen incertidumbres”, en VV.AA.: *El nuevo marco legal del teletrabajo en España. Presente y futuro. Una aproximación multidisciplinar*, Rodríguez Ayuso, J.F. Y Atienza Macías, E. (Dirs.), Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pág. 127, dichas dificultades se encuentra ligadas a los múltiples supuestos particulares en los que ha podido producirse el accidente, señalando estos autores, entre otros, la posibilidad de que se hubiese interrumpido la jornada de trabajo para realizar tareas privadas o puramente domésticas, para el descanso del trabajador, etc.

<sup>38</sup> BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C. y BENITO-BUTRÓN GONZÁLEZ, A.: “Teletrabajo (trabajo a distancia) y Seguridad Social: tras el Real Decreto Ley 28/2020 surgen incertidumbres”, en VV.AA.: *El nuevo marco legal del teletrabajo en España. Presente y futuro. Una aproximación multidisciplinar*, Rodríguez Ayuso, J.F. y Atienza Macías, E. (Dirs.), cit., pág. 127.

<sup>39</sup> Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ VICO, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del COVID-19 una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*, Murcia, Laborum, 2022, págs. 109 y ss.

<sup>40</sup> STSJ de Madrid Sala de lo Social, Sección 1ª, núm. 980/2022 de 11 de noviembre [JUR/2022\375691] ECLI:ES:TSJM:2022:13496.

<sup>41</sup> *Ibidem*, FD primero.

estricta de lo que haya de entenderse como lugar de trabajo. Viene a defender que coincide con el puesto concreto que físicamente ocupa. En este caso, constituido, básicamente, por una mesa, una silla y un ordenador en su domicilio particular... Pero que coyuntural o definitivamente su labor se ejecute en esas circunstancias no excluye una serie de supuestos que la lógica interpretativa impondría si se desarrollaran en el «domicilio» de la empresa<sup>42</sup>. Aludiendo en este punto expresamente la sala al caso en el cual “se deja temporalmente dicho puesto y se sufre una caída, por ejemplo dirigiéndose al WC o en su interior; o cuando se desplaza a un lugar habilitado por la empleadora para servirse una bebida y/o un producto alimenticio<sup>43</sup>.” Al entender el mismo que estas constituyen “actividades normales en la vida laboral<sup>44</sup>”.

Sin embargo, en sentido contrario, cabe citar la STSJ de Madrid de 3 febrero de 2023<sup>45</sup>, en la cual se descartó al posibilidad de calificar como accidente de trabajo el infarto de miocardio sufrido por un trabajador en el baño de su domicilio en el cual teletrabajaba. En este caso, si bien la sala se pronuncia descartando la interpretación mecanicista y rígida que la sala de primera instancia realizó sobre la interpretación de que debe de entenderse por lugar de trabajo en el teletrabajo en los mismo términos que la sentencia anteriormente analizada, considera que no puede considerarse que dicho infarto tuviese lugar en el tiempo de trabajo ya que el trabajador no había encendido su terminal dicho día. En este sentido, cabe destacar como la empresa había acordado con el trabajador una flexibilización de la jornada de trabajo, fijándose el inicio de la misma por la empresa a las 9:00 de la mañana, pero pudiendo producirse la conexión una hora antes o después de dicha hora. Como consecuencia de ello, se descarta por la sala la posibilidad de afirmar que concurren causas suficientes para aplicar la presunción de laboralidad del accidente de trabajo, aun cuando la demandante alega que su difunto marido había venido accediendo a su terminal todos los días del mes anterior antes en torno a las 9:00 de la mañana. Cuestión que, considera el tribunal, no es suficiente para demostrar la habitualidad en lo que a la incorporación a la jornada laboral se refiere, siendo necesario para ello constatar dicha circunstancia en un periodo de tiempo mayor al aportado por la demandante<sup>46</sup> que se limitaba únicamente al mes anterior al fallecimiento del trabajador.

Ambas sentencias, muestran lo delicado que resulta probar la concurrencia de un accidente de trabajo en el marco del teletrabajo, tanto en lo que a la concreción de la zona a tomar como referencia de cara a discernir si el mismo se ha producido en el «*lugar de trabajo*», punto en el cual parece la doctrina judicial inclinarse por una interpretación amplia, como en el «*tiempo de trabajo*», en el que sin embargo parece que cobrará un rol central atender a si el trabajador se ha conectado a su terminal o «*fichado*» en el día concreto en el cual tuvo lugar el accidente. Más problemático resultará de cara a la calificación de un accidente como laboral aquellos supuestos de trabajo a distancia -que no implican dicho uso intensivo de las TICS- o aquellos en los que la prestación sea realizado con carácter off line.

<sup>42</sup> STSJ de Madrid de 11 de noviembre 2022, *cit.*, FD quinto.

<sup>43</sup> STSJ de Madrid de 11 de noviembre 2022, *cit.*, FD quinto.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, núm. 89/2023 de 3 febrero de 2023 [JUR\2023\95541] ECLI:ES:TSJM:2023:1215

<sup>46</sup> *Ibidem*, FD séptimo.

## 2.4. Teletrabajo y pensiones: retos y desafíos para la protección de los colectivos más vulnerables

Finalmente, en un análisis como el presente, no puede omitirse la realización de una breve referencia a la incidencia que esta forma de prestación del servicio a distancia está teniendo y tendrá en materia de pensiones.

El teletrabajo, como hemos señalado ya, no solo supone un cambio significativo en el modelo de trabajo en torno a cual se ha asentado y configurado nuestro Derecho Social, sino que además, constituye una nueva y tentadora vía para el trabajo informal o el fraude laboral, en particular por medio de la proliferación de trabajadores autónomos en los que concurren todos los rasgos de una relación laboral ordinaria por cuenta ajena<sup>47</sup>.

Pues bien, todo ello marca de manera clara el posterior acceso de este colectivo de trabajadores a una pensión de jubilación, especialmente de carácter contributivo, y a la cuantía de la misma<sup>48</sup>.

En el marco descrito, resulta especialmente preocupante la incidencia que esta cuestión puede tener desde un punto de vista de género, siendo ya numerosos los estudios que advierten de que el teletrabajo puede presentar mayores riesgos para las mujeres que para los hombres<sup>49</sup>. Ello se encuentra asociado a diversos factores presentes en la incorporación y desarrollo profesional de la mujer en el mercado laboral, destacando especialmente entre ellos los estereotipos aún existentes tanto en nuestro país como en el marco europeo que ligan la figura de la mujer al cuidado del hogar y de la familia<sup>50</sup>. Junto a este riesgo, cabe citar también la mayor propensión de estas a acudir, tanto en la forma tradicional de trabajo a domicilio como en sus más modernas concepciones de trabajo a distancia y teletrabajo<sup>51</sup>, a esta forma de trabajo en aras de lograr la conciliación de la vida familiar y personal, posibilidad que si bien ha sido venido recogida desde hace décadas entre las ventajas inherentes al teletrabajo, no se encuentra exenta de riesgos, pudiendo llevar a la errónea concepción del teletrabajo como una forma de simultanear las obligaciones personales y familiares con aquellas laborales<sup>52</sup>, con la incidencia negativa

<sup>47</sup> Al respecto *Vid.* CARMEN GRAU PINEDA: “La economía digital o de plataformas («platform economy») como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario?”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 213, 2018. [Recurso de acceso digital]

<sup>48</sup> Esta preocupación, con una alusión expresa a los colectivos vulnerables en general y al de las mujeres en particular, ha sido también plasmada en el Informe del Pacto de Toledo del año 2020, *cit.*, pág. 54.

<sup>49</sup> *Vid.* DURÁN BERNARDINO, M.: “Digitalización y empleo: retos del futuro del trabajo desde una perspectiva de género”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 21, 2021, pág. 12 y GALA DURÁN, C.: “Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral ¿Solución o trampa?” en VV.AA.: *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Todolí Signes, A. y Rodríguez Piñero, M. (Dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pág. 301. Sobre la posición más débil que actualmente presentan las mujeres en el mercado de trabajo en general *Vid.* MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario”, en *Revista crítica de relaciones de trabajo*, núm. 2, 2022, pág. 14.

<sup>50</sup> *Cfr.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una unión de la igualdad: Estrategia para la igualdad de género 2020-2025, Bruselas, 2020, pág. 7, disponible: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152&from=ES>

<sup>51</sup> “Women were more likely to work from home than men (46.4% compared with 43.1% in July 2020)”. EUROFOUND: “Right to disconnect: Exploring company practices”, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021, pág. 3.

<sup>52</sup> Posibilidad a la cual incluso se llegó a hacer alusión expresamente en el listado de ventajas en materia de teletrabajo recogido por medio de la NTP 412: Teletrabajo. Criterios para su implantación, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 1996, pág. 5, disponible en: <https://www.insst.es/documents/94886/189828/NTP+412++Teletrabajo+criterios+para+su+implantaci%C3%B3n.pdf>, aludiendo específicamente a la

que ello tendría no solo en el desempeño y desarrollo profesional del trabajador, sino también en su propia salud y seguridad ante la sobrecarga de trabajo que ello supondría<sup>53</sup>, en especial en la modalidad de teletrabajo en la que la centralidad que ocupan las TICS facilitan asimismo la prolongación de la jornada laboral más allá de los límites legal y convencionalmente pactados<sup>54</sup>.

Todas estas cuestiones inciden de manera irremediable, tal y como hemos señalado, en el acceso de este colectivo a las distintas prestaciones y especialmente a aquellas de carácter contributivo<sup>55</sup>. Por ello, no resulta extraño que en nuestro país sea mayor el número de mujeres que acuden a prestaciones de carácter no contributivo frente a sus homólogos masculinos<sup>56</sup>.

Junto a la perspectiva de género, otro aspecto que cobra especial relevancia en el estudio de la posible incidencia del teletrabajo en materia de pensiones es precisamente las posibilidades que esta forma de trabajo ofrece en lo que a la prolongación de la vida laboral de las personas de mayor edad se refiere<sup>57</sup>. Y es que, el teletrabajo, gracias a la flexibilidad temporal y horaria que lleva aparejada, puede constituir una vía adecuada a través de la cual prolongar la vida activa de los trabajadores<sup>58</sup> desplazando así el uso de las medidas de flexibilidad externa que hasta la fecha han venido siendo utilizadas como una

“posibilidad de atender en casa, al tiempo que se trabaja, a niños o personas ancianas o enfermas” en esta forma de trabajo.

<sup>53</sup> Vid. MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “Efectos y desafíos del retroceso en igualdad de género por acción de la pandemia en la escena mundial”, en *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 90, 2022. [Recurso de acceso digital]

<sup>54</sup> Al respecto alude OIT: “Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia”, Ginebra, 2019, pág. 40, disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_686762.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_686762.pdf). En el mismo sentido Cfr. VV.AA.: *Límites a la conectividad permanente en el trabajo. Salud y competitividad empresarial*, TRUJILLO PONS, F. (Dir.), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2023.

<sup>55</sup> Un análisis detallado sobre los diversos rasgos característicos de la actividad productiva de la mujer en nuestro país y la incidencia que en la misma ha tenido la digitalización puede encontrarse en LÓPEZ VICO, S.: “Digitalización, género y pensiones: una cuenta pendiente en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, en VV.AA.: *La encrucijada de las pensiones del sistema español de seguridad social: El nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo: VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2022, Vol. 2, págs. 1119-1141.

<sup>56</sup> Así lo recoge el análisis realizado por el Instituto de las Mujeres, el cual muestra como en el año 2021 existía un mayor porcentaje de mujeres que acudía a prestaciones de carácter no contributivo. En concreto, mientras que se contabilizó un 159.553 hombres beneficiarios el número de mujeres ascendió a un total de 286.998, destacando especialmente el número de solicitantes de la pensión de jubilación de carácter no contributivo. Disponible en: <https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/EmpleoPrestaciones/PensionesNOcontributivas.htm>

<sup>57</sup> Fin que, ante lo cambios económicos y sociales que se han producido en nuestro país -como son las bajas tasas de natalidad, la postergación de la entrada de los jóvenes en el mercado de trabajo, la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo, la digitalización y su incidencia en el empleo o la cercana jubilación de la generación del baby boom- y en el marco del debate sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones, se alza como una cuestión nuclear. Así, fue ya recogido en la orientación núm. 6 de la Decisión (UE) 2015/1848 DEL CONSEJO de 5 de octubre de 2015 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para 2015, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015D1848&from=DE> y más recientemente en el propio Informe del Pacto de Toledo del año 2020, pág. 51 y recomendación núm. 12. También se alude a esta línea de actuación en el Plan de recuperación, transformación y resiliencia aprobado por el Gobierno de España el 27 de abril del año 2021, y en particular en su componente 30, en el cual se alude expresamente entre las líneas de actuación a seguir el continuar con el “proceso de acercamiento de la edad efectiva de jubilación a la edad legal a través de incentivos a la demora de la jubilación y ajustando los elementos distorsionantes en la regulación de las jubilaciones anticipadas”.

<sup>58</sup> Un estudio exhaustivo sobre esta cuestión puede encontrarse en MONTES ADALID, G.: “Una breve aproximación al teletrabajo como opción para posponer la jubilación. Especial referencia a la sostenibilidad del sistema de pensiones”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 5, 2022.

vía de reestructuración empresarial basada en la expulsión de los trabajadores de mayor edad<sup>59</sup>. Este hilo conductor, es el que se ha encontrado presente en el aluvión normativo que en los últimos dos años se ha producido en nuestro país<sup>60</sup>, sin embargo, en ninguna de dichas normas -así como tampoco en el propio marco de la LTD- puede encontrarse un mecanismo o medida de carácter específico que realmente permita concebir el teletrabajo como una vía posible para la consecución de dichos objetivos. Es por ello que, de nuevo, el teletrabajo ha pasado a ocupar una vez más un papel más bien teórico que práctico, ello pese a constituir una forma de prestación de los servicios que se ha mostrado como indispensable en el marco de la pandemia del COVID-19 y que encaja perfectamente en el marco económico y social propio de la cuarta revolución industrial en el cual actualmente nos encontramos inmersos.

En nuestra opinión, no debería omitirse de los debates en materia de sostenibilidad el teletrabajo como un posible mecanismo de prolongación de la vida activa. No obstante, también es cierto que deben adaptarse ciertas precauciones, y es que, como ha señalado la doctrina, al igual que ocurre en el marco laboral, el teletrabajo no debe aplicarse de manera general e indiferenciada en la búsqueda de dicho fin, sino que por el contrario deberá atenderse al tipo de actividad ante la que nos encontremos y a la propia situación del trabajador para la cual quiera implementarse esta forma de trabajo, debiendo de ser esta una medida de carácter voluntario<sup>61</sup>.

### 3. CONCLUSIONES CRÍTICAS

El breve análisis realizado por medio del presente estudio muestra cómo, pese a los avances conseguidos en los dos últimos años en materia de teletrabajo, siguen siendo múltiples las lagunas y omisiones presentes en el marco normativo de esta forma de trabajo, entre las que se encuentra precisamente la consideración de la repercusión que la implantación de una forma de trabajo basada en un esquema sustancialmente diferente a aquel en el que se basa nuestro Derecho Social tendrá en el marco del sistema de Seguridad Social. La necesidad de abordar dicha situación de anomia se muestra aun más acuciante si el análisis lo centramos además en aquellos colectivos que se muestran más vulnerables ante la generalización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, como es, a título ejemplificativo, el de las personas mayores o el de las mujeres.

Así, será necesario contemplar en el plano normativo la incidencia que esta y otras formas de trabajo tendrán en nuestro sistema laboral y de Seguridad Social, como única forma posible de poder garantizar que el proceso de modernización del mismo permita garantizar la adecuada protección de los distintos trabajadores sujetos a esta forma de trabajo.

Finalmente, no puede cerrarse el presente estudio sin señalar junto a dichos riesgos las posibles oportunidades que se encuentran inexploradas en esta forma de trabajo, como es tal y como hemos señalado la posibilidad de utilizar el mismo como una vía para lograr la integración de determinados colectivos de trabajadores -como es el de las personas con

<sup>59</sup> Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, Atelier, 2022, pág. 127

<sup>60</sup> Un estudio detallado sobre esta cuestión puede encontrarse en MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2ª Edición, 2022.

<sup>61</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, Atelier, 2022, pág. 151.

diversidad funcional- o de garantizar el mantenimiento en el mismo de otros -como es el de las personas de mayor edad o el de las mujeres, este último especialmente en el marco de la conciliación de la vida familiar y personal-, para lo cual resulta imperativo la existencia de un marco normativo que aborde de manera efectiva esta y otras cuestiones que han quedado en el tintero.

Por todo ello, resta un largo camino para poder hablar de la existencia de una marco normativo completo y exhaustivo en materia de teletrabajo y trabajo a distancia en nuestro país, tanto en el plano laboral como en el de Seguridad Social, recayendo en dicho periodo de tiempo la labor de clarificación de las múltiples dudas existentes en este punto en la doctrina judicial y en la negociación colectiva.

# **LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR EN LAS FAMILIAS MONOPARENTALES COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 02/03/2023**

CONCEPCIÓN MORALES VÁLLEZ

*Magistrado Suplente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*

*Profesor asociado de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad Rey Juan Carlos*

*Doctora en Derecho*

## **1. DATOS ESENCIALES DE LA SENTENCIA COMENTADA**

La Sentencia que se sitúa en la base del siguiente artículo es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo nº 169/2023, de 2 de marzo, recaída en el Recurso nº 3972/2020<sup>1</sup>.

En la citada Sentencia actuó como Ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

En cuanto a la parte dispositiva de la Sentencia, se ha de indicar que se estima el RCUD interpuesto por el Ministerio Fiscal<sup>2</sup>, se casa y anula la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 1217/2020, de 6 de octubre, recaída en el Recurso nº 941/2020<sup>3</sup>, y aclarada por Auto de fecha 03/11/2020, y se declara la firmeza de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Bilbao, con fecha 18/05/2020, en los Autos nº 1015/2019, seguidos a instancia de la beneficiaria de la prestación, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre prestaciones.

Es importante señalar que la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, no afecta a la situación particular de la beneficiaria de la prestación, creada por la Sentencia que aquí se comenta.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo nº 169/2023, de 2 de marzo, recaída en el Recurso nº 3972/2020, cuenta con un voto particular del Excmo. Sr.

<sup>1</sup> ROJ: STS 1847:2022. ECLI: ES:TS:2022:1847.

<sup>2</sup> Cfr. artículo 219.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre.

<sup>3</sup> ROJ: STSJ PV 396/2020 - ECLI:ES:TSJPV:2020:396.

D. Ignacio García-Perrote Escartín, al que se adhiere la Excm. Sra. D<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol.

Centro de Documentación Judicial ROJ: STS 783/2023 - ECLI:ES:TS:2023:783.

## 2. COMENTARIO CRÍTICO

La cuestión que se plantea en el presente RCU se centra en determinar si en una familia monoparental, la única progenitora que disfrutó de la prestación por nacimiento y cuidado del menor tiene derecho, además, a la prestación que le hubiera correspondido al otro progenitor de haber existido.

En artículo 177 del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre, en relación con las situaciones protegidas por nacimiento y cuidado del menor, establece, y se transcribe su tenor literal que “a efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49.a), b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”.

La redacción vigente, es la que le otorga el artículo 4.3 del RDLeg 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en cuya exposición de motivos se señala que “el artículo 4 contempla la adaptación de la normativa de Seguridad Social a las medidas previstas en la regulación laboral, redefiniendo las prestaciones a la luz de los nuevos derechos. De igual manera, se crea una nueva prestación para ejercicio corresponsable del cuidado del lactante conforme a las novedades introducidas tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en el Estatuto Básico del Empleado Público”.

El precepto tiene una nueva redacción, en la que se suprime la expresión “siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año”, que se introduce por la Disposición Final Decimocuarta de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, y que entrará en vigor el próximo 01/06/2023.

Se trata, por tanto, de una prestación contributiva de la que serán beneficiarias las personas incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos previstos en el artículo 48 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, siempre que además del alta o situación legalmente asimilada, reúnan el período de carencia que se determina en el propio precepto. Además, la cuantía de la prestación depende de las bases de cotización del interesado conforme a lo dispuesto en el artículo 179 del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre, y su subsistencia durante el período de disfrute se condiciona a la no realización de otro trabajo por cuenta propia o ajena conforme a lo establecido en el artículo 180 del citado texto legal.

Y de ello, infiere la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y se transcribe su tenor literal “por un lado, que es frecuente que en las familias biparentales solo uno de los progenitores pueda disfrutar de la prestación; y, por otro, que, en algunas ocasiones, el

disfrute de la suspensión contractual del artículo 48.4 ET no lleva aparejado necesariamente el acceso a la prestación que se examina”.

El artículo 48.4 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, es el relativo a la suspensión con reserva de puesto de trabajo, derivada del nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, y su redacción<sup>4</sup>, es la que le otorga el artículo 2.12 del RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, en cuya exposición de motivos se señala que “los artículos 2 y 3 del presente RD Ley equiparan, en sus respectivos ámbitos de aplicación, la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores. Esta equiparación responde a la existencia de una clara voluntad y demanda social. Los poderes públicos no pueden desatender esta demanda que, por otro lado, es una exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución; de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De esta forma se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos”.

Estamos en presencia de una suspensión del contrato de trabajo que, una vez producidas las exigencias normativas, opera *ope legis* y justifica, con independencia de la existencia o no de la prestación de Seguridad Social antes examinada, la cesación de las obligaciones mutuas básicas del contrato de trabajo -prestación de servicios y prestación salarial-, garantizando el derecho a la reincorporación al finalizar el período legalmente previsto de suspensión.

Llegados a este punto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo considera que desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida implicaría varias consecuencias que interferirían sensiblemente en el orden normativo expuesto ya que, en primer lugar, supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador. Y en segundo lugar, supondría una modificación del régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo que tan prolijamente establece el artículo 48.4 del RD Leg 2/2015, de 23 de octubre, que afectaría al empresario, y a sus “previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social”, y ello excede de las funciones encomendadas a los jueces y tribunales.

En definitiva, y a criterio del Tribunal Supremo, el reconocimiento al único progenitor de una familia monoparental de la prestación por nacimiento y cuidado de menor que le hubiera correspondido al otro progenitor en supuestos en los que ya se le ha reconocido dicha prestación propia no resulta una exigencia que derive ni de la Constitución, ni de ninguna norma de la Unión Europea, ni de ningún acuerdo o tratado internacional ratificado por España.

<sup>4</sup> Cfr. Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Desde la perspectiva constitucional, y respecto del derecho a la igualdad con relación a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, el artículo 41 de la Constitución “convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento”<sup>5</sup>.

En definitiva, y si bien es cierto que la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales “es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus artículos 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva -art. 53.3 CE -”<sup>6</sup>, no lo es menos que el Tribunal Constitucional “no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable”<sup>7</sup>.

Desde la perspectiva de la normativa internacional, no existe ningún precepto en el derecho de la Unión, ni en otras normas, pactos o acuerdos de carácter internacional suscritos y aplicables en España que directamente obligue a establecer un concreto o específico nivel de protección social a las familias monoparentales.

Y aunque es cierto que dichas normas y los principios que contienen aconsejan dedicar especial atención a colectivos que, objetivamente, puedan ser socialmente vulnerables, tales requerimientos están dirigidos al legislador que es quien tiene la capacidad y la responsabilidad de organizar el sistema de protección social con el alcance y la concreción de medidas que elija en atención a la delimitación de las necesidades que en cada momento considere más acuciantes y relevantes<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional nº 91/2019, de 3 de julio (Recurso nº 688/2019); 156/2014, de 25 de septiembre (Recurso nº 3361/2012); 205/2011, de 15 de diciembre (Recurso nº 6726/2009 y 6727/2009); 75/2011, de 19 de mayo (Recurso nº 3515/2005); 213/2005, de 21 de julio (Recurso nº 4441/1998); 186/2004, de 2 de noviembre (Recurso nº 1863/2001); 149/2004, de 20 de septiembre (Recurso nº 1508/2001); 78/2004, de 29 de abril (Recurso nº 4328/1999); 197/2003, de 30 de octubre (Recurso nº 1836/1997); 77/1995, de 22 de mayo (Recurso nº 634/1992); 231/1993, de 12 de julio (Recurso nº 1839/1990); 184/1993, de 31 de mayo (Recurso nº 2082/1990); y 65/1987, de 21 de mayo (Recurso nº 222/1984).

<sup>6</sup> Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional nº 91/2019, de 3 de julio (Recurso nº 688/2019); 156/2014, de 25 de septiembre (Recurso nº 3361/2012); 92/2014, de 10 de junio (Recurso nº 693/2013); 75/2011, de 19 de mayo (Recurso nº 3515/2005); 213/2005, de 21 de julio (Recurso nº 4441/1998); 78/2004, de 29 de abril (Recurso nº 4328/1999); 53/2004, de 15 de abril (Recurso nº 2192/1995); y 197/2003, de 30 de octubre (Recurso nº 1836/1997).

<sup>7</sup> Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional nº 91/2019, de 3 de julio (Recurso nº 688/2019); 156/2014, de 25 de septiembre (Recurso nº 3361/2012); 92/2014, de 10 de junio (Recurso nº 693/2013); 75/2011, de 19 de mayo (Recurso nº 3515/2005); 213/2005, de 21 de julio (Recurso nº 4441/1998); 149/2004, de 20 de septiembre (Recurso nº 1508/2001); 78/2004, de 29 de abril (Recurso nº 4328/1999); 15-04-2004, de 15 de abril (Recurso nº 2192/1995); 197/2003, de 30 de octubre (Recurso nº 1836/1997); 231/1993, de 12 de julio (Recurso nº 1839/1990); y 184/1993, de 31 de mayo (Recurso nº 2082/1990).

<sup>8</sup> Cfr. Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (Diario Oficial OJ L 188, de fecha 12/07/2019, páginas 79 a 93).

Y lo mismo cabe decir de las previsiones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>9</sup>, que se contienen en los artículos 21 (no discriminación), 24 (derechos del niño e interés superior del niño), y 33 (vida familiar y vida profesional y derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño), a las que la legislación española se adecúa perfectamente.

Desde la perspectiva del interés superior del menor, como principio que debe informar el ordenamiento jurídico y como criterio hermenéutico que debe ser utilizado por los Tribunales, el Tribunal Supremo considera que la solución al conflicto no puede sostenerse, como hace la sentencia recurrida, en la necesidad de tener en cuenta el interés del menor; no sólo porque no es el único en juego, sino porque no existe una supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales, ya que en éstas, la prestación que corresponde al otro progenitor precisa como condición inexcusable su encuadramiento y alta en la Seguridad Social y cubrir un periodo mínimo de carencia; y, en caso contrario, no se le concede, “de modo que el interés del menor, cuya importancia no se desconoce y se considera de especial relevancia por la Sala, no puede ser el único factor decisivo y determinante en esta cuestión que debemos resolver”.

En este punto, hay que tener en cuenta además la diversidad de tipos de familias que existen en la actualidad, y que esta diversidad alcanza también a las familias monoparentales, que conforme a lo expresamente dispuesto en el artículo 182.3.b) del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre, es “la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia”, y al respecto, “los datos estadísticos proporcionados por el INE, revelan que las familias monoparentales como la del supuesto que nos ocupa, son únicamente el 15,8% de las que tal instituto califica como tales”<sup>10</sup>.

Desde la perspectiva de género, entiende en Tribunal Supremo que “no estamos en un supuesto en que quepa aplicar aquella visión porque no hay discriminación, sino ante un eventual déficit de protección concreto, querido y consentido por el legislador”.

Y añade que “a la fecha de la deliberación de esta resolución, consta que el Parlamento no ha aprobado una proposición de Ley orientada a ampliar el permiso a 32 semanas en el caso de las familias monoparentales (B.O. Congreso de los Diputados de 14 de enero de 2022) y que, en fecha reciente, el Senado ha desestimado por abrumadora mayoría una enmienda, la nº 93, al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, consistente en la modificación del artículo 48.4 ET en el siguiente sentido: «en el supuesto de familias monoparentales, la persona trabajadora podrá acumular el tiempo de permiso que correspondería a la otra persona trabajadora si la hubiera». (Diario Oficial del Senado de 8 de febrero de 2023)”<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Diario Oficial C 202, de fecha 07/06/2016, páginas 389 a 405.

<sup>10</sup> Según el INE en el año 2020, había 1.944,8 hogares monoparentales, de los cuales 362,7 estaban formados por hombres y 1.582,1 estaban formados por mujeres (Unidades: miles de hogares monoparentales).

<sup>11</sup> El Consejo de Ministros ha aprobado con fecha 28/03/2023 el Proyecto de Ley de Familias, que entre otras medidas, reconoce la diversidad de las situaciones familiares en nuestro país, y aborda las barreras en la conciliación y en la crianza a las que se enfrentan diariamente las familias, y su aprobación forma parte de los compromisos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

### 3. EL VOTO PARTICULAR

La Sentencia del Tribunal Supremo que nos ocupa, como ya adelantamos, cuenta con un voto particular que formula el Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín, al que se adhiere la Excmo. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol, y que también requiere nuestro análisis.

Las razones de la discrepancia se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

1º.- El interés superior del menor es de obligada consideración primordial.

Hemos de comenzar por el artículo 39 de la Constitución, que se incardina dentro de los principios rectores de la política social y económica, en el que se establece que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”, “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación”, y que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”<sup>12</sup>.

El artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>13</sup> (CDFUE), establece que “en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”, y en virtud de los principios de primacía y aplicabilidad directa, los jueces de los Estados miembros son jueces ordinarios de Derecho común, que están obligados a aplicar directamente las normas europeas. Además la Carta tiene valor vinculante.

Por su parte, el considerando (37) de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo<sup>14</sup>, “anima a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicio del derecho al permiso parental, el permiso para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, familias monoparentales”, y debe resaltarse aquí la expresión «necesidades específicas».

En el ámbito del derecho internacional, debemos hacer especial referencia a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989<sup>15</sup>, y específicamente a su artículo 3.1, en el que se indica que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”, y debe resaltarse aquí la mención expresa a los Tribunales.

De vuelta al derecho interno español, se debe hacer referencia a la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>16</sup>, y en especial a la modificación del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de

<sup>12</sup> Cfr. artículo

<sup>13</sup> Diario Oficial C 202, de fecha 07/06/2016, páginas 389 a 405.

<sup>14</sup> Diario Oficial L 188, de fecha 12/07/2019, páginas 79 a 93.

<sup>15</sup> Cfr. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, publicado en el BOE n° 313/1990, de 31 de diciembre.

<sup>16</sup> Con vigencia desde el 12/08/2015.

15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo al interés superior del menor, en el que se establece que “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”, y se añade que “en la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”, y debe resaltarse aquí que debe ser «considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan», a que primará «sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir», y nuevamente la mención expresa a los Tribunales.

Además el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, señala que el concepto de interés superior del menor, “se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”.

Y por ello, y a criterio del Magistrado disidente, es posible realizar una interpretación integrada de los artículos 177 y concordantes del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre, y del artículo 48.4 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, a la luz de los preceptos anteriormente señalados, y ello, sin obviar el contenido del artículo 3 del Código Civil, en el que se dispone que las normas se interpretaran según “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, y concluir y se transcribe su propio tenor, “en el presente y sin realizar mayores precisiones, la afectada tenía derecho a la prestación que pretende”.

## 2º.- Los precedentes de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

La Sentencia recuerda con toda razón la diferencia entre la función propiamente legislativa y la función judicial, y recuerda igualmente, asimismo con toda razón, que la Seguridad Social es de configuración legal. Ambas cosas son ciertas, sin duda.

Y ello, no es incompatible con una interpretación integradora, a la luz de la normativa nacional, supranacional e internacional anteriormente significada, y que ha de llevar, también a los Tribunales, a la primacía del interés superior del menor “sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Y el iter de precedentes de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en supuestos no expresamente previstos en las normas aplicables, se concreta en:

a) La Sentencia nº 881/2016, 25 de octubre, recaída en el Recurso nº 3818/2015, en la que se conceden las prestaciones de Seguridad Social solicitadas en un caso de «gestación por sustitución», y ello, porque, si bien la actual regulación legal y reglamentaria “omite la contemplación de estos supuestos pero no es tan cerrada como para impedir su

interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral”.

b) La Sentencia nº 953/2016, 16 de noviembre, recaída en el Recurso nº 3146/2014, en la que se conceden las prestaciones de maternidad solicitadas en otro supuesto de «gestación por sustitución», y ello, porque “hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados, a saber, el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación del menor, al que no puede perjudicar la nulidad del contrato”, y porque “la interpretación integradora de las normas a que antes hemos hecho referencia, contempladas a la luz de la Sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, en la aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que invoca el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte, del artículo 14 y 39.2 de la Constitución, que dispone que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, conduce a la estimación del recurso formulado, sin que proceda la imposición de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS”.

c) La Sentencia nº 1005/2017, 14 de diciembre, recaída en el Recurso nº 2859/2016, en la que recoge la doctrina sentada en las Sentencias anteriores, en sentido favorable al reconocimiento del derecho a la prestación de maternidad en supuestos de gestación por sustitución tanto si el solicitante es el padre biológico como si no lo es, y que se resume en los siguientes puntos:

- Las normas en materia de protección de la maternidad han de ser interpretadas a la luz del principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales, conforme a lo establecido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y al mandato del artículo 39 de la Constitución, relativo a la protección a la familia y a la infancia, designio que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda exegética, así como de acuerdo a la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella»<sup>17</sup>.
- La suspensión de la relación laboral y el reconocimiento de la prestación por maternidad constituye un medio idóneo para preservar las especiales relaciones que median entre el padre/madre y el hijo durante el periodo posterior al nacimiento, por lo que esta situación ha de ser debidamente protegida en la misma forma que lo son la maternidad, la adopción y el acogimiento; con independencia de que la maternidad subrogada no figure como tal y de forma expresa en el elenco de situaciones previstas, pugnando con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería *ex lege* si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a los menores.
- Cuando el padre legal está materialmente al cuidado del menor, la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a la protección de la maternidad.

<sup>17</sup> Cfr. artículo 3 del Código Civil.

- En todo caso, la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no puede perjudicar la situación del menor.

d) La citada doctrina se reitera en posteriores Sentencias de la Sala<sup>18</sup>, y también en la más reciente Sentencia nº 997/2022, de 21 de diciembre, recaída en el Recurso nº 3763/2019.

### 3º.- La perspectiva de género

Son múltiples las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>19</sup>, que por la vía de la interpretación con perspectiva de género, extienden la protección del sistema de Seguridad Social, y la percepción de las correspondientes prestaciones, a supuestos no expresamente contemplados por la normativa de Seguridad Social.

Y así, y sin carácter exhaustivo, cabe señalar el extinguido régimen del SOVI a determinados efectos; al momento del ejercicio de la opción de la madre de cesión al otro progenitor; a las prestaciones en favor de familiares; al cómputo del periodo de realización del servicio social de la mujer; a la consideración como accidente no laboral (y no como enfermedad común) de las lesiones sufridas en el parto; a la pensión de viudedad de parejas de hecho, eximiendo del requisito de la unión y convivencia con el causante en el momento de su fallecimiento en casos de violencia de género; o, en fin, para calificar de profesionales las dolencias de una limpiadora de profesión, aun cuando la citada profesión no aparece en la enumeración de actividades que pueden generar enfermedad profesional.

Pues bien, en el supuesto que se somete a la consideración de la Sala, la afectada es mujer, es la madre biológica, y consta que es la única progenitora del menor, sin que la posición mayoritaria que se contiene en la sentencia contenga justificación ni razonamiento alguno del porqué en el presente caso se aparta de la doctrina establecida por la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ante la concurrencia de una ausencia de previsión legal expresa, tanto en los supuestos antes relacionados como en el presente.

Finalmente, parece importante señalar que el principio de integración de la dimensión de género obliga a Jueces y Tribunales a incorporar la perspectiva de género en el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida por el artículo 117. 3 de la Constitución.

### 4º.- Otras consideraciones adicionales

La primera de ellas es la progresiva configuración, siempre en sentido ampliatorio, de las prestaciones de la Seguridad Social, así como de las causas de suspensión a ellas anudadas, dada la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, y las múltiples configuraciones de un núcleo familiar o una familia, que ya no puede ser entendida como una familia en su configuración tradicional, y que incluye otras configuraciones como las familias homoparentales o monoparentales, configuración familiar que conlleva la necesaria corresponsabilidad en el cuidado y atención de los hijos *ex* artículo 68 del Código Civil<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo nº 347/2018, de 22 de marzo (Recurso nº 2770/2016); 277/2018, de 13 de marzo (Recurso nº 2059/2016); y 950/2017, de 29 de noviembre (Recurso nº 1430/2016).

<sup>19</sup> Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo nº

<sup>20</sup> Cfr. VV.AA. *La realidad de la monoparentalidad en España. Un análisis multidisciplinar*. Obra colectiva dirigida por GARCÍA GIL, MARÍA BEGOÑA y coordinada por CASTRO CONTE, MACARENA. Sepín (2022).

De este modo, y según se van detectando vacíos, o insuficiencias, en la protección, se procede a reformular las previsiones legales, para superar esas deficiencias. Y tras estas interpretaciones integradoras, con las que se superan inicialmente esas insuficiencias protectoras, se sientan criterios que luego son recogidos, lógicamente de forma más completa y detallada por el legislador.

Y la segunda de ellas, es la de subordinar la protección de las prestaciones de la Seguridad Social, a la dinámica parlamentaria, dejando en el limbo jurídico situaciones dignas de protección, por el mero hecho de no haber sido abordadas por el legislador, obviando la realidad de social del tiempo en que han de ser aplicadas.

En conclusión, hemos de señalar que en estos supuestos huérfanos de regulación legal específica caben dos opciones, la primera, es esperar a que el legislador, con todo lo que ello conlleva, regule la situación, y la segunda, es que los órganos judiciales en su labor integradora y de tutela superen la insuficiencia legislativa y otorguen el derecho, de modo que esa situación específica que se somete a su consideración no quede desamparada y sin la necesaria tutela por meras cuestiones de oportunidad legislativa.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN GÓMEZ, C. "Sobre los límites del poder judicial: reflexiones al hilo de las recientes sentencias en materia de nacimiento y cuidado en caso de familias monoparentales y muerte fetal". *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales* nº 97 (2023).
- BARBANCHO TOVILLAS, F. "Duración de la prestación por nacimiento y cuidado de menor por parto: ¿existe un trato discriminatorio de las familias monoparentales, debiéndose equiparar su duración a la de las familias biparentales?". *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 249 (2022). Páginas 265 a 280.
- DÍAZ MORDILLO, M.A. Seguridad Social y familia monoparental: los inconvenientes de una protección inacabada. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 473 (2023). Páginas 61 a 86.
- LÓPEZ HORMEÑO, C. *El permiso de maternidad de las mujeres en las familias monoparentales: ¿derecho a disfrutar de 16 semanas o de 32 semanas?* Diario La Ley nº 9991 (2022).
- MORENO SOLANA, A. "Derecho a la ampliación de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor en las familias monoparentales: criterios judiciales favorables". *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 250 (2022). Páginas 213 a 224.
- TAJADURA DÍEZ, M. y PUERTO BARRIO, A. M. "La prestación por nacimiento y cuidado del menor y la familia monoparental: Las sentencias del TSJ-PV 396/2020, de 6 de octubre y TSJ-CV 4451/2021, de 19 de octubre". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 62 (2022).
- VV.AA. *La realidad de la monoparentalidad en España. Un análisis multidisciplinar*. Obra colectiva dirigida por García Gil, María Begoña y coordinada por Castro Conte, Macarena. Sepín (2022). 196 páginas.

# **¿EXISTE IMPOSIBILIDAD DE READMISIÓN POR JUBILACIÓN TRAS DESPIDO COLECTIVO FINALMENTE DECLARADO NULO?**

ALEJANDRO MUROS POLO

*Investigador Predoctoral FPU1*

*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada*

## **1. INTRODUCCIÓN**

A lo largo de las siguientes páginas se pretende dilucidar si la persona trabajadora afectada por procedimiento de despido colectivo que accede, tras este, a la jubilación, debe de devolver la indemnización que se le abonó en su momento como consecuencia de la nulidad del despido colectivo y de la debida readmisión en el puesto de trabajo (lo que se conoce como “procesos cruzados”<sup>2</sup>, en cuando que se debe valorar la incidencia que tiene la concesión de una pensión de jubilación sobre un proceso de despido posteriormente declarado nulo).

En efecto, el artículo 124.11 LRJS<sup>3</sup>, en su versión modificada por la Ley 3/2012, de 6 de julio<sup>4</sup>, especifica que la declaración de nulidad del despido colectivo en sede judicial por impugnación colectiva otorga el derecho a los trabajadores afectados a la reincorporación en su puesto de trabajo, en los términos de los apartados 2 y 3 y del art. 123 LRJS. Esto es, no solo se deberá de readmitir al trabajador afectado por despido colectivo en su puesto de trabajo; sino que también se le deberán de abonar los salarios dejados de percibir *ex art.* 113 LRJS<sup>5</sup>, sin que los salarios del período de preaviso incumplido puedan descontarse; al igual que el trabajador en cuestión deberá de reintegrar la indemnización recibida con la carta de despido una vez sea firme la sentencia. Una declaración de nulidad a la que, como se puede observar, se le asemejan unos determinados efectos, que pueden ser ejecutados

<sup>1</sup> Ayudas para contratos predoctorales de Formación de Profesorado Universitario del año 2019, financiadas por el Ministerio de Universidades y concedidas por Orden de 7 de octubre de 2020.

<sup>2</sup> Este término es utilizado por COSTA REYES, A.: “Despido ilícito e imposibilidad de readmisión sobrevenida por la declaración de incapacidad permanente”, *Trabajo y Derecho*, N.º 47, 2018, p. 2, versión digital.

<sup>3</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

<sup>4</sup> Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

<sup>5</sup> El artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 53.5 ET, también lo reconoce en idéntico sentido.

tanto de forma voluntaria por parte del empresario, como a través del correspondiente proceso judicial, ya sea a través de la impugnación individual del despido colectivo, ya sea a través de la ejecución colectiva de la sentencia si ha sido fruto de la impugnación colectiva<sup>6</sup>.

No obstante, pueden darse diferentes situaciones que hagan imposible la ejecución de la sentencia de nulidad en sus propios términos. En este sentido, el art. 286.1 LRJS prevé que cuando se acredite “la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal, el juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señala el apartado 2 del artículo 281”. Por ello, la readmisión en el puesto de trabajo vendrá sustituida por la indemnización del despido improcedente, equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades (art. 56.1 ET); al igual que se condenará al empresario al abono de los salarios de tramitación.

En concreto, con el análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2022 (rcud. 2300/2019) lo que se pretende es discernir si el acceso a la situación de jubilación conlleva una imposibilidad de readmisión del trabajador, que impida que tenga que reincorporarse al puesto de trabajo con la correspondiente devolución de la indemnización satisfecha tras la extinción del contrato de trabajo. Tras este análisis también se busca añadir otras contingencias de Seguridad Social que provocan la imposibilidad de readmisión del trabajador afectado por despido declarado finalmente nulo o improcedente, cuando se opta por la readmisión.

## 2. BREVE CONFIGURACIÓN GENERAL DEL DESPIDO COLECTIVO: ELEMENTOS DELIMITADORES, PROCEDIMIENTO Y CONTROL JUDICIAL

El despido colectivo es una de las modalidades de extinción del contrato de trabajo (art. 49.1.i) ET) que, por sus importantes efectos, no ya en el plano individual, sino en el plano colectivo, se somete a una serie de reglas procedimentales específicas. Es así que la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos supedita o condiciona el despido colectivo a un procedimiento de información y consulta con los representantes de los trabajadores, así como a una notificación a la autoridad competente para que esta pueda desempeñar las funciones que le corresponden. Esto es lo que se conoce como la “procedimentalización” del despido colectivo, es decir, el cumplimiento de una serie de requisitos procedimentales guiados por la “negociación colectiva gestional” para que el despido colectivo pueda surtir efecto<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Respecto a la ejecución de la sentencia colectiva de despido colectivo nulo, véase, BALLESTER LAGUNA, F.: *La impugnación del despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 118-123. Por otro lado, para la ejecución provisional de las sentencias colectivas de despido colectivo que declaran la nulidad, cfr., ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: “La ejecución provisional de las sentencias que declaran la nulidad del despido”, y para la ejecución definitiva según art. 247.2 LRJS, cfr., GARCÍA DE PAREDES, M.L.: “La ejecución definitiva de las sentencias de nulidad del despido”, ambos capítulos de la obra VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

<sup>7</sup> Sobre la “procedimentalización” del despido colectivo en la regulación comunitaria, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, 1992, y MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Civitas, 1994.

Sobre la base de la regulación comunitaria, el ordenamiento jurídico español reconoce tres elementos delimitadores para que se aplique la regulación del despido colectivo (art. 51.1 ET), siendo los siguientes:

- Elemento causal. El despido colectivo tiene que justificarse en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (las denominadas “causas empresariales”). Las causas para despedir se han ido flexibilizando progresivamente, especialmente con la Reforma laboral de 2012, posibilitándose en la actualidad, por ejemplo, el despido por causas económicas basado sobre pérdidas previstas o disminución persistente en el nivel de ingresos ordinarios o de ventas, sin que exista una vinculación teleológica en la configuración legal.
- Elemento cuantitativo-numérico. Para que se configure jurídicamente el despido colectivo es necesario que se alcance un determinado umbral de despidos, ya que de lo contrario se trataría de despidos objetivos individuales o plurales que no están protegidos por las garantías del despido colectivo. Es necesario que se produzcan al menos 10 despidos en empresas de menos de 100 trabajadores; que se produzca un 10% de despidos en empresas de entre 100 y 300 trabajadores; que se produzcan al menos 30 despidos en empresas de más de 300 trabajadores<sup>8</sup>. En virtud de la sentencia *Rabal Cañas*<sup>9</sup>, se admite que se puedan computar los despidos tomando como referencia el centro de trabajo, siempre que este emplee habitualmente a más de 20 trabajadores<sup>10</sup>.
- Elemento temporal. Para que se trate de un despido colectivo es necesario, asimismo, que los despidos por causas empresariales superen este determinado umbral en función del tamaño de la empresa en un determinado período de tiempo. Dicho período en la regulación española es de 90 días, debiendo de computarse bidireccionalmente, tanto “hacia atrás” como “hacia delante”, a raíz de la doctrina *Marclean* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>11</sup>.

Por tanto, una vez que se reúnen tales requisitos opera el bloque normativo regulador del despido colectivo, por el cual debe de observarse un específico procedimiento para proceder a la extinción de los distintos contratos de trabajo. Dicho procedimiento está compuesto principalmente: por un deber de información a través de la comunicación inicial<sup>12</sup>; por una serie de consultas (o consulta-negociación) con los representantes de los

<sup>8</sup> También se reconoce el despido colectivo por cierre de empresa: “se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas” (art. 51.1 ET).

<sup>9</sup> STJUE 13 mayo 2015, asunto C-392/13, *Andrés Rabal Cañas c. Nexea Gestión Documental, S.A., y Fondo de Garantía Salarial*.

<sup>10</sup> *Vid.*, entre otras, STS 17 octubre 2016 (rec. 36/2016) y STS 22 septiembre 2021 (rec. 106/2021).

<sup>11</sup> STJUE 11 noviembre 2020, C-300/19, *UQ c. Marclean Technologies, S.L.U.*, doctrina asumida por el Tribunal Supremo en sus sentencias 9 diciembre 2020 (rec. 55/2020) y 21 julio 2021 (rec. 2128/2018).

<sup>12</sup> El contenido esencial de la comunicación inicial debe de contener los siguientes extremos según el art. 51.2 ET: «a) La especificación de las causas del despido colectivo conforme a lo establecido en el apartado 1 (presentando, asimismo, la memoria de las causas según lo previsto en el RD 1483/2012, de 29 de octubre). b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido. c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año. d) Período previsto para la realización de los despidos. e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos. f) Copia de la

trabajadores, presididas por la buena fe, cuyo contenido mínimo debe versar “sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad”; así como, por último, por un deber de notificación a la autoridad laboral competente a través de la copia de la comunicación inicial a los representantes de los trabajadores, para que pueda desempeñar sus labores de control, junto con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Con la finalización del procedimiento de “consulta-negociación” y la comunicación de la decisión final o del acuerdo, se abren cuatro vías de impugnación a través del art. 124 LRJS: la impugnación colectiva por parte de los representantes de los trabajadores; la impugnación por parte del empresario (denominada “acción de jactancia”); la impugnación de oficio por parte de la autoridad laboral y la impugnación individual de cada uno de los trabajadores afectados. No obstante, se trata de un mecanismo de control judicial del despido colectivo que está dotado de notoria complejidad, ya sea por problemas de coordinación o de legitimación en cada uno de los supuestos<sup>13</sup>. En resumidas cuentas, una de las cuestiones más importantes es que la impugnación colectiva (y la “acción de jactancia”) tiene prioridad respecto al resto de vías de control judicial, al igual que tiene eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales (art. 124.13.b).2º LRJS).

### **3. JUBILACIÓN DE LA PERSONA TRABAJADORA AFECTADA Y POSTERIOR NULIDAD DEL DESPIDO COLECTIVO: ¿IMPOSIBILIDAD DE READMISIÓN? ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JUNIO DE 2022 (RCUD. 2300/2019)**

#### **3.1. Litigio principal: hechos y antecedentes**

En la presente sentencia, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2022 (rcud. 2300/2019), se resuelve si Dña. Felisa, como parte demandada, debe de devolver la indemnización que recibió tras el despido colectivo llevado a cabo por parte de su antigua empleadora, Radio Televisión Valenciana S.A.U., como consecuencia de la declaración de nulidad de dicho despido. No obstante, se plantea la cuestión de que Dña. Felisa, tras la extinción de su contrato de trabajo, accedió a la pensión ordinaria de jubilación y, por ello, defiende la imposibilidad de readmisión.

Partiendo de los hechos probados que recoge la sentencia de instancia del Juzgado de lo Social N.º 6 de Valencia, se reconoce que:

- A Dña. Felisa se le notificó mediante carta de despido individual tras procedimiento de despido colectivo (arts. 51.4 ET y 53.1 ET), con fecha de 13 de febrero de 2013, la extinción de su contrato de trabajo desde esa misma fecha y la puesta a disposición de la indemnización que establece el art. 53.1 ET, por importe de 37.167,95 euros.

---

comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo. g) Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de esta en los plazos legales».

<sup>13</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La legitimación en el proceso de impugnación del despido colectivo del art. 124 LRJS”, *Revista Derecho Social y Empresa*, N.º 9, 2018, pp. 4 y ss.

- Tras el despido, Dña. Felisa solicitó prestación de jubilación, la cual le fue reconocida por el máximo porcentaje de la base reguladora por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social con fecha de 14 de mayo de 2013 pero con efectos económicos desde el 20 de abril de 2013.
- El despido colectivo, que finalizó por decisión empresarial sin acuerdo los días 21 y 22 de agosto de 2012, fue declarado nulo por sentencia de 4 de noviembre de 2013 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (rec. 17/2012), la cual ha adquirido firmeza. En concreto, el despido colectivo fue declarado nulo por no haberse entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET (art. 124.11 LRJS), en lo relacionado con el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido, desglosados por centros de trabajo, pero sobre todo por aportar en la comunicación inicial unos criterios de selección de los trabajadores afectados “ambiguos, subjetivos y genéricos”, que incluso fueron modificados con posterioridad a la decisión final de despido colectivo sobre la base de un criterio diferenciador que no encontraba justificación objetiva. Asimismo, el TSJ de la Comunidad Valenciana dictaminó que tampoco se había realizado el período de consultas (art. 124.11 LRJS), no solo por la falta de información esencial, sino por la actitud de la empresa, que se había limitado a cumplir formalmente el procedimiento sin variar su postura inicial y programada de despidos con el fin de conseguir el propósito final: la externalización o subcontratación de los servicios<sup>14</sup>.
- En cumplimiento de la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana y según los efectos de la declaración de nulidad, Radio Televisión Valenciana reclamó a la demandada, Dña. Felisa, mediante dos escritos, uno de fecha de 16 de abril de 2014 y otro de fecha de 28 de octubre de 2014, la devolución de la indemnización aportada con la extinción del contrato de trabajo en febrero de 2013 y de los salarios indebidamente abonados desde el 5 de noviembre de 2013<sup>15</sup>.
- Ante la falta de pago por parte de Dña. Felisa, Radio Televisión Valenciana presentó papeleta de conciliación ante el servicio administrativo competente, cuyo resultado del acto de conciliación fue sin avenencia el día 26 de noviembre de 2014.

<sup>14</sup> “Llama la atención que en el desarrollo de las consultas --ciertamente corto para la envergadura de la medida pero legal en cuanto al plazo -- pese a las medidas alternativas planteadas por la RLT, tales como, prejubilaciones, reducciones de jornada, suspensiones de contrato, bajas voluntarias incentivadas, reducciones del salario, etc... no fueran aceptadas ninguna de las propuestas ofertadas con inclusión de una propia reducción de los gastos de personal. No se permitió por la dirección empresarial del Grupo que dentro del último día de dicho período se procediera a la unión de una última propuesta del comité que contenía una reducción de aquellos gastos de personal, así como otras medidas menos traumáticas, ya propuestas en Actas precedentes. Tampoco aparece que previamente a la adopción del Acuerdo inicial tendente a la privatización parcial del servicio de radio y televisión autonómica se hubiera aprobado alguna medida de ajuste laboral precedente, como propuestas de reducciones de jornada, de salario, de suspensiones temporales de las relaciones laborales o aquellas que tienden a unas posibles modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo existentes, evitándose con ello la toma de la decisión más drástica y de tanto alcance laboral”.

<sup>15</sup> Se entiende que la empresa, en cumplimiento voluntario de la STSJ Comunidad Valenciana de 4 de noviembre de 2013 (rec. 17/2012) procedió al pago de los salarios desde el día siguiente de la declaración de nulidad y se reclama la devolución de los mismos, habida cuenta de que Dña. Felisa no se reincorporó a su puesto de trabajo.

- El 21 de mayo de 2015 se presentó demanda, que fue resuelta por el Juzgado de lo Social N.º 6 de Valencia, con fecha de 29 de enero de 2018, en la que se estimó íntegramente la demanda interpuesta por la actora y se condenó al pago de 27.167,95 euros<sup>16</sup> a Dña. Felisa.
- Dña. Felisa interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que fue desestimado por sentencia de 22 de febrero de 2019, confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social de Valencia.
- Finalmente, Dña. Felisa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, proponiendo como sentencia de contraste para cumplir con los requisitos de la LRJS la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2015 (rcud. 1581/2014). En fecha de 10 de enero de 2020 se admitió a trámite el recurso y el 28 de junio de 2022 el Tribunal Supremo resolvió y emitió su fallo.

### 3.2. Posiciones de las partes

La parte actora, Radio Televisión Valenciana, solicita que se le devuelva la indemnización legal del art. 53.1 ET que le abonó a la demandada, Dña. Felisa, como consecuencia de la extinción de su contrato de trabajo en procedimiento de despido colectivo y posterior declaración de nulidad por sentencia judicial.

La parte demandada, Dña. Felisa, defiende que no ha lugar a la devolución de la indemnización abonada puesto que no es posible la readmisión en el puesto de trabajo, a causa de su jubilación ordinaria en el tiempo que medió entre la extinción de su contrato de trabajo y la declaración de nulidad del despido colectivo.

El Ministerio Fiscal acoge la tesis de la demandada, y añade que no debe de abonarse ni la diferencia entre la indemnización abonada y la indemnización por despido improcedente ni los salarios dejados de percibir ya que la demandada no ha acogido tales pretensiones durante la sustanciación del proceso.

### 3.3. Normativa aplicable al caso

- Art. 124.11 LRJS, párrafo tercero:

“La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la

<sup>16</sup> De los hechos probados y de lo recogido por parte del Ministerio Fiscal se intuye que la cuantía de la indemnización se ha reducido de 37.167,95 euros a 27.167,95 euros puesto que Dña. Felisa antes del proceso ya devolvió 10.000 euros a Radio Televisión Valenciana del importe que recibió en el momento de la extinción de su contrato de trabajo.

reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley”.

- Art. 123, apartados segundo y tercero, LRJS:

“2. Cuando se declare improcedente o nula la decisión extintiva, se condenará al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario, sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al período de preaviso.

3. En los supuestos en que proceda la readmisión, el trabajador habrá de reintegrar la indemnización recibida una vez sea firme la sentencia”.

- Art. 113 LRJS (en sentido casi idéntico art. 55.6 ET):

“Si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir”.

- Art. 286.1 LRJS:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal, el juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señala el apartado 2 del artículo 281”.

- Art. 281.2 LRJS:

“(…) b) Acordará se abone al trabajador las percepciones económicas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores (...)”.

- Art. 56 ET:

“1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación”.

### 3.4. Fundamentación jurídica y fallo

En primer lugar, el Tribunal Supremo se encarga de analizar el presupuesto de contradicción que exige el art. 219 LRJS para que prospere la resolución del recurso de casación para la unificación de doctrina. En concreto, el Alto Tribunal recuerda que se exige una “igualdad esencial” entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste<sup>17</sup>, “sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que, a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contrastadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada” (con cita en SSTs de fechas 12 de enero de 2022, rcud 5079/2018; 13 de febrero de 2022, rcud39/2019; 19 de enero de 2022, rcud 2620/2019 o 20 de enero de 2022, rcud 4392/2018).

En este sentido, se aporta como sentencia de contraste la STS de 7 de julio de 2015 (rcud. 1581/2014). En esta sentencia se analiza un supuesto en el que un trabajador es despedido por faltas de asistencia al trabajo en virtud del derogado art. 52.d) ET y, antes de que recaiga sentencia de nulidad de dicho acto extintivo, accede a la situación de incapacidad permanente total, planteándose el supuesto de si debe de recibir la indemnización por despido improcedente ante la imposibilidad de la readmisión. En este supuesto, el Tribunal Supremo resuelve que, según el art. 286 LRJS, procede reconocer al trabajador despedido el derecho a la indemnización del art. 56.1 ET y a los salarios de tramitación.

Por todo ello, el Tribunal Supremo en la sentencia aquí analizada reconoce que existe contradicción entre la sentencia recurrida del TSJ de la Comunidad Valenciana y la sentencia de contraste del Alto Tribunal, porque en ambos casos tiene lugar un acontecimiento —la jubilación en la recurrida y la declaración de IPT en la de contraste— que sucede entre la fecha del despido y la declaración de nulidad del acto extintivo, que hace imposible la readmisión del trabajador en el puesto de trabajo, siendo, sin embargo, los fallos divergentes: la recurrida considera que no ha lugar a la indemnización, mientras que la referencial condena a su abono.

Superada la existencia de contradicción, el Tribunal Supremo se ocupa de recordar la doctrina que se contiene tanto en la sentencia de contraste como en otras sentencias de este mismo tribunal (con cita en la STS de 13 de febrero de 2019, rcud. 705/2017)<sup>18</sup>, en las que se reconoce que la imposibilidad de readmisión del art. 286 LRJS, como excepción de la ejecución de la sentencia en sus propios términos *ex art.* 282 LRJS, rige tanto para los supuestos en los que la readmisión sea consecuencia de la opción del empresario o del propio trabajador (despido declarado improcedente)<sup>19</sup> o que sea la única obligación a la que condena la sentencia firme (despido declarado nulo). “De ahí que no resulte justificado discernir entre los casos en que la sentencia declara el despido nulo de aquéllos en que se califica de improcedente, porque la controversia no arranca en relación a la

<sup>17</sup> Se exige que sean “los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos” (art. 219 LRJS).

<sup>18</sup> En esta sentencia se condena a las empresas responsables al pago de la indemnización por despido improcedente frente a los herederos del trabajador despedido, habida cuenta de que este falleció antes de que se produjera su readmisión por nulidad del despido. Además, se les condena al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la defunción.

<sup>19</sup> Por regla general, la opción frente a la readmisión o la indemnización en supuestos de despido declarado improcedente pertenece al empresario. No obstante, si se trata de despido efectuado frente a un representante legal de los trabajadores o delegado sindical, será este el que elija entre la indemnización o la readmisión en los supuestos de despido improcedente (art. 56 ET), con derecho a los salarios de tramitación en todo caso.

citada calificación, sino respecto de la imposibilidad del cumplimiento de la obligación que la calificación de ilicitud ha definido” —ya de modo inalterable por nulidad o por improcedencia optando por la readmisión—<sup>20</sup>.

En respuesta a la resolución del caso, el Tribunal Supremo subraya la idea de que el tenor literal del art. 286 LRJS supone una redacción abierta que integra tanto los supuestos de imposibilidad de readmisión por cese o cierre de la empresa obligada, como por “cualquier otra causa de imposibilidad material o legal”. Y estas causas no están tasadas ni deben de limitarse o circunscribirse a los litigios ya examinados por el propio Tribunal Supremo. Así, la sentencia recoge que los casos ya enjuiciados “han valorado situaciones que bien afectaron al propio trabajador (fallecimiento y declaración de Incapacidad Permanente), o bien a la propia relación laboral (expiración del plazo en los contratos temporales) además de los supuestos de afectación a derechos fundamentales, pero ello no significa que jurisprudencialmente se haya elaborado un listado cerrado o excluyente de otros casos en los que también resulte vedada o de imposible realización la readmisión del afectado”.

En virtud de lo anterior, la sentencia aquí analizada pasa a determinar si la jubilación de Dña. Felisa, que se produce entre la extinción de su contrato de trabajo y la declaración de nulidad del despido colectivo, supone o no una causa de imposibilidad de readmisión. Para ello, el Tribunal Supremo expone que el convenio colectivo de aplicación, el Convenio colectivo de Radiotelevisión valenciana, Televisión Autonómica Valenciana, S.A., y Radio Autonomía Valenciana, publicado en el *Diari Oficial de la Comunitat Valenciana* con fecha de 10 de febrero de 2010, recoge una cláusula de jubilación forzosa en su art. 87, que “se aplicará automáticamente a los trabajadores que cumplan 65 años de edad con efectos del día primero del mes siguiente al del cumplimiento del hecho causante que genere el derecho a situarse en situación de jubilación, en los términos del art. 160 y siguientes de la LGSS”<sup>21</sup>. De este modo, al haber Dña. Felisa cumplido 65 años y haber accedido a la jubilación ordinaria en el lapso que existe entre la extinción de su contrato y la nulidad del despido colectivo es imposible la readmisión, y el Tribunal Supremo parece justificar lo anterior sobre la base de que aunque no se hubiera producido el despido (el TS utiliza las palabras “acaecimiento inexorable”), la trabajadora hubiera visto su contrato de trabajo extinguido en la misma fecha del acceso a la jubilación en cumplimiento de la cláusula de jubilación forzosa en relación con el art. 49.1.f) ET.

<sup>20</sup> Esto se precisa por el Tribunal Supremo ya que no siempre se ha reconocido la aplicación de la extinción indemnizada por imposibilidad de readmisión en los despidos declarados nulos. Véase, SSTs de 28 de enero de 2013 (rcud. 149/2012) y de 13 de mayo de 2003 (rcud. 813/2002) y sendos votos particulares en los que se critica que se “incurre en el absurdo de dar un mejor trato al trabajador cuyo despido es declarado improcedente que a aquél cuyo despido se considera nulo, cuando, precisamente, la ley trata de tutelar especialmente a quienes son objeto de un despido nulo”.

<sup>21</sup> Esta cláusula convencional de jubilación forzosa fue elaborada conforme a la redacción de la disposición adicional 10ª ET dada por la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. En efecto, la disposición adicional en cuestión supeditaba la cláusula de jubilación forzosa a su vinculación con objetivos coherentes de política de empleo, aunque configurados de forma ambigua, y a reunir el período mínimo de cotización para tener acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva (para un repaso sobre el vaivén de cambios legislativos en materia de jubilación forzosa véase 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. 91-112). En cambio, la redacción actual de la D.A. 10ª ET tras su modificación por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, solo permite, con carácter general, las cláusulas de jubilación forzosa a partir de la edad de 68 años, con derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva y a cambio de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una nueva persona trabajadora. De forma excepcional se rebaja el límite de edad a la edad ordinaria de jubilación, siempre que se tenga derecho al 100% de la pensión de jubilación y se tenga como objetivo luchar contra la segregación ocupacional por razón de género.

Todo ello le vale al Tribunal Supremo para afirmar que “la jubilación ordinaria constituye, por ende, una de las causas que imposibilitan legalmente la readmisión, pero no neutraliza el derecho indemnizatorio sustitutorio en favor de la persona despedida y compensable con la cantidad percibida al tiempo del despido”. En efecto, con cita en la sentencia de contraste, “al devenir imposible el cumplimiento del deber de readmitir, ha de imponerse al empresario la obligación de indemnizar” con la cuantía del despido improcedente. No puede hacerse de peor condición al trabajador cuyo despido ha sido declarado nulo, pues la declaración de nulidad supone un mayor reproche a la ilícita conducta del empresario, de extinguir sin causa la relación laboral, que la declaración de improcedencia, por lo que no puede producir efectos más favorables para el trabajador la declaración de improcedencia que la de nulidad”. En caso contrario, de no fijarse indemnización, el daño producido por la injusta extinción de la relación de trabajo quedaría sin reparar.

El Tribunal Supremo, por tanto, acaba por estimar el recurso de unificación de doctrina planteado, casando y anulando la sentencia de suplicación y revocando la sentencia de instancia para absolver del abono de la cuantía de 27.167,95 euros a Dña. Felisa por la indemnización que se le aportó en el momento de la extinción de su contrato de trabajo. La sentencia no condena al pago de la cuantía de la indemnización por despido improcedente ni al pago de los salarios dejados de percibir desde la extinción del contrato hasta la jubilación ya que Dña. Felisa se ha limitado a pedir la consolidación de la indemnización ya percibida con anterioridad.

#### 4. CONCLUSIONES CRÍTICAS

Con la entrada en vigor de la LRJS, que sustituía a la anterior Ley de Procedimiento Laboral<sup>22</sup>, el artículo dedicado a la imposibilidad de readmisión del trabajador introduce un nuevo supuesto, más allá del cese o cierre de la empresa obligada a la readmisión. En efecto, el artículo 286.1 LRJS introduce una referencia a “cualquier otra causa de imposibilidad material o legal”, haciéndose eco el legislador de la jurisprudencia que se venía gestando en materia de imposibilidad readmisoria sobrevenida. Esta doctrina tradicional del Tribunal Supremo<sup>23</sup> reside en que cuando desaparece uno de los términos de la obligación alternativa del art. 56.1 ET, por no ser posible la readmisión del trabajador, debe de aplicarse el art. 1134 del Código Civil y, por ende, el empresario debe de cumplir con el otro miembro de la obligación alternativa: la indemnización por despido improcedente. La responsabilidad en caso de despido debe de cohonestarse con el marco general que establece el Código Civil (arts. 1101-1136) aunque teniendo en cuenta las especialidades que establece el Estatuto de los Trabajadores y los principios generales del Derecho del trabajo, habida cuenta de que se trata de una obligación legal (art. 1090 CC)<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

<sup>23</sup> Cfr., SSTs de fechas 4 de febrero de 1991; de 29 de enero de 1997 (rec. 3461/1995); de 14 de abril de 1997 (rec. 1803/1996); de 28 de abril de 1997 (rec. 1076/1996); de 13 de mayo de 2003 (rec. 813/2002); de 23 de julio de 2009 (rec. 1187/2008); de 28 de enero de 2013 (rcud. 149/2012); de 25 de junio de 2013 (rcud. 2113/2012); de 27 de diciembre de 2013 (rec. 3034/2012); y de 24 de febrero de 2014 (rec. 1037/2013).

<sup>24</sup> Esta doctrina se recoge en MORALES VÁLLEZ, E.: “La imposibilidad de readmisión sobrevenida en los supuestos de despido. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 07/07/2015, Recurso nº 1581/2014”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 9, 2015, pp. 3 y 4, versión digital.

De este modo, los tribunales han venido reconociendo la imposibilidad de readmisión y la extinción indemnizada más los salarios dejados de percibir con base en diferentes causas. Por un lado, cuando la imposibilidad resida en la expiración del plazo de un contrato temporal celebrado adecuadamente con anterioridad a la declaración de nulidad del despido, pues no se produce ni la prórroga ni la conversión del contrato en indefinido (v.gr.: STS de 28 de abril de 2010, rcud. 1113/2009<sup>25</sup>). Por otro lado, por cuestiones relacionadas con el propio trabajador, ya sea por el fallecimiento de este<sup>26</sup> o por la declaración firme de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador afectado por el despido<sup>27</sup> después de la extinción del contrato y antes de la sentencia que declare la nulidad o improcedencia del despido.

No obstante, la doctrina científica se muestra ciertamente crítica con esta interpretación jurisprudencial, habida cuenta de que parte de la base de que la sola declaración de incapacidad permanente tiene efectos automáticos extintivos<sup>28</sup>. En cambio, el art. 198 TRLGSS permite la compatibilidad entre la incapacidad permanente y el trabajo asalariado, al igual que la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina judicial han determinado que la extinción del contrato de trabajo en virtud del art. 49.1.e) ET no tiene efecto automático, ya que es necesario que el empresario decida tal extinción sobre la base de la nueva situación jurídica del trabajador, dándose la posibilidad de que se pueda destinar a otro puesto de trabajo compatible con su incapacidad permanente<sup>29</sup>. En este sentido, para autorizada doctrina será posible readmitir al trabajador, ya sea por opción del empresario ante despido improcedente o ya sea de forma obligatoria por los efectos del despido declarado nulo<sup>30</sup>, con el abono de los salarios dejados de percibir, aunque también será posible que se proceda con posterioridad, incluso de forma inmediata, a la extinción del contrato por mor del art. 49.1.e) ET<sup>31</sup>. Por el contrario, para otro sector doctrinal este nuevo despido no podrá ser automático, ya que la empresa deberá de aplicar la tutela antidiscriminatoria a través de ajustes razonables en el puesto de trabajo, salvo que

<sup>25</sup> En este caso se discuten los efectos de un despido declarado nulo por extinción del contrato de trabajo formativo de una trabajadora embarazada durante el período de prueba. Así, se reconoce la imposibilidad de readmisión por expiración del plazo temporal y se condena al pago de los salarios que la trabajadora debió de cobrar desde el día del despido hasta el del fin del contrato.

<sup>26</sup> Además de la ya citada STS de 13 de febrero de 2019 (rcud. 705/2017), cfr., STS de 13 de mayo de 2013 (rcud. 813/2002).

<sup>27</sup> Entre otras muchas, SSTS 4 de mayo de 2005 (rec. 1899/2004); 28 de junio de 2006 (rec. 428/2005); 20 de septiembre de 2012 (rec. 3705/2011); 28 de enero de 2013 (rec. 149/2012); 7 de julio de 2015 (rec. 1581/2014); y 7/2022, 11 de enero de 2022.

<sup>28</sup> Ello es la hipótesis principal del trabajo de COSTA REYES, A.: “Despido ilícito e imposibilidad de readmisión sobrevenida por la declaración de incapacidad permanente” op. cit.

<sup>29</sup> El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también se ha pronunciado en este sentido, aunque no específicamente desde el plano de la incapacidad permanente sino desde la discapacidad del trabajador. MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ VICO, S.: “Trabajadores con discapacidad: principio 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, 2022, versión digital.

<sup>30</sup> Téngase en cuenta que tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, el despido injustificado que se efectúe por enfermedad del trabajador en general o en situación de incapacidad temporal en particular se entiende como discriminatorio y, por tanto, nulo. Entre las primeras sentencias destacan las sentencias del Juzgado de lo Social N.º 1 de Granada de 15 de febrero de 2023 (rec. 753/2022); Juzgado de lo Social N.º 1 de Cartagena de 18 de enero de 2023 (rec. 702/2022); o bien la sentencia del Juzgado de lo Social N.º 3 de Ourense de 18 de noviembre de 2022 (número de sentencia 632/2022).

<sup>31</sup> Ello se defiende en COSTA REYES, A.: “Despido ilícito e imposibilidad de readmisión sobrevenida por la declaración de incapacidad permanente” op. cit., pp. 14 y 15, aunque también se indica que la extinción del art. 49.1.e) ET podría no ser ajustada a la Directiva 2000/78/CE y que sería más apropiado utilizar la vía del despido por ineptitud sobrevenida del trabajador (art. 52.a) ET).

acredite resultar una carga excesiva, con base en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social e incluso en el art. 25 de la LPRL<sup>32</sup>.

Queda por analizar, por tanto, si el acceso a la pensión de jubilación imposibilita o no en todo caso la readmisión del trabajador en caso de despido nulo o de despido improcedente con opción por la readmisión, con las consiguientes consecuencias en materia de abono de la indemnización por despido improcedente o bien de devolución de la indemnización satisfecha, y los correspondientes salarios dejados de percibir. Tradicionalmente el Tribunal Supremo<sup>33</sup> y la doctrina judicial<sup>34</sup> ha venido interpretando que la jubilación que se produce tras la extinción del contrato de trabajo y con carácter previo a la declaración de nulidad o improcedencia del despido no es causa de extinción del contrato de trabajo y, por tanto, no ha lugar a la imposibilidad de readmisión en el puesto de trabajo. Por ello, resulta lícito que se opte por la readmisión en caso de despido improcedente o se readmita al trabajador despedido por despido nulo y se le solicite a este la devolución de la indemnización abonada en el momento de su extinción, con el abono de los salarios dejados de percibir<sup>35</sup>. Todo ello sin perjuicio de que posteriormente se opte por la extinción del contrato con base en el art. 49.1.f) ET<sup>36</sup>, aunque también habrá que tener en cuenta si el empresario ha incurrido en abuso de derecho a la hora de ejercitar su opción por la readmisión<sup>37</sup>.

En virtud de lo anterior, la sentencia aquí analizada, la STS de 28 de junio de 2022 (rec. 2300/2019), podría no suponer, en mi opinión, un revulsivo respecto de la

<sup>32</sup> Sobre la relación que existe entre la discapacidad y la incapacidad permanente en materia de despido, véase, MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: "Avanzando hacia una efectiva igualdad: discapacidad e incapacidad permanente desde una perspectiva jurisprudencial", en BARRIOS BAUDOR, G.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Coord.), *Derecho vivo de la Seguridad Social. VI Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2021*, Murcia, Laborum, 2022, pp. 29 y 30, aunque también alerta de que la equiparación que hace el art. 4.2 RD Legislativo 1/2013 de la discapacidad en un 33% con la incapacidad permanente ha sido declarada *ultra vires* por varias sentencias del Tribunal Supremo, *Ibidem*, pp. 34-37.

<sup>33</sup> SSTs de 10 de marzo de 1988 (rec. 1709/1988); de 4 de marzo de 2014 (rcud. 3069/2012) y de 28 de febrero de 2019 (rec. 178/2017). "En estas circunstancias, no es lógico atribuir a la decisión de jubilarse una voluntad de extinguir una relación que ya estaba rota, sino que razonablemente tal decisión ha de asociarse a otras motivaciones, como la de cubrir por esa vía la insuficiencia de recursos generada por el despido".

<sup>34</sup> Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 6 de noviembre de 2018 (rec. 2014/2018), comentada por GUINDO MORALES, S.: "Sobre la readmisión del trabajador tras la declaración de improcedencia del despido objetivo por causas técnicas y organizativas una vez jubilado anticipadamente desde el día siguiente a la fecha de efectividad del despido", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 53, 2019, versión electrónica y por BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Declarada la improcedencia, ¿cabe readmisión si el trabajador se ha jubilado al producirse el despido?", Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, entrada de 28 de enero de 2019 (consultada el 15 de marzo de 2023), disponible en: <https://ignasibeltran.com/2019/01/28/declarada-la-improcedencia-cabe-readmision-si-el-trabajador-se-ha-jubilado-al-producirse-el-despido/> A favor de considerar la jubilación como un supuesto de imposibilidad readmisoria destaca MARÍN MORAL, I.: "El Derecho a cobro de indemnización por despido improcedente de trabajador en situación de jubilación. Comentario a la Sentencia nº 1815/2005 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 3 de junio de 2005", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N.º 5515, 2005.

<sup>35</sup> La STS 4 de marzo 2014 (rec. 3069/2012) reconoce la compatibilidad de los salarios de tramitación, por su naturaleza extrasalarial e indemnizatoria, con la pensión de jubilación, a diferencia de lo que ocurre con la prestación por desempleo según la regla del art. 268.5 TRLGSS.

<sup>36</sup> Lo que ocurrió precisamente con la STS de 28 de febrero de 2019 (rec. 178/2017).

<sup>37</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Declarada la improcedencia, ¿cabe readmisión si el trabajador se ha jubilado al producirse el despido?" op. cit.

interpretación que el Alto Tribunal español ha venido defendiendo<sup>38</sup>. En este supuesto concreto se da una situación, y así lo recalca el propio Tribunal Supremo, que desplaza la anterior doctrina a favor de la consideración de la imposibilidad de readmisión: la existencia de una cláusula de jubilación forzosa que, de no haberse producido el despido con anterioridad, hubiera provocado de todos modos la extinción del contrato de trabajo *ex art. 49.1.f) ET*. Con esta interpretación se confirma que la extinción por jubilación del trabajador no opera con efectos automáticos con carácter general, a menos que exista cláusula de jubilación forzosa<sup>39</sup>. Y un valioso argumento que refuerza esta regla general de que es posible la readmisión, al margen de la suspensión del abono de la pensión, es que se posibilita la compatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación (*vid.*, arts. 213 y 214 TRLGSS)<sup>40</sup>.

En fin, para terminar con todas estas controversias, especialmente en el caso de despido declarado improcedente o injustificado, quizás sería adecuado modificar de *lege ferenda* la opción que ostenta el empresario de decidir entre la readmisión y los salarios de tramitación o bien entre la extinción indemnizada, en el sentido de atribuir esta facultad al propio trabajador afectado, más allá de lo que ya se reconoce para los representantes legales o sindicales de los trabajadores<sup>41</sup>. Autorizada doctrina ya ha defendido que esta posibilidad de elección concedida al empresario constituye, a todas luces, un claro privilegio en materia extintiva para que decida dicho sujeto la solución que más le convenga a sus intereses privados<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Es también cierto que la STS de 11 de enero de 2022 (rec. 4906/2018) reconoce de forma sutil que la jubilación, después del despido, es una “nueva causa de extinción del contrato por ministerio de la ley” que impide la opción por la readmisión.

<sup>39</sup> Aunque también se discute si las cláusulas de jubilación forzosa operan con carácter automático o se necesita de la voluntad del empleador. MUROS POLO, A.: “La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo”, *op. cit.*, p. 101.

<sup>40</sup> Idea defendida por COSTA REYES, A.: “Despido ilícito e imposibilidad de readmisión sobrevenida por la declaración de incapacidad permanente” *op. cit.*, en la nota a pie de página número 7.

<sup>41</sup> GUINDO MORALES, S.: “Sobre la readmisión del trabajador tras la declaración de improcedencia del despido objetivo por causas técnicas y organizativas una vez jubilado anticipadamente desde el día siguiente a la fecha de efectividad del despido”, *op. cit.*, que también reconoce que esta posibilidad se puede recoger por convenio colectivo o contrato individual del trabajo.

<sup>42</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: *El despido disciplinario*, Tesis Doctoral dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Universidad de Granada, 2018, pp. 489 y ss.



# SEGURIDAD SOCIAL Y ALUMNOS EN PRÁCTICAS

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

*Profesor Titular (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada  
Responsable de la Sección de Jóvenes y Noveles de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social [AESSS]*

## 1. PREFACIO: UN AVANCE HACIA UNA ADECUADA PROTECCIÓN DE LOS BECARIOS Y ALUMNOS EN PRÁCTICAS

De manera breve, en fecha de 29 de diciembre de 2018, se publicó en BOE 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. Este texto normativo era un firme propósito de instaurar nuevas medidas sociales en pro de los sujetos que participaban en programas de realización de prácticas no remuneradas, pues la disposición adicional quinta de la norma determinaba la inclusión de los mismos dentro del Régimen General de la Seguridad Social, como asimiladas a trabajadores por cuenta ajena, con el objetivo de poner fin a su situación de desprotección. Por este motivo establecía la normativa que se *“justifica su aprobación por razones de extraordinaria y urgente necesidad”*<sup>1</sup>.

Al hilo de lo comentado, en fecha de 30 de diciembre de 2021, se publicó en BOE la reforma laboral de 2021 (Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo). Respecto a los becarios solo se localizaba una disposición adicional segunda que establecía lo siguiente: *“el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta norma, convocará a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para, en el ámbito del diálogo social, abordar el Estatuto del Becario que tendrá por objeto la formación práctica tutorizada en empresas u organismos equiparados, así como la actividad formativa desarrollada en el marco de las prácticas curriculares o extracurriculares previstas en los estudios oficiales”*.

Recientemente, en fecha de 17 de marzo de 2023, se publica el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de

---

<sup>1</sup> GUINDO MORALES, S. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “El régimen jurídico de seguridad social de las prácticas remuneradas y de las prácticas no remuneradas: la nueva obligación de cotizar en ambos regímenes como sujetos asimilados a trabajadores por cuenta ajena”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019, pp. 358-393.

sostenibilidad del sistema público de pensiones, cuya disposición adicional quincuagésima segunda determina la inclusión y los términos de ésta, en el sistema de la Seguridad Social, de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación, que incluyen las realizadas por alumnos universitarios y de formación profesional, cuya fecha de vigencia será –de conformidad con la disposición final décima referida a la entrada en vigor– el 1 de octubre de 2023.

Todo lo anterior siendo conscientes de que en ocasiones y por la realidad desarrollada en las prácticas, las mismas pueden convertirse en zona gris del derecho del trabajo hasta el punto de proceder a la laboralidad (convertirse en relación laboral) de aquello que en un primer momento comenzó siendo unas prácticas no laborales en un entorno profesional. No olvidemos, pues, que el Derecho del Trabajo se constituye por el vínculo existente entre quien se compromete de forma personal y voluntaria a prestar una actividad en régimen de ajenidad y dependencia y quien viene a recibirla apropiándose de los frutos o ventajas de ella derivados<sup>2</sup>. Realidad jurídica del trabajo de la empresa cuyo dato diferencial recae sobre la noción de ajenidad y dependencia o subordinación técnico-funcional considerado como un instrumento de institucionalización de la sujeción o sometimiento del trabajador al poder del empleador manifestado a través de una relación de sometimiento jurídico y no meramente de orden técnico<sup>3</sup>. Lo que se complica cuando se otorga una beca económica para la realización de prácticas, a través de las cuales se pretende que quienes ya estén en posesión de una titulación académica, que les habilita para desarrollar una determinada actividad profesional o, preferentemente, quienes están próximos a obtenerla, puedan poner en práctica los conocimientos durante su etapa formativa a fin de completar su formación<sup>4</sup>. Al final, la distinción requiere de un específico análisis de las labores desarrolladas por el becario, debiendo compararse con el contenido de una prestación laboral típica de un puesto de trabajo análogo<sup>5</sup>.

Lo cierto es que la nueva generación de jóvenes (incluidos los titulados universitarios) se mueven en un terreno movedizo entre la necesidad de trabajar, la incertidumbre y la precariedad laboral, a saber: bajos salarios, trabajo flexible, relaciones encubiertas, temporalidad en el empleo, horarios cambiantes y en función de las necesidades, deficientes condiciones laborales y dificultad para conciliar vida laboral y familiar, entre otras cuestiones<sup>6</sup>, lo que parece unirse a un sentido generacional de “trabajar para vivir” y “no vivir para trabajar”.

<sup>2</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Sobre el concepto del Derecho del Trabajo”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 28, 1986, p. 183.

<sup>3</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “La crítica de los elementos de reducción normativa del concepto de trabajo en la doctrina socialista del derecho significación técnica de la dependencia y ajenidad”, en VV. AA.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en Homenaje al Prof. José Cabrera Bazán*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 218.

<sup>4</sup> LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, p. 246.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: “La inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los becarios que desarrollan práctica en empresa: los RRDD 1493/2011 y 1543/2011”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 99, 2012, p. 47.

<sup>6</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M.: “Derecho a unas condiciones equitativas (artículo 2)”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs.) 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. 395-430. LÓPEZ INSUA, B. M.: “La complejidad jurídica de las relaciones au pair en los países de nuestro entorno: ¿abuso u oportunidad? en tiempos de crisis”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018, p. 604.

## 2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS BECARIOS Y ALUMNOS EN PRÁCTICAS

El reciente Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, publicado en BOE en fecha de 17 de marzo de 2023, en su apartado 34, añade una disposición adicional quincuagésima segunda –en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre–, que determina la inclusión, y los términos de ésta, en el sistema de la Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación, que incluyen las realizadas por alumnos universitarios y de formación profesional.

A su vez, esta disposición conlleva la derogación de la disposición adicional quinta del 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, que regulaba esta materia.

La urgente y extraordinaria necesidad de introducir la disposición adicional quincuagésima segunda se justifica por el incumplimiento de lo establecido en el apartado 6 de dicha disposición adicional, unida a los problemas de aplicación que la misma ha generado.

En suma, la disposición adicional quincuagésima segunda procede a la inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación, recoge las siguientes obligaciones:

1. La realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación y la realización de prácticas académicas externas determinará la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que las realicen. Las prácticas a las que se les debe de dar de alta en la Seguridad Social son:

a) Las realizadas por alumnos universitarios, tanto las dirigidas a la obtención de titulaciones oficiales de grado y máster, doctorado, como las dirigidas a la obtención de un título propio de la universidad, ya sea un máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto.

b) Las realizadas por alumnos de formación profesional, siempre que las mismas no se presten en el régimen de formación profesional intensiva.

2. Así pues, los alumnos que realicen dichas prácticas quedarán comprendidos como asimilados a trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social, excluidos los sistemas especiales del mismo, salvo que la práctica o formación se realice a bordo de embarcaciones, en cuyo caso la inclusión se producirá en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

3. De la acción protectora del régimen de Seguridad Social se excluirá la protección por desempleo, la cobertura del Fondo de Garantía Salarial y por Formación Profesional. En el supuesto de las prácticas no remuneradas se excluirá también la protección por la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Las prestaciones

económicas por nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, se abonarán por la entidad gestora o, en su caso, por la mutua colaboradora, mediante pago directo de la misma. Las prestaciones que correspondan por la situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales se abonarán en todo caso mediante pago delegado.

4. El cumplimiento de las obligaciones a la Seguridad Social se ajustará a las siguientes reglas:

a) En el caso de las prácticas formativas remuneradas, el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social corresponderá a la entidad u organismo que financie el programa de formación, que asumirá a estos efectos la condición de empresario. En el supuesto de que el programa esté cofinanciado por dos o más entidades u organismos, tendrá la condición de empresario aquel al que corresponda hacer efectiva la respectiva contraprestación económica.

b) En el caso de las prácticas formativas no remuneradas, el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social corresponderá a la empresa, institución o entidad en la que se desarrollen aquellos, salvo que en el convenio o acuerdo de cooperación que, en su caso, se suscriba para su realización se disponga que tales obligaciones corresponderán al centro de formación responsable de la oferta formativa. Quien asuma la condición de empresario deberá comunicar los días efectivos de prácticas a partir de la información que facilite el centro donde se realice la práctica formativa. Por la entidad que resulte responsable conforme a lo indicado en el párrafo anterior se solicitará de la Tesorería General de la Seguridad Social la asignación de un código de cuenta de cotización específico para este colectivo de personas.

Las altas y las bajas en la Seguridad Social se practicarán de acuerdo con la normativa general de aplicación salvo las excepciones previstas en la presente norma, efectuándose el alta al inicio de las prácticas formativas y la baja a la finalización de estas, sin perjuicio de que para la cotización a la Seguridad social y su acción protectora se tengan en cuenta exclusivamente los días en que se realicen dichas prácticas. A estos efectos, el plazo para comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social dicha alta y baja será de diez días naturales desde el inicio o finalización de las prácticas.

5. La cotización a la Seguridad Social, tanto en el caso de las prácticas formativas remuneradas como en el de las no remuneradas, se ajustará a las siguientes previsiones:

a) En ambos casos, están expresamente excluida la cotización finalista del Mecanismo de Equidad Intergeneracional. b) A las cuotas por contingencias comunes les resultará de aplicación una reducción del 95 por ciento sin que les sea de aplicación otros beneficios en la cotización distintos a esta reducción. c) La entidad que asuma la condición de empresa a efecto de las obligaciones con la Seguridad adquiere la condición de sujeto obligado y responsable del ingreso de la totalidad de las cuotas.

6. La cotización en el supuesto de prácticas formativas remuneradas se ajustará a las siguientes previsiones: a) Se efectuará aplicando las reglas de cotización correspondientes a los contratos formativos en alternancia. b) La base de cotización mensual aplicable a efectos de prestaciones será la base mínima de cotización vigente en cada momento respecto del grupo de cotización 7, salvo en aquellos meses en los que el alta no se extienda a la totalidad de los mismos, en los que la base de cotización a efectos de prestaciones será la parte proporcional de dicha base mínima.

7. La cotización en el supuesto de prácticas formativas no remuneradas se ajustará a las siguientes previsiones: a) Consistirá en una cuota empresarial por cada día de prácticas formativas por contingencias comunes y por contingencias profesionales, que tendrá en cuenta la exclusión de la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, que serán establecidas para cada ejercicio en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, sin que pueda superarse la cuota máxima por contingencias comunes y profesionales que se determine, igualmente, en dicha ley. b) La base de cotización mensual aplicable a efectos de prestaciones será el resultado de multiplicar la base mínima de cotización vigente en cada momento respecto del grupo de cotización 8, por el número de días de prácticas formativas realizadas en el mes natural con el límite, en todo caso, del importe de la base mínima de cotización mensual correspondiente al grupo de cotización 7. c) El plazo reglamentario de ingreso de las cuotas correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo será el mes de abril; el de las cuotas correspondientes a los meses de abril, mayo y junio, será el mes de julio; el de las cuotas correspondientes a los meses de julio, agosto y septiembre, será el mes de octubre; y el de las cuotas correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre, será el mes de enero. d) En el caso de las personas que no hayan realizado día alguno de prácticas o programas formativos no remunerados en un determinado mes, se deberá informar expresamente de tal circunstancia. En cualquier caso, la empresa deberá solicitar de la Tesorería General de la Seguridad Social la liquidación de cuotas correspondiente a los tres meses inmediatamente anteriores, hasta el penúltimo día natural del respectivo plazo de ingreso. Cuando la persona que realice las prácticas se encuentre en una situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, la empresa deberá indicar a la Tesorería General de la Seguridad Social, los días previstos de realización de la práctica formativa. e) A efectos de prestaciones, cada día de prácticas formativas no remuneradas será considerado como 1,61 días cotizados, sin que pueda sobrepasarse, en ningún caso, el número de días del mes correspondiente. Las fracciones de día que pudieran resultar del coeficiente anterior se computaran como un día completo.

8. Las personas a las que hace referencia la presente disposición que, con anterioridad a su fecha de entrada en vigor, se hubieran encontrado en la situación indicada en el misma, podrán suscribir un convenio especial, por una única vez, en el plazo, términos y condiciones que determine el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, que les posibilite el cómputo de la cotización por los periodos de formación o realización de prácticas no laborales y académicas realizados antes de la fecha de entrada en vigor, hasta un máximo de dos años.

### **3. ACTUACIÓN DE PREVENCIÓN PARA LA ERRADICACIÓN DEL FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL CUANDO LAS PRÁCTICAS ENCUBRAN VERDADEROS PUESTOS DE TRABAJO**

Asimismo, el reciente Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, publicado en BOE en fecha de 17 de marzo de 2023, en el último apartado de la disposición adicional quincuagésima segunda, añade una nota de interés que, más bien, quiere actuar a modo preventivo. En efecto, se hace mención expresa a que las propias administraciones

públicas competentes llevarán a cabo planes específicos para la erradicación del fraude a la Seguridad Social asociado a las prácticas formativas que encubren puestos de trabajo.

Partimos de que estaremos ante una relación laboral siempre y cuando se satisfagan las características exigidas por el artículo 1.1 del ET referidas a la voluntariedad, ajenidad, dependencia, subordinación y remuneración<sup>7</sup>. En estos casos estaremos ante un trabajador asalariado cuya relación laboral dará lugar a la obligación de cotizar por el régimen de Seguridad Social que le corresponda. En caso de no situarnos ante un contrato de trabajo con sus correspondientes efectos jurídicos (habiendo ya excluido la existencia de fraude laboral), hemos de situarnos en el régimen jurídico de Seguridad Social de los participantes en la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación y la realización de prácticas académicas externas, lo que, como ya hemos comentado, determinará la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que las realicen debiendo darse de alta a los mismos como sujetos asimilados<sup>8</sup>.

A pesar de que el régimen de los interesados que se acogen a un programa de formación no proclama su laboralidad, en el desarrollo del mismo no siempre resulta clara la línea divisoria entre las prácticas acordes con las pautas que estipula la normativa y aquellas otras prácticas que pueden encubrir una auténtica relación laboral del artículo 1.1 del ET (mediante fraude laboral). Confusión que especialmente surge cuando la actividad es objeto de remuneración lo que facilita que nos introduzcamos en las denominadas zonas fronterizas o grises entre ambas instituciones: cuando el sujeto que está desarrollando una práctica formativa realiza una actividad que puede ser entendida como trabajo percibiendo una asignación económica en atención a la misma; por ello, y en aras de evitar cualquier tipo de confusión, el sujeto que concede la beca y la hace efectiva no puede confundirse nunca con la condición propia del empresario, por lo que no puede incorporar el trabajo recibido por el becario o el alumno a su patrimonio, circunstancia esencial a la figura del empresario, cuya actividad si bien puede carecer de ánimo de lucro, lo que siempre es subjetivo, no carece nunca de lo que en este aspecto puede denominarse sentido de lucro en la actividad que ejerce<sup>9</sup>.

Sobre la remuneración, es doctrina reiterada del Alto Tribunal<sup>10</sup>, aquella que confirma que tanto en la beca como en el contrato de trabajo existe una actividad que es objeto de remuneración, de ahí la existencia de una zona fronteriza o gris entre ambas instituciones. Al hilo de lo anterior, una beca (prácticas externas remuneradas) constituye asignaciones dinerarias o en especie orientadas a posibilitar el estudio y la formación del becario. Pero existe complejidad pues también es cierto que estas asignaciones para el estudio y formación pueden fructificar en la realización de una obra por lo que también existen asignaciones dinerarias que se otorgan para la producción de determinados estudios o para el avance en campos muy concretos de la investigación científica. No

<sup>7</sup> ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: “La delgada línea divisoria entre una relación laboral asalariada y la remuneración o contraprestación económica del becario como zona gris del derecho del trabajo”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 218, 2019, pp. 87-126.

<sup>8</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: “Propuestas para una adecuada y justa protección social de los becarios”, en López Insua, B. M. y Gutiérrez De La Peña, M<sup>a</sup>. S. (Coords.) *et al: Trabajo y seguridad social de la juventud. I Jornadas ITSS/AESSS: Actualizado con las últimas reformas legislativas en materia laboral y de seguridad social*, Murcia, Laborum, 2022, pp. 243-271.

<sup>9</sup> STS 13 de junio de 1988 [RJ 1988, 5270].

<sup>10</sup> STS 29 de mayo de 2008 [Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4247/2006], STS 22 de noviembre de 2005 [Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4752/2004] y STS 4 de abril de 2006 [Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 856/2005].

obstante, para no considerarse relación laboral, es importante que estas producciones nunca se incorporen a la ordenación productiva de la institución que otorga la beca.

Por tanto, el concepto de una beca para el desarrollo de una actividad puede ser entendida como trabajo asalariado cuando se percibe una asignación económica; pero lo verdaderamente relevante es que la institución que concedió la beca y la hace efectiva, no se confunda nunca con la condición del empleador o empresario, ya que no debe incorporar el trabajo realizado por el becario a su patrimonio, circunstancia esencial a la figura del empresario, cuya actividad si bien puede carecer de ánimo de lucro no carece nunca de lo que en este aspecto puede denominarse sentido de lucro en la actividad que ejerce o desarrolla.

Por otro lado, el Tribunal Supremo precisa que el becario, que obviamente ha de cumplir ciertas tareas, no realiza las mismas en línea de contraprestación, sino de aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca y disminuir así la carga de onerosidad que la beca representa, por lo que con ésta se materializa un compromiso que adquiere el becario y que no desvirtúa la naturaleza extralaboral de la relación existente<sup>11</sup>. De ahí que la clave para distinguir entre beca y contrato de trabajo sea que la finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en su formación. El rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y la formación del becario y no la de apropiarse de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio, obteniendo de ellos una utilidad en beneficio propio.

Igualmente, también es doctrina reiterada<sup>12</sup>, aquella que insiste en que la esencia de la beca de formación es conceder una ayuda económica de cualquier tipo al becario para hacer posible una formación adecuada al título que pretende o que ya ostenta, bien en centro de trabajo de la entidad que concede la beca, bien en centro de estudio ajeno al concedente; sin embargo, la relación laboral común no contempla ese aspecto formativo y retribuye los servicios prestados por cuenta y a las órdenes del empleador, con independencia de que la realización de los trabajos encomendados puedan tener un efecto de formación por la experiencia, lo que es inherente a cualquier actividad profesional.

Respecto a la remuneración o no de las prácticas (obviando en este momento el debate de si estamos ante una relación laboral o no), defendemos que las mismas debieran ser económicamente remuneradas, pues hay argumentos más que suficientes para confirmar que cuando la empresa o empresario tiene un coste económico en la formación del alumno que se encuentra desarrollando las prácticas, es garantía suficiente de que el alumno está adquiriendo una correcta formación con la que pueda serle verdaderamente útil a la empresa y pensar en una futura contratación del mismo. Un coste económico (aunque sea mínimo) para el empresario, es garantía de que no se pretende obtener mano de obra gratuita, pues lo cierto es que para un empleador no es fácil introducir en su estructura empresarial a un alumno en formación para enseñarle a aplicar los conocimientos teóricos adquiridos en las aulas universitarias. Por ello, que exista un coste económico por mínimo que sea, es un síntoma más que positivo de la existencia de un verdadero interés en la formación del sujeto y, por ende, en el cumplimiento de los objetivos de las prácticas formativas externas (obviamente sin pronunciarnos ahora sobre la laboralidad de las prácticas, ya que este

<sup>11</sup> STS 7 de julio de 1998 [Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2573/1997].

<sup>12</sup> STS 22 de noviembre de 2005 [Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4752/2004].

supuesto es totalmente diferente, pues lo que el empresario pretendería aquí sería ahorrar costes económicos).

De ahí que la clave para distinguir entre beca o práctica y contrato de trabajo sea que la finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario (lo cual es de por sí confuso y complejo), sino en la ayuda que se presta en su formación. El rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y la formación del becario y no la de apropiarse de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio, obteniendo de ellos una utilidad en beneficio propio<sup>13</sup>.

Concluimos que la existencia de un convenio entre una empresa y una determinada institución educativa, establecido bajo la normativa correspondiente, no significa que la relación realmente existente entre aquélla y alguno de los alumnos no pueda ser calificada de laboral, pues en definitiva será el contenido prestacional objeto de la relación jurídica trabada la que determinará su naturaleza.

En efecto, de acuerdo con una reiteradísima doctrina jurisprudencial, “*la naturaleza jurídica de un ente contractual viene determinada por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan*”<sup>14</sup>. En definitiva, pues, en el caso de las actividades realizadas bajo la cobertura de una beca o práctica externa universitaria, habrá que examinar el contenido concreto de la relación mantenida entre empresa y el estudiante para comprobar si efectivamente tales actividades responden a la finalidad formativa propia de toda beca o práctica, expresada en el artículo 1 del RD 1497/1981, de 19 de junio, sobre Programas de Cooperación Educativa, en el que se dispone que la finalidad de tales programas es la de reforzar la formación de los alumnos universitarios en las áreas operativas de las empresas para conseguir profesionales con una visión real de los problemas y sus interrelaciones, preparando su incorporación futura al trabajo, o en el artículo 2 del Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, cuyo objetivo es permitir a los alumnos aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en la formación académica, favoreciendo la adquisición de competencias que les preparen para el ejercicio de actividades profesionales, faciliten su empleabilidad y fomenten su capacidad de emprendimiento; o, si por el contrario, encubren una auténtica relación laboral en las que están presentes las notas de ajenidad y dependencia del artículo 1.1 del ET, precepto que, en definitiva, se encarga de regular las actividades de servicios, de contenido económico, dirigida por otras personas (empleadores o empresarios) que utilizan esa actividad para obtener unos resultados a cambio de una retribución.

Las prácticas en ningún caso pueden reunir los rasgos propios del contrato de trabajo sin llevar consigo la configuración del vínculo como una relación laboral. Por tanto, no estaremos ante una relación laboral siempre que el desarrollo de la beca o prácticas remuneradas se corresponda con la finalidad que le es propia, de proveer a quienes solamente tienen conocimientos teóricos de formación de carácter práctico adecuados a los estudios cursados; y si esa formación no existe o tiene carácter accesorio y lo que se produce en realidad es un aprovechamiento por la empresa de la fuerza de trabajo del

<sup>13</sup> STS 7 de julio de 1998 [Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2573/1997].

<sup>14</sup> STS 20 de septiembre de 1995 [Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1463/1994], STS 15 de junio de 1998 [Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2220/1997], STS 20 de julio de 1999 [Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4040/1998] o STS 29 de diciembre de 1999 [Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1093/1999].

estudiante, prevaleciendo su beneficio sobre el provecho de éste, en estos casos, faltará el presupuesto que habilita la realización de las prácticas y concurrirá, por el contrario, el que caracteriza al contrato de trabajo. Las becas y las prácticas sólo pueden considerarse como posible vínculo laboral cuando hay trabajo entendido como actividad personal con valor productivo por parte del becario y de la que se beneficia la organización productiva ofertando ese resultado al mercado<sup>15</sup>.

El elemento definitorio va a ser la realización de una actividad de práctica de los estudios, en compaginación o relación directa con una formación y docencia específica de manera que la prestación que se constate no sea de enriquecimiento del empresario, por traslación de la prestación llevada a cabo por el estudiante. En efecto, el punto crucial de definición de la relación laboral de las del becario va a ser la prestación de servicio por cuenta ajena, es decir, la producción de un fruto que se adquiere traslativamente por la entidad empresarial. De aquí el que no sean elementos relevantes ni los convenios que amparen la situación ni el porcentaje económico que reciba el alumno, sino la realización de actividades propias de una prestación de servicios, que son adquiridas por la contraparte, y todo ello unido a la carencia de una actividad real de enseñanza y docencia, pues es claro que quien se incorpora a un puesto de trabajo, normalmente, desconoce al inicio cual va a ser su cometido propio y específico, la diversa mecánica de operatividad, y con el transcurso del tiempo adquiere esos conocimientos, que no son específicos de su formación, sino de una prestación de servicios de quien ya posee conocimientos y capacidad demostrada suficiente para hacerse cargo de determinadas circunstancias<sup>16</sup>.

Puede afirmarse que hay contrato de trabajo allí donde haya una prestación de servicios realizada en forma personal, voluntaria, retribuida, por cuenta de otro y dentro de su ámbito de organización y dirección, salvo exclusión legal expresa. Por tanto, la calificación del tipo de vínculo por el que se prestan unos servicios sería de fácil solución si viniera automáticamente determinado por el modo en que la relación se describe por las propias partes. Pero esto no es así en la práctica jurídica. Da igual que se niegue expresamente por las partes el carácter laboral del vínculo contractual concertado pues estaremos ante un contrato de trabajo siempre que se reúnan las cualidades propias del mismo descritas en el artículo 1.1 del ET; criterio acorde con el modo en que nuestro ordenamiento contempla la simulación contractual, negando validez al negocio jurídico aparentado y dándosela al que ha quedado oculto.

Así, cuando viene a predominar la utilidad del empresario en el aprovechamiento del trabajo del becario, la beca es o debiera ser un salario y el contrato es de trabajo; en cambio, si viene a dominar el interés de la formación del alumno en prácticas, el contrato no puede ser de trabajo<sup>17</sup>. El argumento decisorio de la calificación no es sustantivo sino finalista<sup>18</sup>. La clave se localizará en la verdadera finalidad formativa propia de las prácticas y que tendrá que probarse mediante indicios

Nos encontramos ante un fraude de ley o fraude laboral cuando se pretende encubrir una relación laboral bajo la apariencia de una beca o práctica remunerada. Al

<sup>15</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?", en VV. AA.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en Homenaje al Prof. José Cabrera Bazán*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 124.

<sup>16</sup> STS] País Vasco de 8 de julio de 2008 [Recurso de Suplicación núm. 1112/2008].

<sup>17</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E.: *Derecho del Trabajo*, 24ª ed., Civitas, Madrid, 2006, p. 618.

<sup>18</sup> LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, p. 252.

respecto, no hay una regla general o universal que pueda otorgar una respuesta jurídica precisa, sino que deben analizarse los supuestos concretos y sus propias características. Pero la diferencia entre ambas puede localizarse en el sujeto que obtiene el beneficio predominante: si la finalidad de la relación entablada entre las partes es eminentemente formativa, nos encontraremos ante una beca; sin embargo, si prevalece la dimensión productiva, nos encontraremos ante una relación laboral. Por tanto, se puede confirmar que la finalidad u objeto real de una auténtica beca es la formación del propio becario. Por ello, y en la búsqueda de la figura jurídica que ampara la relación, habrá que deducir, de todos los elementos que existan, quién obtiene un mayor beneficio, valoración que desde la perspectiva del becario se deberá efectuar en términos de formación y no de rendimiento económico. Por el contrario, si el beneficio principal es para el donante de la beca nos encontraremos, sin duda, ante un contrato de trabajo. En este sentido, son indicios que pueden confirmar o denegar la laboralidad de la beca los siguientes<sup>19</sup>: la sujeción a un horario estricto; el importe de la contraprestación económica; la presencia o no de un tutor; recibir formación teórica; el lugar donde se lleva a cabo la prestación de servicios; la duración prevista de la beca; que el becario posea titulaciones superiores a los trabajadores de esa empresa; la mera adquisición de experiencia o el perfeccionamiento profesional, el cual, no constituyen el objeto o finalidad de una beca; labores productivas; o la superación de los límites del convenio de colaboración.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E.: *Derecho del Trabajo*, 24<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2006.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: “La “re-inclusión” en la Seguridad Social de los estudiantes universitarios en prácticas”, *Temas Laborales*, núm. 122, 2013.
- COLÀS NEILA, E.: “El estatuto del estudiante y las becas: límites del derecho laboral”, en LÓPEZ LÓPEZ, J. (Dir.) *et al: Los estatutos de los trabajadores: papel de las normas y la jurisprudencia en su formulación*, Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid, 2014.
- CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Becas y estudiantes en prácticas”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 113, 2014.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “Empleo juvenil y crisis económica”, en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo* (Ejemplar dedicado a: Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré), Valladolid, núm. 15, 2014.
- DE VAL TENA, A. L.: “Trabajo en prácticas y prácticas no laborales”, *Documentación Laboral*, núm. 104, 2015.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La Seguridad Social de quienes participan en programas de formación, y otras tres figuras cercanas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2012.

<sup>19</sup> Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: “Zonas fronterizas del Derecho del Trabajo: beca vs. Relación laboral” (I) y (II), *Actualidad Laboral*, núms. 5 y 6, 2009, pp. 589-597 y 714-722.

- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?”, en VV. AA.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en Homenaje al Prof. José Cabrera Bazán*, Madrid, Tecnos, 1999.
- GUINDO MORALES, S.: “Condiciones laborales de los trabajadores maduros: tiempo de trabajo y salud laboral”, en AA.VV.: *Envejecimiento activo y vida laboral: trabajadores maduros y pensionistas productivos*, Granada, Comares, 2019.
- GUINDO MORALES, S.: “La coordinación comunitaria de las prestaciones por desempleo”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 14, 2018.
- GUINDO MORALES, S., y ORTEGA LOZANO, P. G.: “El régimen jurídico de seguridad social de las prácticas remuneradas y de las prácticas no remuneradas: la nueva obligación de cotizar en ambos regímenes como sujetos asimilados a trabajadores por cuenta ajena”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019.
- LÓPEZ INSUA, B. M.: “La complejidad jurídica de las relaciones au pair en los países de nuestro entorno: ¿abuso u oportunidad? en tiempos de crisis”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “La crítica de los elementos de reducción normativa del concepto de trabajo en la doctrina socialista del derecho significación técnica de la dependencia y ajenidad”, en VV. AA.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en Homenaje al Prof. José Cabrera Bazán*, Madrid, Tecnos, 1999.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “El pilar europeo de derechos sociales y sistemas de Seguridad Social”, en *Lex Social: revista de los derechos sociales*, núm. 2, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M.: “Derecho a unas condiciones equitativas (artículo 2)”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs.) *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.
- MORENO GENÉ, J.: *Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios. Aspectos jurídico-laborales y de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “Propuestas para una adecuada y justa protección social de los becarios”, en López Insua, B. M. y Gutiérrez De La Peña, M<sup>a</sup>. S. (Coords.) *et al: Trabajo y seguridad social de la juventud. I Jornadas ITSS/AESSS: Actualizado con las últimas reformas legislativas en materia laboral y de seguridad social*, Murcia, Laborum, 2022, pp. 243-271.
- ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: “La delgada línea divisoria entre una relación laboral asalariada y la remuneración o contraprestación económica del becario como zona gris del derecho del trabajo”, en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 218, 2019, pp. 87-126.

- RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: “Zonas fronterizas del Derecho del Trabajo: beca vs. Relación laboral” (I) y (II), *Actualidad Laboral*, núms. 5 y 6, 2009.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: “La inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los becarios que desarrollan práctica en empresa: los RRDD 1493/2011 y 1543/2011”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 99, 2012.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Sobre el concepto del Derecho del Trabajo”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 28, 1986.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “La seguridad social de los becarios tras la anulación del RD 1707/2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5 (septiembre 2013), 2013.
- TODOLÍ SIGNES, A.: “La compleja e insatisfactoria regulación de las prácticas y las becas de trabajo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 6, 2015.

# **LAS SITUACIONES ESPECIALES DE INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIAS COMUNES INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA 1/2023, DE 28 DE FEBRERO**

**CAMINO ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA**  
*Prof.<sup>a</sup> TU (i) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad Rey Juan Carlos*

## **1. INTRODUCCIÓN**

La incapacidad temporal es una situación de imposibilidad para trabajar derivada de accidente o de enfermedad, que requiere tratamiento médico –y, en su caso, farmacológico– y que se supone transitoria o de corta duración. Es una de las contingencias cubiertas dentro de la acción protectora del sistema de Seguridad Social (art. 42.1, c LGSS<sup>1</sup>), que concede en estos casos dos prestaciones: una en especie –la asistencia sanitaria– y otra económica –el subsidio por incapacidad temporal–. La situación protegida, por tanto, es doble: la alteración de la salud y la pérdida temporal de ingresos derivada de aquella.

La prestación por incapacidad temporal es una de las más dinámicas del sistema de Seguridad Social<sup>2</sup>. Tradicionalmente se han distinguido tres elementos caracterizadores de la situación determinante de la misma: la alteración de la salud, el impedimento para el trabajo y la duración limitada en el tiempo.

Aunque el art. 169 LGSS no lo mencione expresamente, cuando se refiere a una enfermedad o accidente, remite a una situación de alteración de la salud del trabajador. Esta alteración conlleva, además, la necesidad de asistencia sanitaria que será prestada, en principio, por el Sistema Nacional de Salud<sup>3</sup> o por las entidades colaboradoras en la

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> BLASCO LAHOZ, J.F. y PÉREZ ALONSO, M.<sup>a</sup> A.: “Incapacidad Temporal” en AAVV (García Murcia, J. y Castro Argüelles, M.<sup>a</sup> A., dirs.): *Contingencias y prestaciones de Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Ed. Reus, Madrid, 2021, pág. 84.

<sup>3</sup> El art. 169.1, a) LGSS se refiere a la “asistencia sanitaria de la Seguridad Social” y no al Sistema Nacional de Salud, que es en definitiva quien presta la asistencia sanitaria conforme a su propia ordenación jurídica, como pone de manifiesto TORTUERO PLAZA, J.L.: “Elementos conceptuales de la incapacidad temporal” en AAVV (Vicente Palacio, M.<sup>a</sup> A., coord.): *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet*, Ed. Atelier, Barcelona, 2017, pág. 856.

gestión –Mutuas o empresas– en función del origen de la incapacidad y del ente con el que se haya formalizado la cobertura de los riesgos. No obstante, el carácter privado de la asistencia sanitaria no impide el acceso al subsidio. Sin embargo, no basta con que exista un desequilibrio físico-psíquico que requiera asistencia sanitaria, ya que la alteración de la salud debe ser de tal entidad que provoque la incapacidad para el trabajo. Es decir, lo trascendente a efectos de esta prestación no es tanto la pérdida de la salud –en sí misma– ni el hecho de recibir asistencia sanitaria; ninguna de estas dos circunstancias activa la cobertura por incapacidad temporal por sí sola, si no repercute en la capacidad laboral de la persona<sup>4</sup>. Ahora bien, el efecto incapacitante de la alteración de la salud debe ser de carácter temporal. Este tercer elemento es el que permite diferenciar las dos prestaciones por incapacidad –temporal y permanente– que otorga el sistema de Seguridad Social. Si las lesiones son permanentes e reversibles y repercuten de manera previsiblemente definitiva en la capacidad laboral del trabajador, no procede reconocer la prestación por incapacidad temporal, sino valorar la declaración de incapacidad permanente en el grado que corresponda.

La incapacidad temporal puede derivar de riesgos profesionales o de contingencias comunes; tanto en un caso como en otro supone la existencia de un proceso patológico de intensidad suficiente para imposibilitar la realización del trabajo. En su determinación concurre una decisión administrativa o burocrática, basada en criterios técnico-administrativos propios de las instituciones de la Seguridad Social, junto con una decisión de carácter médico que es competencia de las instituciones sanitarias. El origen común o profesional de la incapacidad temporal determina tanto los requisitos necesarios para el reconocimiento de la protección como el alcance de la misma o la fijación de responsabilidades en cuanto a la gestión y el abono de la prestación, entre otras cuestiones.

También es situación determinante de la incapacidad temporal el periodo de observación por enfermedad, en el que se prescribe la baja en el trabajo (art. 169.1, b LGSS), entendiéndose por tal, el tiempo necesario para el estudio médico de la enfermedad profesional cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo (art. 176.1 LGSS).

La promulgación de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante LO 1/22023) trae consigo la configuración de tres situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes en los siguientes casos: la menstruación incapacitante secundaria, la interrupción del embarazo y la gestación avanzada.

<sup>4</sup> La valoración de la imposibilidad para el trabajo y su carácter temporal reside en el facultativo que emite el certificado médico de baja. CARMONA POZAS, F.: “La incapacidad temporal, una suspensión compleja”, en AAVV (Sempere Navarro, A.V. dir. y Cano Galán, Y., coord.): *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pág. 266 aboga por otorgar una mayor precisión al reconocimiento médico del trabajador, describiendo el cuadro clínico y sus efectos físicos, funcionales, intelectuales o psíquicos sobre el trabajador desarrollado por el trabajador, ya que –a juicio del autor– con carácter general el facultativo ignora numerosos aspectos de la relación de trabajo.

## 2. EL SUPUESTO DE HECHO DE LAS NUEVAS SITUACIONES ESPECIALES DE INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIAS COMUNES

Las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes se introducen en el apartado Dos de la Disposición final tercera de la LO 1/2023, que añade dos nuevos párrafos a la letra a) del primer apartado del art. 169 LGSS y modifica el segundo apartado del mismo artículo, con efectos desde el 1 de junio de 2023<sup>5</sup>. A continuación, se trata de analizar el supuesto de hecho de cada una de las situaciones especiales, para valorar en qué medida suponen una novedad respecto de las tradicionales situaciones determinantes de la incapacidad temporal. La perspectiva de género es consustancial a este análisis puesto que se trata de supuestos que por su propio objeto están vinculados con el hecho de ser mujer.

### 2.1. La menstruación incapacitante secundaria

Con la declarada finalidad de conciliar el derecho a la salud con el empleo, la LO 1/2023 introduce un nuevo apartado *ter* en el artículo 5 de la Ley Orgánica 2/2010, para reconocer a las mujeres con menstruaciones incapacitantes secundarias el derecho a una situación especial de incapacidad temporal, en los términos establecidos por la LGSS<sup>6</sup>. Asimismo, incorpora la definición de menstruación incapacitante secundaria como la situación de incapacidad derivada de una dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada<sup>7</sup>.

En paralelo, la LO 1/2023 también modifica la LGSS para reconocer expresamente como una situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes la baja laboral en que pueda encontrarse la mujer en caso de menstruación incapacitante secundaria, también denominada dismenorrea secundaria. El adjetivo “secundaria” remite a la relación con alguna patología orgánica como endometriosis, miomas, etc.<sup>8</sup>. Según se afirma en la Exposición de Motivos de la norma reformadora con ello se mejora el tratamiento de aquellas situaciones patológicas que se proyectan sobre la salud de la mujer durante la menstruación, para dar una regulación adecuada a esta situación patológica y eliminar cualquier sesgo negativo en el ámbito laboral.

Desde el punto de vista del supuesto de hecho, esta situación especial de incapacidad temporal no es nueva, siendo posible que antes de su entrada en vigor las mujeres que sufrieran esa patología se acogieran a una situación de baja por incapacidad temporal. Por

<sup>5</sup> Como establece la disposición final decimoséptima de la LO 1/2023, estas modificaciones entran en vigor a los tres meses de la publicación de la norma en el BOE.

<sup>6</sup> El art. 5 *ter* LO 2/2010 se añade por el artículo Único.6 de la Ley Orgánica 1/2023 y está en vigor desde el 2 de marzo de 2023.

<sup>7</sup> Vid. art. 2.6 LO 2/2010, en la redacción dada por el art. Único.2 de la Ley Orgánica 1/2023. Esta definición legal es objeto de crítica en FUEENTES GARCÍA-ROMERO, C. y ARMIJO SUÁREZ, O.: “La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas”, Briefs ADTSS 15, AEDTSS, 2023, págs. 4-6.

<sup>8</sup> La Exposición de Motivos de la LO 1/2023 se refiere, por ejemplo, a la endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos o dificultad en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo, pudiendo implicar síntomas como la dispareunia, disuria, infertilidad, o sangrados más abundantes de lo normal, entre otros. FUEENTES GARCÍA-ROMERO, C. y ARMIJO SUÁREZ, O.: “La nueva regulación de la dismenorrea...”, cit., pág. 5 critican esta enumeración, por un lado, porque el síndrome de ovario poliquístico no es causa de dismenorrea y porque los pólipos –que sí lo son– se suelen operar por lo que no generarían la contingencia, realizada la intervención médica oportuna.

tanto, desde este punto de vista –no así desde la perspectiva del régimen jurídico aplicable– la situación especial no implica novedades.

Dada la configuración del supuesto de hecho de la situación especial –y sin ánimo de entrar en consideraciones de índole médico– no sería suficiente la mera dismenorrea “primaria”, que no esté asociada a alguna patología clínica, para aplicar el régimen especial de protección; estos casos podrían constituir –seguir constituyendo, en realidad– situaciones “ordinarias” de incapacidad temporal, sujetas a los requisitos y protección comunes y, por tanto de peor condición<sup>9</sup>. Ello conduce a pensar que, para estar ante la situación especial, es preciso algún tipo de informe médico diagnostique la patología y que establezca su relación con la menstruación incapacitante.

Por otra parte, aunque la definición legal no lo diga de modo expreso, es necesario que la dismenorrea sea refractaria al tratamiento ya que, si con tratamiento se puede mitigar el dolor, realmente no estaríamos ante una situación de incapacidad. El problema es que el dolor es algo difícil de cuantificar, porque su percepción y efectos varían en cada persona; pero sería conveniente realizar una valoración cuantitativa y cualitativa por especialista para poder determinar si una persona, a pesar de los analgésicos o la terapia que corresponda, tiene un nivel de dolor no tolerable que justifique el paso a la situación de incapacidad temporal<sup>10</sup>. Ahora bien, la situación especial al referirse expresamente a la menstruación incapacitante excluye los episodios de dolor incapacitante que se produzcan durante cualquier otro momento del ciclo menstrual que deberán seguir reconduciéndose al supuesto general.

Por último, y aunque sea una cuestión meramente formal, debe hacerse notar la descoordinación normativa desde el punto de vista cronológico por la disparidad de las fechas de entrada en vigor de las reformas de las leyes que afectan a esta situación de baja. El derecho a la situación especial de incapacidad temporal entró en vigor el 2 de marzo de 2023, mientras que la modificación de la LGSS que regula y da contenido a este derecho no entra en vigor hasta el 1 de junio del mismo año. Lo anterior provoca que durante un periodo de prácticamente tres meses –durante el cual se escriben estas líneas– exista un derecho reconocido pero no ejercitable, al no haber entrado en vigor las especialidades previstas en su régimen jurídico.

## 2.2. La interrupción del embarazo

El reformado apartado a) del artículo 169.1 LGSS también considera situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes la debida a la interrupción del embarazo –voluntaria o no– mientras la mujer reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo. Quedan fuera de esta situación especial los supuestos en los que el aborto se produzca por un accidente de trabajo o enfermedad profesional, porque tendrán la consideración de incapacidad temporal por contingencias profesionales.

<sup>9</sup> Vid. HIERRO HIERRO, F. J.: “Nuevas reglas para la incapacidad temporal: sobre su tramitación telemática y las situaciones especiales establecidas en la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 262 (2023), pág. 6 del ejemplar descargado en la base de datos [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)

<sup>10</sup> FUENTES GARCÍA-ROMERO, C. y ARMIJO SUÁREZ, O.: “La nueva regulación de la dismenorrea...” cit., pág. 6, se refieren precisamente a que existen escalas de dolor estandarizadas que pueden ayudar en la valoración de la persona.

Es significativa la referencia legal expresa al carácter voluntario o no del aborto, porque en lo que se refiere a la interrupción voluntaria del embarazo supone su automática consideración como contingencia protegida. En principio, las situaciones protegidas en el artículo 169.1 LGSS son enfermedades o accidentes que se producen de manera involuntaria, por lo que el origen de la contingencia protegida debe ser un hecho futuro e incierto y no una decisión individual del trabajador<sup>11</sup>. El elemento de la voluntariedad ha llevado a la jurisprudencia<sup>12</sup> a entender que la cirugía estética realizada de forma voluntaria, que no guarda relación con accidente o enfermedad o malformación congénita, no genera el derecho a obtener el subsidio de incapacidad temporal. Salvando las distancias existentes –y ricas en matices– con los supuestos de aborto voluntario, considerando que se trata de una intervención quirúrgica que no deriva de accidente ni de enfermedad ni de malformación congénita de ningún tipo, la aplicación de la anterior doctrina debería dejar fuera de protección estas situaciones. Probablemente este sea el motivo que ha movido al legislador a considerar expresamente el aborto voluntario como contingencia generadora de la incapacidad temporal.

La LGSS vincula la situación especial de incapacidad temporal en casos de interrupción del embarazo a que se “reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud”, reiterando lo dispuesto con carácter general en primer párrafo el art. 169.1, a) LGSS. Aunque la norma parece dar a entender que se debe recibir la asistencia sanitaria directamente del sistema público sanitario, lo cierto es que sólo se precisa que la asistencia médica que se recibe esté controlada por la Seguridad Social<sup>13</sup> a través de la expedición de los correspondientes partes médicos<sup>14</sup>. Así, el beneficiario puede decidir recibir tratamiento médico por una entidad privada –costeada por él mismo– sin que esa decisión condicione el derecho al subsidio, cuando conste su incapacidad para el trabajo. Lo anterior, puede tener una especial relevancia en este ámbito dada la frecuencia con que las interrupciones del embarazo se realizan en centros privados, lo que no impide el acceso a la prestación cuando se cumplan los demás requisitos para ello.

En la delimitación de la situación especial de incapacidad temporal también se reitera –junto con la necesidad de recibir asistencia sanitaria– el requisito de estar impedido para el trabajo. La mención de esta circunstancia no parece necesaria pues se trata una exigencia que es consustancial a la contingencia protegida, uno de cuyos presupuestos básicos es, como se ha visto, la imposibilidad para trabajar.

A la vista de la configuración legal de esta situación especial puede concluirse que, en lo que se refiere a los supuestos de aborto espontáneo –es decir, no voluntario– no se asiste a un nuevo supuesto de incapacidad temporal. De hecho, antes de la inclusión del mismo, si como consecuencia de la interrupción del embarazo, la mujer debía recibir tratamiento médico y se encontraba impedida para el trabajo, podía tener acceso al subsidio de incapacidad temporal. Mayores dudas podían suscitarse en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, habida cuenta de la doctrina jurisprudencial a la que ya se ha hecho referencia.

<sup>11</sup> Como señala TORTUERO PLAZA, J.L.: “Elementos conceptuales de la incapacidad temporal”, cit., pág. 855.

<sup>12</sup> La doctrina jurisprudencial se contiene en la STS de 21 de febrero de 2012 (RJ 2012, 8718) así como en la STS de 8 de enero de 2020 (RJ 2020, 17).

<sup>13</sup> GALINDO FERRERO, V.: “Elementos configuradores...” cit. pág. 34.

<sup>14</sup> En este sentido pueden verse, entre otras, la STS de 8 de enero de 2020 (RJ 2020, 17) ó la STSJ País Vasco en sentencia de 9 de marzo de 2004 (AS 2004, 580).

### 2.3. La gestación desde el primer día de la trigésima novena semana de embarazo

Por último, el art. 169.1, a) LGSS –en su nueva redacción– establece la gestación de la mujer trabajadora, desde el primer día de la semana trigésima novena de embarazo, como una situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes.

Esta es probablemente la situación especial que presenta un perfil más específico, puesto que parece referida una situación puramente objetiva, en el sentido de que no sea necesario que exista una alteración de la salud que incapacite para el trabajo. Se trataría más bien de una alteración “presunta” de la salud<sup>15</sup> semejante, en parte, a los periodos de observación por enfermedad profesional, en los que no existe necesariamente una alteración de la salud –de hecho, se fija un periodo de tiempo para constatar si efectivamente concurre tal alteración– y que sin embargo constituyen una situación de incapacidad temporal.

Se trata de una situación que es incompatible con la prestación por riesgo durante el embarazo, puesto que la prestación se abona “salvo que la trabajadora hubiera iniciado anteriormente una situación de riesgo durante el embarazo”, porque en este caso continuará percibiendo la prestación correspondiente a esta situación en tanto esta se mantenga (art. 172.2 LGSS). Es una incompatibilidad lógica pero que debería estar prevista en el art. 169 LGSS, donde se configura la nueva situación especial de incapacidad temporal– y no, como de pasada, en un precepto de la norma dedicado a otras cuestiones sobre la dinámica del subsidio.

Con la previsión de la situación especial de incapacidad temporal por gestación avanzada se acoge algo que se ha convertido en una práctica frecuente. No en vano cuando la Exposición de Motivos de la LO 1/2023 alude a esta novedad legislativa se refiere a las “bajas médicas habituales” desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación. Hasta ahora, al final del embarazo era posible que el facultativo cursara la baja de la trabajadora por entender que su avanzado estado de gestación hacía más gravoso el trabajo o por la necesidad de reposo ante la inminencia del alumbramiento. Con la nueva situación, basta la certificación médica de que la mujer se encuentra en la semana treinta y nueve de embarazo para que pueda pasar a la situación de incapacidad. Obviamente, la ley no impone la situación de baja en estos casos, sino que instituye una posibilidad de baja que podrá ser utilizada o no por la trabajadora en función de las circunstancias.

El carácter puramente objetivo de esta situación de incapacidad temporal y su insoslayable relación con el nacimiento del hijo llevan a plantearse si no hubiera sido más conveniente incluir este supuesto dentro de la protección por maternidad. Esta idea cobra fuerza si se tiene en cuenta que, como se verá, el requisito de cotización para acceder a esta incapacidad temporal se ha unificado con el de la protección por nacimiento y cuidado del menor.

Por otra parte, sigue siendo posible anticipar el disfrute del descanso por maternidad antes de dar a luz y aunque podría pensarse que la nueva situación de incapacidad temporal evitaría esta anticipación, la falta de sintonía protectora en ambas prestaciones puede seguir motivando el adelanto del descanso maternal en detrimento de un aprovechamiento íntegro una vez producido el nacimiento.

<sup>15</sup> Esta expresión la emplea GALINDO FERRERO, V.: “Elementos configuradores...” cit. pág. 33, en relación con los periodos de observación como situación determinante de la incapacidad temporal.

En definitiva, puede decirse que esta situación no comparte, en términos de identidad, los elementos definitorios de la incapacidad temporal, por lo que –a diferencia de las otras dos situaciones especiales– la que ahora nos ocupa introduce un nuevo supuesto de incapacidad temporal, no tanto de hecho como de Derecho.

### 3. LAS PARTICULARIDADES EN LA PROTECCIÓN DE LAS SITUACIONES ESPECIALES DE INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIAS COMUNES

La configuración de las situaciones especiales de incapacidad temporal responde al objetivo de dotarlas de un régimen jurídico distinto –y, en este caso, más favorable– respecto de la regulación general de la prestación. Para ello, el legislador ha reformado varios de los preceptos que la LGSS dedica a la incapacidad temporal<sup>16</sup> introduciendo concretas disposiciones sobre las situaciones especiales; en todos los demás aspectos será de aplicación el régimen “común”.

Aunque la regulación de las particularidades varía en muchos casos de una situación especial a otra, puede hacerse un estudio conjunto de las materias que son objeto de regulación específica: la excepción al concepto de recaída, las particularidades en materia de cotización, el nacimiento del derecho a la prestación, la extinción del subsidio y el sujeto responsable del mismo.

#### 3.1. El cómputo a efectos de recaída

Con carácter general, el art. 169.2 LGSS dispone que deben computarse los periodos de recaída a efectos de la duración máxima de la situación de incapacidad temporal. Se entiende que existe recaída cuando tiene lugar una nueva baja médica, por la misma o similar patología, dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior. De esta consideración se exceptúan los casos de incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria, para los que el precepto establece –tras ser modificado por la Ley LO 1/2023– que cada proceso se considera nuevo, por lo que no se añade a otros anteriores a efectos del periodo máximo de la incapacidad temporal y de su posible prórroga.

La excepción contemplada en la nueva redacción del art. 169.2 LGSS encaja con el carácter periódico de la situación protegida, ya que lo habitual es que ésta se repita mensualmente durante los años de edad fértil de la mujer. De considerarse recaída, la duración de las sucesivas bajas por menstruación incapacitante se iría acumulando y al alcanzarse los quinientos cuarenta y cinco días naturales previstos en la ley, debería examinarse la situación de la trabajadora –en un plazo de noventa días naturales– a efectos de la posible declaración de incapacidad permanente (art. 174.2 LGSS). Habría de esperarse entonces a una resolución administrativa –más que presumiblemente denegatoria de la incapacidad permanente por este motivo– para que empezara a contar el plazo de ciento ochenta días contemplado en el apartado 3 del art. 174 LGSS, a partir del cual se podría generar un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma patología, siempre y

<sup>16</sup> En concreto, la Disposición Final Tercera de la LO 1/2023 modifica los artículos 169, 172 y 173 de la LGSS. También reforma el apartado 4 del artículo 144 LGSS, en materia de cotización, para precisar que la obligación de cotizar se mantiene en situación de incapacidad temporal, incluidas las situaciones especiales de incapacidad temporal.

cuando se reúnan los requisitos para tener derecho a la prestación<sup>17</sup>. En consecuencia, no se tendría derecho a la prestación por esta contingencia durante esos ciento ochenta días, a los que habría que sumar el tiempo que dure la valoración como incapaz permanente, hasta que recaiga resolución<sup>18</sup>.

Lo anterior conduce a pensar se trata de una excepción a la regla general que es adecuada, porque es coherente con la naturaleza de la situación objeto de protección y que está plenamente justificada para garantizar la adecuada cobertura de la misma durante el tiempo necesario.

### 3.2. El periodo mínimo de cotización

Para tener derecho al subsidio por incapacidad temporal no basta con encontrarse en alguna de las situaciones contempladas en el art. 169 LGSS. Es preciso, además, que el beneficiario cumpla el requisito general de afiliación y alta –o situación asimilada– en el momento de sobrevenir la contingencia protegida (art. 165.1 LGSS) y que acredite el periodo mínimo de cotización exigido en la ley, de ciento ochenta días en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante (art. 172, a LGSS).

En realidad, este periodo de carencia sólo es exigible en los supuestos de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, ya que en el caso de contingencias profesionales y de accidente no laboral no es preciso acreditar cotización previa para acceder al subsidio. Con la reforma del art. 172 LGSS a estos supuestos se añaden ahora las situaciones menstruación incapacitante secundaria y de interrupción del embarazo. La finalidad inequívoca de esta regulación es facilitar el acceso a la prestación en estos casos, que de otro modo difícilmente podrían beneficiarse de la exención del requisito de cotización. De hecho, sólo un aborto debido a un accidente de trabajo o enfermedad profesional daría acceso a la prestación sin necesidad de carencia previa; pero estos casos, al tratarse de contingencias profesionales, no encajan en la situación especial de incapacidad temporal diseñada por el legislador.

Sin embargo, en la situación especial que se produce a partir de la trigésima novena semana de gestación sí se exige cotización previa. No obstante, en estos casos, no rige el requisito de carencia propio de la incapacidad temporal –los ya mencionados ciento ochenta días en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante– sino que la norma remite a los periodos mínimos de cotización previstos para devengar la prestación por nacimiento y cuidado del menor (art. 178.1 LGSS). Esto implica que la carencia exigida se condiciona a la edad de la beneficiaria en el momento del hecho causante que, a estos efectos, será el comienzo de la semana treinta y nueve de embarazo. Así, no se exige cotización previa cuando la trabajadora tenga menos de veintiún años; si tuviera veintiún años cumplidos y fuera menor de veintiséis años, se requiere haber cotizado noventa días en los siete años inmediatamente anteriores o, alternativamente, acreditar ciento ochenta días de cotización a lo largo de toda su vida laboral. Finalmente, si la trabajadora tuviera

<sup>17</sup> En este sentido, hay que tener en cuenta que a tenor del segundo párrafo del artículo 174.3 LGSS, en estos casos, para acreditar el periodo de cotización necesario para acceder al subsidio de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas a partir de la resolución de la incapacidad permanente. No obstante, esto no sería necesario en los casos de menstruación incapacitante secundaria dado que no se exige periodo de cotización para acceder a la prestación.

<sup>18</sup> Según lo previsto en el art. 174.2 LGSS cuando el derecho al subsidio se extinga por el transcurso de su duración máxima, deberá examinarse en el plazo máximo de noventa días naturales el estado del incapacitado a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

veintiséis años en adelante, la carencia necesaria será, alternativamente, de ciento ochenta días en los siete años inmediatamente anteriores al inicio del descanso, o bien de trescientos sesenta días cotizados a lo largo de toda su vida laboral.

De nuevo se trata de una regulación claramente protectora, que tiende a facilitar el acceso a la prestación por incapacidad temporal a la trabajadora en avanzado estado de gestación. Antes de la reforma, en el bien entendido de que se estaba ante una baja derivada de enfermedad común, la trabajadora –independientemente de su edad– debía acreditar ciento ochenta días cotizados en los cinco años inmediatamente anteriores. Sin embargo, con la actual regulación, o bien no se requiere cotización –por ser menor de veintiún años– o se flexibiliza su exigencia. En primer lugar, porque el requisito se formula de forma alternativa, siendo posible su cumplimiento con una carencia específica o bien con una carencia genérica acreditada a lo largo de toda la vida laboral, lo que indudablemente favorece su cumplimiento. Por otra parte, porque cuando se requiere una carencia específica, ésta es igual –ciento ochenta días– o menor –noventa días– a la propia de la incapacidad temporal y en ambos casos el periodo de referencia es mayor –siete años inmediatamente anteriores al hecho causante, frente a los cinco años de la incapacidad temporal “común”–.

La equiparación de la situación especial de incapacidad temporal por embarazo avanzado con la prestación por nacimiento y cuidado de hijo, en lo que afecta al requisito de cotización, lleva a plantearse si no debería haberse aprovechado la ocasión para desvincular este supuesto de la incapacidad temporal incluyéndolo dentro de la protección genérica a la maternidad natural –biológica– que proporciona la prestación por nacimiento y cuidado del menor. Ello afectaría al alcance de la protección que en el actual estado de cosas es sensiblemente mayor en los casos de maternidad. Así, frente al cien por cien de la base reguladora que le correspondería, la trabajadora en situación de incapacidad temporal sólo tendrá derecho al sesenta por ciento, que se ampliaría al setenta y cinco por ciento si la baja superase los veinte días de duración.

Lo anterior se alinea con propuestas que han sugerido imputar a la maternidad, y no a la incapacidad temporal, los episodios que afecten a la gestación, abordando un concepto unitario y global de maternidad en el que queden incorporados el embarazo, el parto y el puerperio<sup>19</sup>. El espacio protector incluiría tanto las alteraciones producidas durante el periodo de gestación y debidas a la misma, como los actuales periodos de descanso por nacimiento y cuidado del menor. Con ello se podría dar una respuesta más satisfactoria a las distintas situaciones planteadas, se unificaría la estructura protectora y se racionalizaría su configuración, respetando la finalidad propia de cada espacio protector<sup>20</sup>.

### 3.3. La dinámica del subsidio

Cuando el artículo 173 LGSS regula el nacimiento y la duración del derecho al subsidio por incapacidad temporal, introduce algunas reglas específicas para las situaciones especiales de incapacidad temporal.

<sup>19</sup> Esta es una de las propuestas que se incluyen en el informe “Hacia un nuevo modelo de gestión de la incapacidad temporal” dirigido por el Prof. Sempere Navarro bajo los auspicios del FIPROS (2005) y al que puede accederse en [https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/7ed517a0-9ad5-49d2-aaa1-7375ebf9f19a/F\\_2005\\_23.pdf?MOD=AJPERES](https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/7ed517a0-9ad5-49d2-aaa1-7375ebf9f19a/F_2005_23.pdf?MOD=AJPERES). En concreto la referida propuesta se encuentra en la pág. 187.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

### 3.3.1. El nacimiento del derecho a la prestación

La primera particularidad tiene que ver con el día en que nace el derecho a la prestación. Dado que las nuevas situaciones especiales derivan de contingencias comunes, el subsidio tendría que abonarse a partir del cuarto día de baja. Sin embargo, en los casos de menstruación incapacitante secundaria la prestación se abona desde el mismo día de la baja, mientras que en los otros dos supuestos –aborto y gestación avanzada– el derecho al cobro del subsidio comienza el día siguiente a la baja en el trabajo. Por tanto, en las tres situaciones se anticipa el cobro de la prestación al desaparecer el periodo de espera de tres días que, con finalidad principalmente defraudatoria, se impone con carácter general ante la incapacidad derivada de contingencias comunes.

El motivo de esta regulación puede encontrarse en que se trata de bajas de corta –o muy corta– duración, lo que podría conllevar la ausencia o una pérdida sustancial de la protección. Esto es así, sin duda, en las menstruaciones incapacitantes. También, aunque en menor medida, en el embarazo avanzado, porque en función de la fecha del parto la duración podría alargarse algunas semanas. Mayor heterogeneidad temporal pueden revestir las bajas por interrupción del embarazo, puesto que la recuperación de la mujer puede ser distinta en función del origen o del momento del aborto y de las complicaciones que produzca en la salud de la madre. A medida que la posible duración de la incapacidad se amplía, el motivo de esta especialidad deberá buscarse no tanto en garantizar la efectividad de la protección sino, directamente, en reforzar la protección a la mujer en determinadas contingencias que solo a ella conciernen.

Quizá por esa especialmente corta duración el legislador ha querido dar un tratamiento aún más favorable en este punto a las menstruaciones incapacitantes, previendo que el pago del subsidio comience el mismo día de la baja, lo que no ocurre ni siquiera cuando la IT deriva de contingencias profesionales.

En caso de que el convenio colectivo aplicable a la trabajadora contemplara alguna mejora voluntaria en relación con los tres primeros días de baja, habrá de entenderse que la mejora queda absorbida por la regulación legal. Y si la mejora voluntaria aumentara la cuantía legal del subsidio a percibir durante este periodo –presumiblemente el 60% de la base reguladora<sup>21</sup>– habrá de estarse a lo dispuesto en el convenio colectivo, siendo a cargo del empresario la cantidad que exceda de la prevista legalmente.

### 3.3.2. La duración de la prestación

Con carácter general, el subsidio se abona mientras el beneficiario se encuentre en la situación de incapacidad temporal, con la duración máxima prevista en el art. 169 LGSS. Sin embargo, en la situación especial de incapacidad temporal a partir de la vigésima novena semana de embarazo la prestación se percibe hasta la fecha del parto, como dispone el segundo párrafo del art. 173.2 LGSS –introducido por la LO 1/2023–. A partir de entonces la madre pasará a percibir la prestación por cuidado y nacimiento del menor (art. 177 y ss. LLGSS) aunque, hasta la completa recuperación de la mujer tras dar a luz, técnicamente estaría en una situación de incapacidad temporal. Por tanto, el momento

<sup>21</sup> A falta de una disposición específica sobre la cuantía del subsidio durante los tres primeros días de baja, habrá que entender que rige la cuantía prevista durante el primer tramo de incapacidad subsidiado (del cuarto al vigésimo día de baja, incluido). Como señala HIERRO HIERRO, F. J.: “Nuevas reglas para la incapacidad temporal”, cit., pág. 8, habrá de estarse al futuro, y deseable, desarrollo reglamentario para concretar este extremo.

del nacimiento del hijo se convierte en causa automática de extinción del subsidio en esta concreta situación de incapacidad temporal.

Realmente, la modificación del art. 173.2 LGSS no aporta ninguna novedad en la práctica puesto que cuando se producía la baja de la trabajadora en avanzado estado de gestación el momento del parto determinaba la finalización de la situación de incapacidad temporal y el comienzo de la protección por maternidad (o cuidado del menor en su actual denominación).

### 3.3.3. El pago del subsidio

La prestación de incapacidad temporal corre a cargo del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), de la Mutua o de la empresa colaboradora, en función de sus respectivos ámbitos de responsabilidad. No obstante, el abono de la prestación económica lo efectúa la empresa, con la misma periodicidad de los salarios, en virtud de la colaboración obligatoria en la gestión. Se trata de un pago delegado, porque la empresa anticipa al trabajador la cuantía del subsidio y posteriormente lo descuenta de las cuotas de cotización que tiene que ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social por el conjunto de los trabajadores de la empresa.

No obstante, en los supuestos de incapacidad temporal por contingencias comunes el abono del subsidio entre los días cuarto y decimoquinto de baja –ambos incluidos– se atribuye al empresario, comenzando el pago delegado a partir del decimosexto día.

La peculiaridad que se introduce en las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes consiste en que se abonarán “a cargo de la Seguridad Social”. La expresión utilizada por el legislador permite entender que la prestación corre a cargo de la Seguridad Social, sin perjuicio de que la materialidad del pago se lleve a cabo por la empresa en concepto de pago delegado.

En consecuencia, durante las situaciones especiales de incapacidad temporal el empresario queda liberado del coste de la prestación –más allá de la anticipación de su pago– que es asumido íntegramente por la Seguridad Social. Esto supone un verdadero ahorro de costes para la empresa durante los tres primeros días de baja –en el caso de que por convenio colectivo tuviera prevista la cobertura de los trabajadores como mejora voluntaria– y, en todo caso, cuando la baja se prolongue hasta el decimoquinto día. Nada cambia a partir del decimosexto día, dada la obligación general de pago delegado de la prestación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que, como se ha señalado antes, las situaciones especiales de incapacidad temporal serán, ordinariamente, bajas de corta duración, se trata de un régimen financiero especialmente favorable para las empresas, ya que neutraliza el impacto económico de la baja en la inmensa mayoría de los casos. Por otra parte, dado el evidente sesgo femenino de las situaciones especiales, la medida también debe contribuir a contrarrestar un eventual efecto negativo en la contratación de las mujeres, al ser inocua para la empresa desde el punto de vista económico. Cosa distinta es el impacto organizativo que alguna de estas situaciones puede tener en la empresa –en particular las menstruaciones incapacitantes por ser situaciones potencialmente recurrentes– y la oportunidad de trasladar el coste económico de la prestación a un sistema de Seguridad Social suficiente y sostenible.

#### 4. CONCLUSIÓN

La reforma de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo ha propiciado el establecimiento de las situaciones especiales de incapacidad temporal en los supuestos de menstruaciones incapacitantes, interrupción del embarazo y a partir de la semana treinta y nueve de gestación.

Algunas de las situaciones especiales suponen una ampliación del ámbito protector de la prestación –piénsese por ejemplo en los supuestos de gestación avanzada– sin embargo, la principal especialidad reside en el régimen jurídico aplicable en estas situaciones, caracterizado básicamente por una mayor flexibilidad en los requisitos de acceso, una cobertura temporal más completa y por la asunción del coste económico por el sistema de Seguridad Social.

Con el loable objetivo de mejorar la protección social de la mujer, atendiendo precisamente diversas contingencias vinculadas exclusivamente al sexo femenino, se articulan una serie de medidas no siempre con el deseable acierto de técnica jurídica. El diseño jurídico de estas situaciones suscita muchas dudas y la redacción presenta ciertas carencias que, unidas a la variedad de exigencias, mezcla de reglas de la incapacidad temporal por contingencias comunes con elementos propios de esta cuando deriva de contingencias profesionales, contribuye a la confusión.

Quizá sería más conveniente imputar a la protección por nacimiento y cuidado del menor –y no a la incapacidad temporal– los episodios que afecten a la gestación, abordando un concepto unitario y global de maternidad en el que queden incorporados el embarazo, el parto y el puerperio; también podría abordarse de manera más amplia la protección de la mujer trabajadora incapacitada para el trabajo cuando esta situación tenga que ver con el hecho biológico de ser mujer a través de una prestación específica<sup>22</sup> que unifique tanto exigencias como acción protectora en este ámbito.

---

<sup>22</sup> Por esta prestación específica para la mujer aboga HIERRO HIERRO, F. J.: “Nuevas reglas para la incapacidad temporal”, cit., pág. 9.

# **EL INFARTO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO**

FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS

*Abogado-Graduado Social*

*Profesor Asociado Universidad de Murcia*

## **1. INTRO**

En el presente trabajo y de forma resumida da se vienen a comentar distintas y recientes resoluciones de tribunales sobre la consideración del infarto como accidente de trabajo, una cuestión controvertida y de distinta interpretación y peculiar casuística. Se procede a ilustrar el criterio del Tribunal Supremo y las distintas resoluciones donde fija su doctrina sobre el infarto según las distintas circunstancias que acaezcan.

## **2. EL INFARTO DEL AUTÓNOMO TRANSPORTISTA**

La sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Ciudad Real desestimó la demanda interpuesta contra el INSS, TGSS, la Mutua Asepeyo y la Sociedad Cooperativa de Transportes de Puertollano, sentencia que es revocada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla la Mancha en 28/01/2022<sup>1</sup>.

El supuesto de hecho es el de un trabajador autónomo con las contingencias comunes y profesionales cubiertas con la Mutua, trabajador que sufre infarto en la ciudad italiana de Como dentro de su jornada laboral; el trabajador inicia expediente de determinación de contingencia que se resuelve determinando su origen en contingencias comunes, como consecuencia el referido trabajador queda limitado de forma orgánica y funcional quedando en lista de espera para un trasplante de corazón.

El autónomo realizaba una ruta desde Barcelona a Italia y sintió un dolor en el pecho con estado general de mareo, siendo trasladado al Hospital Vадuce en Como – Italia- y quedando hospitalizado en la UCI con diagnóstico de infarto de miocardio complicado con choque cardiogénico en la enfermedad de las arterias coronarias. El infarto sobrevino en tiempo y lugar de trabajo.

La Sala parte del encuadramiento del actor en el RETA y a partir de ahí establece como normativa de aplicación el art.3.2 del RD 1273/2003 y el art.316 de la LGSS que establece la cobertura protegible dentro de la acción protectora, cobertura de contingencia

---

<sup>1</sup> TSJ Castilla La Mancha. Sala de lo Social. Recurso 169//2021.

profesional, y que considera accidente de trabajo el que ocurra al trabajador autónomo como consecuencia directa e inmediata del trabajo que se realiza por cuenta propia.

Para el TSJ, y siguiendo la línea argumentaría, resulta incontrovertido que el infarto sobrevino cuando el trabajador autónomo realizaba funciones propias de su profesión, en tiempo y lugar de trabajo, y aunque entiende que es necesario el nexo entre el infarto y el accidente por cuenta propia, -pues la presunción del art.156.3 de la LGSS no deja de ser una presunción iuris tantum-, procede a invocar la doctrina del Tribunal Supremo<sup>2</sup> que establece los requisitos determinando que no será suficiente que el suceso se exteriorice con ocasión del trabajo, si bien el hecho de que la lesión tenga etiología común no excluirá que pueda ser factor desencadenante el esfuerzo de trabajo como factor de la producción del infarto de miocardio<sup>3</sup> sin que pueda descartarse la influencia de otras circunstancias laborales como causales.

En este supuesto el trabajador por cuenta propia sufre el accidente al iniciarse la jornada laboral, en un contexto de estrés laboral, estableciéndose así un nexo entre el trabajo realizado y la enfermedad cardíaca, con una actividad de claro estrés, realizando rutas internacionales con inversión prolongada de períodos de tiempo, lo que acarrea graves irregularidades en la realización de actividades cotidianas, que son alteradas, y que repercuten negativamente en su salud, siendo indiferente que sean trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena, pues afectan por igual, pero teniendo una relación directa el trabajo con la dolencia padecida, sin que los factores de riesgo del trabajador sean una razón suficiente para desestimar la consideración de accidente de trabajo.

### 3. EL INFARTO EN EL TELETRABAJO

El supuesto es el de una trabajadora profesora y coordinadora de Educación Primaria que tenía programada una reunión virtual con otros compañeros de trabajo, y tres horas antes de la reunión comentó que se encontraba mal, con dolores en el brazo y la espalda. Durante la reunión un compañero de trabajo observó que estaba aturdida, si bien la referida reunión se desarrolló sin ninguna incidencia, finalizando a las 14:05h; apenas unos minutos después, a las 14:43h se avisó por un familiar de la trabajadora al 061 por estar indispuesta.

La trabajadora inició un proceso de IT con diagnóstico de infarto de miocardio derivado de enfermedad común, e inició un expediente para determinación de contingencia que se resolvió como enfermedad común. La sentencia del juzgado estableció la contingencia profesional siendo recurrida en suplicación por la Mutua Asepeyo.

La sentencia de instancia hace una amplia exposición de la jurisprudencia. del art.156.3 de la LGSS, y de la presunción de laboralidad en los supuestos de infarto cardíaco, fijando en concreto los indicios o síntomas previos del infarto. La propia resolución del juzgado hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2020<sup>4</sup> que versa sobre una lesión cardiovascular cuyos síntomas debutan durante el trabajo, y aunque el trabajador logra finalizar la jornada, existe un nexo evidente entre la necrosis, la remisión al cardiólogo en fechas anteriores, el inicio de la jornada y la manifestación de ir al médico, así y cuando está finalizando su jornada detiene el autobús para tomar una medicación,

<sup>2</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. RCUd 944/2014.

<sup>3</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. RCUd 1213/1995.

<sup>4</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. RCUd 4322/2017.

finalizando su jornada, acudiendo a urgencias donde es diagnosticado de un síndrome coronario agudo e ingresa en cardiología.

Es el Tribunal Supremo el que establece la doctrina por la que la etiología común de la lesión no excluye que el trabajo pueda ser el desencadenante, y por tanto, aunque la dolencia proceda de una patología arrastrada durante semanas previas, al haber acaecido el episodio, en tiempo y lugar de trabajo, entra en juego la presunción del art.156.3 de la LGSS.

El recurso, sustentado en base al art.193.c de la Ley 36/2011 con denuncia de infracción del art.156 de la LGSS, se centra en resolver si el infarto causante de la IT se produjo en tiempo y lugar de trabajo – teletrabajo- o en tiempo diferente, antes de su inicio, quebrando por tanto la presunción legal de laboralidad.

La Sala concluye que ha de aplicarse la presunción de laboralidad establecida en el art.156 de la LGSS pues la trabajadora estaba desarrollando su actividad laboral el día en que desencadenó el infarto sin que sea óbice que el día anterior tuviera síntomas preliminares ni que la llamada a emergencias fuera pasada media hora una vez finalizada la reunión, por cuanto el infarto surgió durante la jornada laboral, en tiempo y lugar de trabajo, teletrabajo, manifestándose al término de la reunión telemática entrando por tanto en juego la presunción de laboralidad.

#### 4. LLEVANDO EL CORREO

La sentencia de 20 de diciembre de 2022 de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia<sup>5</sup> confirma la sentencia de instancia y no reconoce como accidente de trabajo el fallecimiento por insuficiencia cardíaca aguda.

El trabajador era jefe de recepción en un hotel y cuando se desplazaba del hotel a la oficina de correos de la localidad, como habitualmente hacía, se desplomó al suelo y seguidamente falleció. Tramitadas las diligencias y practicada la autopsia, se estableció como causa de fallecimiento insuficiencia cardíaca aguda. El trabajador padecía diabetes, obesidad tipo II, tenía varices, episodios de sangrado con traslado urgente hospitalario y anemia.

El juzgado de lo social 5 de Murcia desestimó la demanda al considerar, que pese a que falleció reaizando funciones laborales, estando ante una presunción iuris tantum, el resultado de la autopsia y del historial clínico demuestran una lesión congénita de origen genético, tratándose de una persona de salud delicada, y sin que la actividad en el hotel de 16 habitaciones pudiera agravar o desencadenar el fallecimiento.

En sede de recurso se sostiene la contingencia laboral, pues el fallecimiento fue un accidente de trabajo, que se realizó en el ejercicio de sus funciones, tiempo y lugar de trabajo, en un desplazamiento dentro de su actividad laboral; sin embargo la Sala entiende que el fallecimiento no tuvo como motivo la actividad laboral sino los factores patológicos padecidos por el trabajador por cuanto a su juicio la presunción de laboralidad queda desvirtuada al no constar que el desencadenamiento del fallecimiento fuera por su actividad laboral, a causa de una situación estresante, o de esfuerzos físicos relevantes, sino que la patología fue la determinante del resultado mortal y lo que rompe el nexo de causalidad entre el fallecimiento y el trabajo desarrollado.

<sup>5</sup> TSJ Murcia. Sala de lo Social. Recurso 967/2021.

## 5. TWIST LOCKS

El Juzgado de lo Social 7 de Valencia estimó la demanda interpuesta por Fremap y declaró el proceso de IT del trabajador como enfermedad común. La sentencia de instancia establece como hecho probado el diagnóstico del trabajador como un síndrome coronario intermedio sufriendo un infarto mientras prestaba sus servicios para la Sociedad de Estiba del Puerto de Valencia.

El informe médico concluye que el proceso de IT tiene su origen en el antecedente previo de varias semanas anteriores en las que el trabajador ha venido sufriendo episodios de dolor centro torácico que fue incrementándose en intensidad y duración hasta 48 horas antes, domingo; pero no el martes, dos días después, sobre las 9.30h cuando es trasladado en ambulancia hasta el hospital donde es ingresado, es por tanto que se considera que los episodios acaecidos no son a causa de su trabajo.

Por del INSS se declara que el origen es accidente de trabajo pues se produjo mientras realizaba funciones de colocar y quitar twist locks (cierre de giro utilizado para asegurar clavijas) y que comenzó a sufrir un episodio de dolor cetro torácico que duró unos 45 minutos, siendo atendido por el SAMU y remitiendo dicho dolor con la medicación. El trabajador presentaba desde hacía tres semanas episodios de dolor, no opresivo.

El juzgado de lo social estimó la demanda de Fremap y declaró que el proceso de IT tenía su origen en enfermedad común, sentencia que fue recurrida ante el TSJ de la Comunidad Valenciana que dictó sentencia en 29 de enero de 2019<sup>6</sup> desestimando el recurso del trabajador al entender que existían precedentes de dolor previos a la baja de IT y que la crisis pudo haberse producido en cualquier otro momento y lugar, sin que tampoco constara que el trabajador realizara ningún esfuerzo ni ninguna actividad que pudiera vincularse con una agravación de síntomas.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, y sirve como sentencia de contraste la sentencia de la Sala del Tribunal Supremo 08 de marzo de 2016<sup>7</sup>, sentencia que estimó el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el trabajador declarando la incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo; en este caso el trabajador, en fecha de 21/08/2012 entró en las instalaciones de un cliente para descargar leche a las 17:08h y llamó al empresario a las 18h para decirle que se encontraba mal, que iba al médico y que se hiciera cargo de la descarga, a las 18:29h acudió al centro de salud. Este trabajador tres días antes, el 18/08/2012, comenzó a sentir dolor torácico relacionado con esfuerzos, dolores que cedían en reposo, y que continuaron con episodios más intensos, hasta el día 20/08/2012 en el que el dolor era continuo. El diagnóstico fue de infarto agudo de miocardio con posible hipertensión arterial y diabetes tipo 2, se inició un proceso de IT que fue calificado como enfermedad común, la empresa no elaboró ningún parte de accidente de trabajo, y el trabajador solicitó cambio de contingencia que fue denegado. El juzgado de lo social desestimó la demanda que fue confirmada por la Sala del TSJ, al entender que el dolor torácico lo había comenzado a sentir tres días antes de su ingreso hospitalario y por el hecho de que el trabajador continuó acudiendo a su trabajo hasta el momento de abandonarlo y ser asistido médicamente.

La Sala de lo Social estima el recurso al entender que la presunción del art.115.3 de la LGSS no solo se refiere a accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción

<sup>6</sup> TSJ Comunidad Valenciana. Sala de lo Social. Recurso 3409/2017.

<sup>7</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. RCUd 664/2015.

súbita de un agente exterior, sino también por alteraciones que puedan surgir en el trabajo, en este sentido es oportuno sobre el nexo, las dolencias y la presunción de laboralidad, y sin salirnos del análisis de la sentencia objeto de comentario, glosar brevemente la casuística del infarto, del tiempo y lugar de trabajo y de la laboralidad:

El Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de enero de 2020<sup>8</sup> tiene consolidada la doctrina de las dolencias que debutan en tiempo y lugar de trabajo, así tiene fijado que las dolencias como el accidente de miocardio, acaecido in itinere, no debe calificarse siempre como accidente de trabajo sino cuando exista un nexo causal, pues la presunción de laboralidad en muchas ocasiones no le alcanza<sup>9</sup>.

Por otra parte, el Tribunal Supremo entiende que no se enerva la consideración de contingencia común el hecho de que el trabajador hubiera sufrido un primer infarto calificado como accidente de trabajo<sup>10</sup>; pues la presunción de que el accidente de trabajo es el que ocurre en tiempo y lugar de trabajo no se destruye por haber padecido molestias en momentos anteriores al infarto<sup>11</sup>; ni tampoco decae la contingencia profesional cuando el trabajador tuviera antecedentes de tipo cardíaco, coronario, tabaquismo<sup>12</sup>; aplicándose también la presunción de laboralidad al episodio cardiovascular cuyos síntomas debutan durante el trabajo pero se desencadenan al acabar la jornada laboral<sup>13</sup>.

Además el Tribunal Supremo tiene establecido que la presunción iuris tantum, del art.115.3 de la LGSS, no solo se extiende a los accidentes sino también a las enfermedades que por su propia naturaleza puedan ser causadas o desencadenadas por el trabajo<sup>14</sup>, operando también esta presunción fundamentalmente en lesiones cardíacas que, aunque se trate de enfermedades - en las que no puede afirmarse un origen estrictamente laboral- no permite descartar que determinadas de estas crisis puedan desencadenarse como consecuencia de esfuerzos o tensiones en la ejecución del trabajo<sup>15</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, y centrando la doctrina en el supuesto, la Sala en la sentencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de septiembre de 2022<sup>16</sup> entiende que el hecho de que la lesión tenga etiología común no excluye que el trabajo pueda ser factor desencadenante en la producción del infarto de miocardio<sup>17</sup>, sin que puedan descartarse la influencia de factores laborales en la formación del desencadenamiento de una crisis cardíaca, siendo necesario para excluir la etiología laboral contar con hechos que desvirtúen el nexo causal<sup>18</sup>, y es por tanto que la presunción del art.115.3 de la LGSS entra en juego cuando concurren dos condiciones de tiempo y lugar de trabajo, debiendo acreditar quien se oponga a la aplicación de esta presunción la falta de conexión entre el hecho dañoso y el trabajo<sup>19</sup>.

<sup>8</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. RCUD 4322/2017.

<sup>9</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. RCUD 3558/2009.

<sup>10</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. RCUD 54/2004.

<sup>11</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. RCUD 644/2015.

<sup>12</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. RCUD 2108/2014.

<sup>13</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. RCUD 2042/2016.

<sup>14</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. RCUD 3138/2013.

<sup>15</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. RCUD 4360/2010.

<sup>16</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. RCUD 2047/2019.

<sup>17</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. RCUD 1213/1995.

<sup>18</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. RCUD 3138/2013.

<sup>19</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. RCUD 3264/2013.

Es por tanto y de acuerdo a cuanto antecede que se estima el recurso del trabajador concluyendo que el infarto se produjo cuando se encontraba en tiempo y lugar de trabajo, realizando su cometido habitual de colocar y quitar los twist locks, y sin que pueda desaparecer el carácter laboral por el hecho que el trabajador presentara previamente un dolor torácico, pues el elemento clave y determinante, no es que el trabajo sea la causa de la enfermedad cardíaca, sino que tenga incidencia causal en la aparición de una crisis, que conduce a la incapacidad temporal y es por tanto que presumiéndose que concurre nexo causal cuando los síntomas se manifiestan en tiempo y lugar de trabajo sin que pueda desvirtuarse esta presunción por el hecho de que el trabajador no estaba realizando ningún esfuerzo, ni por la existencia de síntomas previos semanas antes.

# NUEVA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN EL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

JOSEFA ROMERAL HERNÁNDEZ

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

## 1. ANTECEDENTES

El servicio del hogar familiar constituye una de las fuentes de empleo más importantes tanto por el número de trabajadores que ocupa<sup>1</sup>, como por su contribución al funcionamiento general de la economía y la vida social<sup>2</sup>. 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 demanda de esta actividad a lo largo de décadas en nuestro país<sup>3</sup>. Los estudios demuestran que España es el país de Europa con mayor número de empleados domésticos, seguido de Francia e Italia<sup>4</sup>.

Sin embargo, a pesar de la importancia tanto social y económica de la profesión, ha sido una forma de empleo mal remunerada y desprotegida tradicionalmente, lo que lleva a las personas trabajadoras a situaciones de vulnerabilidad. Siguen siendo muchos los países en los que los empleados al servicio del hogar familiar están excluidos de la protección de la normativa laboral<sup>5</sup>, y en los que lo está, como en el nuestro, se ha hecho de forma limitada en relación a otras categorías de trabajadores. Las diferencias y desprotección se han amparado en las particularidades del trabajo y su consideración social, como la consideración de que

---

<sup>1</sup> 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](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/-dgreports/-/-dcomm/-/-publ/documents/publication/wcms_173363.pdf)

<sup>2</sup> 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>

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Domestic workers across the world: global and regional statistics and the extent of legal protection, ILO, 2013, pp. 19, 24 y 35.

<sup>5</sup> 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.

las tareas desarrolladas son propias de la mujer, lo que cualitativamente lleva asociada una desvalorización profesional y económica importante. El trabajo doméstico no se considera generador de riqueza, sino simple 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 en multitud de ocasiones.

La consideración social de que el trabajo desarrollado es propio de mujeres demuestra la alta feminización del sector, que a nivel mundial alcanza el 88,7% de la población que lo desarrolla, de las cuales el 8,6% son niña<sup>6</sup>, muchas de ellas dispuestas 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 en el desempeño del trabajo, e incluso tráfico ilegal de personas<sup>7</sup>. Por otro lado, el que el trabajo se preste en el domicilio del empleador, donde se desenvuelve la vida privada, imprime un halo de indemnidad a las condiciones de trabajo difícilmente controlables por la Autoridad Laboral. A ello se une que el desarrollo en el círculo de convivencia familiar dificulta su organización como colectivo y el ejercicio de la actividad sindical, con la consiguiente ausencia de negociación colectiva. El aislamiento, la invisibilidad y la precariedad puede incrementarse cuando el trabajo se desarrolla en régimen interno, en el que el límite de la jornada se difumina, la valoración del alojamiento y la manutención pueden absorber parte 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 preocupación de la OIT por este sector de actividad ha sido una constante en el tiempo, planteando la necesidad de integrarlo dentro de su objetivo fundamental de trabajo decente, y proporcionando incentivos y orientación a los Estados miembros para facilitar el acceso a condiciones de trabajo dignas a estos trabajadores. Con este objetivo se aprueba el Convenio 189 y la Recomendación 201, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos<sup>8</sup>, el cual establece un cuadro de derechos laborales básico y las actuaciones recomendadas para su consecución.

A nivel interno, el avance en la regulación de derechos y protección social de este colectivo ha sido lento a lo largo del tiempo, lo que ha perpetuado condiciones de trabajo precarias y lagunas que incidían en la discriminación múltiple, condenando a un sector de la población, mayoritariamente mujeres, a la pobreza y desprotección social a lo largo de su vida y especialmente en el periodo de vejez. Situación que ha iniciado un cambio de rumbo con el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 24 de febrero de 2022, asunto C-389/20.

Con el objeto de adecuar nuestro derecho a las exigencias europeas de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, aparece el Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar<sup>9</sup>. La norma aprovecha para hacer una revisión de determinados aspectos sociolaborales a efectos de llevar a cabo la equiparación

<sup>6</sup> Ver informe en: [https://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/WCMS\\_617090/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/WCMS_617090/lang-es/index.htm)

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> BOE de 8 de septiembre de 2022.

de condiciones y eliminación de tratamientos diferenciales e injustificados que generaban desventajas en los términos requeridos tanto por la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea como por el Convenio 189 de la OIT, entre otros los derechos de Seguridad Social.

Con esta aportación se pretende poner de relieve los cambios operados en protección social mediante el reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo y sus particularidades, lo que sin duda redundará en la mejora de las condiciones de trabajo y vida del colectivo de trabajadoras del hogar, además de señalar algunas cuestiones que siguen pendientes y deberán abordarse en regulaciones futuras.

## 2. CONTEXTO NORMATIVO

Los primeros seguros sociales hunden sus raíces en el mutualismo laboral. El Decreto de 17 de marzo de 1959<sup>10</sup> constituyó el Montepío Nacional del Servicio Doméstico<sup>11</sup>. 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)<sup>12</sup> 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 diciembre<sup>13</sup>, 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 octubre<sup>14</sup>, denominada “Sistema Especial para empleados de hogar”.

En el caso de la prestación por desempleo, razones de oportunidad política ligadas a la situación económica en la que se llevó a cabo la reforma llevaron a dejarlo fuera de cobertura. 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 Sistema especial de empleados del hogar, remitiendo la cuestión a la futura regulación de la relación laboral [DA 39ª, apartado 3f) de la Ley 27/2010]. En cumplimiento de esta

<sup>10</sup> BOE de 24 de marzo.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> BOE de 2 de agosto.

<sup>13</sup> BOE de 31 de diciembre.

<sup>14</sup> BOE de 3 de octubre.

remisión el RD1620/2011, regulador de la relación laboral especial, en su D.A. 2ª volvió a aplazar la protección por desempleo, previendo que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social constituyera un grupo de expertos para estudiar la viabilidad de la implantación de la protección, ello adaptado a las peculiaridades de la actividad que garantizara el principio de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera.

Paralelo en el tiempo se incorporaría la actuación de la OIT en 2011 con la adopción del convenio 189 sobre trabajadoras y trabajadores domésticos, y la Recomendación 201 que lo complementa, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Por lo que respecta a la seguridad social dirige un mandato a los estados a fin de garantizar condiciones no menos favorables que las aplicables a los trabajadores en general, 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 ha visto su ratificación por España el 9 de junio de 2022.

La decisión que ha llevado finalmente a España a ratificar el Convenio proviene en gran parte de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 24 de febrero de 2022<sup>15</sup>, la cual dictaminó que España estaba incurriendo en discriminación indirecta contraria a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, y la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato, por no reconocer el derecho a la protección por desempleo a las personas empleadas del hogar familiar en su gran mayoría mujeres.

Aunque el Tribunal Europeo se pronunció solo sobre el carácter discriminatorio de la regulación laboral, la Sentencia tuvo como consecuencia directa, no solo la ratificación del Convenio 189, sino el reconocimiento del Gobierno de su compromiso por culminar el proceso de equiparación de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar con el resto de los trabajadores por cuenta ajena, que fue formulado en la Ley 27/2011 de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y el RD 1620/2011, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del hogar familiar, en consonancia con el Convenio 189, y que más de una década después seguían pendientes.

Para dar respuesta a estos compromisos se aprueba el Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre de 2022, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, el cual opta por revisar no solo la protección por desempleo sino de modo integral la regulación de las condiciones de trabajo en las que pudiera aplicarse de forma clara las consideraciones jurisprudenciales sobre el carácter discriminatorio del tratamiento diferenciado respecto al resto de actividades laborales. En virtud de este objetivo les extiende la protección por desempleo, tanto contributivo como no contributivo, en idénticas condiciones a las del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena, aunque con ciertas especialidades relativas al cálculo de las bases y tipos de cotización aplicables.

<sup>15</sup> Asunto C 389/20.

### 3. COBERTURA POR DESEMPLEO

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.

Por otro lado, el derecho a la igualdad del art. 14 de nuestra constitución en relación con el 41 que promueve el derecho a la Seguridad Social para todos los ciudadanos, especialmente en caso de desempleo, se corresponden con el art. 21 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”.

Para dar cobertura a todos estos mandatos y compromisos, el Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre de 2022, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, reconoce el derecho a la protección por desempleo en el servicio del hogar familiar. La forma escogida por la norma ha sido sencilla, derogando directamente el precepto legal que establecía la exclusión. Al efecto el artículo tercero de la norma deja inalterado el Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, en aquellos aspectos que no establecen tratamientos diferenciales injustificados y menos favorables sino que constituyen meros ajustes fundamentalmente formales y de gestión, justificados por el carácter no empresarial de la persona empleadora y por las especiales características de la prestación de servicios en este sector de actividad. Sin embargo, entra en la modificación directa de aquellos preceptos de la normativa de Seguridad Social que sitúan a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores sin que exista justificación en virtud de factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Por ello se suprime el apartado d) del artículo 251 de la Ley General de Seguridad Social, a efectos de que las personas trabajadoras no queden excluidas de la acción protectora del sistema especial. Así mismo se incorpora en el artículo 267.1 a) LGSS un nuevo apartado 8º donde se recoge como situación legal de desempleo la extinción por las causas justificadas contempladas en el art. 11.2 del RD 1620/2011. De este modo la

prestación por desempleo forma parte ya de la acción protectora del sistema especial de empleados de hogar haciendo obligatoria la cotización por desempleo. La obligación de cotizar, tanto para la trabajadora como sus empleadores comenzó el 1 de octubre de 2022 para las relaciones laborales de al menos 60 horas mensuales, y el 1 de enero de 2023 si fuera de menos horas.

La norma no introduce consideraciones suplementarias más allá del efecto inmediato de reconocimiento del derecho, de forma que debemos entender que a partir del 1 de octubre de 2022 las personas incluidas en el sistema especial del servicio del hogar familiar, con contratos vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Ley, comienzan a acumular cotizaciones a efectos de ir generando derechos a prestaciones conforme a la normativa general

## 4. NUEVAS REGLAS DE COTIZACIÓN

Las reglas para el cálculo de las bases de cotización y tipos se fijan en la nueva redacción de la disposición transitoria decimosexta de la LGSS. A la vez, se establecen reglas especiales para el periodo de aplicación paulatino del 1 de octubre de 2020 hasta 1 de enero de 2023, en la disposición transitoria segunda del RD 16/2022. Todo ello sin perjuicio de que a partir del 1 de enero de 2024 las reglas de cotización se equiparán con el resto de los trabajadores, y se realizarán en los términos establecidos en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

### 4.1. Bases de cotización

Las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinan con arreglo a una escala, en función de la retribución percibida por los empleados de hogar, prevista anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Para el año 2023 el salario mínimo interprofesional para estos trabajadores se fija en 1.080 euros (14 pagas), 1260 euros (12 pagas)<sup>16</sup>. Se establece una nueva tabla de retribuciones y bases de cotización que se recogen en la escala de más abajo<sup>17</sup>. A efectos de determinar la retribución mensual del empleado, el importe percibido mensualmente deberá ser incrementado con la parte proporcional de las pagas extraordinarias que tenga derecho a percibir el empleado (art. 147.1 LGSS). Como se observa, la tabla pasa de diez a ocho tramos, eliminando los dos más altos. Además, sube la base de cotización mínima, que es la que se aplica a todas las trabajadoras que cobren hasta 269 euros al mes. Eso significa que quienes tengan relaciones laborales de menos horas y que no lleguen a esos 269 euros mensuales en un hogar pagarán algo más. En cambio, bajan las bases de cotización en el resto de los tramos, que pagarán algo menos.

<sup>16</sup> RD 99/2023, de 14 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023.

<sup>17</sup> Actualizadas el 1 de enero de 2023 por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, y Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023. BOE de 31-01-2023.

Tramo		Retribución mensual Euros/mes		Base de cotización Euros/mes	
1.º			Hasta	291,00	270,00
2.º	Desde	291,01	Hasta	451,00	386,00
3.º	Desde	451,01	Hasta	613,00	532,00
4.º	Desde	613,01	Hasta	775,00	694,00
5.º	Desde	775,01	Hasta	939,00	858,00
6.º	Desde	939,01	Hasta	1.098,00	1.018,00
7.º	Desde	1.098,01	Hasta	1.260,00	1.260,00
8.º	Desde	1.260,01		Retribución mensual	

A partir del año 2024, las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinarán conforme a lo establecido en el artículo 147 de la LGSS, que estará constituida por la remuneración total que con carácter mensual tenga derecho a recibir el trabajador cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, sin que la cotización pueda ser inferior a la base mínima que se establezca legalmente. Cuando este cambio sea efectivo las prestaciones experimentarán una mejora considerable, pues al salario regular se sumarán las horas extraordinarias, si las hubiera, en el caso de trabajador a jornada completa, o las complementarias si fuera a tiempo parcial. En la actualidad, al fijarse la cotización en función de la escala, la suma de las horas extraordinarias, en el caso de comunicarse su realización, tiene una repercusión indirecta en el cálculo de la base reguladora de la prestación en función de si su cómputo implica o no un cambio en el tramo de cotización.

Las bases de cotización para la contingencia de desempleo y para determinar las aportaciones al Fondo de Garantía Salarial para el año 2023 serán las establecidas en el cuadro previsto en la norma -reproducidas más arriba- incrementadas en la misma proporción que el salario mínimo profesional en este periodo. A partir de 2024 serán las correspondientes a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional conforme se establece en el art. 19.3 de la LGSS para todos los regímenes de la Seguridad Social.

4.2. Tipos de cotización aplicables

En el caso de la cotización por contingencias profesionales, sobre la base de cotización que corresponda, señalada más arriba, se aplicará el tipo de cotización previsto en la tarifa de primas establecidas legalmente, siendo la cuota resultante a cargo exclusivo del empleador. Para 2023 se mantiene en el 1,5 por ciento.

Para la cotización por contingencias comunes, sobre la base de cotización que corresponda, se aplicará el tipo y distribución entre empleador y empleado que se establezca en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado, para el Régimen General de la Seguridad Social. Desde el 1 de enero de 2023, el tipo de cotización por contingencias comunes es del 28,30 por ciento, siendo el 23,60 por ciento a cargo del empleador y el 4,70 por ciento a cargo del empleado.

Además desde el comienzo de 2023 se aplica el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI) diseñado para hacer frente al reto demográfico al que se enfrenta

el sistema de pensiones con la próxima jubilación de la generación del “babyboom”. El MEI supone cotización de 0,6 puntos porcentuales aplicable a la base de cotización por contingencias comunes, del que el 0,5 por ciento será a cargo del empleador y el 0,1 por ciento a cargo del trabajador.

Para la cotización por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial se aplicarán los tipos de cotización y distribución que se establezcan en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Los tipos aplicables entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2023 serán los siguientes:

- a) El tipo de cotización por desempleo para contratos de duración indefinida el 7,05%, del que el 5,50% será a cargo del empleador y el 1,55% a cargo del empleado. Y en el caso de contratos de duración determinada el 8,30%, del que el 6,70% será a cargo del empleador y el 1,60% a cargo del empleado.
- b) El tipo de cotización al Fondo de Garantía Salarial será de 0,2 a cargo exclusivo del empleador.

### 4.3. Requisitos de inscripción

Se modifica el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero. Al respecto se prescribe que a partir del 1 de enero de 2023 en las solicitudes de alta formuladas con respecto a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial deberán figurar, además de los datos establecidos con carácter general, el código de la cuenta de la entidad financiera en la que ha de domiciliarse el pago de la cotización y los datos correspondientes al tipo de contrato de trabajo y al contenido mínimo de este, consistentes en: número de horas de trabajo mensuales y semanales, el importe del salario pactado, tanto por hora realizada como mensual, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, así como, en su caso, en el importe del salario mensual acordado en especie y en la existencia o no de pacto de horas de presencia y/o de horas de pernocta, junto con la retribución por hora pactada (art. sexto RD-Ley 16/2022).

Igualmente, a partir del 1 de enero de 2023, como en el resto de los empleos, las personas empleadoras asumen las obligaciones en materia de altas, bajas, modificaciones de las condiciones de trabajo y cotización en relación con las trabajadoras que presten servicio durante menos de sesenta horas mensuales por empleador. Hasta esta fecha se permitía que fuera la trabajadora quien asumieran de forma directa el alta y la cotización en el sistema especial si así se había pactado, lo que generaba que muchas de ellas no lo hicieran, incluso cuando el empleador asumía los costes, con el consiguiente perjuicio para su carrera de seguro. A efectos de su regularización, durante el mes de enero de 2023 las personas empleadoras debían comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social, los datos necesarios para el cálculo y el pago de las cuotas de la Seguridad Social, y en especial los datos bancarios precisos para el pago de las cotizaciones, así como la entidad gestora o en su caso colaboradora de la Seguridad Social por la que optan a efectos de la cobertura de las contingencias profesionales, siempre y cuando todos estos datos no se hubiesen comunicado con anterioridad (Disposición Adicional segunda RD-Ley 16/2022).

#### 4.4. Beneficios en las cotizaciones

Con el fin de favorecer la estabilidad y la legalización de las personas trabajadoras en el ámbito doméstico, dado que el empleo sumergido en este sector es muy elevado, la norma regula diferentes beneficios para los empleadores dependiendo de las situaciones de los hogares. Una primera bonificación consiste en la reducción del veinte por ciento en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al Sistema Especial para Empleados de Hogar a las personas que tengan contratada o contraten bajo cualquier modalidad contractual a una persona y la den de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. Asimismo, con el fin de minorar la carga por las nuevas cotizaciones, tendrán derecho a una bonificación del ochenta por ciento en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) en este Sistema Especial.

A partir del 1 de abril de 2023, como alternativa a la reducción del veinte por ciento en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, las personas empleadoras que den de alta en el Régimen General a una persona trabajadora al servicio del hogar tendrán derecho, durante toda la situación de alta en dicho régimen, a una bonificación del treinta o del cuarenta y cinco por ciento en la aportación empresarial a la cotización por contingencias comunes cuando cumplan determinados requisitos de patrimonio y/o renta de la unidad familiar o de convivencia de la persona empleadora, que serán determinados reglamentariamente. La determinación del derecho a las bonificaciones en las cuotas corresponde al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE). Estas bonificaciones solo serán aplicables respecto de una única persona empleada de hogar en alta en el Régimen General de la Seguridad Social por cada persona empleadora. Si hubiese más de una persona empleada de hogar en alta en dicho Régimen por cada persona empleadora, la bonificación será aplicable únicamente respecto de aquella que figure en alta en primer lugar (Disposición adicional primera RD-Ley 16/2022).

Las administraciones tributarias, incluidas las de régimen foral, estarán obligadas a suministrar al Servicio Público de Empleo Estatal la información sobre beneficios en la cotización que le compete.

En el caso de las bonificaciones por contratación de empleados del hogar en familias numerosas que se estuvieran aplicando el 1 de abril de 2023, en los términos previstos en el artículo 9 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las Familias Numerosas, mantendrán su vigencia hasta la fecha de efectos de la baja de los cuidadores que den derecho a las mismas en el Régimen General de la Seguridad Social.

También se aplican respecto de la contratación a trabajadores con discapacidad incluidos en el Sistema Especial las deducciones en la cotización a la Seguridad Social establecidas en el artículo 2.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. En este caso los empleadores tendrán derecho a una bonificación de 425 euros/mes (5100 euros/año) si el trabajador con discapacidad está incluido en alguno de los grupos siguientes: a) personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al treinta y tres por ciento. Y, b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al sesenta y cinco por cien.

Igualmente será de aplicación la bonificación prevista en el RD-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, del cien por cien en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta, a los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadoras del hogar que tengan suspendido su contrato de trabajo durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento en los términos establecidos en el número 4 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores.

Lo mismo en el caso de contratación para cubrir a trabajadoras en periodo de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad, a que se refiere la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. La bonificación a aplicar será del cien por cien en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta.

## 5. CONCLUSIONES

Sin duda el reconocimiento del derecho al desempleo para el empleo al servicio del hogar familiar constituye un avance necesario en el camino de la igualdad del colectivo con el resto de trabajadores por cuenta ajena, y en la igualdad de género dado el número de trabajadoras que se dedican a la profesión, lo que seguro supondrá una mejora en las condiciones de vida y trabajo del colectivo. Ahora toca pasar a la aplicación de la norma para que los efectos se plasmen en realidades.

En línea con la igualdad de género debemos seguir aportando ideas y diseñando medidas con rigurosidad jurídica para que la norma sea de aplicación a todas las personas que prestan sus servicios en el hogar familiar, lo que implica abordar la situación de un elevado número de trabajadoras extranjeras que se encuentran prestando servicios de manera irregular al no contar con la autorización de trabajo. En este sentido, la OIT recomienda establecer una línea telefónica nacional de asistencia, con servicios de interpretación para los trabajadores domésticos que necesiten ayuda. Y, en consonancia con el artículo 17 del Convenio, relativo a la inspección de trabajo, prever un sistema de visitas, antes de la colocación, a los hogares que emplearán a trabajadores domésticos migrantes.

Necesario para que el cumplimiento de las obligaciones sea una realidad es la creación de mecanismo de sanciones adecuadas en caso de infracciones de la normativa laboral. El elevado coste de algunas de las sanciones previstas en la LISOS y la falta del carácter empresarial del empleador doméstico –la mayoría de los casos perteneciente a modestas economías– puede hacer pensar en la inaplicación de la norma sancionadora, pero esto no puede ser razón válida para negar la aplicación de la Ley al trabajo doméstico, pues de ser así la norma se quedaría en el papel y las condiciones de trabajo precarias de este colectivo persistiría en el tiempo. Así pues, sin perder de vista las particularidades de esta actividad a la hora de graduar las faltas y sanciones, lo que permitirá atemperar la cuantía, se debe diseñar el procedimiento de sanciones por infracciones; y en cualquier caso hay que tener en cuenta que la sanción no es el único instrumento de la Inspección de

Trabajo, de manera que siempre que sea posible se pueden adoptar medidas de advertencia y requerimiento.

En la consecución de estos objetivos es importante el papel de las administraciones públicas, encargadas de elaborar políticas eficaces para la mejora de las condiciones de trabajo en el empleo doméstico. Estas políticas pueden concretarse en elaboración de programas de sensibilización a empleadores y trabajadores sobre derechos, deberes y obligaciones compartidas. En el caso de los empleadores es importante proporcionarles información sobre buenas prácticas relativas al empleo de trabajadores domésticos y sobre las obligaciones legales en materia de empleo e inmigración en relación con los trabajadores domésticos migrantes, sobre las medidas de ejecución y las sanciones en caso de infracción, así como los servicios de asistencia a disposición de los trabajadores domésticos y de sus empleadores.

La ratificación del Convenio 189 de la OIT, implica un gran avance en la dignificación del trabajo al servicio del hogar, a la vez que una apuesta por la regulación de la economía sumergida y protección de las trabajadoras migrantes que en su mayoría ocupan el trabajo en régimen de pernocta en el hogar familiar. Igualmente permitirá avanzar en las deficiencias de protección del sector, ya que en su articulado se encuentran recogidas las medidas necesarias a implementar por los Estados para dignificar la actividad.



# **EQUIPARACIÓN DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL CON EL TRABAJO A TIEMPO COMPLETO A EFECTOS DE COTIZACIÓN**

**DIEGO VELASCO FERNÁNDEZ**  
*Profesor Sustituto Interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada*

## **1. INTRODUCCIÓN. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL**

El trabajo a tiempo parcial ha experimentado desde su origen una regulación compleja al respecto de cómo es considerado por parte de las prestaciones de la seguridad social. Aunque el trabajo a tiempo parcial surge como una forma de trabajo atípica pronto adquiere gran relevancia en el sistema de contratación laboral. Para los hombres supuso un porcentaje del 6,5% de la contratación respecto al empleo total de hombres en 2021. Mientras que para las mujeres supuso un porcentaje del 22,4% respecto del empleo total de mujeres en 2021. Para los hombres, este porcentaje se ha mantenido a lo largo de los años. Para las mujeres, dicho porcentaje va descendiendo muy gradualmente; en 2015 el porcentaje de mujeres contratadas a tiempo parcial era del 25,2%<sup>1</sup>. Se extraen dos conclusiones de estos datos: que el trabajo a tiempo parcial es una forma de contratación que se practica de forma generalizada y que está fuertemente feminizada.

No podemos esperar que la estandarización de esta forma de trabajo quede cubierta automáticamente por un sistema de protección social diseñado para el denominado trabajo típico, esto es, los contratos indefinidos a jornada completa. Por este motivo, el sistema de pensiones de la Seguridad Social debe mutar como lo hace la realidad laboral<sup>2</sup>. Así lo quiere el mandato constitucional del artículo 50, entendido junto con el artículo 41. Es un deber de los poderes públicos velar por unas pensiones suficientes que protejan de las situaciones de necesidad.

No obstante, desde la implementación generalizada de la contratación a tiempo parcial han sido varios los factores que han hecho que el derecho a las pensiones contributivas, y en concreto a la pensión de jubilación, de trabajadores contratados a tiempo parcial se

<sup>1</sup> Vid. Instituto Nacional de Estadística. Porcentaje de los trabajadores a tiempo parcial en el empleo total según periodo: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=10896>

<sup>2</sup> MALDONADO MOLINA J.A., “El trabajo a tiempo parcial y su impacto en el sistema de pensiones: especial referencia a la pensión de jubilación,” en *Revista De Trabajo Y Seguridad Social. CEF*, no. 425, 2018, pág. 30

haya revestido de literatura jurisprudencial, doctrinal y fórmulas normativas correctoras. Estos factores son dos: la dificultad de obtención de largos periodos de cotización y las reducidas bases de cotización por el menor salario percibido<sup>3</sup>.

Por todo ello, el objeto de este análisis es arrojar luz sobre el encuadramiento de la contratación parcial a efectos de cotización y cómputo de tiempo para las pensiones. A pesar de que el trabajo a tiempo parcial comienza como una forma de trabajo atípica, con difícil encuadramiento desde el punto de vista de la protección social, se analizarán los antecedentes del complejo camino normativo y jurisprudencial que parece converger en la solución adoptada por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones: la equiparación del trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos de cotización.

## 2. ANTECEDENTES EN LA REGULACIÓN DE LA COTIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PARCIAL

El trabajo a tiempo parcial no tuvo una regulación específica hasta el Estatuto de los Trabajadores de 1980. Es cierto que anteriormente, la Ley de Contratos de Trabajo de 1944 ya preveía la posibilidad de contratar jornadas por debajo de lo habitual previo pacto<sup>4</sup>. También de forma complementaria, el artículo 13 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 preveía la utilización de contratos parciales como medida de fomento de empleo para ciertos colectivos con dificultad de acceso al mercado de trabajo. No obstante, esta incipiente realidad contractual no vino acompañada de un desarrollo normativo que cubriera de forma concreta la cotización y protección social de los que la experimentaban<sup>5</sup>.

El artículo 12 ET de 1980 introducía esta nueva modalidad de contratación como medida de fomento de empleo<sup>6</sup> y por primera vez incluía una remisión a la cotización a la Seguridad Social: *“se efectuará a razón de las horas o citas realmente trabajadas”*. Sin embargo, se seguía sin contemplar nada a efectos del cálculo de los periodos de carencia<sup>7</sup>. El desarrollo reglamentario del artículo 12 ET perdió la oportunidad de profundizar al respecto, delegando en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la responsabilidad de regular la cotización de la contratación parcial<sup>8</sup>. La autoridad laboral recogió el testigo haciendo repercutir la proporcionalidad de la jornada a las bases reguladoras, pero no se pronunció al respecto de los periodos de cotización exigibles<sup>9</sup>. No obstante, esta

<sup>3</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. and GUINDO MORALES, S., “El derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva de los trabajadores contratados a tiempo parcial: el coeficiente reductor de parcialidad” en *Revista española de derecho del trabajo*, (228), 2020, pp. 285

<sup>4</sup> Art. 28 Ley de Contratos de Trabajo de 1944 *“Cuando no se hubiera pactado y se tratase de prestación de un número de días de trabajo o de ejecución de obra por unidad, piezas o por medidas u otras modalidades del trabajo susceptibles de cumplimiento parcial, se entenderá la obligación divisible y el obrero podrá exigir que se le reciba por partes y se le abone en proporción al trabajo ejecutado.”*

<sup>5</sup> MONEREO PÉREZ J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022, pág. 151.

<sup>6</sup> El artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 definía el trabajo a tiempo parcial como: *“el que se preste durante un número de días al año, al mes o a la semana, durante un número de horas, respectivamente inferior a los dos tercios de los considerados como habituales en la actividad de que se trate en el mismo periodo de tiempo”*.

<sup>7</sup> MONEREO PÉREZ J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. *Op. Cit.* pág. 152

<sup>8</sup> Real Decreto 1362/1981, de 3 de julio, sobre contratos de trabajo a tiempo parcial

<sup>9</sup> Resolución de 1 de febrero de 1982, de la Subsecretaría para la Seguridad Social, por la que se dictan normas en materia de afiliación y prestaciones económicas de Seguridad Social a los trabajadores contratados a tiempo parcial.

proporcionalidad no se aplicó a todas las prestaciones de la Seguridad Social. Para causar desempleo se seguía la regla de que cada día trabajador computaba como día cotizado, independientemente de la duración de jornada<sup>10</sup>. El criterio de la proporcionalidad de la jornada pronto llegó a los tribunales que terminaron por argumentar que no estaba regulado con norma de rango suficiente y por lo tanto debía aplicar por analogía la misma regla que para el desempleo, es decir, la equiparación de los días cotizados a tiempo parcial con aquellos cotizados a tiempo completo<sup>11</sup>. La solución de la Administración entonces fue dotar de rango suficiente al criterio de la proporcionalidad<sup>12</sup>. A partir de entonces, dicho criterio se afianzó como la norma para el cómputo del tiempo de cotización en los contratos a tiempo parcial<sup>13</sup>.

El artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores de 1995 se mantuvo en la línea de la regulación anterior, confirmando que el cómputo de los periodos de cotización de los contratos a tiempo parcial se realizaría siempre función de las horas trabajadas. Ante la constatación de la dificultad que esta medida suponía para el acceso de los trabajadores a tiempo parcial al disfrute de las pensiones, comienzan a introducirse reglas correctoras para facilitar el acceso<sup>14</sup>. Se reestructura la normativa para regular esta materia en los artículos 161.1 y la DA 7ª de la LGSS de 1994, en vez de en el Estatuto de los Trabajadores. No obstante, el criterio de la proporcionalidad de horas trabajadas volvió a enfrentarse a los tribunales, quedando declarada su inconstitucionalidad primero<sup>15</sup> y posteriormente la contrariedad a la normativa europea por discriminación a los trabajadores a tiempo parcial<sup>16</sup>. Se entendía que esta forma de cotización para el trabajo a tiempo parcial perjudica a estos trabajadores cuando han efectuado este trabajo por mucho tiempo, porque en la práctica era muy difícil el acceso a las pensiones. También se determinó que vulneraba el principio constitucional de igualdad y perjudicaba en mayor medida a las mujeres por ser el principal colectivo contratado a tiempo parcial<sup>17</sup>.

El RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto, buscó salvar la inconstitucionalidad de los preceptos de la LGSS de 1994 modificando por primera vez el criterio de proporcionalidad de horas para el cómputo de tiempo. La propuesta consistió en introducir un coeficiente de parcialidad global para toda la vida activa del trabajador. Con la renovación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social por el RDL 8/2015, de 30 de octubre, estas modificaciones se trasladan a los artículos 247 y 248 de esta norma<sup>18</sup>. De forma que para el cálculo del periodo cotizado se estaba al artículo 247 LGSS:

<sup>10</sup> Así recuerdan MONEREO PÉREZ J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. *Op. Cit.* pág. 153 la aplicación del artículo 3.4 Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, que desarrollaba la Ley 31/1984, de 2 de agosto.

<sup>11</sup> STSJ Aragón de 23-06-1992 (AS 1992/3090) y STS 26-5-1993 (RJ 1993, 6374)

<sup>12</sup> Mediante el Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre, que copiaba la regla de la Resolución de 1 de febrero de 1982. Avala la STS 7 de febrero de 1997.

<sup>13</sup> Así lo confirmaron la Ley 10/1994, la Ley 42/1994 y la DA 7ª LGSS de 1994

<sup>14</sup> Al respecto, y para profundizar en las modificaciones correctoras que se llevaron a cabo *Vid.* MONEREO PÉREZ J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. *Op. Cit.* pág. 156.

<sup>15</sup> Primero STC 253/2004, de 22 de diciembre y STC 49/2005, de 14 de marzo y también STC 61/2013, de 14 de marzo sobre la inconstitucionalidad de las medidas correctoras, que podían a generar situaciones más desfavorables que la aplicación estricta del principio.

<sup>16</sup> STUE de 22 de noviembre de 2012 (TJCE 2012, 357)

<sup>17</sup> *Vid.* MALDONADO MOLINA J.A., “El trabajo a tiempo parcial y su impacto en el sistema de pensiones: especial referencia a la pensión de jubilación,” en *Revista De Trabajo Y Seguridad Social*. CEF, no. 425, 2018, pág. 44. y siguientes, para saber más sobre la inconstitucionalidad del criterio de proporcionalidad.

<sup>18</sup> Referidos a su redacción original, antes de la modificación del Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo.

- Primero se tenían en cuenta los periodos en los que el trabajador ha estado en alta a tiempo parcial.
- Segundo, a ese periodo en alta se le aplica el coeficiente de parcialidad, entendido como el porcentaje de jornada realizada a tiempo parcial con respecto a la jornada a tiempo completo comparable.
- Tercero, el resultado de este cálculo es el número de días considerados efectivamente cotizados en cada periodo por el trabajador.
- Cuarto, a estos días se les sumarían los días cotizados a tiempo completo, según el caso, de forma que se obtendrían el total de días de cotización que darían acceso a las prestaciones<sup>19</sup>.

Para el cálculo de la cuantía de la prestación económica se estaba al artículo 248 LGSS. Una vez calculado el periodo de trabajo, para determinar la cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial se hacía multiplicando la base reguladora, calculada con las normas generales, por el porcentaje que dependía de la duración del periodo de cotización. Se establece una escala general para aplicar sobre la base reguladora en función de los años cotizados<sup>20</sup>. Se aplica entonces el coeficiente de parcialidad, calculado a partir del porcentaje de la jornada que efectivamente ha sido realizada a tiempo parcial respecto a la jornada completa comparable, con el incremento de un coeficiente de 1,5.

Finalmente, para completar los antecedentes de la regulación actual, el Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas, flexibiliza el requisito del periodo de carencia de 15 de años para poder acceder a una pensión de jubilación contributiva. Se eximía de acreditar el equivalente a quince años trabajados a jornada completa para los trabajadores a tiempo parcial<sup>21</sup>.

En resumen, el coeficiente de parcialidad permitía calcular el tiempo cotizado del trabajador a tiempo parcial ofreciendo la equivalencia de días en tiempo completo. También hacía variar los periodos de carencia para causar las pensiones en función del coeficiente de parcialidad del trabajador<sup>22</sup>. Finalmente, permitía determinar la cuantía de la pensión de jubilación a partir de la aplicación de dicho coeficiente. No obstante, este modelo, aunque mucho más garantista para los trabajadores a tiempo parcial que la regulación anterior, seguía presentando desigualdades con respecto al cómputo de la cotización de la jornada ordinaria. El coeficiente de parcialidad seguía sin afectar al periodo de cotización en algunas materias, como en el caso del cálculo de la edad a la que se causa pensión, lo que implicaba que los trabajadores a tiempo parcial debían jubilarse a los 67 años generalmente.

<sup>19</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y MORENO ROMERO, F. "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio de 2019" en *Revista Galega de Dereito Social* (2º ET) número 10, 2020, pág. 11.

<sup>20</sup> La escala es la contenida en el artículo 210.1 LGSS para el cálculo ordinario de la pensión de jubilación. Por los primeros quince años cotizados, se aplica el 50 por ciento. A partir del año decimosexto, por cada mes adicional de cotización, comprendido entre los meses uno y doscientos cuarenta y ocho, se añadirá el 0,19 por ciento, y por cada uno de los que rebasen el mes doscientos cuarenta y ocho, se añadirá el 0,18 por ciento, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100 por cien, salvo en los supuestos previstos.

<sup>21</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y GUINDO MORALES, S. "El derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva de los trabajadores contratados a tiempo parcial: el coeficiente reductor de parcialidad" en *Revista española de derecho del trabajo*, nº. 228, 2020, págs. 295.

<sup>22</sup> MALDONADO MOLINA J.A., "El trabajo a tiempo parcial y su impacto en el sistema de pensiones: especial referencia a la pensión de jubilación," en *Revista De Trabajo Y Seguridad Social*. CEF, no. 425, 2018, pág. 45.

En general, eran dos los factores de esta regulación que repercutían desfavorablemente para causar pensión de jubilación futura entre los trabajadores a tiempo parcial<sup>23</sup>:

- El coeficiente de parcialidad dificultaba la acreditación de largos periodos de cotización. Esto generaba dificultades para alcanzar los periodos mínimos de cotización para acceder a las prestaciones.
- En el caso de alcanzar el periodo mínimo, los trabajadores a tiempo parcial recibían pensiones de jubilación más reducidas por lo menor de su base de cotización ligada a los bajos salarios que reciben.

### 3. DETERMINACIÓN DEL TIEMPO COTIZADO EN LA CONTRATACIÓN PARCIAL. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 3 DE JULIO DE 2019 Y REGULACIÓN ACTUAL

Nos encontramos, por lo tanto, ante el punto de partida de la legislación inmediatamente anterior a las modificaciones llevadas a cabo por el Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo. Como veremos, persiste la acertada separación entre el régimen jurídico laboral del contrato en el artículo 12 ET y su régimen de cotización en los artículos 247 y 248 LGSS.

El artículo 12.1 ET, que mantiene su vigencia más allá del Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, versa sobre el régimen jurídico de la contratación a tiempo parcial dispone que *“El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.”*. Entendiéndose trabajador a tiempo completo comparable como *“a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar.”* Prevé la ley también la situación en la que no haya trabajador comparable a tiempo completo, en cuyo caso *“se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal”*. Finalmente, nos recuerda que la contratación parcial se podrá realizar de forma indefinida o por duración determinada en los supuestos permitidos.

En materia de cotización de los trabajos a tiempo parcial debemos analizar el artículo 247 LGSS en la versión que introdujo el RD-Ley 11/2013, para el cómputo de periodos de cotización. En el apartado a) se introducía el coeficiente de parcialidad ya comentado a efectos de cálculo del periodo. El artículo 247 LGSS se expresaba definiendo el coeficiente de parcialidad como *“el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el periodo de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada periodo”*. El apartado b) del artículo 247 LGSS definía el coeficiente global de parcialidad como *“el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a), sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador”*. El cómputo del periodo de cotización, por lo tanto, se mantenía como se ha descrito anteriormente, manteniendo el coeficiente de parcialidad.

<sup>23</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y GUINDO MORALES, S. *Op Cit.* pág. 296.

En materia de cálculo de cuantía de las prestaciones económicas, se atendía al artículo 248 LGSS en su versión del RD-Ley 11/2013. Sobre este artículo se pronunció la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 2019 (nº 91/2019), influenciada por la STJUE 83/2019, de 8 de mayo<sup>24</sup>. El Tribunal Constitucional volvió a reincidir en la inconstitucionalidad que genera la situación de desigualdad en el cálculo de la cuantía de la pensión por el distinto modo de computar el periodo de cotización de trabajadores a tiempo parcial y de trabajadores a tiempo completo. En sus fundamentos jurídicos, la STC 92/2019, de 2019 entendió que el coeficiente de parcialidad introducido por el RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto vulneraba el principio de igualdad del artículo 14 CE por establecer una diferencia de trato no justificada en las cuantías de las pensiones de trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, pero también por incurrir en discriminación indirecta por razón de sexo, ya que son las mujeres, el principal colectivo objeto de contratación parcial. El Tribunal Constitucional mantuvo que no existe justificación objetiva y razonable para que el cálculo de la cuantía de la pensión se haga de modo distinto a los trabajadores a tiempo completo. En efecto, el método de cálculo del coeficiente de parcialidad hacía muy difícil que los trabajadores a tiempo parcial obtuvieran el 100% de la base reguladora porque implicaba que deberían tener una parcialidad elevada durante gran parte de su vida laboral. En el cómputo de la base reguladora, a partir de las bases de cotización ya se incluyen los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad, sin necesidad de tener que reducir la base reguladora de nuevo, con el coeficiente de parcialidad<sup>25</sup>. La conclusión a la que llegó la STC 91/2019, de 3 de julio, es que la reducción en la cuantía de las pensiones por la aplicación del coeficiente de parcialidad es inconstitucional<sup>26</sup>. El trabajo a tiempo parcial ya conlleva recibir menor importe de pensión debido a su menor base de cotización. El coeficiente de parcialidad reincidía en la reducción de la pensión en comparación con los trabajadores a tiempo completo generando una situación de doble penalización con motivo de la parcialidad. El efecto práctico inmediato tras esta declaración de inconstitucionalidad fue que el Instituto Nacional de la Seguridad Social dejó de aplicar ese coeficiente reductor de parcialidad para el cálculo de la cuantía de las pensiones<sup>27</sup>.

A partir de entonces, por lo tanto, la cuantía de la pensión de jubilación se determinaba como se detalla a continuación: la base reguladora de la pensión de jubilación se calculaba conforme a la regla general. La integración de lagunas se llevaba a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicable en cada momento correspondiente al número de horas contratadas en último término. El artículo 248.3 LGSS que determinaba la cuantía de la pensión según los coeficientes de parcialidad dejó de aplicarse por haber

<sup>24</sup> En la misma línea STC 92/2019, de 15 de julio. Sobre el análisis de los casos concretos *Vid.* MONEREO PÉREZ, J.L. y GUINDO MORALES, S. "El derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva de los trabajadores contratados a tiempo parcial: el coeficiente reductor de parcialidad" en *Revista española de derecho del trabajo*, nº. 228, 2020, págs. 285-316.

<sup>25</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y GUINDO MORALES, S. "El derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva de los trabajadores contratados a tiempo parcial: el coeficiente reductor de parcialidad" en *Revista española de derecho del trabajo*, nº. 228, 2020, págs. 305 y ss.

<sup>26</sup> Se declara la nulidad e inconstitucionalidad de un inciso del artículo 248.3 LGSS.

<sup>27</sup> Criterio de Gestión 17/2019, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, en fecha 12 de agosto de 2019, sobre el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación cuando el beneficiario ha desempeñado trabajos a tiempo parcial. Para el análisis de este criterio *Vid.* SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y MORENO ROMERO, F. "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio de 2019" en *Revista Galega de Dereito Social (2º ET)* número 10, 2020, págs. 37 y 38.

quedado declarado inconstitucional. Por lo tanto, se estaba a las reglas generales de la pensión de jubilación para la determinación de la cuantía de las prestaciones.

#### 4. PROPUESTAS Y VALORACIÓN DE LA REFORMA DEL REAL DECRETO-LEY 2/2023, DE 16 DE MARZO

Como se ha visto, el sistema de cotización para el trabajo a tiempo parcial ha sido controvertido y complejo desde su inicio. Esto se explica por un sistema de Seguridad Social concebido para el trabajo a tiempo completo en un momento en el que, como hemos visto en los antecedentes, el trabajo a tiempo parcial era marginal. El modelo de protección social se construye pensando en el trabajador hombre, con relación indefinida y a tiempo completo. Los cambios sufridos por el mercado de trabajo han hecho que en todos estos aspectos el sistema de protección social se haya visto abocado al cambio<sup>28</sup>. No es menos la situación del trabajo a tiempo parcial. Como hemos comprobado su regulación ha sido objeto de una pugna constitucional constante. Por esto es necesario un nuevo modelo que satisfaga los mandatos de los artículos 41 y 50 de la Constitución. Será un nuevo modelo que proteja el modelo de trabajo moderno, que se encuentra en cambio constante, debido al desarrollo tecnológico, social y del mercado de trabajo. En definitiva, un modelo que se actualice con respecto al sistema de Seguridad Social desarrollado en 1967 para proteger las situaciones de necesidad de los trabajadores de manera digna.

Dos son los aspectos que hay que tener en cuenta para resolver las situaciones de las pensiones con respecto a la contratación a tiempo parcial. Por un lado, la vertiente económica; la precarización de esta modalidad de trabajo implica una disminución de ingresos y, por ende, un aumento del gasto del sistema de la Seguridad Social. Por el otro lado, el sistema debe de seguir garantizando los derechos y la dignidad de los trabajadores, en palabras de MALDONADO MOLINA J.A. *“lo económico no debe significar que a los trabajadores precarios se les aplique un régimen protector también precario”*<sup>29</sup>. A este respecto, es interesante hacer un balance adecuado sobre los gastos y los ingresos. Desde la perspectiva de los derechos debe ofrecerse un cómputo de la vida laboral que no discrimine el haber trabajado a tiempo parcial, debe reajustarse el periodo de carencia exigido a trabajadores parciales para que puedan realmente acceder a las prestaciones y finalmente se deben integrar las lagunas en el trabajo a tiempo parcial también de forma no discriminatoria<sup>30</sup>.

En suma, cabe constatar del análisis de los antecedentes que se ha llevado a cabo en este trabajo, que ha habido cierta mejora en la cobertura por el sistema de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, pero queda patente que dicho sistema no estaba pensado para esta modalidad de trabajo y muchos aspectos aún vulneraban los derechos de los trabajadores en esta situación, bien por quedar algunos aspectos sin regulación específica como es el caso del periodo de cotización determinante de la edad pensionable, o los periodos exigidos para ejercer el derecho a la jubilación voluntaria. Bien por generar situaciones azarosas o indefinidas fruto de la intervención jurisprudencial, como es el caso

<sup>28</sup> MALDONADO MOLINA J.A., “El trabajo a tiempo parcial y su impacto en el sistema de pensiones: especial referencia a la pensión de jubilación,” en *Revista De Trabajo Y Seguridad Social. CEF*, no. 425, 2018, pág. 36.

<sup>29</sup> *Vid.* MALDONADO MOLINA J.A., *Op. Cit.* pág. 41 ofrece un planteamiento riguroso sobre qué gastos e ingresos repercuten al sistema de Seguridad Social con respecto a la contratación parcial.

<sup>30</sup> MALDONADO MOLINA J.A., *Op. Cit.* págs. 42 y ss.

del cómputo de la cuantía con la inconstitucionalidad del cálculo mediante coeficiente de parcialidad, o bien la aplicación del criterio de integración de lagunas<sup>31</sup>.

Parece lógico pensar que lo ideal sería ofrecer una regulación *ex novo* para regular la cotización de los contratos a tiempo parcial. Una regulación que no hubiera nacido como una variación de la cotización a tiempo completo adaptada al caso concreto mediante medidas correctoras. Para ello, hay que atender también a la influencia europea, que ha sido determinante y muy influyente en la toma de decisiones del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de determinados aspectos en la protección social del trabajo a tiempo parcial.

Pues bien, ante este fragmentado escenario se promulga el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones. Esta norma, surge en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, sobre la sostenibilidad del sistema público de pensiones<sup>32</sup>. El objetivo es garantizar la viabilidad del sistema de pensiones frente el advenimiento de la generación del *baby boom*, las nuevas realidades del mercado de trabajo y el cambio tecnológico<sup>33</sup>.

Sobre el tema que nos concierne, el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, modifica los artículos 247 y 248 con el objetivo de equiparar el trabajo a tiempo parcial al trabajo a tiempo completo a efectos del cómputo de los períodos cotizados para el reconocimiento de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor. Dichos artículos quedan redactados en los siguientes términos:

*«Artículo 247. Cómputo de los periodos de cotización: A efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.»*

*«Artículo 248. Cuantía de las prestaciones económicas: 1. En la determinación de la base reguladora de las prestaciones económicas se tendrán en cuenta las siguientes reglas: a) La base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se calculará conforme a la regla general [...]»<sup>34</sup>. 2. A efectos de calcular las pensiones de jubilación y de*

<sup>31</sup> MALDONADO MOLINA J.A., *Op. Cit.* págs. 50 y 51.

<sup>32</sup> Plan del que ya formaron parte anteriores esfuerzos legislativos como 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, la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones y el y del 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. Al respecto *Vid.* Exposición de Motivos I del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo.

<sup>33</sup> *Vid.* VV.AA.: *El futuro de las pensiones en un contexto de reformas y cambios tecnológicos*, eds. Gutiérrez Bengochea, M. (Dir.), Vila Tierno, F. (Dir.) y Gómez Salado, M. Á. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

<sup>34</sup> Los apartados b) y c) de la nueva redacción dada por el artículo 248 LGSS indican el cálculo de la base reguladora de la prestación por nacimiento y cuidado de menor y de la incapacidad temporal. Para las que también se articulan nuevas matizaciones necesarias. Como el cálculo de la prestación por cuidado y nacimiento del menor si las bases de cotización son inferiores a doce meses o el cálculo de la base reguladora de la prestación por incapacidad temporal para las contrataciones fijo-discontinuas.

*incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo en los términos establecidos en los artículos 209.1 y 197.4, respectivamente.»*

En resumen, el legislador ha optado por tener en cuenta los periodos cotizados cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada caso. De esta manera los periodos de actividad computan por días completos, independientemente de que la jornada del trabajador durante ese periodo activo fuera a tiempo completo o a tiempo parcial. La modificación del artículo 247 LGSS supone, por lo tanto, la supresión del controvertido coeficiente de parcialidad y el punto final a las reglas de proporcionalidad que habían acompañado a la cotización de la contratación parcial desde sus orígenes. Esta medida es complementada con la supresión del apartado 3 del artículo 248 LGSS, que al haber sido declarado inconstitucional desaparece del texto legal.

La nueva redacción del artículo 248.1.c) LGSS equipara a los trabajadores fijo-discontinuos con el tratamiento que tienen los trabajadores a tiempo parcial a efectos del sistema de la Seguridad Social para la determinación de la base reguladora diaria de la prestación por incapacidad temporal. El nuevo artículo 248.2 LGSS se pronuncia sobre la integración de lagunas de trabajadores a tiempo parcial, que se había erguido como un problema por su débil concreción normativa. Anteriormente a la reforma, la integración de lagunas no se hacía conforme a la base mínima general, sino según la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar<sup>35</sup>. El nuevo precepto sostiene que se podrán integrar periodos sin la obligación de que hayan sido cotizados por los trabajadores. De esta forma, se elimina la previsión de que la base de cotización a tener en cuenta para integrar lagunas sea, *“la correspondiente al número de horas contratadas en último término”*. Esto previsiblemente incrementará la base reguladora de los trabajadores a tiempo parcial durante los periodos integrados.

## 5. CONCLUSIONES

El trabajo a tiempo parcial se ha instaurado como una modalidad contractual generalizada. Como tal, debe tener una protección acorde dentro del sistema de Seguridad Social. Dicha protección se ha ido construyendo de forma irregular, a partir de la regulación de la jornada completa. Se optó por los criterios de proporcionalidad para reducir las cuantías a percibir en concepto de pensión y se dejó sin definir la casuística del cómputo del tiempo cotizado. Cuando estos modelos no cubrieron las expectativas que se esperaban de un sistema de Seguridad Social garantista se optó por la aplicación del coeficiente de parcialidad que, aunque mejoraba las garantías de los trabajadores parciales, ciertamente presentaba carencias importantes como determinaron las resoluciones del Tribunal Constitucional poniendo en relieve la discriminación que esta medida podía suponer.

Finalmente, el Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo ha presentado una nueva solución a la cotización del trabajo a tiempo parcial. Consiste en la equiparación del trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos de cotización. Esta solución fue la que ya propusieron los tribunales cuando entendieron que el criterio de la proporcionalidad de la jornada no estaba regulado con norma de rango suficiente<sup>36</sup> y aplicaban la misma regla que para el desempleo, es decir, la equiparación de los días

<sup>35</sup> Anterior redacción del artículo 248.2 LGSS.

<sup>36</sup> STSJ Aragón de 23-06-1992 (AS 1992/3090) y STS 26-5-1993 (RJ 1993, 6374).

cotizados. Ante esa situación el legislador, optó por elevar el rango normativo del criterio de proporcionalidad primero y optar por medidas correctoras en los años venideros. No ha sido hasta treinta años después de aquellas decisiones jurisprudenciales, cuando por fin se ha vuelto a unificar el criterio de la equiparación para el resto de medidas protectoras (jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor), pero esta vez, para ser integrado en el cuerpo legal de la Ley General de la Seguridad Social.

En suma, se debe considerar positiva esta nueva redacción de los artículos 247 y 248 LGSS. Por fin equiparan los periodos de cotización cualquiera que sea la duración de la jornada para contratos a tiempo parcial y contratos a tiempo completo. Se acaba con el coeficiente de parcialidad y el resto de medidas de proporcionalidad que se han venido aplicando históricamente. Esta nueva regulación acompaña la visión constitucional y europea de la protección del trabajo parcial como una modalidad de trabajo extensa, que afecta en mayor medida a las mujeres, y protege así a este colectivo en vez de sancionarlo doblemente, a saber, por la menor base de cotización inferida por el menor salario aparejado a una remuneración menor y por la inadecuada aplicación de coeficientes reductores de parcialidad. Esta medida, sin ser una construcción novedosa y específica del régimen de cotización de la contratación parcial, mejora notablemente la protección que se le otorga, resolviendo los problemas que se venían aparejando a esta modalidad contractual. Además, desde la perspectiva de los derechos se garantiza un cómputo de la vida laboral que no discrimina el haber trabajado a tiempo parcial.



