



*Revista del Ministerio
de Empleo y Seguridad Social*

Seguridad Social



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

124

2016

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Seguridad Social

CONSEJO ASESOR

- Serie Derecho del Trabajo: **Alfredo Montoya Melgar**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Nuria Paulina García Piñeiro**, Vocal Asesora del Gabinete de la Ministra.
- Serie Seguridad Social: **José M^a Marín Correa**, Magistrado del Tribunal Supremo. **Pilar González de Orduña Cereijo**, Directora del Gabinete de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.
- Serie Derecho social Internacional y Comunitario: **Luis Enrique de la Villa Gil**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. **Miguel Colina Robledo**, Vocal Asesor Subdirección General de Relaciones Internacionales Sociolaborales.
- Serie Economía y Sociología: **Gerardo Meil Landwerlin**, Catedrático de Sociología. Universidad Autónoma de Madrid. **Raquel Peña Trigo**, Vicesecretaria General Técnica.
- Serie Migraciones Internacionales: **Emiliano García Coso**, Profesor Agregado de Derecho de la UE y Director del Máster en Asuntos Internacionales. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE. Facultad de Derecho. **M^a Belén Roel de Lara**, Jefa del Gabinete Técnico de la Secretaría General de Inmigración y Emigración.

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO

Maximino Carpio García, Catedrático de Hacienda Pública. Universidad Autónoma de Madrid.

Joaquín García Murcia, Catedrático y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad Complutense.

Angel Blasco Pellicer, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.

Cristina Gortazar Rotaecbe, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE.

DIRECTOR

Pablo Hernández-Lahoz Ortiz
Secretario General Técnico

SUBDIRECTOR

Francisco Javier Andrés González
Subdirector General de Información
Administrativa y Publicaciones

SECRETARÍA

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid

Tel: 91 363 23 05

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: proproeditorial@meyss.es

Internet: <http://www.meyss.es>

La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

RET: 16-2.349

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>



Edita y distribuye:

Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Subdirección General de Información

Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

NIPO Papel: 270-16-002-5

NIPO Internet: 270-15-069-X

ISSN Papel: 2254-3295

ISSN Electrónico: 2254-3511

Depósito legal: M-12.168-1998

Diseño cubierta: CSP

Diseño interior: C & G

Imprime: Estilo Estugraf Impresores, S.L. • Telf. 91 808 62 00

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Seguridad Social

SUMARIO

EDITORIAL, *José María Marín Correa*, **9**

I. ESTUDIOS

La vía administrativa previa en materia de Seguridad Social.

Manuel Fernández-Lomana García, **15**

Aspectos procesales de la incapacidad permanente. *José María Ríos Mestre*, **31**

Los efectos del contrato a tiempo parcial sobre la acción protectora de la Seguridad Social. *Francisco Javier Fernández Orrico*, **57**

El campo de aplicación del nuevo Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar tras la reforma llevada a cabo por la Ley 47/2015, de 21 de octubre. *Iciar Alzaga Ruiz*, **87**

Derecho Comunitario, libertad de circulación y protección social. La condición o derecho de residencia como límite al acceso a las prestaciones sociales.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña, **113**

La calificación de accidente de trabajo por el Tribunal Supremo.

Diego Zafra Mata, **143**

Protección por desempleo de los trabajadores temporales. *Remedios Roqueta Buj*, **185**

II. JURISPRUDENCIA

Recordatorio de Jurisprudencia en materia de Seguridad Social, en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Enero a julio de 2015.

M^a Luz García Paredes, **203**

III. DOCUMENTACIÓN

Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, **239**

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Journal of the Ministry of Employment and Social Security

Social Security

CONTENTS

EDITORIAL, *José María Marín Correa*, **9**

I. REPORTS AND STUDIES

Prior Administrative Procedure on Social Security.

Manuel Fernández-Lomana García, **15**

Procedural Aspects of Permanent Incapacity. *José María Ríos Mestre*, **31**

Effects of Part-time Contracts on Social Security Benefits.

Francisco Javier Fernández Orrico, **57**

Field of Application of the new Special Regime of Social Security for Sea Workers after the Implementation of the Reform of Law 47/2015, dated 21st October. *Iciar Alzaga Ruiz*, **87**

European Community Law, Freedom of Movement and Social Protection.

The Condition or Right of Residence Limiting the Access to Social Benefits.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña, **113**

Classification of Work Accidents by The High Court. *Diego Zafra Mata*, **143**

Unemployment Benefits for Part-time Workers. *Remedios Roqueta Buj*, **185**

II. CASE LAW

Summary of Jurisprudence on Social Security, High Court (Fourth Chamber).

From January to July 2015. *M^a Luz García Paredes*, **203**

III. DOCUMENTS

Law 47/2015, dated 21st October, on Regulation of Social Protection for Sea Workers (Fishing Sector), **239**

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Editorial

Cualquier jurista práctico sabe que la titularidad de un derecho puede verse negada injustamente y que, en consecuencia, hay que pertrecharse con los instrumentos legales para la obtención del reconocimiento o de la restauración del derecho afectado. Dos instrumentos para esa finalidad son objeto de los dos primeros estudios ofrecidos en este número de la revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

El Magistrado de la Audiencia Nacional y Profesor Universitario Sr. Fernández-Lomana nos presenta la preparación, el ejercicio, las fases y la eficacia de la vía previa en materia de Seguridad Social, y, ya desde el inicio de su exposición, distingue los tres ámbitos de responsabilidad «social» de la Administración, a saber en los que actúa como empleadora; en los que actúa en el ejercicio de «potestades y funciones públicas» en materia de Seguridad Social; y en los que se gestionan las prestaciones de la Seguridad Social, en ejercicio de funciones públicas. Prescinde de estudiar la reclamación previa ante la Administración como empleadora, puesto que tal actividad preprocesal deja de ser necesaria a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/2015, vigor que tiene lugar, como el propio autor nos recuerda, desde octubre del presente año 2016. Y es muy interesante la reflexión justificativa de tal supresión, que el autor apoya en que, ante la demanda, o incluso ante el resultado del juicio, la Administración como empresario pueda reconocer el derecho demandado, con apoyo en el art. 105 de la LRJAP y PAC. Junto a ello se razona que el principio de autotutela de la Administración justifica el mantenimiento de la vía preprocesal en el ámbito de las dos modalidades de actuación administrativa. Al tratar de las prestaciones no contributivas se identifica el agotamiento de la vía previa y se nos señalan los dos supuestos en que la reclamación previa está exceptuada, a saber: el litigio entre dos administraciones y la defensa de un derecho fundamental. En el ámbito de la Seguridad Social prestacional distingue el autor la actividad «de oficio», la que responde a instancia del interesado, la impugnación del alta médica y la referida a derechos y libertades fundamentales, con una importante reflexión sobre la necesaria congruencia entre reclamación y demanda. Los efectos de la reclamación previa y las conclusiones del autor coronan este importante trabajo.

El Profesor de Murcia, Sr. Ríos Mestre se ocupa del instrumento procesal que conduce a obtener el reconocimiento de una incapacidad permanente y coincide en el tratamiento de la vía preprocesal con lo ya expuesto en el anterior estudio, pero lo hace con la noticia de las sentencias del TS atinentes a lo tratado, y con detenimiento en una interesante sentencia de un

* Magistrado (j) de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Juzgado de lo Social de Badajoz, que le sirve para recordar los distintos conceptos de caducidad, caducidad de la instancia o preclusividad. Ya en periodo judicial, es de gran valor la extensa reflexión sobre la congruencia, tanto entre reclamación previa y demanda, como entre resolución administrativa y resistencia procesal, y se menciona la decisión del TS a favor del principio de legalidad. A las cuestiones propias de la legitimación activa de la empresa, de los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario, de la litigiosidad previa y de la cosa juzgada se dedican reflexiones muy útiles incluso para litigar en materias diferentes a la específica del estudio. Y, como muy propia de la incapacidad permanente, la posibilidad o imposibilidad de la acumulación de acciones, con el efecto de la indebida consistente en la nulidad de las actuaciones afectadas. Si en algún procedimiento tiene un valor muchas veces decisivo la prueba pericial es en éste. De ahí la copiosa doctrina judicial que se nos ofrece sobre su práctica y su valoración. El estudio concluye con la eficacia final de la sentencia, que cuenta con la defensa del pronunciamiento frente a impugnaciones fundadas en periodos coincidentes de actividad profesional del trabajador y renta reconocida por la sentencia. El derecho a los posibles reintegros no es defendible en la ejecución de la sentencia, sino que deberá dirimirse en otro procedimiento declarativo.

Y pasamos al estudio de materias sustantivas y no procesales, estudio que en este número, se inicia con la repercusión que el ser sujeto activo como trabajador de un contrato a tiempo parcial proyecta sobre la protección social. De ello se ocupa el Profesor Sr. Fernández Orrico, quien, como es lógico, inicia su reflexión con el señalamiento de la interdependencia, dependencia parcial y autonomía, de la relación de Seguridad Social con la relación laboral, habida cuenta de la dependencia plena (contrato de trabajo), dependencia de la actividad mercantil (trabajador autónomo) y ausencia de conexión causal (convenio especial con la Seguridad Social). Es paladino que únicamente en la primera situación, incidirá el contrato a tiempo parcial sobre la protección del Sistema. Tras una importante exposición de los muy variados antecedentes legislativos y jurisprudenciales de los que el autor identifica como Tribunales Mayores (TJUE y TC) se nos muestra el «Acuerdo para la mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial» firmado el 31 de julio de 2013 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las organizaciones Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, Confederación Española de Organizaciones Empresariales y Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, que estableció como fundamentos: el acceso a la pensión de jubilación contributiva cuando se reúna un periodo de carencia de 15 años naturales, con independencia de la jornada de trabajo, extendiendo la regla a las restantes prestaciones del sistema; el coeficiente multiplicador del 1,5 para calcular el porcentaje sobre la base reguladora en función de los meses cotizados, pero no para alcanzar el periodo de carencia; y los complementos al mínimo con los mismos límites que para los trabajadores a tiempo completo. Seguramente uno de los contenidos más importante del trabajo es su invocación de la Doctrina del TJCE que hizo precisas las novedades legislativas, en concreto las nuevas redacciones de los arts. 245, 247 y 248 del vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y su instancia (el autor lo califica como ruego) de que se redacte, cuanto antes mejor, el Reglamento que suceda y sustituya al actual RD 1131/2002.

La profesora Sra. Alzaga Ruiz nos adentra en la reciente nueva ordenación de la Seguridad Social de un campo tan específico como es el de los trabajadores del mar, cuya ley reguladora ofrecemos a nuestros lectores en el apartado de documentación. Es muy laudable la valiosísima y múltiple cita doctrinal y legal que nos ofrece este estudio para explicar las múltiples especificidades que se dan en este Régimen Especial y que con tanto acierto expone el preámbulo de la nueva ley, del que la autora entresaca el párrafo en que se señalan, como propios y específicos del mismo, la cotización y la acción protectora, con especial atención a la prestación de jubilación, y

la coexistencia en un mismo Régimen de Seguridad Social de personas trabajadoras por cuenta ajena y de personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas. A ello se une el tratarse de un centro de trabajo itinerante, cuál es el barco; la dificultad de los caladeros; el salario «a la parte»; los trabajadores no embarcados; el más elevado índice de desempleo; etc. etc. Tales y otras circunstancias habían obligado a una proliferación de normas reglamentarias y de desarrollo que la nueva ley se encarga de unificar, con gran provecho respecto de la claridad. Esta reflexión viene antecedida de una exposición que podemos calificar de exhaustiva, de todos los antecedentes normativos que venían regulando amplios aspectos del Régimen Especial. Después se analizan los dos grandes campos de aplicación, a saber los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, señalando la ampliación del concepto de quienes lo hacen por cuenta ajena al incluir entre ellos a quienes prestan servicios en plataformas fijas o artefactos o instalaciones susceptibles de realizar operaciones de exploración o explotación de recursos marinos, sobre el lecho del mar, anclados o apoyados en él y al personal de investigación, observadores de pesca y personal de seguridad, mientras que se mantiene como trabajadores del mar a quienes están enrolados como técnicos o tripulantes. Menciones específicas con sus respectivas identificaciones merecen las siguientes actividades y colectivos: la extracción de productos del mar; la cuicultura; los buceadores; los rederos; los estibadores portuarios; los Prácticos de puerto; y quienes están al servicio de las Cofradías y federaciones de Cofradías del mar o de organizaciones sindicales de pescadores o de armadores. Para concluir se recuerda la habitualidad como requisito para el trabajador por cuenta propia y las especialidades previstas para sus familiares.

A este trabajo le sigue el de la Profesora, habilitada para Cátedra, Sra. Sánchez-Urán, que trata sobre la incidencia que la posesión de la ciudadanía europea proyecta sobre las prestaciones no contributivas. Muestra, una vez más, una gran sensatez la autora cuando limita su estudio al Derecho Comunitario de «coordinación», dada la amplitud de las cuestiones que plantea la asistencia social dentro de la Europa Comunitaria, con los dos grandes sujetos de la misma: al ciudadano comunitario residente en Estado no originario, y el Estado de residencia del que se solicita la protección no contributiva. De ahí que se busque la identidad de ese ciudadano, que bien puede ser sujeto activo del llamado «turismo social», y que se atiendan las dificultades posiblemente soportadas por el Estado elegido sin cortapisas, para proporcionar esa asistencia. Apoya su tesis definitiva en la jurisprudencia del TJEC (en estos momentos afectada sin duda por el éxito del Brexit), desde la cual, la autora alcanza la conclusión consistente en que España podrá ordenar esta asistencia con la adopción de las siguientes medidas: fijando un período de prolongación de la condición asimilada de trabajador; con la denegación de las prestaciones sociales de subsistencia a los demandantes de primer empleo comunitario en su territorio; y con otro período de espera, éste para quienes no son trabajadores o no disponen de la condición asimilada. Tenemos que agradecer a esta Profesora la actualización de su trabajo a los últimos avatares de la cuestión tratada, en concreto el fallo del TJCE y el resultado del referéndum inglés en orden a la permanencia del Reino Unido en la Comunidad.

El Magistrado-Juez de lo Social Sr. Zafra Mata se ocupa de la contingencia cuya protección constituyó el inicio de la previsión social española: el accidente de trabajo. Si el concepto legal puede considerarse mantenido desde el inicial de la Ley de 30 de enero de 1900, en sus dos elementos básicos de daño y de causalidad, también puede afirmarse, como vino reiterando el maestro Alonso Olea, que se trata de uno de los conceptos legales que en más ocasiones ha merecido la atención del Tribunal Supremo. De ahí el gran interés que tiene conocer los pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal que vienen a conformar la norma, por el camino de su interpretación, en la lúcida expresión también acuñada por el llorado Profesor. Ese conocimiento nos proporciona este trabajo en el que su autor se atreve a calificar como «accidental» la evolución legislativa, con lo que viene a reafirmar la importancia del *dictum* judicial. Ello no obsta a que se nos ofrezcan

los textos cuasi normativos de la OIT y la Doctrina del TJCE en cuanto que han incidido en la Jurisprudencia española. Todo ello sirve como de preparación para entrar en el meollo del tema, que podemos situar en los seis apartados del núm. 6 del estudio, en que pueden encontrarse las interpretaciones jurisprudenciales del concepto y de sus consecuencias prestacionales así como las responsabilidades en orden a proporcionarlas. La constante actualización de la protección, ha tenido su reflejo en la novedad normativa que supone el Real Decreto 1087/2015, de 4 de diciembre, del que se nos da noticia, y que viene a confirmar la reflexión del maestro Alonso Olea en el sentido de hasta qué punto la Doctrina Judicial sirve para configurar (aquí diríamos preconfigurar) la norma.

Si la contingencia accidente de trabajo mantiene su cualidad de primicia en la protección social, el desempleo laboral es, lamentablemente, uno de los motivos más acusados de preocupación social en España. Y junto con esta preocupación ha surgido, en ocasiones con finalidad política, una reflexión que busca enturbiar la buena noticia de la constante disminución del número de desempleados, aludiendo a la contratación temporal. Esa relación entre protección por desempleo y contrato de trabajo temporal, es el objeto del importante estudio de la Catedrática de Valencia Sra. Roquetas Buj, que se centra, sobre todo, en las consecuencias legales del abuso de la contratación temporal y su repercusión en el costo global de la protección, y de las medidas establecidas por el legislador para reprimir ese abuso y sus consecuencias. Se nos recuerda la situación del trabajador que debería haber reclamado contra la injusta actuación por parte del empresario de la temporalidad contractual, y que, por no hacerlo, se veía privado de la protección, lo que fue corregido por el Tribunal Supremo al negar que fuera voluntario ese cese, formalmente amparado en una temporalidad no ajustada a ley. La corrección de las conductas desviadas de los empresarios, tiene como consecuencia que el trabajador no se vea obligado al reintegro de unas prestaciones que resultan indebidas, sino que esta carga se imponga al empresario infractor, sobre quien se actúa para que satisfaga, en su caso, una cotización ilícitamente omitida y, más aún, a quien, en su caso, se priva de las ayudas que hubiera lucrado sin fundamento, así como se le obliga al reintegro de las así percibidas. Las medidas legales no constituyen un cauce de persecución del empresario por su infracción, sino que tienen su fundamento y justificación en que las posibles irregularidades de los contratos, generaron una indebida percepción de prestaciones de desempleo, de manera que si no se produjo esta consecuencia, la empresa quedaría absuelta de la demanda de la Entidad Gestora. Como es lógico, el trabajo nos proporciona un extraordinario repertorio de sentencias de los más variados tribunales del Orden Social español y proporciona un profundo estudio de las modalidades procesales útiles para solventar los litigios que surjan con motivo de contratos temporales abusivos que hayan dado lugar a percepciones indebidas de prestación o subsidio por desempleo, o a beneficios injustificados de las empresas.

La Magistrada Sra. García Paredes ha preparado el siempre útil repertorio de Jurisprudencia y el número cuenta con la Documentación que se ha entendido relacionada con los estudios.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

I. Estudios

La vía administrativa previa en materia de Seguridad Social

Prior Administrative Procedure on Social Security

MANUEL FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA*

1 LA VÍA ADMINISTRATIVA PREVIA A LA VÍA JUDICIAL

1.1. Introducción

En el ámbito de la Jurisdicción Social¹, la Administración –concepto en el que se incluyen las Entidades gestoras de la Seguridad Social– puede ser demandada como empleadora; bien como entidad que desarrolla actividades en el desempeño de una potestad administrativa, ya sea gestionando la concesión o denegación de prestaciones de Seguridad Social o en el ejercicio de otras actividades administrativas.

La diferencia obedece a una profunda razón estructural que tiene reflejo en la regulación. En efecto, no es lo mismo que la Administración actúe como empresario y, por lo tanto, sometida al Derecho laboral, sin perjuicio de las especialidades que puedan esta-

blecerse; a que actúe como Administración pública, adoptando «*decisiones unilaterales o actos administrativos que impliquen ejercicio de autoridad*»², es decir, ejercitando potestades administrativas y, por lo tanto, sometida al Derecho público. Lo que tiene, entre otras cosas, su reflejo procesal³.

Esta distinción, con profundas raíces en nuestra tradición jurídica, era recogida por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, de Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), donde se diferenciaba claramente entre la reclamación previa cuando la Administración actuaba como empleador –arts. 69 y 70 LPL– y la reclamación previa cuando la Administración actuaba, en el ejercicio de una potestad pública, como gestora de las prestaciones de la Seguridad Social –art. 71 LPL–.

A este esquema también responde la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Ju-

* Doctor en Derecho. Magistrado de la Audiencia Nacional.

¹ Las Entidades gestoras también pueden ser demandadas ante la Jurisdicción Civil o Contencioso-Administrativas.

² M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo, Parte General*; Ed. Tecnos Madrid 2014, p. 69.

³ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo...opus cit.*, p. 105, habla de «*peculiaridades del contencioso-administrativo*».

rídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJA-PyPAC), que diferencia aquellos casos en los que la Administración actúa sometida al Derecho privado o al Derecho Laboral –arts. 120 y ss. LRJAPyPAC–; de aquellos otros en los que actuaba como gestora del interés general sometida al Derecho Administrativo.

1.2. La situación actual

Esta dualidad de régimen jurídico se ha mantenido en la nueva regulación contenida en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), que continúa distinguiendo entre aquellos supuestos en los que la Administración actúa como empleador –arts. 69 y 70–, de aquellos otros en los que la Administración actúa como entidad gestora de prestaciones de Seguridad Social –arts. 71 y 149 y ss.–

Sin embargo, la diferenciación se ha visto enriquecida por la atribución, al ámbito de conocimiento de la Jurisdicción Social, de determinadas materias tradicionalmente enjuiciadas por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin que ello haya supuesto una alteración en la naturaleza de la pretensión enjuiciada, que sigue siendo de naturaleza pública –arts. 69,70 y 151 y ss.–.

De éste modo, en la actualidad, la jurisdicción social, en relación con la actuación de la Administración, conoce de tres grandes bloques de materias: los supuestos en los que actúa como empleadora⁴; aquellos casos en los que la Administración actúa en el ejercicio de «potestades y funciones públicas» en materia de Seguridad Social⁵; y, por último, aquellos

casos en los que, también en el ejercicio de funciones públicas, se gestionan las prestaciones de la Seguridad Social⁶.

De hecho, no deja de ser significativo que, mientras la antigua Ley de Procedimiento Laboral hablaba de «reclamación previa a la vía judicial, la nueva LRJS hable de «agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial». Expresión esta última que comprende, tanto los supuestos en los que la Administración actúa como empleadora, como aquellos otros en los que la Administración actúa en el ejercicio de potestades públicas, incluida la gestión de las prestaciones de Seguridad Social.

El anterior panorama, no obstante, ha sido modificado por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común⁷. La nueva norma no altera la trilogía competencial antes descrita, pero suprime la necesidad de la reclamación previa cuando se demande a la Administración como empleadora.

Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, así como las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical y, respecto de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional». Además, el art. 2.º dispone que la jurisdicción social conocerá de «la impugnación de actos de las Administraciones públicas, sujetos a Derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, distintas de las comprendidas en el apartado o) de este artículo, incluyendo las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia y con excepción de las especificadas en la letra f) del artículo 3º».

⁶ El art. 2.º, dispone que los órganos de la jurisdicción social son competentes para conocer de las «prestaciones de Seguridad Social, incluidas la protección por desempleo y la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, así como sobre la imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de las prestaciones de Seguridad Social en los casos legalmente establecidos».

⁷ No obstante, conforme a la Disposición Final Séptima de la Ley 39/2015, la nueva norma no entrará en vigor hasta octubre de 2016.

⁴ STS de 25 de mayo de 1993 (Rec. 2625/1992) y 21 de julio de 1997 (Rec. 4545/1996).

⁵ Desarrollando el art. 1, el art. 2.º n de la LRJS atribuye a la jurisdicción social el conocimiento de la «impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral recaídas en los procedimientos previstos en el apartado 3 del artículo 47 y en el apartado 7 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real

En efecto, en la Exposición de Motivos de la Ley se dice con claridad que *«de acuerdo con la voluntad de suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponían una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos, la Ley no contempla ya las reclamaciones previas en vía civil y laboral, debido a la escasa utilidad práctica que han demostrado hasta la fecha y que, de este modo, quedan suprimidas»*. Lo que se ha traducido en una nueva redacción de los arts. 69 y ss., suprimiéndose toda referencia a la reclamación previa para demandar a la Administración empleadora. No obstante, la nueva normativa mantiene la necesidad de agotar la vía previa para aquellos supuestos en los que la Administración actúa en el ejercicio de potestades públicas, tanto en materia laboral como de Seguridad Social –art. 69 y 70 LRJS–; así como en aquellos casos en los que actúa como gestora de prestaciones de Seguridad Social –art. 71 LRJS–.

En conclusión, una vez que entre en vigor la Ley 39/2015, desaparecerá la necesidad de reclamación previa cuando la Administración actúe como empleadora y sólo será necesario agotar la vía administrativa cuando ejercite potestades públicas o gestione las prestaciones de Seguridad Social.

Este análisis tiene por objeto aquellos casos en los que la Administración o en su caso las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, actúan en el ejercicio de potestades públicas y, por lo tanto, en el ámbito de una relación jurídica de carácter público, no como empleadoras.

2. LAS RAZONES DEL ESTABLECIMIENTO DE UNA VÍA ADMINISTRATIVA PREVIA EN LOS SUPUESTOS DE EJERCICIO DE POTESTADES PÚBLICAS

Como hemos visto, la Ley 39/2015 ha suprimido la necesidad de reclamar en vía previa a la Administración cuando actúa como empleadora; sin embargo, mantiene la nece-

sidad de agotar la vía administrativa cuando actúa en el ejercicio de potestades públicas.

Tal supresión fue viable desde el momento en que se ha venido entendiendo que, en el ámbito de las relaciones laborales, la Administración actúa como un empleador, sometida a Derecho laboral. Lo que ha permitido entender que la reclamación previa, *«en cierto modo viene a sustituir a la conciliación previa»*, permitiendo a la Administración *«el conocimiento anticipado de la pretensión deducida en su contra, permitiendo así la emisión de una declaración de voluntad que, en su caso, evita el proceso, al resolver el conflicto surgido con el demandante»*⁸.

Ahora bien, conviene precisar que la supresión de la reclamación previa en el ámbito de las relaciones laborales no obliga a la Administración pública a que, una vez demandada, permanezca inactiva hasta la decisión judicial. Lejos de ello, el art. 105 de la LRJA-PyPAC, permite a la Administración revocar sus *«actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico»*⁹. Por lo tanto, es perfectamente viable que la Administración, antes de la sentencia, revoque el acto denegatorio, concediendo lo en su día reclamado e inicialmente denegado. En todo caso, debe tratarse de un acto desfavorable o de gravamen puro, no siéndolo cuando la revocación afecte, además, a los intereses de tercero.

La situación es completamente distinta cuando la Administración actúa en el ejercicio de potestades públicas. En éste caso, el juego del principio de autotutela de la Administración se traduce, en nuestra tradición jurídica, en la existencia de un *«ámbito necesario de autonomía jurídica que el juez no puede interferir*

⁸ STC 112 y 194/1997; 60/1989, 162/1989, 217 1991 y 120/1993.

⁹ En la misma línea, el art. 109.1 de la Ley 39/2015.

salvo en un momento muy concreto de su desarrollo»¹⁰. La supresión, por lo tanto, de la reclamación previa en materia de Seguridad Social o de actuación administrativa en el ejercicio de potestades públicas, hubiera supuesto un cambio profundo en la estructura del sistema; no así la supresión del trámite de la reclamación previa cuando se actúa en la vía laboral, pues en tal caso se trataba de la supresión de un simple privilegio administrativo¹¹.

Es decir, «el juez debe respetar la realización íntegra (declarativa y ejecutiva) por la Administración de su potestad de autotutela; únicamente podrá intervenir cuando la autotutela declarativa está ya producida y precisamente para verificar si la misma, considerada en su singularidad, se ajusta o no al derecho material aplicable»¹². Dicho de otro modo, el control jurisdiccional es pleno, pero *ex post*, siendo siempre precisa una actuación administrativa previa –de aquí la institución del silencio negativo: la Administración ha tenido que, al menos, tener la posibilidad de pronunciarse dictando el correspondiente acto–.

Para demandar a la Administración, por lo tanto y con carácter general, es precisa la existencia de un acto previo, de forma que el proceso «sólo podría abrirse bajo la forma de proceso de impugnación de la validez de un acto administrativo, ya efectivamente producido y para revisar –ex post– su validez»¹³. Dicho de otro modo, «la articulación entre la autotutela administrativa y tutela jurisdiccional es simple: la primera actúa inicialmente, la segunda revisa la legalidad de lo cumplido por la primera»¹⁴.

El principio de autotutela no es un simple privilegio, pues se justifica en razones de eficacia en la gestión del interés general¹⁵, en todo caso, con sometimiento pleno a la «ley y al Derecho» –art. 103 de la Constitución (CE)–.

La autotutela comprende también la denominada «autotutela en segunda potencia»¹⁶. Este tipo de autotutela tiene varias manifestaciones pero, en lo que ahora nos interesa, se traduce en «la interposición preceptiva de vías administrativas previas antes de permitir el acceso a los tribunales de quienes pretendan impugnar las declaraciones» de la Administración¹⁷, pues para recurrir el acto administrativo es necesario agotar los recursos no potestativos en la vía administrativa –art. 107 LRJAPyPAC y 114 Ley 39/1995– o interponer la correspondiente reclamación previa –71 de la LRJS–.

3. LA VIA ADMINISTRATIVA PREVIA CONTRA LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACION EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL NO PRESTACIONAL

3.1. El supuesto general

Es necesaria, por lo tanto, la existencia de un acto, expreso o presunto, para poder formalizar una demanda contra la Administración, poniendo fin a la vía administrativa tanto los actos «definitivos» como los de «trámite», en determinados casos¹⁸. En este sentido, el

¹⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Ed. Civitas, Madrid 2000, Tomo I, p. 506.

¹¹ M. FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA y otros, Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Proceso Laboral, Ed. La Ley, Madrid 2010, p. 1118.

¹² E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, Curso... *opus cit.*, p. 507.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, Curso... *opus cit.*, p. 507.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, Curso... *opus cit.*, p. 523.

¹⁵ La STC 22/1984 y las posteriores STC 137/1985, 144/1987 y 293/1988, entre otras, han declarado la constitucionalidad de la autotutela administrativa.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, Curso... *opus cit.*, p. 513.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, Curso... *opus cit.*, p. 513.

¹⁸ El art. 25 de la LJCA establece que cabe recurrir ante la jurisdicción los actos que pongan fin a la vía administrativa «ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos». En

art. 69.1 LRJS dispone que para poder demandar al Estado será «*requisito necesario... haber agotado la vía administrativa, cuando así proceda, de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo aplicable*».

Aunque nada dice la norma, entiendo que también procede acudir a la jurisdicción social en supuestos de vía de hecho¹⁹ o de inactividad administrativa²⁰. Ciertamente, el art. 69 de la LRJS nada dice al efecto; sin embargo, el art. 70.2, al regular las excepciones al agotamiento de la vía administrativa previa, se refiere a la vía de hecho y a la inactividad administrativa, modulando el alcance de la normativa. Lo que implica, en mi opinión, que en los demás es de aplicación el régimen general establecido en la LJCA²¹. Por lo tanto, en el caso de la vía de hecho, el afectado por la misma podrá demandar contra la vía de hecho, directamente o formular un requerimiento previo a la Administración que deberá ser atendido en el plazo de diez días, transcurrido el cual, podrá

demandar a la Administración. En el caso de la inactividad administrativa, deberá reclamar el cumplimiento de la obligación de actuar, gozando la Administración del plazo de tres meses para dar cumplimiento a lo solicitado y, transcurrido dicho plazo, se dispone de dos meses para formular demanda. O bien, si se trata de inactividad en la ejecución de actos firmes, se formulará requerimiento a la Administración para que ejecute el acto y, en todo caso, transcurrido el mes, se podrá formular demanda en el plazo general –art. 29.2 LJCA–.

Ahora bien, ¿que debe entenderse por «agotar la vía administrativa»? La definición de cuando un acto administrativo pone fin o no a la vía administrativa es una cuestión de legalidad ordinaria y se encuentre regulada, con carácter general, en el art. 109 de la LRJyPAC²².

La pauta que inspira la regulación es que un acto administrativo no agota la vía administrativa cuando debe interponerse contra el mismo recurso de alzada ante el superior jerárquico del órgano que dictó el auto²³; y agota la vía administrativa cuando no es posible interponer recurso de alzada y sí es posible, sin embargo, interponer recurso potestativo

los supuestos de demandas entre Administraciones Públicas el art. 151.2 de la LRJS remite al procedimiento especial establecido en el art. 44 de la LJCA.

¹⁹ Art. 30 LJCA. Señala la STS (3ª) de 18 de octubre de 2000 (Rec. 8155/1994) que «incurrir en vía de hecho la Administración cuando prescinde total y absolutamente de las formas procedimentales»; no es posible hablar de vía de hecho cuando se impugna un acto administrativo, la vía de hecho sólo cabe frente a las actuaciones materiales –STS (3ª) de 4 de junio de 2009 (Rec. 3810/2008); ni en los casos de falta de actividad –STS (3ª) de 2 de abril de 2008 (Rec. 3865/2004)–.

²⁰ Art. 29 LJCA. Sobre el concepto de «inactividad administrativa» y la distinción entre inactividad formal y material, puede verse, entre otros a M. SÁNCHEZ MORÓN, Derecho Administrativo...*opus cit.*, pp. 480 y ss. La STS (3ª) de 18 de febrero de 2005 (Rec. 24/2003) trata de fijar una doctrina general en relación con la determinación de cuando existe inactividad de la Administración. Precepto al que sólo cabe acudir cuando la Administración está claramente obligada por norma o acto a «desplegar una actividad concreta» –STS de 1 de octubre de 2008 (Rec. 1698/2004)–.

²¹ A esta conclusión se llega en aplicación de lo establecido en el art. 151.1 de la LJCA, que claramente dispone que «en lo no expresamente previsto será de aplicación las normas reguladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto sean compatibles con los principios del proceso social». El art. 25. 2 de la LJCA permite imponer recursos contra la inactividad de la Administración o la vía de hecho.

²² Conviene precisar que el régimen general sólo es aplicable en defecto de régimen especial. En todo caso, el art. 109 establece: «Fin de la vía administrativa. Ponen fin a la vía administrativa: a) Las resoluciones de los recursos de alzada. b) Las resoluciones de los procedimientos a que se refiere el art. 107.2. c) Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario. d) Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca. e) Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento». En la Ley 39/2015, la regulación se encuentra en el art. 114. Sobre el tema, M. SÁNCHEZ MORÓN, Derecho Administrativo...*opus cit.*, pp. 537 y ss.

²³ Así, J.A. SANTAMARÍA PASTOR, La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ed. Iustel, Madrid 2010, p. 288: «El sentido de esta expresión no se refiere a que el acto ponga fin a un procedimiento administrativo..., sino exclusivamente a que no sea susceptible del recurso de alzada regulado en los arts. 114 y 115 LRJAP; por así decir, la «vía administrativa» no es otra cosa que la escala jerárquica de los órganos de la Administración».

de reposición; la opción corresponde al interesado, que puede, o bien interponer demanda ante la jurisdicción social, o bien interponer recurso de reposición; lo que no puede es utilizar las dos vías de forma simultánea, de forma que una vez interpuesto recurso de reposición debe esperar a su resolución expresa o presunta. Dicho de otro modo, un acto que no pone fin a la vía administrativa no puede ser recurrido ante la jurisdicción, porque previamente ha de agotarse dicha vía; sólo una vez cumplido este trámite, puede formalizarse la correspondiente demanda ante la jurisdicción social.

Precisamente, para garantizar el derecho del administrado a impugnar la resolución administrativa se establece que los actos administrativos se notificarán con su «*texto íntegro*» y con «*indicación de si es o no definitivo en vía administrativa, la expresión de los recursos, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos*» –art. 69.1 LRJS–; todo ello, «*sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente*»²⁴.

Si la notificación es defectuosa, se entiende que los plazos para recurrir no corren hasta que «*el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance del...acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso o reclamación que proceda*»²⁵ –art. 69.1 LRJS–²⁶.

²⁴ El precepto es prácticamente transcripción del art. 58.2 LRJAPyPAC que dispone: «*Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubiera de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente*». En la misma línea el art. 40 de la Ley 39/2015. La notificación se convierte en un elemento esencial para la eficacia del acto, al respecto puede verse M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo...opus cit.*, pp. 552 y ss.

²⁵ Las STS (3ª) de 30 de octubre de 1997 (RJ 1997/8442) y 24 de abril de 1998 (RJ 1998/3337) sostienen que los efectos de la notificación defectuosa sólo quedarán subsanados cuando se formule el recurso procedente.

²⁶ En el mismo sentido el art. 58.3 LRJAPyPAC establece que «*las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del*

La Administración tiene un plazo para resolver el recurso de alzada o de reposición²⁷. De aquí, que el art. 69.2 de la LRJS establezca que «*notificada la denegación o ...desde que deba entenderse agotada la vía administrativa en los demás casos*» y sólo entonces, podrá formalizarse demanda «*en el plazo de dos meses ante el Juzgado o Sala competente*».

Ahora bien, ¿cual es el plazo del que dispone la Administración para resolver los recursos? Para resolver el recurso de alzada «*el plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses*». De no dictarse y notificarse en dicho plazo «*se podrá entender desestimado el recurso*» –art. 115.2 LRJAPyPAC–²⁸. El plazo máximo para «*dictar y notificar la resolución*» del recurso de reposición «*será de un mes*» –art. 117.2 LRJAPyPAC²⁹–.

Notificada la resolución o agotada la vía administrativa, como hemos visto, el interesado tiene dos meses para formalizar la demanda. La LJCA distingue según estemos ante actos expresos –dos meses– o presuntos

acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda». También, el art. 40.3 de la Ley 39/2015. Sobre el tema, la STS de 14 de enero de 2014 (Rec. 4121/2011)

²⁷ Conviene tener en cuenta que conforme al art. 115.1 LRJAPyPAC: «*El plazo para la interposición del recurso de alzada será de un mes si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo*». Y asimismo, de conformidad con lo establecido en el art. 117.1 LRJAPyPAC: «*El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse...*» demanda ante la jurisdicción social.

²⁸ No obstante, si se hubiese interpuesto contra un acto presunto desestimatorio, se entenderá estimado. –art. 43.1 y 2 LRJAPyPAC–. En la misma línea, el art. 122.2 Ley 39/2015.

²⁹ En el mismo sentido, el art. 124 de la Ley 39/2015.

–seis meses–³⁰. No obstante, la distinción es irrelevante, vista la doctrina contenida en la STC 14/2006, pues para el Alto Tribunal el establecimiento de un plazo preclusivo de seis meses para impugnar actos presuntos es inconstitucional y, por lo tanto, no cabe inadmitir el recurso por haberse superado dicho plazo. Si, como interpreto, dicha doctrina debe aplicarse también en el ámbito de la Jurisdicción Social, debe concluirse que, cuando se ha notificado de forma expresa y correcta el acto, hay que demandar en el plazo de dos meses contados desde la notificación; pero en los casos de silencio y, por lo tanto, de ausencia de notificación, no cabe inadmitir el recurso contra el acto presunto aunque se hayan superado los dos meses. La inactividad de la Administración no puede, en ningún caso, beneficiar a la Administración incumplidora.

Es carga del demandante aportar, con la demanda, documento acreditativo de la *«interposición o resolución del recurso administrativo...uniendo copia de todo ello para la entidad demandada»* –art. 69.2 LRJS–. En el mismo sentido, el art. 151.2 LRJS establece que con la demanda *«deberá acreditarse...el agotamiento de la vía administrativa en la forma y plazos que corresponda según la normativa aplicable a la Administración autora del acto, en la forma establecida en el art. 69 de esta Ley»*.

De no hacerlo, *«el secretario judicial dispondrá que se subsane el defecto en el plazo de cuatro días»*. Si se realiza la subsanación, se admitirá la demanda; en otro caso, *«dará cuenta al tribunal para que por el mismo se resuelva sobre su admisión»* –art. 151.4 LRJS–. En todo caso, basta con la acredita-

ción formal, es decir, con acompañar copia de la *«resolución denegatoria»* o de la *«interposición o resolución del recurso administrativo»* –art. 69.2 LRJS–. Sin perjuicio de que, con posterioridad, en el juicio, pueda discutirse que la vía previa instada ha sido la correcta, pues en caso de no serlo, el órgano jurisdiccional declarará en sentencia la *«inadmisibilidad de la demanda»* –art. 151.9 LRJS–.

3.2. Excepciones

Partiendo siempre de la necesaria existencia de un acto administrativo expreso o tácito para formalizar la correspondiente demanda, la ley establece dos excepciones a la regulación general, es decir, a la necesidad de interponer recursos en vía administrativa para entender agotada la vía administrativa previa.

A.– En primer lugar, en los casos de litigios entre Administraciones públicas, será de aplicación lo establecido en el art. 44 de la LJCA –art. 151.2 LRJS–. En estos casos, no *«cabrá interponerse recurso en vía administrativa»*; si bien, la Administración que se considere perjudicada *«podrá»* requerir a la que ha dictado el acto para que *«anule o revoque»* dicho acto. Por lo tanto, la formulación del requerimiento es facultativa, siendo posible, o bien que la Administración lesionada recurra directamente el acto³¹; o bien, formular el correspondiente requerimiento previo, que en realidad opera como un verdadero recurso, pues se habla de *«anulación»* o *«revocación»*. Es decir, el requerimiento tiene que estar basado en causas jurídicas que puedan llevar a que la Administración requerida deje sin efecto el acto por ser contrario a Derecho. El requerimiento³² deberá formularse en el plazo de dos meses –art. 44.2 LRJCA– y se entenderá rechazado si *«dentro del mes si-*

³⁰ El art. 46.1 LJCA establece que *«el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuere expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto...»*.

³¹ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La Ley reguladora...opus cit.*, p. 449.

³² El requerimiento debe dirigirse al *«órgano competente mediante escrito razonado que concretará ...[el] acto, actuación...»*.

guiente a su recepción, el requerido no contestara» –art. 44.3 LJCA–.

B.– En segundo lugar, no será necesario proceder en la forma general regulada en el art. 69 de la LRJS, en los supuestos de lesión de los derechos fundamentales y libertades públicas por actos de la Administración –art. 70.2 LRJS–. Ciertamente, el precepto indicado –art. 70.2 LRJS– habla de actos dictados en el ejercicio de «potestades en materia laboral y sindical», omitiendo toda referencia a la seguridad social, pero entendemos que la norma también deberá aplicarse en estos casos, pues no hay razón alguna que justifique un trato diferenciado cuando se impugnen actos no prestacionales en materia de Seguridad Social. Siendo posible acudir al proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas frente a actos de la Seguridad Social.

Pues bien, en estos casos concurren las siguientes especialidades³³:

– Con carácter general, se suprime la denominada «autotutela en segunda potencia»; es decir, es preciso que exista un acto administrativo, pero la ley permite que se formule demanda sin necesidad de recurrir en alzada o reposición³⁴. Así, el art. 70.2 de la LRJS dispone que «no será necesario agotar la vía administrativa previa para interponer demanda de derechos fundamentales y libertades públicas frente a actos de la Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades».

³³ La regulación claramente se inspira en el art. 115 de la LJCA.

³⁴ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, La Ley reguladora de la Jurisdicción...opus cit, p. 1190: «En la línea de permitir un acceso rápido e inmediato a la jurisdicción a los ciudadanos lesionados en sus derechos fundamentales, el art. 7.1 de la Ley 62/1978 introdujo una disposición, realmente revolucionaria, que eliminó la obligatoriedad de interponer cualquier tipo de recurso administrativo con carácter previo a este recurso especial: «Para la interposición de estos recursos no será necesaria la reposición ni la utilización de cualquier otro recurso previo administrativo»; el recurrente podía interponer, si lo deseaba, el recurso administrativo procedente, pero esta interposición tenía carácter puramente potestativo, en todo caso».

No obstante, en estos casos, la ley permite que el interesado, si lo desea, pueda interponer «potestativamente un recurso administrativo»³⁵.

Puede ocurrir que la lesión del derecho fundamental o libertad pública se produzca por «vía de hecho»³⁶ o «inactividad». En estos casos, debe procederse de la siguiente forma:

En el caso de la vía de hecho, se ofrece al perjudicado la posibilidad de, o bien acudir directamente a los Tribunales, o bien «formular requerimiento a la Administración actuante para su cesación» –art. 30 LJCA–.

En el caso de inactividad de la Administración³⁷, quienes tuvieran derecho a la «prestación concreta» en su favor, deberán reclamarla ante la Administración –art. 29 LJCA–.

– El plazo para interponer la demanda será de veinte días desde que se notifique el acto que lesione el derecho fundamental o libertad pública³⁸. Si se trata de un acto pre-

³⁵ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, La Ley reguladora de la Jurisdicción...opus cit, p. 1190: «En la línea de permitir un acceso rápido e inmediato a la jurisdicción a los ciudadanos lesionados en sus derechos fundamentales, el art. 7.1 de la Ley 62/1978 introdujo una disposición, realmente revolucionaria, que eliminó la obligatoriedad de interponer cualquier tipo de recurso administrativo con carácter previo a este recurso especial». Tradición que entendemos explica la redacción del precepto vigente en la LRJS.

³⁶ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, La Ley reguladora de la Jurisdicción...opus cit, p. 338, en principio por vía de hecho debe entenderse toda actuación material de la Administración sin cobertura jurídica. No obstante, debe reconocerse que «no existe una noción legal de la que sea la vía de hecho, sin tampoco una definición legal o jurisprudencial de las mismas: las ocasiones en que la jurisprudencia llega a hablar de vía de hecho lo hace sin precisión técnica alguna, y con el único objeto de hacer énfasis en las graves irregularidades en que, en ocasiones, incurren las actuaciones administrativas impugnadas en el proceso».

³⁷ Según el art. 29.1 de la LJCA hay inactividad «cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas». En estos casos, «quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de las Administración el cumplimiento de dicha obligación».

³⁸ En lugar del plazo general que es de 2 meses.

sunto, el plazo de veinte días se computa desde que haya transcurrido el plazo establecido en la norma para dictar resolución.

Ahora bien, si se hubiese interpuesto recurso contra el acto, el plazo de veinte días se contará desde la «*presentación del recurso*». Es decir, el plazo para resolver el recurso de alzada o el potestativo de reposición es de veinte días³⁹. Transcurrido el cual deberá formalizarse demanda en el plazo de veinte días.

Y si se tratase de vía de hecho o inactividad y se hubiese interpuesto reclamación –necesaria en el supuesto de inactividad y potestativa en el supuesto de vía de hecho–, el plazo de veinte días se contará «*desde la reclamación contra la inactividad o vía de hecho*» –art. 70.2 LJCA–⁴⁰. Transcurrido dicho plazo deberá formalizarse demanda en el plazo de veinte días.

4. LA VÍA ADMINISTRATIVA PREVIA CONTRA LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL PRESTACIONAL

4.1. La regulación en supuestos iniciados a instancia del administrado

Por estar, las Entidades gestoras de la Seguridad Social, ejercitando funciones públicas, al reconocer las diversas prestaciones

del sistema, debe existir siempre un acto administrativo expreso o tácito objeto de impugnación. La singularidad, en este caso, consiste en un específico sistema de «autotutela en segunda potencia», pues en lugar de interponerse un «recurso» de alzada o de reposición, debe interponerse una reclamación previa, en los términos establecidos en el art. 71 de la LRJS.

En este sentido, el art. 71.1 de la LRSJ establece que «*será necesario para formular demanda en materia de prestaciones de Seguridad Social, que los interesados interpongan reclamación previa ante la Entidad gestora de las mismas*».

La reclamación previa debe interponerse «*ante el órgano competente que haya dictado resolución sobre la solicitud inicial al interesado*» –art. 71. LRJS; no obstante, «*si la resolución, expresa o presunta, hubiera sido dictada por una entidad colaboradora, la reclamación previa se interpondrá,... ante la propia entidad colaboradora si tuviera atribuida la competencia para resolver; o en otro caso ante el órgano correspondiente de la Entidad gestora y organismo público gestor de la prestación*» –art. 71.3 LRJS–⁴¹.

En todo caso, deberá interponerse «*en el plazo de treinta días desde la notificación de la misma, si es expresa, o desde la fecha en que, conforme a la normativa reguladora del procedimiento de que se trate, debe entenderse producido el silencio administrativo*» –art. 71.2 LRJS–. El mismo plazo será de aplicación en el caso de que la reclamación se interponga ante una «*entidad colaboradora*»

³⁹ No juegan los plazos de tres meses –recurso de alzada– y un mes –recurso de reposición– a los que antes nos hemos referido.

⁴⁰ Este plazo es más amplio que el establecido en el art. 115.1 de la LJCA que es de diez días. La brevedad del plazo había sido criticada por la doctrina. Así, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, La Ley reguladora de la Jurisdicción...*opus cit.*, p.1186, sostiene que «el plazo es absurdo, porque su extrema brevedad entraña una patente contradicción con la existencia misma de este recurso especial...La brevedad del plazo no juega a favor de la tutela judicial de las libertades públicas, sino justamente en contra...».

⁴¹ Se consagra, así, la regla general de que la reclamación previa sólo puede formularse ante la entidad titular de la capacidad decisoria –STS de 2 de julio de 1993 (Rec. 2139/1992)–. En la misma línea, la STS de 18 de marzo de 1997 (2885/1996) sostiene que, en un supuesto de reclamación por accidente de trabajo, no enerva la acción, la no interposición de la reclamación previa ante el INSS y la TGSS, cuando dada la naturaleza de lo pretendido, estas entidades carecen de capacidad decisoria, pues han tenido conocimiento de la pretensión con el traslado de la demanda.

–art. 71.3 LRJS–. No obstante, si se tratase de impugnación de alta médica no exenta de la presentación de reclamación previa, el plazo de interposición será de once días desde la notificación de la resolución –art. 71.2 LRJS–.

Por lo tanto, deberá presentarse, en primer lugar, una instancia solicitando la prestación y, posteriormente, interponerse reclamación previa, contra el acto expreso o presunto que la deniega. De aquí la relevancia de establecer unos plazos máximos de tramitación⁴² de forma que, superados estos, deberá entenderse que existe denegación presunta y podrá reclamarse en vía previa.

Como garantía del contribuyente se establece que *«las entidades u organismos gestores de la Seguridad Social expedirán recibo de presentación o sellarán debidamente, con indicación de la fecha, las copias o reclamaciones que se dirijan en cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley»* –art. 71.7 LRJS–.

La Entidad deberá contestar expresamente a la reclamación previa en el plazo de *«cuarenta y cinco días»*. Y, de no hacerlo, *«se entenderá denegada la reclamación por silencio administrativo»* –art. 71.5 LRJS–. Si bien, en el caso de tratarse de una impugnación de alta médica no exenta de la obligación de formular reclamación previa, el plazo de contestación será de siete días, entendiéndose desestimada una vez que haya transcurrido dicho plazo –art. 71.5 LRJS–.

La demanda deberá formularse en el *«plazo de treinta días, a contar desde la fecha en que se notifique la denegación de la reclamación previa o desde el día en que se entienda denegada por silencio administrativo»* –art. 71.6 LRJS–⁴³. No obstante, de no presentarse en dicho plazo nada impide la reiteración de la *«reclamación previa de haber*

caducado la anterior, en tanto no haya prescrito el derecho y sin perjuicio de los efectos retroactivos que proceda dar a la misma» –art. 71.4 LRJS–⁴⁴.

En los supuestos de impugnación de altas médicas el plazo será de veinte días contados desde la notificación de la resolución o desde el transcurso del plazo, para considerarla desestimada en forma presunta –art. 71.6 LRJS–.

Consecuencia de lo anterior es que, al formularse la demanda en materia de prestaciones de Seguridad Social, será necesario haber agotado la vía administrativa correspondiente, es decir, haber intentado la reclamación previa. Repárese en que lo subsanable es la falta de reclamación previa, no la existencia de una previa solicitud administrativa de la prestación que la precede⁴⁵.

En caso de no acreditarse el agotamiento de la vía previa, el Secretario Judicial dispondrá que se subsane el defecto en el plazo de cuatro días. De cumplirse lo anterior, admitirá la demanda y, de no hacerlo, dará cuenta al Tribunal para que resuelva sobre la admisión de la misma –art. 140.2 LRJS–. Se configura, por lo tanto, la reclamación previa como un *«presupuesto procesal»*, controlable de oficio⁴⁶.

En todo caso, si la Seguridad Social quiere formular reconvencción, es preciso que haya anunciado su intención de reconvenir al resolver de forma expresa la reclamación previa –art. 85.3 LRJS–⁴⁷.

⁴⁴ Se establece, de este modo, una excepción a la doctrina del acto firme. Justificada, dado el tipo de prestaciones concedidas por la Seguridad Social.

⁴⁵ Desde este punto de vista, se entiende la doctrina contenida en la STS de 17 de diciembre de 1996 (Rec. 1486/1996) que admite la subsanación mediante la aportación del escrito formulando reclamación previa, aunque dicho escrito sea posterior a la demanda y siempre que el plazo para resolver dicha reclamación haya transcurrido el día del juicio. En la misma línea, la STS de 24 de marzo de 2004 (Rec. 3350/2002).

⁴⁶ STS de 18 de marzo de 1997 (Rec. 2885/1996).

⁴⁷ Sobre el tema, M. FERNÁNDEZ-LOMANA García, La reconvencción en el proceso laboral, Ed. Civitas, Madrid 2006, pp. 237 y ss.

⁴² El plazo general para resolver es de tres meses; no obstante, los Reales Decretos 1300/1995 y 286/2003, regulan plazos específicos en materia de reconocimiento de prestaciones.

⁴³ A estos efectos, la jurisprudencia considera inhábil el mes de agosto –STS de 19 de octubre de 1996 (Rec. 3893/1995).

4.2. La regulación en supuestos iniciados de oficio

En principio, la regulación en supuestos en los que la Administración inicie el procedimiento es la misma y, por lo tanto, cuando se notifique la resolución se deberá interponerse la correspondiente reclamación previa, en los términos indicados⁴⁸.

Pero cabe la posibilidad de que la Administración, pese a estar obligada a ello, no actúe. En tal caso, *«cuando en el reconocimiento inicial o la modificación de un acto o derecho en materia de Seguridad Social»*, deba ser acordado de oficio, *«en el caso de que no se produzca acuerdo o resolución, el interesado podrá solicitar que se dicte, teniendo esta solitud el valor de reclamación previa»*⁴⁹.

No hace falta, por lo tanto, una doble reclamación –una primera solicitando la actuación y una segunda impugnando la desestimación por inactividad⁵⁰–

4.3. La impugnación de las altas médicas

Por excepción, no es precisa la interposición de reclamación previa contra las resoluciones administrativas expresas en las que se acuerda el alta médica emitidas por los órganos competentes de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social al agotarse el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días de la prestación de incapacidad temporal –art. 71.1 LRS–.

En este caso, la demanda deberá formularse en el plazo de veinte días desde la adquisición de plenos efectos del alta médica o desde la notificación del alta definitiva acordada por la Entidad gestora –art. 71.6 LRJS–.

En congruencia con lo descrito, el art. 140.1 LRJS señala que *«no será exigible el previo agotamiento de la vía administrativa, en los procesos de impugnación de altas médicas emitidas por los órganos de las Entidades gestoras de la Seguridad Social al agotarse el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días de la prestación de incapacidad temporal»*.

4.4. La impugnación por la vía del proceso de derechos fundamentales y libertades públicas

De la lectura del art. 140.1 de la LRJS se infiere que, cuando se demande a las Entidades Gestoras en materia prestacional, deberá agotarse la vía administrativa previa, incluso en aquellos casos en los que *«se haya acumulado la alegación de una lesión de un derecho fundamental o libertad pública»*. Salvo que *«se opte por ejercitar exclusivamente esta última mediante la modalidad procesal de tutela»*.

En este último caso, es decir, cuando se acuda directamente al proceso especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, se aplicará el régimen que antes hemos descrito, siendo posible formular demanda en el plazo de veinte días, sin necesidad de formular reclamación previa, desde la notificación expresa del acto o cuando haya transcurrido el plazo para resolver sin que se haya dictado aquel –acto denegatorio presunto–.

5. PUNTOS COMUNES

5.1. La plena jurisdicción

Como hemos indicado, los órganos jurisdiccionales actúan *ex post*, debiendo existir

⁴⁸ Son supuestos típicos en los que la Administración actúa de oficio los relativos a las prestaciones por incapacidad permanente y los demás regulados en el RD 1300/1995. También, los supuestos de interposición de los recargos

⁴⁹ STSJ de Cataluña de 26 de junio de 2008 (Rec. 1021/2007) y STSJ de Extremadura de 14 de enero de 2010 (Rec. 627/2009).

⁵⁰ Se sigue el modelo de la inactividad de recursos contra la inactividad de la Administración, siendo directamente impugnables la inactividad una vez solicitada, no siendo necesario denunciar la mora por segunda vez.

una previa actuación administrativa expresa o tácita. Pero, una vez que se produce dicha actuación y se acude a los órganos jurisdiccionales, el control judicial es pleno.

Lo que implica que los órganos jurisdiccionales puedan controlar la legalidad del procedimiento administrativo⁵¹. Ahora bien, ¿pueden impugnarse los denominados actos de trámite cualificados? La plena jurisdicción, como hemos visto, permite impugnar la resolución final que se dicte y cuestionar las infracciones procedimentales cualificadas en vía administrativa. Pero, ¿es posible impugnar dichas infracciones de forma autónoma, sin esperar a la resolución final del expediente?

El art. 25.1 de la LJCA permite la impugnación autónoma de los actos cualificados de trámite⁵². Sin embargo, cuando se trata de actos dictados por las Entidades Gestoras en materia de gestión de prestaciones de Seguridad Social la jurisprudencia sostiene que no es posible la impugnación autónoma y que, por lo tanto, debe esperarse a que se dicte la resolución final en el procedimiento administrativo pues, sencillamente, la norma no regula dicha posibilidad y sólo permite la impugnación de la resolución que se dicte al resolver la reclamación previa⁵³. En los demás casos, entendemos que sí resulta posible la impugnación autónoma de los actos de trámite cualificados, vista la remisión contenida en el art. 69.1 de la LJCA, que remite a lo «establecido en la normativa de procedimiento administrativo aplicable», permitiendo dicha impugnación el art. 107 de la LJCAyPAC. Por

lo tanto, salvo especialidad establecida en la normativa, será posible la impugnación autónoma.

5.2. Vinculación respecto a la reclamación o vía administrativa previa

Para que el requisito de agotamiento de la vía administrativa previa sea real y efectivo, es preciso que exista congruencia entre la pretensión articulada en dicha vía y la posteriormente sostenida en la vía jurisdiccional. Ahora bien, lo que se exige es que exista congruencia entre la pretensión articulada en la vía administrativa y la jurisdiccional, lo que no impide, alegar en la demanda «*cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración*» –art. 56.1 LJCA⁵⁴–. Conviene observar que las posibilidades de defensa de la Administración no concluyen con el dictado del acto administrativo, sino que, lejos de ello, sus servicios jurídicos sostendrán la legalidad del acto durante la tramitación del juicio.

El art. 72 de la LRJS contiene una regla específica, al disponer que «*no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, bien en fase de reclamación previa o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad*». Regla en la que insiste el art. 143.4 de la LJCA, que establece que «*no podrán aducirse por ninguna de las partes he-*

⁵¹ STS de 19 de noviembre de 2002 (Rec. 428/2002) y 16 de mayo de 2006 (Rec. 5001/2004).

⁵² Siempre que decidan «directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos». Sobre el concepto de «acto cualificado de trámite» puede verse, entre otros, a J. A. SANTAMARÍA PASTOR, La Ley reguladora de la Jurisdicción...*opus cit.*, pp. 287 y ss.

⁵³ STS de 9 de julio de 2003 (Rec. 1375/2002) y 19 de enero de 2005 (Rec. 58/2004).

⁵⁴ La STS (3ª) de 21 de diciembre de 2000 (Rec. 3683/1995) sostiene que «cabe que el recurrente realice un cambio en la fundamentación del recurso, o incluso en el suplico, siempre que se trate de acomodar la reclamación a las circunstancias específicas de cada momento». Razonando la STS (3ª) de 28 de febrero de 2002 (Rec. 453/1999) que «la pretensión ejercitada en vía administrativa no puede ser esencialmente distinta de la que se esgrime en vía jurisdiccional, donde sólo pueden alegarse argumentos nuevos».

chos distintos de los alegados en el expediente administrativo, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad».

Identificándose la pretensión por la concurrencia de dos elementos –subjetivos (persona que reclama y frente a la que se reclama)– y objetivos, que se subdividen en hechos en los que se basa la reclamación y suplico; la interpretación correcta de dichas normas implica que no puede alterarse la pretensión introduciendo hechos nuevos que configuren una nueva pretensión o alteren sustancialmente la articulada, pero sí resulta posible para las dos partes introducir nuevos motivos jurídicos en el debate⁵⁵. En este sentido, la STS de 28 de junio de 1994 (Rec. 2946/1993), que con claridad afirma, que lo que prohíbe la ley es introducir en el debate judicial «pretensiones que no hayan sido planteadas ante la Administración», pero no «invocar nuevos motivos o alegaciones para fundamentar» la demanda⁵⁶.

Por ello, se ha considerado posible solicitar un nuevo grado de invalidez menor, no instado en la vía administrativa, con base a las mismas lesiones articuladas en la vía administrativa⁵⁷ –su agravación podría alegarse al ser «hechos nuevos»⁵⁸–. Y, por la misma razón, se ha dicho que nada impide que, en

un proceso de incapacidad, se aporte un nuevo dictamen sobre las lesiones no aportado en la vía administrativa⁵⁹. Sin embargo, sí existe violación de lo establecido en el art. 73 de la LRJS, cuando se insta un pronunciamiento de responsabilidad de la empresa por un motivo no planteado en vía administrativa, pues en tal caso existiría una pretensión nueva⁶⁰.

5.3. Efectos de la reclamación previa y vía administrativa

El art. 73 de la LRJS establece que «la reclamación previa interrumpirá los plazos de prescripción y caducidad». Ahora bien, conviene reparar en que la norma se refiere a la «reclamación previa» y no a al «agotamiento de la vía administrativa previa». Se establece, por lo tanto, un régimen distinto, según nos encontremos ante la actuación de la Administración como gestora de prestaciones o como gestora de otras potestades públicas.

La cuestión es relevante, pues la jurisprudencia viene sosteniendo de forma reiterada que, aunque el acto administrativo inicialmente dictado sea «firme» por no haberse interpuesto demanda, nada impide la posterior formulación de reclamación si la acción no ha prescrito, sin perjuicio de la fecha de efectos⁶¹. El parecer jurisprudencial encuentra su base en lo establecido en el art. 71.4 de la LRJS que establece que «podrá reiterarse la reclamación previa de haber caducado la anterior, en tanto no haya prescrito el derecho y sin perjuicio de los efectos retroactivos que proceda dar a la misma»⁶². Y conviene indicar que ha sido ratificado por la Ley 39/2015, que ha suprimido la reclamación previa cuando la

⁵⁵ Por estas razones, en mi opinión, resulta discutible la doctrina contenida, entre otras, en la STS de 2 de marzo de 2005 (Rec. 448/2004) que impide a la Administración alegar la prescripción por primera vez en juicio, aunque no la hubiese alegado en la vía administrativa. Si resulta, sin embargo, acertada, en nuestra opinión, la doctrina contenida en la STS de 7 de diciembre de 2004 (Rec. 4272/2003) y 27 de marzo de 2007 (Rec. 2406/2006).

⁵⁶ Doctrina reiterada, entre otras, en la STS de 27 de julio de 2007 (Rec. 2406/2006).

⁵⁷ STS de 14 de junio de 1996 (Rec. 1215/1995). No obstante, esta doctrina se matiza en el sentido de que no es posible conceder un grado de incapacidad menor, cuando existen datos en las actuaciones administrativas o judiciales de los que pueda inferirse que no es intención del demandante obtener tal grado de invalidez –STS de 11 de octubre de 2005 (Rec. 1076/2005) y 13 de junio de 2008 (Rec. 809/2007)–. El juego del principio dispositivo impide que pueda concederse al demandante una pretensión por el no pedida explícita o implícitamente.

⁵⁸ STS de 7 de diciembre de 2004 (Rec. 4274/2003).

⁵⁹ STS de 2 de febrero de 2005 (Rec. 5530/2003).

⁶⁰ STS de 18 de julio de 2005 (Rec. 1393/2004).

⁶¹ STS de 3 de marzo de 1999 (Rec. 1130/1998) y 15 de octubre de 2003 (Rec. 2919/2002).

⁶² Así, la STS de 24 de febrero de 1998 (Rec. 1643/1997), razona que «la no observancia del plazo produce, únicamente, el efecto de que el futuro demandante tenga que repetir la reclamación previa». En la misma línea la más reciente STS de 16 de septiembre de 2015 (Rec. 1779/2014).

Administración actúa como empleadora, pero que mantiene la regulación anterior si bien limitada a la reclamación previa en materia de prestaciones⁶³.

Por lo tanto, cuando la Administración actúa como gestora de prestaciones, de no formularse demanda dentro de los treinta días siguientes a la denegación, habrá caducado el derecho a demandar, pero nada impedirá formular una nueva reclamación previa y, transcurridos los plazos para resolverla o reuelta de forma expresa, formular la correspondiente demanda, sin perjuicio de la fecha de efectos de la prestación. La norma, por lo tanto, constituye una excepción a la doctrina del acto firme, que impide volver a impugnar actos administrativos que hubiesen causado firmeza al no haber sido objeto de demanda. La razón, probablemente, se encuentra en la materia que es objeto de litigio: las prestaciones de Seguridad Social. Sin duda necesarias para la subsistencia del solicitante, no siendo equitativo que el transcurso del plazo le prive definitivamente de su derecho, sin perjuicio de que para la concesión de la prestación se tenga en cuenta la fecha de la nueva solicitud y no la inicial. De aquí que esta excepción al régimen natural del acto firme, no se haya reconocido a las Mutuas, pues sólo se aplica a los casos de reconocimiento o denegación de prestaciones a los beneficiarios de la Seguridad Social⁶⁴.

Ahora bien, esta doctrina tiene su causa en la regulación establecida en materia de prestaciones y, por lo tanto, no es aplicable a los actos administrativos que se dicten en el ejercicio de potestades públicas y sobre materias diferentes. Así, el art. 151.9.d) de la LRJS establece que se declarará inadmisibile la demanda *«por no ser susceptible de impugnación el acto recurrido»*, es decir, entre otros motivos, por ser el acto firme.

6. CONCLUSIONES

Una vez eliminada la reclamación previa cuando la Administración –Entidades gestoras– actúe como empleadora, se mantendrá únicamente la necesidad de agotar la vía administrativa cuando la Administración, en materia de Seguridad Social, actúe en el ejercicio de potestades públicas.

Siempre será necesario el agotamiento de la vía administrativa previa, sin perjuicio de que la ley configure dos regímenes jurídicos. Uno para cuando la Administración dicte actos en materia de prestaciones. Y otro, cuando la Administración dicte actos, permanezca inactiva o utilice la vía de hecho, en relación con el ejercicio de potestades que tenga atribuidas y cuyo conocimiento corresponde a la Jurisdicción Social.

⁶³ Literalmente el nuevo art. 73 dispone que: «La reclamación previa en materia de prestaciones de la Seguridad Social interrumpirá los plazos de prescripción y suspenderá los de caducidad, reanudándose estos últimos al día siguiente de la notificación o del transcurso del plazo en que debía entenderse desestimada».

⁶⁴ STS de 15 de junio de 2015 (Rec. 2648 y 2776/2014).

RESUMEN

Las nuevas reformas legislativas han introducido importantes modificaciones en la regulación tradicional de la vía previa. Por una parte, cuando entre en vigor la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, lo que ocurrirá en octubre del presente año, desaparecerá la necesidad de formular reclamación previa cuando la Administración actúe como empleador.

Por otra, al asumir la jurisdicción social nuevas competencias en materias tradicionalmente enjuiciadas por la jurisdicción contencioso-administrativa, ha sido necesario adaptar la norma procesal laboral a éste nuevo marco. Adaptando la regulación clásica de la jurisdicción contencioso-administrativa en la materia a las singularidades del proceso social.

Por último, la regulación de la vía previa cuando la Administración actúa como gestora de prestaciones de Seguridad Social se ha mantenido.

A la exposición sistemática de estas tres vías y su articulación se dedica el presente trabajo. Exponiendo los fines que inspiran la legislación y destacando las singularidades que se producen cuando la Administración actúa como gestora de prestaciones de Seguridad Social. Dando cuenta de las más recientes aportaciones jurisprudenciales.

Palabras clave: Actos de trámite cualificados, acto firme, autotutela, autotutela en segunda potencia, congruencia, control inactividad, jurisdiccional, prestaciones de la seguridad social reclamación previa, seguridad social, tutela de derechos fundamentales, vía administrativa, vía de hecho.

ABSTRACT

New legislation reforms have introduced important changes in the traditional regulation of prior administrative procedures. On the one hand, when Law 39/2015 of 1st October about Common Administrative Procedure comes into force, which will happen next October, a prior complaint form will not be needed whenever the Administration acts as the employer.

On the other hand, due to the fact that social jurisdiction has assumed new competences that were traditionally prosecuted according to contentious-administrative jurisdiction law, it has been necessary to adapt the labour procedural regulation to this new framework. By adapting the classical regulation of the contentious-administrative jurisdiction law in the matter to the singularities of the social process.

Finally, the regulation of prior administrative procedure has been maintained when the Administration acts as the agent who handles the Social Security benefits.

This article deals with the systematic description and coordination of these three procedures. By explaining the objectives underlying the legislation and highlighting the singularities that arise when the Administration acts as the agent who handles the Social Security benefits. By taking into account the most recent jurisprudential contributions.

Keywords: Qualified procedure acts, firm act, autotutelage, reduplicative autotutelage, congruence, control of inactivity, jurisdictional social security benefits, prior complaint, social security, fundamental rights tutelage, administrative procedure, *De facto* procedure.

Aspectos procesales de la incapacidad permanente

Procedural Aspects of Permanent Incapacity

JOSÉ MARÍA RÍOS MESTRE*

1. PRESUPUESTOS DEL PROCESO. AGOTAMIENTO DE LA VÍA PREVIA Y RECLAMACIÓN PREVIA

La incapacidad permanente es una situación de riesgo protegida por la Seguridad Social. Al igual que en otras situaciones del ordenamiento jurídico cabe distinguir entre el derecho subjetivo y la acción procesal. El derecho subjetivo precisa de la concurrencia de varios requisitos para su nacimiento. La acción procesal requiere el cumplimiento de determinados presupuestos para su ejercicio.

El Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio regula el procedimiento por el que se tramita la solicitud del asegurado dirigida al reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente. El citado Real Decreto 1300/1995 está desarrollado por la Orden de 18 enero de 1996.

El Real Decreto 1300/1995 procede a unificar, en el ámbito de responsabilidad del

Instituto Nacional de la Seguridad Social, el conjunto de competencias en materia de incapacidad permanente, entre las que cabe destacar además del propio reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente, la determinación de la contingencia común o profesional, accidente o enfermedad, y el recargo de prestaciones.

La tramitación de la petición inicial a través del procedimiento del Real Decreto 1300/1995 es un presupuesto procesal de la acción. La STSJ Murcia 19/11/2012 R 527/2012 resolvió un supuesto en el que el actor en el mismo escrito articuló reclamación previa frente a alta indebida y solicitó la declaración de incapacidad permanente. La Sala declaró la falta de agotamiento de la vía previa por la necesidad de instrucción de un expediente de conformidad con el RD 1300/1995 en relación con la incapacidad permanente. La petición inicial de una prestación no es ni puede ser entendida como reclamación previa, ya que ello supondría la desaparición de la misma, cosa en absoluto pretendida por la LRJS cuando afirma su necesidad en el mismo art. 71.1 LRJS. Si al pedir la pensión, en el primer escrito o solicitud, ya se entiende efectuada re-

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Politécnica de Cartagena.

clamación previa (no hay resolución anterior), desaparece tal reclamación y carece de sentido el resto del art. 71 LRJS. No es así: la solicitud inicial no es jamás reclamación previa, sino petición inicial. Si se responde expresamente, hay que hacer reclamación previa. Si no se responde, el interesado puede solicitar que se dicte la resolución expresa, y esto equivaldrá a reclamación previa, esta llamada denuncia de la mora, este escrito que no pide nada en orden al derecho material, sino únicamente pide que se resuelva (STSJ Valencia 13/01/1997 R 2177/1996)

Una vez formulada la solicitud inicial, el INSS dispone de un plazo de 135 días para resolver y dictar resolución (art. 14.1 Orden 18 enero 1996). Existe un deber de dictar resolución expresa (art. 6 RD 1300/1995, art. 13 Orden 18 enero 1996). En caso de transcurso del plazo máximo la solicitud se entenderá desestimada por silencio negativo (art. 14.3 Orden 18 enero 1996), lo que según los términos del art. 6 del RD 1300/1995 permitirá al interesado «ejercitar las acciones que le confiere el art. 71 de la Ley de Procedimiento Laboral» (art. 71 LRJS).

Como se ha referido el procedimiento debe finalizar mediante resolución expresa. Sin perjuicio de ello, la instrucción de dicho procedimiento conlleva la emisión de importantes actos o acuerdos. Esto plantea la cuestión de la posibilidad de impugnación autónoma de dichos actos. En favor de esta tesis se puede aducir la aplicación analógica del art. 107.1 de la Ley 30/1992 (art. 112 Ley 39/2015 en la nueva regulación) que dispone que «Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición» y art. 25.1 LRJCA «El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos

de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.»

Sin embargo, la STS 25/09/2003 R° 1445/2002 declaró que la Ley de Procedimiento Laboral, al contrario de lo que ocurre con la LJCA no contempla la impugnación directa de los actos de Seguridad Social de instrucción y de trámite, cualquiera que sea su alcance. El art. 71 LRJS es claro al respecto. La reclamación previa, que es el único medio de impugnación administrativa que prevé la LRJS, sólo cabe frente a la «resolución o acuerdo», esto es, frente al acto que pone fin a la vía administrativa, único contra el que el interesado puede luego demandar ante los tribunales sociales; en este caso, la conjunción disyuntiva «o» que utiliza el precepto hay que entenderla en su sentido de equivalencia o equiparación de los términos «resolución» y «acuerdo» como actos de conclusión administrativa, sin que quepa diferenciar al segundo para atribuirle algunos de los otros sentidos con que aparece en la LRJ-PAC (por ejemplo, en los arts. 54.d y e, 69.1 y 2; *vid.* art. 86 Ley 39/2015).

Dicha limitación se corresponde con los principios de concentración, celeridad y economía que inspiran el proceso laboral (art. 74.1 LRJS), conforme a los cuales sería ilógico autorizar la impugnación de los actos de trámite de un expediente, cuando éste, una vez finalizado, puede debatirse en su totalidad en el correspondiente proceso laboral. Además, la concentración de la controversia en torno a la resolución que pone fin al expediente es no sólo aconsejable sino necesaria para una gestión rápida y eficaz de los procedimientos de concesión de pensiones públicas, que se vería sin duda dilatada extraordinariamente en el tiempo y en evidente perjuicio de los beneficiarios del sistema, si las Entidades Gestoras tuvieran que responder frente a cada acto intermedio de los miles de expedientes que deben

resolver. Y no implica, en modo alguno, indefensión para el solicitante de la pensión, puesto que puede acudir a los tribunales sociales para combatir todos los extremos fácticos y jurídicos de la resolución que pone fin al expediente, con plenitud de garantías y medios de defensa; y sin riesgo a un eventual rechazo por no haber recurrido los actos intermedios.

Será requisito necesario para formular demanda en materia de prestaciones de Seguridad Social, que los interesados interpongan reclamación previa ante la Entidad Gestora de las mismas (art. 71.1 LRJS). En este aspecto la jurisprudencia constitucional ha establecido:

a) La compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva de la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de conciliación o de reclamación administrativa previa (entre otras, SSTC 60/1989, 162/1989 y 271/191). Lo que se fundamenta «de un lado, porque en ningún caso excluyen el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida, ya que únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales; y, de otro, porque son trámites proporcionados y justificados, ya que su fin no es otro que procurar una solución extraprosesal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo» (STC 217/1991).

b) En concreto, con relación a la exigencia de reclamación previa en la vía administrativa se afirma que «es, sin duda, un legítimo requisito exigido por el legislador, no contrario al art. 24 CE» (entre otras, SSTC 21/1986, 60/1989, 162/1989, 217/1991 y 120/1993), pero añadiendo que «su finalidad es poner en conocimiento del órgano administrativo el contenido y fundamento de la pretensión formulada y darle ocasión de resolver directamente el litigio, evitando así la necesidad de acudir a la jurisdicción» (entre otras, SSTC 60/1989, 120/1993,

122/1993 de 19 abril, 144/1993, de 26 abril y 191/1993, de 14 junio), o, en otros términos, que la reclamación administrativa previa «encuentra su justificación en la conveniencia de dar a la Administración las oportunidad de conocer las pretensiones de sus trabajadores antes de que acudan a la jurisdicción y de evitar así el planteamiento de litigios o conflictos ante los Tribunales» (STC 122/1993). Por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo también se ha venido sustentando, en concordancia con la referida doctrina constitucional, como recuerda la STS 30/05/1991 Roj 2833/1991 que «la reclamación previa, evidente privilegio de la Administración que obstaculiza el libre acceso jurisdiccional, responde a la finalidad de ofrecer a aquélla un anticipado conocimiento de la pretensión que un particular tenga decidido interponer frente a la misma, facilitándole así la emisión de una declaración de voluntad que evite el proceso o que marque para éste su línea de defensa» (STS 5/12/1988 Roj 2833/1991 y que «la función asignada a la reclamación previa administrativa, lo mismo que la atribuida a la conciliación, es la de proporcionar a la parte frente a la que se dirija, la oportunidad de una mayor reflexión sobre los hechos que originan la acción, evitando tal vez así posibles procesos, y también dar posibilidad de preparar adecuadamente la oposición» (STS 9/06/1988 Roj 4417/1988, dictada en sede de despido).

De la jurisprudencia expuesta, es dable deducir que la reclamación administrativa previa, privilegio procesal de la Administración demandada, tiene dos finalidades. Una primera, esencial y prioritaria, la de poner en conocimiento del órgano administrativo el contenido y fundamento de la pretensión formulada y darle ocasión de resolver directamente el litigio, evitando así la necesidad de acudir a la jurisdicción. Una segunda, accesorio, subordinada y de más escaso relieve, la de dar a la Administración demandada la posibilidad de preparar adecuadamente la oposición.

La reclamación previa deberá interponerse ante el órgano competente que haya dictado resolución sobre la solicitud inicial del interesa-

do en el plazo de 30 días. La extemporaneidad de la reclamación previa ha sido interpretada de forma restrictiva por la STSJ Andalucía 10/12/2008 R 1959/2008 que declaró que si bien es cierto que mientras el derecho sustantivo esté vivo puede abrirse de nuevo la vía administrativa, no es menos cierto que para que tal apertura sea eficaz no basta con interponer un escrito al que la parte da la consideración de reclamación previa, sino que cuando la resolución que se ataca ha devenido firme, tiene que iniciarse la vía administrativa mediante la oportuna petición y si ésta fuese adversa a sus intereses presentar la oportuna reclamación previa; por lo que tenía que iniciar *ex novo* el procedimiento administrativo, ya que de entenderse de otro modo quedaría siempre al arbitrio del administrado abrir un procedimiento fenecido por resolución firme, proceder incorrecto, cuando lo único que se pide al administrado es que para abrir de nuevo la vía administrativa, la inicie con una solicitud al respecto.

En sentido contrario y favorable al ejercicio de la acción la SJS nº 2 Badajoz 22/01/2004 A 770/2003 dispuso que ha de considerarse que el art. 71.2 LRJS establece la necesidad de que la reclamación previa se formule en el plazo de treinta días, pero no establece las consecuencias del incumplimiento de tal mandato. Así pues, la conclusión de que la interposición extemporánea debe conducir de manera inexorable al archivo de las actuaciones se muestra carente ayuna de apoyo en la norma que podría resultar contradictorio con el principio «pro actione» consagrado en el art. 24 de la Constitución.

La citada SJS nº 2 Badajoz 22/01/2004 A 770/2003 profundiza en los aspectos dogmáticos de la cuestión y rebate la terminología empleada en otras resoluciones judiciales. Somete a su escrutinio la caducidad, la caducidad en la instancia y los efectos preclusivos, para desechar la aplicación de estos conceptos a este fenómeno.

Merece la pena traer a colación someramente las reflexiones de esta resolución judicial con el apercibimiento de que, aunque este

autor coincide en que los términos caducidad, caducidad de la instancia o preclusividad no son aplicables a la cuestión de los efectos de la reclamación previa extemporánea no se adhiere a la totalidad de opiniones vertidas. No obstante, sobrepasa el objeto de este estudio internándose en Teoría general del proceso, concretamente en las formas de terminación anormal del proceso (dependiendo de la sistemática que aplique cada uno).

La citada SJS nº 2 Badajoz 22/01/2004 A 770/2003 señala que es significativa la dificultad para definir los efectos que impone a la reclamación extemporánea. Se ha hablado de «caducidad», pero el término es impropio porque la caducidad implica el perecimiento de la acción y la imposibilidad de replantear la pretensión. Cuando el actor conserva su derecho a reiniciar el procedimiento no se produce la caducidad. Confirma esta afirmación que la reclamación extemporánea incuestionablemente y de forma paradójica produce la interrupción de la prescripción extintiva.

Cabe traer a colación la «caducidad de la instancia», incorrectamente según se entiende, concepto que en nuestro ordenamiento tiene un significado totalmente distinto y es de aplicación exclusivamente en los procedimientos en que rige el impulso de parte. Pero además la caducidad de la instancia se produce por la falta de actividad instatoria durante un plazo que transcurre en sede judicial mientras aquí acontece en un trámite previo administrativo, anterior al judicial.

Finalmente se ha hablado de «preclusividad» o efecto preclusivo de la inactividad durante los plazos determinados en la Ley. También habrá de reconocerse la impropiedad de tal denominación al supuesto que nos ocupa pues la preclusión es una característica de los plazos procesales, mientras la reclamación por definición es un presupuesto procesal y, por tanto, previo al proceso, al que salvo mandato expreso no se le pueden aplicar los preceptos propios de éste. De nada sirve el archivo de un procedimiento, para que sea reproducido

generándose un doble coste no sólo para la Administración de Justicia sino para las propias partes, para las que el único beneficio a obtener se reduce a la mera dilación.

En un punto intermedio, a juicio de este autor el correcto; por transcurso de un período significativo de tiempo la STSJ Castilla La Mancha 28/05/2005 R 2204/2003 entiende que la falta de reclamación previa en los 30 días posteriores a la resolución administrativa denegatoria del derecho no afecta por sí sola al derecho sustantivo, sino tan solo acarrea la pérdida del trámite, por lo que aquel derecho puede ser hecho efectivo mientras no prescriba o caduque reabriendo convenientemente la vía administrativa. En este orden de cosas parece que cuando el plazo de 30 días se ha excedido ampliamente y en relación a derechos cuyas circunstancias pueden sufrir alteraciones con el paso del tiempo (como las prestaciones periódicas) lo oportuno quizá sea una segunda solicitud que determine o desencadene de nuevo la actuación administrativa y finalice con una nueva resolución contra la que formular reclamación previa.

Sobre la reclamación previa fuera de plazo y el valor de segunda reclamación previa se pronuncia la STS 26/05/1997 R 2851/1996 (en el mismo sentido STSJ Islas Canarias, Las Palmas, 2/11/2006 R 617/2003) que resolvió un supuesto en el que se dictó resolución administrativa denegatoria en el expediente tramitado a consecuencia de la primera solicitud presentada por el interesado. Denegada la petición, se formuló reclamación previa, mas ello se hizo fuera de plazo. Parece correcto que se diera a esta segunda reclamación la naturaleza y función de una segunda solicitud (como lo hicieron las sentencias de instancia y de suplicación). La formulación de una segunda solicitud con la aportación de datos nuevos sobre las lesiones o dolencias genera ciertamente un deber para el INSS, cual el de proceder a la iniciación de un nuevo expediente. Mas no es ésta la conclusión a que ha de llegarse en supuestos como el de presente declara la Sala, en que la segunda solicitud se formula muy poco tiempo después de la conclusión del

primer expediente sobre la base de los mismos hechos, lesiones o dolencias que ya habían sido tenidas en cuenta para la resolución recaída en el expediente anterior. La función de esta segunda solicitud, no atendida por el INSS, no es otra que, dando ocasión a la formulación de la demanda, servir de referencia para la fijación de la fecha de efectos económicos de la prestación, si la demanda llega a ser estimada por resolución judicial.

En relación con el agotamiento de la reclamación previa la STS 30/03/1992 R 1233/1991 entendió que había que tener por, satisfactoriamente, cumplido el requisito de la Reclamación Previa si, desde la presentación de ésta y hasta la celebración del juicio en la instancia, transcurrió el plazo para la resolución de la misma. En este sentido, es ya reiterada la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, interpretando la exigencia de este requisito con flexibilidad y posibilitando sin rigidez su subsanación (SSTS 30/05/1991 y 30/02/1992) que han declarado que aun cuando la demanda se pudiera haber presentado antes de un mes contado a partir de la presentación de la reclamación previa, plazo preciso para entenderla denegada por silencio, la finalidad a que responde su exigencia se cumple siempre que el juicio tenga lugar después de superado dicho plazo; y, por otra parte, en la jurisprudencia constitucional se ha afirmado que se trata de un requisito procesal encuadrable entre los que son subsanables a instancia del órgano judicial y que es, además, subsanable por el transcurso del tiempo, argumentándose que «el presupuesto procesal de la reclamación administrativa previa fue materialmente subsanado por el transcurso del tiempo, siendo por ello irrazonable conceder a la Administración, para que se pronuncie sobre la reclamación planteada, un tiempo que ya tuvo, y que utilizó con su silencio, para pronunciarse en sentido negativo, como así confirmó en el momento del juicio al oponerse a la demanda» (entre otras, SSTC 120/1993, de 19 abril, 122/1993, 144/1993 de 26 abril).

En cuanto al aspecto procedimental de la reclamación previa el art. 20 de la Orden de 18 enero de 1996, intitulado Informe del equi-

po de valoración de la incapacidad, establece que «Presentada una reclamación previa contra una resolución dictada de conformidad con lo previsto en los artículos 13 y 19, cuando en la misma se discrepe de la resolución en aspectos que sean competencia del equipo de valoraciones y con independencia de las actuaciones procedentes para comprobar las alegaciones del reclamante, el escrito de reclamación se pasará a conocimiento e informe del referido equipo».

Formulada reclamación previa en cualquiera de los supuestos mencionados en el presente artículo, la Entidad deberá contestar expresamente a la misma en el plazo de cuarenta y cinco días. En caso contrario se entenderá denegada la reclamación por silencio administrativo (art. 71.5 LRJS). La demanda habrá de formularse en el plazo de treinta días, a contar desde la fecha en que se notifique la denegación de la reclamación previa o desde el día en que se entienda denegada por silencio administrativo (art. 71.6 LRJS)

Se ha planteado la cuestión de los efectos del transcurso del plazo previsto sin interponer la demanda. La STS 3/3/1999 R 1130/1998 declaró que es doctrina constante de los Tribunales de Trabajo que el transcurso del plazo establecido en el art. 71 de la LPL sin interponer demanda (o sin que ésta siga su curso por desistimiento) no produce la caducidad del derecho sino sólo la caducidad de la instancia, que puede ser reiniciada en momento posterior. El modo en que deba producirse tal reapertura de la instancia administrativa depende de la valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso, relativas a la conducta procesal de las partes, al tiempo transcurrido desde la solicitud anterior, a la naturaleza de las prestaciones y de los requisitos concurrentes en cada una de ellas, y también a las facultades de los órganos jurisdiccionales, reconocidas en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de rechazar fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o que entrañen fraude de ley o procesal. De ahí que no pueda

existir una única respuesta a la cuestión de si la reapertura de la instancia administrativa deba partir siempre de un acuerdo o resolución inicial, o pueda hacerlo en ocasiones mediante una simple reclamación administrativa previa que tenga en cuenta el acuerdo o resolución inicial de la instancia anterior que transcurrió estérilmente (se reitera doctrina por STS 25/11/2003 R 1445/2002).

En un supuesto en el que se había solicitado la determinación de contingencia que fue desestimada, el asegurado formuló reclamación previa y demanda que desistió, posteriormente el actor formuló un recurso de revisión con base en la Ley 30/1992 frente a la resolución desestimatoria de la solicitud inicial. La STSJ Madrid 31/03/2006 R 374/2006 estimó el recurso de suplicación del asegurado y declaró que la propia entidad gestora había conferido valor de reclamación previa al recurso de revisión (indicando que frente al mismo había demanda) que, aunque inadecuado, había cumplido la función de dicha reclamación previa.

El art. 72 LRJS establece el principio de vinculación respecto a la reclamación o vía administrativa previa. En el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, bien en fase de reclamación previa o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad.

Este principio ha dado lugar a una controversia en materia de Seguridad Social pues las Entidades Gestoras han formulado oposición en el acto de juicio consistente en la ausencia de algún requisito para lucrar la prestación. El Tribunal Supremo ha estimado esta oposición con base en el principio de legalidad en perjuicio del principio de vinculación respecto de la vía administrativa previa.

Cabe traer a colación la STS 28/07/1994 R 2946/1993, dictada en materia de jubilación,

que cuenta con un importante voto particular, decantándose la tesis mayoritaria por el principio de legalidad. En materia de incapacidad permanente cabe citar la STS 27/03/2007 R 2406/2006 que resuelve un supuesto en el que la demandante solicitó judicialmente una pensión de incapacidad permanente total y subsidiariamente de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual; y ésta es desestimada en instancia por no alcanzar la incapacidad grado suficiente para justificar una declaración de incapacidad permanente total, y por no acreditar el período mínimo de carencia legalmente exigido para la declaración de incapacidad permanente parcial (siendo ésta la petición subsidiaria), sin que en la resolución denegatoria del Instituto Nacional de la Seguridad Social se hiciese referencia a la ausencia de tal requisito.

La denominada exigencia de congruencia entre el procedimiento administrativo y el proceso de Seguridad Social ha planteado históricamente delicados problemas aplicativos para delimitar su alcance sin que hayan establecido sobre este punto criterios suficientemente uniformes. Así en algunos casos se ha destacado el carácter revisor de la impugnación judicial atribuyendo a la demanda el carácter de recurso jurisdiccional contra la resolución administrativa de forma que la decisión de ésta acotaría el ámbito de la controversia judicial (STS 5/11/1987 Roj 6992/1987), mientras que en otros se ha definido su alcance limitándolo a una prohibición de alegación en juicio de hechos distintos de los que constan en el expediente o incluso a la alegación de hechos dotados de una especial relevancia, porque, al alterar la causa de pedir, modifican la pretensión deducida.

En principio, el término alegación referido a las dos partes puede llevar a la conclusión de que la Entidad Gestora no puede invocar más causas de oposición que las que expresamente haya establecido como motivación de la resolución inicial o en la desestimación de la reclamación previa y que el demandante no puede invocar más hechos para defender su

pretensión que los que formalmente haya alegado al solicitar la prestación o en el escrito de reclamación previa. Pero esta interpretación extrema plantea dificultades insuperables desde la perspectiva del principio de legalidad y obligaría además a una exhaustividad en las alegaciones y en la motivación muy difícil de cumplir en la práctica. Por otra parte, no puede olvidarse que la reclamación previa es una institución instrumental de evitación del proceso; no una exigencia que limite la función jurisdiccional—como función de satisfacer pretensiones conforme a Derecho—, imponiendo una cognición limitada, en la que el juez, aunque se haya alegado y probado un hecho que de acuerdo con la norma tiene una determinada consecuencia jurídica, deba establecer una decisión contraria a la Ley porque ese hecho no haya sido formalmente invocado en los escritos del solicitante o en las resoluciones administrativas. La prohibición de aportar al proceso hechos que no lo hayan sido al procedimiento administrativo supone ya una limitación importante que habría que relacionar con la prohibición de introducir variaciones sustanciales en la pretensión (artículo 72.1 LRJS) y con la falta de agotamiento de la vía previa como consecuencia de su desconocimiento. Pero si esta limitación se interpreta como un mandato al juez para pronunciarse únicamente sobre el motivo de denegación que se invoca en la resolución administrativa entonces se invierte la relación entre vía administrativa previa y proceso, se subordina éste a aquélla con las graves consecuencias que de ello se derivan desde la perspectiva del principio de legalidad, del principio «iura novit curia» y, en general, de los principios que rigen la carga de la alegación y de la prueba de los hechos en el proceso.

En efecto, en el proceso de seguridad social se pide normalmente el reconocimiento del derecho a una prestación mediante una acción declarativa de condena, que es lo mismo que se ha solicitado en el procedimiento administrativo. El actor tiene que probar los hechos constitutivos de su derecho (la existencia de la situación protegida, la concurrencia de los res-

tantes requisitos de acceso a la protección...) y la entidad gestora tiene la carga de probar los hechos impeditivos, los extintivos y los excluyentes. La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el Juez, si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impeditivos y extintivos. La razón está en que los órganos judiciales están vinculados por el principio de legalidad y no pueden otorgar tutelas infundadas. Sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho. Pero en cuanto a los otros hechos el juez debe apreciarlos cuando se prueben aplicando las normas correspondientes, aunque no exista oposición del demandado o aunque éste no comparezca en juicio para oponerse. En este sentido, el hecho de que la Entidad Gestora desestime la solicitud por una causa cuando está acreditada en el procedimiento la existencia de otra no impone al juez la obligación de estimar la demanda y reconocer la prestación cuando considera improcedente la causa aplicada en la resolución administrativa, pero procedente la que debidamente acreditada no se tuvo en cuenta por el organismo gestor. De no ser así la tutela judicial y la garantía de la cosa juzgada podría otorgarse en contra del mandato de la ley, que no es disponible ni para el juez (artículo 1 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ni para la Administración. Esto es lo que sucede en el ámbito de la jurisdicción revisora típica que es la Contencioso-Administrativa. En ella ese carácter revisor exige simplemente, como señala la STS 21/06/1988 Roj 6992/1987, que ni las partes ni desde luego el órgano judicial pueden traer al debate cuestiones nuevas, es decir, pretensiones que no hayan sido planteadas ante la Administración, pero lo que no está vedado a las partes es invocar nuevos motivos o alegaciones para fundamentar el recurso y la oposición, que el Tribunal a su vez puede introducir en la discusión y luego considerar en la sentencia. Por lo demás, este es el principio que se contempla

expresamente en los artículos 43 y 69 de la LRJCA.

Esta solución no produce indefensión alguna para el demandante. En principio quien afirma en un proceso la existencia de un derecho ha de estar en condiciones de alegar y probar en ese proceso la concurrencia de los requisitos que fundan su derecho y no puede invocar una situación de indefensión porque se alegue por la demandada o se aplique por el juez una previsión legal en virtud de un hecho directamente relacionado con la pretensión ejercitada que se ha probado en el proceso y que además constaba ya en el expediente administrativo. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la LRJS permiten garantizar en la instancia la audiencia del demandado sobre las causas de oposición no alegadas con anterioridad. En este sentido se ha pronunciado la STC 41/1989, que establece en su Fundamento Jurídico cuarto que el hecho de que la falta del período de cotización no fuera tomado en consideración por las resoluciones administrativas no impide al órgano judicial, en su función revisora del Derecho aplicado, atribuir a los hechos probados sobre el período de cotización las consecuencias legales que estimó inherentes a los mismos.

La STS 27/03/2007 R 2406/2006, resulta de importancia no solo por la doctrina que sienta sino por la profunda revisión que realiza de la jurisprudencia en este tema en materia de incapacidad permanente: STS 30/10/1995 R 997/95, sobre Incapacidad Permanente Parcial, señalando que «La inexistencia de un presupuesto constitutivo de la pretensión judicial relativa al reconocimiento de una prestación de Seguridad Social puede y debe ser apreciada por el Órgano Judicial, aun cuando no hubiera sido objeto de expresa alegación en la resolución administrativa que se combate»; STS 30/01/1996 R 1636/95, en donde la razón aducida en vía administrativa –que las secuelas de las lesiones no constituyen Invalidez Absoluta– no coincide con la oposición esgrimida ante el órgano jurisdiccional de que no cabe acceder a la situación de Invalidez Per-

manente desde la jubilación, ante lo que argumenta «esta falta de correspondencia no puede cerrar el paso al conocimiento jurisdiccional de la cuestión planteada, cuando, como sucede en el presente asunto, el hecho en el que se apoya consta en el expediente administrativo; es únicamente esta exigencia de constancia de los hechos decisivos del caso en dicho expediente lo que se desprende del precepto del art. 141.2 LPL»; STS 2/02/1996 R 1498/95, sobre Invalidez Permanente, pretensión que la Entidad Gestora desestimó en vía administrativa por no ser las lesiones constitutivas de tal situación y, estimar la necesidad de continuar recibiendo asistencia médica y, se adujo en el acto de juicio «que el actor no tiene carencia exigida, cita art. 2 de la Ley 25/85, cita sentencia del Tribunal Constitucional de 16-2-89», razonando que «El hecho de que la falta de período de cotización para que se genere el derecho a la prestación no fuera materia debatida en vía administrativa previa no quiere decir que haya dejado de constituir un requisito en el que se fundamenta el derecho a la prestación; y, en consecuencia, por aquella omisión, que el juzgador haya de reconocer el derecho aun constando su inexistencia, según resulta de lo actuado en el proceso»; STS 24/07/1996 R 3629/95, en donde tanto la sentencia de instancia como la de suplicación se limitaron a examinar si las secuelas padecidas eran constitutivas de Invalidez Permanente, que fue el fundamento de la resolución administrativa, pero no valoraron la objeción opuesta en vía judicial relativa a que el demandante no reunía el período de carencia exigible, que constaba en el expediente, manifestando que «La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el Juez si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impeditivos y extintivos... Solo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho»; y, STS 5/12/1996 R 1633/96, también en proceso de Invalidez, en cuyo supuesto se denegó la solicitud por

dos causas, no constituir las lesiones el grado de menoscabo suficiente para ser constitutivas de Incapacidad Permanente y, no encontrarse en alta o en situación asimilada al alta en la fecha del hecho causante, mientras que en la contestación a la reclamación previa sólo se adujo la primera de las causas de la resolución impugnada y la sentencia de suplicación anula la de instancia al haber resuelto apoyándose exclusivamente en una causa de denegación «que se encontraba ausente en la reclamación previa».

Como señalaba el voto particular de la STS 28/06/1994 R 2946/1993 la búsqueda de la legalidad en el sentido de que la prestación reuniese todos sus requisitos constitutivos con independencia de su alegación en el expediente, suponía una merma del principio de contradicción y de los derechos fundamentales. La consecuente sensación de injusticia que conlleva la alegación en último momento por la Entidad Gestora del hecho por el que se desestima la demanda ha motivado que en supuestos concretos la doctrina de suplicación sea comprensiva con el asegurado.

La STSJ Andalucía, Granada, 14/03/2000, R 1554/1998 anula la sentencia de instancia que había acogido la oposición de la Entidad Gestora con base en que la sentencia no se limitaba a desestimar la demanda dentro de los márgenes del principio «iuria novit curia», sino que supone una variación sustancial en el proceso respecto de la posición mantenida por ambas partes en la vía administrativa y en la jurisdiccional que afecta tanto a los hechos como a las fundamentaciones jurídicas motivadores de la denegación, y que, dado el momento procesal en el que han tenido lugar, impidieron a la parte actora proponer pruebas respecto a la sorprendente afirmación contenida en la sentencia de que los expedientes se tramitaron por el INSS con dos DNI diferentes, y que ello fue el origen del error y del retraso padecidos por la Entidad Gestora, por lo que es evidente que nos encontramos ante una argumentación judicial incongruente que desestima la demanda basándose en un nuevo

hecho no invocado por ninguno de los litigantes de los que los preceptos procesales citados excluyen del conocimiento del juzgador por su indefensión para la parte, por lo que, con estimación del motivo, procede anular la sentencia de instancia, retro trayéndose las actuaciones al momento inmediatamente posterior al de la celebración del juicio oral para que por el juzgador, con entera libertad de criterio, se falle nuevamente la cuestión ateniéndose a los términos estrictos del debate planteado y completando el relato fáctico.

La STSJ Castilla La Mancha 14/11/2011 R 1047/2011 resolvió un supuesto en el que el Juzgador de instancia no tuvo en consideración las alegaciones sobre fraude de ley efectuadas por la Entidad Gestora en trámite de conclusiones. En suplicación la Entidad Gestora denuncia infracción del procedimiento y garantías procesales. La Sala desestima el recurso y declara que la alegación de fraude de ley, en principio, es una alegación de naturaleza jurídica; ahora bien, los elementos que la constituyen son de carácter fáctico. El fraude de ley, según el artículo 6.4 del Código Civil implica la utilización de una norma (de cobertura) para conseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, sancionándose dicha actuación con la aplicación de la norma que se hubiera intentado eludir. Por tanto, el análisis de la concurrencia del fraude de ley requiere la prueba de la existencia de datos de carácter fáctico. En definitiva, para analizar la concurrencia de fraude de ley es necesario contar con datos fácticos, que en este caso no constan en el expediente administrativo, por lo que al no haber sido alegado el fraude de ley en la contestación a la reclamación previa, entiende la Sala que resulta ajustada a derecho la actuación del juzgador de instancia al impedir a la Administración demandada su alegación en el acto de juicio, por extemporánea.

Cuestión distinta es la introducción en el juicio de hechos inexistentes en el momento de la interposición de la demanda o instrucción del expediente. La STS 2/02/2005 R

5530/2003 establece que aquellas lesiones que no existían ni durante la tramitación del expediente administrativo, ni en el momento de la presentación de la demanda, no pueden ser objeto de valoración, sino que debe iniciarse un nuevo procedimiento a fin de valorar la incidencia de la nueva dolencia, teniendo en cuenta que ésta no guarda conexión clínica alguna con las ya detectadas. Indica el Tribunal que la tesis que mantiene el recurso, según la cual la sentencia que se dicte en un proceso de calificación de la incapacidad permanente debe tener en cuenta las lesiones producidas con posterioridad a la terminación del procedimiento administrativo y de la presentación de la demanda, sería, de poder examinarse la denuncia formulada, contraria al criterio ya unificado por STS 25/06/1998 R 3783/1997, en la que, con cita de otras sentencias anteriores, si bien se acepta una cierta flexibilidad, no se permite una alegación indiscriminada en el acto de juicio de lesiones que no existían ni durante la tramitación del expediente administrativo, ni en el momento de la presentación de la demanda, por lo que no puede pretenderse que se vulnere el artículo 24 de la Constitución porque lo que se está enjuiciando en el proceso es la incapacidad que el asegurado tenía cuando se inició el expediente administrativo y no la que podría afectarle en el momento del acto de juicio y en este sentido el actor siempre tiene la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento administrativo para valorar la incapacidad que se produjo como consecuencia de la incidencia del nuevo padecimiento que sufrió.

2. DEMANDA

2.1. Legitimación

Cabe traer a colación la pretérita STS 7/03/1985 Pte. Ruiz Vadillo que resolvió un recurso por infracción de ley en el que el Ayuntamiento de Almazán promovió un expediente de incapacidad permanente absoluta en relación con trabajador suyo. La Entidad Gestora

denegó la solicitud y el Ayuntamiento formuló demanda frente a dicha la Entidad Gestora y el trabajador. En sede jurisdiccional se plantea la legitimación del Ayuntamiento y el TS declara que «en este caso un Ayuntamiento, que tiene a efectos laborales la condición de empresario, está legitimado activamente para promover un expediente, cumplidos los requisitos legales, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y al propio trabajador, interesando la declaración de incapacidad permanente absoluta, (o cualquier otra de análoga significación) de este último» y concluye que la «posición procesal del trabajador –ciertamente atípica–, reconducida por el actor en una segunda declaración de voluntad a instancia del juzgador, de demandado, no plantea en este caso mayores problemas pues la expresión allanamiento que figura en el acta ha de entenderse, –no siendo posible aquél en este proceso–, dadas sus características y su finalidad de descubrir la verdad real por existir un interés supraindividual, como reconocimiento de hechos, razones todas que conducen a admitir la legitimación activa, la llamada antiguamente «legitimatio ad causam» del Ayuntamiento para instar como empresario la declaración de incapacidad de un trabajador que para él desarrolla su actividad laboral por ostentar un interés legítimo en la declaración judicial, legitimación que por otra parte aun no vinculante para el orden jurisdiccional le fue reconocida por la Administración ante la que actuó el Ayuntamiento instando dicha declaración.» Tratándose de un supuesto tan peculiar, con fines meramente aclaratorios cabe señalar que el trabajador se allanó en el acto de juicio y que el recurso fue desestimado por no concurrir lesiones que justificaran dicho grado de invalidez.

Un supuesto similar fue enjuiciado por la STS 23/10/1986 Pte. Lorca García que resolvió un recurso por infracción de ley en un supuesto en el que una compañía aseguradora había formulado demanda solicitando que se declarase la invalidez permanente absoluta o total de un trabajador. En dicho supuesto también se discutió la legitimación de la empresa y de la aseguradora para interponer la demanda y

con cita de la anterior STS 7/03/1983 se entendió que concurre.

Sin embargo hay un cambio de criterio. Las SSTS 14/10/1992 R 2500/1991 y 20/10/1992 R 2446/1991 son capitales en la cuestión de legitimación empresarial en materia de incapacidad causada por enfermedad común. En esos dos casos, en efecto, se trataba de trabajadores que habían sido declarados en incapacidad permanente total para sus profesiones habituales, pero derivada siempre de enfermedad común, no por accidente de trabajo ni por enfermedad profesional. En los dos procesos las empresas demandantes pretendían que se reconociera a los trabajadores la incapacidad absoluta para cualquier tipo de actividad laboral, aduciendo su interés en razón a que el convenio colectivo de aplicación imponía la obligación empresarial de asignar un nuevo puesto de trabajo a quienes únicamente hubieran sido declarados, cual era el caso de aquellos trabajadores, en incapacidad permanente total para su profesión habitual. El TS concluyó que la falta de legitimación empresarial en esos supuestos no entrañaba vulneración alguna de los arts. 24.1 CE, porque la legitimación activa aparece vinculada al poder de disposición del derecho controvertido en el proceso, y es el titular de ese derecho –o quien afirma esa titularidad en el juicio– el que tiene atribuido su ejercicio, salvo supuestos excepcionales de sustitución procesal legalmente previstos o cuando, por la naturaleza de la pretensión ejercitada, la legitimación pueda fundarse únicamente en un interés legítimo.

«Desde esta perspectiva [se decía de modo literal] el empresario estará activamente legitimado en los procesos sobre prestaciones de invalidez permanente cuando pretenda la revisión hacia un grado inferior de la invalidez de la que ha sido previamente declarado responsable o cuando impugne la resolución administrativa que le haya declarado responsable de las prestaciones. Pero carece de legitimación activa para pretender el reconocimiento a favor del trabajador de una pensión de incapacidad permanente

absoluta, porque lo que en tal caso se ejerce es un derecho subjetivo en el marco de una relación jurídica de seguridad social y la titularidad de ese derecho corresponde únicamente al trabajador». No obstante, en ocasiones, el empresario puede tener un interés real, como podría ser el de evitar la obligación convencional de asignar un nuevo puesto de trabajo al declarado en incapacidad permanente para su profesión habitual, pero en ese caso, según la Sala, «se trata de efectos reflejos y que en sí mismos no constituyen el objeto del proceso de seguridad social sobre el grado de invalidez» y cuya sentencia, en palabras del Tribunal Constitucional (STC 207/89), «producirá efectos exclusivamente entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el trabajador sin que tercero alguno pueda verse afectado en su esfera patrimonial» (FJ 2º) cuando las prestaciones corresponden exclusivamente al organismo gestor y el empresario, aunque quede vinculado por los efectos reflejos del pronunciamiento judicial, no ostenta en este proceso «titularidad alguna sobre la relación jurídica material de Seguridad Social debatida, ni legitimación procesal alguna» (FJ 3º). «El interés empresarial en la declaración de invalidez [concluía esa Sala] podría justificar una intervención adhesiva, pero no puede convertir al empresario en sujeto activamente legitimado para iniciar un proceso sobre calificación de la invalidez permanente comprometiendo derechos del trabajador y provocando consecuencias que afectan a su esfera personal y profesional con un alcance, desde luego, más amplio que el propio del contrato de trabajo, ya que la declaración de incapacidad permanente total se refiere al ámbito de la profesión habitual del trabajador y la absoluta se proyecta sobre toda profesión u oficio (artículo 135.4 y 5 LGSS). Se invadiría así además el ámbito propio del titular del derecho, a quien el ordenamiento confía su ejercicio y defensa».

Así pues, los intereses legítimos a los que aluden el art. 24.1 CE, referidos al empresario que pretende impugnar una resolución

—administrativa o judicial— que reconozca una prestación de seguridad social a un trabajador o a sus causahabientes pueden estar presentes, como vimos, «cuando pretenda la revisión hacia un grado inferior de la invalidez de la que ha sido previamente declarado responsable o cuando impugne la resolución administrativa que le haya declarado responsable de las prestaciones».

También una empresa se encuentra activamente legitimada para plantear un recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia, en la que se reconoció que una pensión de viudedad otorgada por el INSS tenía su origen, no en la muerte por enfermedad común del jubilado causante, sino en una contingencia derivada de enfermedad profesional, porque éste había prestado servicios desde el año 1962 hasta 1970 en el interior de una mina, pasando luego a un taller en el que se utilizaba, aunque no siempre, amianto. La Sala de suplicación había desestimado el recurso empresarial por su falta de legitimación para impugnar la sentencia de instancia y la STS 20/05/2009 R 2405/2008, estima el de unificación de doctrina interpuesto por la empleadora, anulando así las actuaciones desde el momento inmediatamente anterior al dictado de la recurrida, para que el Tribunal de procedencia resuelva la cuestión de fondo planteada por la patronal. «Al margen de que en la parte dispositiva de la sentencia de instancia se condena a dicha empresa a estar y pasar por la declaración judicial que, en la misma, se hace, es evidente que con independencia del cumplimiento por parte de la empresa de sus obligaciones en materia de cotización a la Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales no le puede ser ajeno un pronunciamiento judicial como el de autos en el que se atribuye la pensión de viudedad postulada a enfermedad profesional, dado que hay que tener en cuenta que la llamada de la empresa al proceso por contingencias profesionales responde a que, en nuestro Derecho, la cobertura de estas contingencias a través de las prestaciones de la Seguridad Social se produce como consecuencia de una responsabilidad del empresario cuya cobertura asume la entidad gestora o colaboradora en virtud de la opción que regula el art. 99 de la LGSS. Por ello, en la

condena a la aseguradora en estos procesos ha de entenderse implícita una condena al empresario responsable de la contingencia profesional; condena que además incorpora una declaración –la de la existencia de una contingencia determinante que puede tener consecuencias en otros procesos sobre responsabilidades distintas de las que se sustancian en los procesos de Seguridad Social (indemnización adicional por culpa, recargo...). Y ello habida cuenta de que este reconocimiento judicial, al margen de las responsabilidades que pueda entrañar en el caso concreto que se enjuicia, evidentemente, comporta el reconocimiento y declaración judicial de la concurrencia de unas circunstancias en el desarrollo de la actividad laboral en el seno de la empresa que, sin duda alguna, afectan al interés empresarial en la materia que se enjuicia» (FJ 6º, STS 20-5-2009, R 2405/2008).

En el mismo sentido se pronunció la STS 30/01/2012 R 2720/2010 en un supuesto en el que se discutía la contingencia de la incapacidad temporal. En la fundamentación de dicha STS 30/01/2012 se hace referencia a las mentadas SSTS 14/10/1992 R 2500/1991 y 20/10/1992 R 2446/1991 por lo que bien puede entenderse aplicable esta doctrina a la incapacidad permanente.

La STS 4/04/2011 R 556/2010 entendió que en los procesos de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo, la empresa para la que el trabajador accidentado prestaba sus servicios está activamente legitimada para impugnar ante la jurisdicción la resolución del INSS que reconoce al empleado la pertinente prestación cuando no está en cuestión la responsabilidad empresarial en el pago de la prestación por defectos de alta o cotización y el recargo derivado de la ausencia de medidas de seguridad, impuesto en diferente resolución administrativa, ya ha sido resuelto por sentencia cuya firmeza tampoco se discute.

2.2. Litisconsorcio pasivo necesario

El litisconsorcio pasivo necesario (SSTS 26/09/1984 y 31/01/2001 y STS 1ª 3/07/2001)

obedece a la necesidad de integrar en el proceso a cuantos sean titulares de la relación jurídico-material controvertida, bien porque su llamamiento venga impuesto por una norma legal, bien porque dicha necesidad se desprenda de la propia relación jurídica material que da soporte al litigio. Ello exige que el juzgador la aprecie de oficio antes de admitir la demanda a trámite aplicando la previsión del art. 81 LRJS en relación con el art. 80; y si en ese momento le ha pasado inadvertido el defecto deberá, en el momento en que tome conciencia de él o le sea señalado por las partes, anular las actuaciones para que se subsane la demanda y se constituya correctamente la relación jurídico-procesal.

La necesidad de esa actuación judicial de oficio encuentra su razón de ser en que el litisconsorcio pasivo necesario o, en otros términos, la correcta configuración de la relación jurídico-procesal, es una cuestión que por afectar al orden público queda bajo la vigilancia de los tribunales y obliga al juzgador a preservar el principio de contradicción y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de quienes deben ser llamados al proceso como parte (STC 165/1999).

El Tribunal Constitucional recuerda en sus SSTC 335/94 y 84/1997 de 22/04 que «la jurisprudencia social viene sosteniendo, en general, que el juzgador, de oficio y a través de este cauce, debe velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en las situaciones de litisconsorcio pasivo, a fin de conseguir, salvaguardando el principio de audiencia bilateral, que la cosa juzgada material despliegue sus efectos y de evitar que dicten eventuales fallos contradictorios sobre un mismo asunto». Y también que «no se trata de una mera facultad, sino de una auténtica obligación legal del órgano judicial» (SSTC 118/1987, 11/1988, 232/1988, 335/1994, 84/1997, 165/1999 Y 87/2003).

La STS 16/07/2007 R 4165/2003 establece que, en los procesos de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo, existe un litisconsorcio pasivo necesario que obliga a

demandar a la empresa empleadora, además de a la Mutua aseguradora del riesgo, el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social.

La citada STS 16/07/2007 R 4165/2003 declara que la falta de existencia de un precepto como el previsto para el Fondo de Garantía Salarial no supone la inexistencia de litisconsorcio pasivo propio o legal. El TS utiliza el entonces vigente art. 141 LPL (actual art. 142 LRJS), como pauta para entender que no es así, puesto que dispone que en todos los procesos de accidente de trabajo o enfermedad profesional en cuyas demandas no aparezca el nombre de Entidad gestora o aseguradora, el Juez deberá requerir su identificación «al empresario demandado». La Sala colige de ello que persiste la exigencia legal de que, en todos los procesos de tal clase el empresario debe estar presente como parte para que quede válidamente constituida la relación jurídicoprocesal. En definitiva, sigue existiendo en el caso un litisconsorcio pasivo necesario de origen legal.

La STS 16/07/2007 R 4165/2003 entiende la falta o inexistencia de litisconsorcio pasivo propio o de origen legal no supone ningún impedimento para el nacimiento de la necesidad de demandar a la empresa en los procesos de accidentes de trabajo, dada su condición de titular de la relación triangular jurídico-material de aseguramiento, que está siempre en la base de una controversia como la presente. Es cierto que su interés en su solución solo sería inequívocamente evidente y directo si hubiera incumplido las obligaciones que al respecto le imponen las normas de Seguridad Social. Pero también lo es que, aunque haya actuado correctamente, las consecuencias que se derivan de la sentencia que recaiga en este proceso, no le afectarían solo de modo indirecto o reflejo, como precisa la jurisprudencia para excluir la existencia del litisconsorcio pasivo necesario; le vincularían con tal real intensidad, que su ausencia en este proceso podría lesionar grave e irreparablemente su legítimo derecho de defensa, insito en el derecho fundamental a la judicial efectiva o, en el mejor

de los casos, podría dar lugar a las sentencias contradictorias que el litisconsorcio pasivo necesario pretende eludir. El TS pone un ejemplo para confirmar su doctrina. La declaración judicial de invalidez permanente total obtenida en este caso por la actora en ausencia de la empresa, ciertamente no vincularía a ésta con eficacia de cosa juzgada al no haber sido parte en el pleito. Pero, en la práctica, dicho pronunciamiento constituiría, dada la autoridad que generalmente se atribuye a las resoluciones judiciales, un obstáculo difícilmente salvable para su defensa en procesos posteriores íntimamente imbricados con este (como son las reclamaciones de recargo por falta de medidas de seguridad, de indemnización al amparo del art. 1101 CC o de abono de las mejoras voluntarias pactadas en Convenio Colectivo para tal contingencia) cuyas pretensiones están completamente condicionadas en su existencia y cuantía, al grado de invalidez y a la base reguladora reconocidas en la anterior sentencia. Y si la empresa consiguiera superar el obstáculo y revisar el grado aquí declarado, que no le vincularía con fuerza de cosa juzgada al no haber sido parte en el litigio, podría producirse el nefasto resultado de las sentencias contradictorias que es necesario evitar, por contrario a la seguridad jurídica.

2.3. Objeto

2.3.1. Cosa juzgada y litispendencia

El art. 222.4 LECiv establece: «Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal».

El instituto de la cosa juzgada ha planteado difíciles problemas en materia de incapacidad permanente. A continuación, se examinarán las cuestiones más relevantes a la luz de la jurisprudencia.

La STS 27/01/1997 R 1687/1996 resuelve un supuesto en el que había existido pronunciamiento judicial firme anterior declarando al actor afecto de invalidez permanente, solicitando en otro proceso posterior la modificación de la base reguladora fijada oponiéndose por el INSS la excepción de cosa juzgada. La Sala declara que la base reguladora fijada en sentencia firme no puede volver a discutirse en proceso posterior ya que existe cosa juzgada. Es intrascendente el hecho de que la cuantía de la base reguladora que se pretende corresponda a accidente no laboral y que la fijada correspondiera a enfermedad común, así como que existiera posible error de la Gestora, cuando se calculó en el proceso anterior firme, pues se aportó el expediente administrativo no haciendo alegación alguna, hasta el punto que por dicha razón, cuando el tema se planteó en suplicación, el recurso se desestimó por tratarse de una cuestión nueva, pues la sentencia primera quedó firme en todos sus pronunciamientos incluidos el concerniente a la base reguladora. El TS considera que la actora, en el primer pleito, estaba obligada a hacer cuantas alegaciones tuviera por conveniente en relación a dicho extremo de su pretensión, examinando la base reguladora de la pensión fijada por la Gestora, proponiendo las correcciones necesarias, si estimaba que existían errores, sin adoptar una actitud pasiva.

En el mismo sentido la STS 21/07/2000 R 2484/1999 niega la existencia de una «demanda de revisión de cuantía de la base reguladora» de la ya fijada judicialmente. La Sala declara que una vez fijada en la primera sentencia, no sólo el grado de invalidez permanente al que estaba afecta la demandante, sino también la base reguladora de la prestación reclamada, ambos factores conjunta e indisolublemente pasaron a formar parte del reconocimiento del derecho que se postulaba entonces, sin que sea posible ahora volver a plantear de nuevo una parte de la misma pretensión, al darse, tal y como exige el artículo 1252 del Código Civil (art. 222 LECiv en la actualidad), entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta fue invocada, la más

perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron y concurrir, por tanto, la cosa juzgada. En el supuesto concreto se dice en la sentencia recurrida que la diferencia en la base reguladora viene dada por el hecho de que, al parecer, no se tuvieron en cuenta por la Entidad Gestora las cotizaciones correspondientes a un determinado período, pero el TS recrimina a la trabajadora que realmente se puede constatar que después de acudir en, al menos, dos ocasiones a los Tribunales de la Jurisdicción Social, obteniendo primero la declaración de invalidez permanente total para la profesión habitual y después la absoluta, en ningún momento se pretendió la inclusión de tales cotizaciones ni se discutió nunca la referida base reguladora. Fue mucho después, cuando planteó de forma separada la pretensión que la actora denomina de «revisión de cuantía de la pensión de invalidez permanente absoluta», para que se fijara una nueva base reguladora de la prestación distinta de la reconocida por la sentencia. El TS declara que hay que discrepar de la afirmación que la sentencia recurrida sostiene para argumentar la inaplicación de la cosa juzgada de que la revisión separada de la cuantía de la base reguladora de la pensión reconocida constituye un objeto distinto del de la demanda inicial. Como se ha dicho anteriormente, el objeto de la pretensión de incapacidad es único, aunque contiene normalmente dos pronunciamientos relacionados íntimamente.

Las dos SSTS 27/01/1997 R 1687/1996 y 21/07/2000 R 2484/1999 se fundan en un doble argumento. Uno de carácter objetivo sobre el contenido de la pretensión y otro de carácter subjetivo en el que se reprocha a las partes su conducta negligente, o al menos pasiva, sobre la base reguladora en el anterior proceso por incapacidad. Por ello resulta de interés la cuestión sobre la «demanda de revisión de la cuantía de la base reguladora» fundada en un cambio jurisprudencial que puede afectar al cálculo. Es un tema de importante porque puede entrar en el ámbito del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

En un supuesto en el que reproducida la petición en lo referente a la base reguladora de la prestación, alegando un cambio de criterio jurisprudencial en el cálculo de la base reguladora de la prestación de invalidez permanente (teoría del paréntesis, STS 7/02/2000 R 109/1999), fue desestimada por nueva resolución de la Gestora en base a que esta cuestión había sido ya resuelta por sentencia firme. El trabajador alega en sede jurisdiccional infracción del art. 14 CE argumentando infracción del principio de igualdad señalando de modo genérico que el INSS ha procedido a revisar de oficio la base reguladora de la prestación de invalidez permanente de otros beneficiarios de la Seguridad Social. La desigualdad con relevancia constitucional viene determinada por la introducción de diferencias carentes de una justificación objetiva y razonable entre situaciones que pueden considerarse iguales. La cuestión no fue resuelta de modo pacífico la STSJ Cataluña 26/02/2002 R 4820/2001 consideró que existían argumentos suficientes para llegar a la conclusión de que no existe cosa juzgada. La Sala resume los argumentos del modo siguiente: A) Ha aparecido un nuevo hecho como es el cambio de criterio del TS de la STS 7/02/2000 en relación con la aplicación de la teoría del paréntesis en relación con el cálculo de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente. B) Los principios de legalidad e igualdad reconocidos en la CE deben primar sobre el de seguridad jurídica. C) la Administración Pública que de oficio ha practicado revisiones como la que ahora se solicita con lo que produce una desigualdad ante la Ley que no puede aceptarse. También se puede considerar que en este caso no existen términos concretos de comparación pues como se ha dicho la recurrente se limita a realizar alegaciones de carácter general que no permiten identificar supuestos concretos de trato desigual.

Como se ha señalado la idea de diligencia o culpa del beneficiario provoca distorsiones en lo que es un debate propiamente sobre el contenido de la pretensión. La STS 11/10/2005 R 1076/2004 resuelve un supuesto en el que

en la instancia y suplicación había «pesado» más el elemento subjetivo que la configuración objetiva de la cosa juzgada y el contenido de la pretensión. El TS pone fin al debate excluyendo elementos subjetivos, aunque tengan una apariencia humanitaria. La cuestión planteada en la STS 11/10/2005 R 1076/2004 se trataba de determinar si tal efecto de cosa juzgada afecta a la base reguladora de una pensión reconocida en litigio anterior en el que la controversia se centró en el grado de invalidez correspondiente al asegurado a la vista de las dolencias padecidas y de las secuelas de las mismas. Dicho litigio anterior concluyó mediante sentencia de suplicación que ya era firme en el momento de suscitarse este nuevo pleito; en ella se fijó una determinada base reguladora de la pensión de gran invalidez por enfermedad común declarada, siendo rechazada por falta de prueba la propuesta por el propio asegurado. La sentencia de instancia estimó la demanda de una base reguladora de la pensión más elevada y la sentencia de suplicación ahora recurrida confirmó la sentencia de instancia, argumentando que la base reguladora fijada en la sentencia del pleito anterior se había calculado mal por error de las entidades gestoras. Partiendo de esta premisa, y sin más averiguaciones, la sentencia recurrida declara que «el principio de seguridad jurídica, al que obedece el instituto de la cosa juzgada no es inmutable, atendido que la justicia es un valor superior del ordenamiento jurídico», y concluye que, puesto que ha mediado «defectuoso funcionamiento» del servicio público de la Seguridad Social, la cosa juzgada no es de apreciar en perjuicio de los derechos del beneficiario.

La STS 14/04/2005 R 1850/2004 resuelve la cuestión de si es aplicable o no el efecto positivo de la cosa juzgada para determinar la contingencia de una incapacidad permanente absoluta, cuando media una resolución judicial firme estableciendo que la incapacidad temporal que la precede deriva de enfermedad común en sentido favorable a la existencia de cosa juzgada. La Sala aprecia la existencia de cosa juzgada en base la concurrencia de

cuatro presupuestos. En primer lugar, es firme la sentencia recaída en el previo proceso de incapacidad temporal. En segundo lugar, el proceso de incapacidad temporal (objeto del primero de los procedimientos judiciales) y la declaración de incapacidad permanente absoluta (la determinación de cuya contingencia es el objeto del debate en cuestión) son consecutivos y se sustentan sobre los mismos hechos y lesiones. En tercer lugar, ambos procesos tienen por objeto establecer cuál sea la contingencia (enfermedad común o accidente laboral) determinante de las lesiones que motivaron inicialmente el proceso de incapacidad temporal y luego la declaración de incapacidad permanente. Así pues el objeto de uno y otro proceso es el mismo en cuanto a la determinación de la contingencia, aun cuando difieran en cuanto a las prestaciones y situaciones de incapacidad. En cuarto lugar, las partes en el segundo proceso (incapacidad permanente) –Mutua, trabajador, INSS y TGSS– fueron parte también en el proceso que versó sobre la incapacidad temporal, en el que asimismo fue parte el Servicio de Salud. Cierto que según la literalidad del texto transcrito se exige que «los litigantes de ambos procesos sean los mismos», lo que no sucede por la no presencia del Servicio de Salud en el actual. Mas tal literalidad rebasa las exigencias del sentido y espíritu de la norma, sentido y espíritu según los cuales lo realmente preciso y necesario es que las partes del segundo proceso (el afectado por la vinculación) hayan sido también parte en el primero (en el que se haya dictado la sentencia cuya vinculación se invoca), tal y como efectivamente sucede en el presente caso. Y ello es así porque los afectados por tal vinculación (sea en sentido favorable, sea en sentido desfavorable a sus intereses) son quienes sean parte en el segundo proceso, los cuales, por tal razón, deberán haber tenido en el primer proceso la oportunidad de hacer valer todas las alegaciones y pruebas necesarias para la defensa de sus intereses.

En la STSJ Castilla La Mancha 6/11/2002 R 674/2002 la controversia planteada, tanto en demanda como ahora reiterada en supli-

cación, es la de la base reguladora de la, no discutida, situación de Gran Invalidez derivada de accidente no laboral del demandante. A esos efectos, lo que se discute es, conforme al suplico de la demanda, que la base reguladora tomada de oficio por el ente gestor se declare nula, al no haberse tenido en cuenta la existencia de un determinado salario entre los años 1992 a 1995, más favorable que el período utilizado por el INSS. En cuanto que, al no afectarle la Ley 26 de 31/07/1985, continúa calculándose la misma dividiendo por 28 un período de 24 meses ininterrumpidos, elegidos por el interesado dentro de los 7 años anteriores, al estar de alta en Seguridad Social. Período el elegido por el actor que, si se tiene en cuenta tal salario, da como resultado una base que es sensiblemente superior que la que deriva del inferior salario al de ese lapso temporal anterior tomado por el INSS. Y todo ello, en función de la existencia de una anterior sentencia firme sobre Despido, en la que se dejó constancia inalterada de la percepción de un determinado salario con prorrateo de pagas extras, de 416.000 pesetas mensuales brutas. En definitiva, lo que se trata de dilucidar es la incidencia de ese aspecto fáctico, del salario que venía percibiendo el actor, concretado en una anterior resolución judicial firme, sobre la nueva contienda. La STJ Castilla La Mancha 6/11/2002 R 674/2002 considera que la resolución judicial por la que se reconoció aquel determinado salario que, sin duda, provoca unos ciertos efectos reflejos, en cuanto que pasa a integrar el mundo de lo que es jurídicamente existente, incluidos en el ámbito de la cotización a la Seguridad Social, ante la posibilidad de que de tal declaración deriven las pertinentes actuaciones administrativas y recaudatorias, sancionando el incumplimiento de cotización e imponiendo la obligación de hacerlo, con los pertinentes recargos legales, de conformidad con las normas que regulan dichos trámites, ajenos a este litigio, y con las demás responsabilidades pertinentes. Pero junto a ello, también deriva sin duda un efecto positivo a otros niveles, como el de poder tener en cuenta ese salario a efectos prestacionales. Al margen todo ello, de la repercusión que pueda

tener sobre la empresa incumplidora, cuestión sobre la que nada se juzgaba en la cuestión debatida. La Sala estima el recurso y considera, aspecto importante, que la determinación cuantitativa de la base solicitada, si hubiera desavenencia, se pueda determinar finalmente en trámite de ejecución de sentencia.

Sobre litispendencia la STS 5/07/2006 R 1681/2005 conoció de un supuesto en el que reconocida al demandante en vía administrativa la situación de incapacidad permanente en el grado de Incapacidad Absoluta para todo trabajo, derivada de enfermedad común, y disconforme el trabajador con dicha contingencia, por estimar que la incapacidad derivaba de enfermedad profesional, formuló demanda ante el Juzgado de lo Social, dictando sentencia por la que estimó la excepción de litispendencia alegada por los demandados Mutua, Servicio de Salud, INSS y empresa. Este fallo se fundamenta en que ante otro Juzgado de lo Social de la misma localidad, y con respecto a la situación de incapacidad temporal, de la que deviene la incapacidad permanente ahora reconocida, se suscitó ya la cuestión del origen común o profesional de la contingencia, dictándose sentencia en el sentido de estimar que la incapacidad temporal derivaba de enfermedad común, sentencia que no adquirió firmeza al ser recurrida en suplicación por el demandante. La STS 5/07/2006 R 1681/2005 estima el recurso del trabajador y rechaza la existencia de litispendencia. Se está, en realidad, ante institutos jurídicos diferentes, por más que, como se ha dicho, haya una evidente relación entre ambos. En primer lugar, el efecto de cosa juzgada opera sobre la base de una situación jurídica ya dada en la realidad histórica –que no se puede desconocer– en virtud de una sentencia que es firme. Ello no sucede cuando se alega la litispendencia, basada precisamente en la tramitación de un proceso anterior, todavía no llegado a término. En segundo lugar, la función del instituto de cosa juzgada es doble pues –amén del efecto negativo o excluyente– cabe el efecto positivo o prejudicial cuando no hay identidad absoluta de los elementos de la pretensión, pero sí

hay una parcial identidad en el objeto de uno y otro proceso. Ello no cabe en la litispendencia, según se ha visto, conforme a la interpretación jurisprudencial de este instituto jurídico, que exige la identidad en todos los elementos esenciales de ambos procesos».

En efecto, si bien es cierto, que entre los supuestos que se comparan existe identidad en cuanto a los litigantes y la causa de pedir, no la hay en cuanto al objeto de la pretensión que es distinto: incapacidad temporal e invalidez permanente. Es incuestionable la existencia de la «contingencia» como elemento común en ambos casos, pero ese elemento de conexión que sería susceptible de determinar un efecto positivo de cosa juzgada de la sentencia –firme– dictada en el primer pleito (incapacidad temporal) sobre la del segundo (incapacidad permanente) –y así lo ha establecido la Sala en su STS 14/04/2005 R 1850/2004–, no determina la exigencia necesaria para la apreciar la identidad propia de la litispendencia, pues ésta requiere, como ya se ha señalado, la identidad en todos los elementos esenciales de ambos procesos, y no la parcial propia del efecto positivo de la cosa juzgada (artículo 222.4 de la LECiv) ante exige la identidad subjetiva y la actuación del pronunciamiento de una sentencia como un «antecedente lógico de la otra».

2.3.2. *Acumulación de acciones*

La LRJS dispone en su art. 26.6 que no serán acumulables entre sí las reclamaciones en materia de Seguridad Social, salvo cuando tengan la misma causa de pedir y salvo la posibilidad de alegar la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere el apartado 1 del artículo 140 LRJS.

El art. 27 LRJS regula las consecuencias de la acumulación indebida de acciones. Si se ejercitaran acciones indebidamente acumuladas, el secretario judicial requerirá al demandante para que en el plazo de cuatro días subsane el defecto, eligiendo la acción que pretende mantener. En caso de que no lo hiciera,

o si se mantuviera la circunstancia de no acumulabilidad entre las acciones, dará cuenta al tribunal para que éste, en su caso, acuerde el archivo de la demanda.

No obstante, cuando se trate de una demanda sometida a plazo de caducidad, a la que se hubiera acumulado otra acción, fuera de los supuestos previstos en esta Ley, aunque el actor no opte, se seguirá la tramitación del juicio por aquélla, y el juez o tribunal tendrá por no formulada la otra acción acumulada, advirtiéndose al demandante de su derecho a ejercitarla por separado.

Finalmente si se hubiera acumulado indebidamente una acción sujeta a plazo de caducidad y otra u otras acciones sometidas igualmente a dicho plazo de caducidad, aunque el actor no opte, se seguirá la tramitación del juicio por la primera de las pretensiones ejercitada en el suplico de la demanda, y en todo caso por la de despido si se hubiese hecho uso de ella, y el juez o tribunal tendrá por no formuladas las demás acciones acumuladas, advirtiéndose al demandante de su derecho a ejercitarlas por separado.

La STS 6/06/1994 R 2016/1993 resuelve de forma positiva la cuestión de la posibilidad de acumular incapacidad permanente y origen de la contingencia. De hecho, el Alto Tribunal va más allá y considera que no se trata de un supuesto de verdadera acumulación de acciones sino de aspectos de la misma acción. En este supuesto declara la Sala, no se dan los presupuestos contemplados en el artículo 27 LPL (actual art. 26 LRJS) puesto que el objeto de este proceso es una pretensión procesal única, consistente en que se reconozca la situación de invalidez permanente total por quien la tenía concedida en grado de incapacidad parcial derivada de accidente de trabajo y la acción que se ejercita no se puede escindir en dos distintas a consecuencia de que el reconocimiento del nuevo grado pueda tener su origen en contingencia común o profesional, o en ambos conjuntamente, pues el estado de salud del demandante que menoscaba

su capacidad para el trabajo es una situación unitaria que ha de ser valorada globalmente, sin que sea exigible ni aconsejable que el examen de su estado se efectúe en actuaciones separadas para diferenciar la incidencia que tiene el origen común o profesional de sus dolencias, pues esto rompería la unidad y globalidad de la evaluación que permite conocer el alcance de su incapacidad. Lo contrario conduciría a reconocimientos disociados de las dolencias del demandante según su origen, pudiendo llegar a situaciones de grave complejidad procesal y hasta el absurdo de que pudieran reconocérsele dos situaciones de incapacidad, lo que no es jurídicamente admisible.

Por tanto, en este caso, se ejercita una pretensión dirigida frente a una pluralidad de partes, al único efecto de que sea condenada la que resulte responsable del abono de la prestación según el origen predominante de las causas de su falta de capacidad laboral, pero la concurrencia de dolencias de distinto origen y la eventual aplicación de distintas normas o de calificaciones jurídicas diversas, no pueden configurarse como si fueran dos causas de pedir que escindan la pretensión ejercitada, para entender que se trata de acciones distintas y autónomas que deban encauzarse en procesos separados.

La STS 11/06/1991 R 152/1990 resuelve un supuesto en el que además de discutirse la incapacidad permanente, el actor reclama daños y perjuicios y resarcimiento profesional de un lado y de otro, denuncia la concurrencia de unas conductas penales cometidas por la Entidad Gestora. Los daños y perjuicios proceden de la mala praxis médica. La Sala concluye que se han ejercitado cuatro acciones susceptibles de acumulación –la impugnación de la declaración de invalidez permanente, la impugnación de la baja por incapacidad temporal, las peticiones de indemnización de perjuicios derivados de la declaración de invalidez permanente y de la baja durante la incapacidad temporal– y otras dos que no pueden serlo con las anteriores ni entre sí: la penal –prescindiendo ahora de la decisión que sobre

la jurisdicción pudiera corresponder incluso «a limine»— y la de reintegración profesional. En consecuencia, al afectar al orden público procesal esta infracción —SSTS 30/01/1990 Roj 667/1990 y 10/05/1990 Roj 3678/1990, entre otras—, ha de anularse de oficio lo actuado, a efectos de que por el juzgador de instancia se requiera al actor para que en el plazo de cuatro días subsane el defecto optando entre las acciones no acumulables, sin perjuicio del ejercicio separado de las que no queden comprendidas en la opción. El Alto Tribunal señala que para el caso de que se opte por las acciones acumuladas de impugnación de la invalidez y situación de baja y de indemnización deberá advertirse al actor de la necesidad de que en el mismo plazo de cuatro días amplíe la demanda frente al Instituto Catalán de la Salud que, como organismo que tiene atribuida la gestión de los servicios sanitarios, debe ser traído a juicio respecto a la impugnación de la baja en la situación de incapacidad temporal y a la petición de indemnización que por dicha baja se interesa. Igualmente deberá acreditarse en el mismo plazo la presentación de reclamación previa ante el Instituto Catalán de la Salud respecto a las pretensiones mencionadas y ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social respecto a la pretensión de impugnación de la situación de baja anterior a la declaración de la invalidez permanente y a la indemnización que se reclama de este organismo, peticiones que no pueden considerarse incluidas en la reclamación que obra en las actuaciones, debiendo también distinguirse la indemnización que se solicita por la baja durante la incapacidad temporal de la que se interesa por la declaración de la invalidez permanente.

También entiende la Sala que para el caso de que se opte por la acción de reintegración de derechos profesionales deberá también el actor en el plazo de cuatro días ampliar la demanda frente al Instituto Catalán de la Salud, acreditando la interposición de reclamación ante este organismo, debiendo igualmente determinar los derechos que reclama y la petición de condena a las cantidades que en

su caso se consideren exigibles como «diferencias salariales e incrementos, trienios, etc.», sin perjuicio de las que se fije en conclusiones definitivas.

Finalmente declara el Tribunal Supremo que deberá igualmente advertirse al demandante que de no realizar la subsanación en el plazo otorgado se procederá al archivo de la demanda. No obstante, en el caso de la falta de ampliación o aclaración de la demanda o de reclamación previa en la petición de impugnación de la baja anterior a la declaración de invalidez permanente o en la petición de indemnización, de optarse por estas peticiones, se tendrá por no formulada la ampliación, aclaración o reclamación en esa petición a los efectos que en su caso procedan sin perjuicio de la tramitación de la demanda en lo que afecta a la impugnación de la invalidez permanente.

Un supuesto más frecuente es el de la acumulación indebida de incapacidad permanente y temporal. La STSJ Cataluña 15/07/2005 R 1945/2004 analiza la problemática con gran claridad y de forma negativa a la acumulación.

Se ha de determinar pues, con estos conceptos, si la causa de pedir de la incapacidad permanente y de la temporal son las mismas o en cambio son diferentes, pues de la solución de tal cuestión depende que sean acumulables en un único proceso o que no lo sean. Una solución posible es la de entender que los hechos de ambas acciones son los mismos, en concreto, las lesiones que el beneficiario padece, de modo que la diferencia entre ambas incapacidades viene dada por la calificación jurídica de permanencia o temporalidad que de tales hechos pueda hacerse en cada caso. Identidad de hechos y diferencia en la calificación jurídica es la tesis que permite entender que ambas acciones tienen la misma causa de pedir, y que por tanto son acumulables.

Pero la STSJ Cataluña 15/07/2005 R 1945/2004 entiende que no es posible sostener tal tesis, porque si los hechos son los mismos entonces no es posible diferenciar las acciones,

pues lo que hace que dos acciones sean diferentes es que los hechos que precisamente las individualizan sean diferentes, como hemos visto por la jurisprudencia citada. La individualización de una pretensión, que por tanto la hace diferente de otra, es su causa de pedir, en este caso los hechos médicos que por su naturaleza o por sus circunstancias se muestran como no definitivamente instaurados como incapacitantes, y que por tanto son susceptibles de curación a través del tratamiento médico adecuado, en un caso, o en el otro, los hechos médicos por su naturaleza o circunstancias definitivamente incapacitantes. No es la calificación jurídica lo que separa ambas causas de pedir, sino la naturaleza y circunstancias de los propios hechos, pues éstos, es decir, las lesiones, son en sí mismos susceptibles de curación en un corto plazo de tratamiento – desde los 18 a los 30 meses en tales casos–, o no lo son, por ser permanentes, aun cuando exijan tratamiento médico. Por estos mismos motivos son acumulables, por ejemplo, las acciones en solicitud de pensión de viudedad, u orfandad, entre otras, porque derivan de unos mismos hechos, aunque, según los beneficiarios existentes tengan unas consecuencias jurídicas de protección diferentes. Semejante doctrina ha sido sostenida entre otras por las STSJ de Cataluña 17/2/2004, Castilla-la Mancha 25/6/2002, Asturias 21/12/2001, Valencia 19/6/1996, 11/5/1994 y Castilla y León 5/10/1994, entre otras.

Es necesario pues concluir, declara la STSJ Cataluña 15/07/2005 R 1945/2004, que la causa de pedir de ambas pretensiones son diferentes y por ello conforman pretensiones diferentes, que dependen de además de requisitos distintos para causar la prestación; por ello de mantenerse la solución de la posibilidad de acumulación, en el mismo proceso tendrían que discutirse los requisitos de alta o asimilada que en cada caso son aplicables, los diferentes requisitos de cotización, base reguladora o efectos, además de en su caso traer al proceso las distintas partes que según las situaciones pudieran ser responsables, que no son las mismas necesariamente. La consecuencia de la

acumulación indebida de acciones ha de ser la de la nulidad de actuaciones a fin de que por el juzgado de instancia se requiera al demandante para que en el plazo de cuatro días elija la acción que pretende mantener, con la advertencia de que de no hacerlo se deberá acordar el archivo de las actuaciones.

La STSJ Madrid 10/03/2006 R 4479/20005 resuelve un supuesto de acumulación de acciones sobre incapacidad permanente y temporal. El resultado es el mismo que en Cataluña 15/07/2005 R 1945/2004. No obstante, el razonamiento es muy distinto, la Sala considera que no se le ha producido ninguna indefensión a la Entidad Gestora al resolver favorablemente sobre la incapacidad permanente habiéndose reclamado también sobre la temporal ya que ésta no fue estimada y por tanto no hay indefensión ni tampoco causa de nulidad por este motivo. Sin perjuicio de ello en el recurso de suplicación se revoca la incapacidad permanente concedida por el Juzgado y es en ese punto cuando la Sala entiende que procede declarar la nulidad para devolver los autos al Juzgado a fin de que se pronuncie exclusivamente sobre la incapacidad temporal.

3. PRUEBA PERICIAL

Cabe traer a colación la STSJ Cataluña 22/10/2002 R 900/2002 que rechaza la eficacia revisora de documentos integrados por copias o fotocopias carentes de todo signo de autenticidad, adveración o correspondencia con los originales y por ende de la naturaleza de prueba documental exigida a los fines pretendidos.

En relación con el informe pericial médico la citada STSJ Cataluña 22/10/2002 R 900/2002 le confiere eventual eficacia revisora si está ratificado en el acto de juicio a propuesta de una de las partes, siguiendo la pauta marcada por el Tribunal Supremo en las SSTS 24/06/1986 y 3/05/1990 en caso de coexistencia de varias pruebas periciales que presenten conclusiones plurales o divergentes habrá de estarse a la valoración que de las

mismas haya hecho el juzgador de instancia y tan sólo podrá invocarse, en apoyo del error atribuido al mismo, aquellos que emitidos por órganos profesionales u oficiales evidencien una mayor solvencia científica.

La STSJ Cataluña 11/12/2002 R 3308/2002 desarrolla la cuestión de los requisitos que permiten dotar de eficacia revisoría a los informes periciales, señalando que sólo de excepcional manera han de hacer uso los Tribunales Superiores de la facultad de modificar, fiscalizándola, la valoración de la prueba hecha por el juzgador de instancia, facultad que les está atribuida para el supuesto de que los elementos señalados como revisorios ofrezcan tan alta fuerza de convicción que, a juicio de la Sala, delaten claro error del hecho sufrido por el Juzgador en la apreciación de la prueba. En consecuencia, el error de hecho es evidente y se patentiza por la prueba pericial y documental practicada, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, y, en el caso de autos, por su categoría o relevancia científica, el dictamen o pericia médica invocados en el recurso merecen mayor credibilidad que aquel o aquellos tenidos en cuenta por el Juzgador de instancia, habiendo señalado la jurisprudencia y la doctrina judicial entre otros y como elementos que configuran dicha categoría o relevancia, los siguientes: a) El hecho de que el perito médico haya seguido o no la evolución del proceso patológico del enfermo, lo que implica dar mayor valor probatorio al dictamen del médico que ha seguido dicha evolución, que al informe emitido en base a una única exploración (STSJ Cataluña 25/07/1996 y 6/03/1997), b) La especialización, bien de la institución médica, Facultad de Medicina, Hospital, Centro de Salud, etc. (SSTS de 2/12/1985, 3/03/1987 Roj 1486/1987, 16/01/1990 y 23/02/1990 y STSJ Cataluña 14/11/1996) o del concreto departamento de aquél (STSJ Cataluña 12/03/1997), bien del perito médico que emita el dictamen.

La STSJ País Vasco 18/01/2000 R 2204/1999 resuelve un supuesto en el que la parte actora propone la práctica de dos periciales médicas

y solo se le admite una, la pericial del traumatólogo, habiéndose denegado en juicio una segunda pericial de la doctora, diplomada en valoración del daño corporal, por no considerarla necesaria. Denegación protestada por la demandante, que ahora le sirve de fundamento para pedir a la Sala, como motivo inicial de su recurso; la nulidad del juicio,

El Juzgado ha sustentado su denegación de la prueba pericial de la segunda pericial en que no resulta necesaria. Argumento escuetísimo, que no deja suficientemente explícita cuál es la razón de esa falta de necesidad, y, en todo caso, no resulta, en sí misma, razón bastante para denegar una prueba, pues la admisión de éstas no se condiciona a que sean necesarias, sino a su legalidad, pertinencia y utilidad (requisitos aquí concurrentes). Por otra parte, no se alcanza a comprender por qué no es necesaria esa pericial y sí la del traumatólogo declara la Sala o los múltiples informes médicos admitidos como prueba documental, cuando todas ellas van destinadas a acreditar unos mismos hechos. Nuestro ordenamiento no faculta al Juez laboral para limitar el número de peritos sobre hechos litigiosos controvertidos y propios de su ciencia ni, en el caso de autos, puede reputarse excesivo el número de peritos propuesto por la demandante. No le otorga esa facultad, decimos, para lo que basta con advertir que, cuando ha querido reconocérsela, lo ha dispuesto expresamente, sin que lo haya regulado así en el caso de la prueba pericial. Por tanto, no cabe negar la admisión de varias periciales sobre unos mismos hechos, en postura legítima de la parte, que acude al juicio con el mayor arsenal de medios destinados a demostrar su versión. Limitárselo a uno (aunque sea sólo cuando se propongan sobre un mismo tipo de secuelas), cuando luego resulta que aquélla no se acoge, limita injustificadamente el derecho de defensa de la parte, causándola indefensión.

En cualquier caso, una doble pericial sobre las secuelas que padece la demandante no puede reputarse prueba excesiva. En tal sentido, no es lógico que se admitan múltiples informes médicos como prueba documental y, en

cambio, no puede acogerse más que una sola prueba pericial, cuando resulta que el objeto a probar es el mismo. Diferencia que no puede ampararse en el distinto modo en que se practican ambas pruebas (que en el caso de la pericial retarda la finalización del juicio), pues no es motivo sólido para denegar una prueba.

Finalmente, tampoco cabe amparar la decisión de autos en la esterilidad de la segunda prueba para acreditar las secuelas de la demandante, dado que no es posible valorar la concreta capacidad de convicción de una prueba, en si idónea para acreditar hechos litigiosos controvertidos, sin que previamente se practique. Resulta carente de cualquier lógica que, sin conocer el contenido de ambas pruebas, se pueda considerar adecuada una prueba y no otra, en lo que revela una actitud previa claramente contraria al modo en que debe formarse la convicción: como resultado de su práctica y no como fruto de un juicio.

La STSJ País Vasco 18/01/2000 R 2204/1999 cuenta con un Voto Particular que discrepa de la Sentencia mayoritaria. Dicho Voto declara que si el órgano Jurisdiccional entiende que la prueba de un perito médico es suficiente vista la etiología de las lesiones que se padecen, ello no produce ningún tipo de conculcación o vulneración del derecho fundamental que se alega, y se ha dado justificación suficiente en el acto del juicio de este criterio, pues se ha considerado que la actuación de un perito médico es el umbral de admisión que se requería en el acto del juicio. Desde esta perspectiva, intenta la parte, realmente, que sea su criterio y su prueba la única a tener en cuenta, siendo que la cualificación del perito que intervino engloba suficientemente cualquier actividad de información y acreditación de lesiones ante el Órgano Jurisdiccional, pues no se acredita que existiese una necesidad excluyente del otro perito propuesto. En esta tesitura debe rechazarse totalmente el motivo pues no se aprecia ninguna irracionalidad, abuso o arbitrariedad en la actuación judicial, que correctamente ha limitado la actividad probatoria de la parte acotándola dentro de los límites necesarios.

4. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La STS 10/07/1995 R 578/1995 enjuicia el problema jurídico, cual es el relativo a la legitimidad procesal de resolver, en trámite de ejecución de sentencia declarativa de una Invalidez Permanente Total, la cuestión, no discutida en juicio, del descuento de los salarios percibidos por el trabajador, durante la tramitación del expediente administrativo correspondiente, en el desempeño de su profesión habitual.

En tanto la sentencia recurrida niega la posibilidad de abordar en trámite de ejecución de sentencia la referida cuestión, no discutida en la fase cognitoria del procedimiento, la sentencia propuesta como contradictoria admite dicha posibilidad.

La Sala entiende que censura jurídica que se deja expuesta por el recurso del INSS no merece una favorable acogida, por la evidente razón de que en el trámite de ejecución de sentencia no pueden ni deben plantearse aquellas cuestiones nuevas, susceptibles de alterar los términos del fallo judicial en trance de ejecución, que pudieron y debieron ser alegadas y discutidas en la fase de cognición del juicio. Si, efectivamente, el trabajador declarado en situación de Invalidez Permanente Total se mantuvo, durante la tramitación del correspondiente expediente administrativo, en el desempeño de su profesión habitual y, por tal razón, percibió salarios durante el período al que, luego, se retrotrae la declaración de invalidez, ello, podrá ser objeto del pertinente reintegro a favor de la Entidad Gestora o Servicio Común de la Seguridad Social, pero no puede incidir en la ejecución de la sentencia de Invalidez Permanente obtenida, la que ha de cumplirse en sus propios términos. La STS 5/12/2007 R 5073/2006 y STS 18/09/2013 R 3101/2012 ratifica este criterio.

La STS 17/09/1998 R 489/1998 examina una variante del anterior problema, esto es, si puede en ejecución de sentencia descontarse de la prestación adeudada el período en que el tra-

bajador estuvo en activo después de presentada la demanda, hasta su cese en el trabajo. En cuanto al tema de fondo la tesis correcta es la de la STS 11/07/1996 R 4067/1995, que con apoyo en otra STS 10/07/1995 R 578/1995, sentó como doctrina la de que si el fallo de la sentencia que se trataba de ejecutar establecía que el actor debía percibir la pensión desde una determinada fecha, la resolución recurrida, dictada en ejecución de la sentencia estaba vinculada por dicho pronunciamiento, que no podía variarse en ejecución para establecer que el abono sólo se producía desde una fecha posterior a dichos efectos económicos de la prestación, pues estaba claro, sin necesidad de mayores argumentaciones, que de esta forma se contravenía lo

ejecutoriado para el período decidido por la sentencia, es decir hasta la fecha en que se presentó la demanda, que es el momento en que se produce el efecto de la litispendencia y queda precisado el objeto de la litis, sin embargo, la situación es distinta, a partir de la fecha de la presentación de la demanda, pues las condenas de futuro están siempre condicionadas a la subsistencia de las condiciones determinantes de las mismas, y esa subsistencia puede ser controlada, al menos en sentido negativo, en la ejecución, respecto a los hechos futuros que la sentencia no pudo contemplar, aunque hubiese podido examinar estos hechos en una proyección temporal anterior si se hubiesen introducido y acreditado en el proceso.

RESUMEN

El objeto del presente artículo es revisar la jurisprudencia más relevante sobre los aspectos procesales de la incapacidad permanente. La incapacidad permanente es una situación para cuyo reconocimiento se precisa del auxilio de los Tribunales de justicia en caso de conflicto. Este trabajo se ocupa de las cuestiones y problemas relativos al ejercicio de las acciones con el fin del reconocimiento de la incapacidad permanente.

Palabras clave: Situación previa al proceso, demanda judicial, legitimación, litisconsorcio pasivo necesario, prueba de los hechos, prueba pericial, cosa juzgada y litispendencia, ejecución de las sentencias.

ABSTRACT

The purpose of this article is to review the relevant case law on the procedural aspects of the permanent disability. For the recognition of permanent disability, the assistance of courts is required in case of conflict. This work deals with the issues and problems relating to the exercise before of the actions before Court in order to recognition of permanent disability.

Keywords: Preparatory stages of the law suit, law suit, entitlement, compulsory joinder of defendants, proof of facts, expert testimony, Res Adjudicata Effect and Lis pendens, judgement enforcement.

Los efectos del contrato a tiempo parcial sobre la acción protectora de la Seguridad Social

Effects of Part-Time Contracts on Social Security Benefits

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO*

1. INTRODUCCIÓN

Aunque el estudio que sigue a continuación se focaliza en un aspecto específico de la acción protectora de la Seguridad Social: el que deriva de la contratación a tiempo parcial, es obvio que ambas disciplinas –el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social–, son independientes en su concepción y en su aplicación. Buena prueba de ello radica en que el Derecho del Trabajo pertenece al Derecho privado, por la relación jurídico laboral existente entre empresa y trabajador más cercana en cuanto a su naturaleza al Derecho Civil, mientras que el Derecho de la Seguridad Social, alcanza una mayor repercusión general, perteneciendo al Derecho Público, al igual que el Derecho administrativo sancionador o a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, precisamente por su importante repercusión social que trasciende a los propios protagonistas implicados en el contrato de trabajo. Sin embargo, esa autonomía o separación de cada rama

de conocimiento del Derecho Sociolaboral, no siempre es posible mantenerla de forma estricta, pues, en la mayoría de los casos cualquier incidencia laboral tiene su repercusión inmediata en la Seguridad Social. Bien es verdad que en la mayoría de veces la normativa sobre Derecho del Trabajo toma la iniciativa, mientras que el Derecho de la Seguridad Social sigue su estela, de modo que según obre la relación laboral, la Seguridad Social deberá observar sus normas de aplicación. Así un acto tan usual como la contratación laboral de un trabajador, da lugar a que se le deba dar de alta en la Seguridad Social y, a continuación, la percepción del correspondiente salario dará lugar a la obligación de cotizar a la Seguridad Social. En otras ocasiones, la Seguridad Social acentúa su independencia prescindiendo de la previa existencia de cualquier relación laboral. Lo vemos con el trabajo autónomo, en que no existe contrato de trabajo previo, sino una actividad mercantil consistente en el desempeño de una actividad por cuenta propia, y por ello la normativa le exige que debe darse de alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de la Seguridad Social (RETA).

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

Y lo mismo sucede en otros aspectos, que nos dan a entender que, en efecto, son dos disciplinas independientes, que a veces tienen sus momentos de encuentro.

Incluso, en circunstancias excepcionales, es tal la autonomía del sistema de Seguridad Social, que puede regular situaciones en las que se dé la incorporación de personas que en ese momento ni son trabajadoras por cuenta ajena, ni siquiera realizan actividades por cuenta propia, como sucede con la suscripción del Convenio Especial de la Seguridad Social o, con personas que ni siquiera hayan estado incluidas en el Sistema como trabajadores, como es el caso de la modalidad no contributiva de la Seguridad Social, en particular las pensiones de jubilación y de invalidez.

A lo que quiero llegar con el anterior discurso, es a que la Seguridad Social es una institución que pese a su apariencia de rigidez normativa, presenta múltiples alternativas dinamizadoras, como la que se refiere a su simultánea percepción con aquellas actividades laborales llevadas a cabo a jornada parcial e incluso a tiempo completo. Es cierto que ello ha sido posible tras un largo proceso de evolución de su régimen jurídico, pero creo que estamos en el buen sendero. La creación de figuras ciertamente imaginativas (jubilación parcial, maternidad o paternidad en régimen de jornada parcial, desempleo parcial, o las nuevas formas de compatibilidad entre las prestaciones y el trabajo como sucede con la denominada jubilación activa, etc.) han venido aportando soluciones a la necesidad de flexibilidad en lo que afecta a la proporcionalidad entre la realización del trabajo y la percepción de prestaciones, con sus aspectos positivos y mejorables.

Una de esas conexiones entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social, ha supuesto un importante cambio en la regulación que afecta a la acción protectora derivada de los contratos a tiempo parcial, que ha venido precedida por las sentencias del TSJUE (STJUE C-385/11, 22 de noviembre

de 2012, Elbal Moreno) y del Constitucional (STC 61/2013, de 14 de marzo), propiciando la modificación de la reglas de la entonces vigente, disposición adicional séptima de la anterior Ley General de la Seguridad Social de 1994¹, que han pasado a los artículos 245, 247 y 248 de la vigente LGSS². Y es que, nos encontramos ante una regulación de la Seguridad Social derivada de la contratación a tiempo parcial, que ha variado con gran frecuencia, precisamente porque no se han encontrado respuestas satisfactorias en el terreno de la proporcionalidad, en especial, de quienes tratan de acceder a las prestaciones de la Seguridad Social.

Las últimas modificaciones que ofrece la normativa, son las respuestas a la línea que han mostrado los diversos Tribunales mayores sobre esta cuestión, que si bien no coinciden exactamente con el contenido de sus resoluciones, al menos, suponen una mejora en el derecho a las prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores con contratos a tiempo parcial.

2. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HASTA LA VIGENTE REGULACIÓN

La regulación del contrato a tiempo parcial ya figuraba en la primera redacción del artículo 12 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. En él se estableció la posibilidad de que se cotizara en función de las horas o días realmente trabajados. Sin embargo, su desarrollo reglamentario, operado por RD 1362/1981, de 3 de julio, no cayó en la cuenta de regular cómo debían considerarse las cotizaciones efectuadas a los efectos de causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social, pese a que la disposición final tercera autorizara al Ministerio de Tra-

¹ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS94).

² 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 (BOE del 31).

bajo para que llevara a cabo las adaptaciones necesarias a efectos del régimen de cotización y prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores con contrato a tiempo parcial. Acogiéndose a tal autorización, la regla tercera de la Resolución de 1 de febrero de 1982, de la Subsecretaría de la Seguridad Social, estableció expresamente que, a efectos de reunir los periodos de cotización para causar derecho a las prestaciones, se computarían los días u horas efectivamente trabajados, precisando que, en los supuestos de trabajo por horas, el número de días teóricos computables sería el resultado de dividir la suma de las horas efectivamente trabajadas por el número de horas que constituyese la jornada laboral habitual para la actividad de que se tratase. Consideración ésta de los días y horas trabajados que, más de diez años después fue objeto de declaración «*ultra vires*», por STS, 26 mayo 1993³, por falta de rango adecuado y haber sido dictada sin que existiese una norma habilitante. Mientras tanto, resultaba de aplicación por analogía –según el TS–, la regulación sobre prestaciones por desempleo. Esto obligó a dictar una disposición reglamentaria con rango suficiente que regulara estas situaciones. Esa norma fue el Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre, cuya disposición adicional novena, mantuvo en definitiva el contenido de la citada resolución en iguales términos.

Poco después, el artículo 4.3 párrafo tercero de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, estableció que para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, solo se computarían las horas o días efectivamente trabajados, y se dejó al desarrollo reglamentario la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, así como de los períodos en que los mismos debían de estar comprendidos. Se especificaba a la hora de cotizar dónde había que aplicar la proporcionalidad de la retribución, al señalarse que «la base de cotización a la Seguridad

Social y demás aportaciones que se recauden conjuntamente con aquélla estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas».

A continuación, la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, mantuvo, en líneas generales la regulación, dejando para una posterior disposición reglamentaria la supresión existente respecto a la diferencia de trato en relación con la menor cobertura protectora establecida en los contratados a tiempo parcial con contratos de duración inferior a 12 horas a la semana o 48 horas al mes, ya que, a efectos de reunir los períodos mínimos de cotización exigidos en el Régimen de que se tratara se habrían de computar las horas efectivamente trabajadas, de modo que el número de días de cotización computables era el resultado de dividir el número de horas efectivamente trabajadas entre el número de horas que constituían la jornada habitual en la actividad de que se tratara. Esta normativa ocasionó la inconstitucionalidad por la STC 253/2004, de la nueva redacción del artículo 12.4 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Estatuto de los Trabajadores, que tenía el mismo contenido que la disposición adicional séptima LGSS94, en el sentido de que, al tenerse solo en cuenta el número de horas trabajadas para la determinación de los períodos de cotización, esto afectaba al principio de igualdad ante la ley (artículo 14 CE) desde la perspectiva de la proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado obtenido y la finalidad pretendida⁴. Sin embargo, dado que esta declaración de inconstitucionalidad fue muy posterior a otra modificación del año 1998, no tuvo ninguna trascendencia, pues ya se venía aplicando la normativa contenida en el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo

³ En el mismo sentido SSTs 18 de octubre y 18 de diciembre, de 1993, 25 de marzo y 11 de mayo de 1994.

⁴ Sobre la incidencia de esta STC 253/2004, véase en CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial: historia de un desagratio», Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 1/2005

en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, que siendo conforme a efectos de posibles discriminaciones, según el Tribunal Constitucional⁵, introdujo, modificaciones de relevancia en la regulación del trabajo a tiempo parcial, y en las reglas aplicables para el acceso a las prestaciones, así como en el cálculo de su cuantía, con objeto de atenuar los inconvenientes que podían tener los trabajadores a tiempo parcial para acceder en mejores condiciones a la protección social.

Se pueden cifrar en dos las novedades a resaltar en esta reforma que afectó sobre todo a la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima LGSS94. Por un lado, la que considera, a efectos de período cotizado, el tiempo de descanso computable como de trabajo, al igual que los trabajadores a tiempo completo. Y así, las horas reales trabajadas debían convertirse en días teóricos de cotización, al dividir el número de horas efectivamente trabajadas entre 5, que es el equivalente diario del cómputo de 1.826 horas anuales. La otra novedad, consistía en que, a efectos de causar derecho a pensiones de jubilación y de incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización acreditados en cada caso se incrementaba por un coeficiente multiplicador del 1,5, de modo que con dicho mecanismo los periodos de cotización aumentaban en el 50%⁶.

La evolución que ha experimentado la regulación de las prestaciones derivadas de la contratación a tiempo parcial, parece que se va clarificando hacia la equiparación con la

jornada completa, dando lugar a pronunciamientos por diferentes Tribunales de Justicia, comenzando por el de Luxemburgo, siguiendo por el de nuestro Constitucional, que obligó al Gobierno a modificar, una vez más, con carácter de urgencia la disposición adicional séptima LGSS94⁷. Disposición clave, como sabemos, porque establece las reglas sobre el período de carencia exigido, en su caso, y la forma de determinar el importe económico que corresponde percibir, según el tipo de prestación, en función de la jornada del trabajador durante el período computado ya sea de cotización exigida o tomado en consideración para el cálculo de la prestación.

Los cambios legislativos más recientes se produjeron en el verano de 2013, que dio de sí importantes modificaciones de Seguridad Social. La de mayor calado fue esta del obligado cambio de criterio en el cálculo de las prestaciones de Seguridad Social derivadas de contratos de trabajo a tiempo parcial. Y ello, motivado porque el Pleno del Tribunal Constitucional, mediante la importantísima Sentencia 61/2013, de 14 de marzo, declaró inconstitucional y nula, la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima⁸ LGSS94, al entender que vulnera el artículo 14 de la Constitución española, por lesionar el derecho a la igualdad, y por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino⁹. Es obvio que esta nueva

⁷ Actual sección 1ª del capítulo XVII, del Título II de la LGSS.

⁸ Conviene recordar que la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 contenía las normas aplicables a los trabajadores a tiempo parcial y, particularmente, la regla segunda de su apartado 1 se refería a los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las distintas prestaciones de la Seguridad Social por parte de estos trabajadores. La redacción anterior procedía de la disposición adicional dieciocho.19.1 de Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

⁹ Sobre la discriminación indirecta por razón de sexo, véase MIRANDA BOTO, J. M.: «Trabajo a tiempo parcial, horas extraordinarias y discriminación por razón de sexo», Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf. núm. 78/2007.

⁵ Véanse en este sentido, entre otras, las SSTs de 16 de octubre de 2007 o la de 10 de junio de 2008.

⁶ PANIZO ROBLES, J. A.: «Las nuevas reglas de Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial». (Comentario de urgencia al contenido del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social), <www.laboral-social.com> (agosto 2013), disponible en <http://www.laboral-social.com/files-laboral/LAS%20NUEVAS%20REGLAS%20DE%20SEGURIDAD%20SOCIAL%20PARA%20LOS%20TRABAJADORES%20CONTRATADOS%20A%20TIEMPO%20PARCIAL_1.pdf>

declaración asumió claramente la doctrina del TJUE, a la que me referiré a continuación.

2.1. STJUE 22 de noviembre de 2012 (C-385/11, Elbal Moreno)

El origen del cambio de criterio sobre los efectos del contrato de trabajo a tiempo parcial sobre las prestaciones, tuvo lugar con la doctrina que aplicó la STJUE 22 noviembre 2012 (C-385/11, Elbal Moreno) al resolver una cuestión que suscitó un Tribunal Superior de Justicia español y que, en síntesis, es la siguiente:

La trabajadora (Sra. Elbal) prestó servicios durante 18 años, con una jornada de 4 horas semanales. Al cumplir la edad de jubilación solicitó su pensión, siendo denegada por la Entidad gestora al no haber cotizado el tiempo mínimo exigido. La Ley española exige una cotización mínima de 15 años para acceder a la pensión de jubilación. La LGSS94 obligaba a convertir los periodos cotizados, a tiempo parcial, en magnitudes teóricas de tiempo completo, mediante una fórmula matemática, según la cual las horas trabajadas se dividen por 5 y se multiplican por 1,5¹⁰. Con esta operación, las cotizaciones de 18 años equivalen a un periodo de menos de 3 años; con lo que habría que trabajar por lo menos 100 años con la citada jornada para alcanzar los 15 años de cotización mínima exigida. El Tribunal Comunitario consideró que se había producido una discriminación indirecta según la cual, más de 2/3 de las personas que trabajan a tiempo parcial son mujeres, y que la norma española colisiona con la Directiva 79/7, de 19 diciembre 1978, sobre igualdad de trato en materia de Seguridad Social. La Sentencia fundamenta su decisión en que la pensión pública de jubilación está excluida del concepto de retribución (artículo 157 TFUE¹¹), así como que

con la regulación de la LGSS94 los trabajadores a tiempo parcial, sufrían una doble repercusión de su menor actividad: en la cuantía y en la conversión de lo cotizado a días teóricos. Pero sobre todo incide en el aspecto discriminatorio, porque por un lado, la Directiva 79/7 garantiza el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, incluyendo la discriminación indirecta, de forma que el Derecho Comunitario se opone a una Ley que exige a los trabajadores a tiempo parcial, la mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder a una pensión de jubilación contributiva, que se reduce proporcionalmente a la parcialidad de la jornada. Por lo además, no se demuestra que la medida sea imprescindible para garantizar la solvencia del sistema.

Con todo, conviene recordar que la Directiva 1997/81/CE, de 15 de diciembre, sobre trabajo a tiempo parcial ya impedía que a estos trabajadores se les tratara de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables, salvo que existiera alguna justificación objetiva y razonable; sin embargo el inconveniente es que se trata de una norma que deja al margen las cuestiones de Seguridad Social. Por eso la sentencia tiene que basarse en normas antidiscriminatorias por razón de género, porque si el número de hombres y mujeres con jornada parcial estuviera equilibrado, la Ley española no podría censurarse desde la perspectiva comunitaria¹².

2.2. STC 61/2013, de 14 de marzo

Una vez sentada la nueva doctrina por el Tribunal de Luxemburgo, había que aplicarla

gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo».

¹² SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Examen del RDL 11/2013, de 2 de agosto: trabajo a tiempo parcial; empleo y desempleo; reestructuraciones empresariales», *Aranzadi Social* (revista electrónica), pág. 5.

¹⁰ Disposición adicional 7.ª1. segunda.a) LGSS94.

¹¹ Según el artículo 157.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (vigente hasta el 1 de enero de 2013), «se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras

en lo sucesivo en España. La ocasión se presentó con un caso similar en el que debía aplicarse la doctrina de TJUE. El supuesto resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, cuyos hechos objeto de litigio sucintamente, afectaban a una trabajadora que prestó servicios desde mayo de 1981 hasta octubre de 1999, pero a partir de noviembre de 1988 lo hizo en régimen de jornada parcial (jornada del 18,4% de la habitual a tiempo completo). Según las entonces vigentes reglas de la LGSS94 la trabajadora acreditaba 3.850 días de cotización efectiva, que con las partes proporcionales de pagas extras se elevaban a 4.422 días cotizados, sin alcanzar el período mínimo de carencia exigido de 15 años. En consecuencia, el INSS en vía administrativa y el Juzgado de lo Social denegaron la pretensión de computar como enteros cada uno de los días trabajados en régimen de jornada a tiempo parcial.

La sentencia del constitucional considera –con base en los fundamentos jurídicos de la sentencia Elbal Moreno–, que concurre una discriminación indirecta por razón de sexo y esa discriminación no está justificada objetivamente y no es proporcionada al objetivo perseguido. Asimismo, se retoma la crítica a la anterior normativa que también contenía reglas diversas sobre el tratamiento del trabajo a tiempo parcial respecto al trabajo a jornada completa, sintetizando que la normativa vigente era inconstitucional por las siguientes razones: Con relación al período de carencia exigido, la regla de atender a los días teóricos de cotización, dividiendo las horas trabajadas entre cinco, perpetúa una diferencia de trato basada en una proporcionalidad que va más allá de las bases reguladoras de las prestaciones, afectando al periodo de carencia, lo que no se ve justificada por la necesaria contributividad del Sistema. El hecho de multiplicar por 1,5 el número de días teóricos de cotización, atenúa los efectos derivados de la estricta proporcionalidad pero de forma limitada.

Afecta la nueva doctrina al cálculo de los períodos de cotización para acceder a las co-

rrespondientes prestaciones económicas, respecto de los periodos acreditados con contrato de trabajo a tiempo parcial, incluidos los contratos de trabajo fijo-discontinuo a tiempo parcial o completo, con independencia de que la reducción de jornada se realice en cómputo diario, semanal, mensual o anual¹³. Como consecuencia, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y nula la referida regla, sin realizar ninguna aclaración sobre los efectos jurídicos de la misma, dejando al legislador que se ocupara de esa tarea.

Esta STC 61/2013, de 14 de marzo es la primera de otras sentencias que le han seguido en el mismo sentido, como las SSTC 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril (sobre pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común) y SSTC 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo), sobre pensión de jubilación. El contenido de tales sentencias afectan, en particular, al cálculo de los períodos de cotización para acceder a las correspondientes prestaciones económicas, respecto de los períodos acreditados con contrato de trabajo a tiempo parcial, incluidos los contratos de trabajo fijo-discontinuo a tiempo parcial o completo, con independencia de que la reducción de jornada se realice en cómputo diario, semanal, mensual o anual. Siguen los tribunales las mismas argumentaciones en el sentido de que las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los periodos de carencia que siguen experimentando los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a jornada completa se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida.

3. LA NORMATIVA AUSPICIADA POR EL RDLEY 11/2013 Y LEY 1/2014

Con tales acontecimientos hubiera sido llamativo que el legislador español permane-

¹³ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Examen del RDL 11/2013, de 2 de agosto: trabajo a tiempo parcial; empleo y desempleo; reestructuraciones empresariales», cit., pág. 6.

ciera impertérrito ante las interpretaciones de los tribunales mayores en distintas instancias, en especial de la Unión Europea, de modo que declarada la inconstitucionalidad de la regla segunda del apartado 1, y la letra c) de la regla tercera, del apartado 1 de la disposición adicional séptima LGSS94, esta situación obligó al Gobierno a tomar cartas en el asunto para cubrir de contenido lo anulado por el Constitucional, mediante una norma con rango de ley, y que, por supuesto, cuidara de que no cayera en discriminación indirecta. Sin embargo, mientras se confeccionaba la futura norma legal, era necesario seguir atendiendo a las solicitudes de subsidios y pensiones que los trabajadores seguían presentando ante las entidades gestoras. En consecuencia, al declararse la norma inconstitucional y nula, hubo que acudir para solucionar el problema de su desaparición del ordenamiento, a lo que se establecía con carácter general por el resto de las normas que contemplaban el supuesto específico al que se refería la norma anulada, en su dimensión más general, esto es, sin el factor diferenciador que ha ocasionado la declaración de nulidad de la norma que lo incluía. En el caso de los trabajadores contratados a tiempo parcial, la necesidad de tener que efectuar el cómputo de los días cotizados para acceder a las prestaciones de Seguridad Social, condujo a tener que aplicar la misma regla que se sigue con el resto de los trabajadores en la generalidad de los casos, con independencia de la duración de su jornada. Con objeto de evitar esta situación mientras se gestaba la norma, se tomaron dos decisiones: por un lado, se buscó el consenso de los interlocutores sociales, llegándose al «Acuerdo para la mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial» firmado el treinta y uno de julio de 2013 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las organizaciones Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, Confederación Española de Organizaciones Empresariales y Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa.

Ese Acuerdo se sustentó sobre las tres siguientes cuestiones:

a) El acceso a la pensión de jubilación contributiva cuando se reúna un periodo de carencia de 15 años naturales, con independencia de la jornada de trabajo, extendiendo la regla a las restantes prestaciones del sistema.

b) Con respecto a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común se establece un coeficiente multiplicador del 1,5 aplicable exclusivamente para calcular el porcentaje sobre la base reguladora en función de los meses cotizados, pero no para alcanzar el periodo de carencia.

c) El mantenimiento de los complementos al mínimo con los mismos límites que para los trabajadores a tiempo completo.

Junto a ello, se dictaron una serie de instrucciones internas de carácter provisional hasta que saliera publicada la norma definitiva (previsiblemente un decreto ley habida cuenta de la extraordinaria y urgente necesidad), ya que no era posible desde que se publicó la citada Sentencia, aplicar la citada regla, por haber sido anulada¹⁴.

El contenido de las instrucciones provisionales que se dictaron se resume en lo siguiente¹⁵:

a) Con respecto a las pensiones, la entidad gestora seguía aplicando la normativa previa a la sentencia del Tribunal Constitucional, es decir, que, a efectos del acceso a la prestación, los días trabajados y en alta eran objeto de su transformación en días equivalentes a tiempo completo. Los días resultantes, en caso de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, eran objeto de incremento mediante la aplicación del 1,5. Si, una vez aplicadas tales

¹⁴ REQUEJO GUTIÉRREZ, F.: «Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial tras el RD-ley 11/2013, de 2 de agosto», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7/2013 (BIB 2013\ 2138), pág. 2.

¹⁵ PANIZO ROBLES, J. A.: «Las nuevas reglas de Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial». (Comentario de urgencia al contenido del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social), cit.

reglas, el interesado podía acceder a la pensión, el expediente se resolvía estimando la solicitud con carácter provisional, con la eventualidad de su modificación posterior, si por aplicación de la normativa a promulgar, resultaba una cuantía más beneficiosa. En cambio, si tras aplicar las reglas anteriores reglas, no se pudiese acceder a la pensión, se procedía al «bloqueo» del expediente, previamente a la propuesta de resolución, a la espera de la promulgación de la normativa definitiva, y sin perjuicio de la posibilidad del interesado de proceder a la reclamación previa y, en su caso, a la presentación de la correspondiente demanda, cuando transcurriesen los plazos establecidos para el dictado de la resolución y de la reclamación previa.

b) En relación a los subsidios de maternidad, paternidad e incapacidad temporal, y a efectos de la determinación del período mínimo de cotización exigido para cada una de ellas, en las instrucciones administrativas se venía aplicando, de forma provisional, una regla similar a la establecida para las prestaciones por desempleo, de modo que cada día trabajado se computaba como día cotizado, incrementando el resultado por el coeficiente del 1,5 a fin de considerar también los períodos de descanso.

Éste podía haber sido el momento oportuno para dar cumplimiento a la previsión de la disposición adicional 29.^a de la Ley 27/2011, según la cual se emplazaba al Gobierno para que presentara en el plazo de un año (ya transcurrido) y previa discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de ley que mejorara la consideración de los períodos cotizados de los trabajadores a tiempo parcial y en los contratos fijos discontinuos. Plazo que no se cumplió, por lo que esta era una buena ocasión para dar cumplimiento a ese mandato así como a las directrices que sobre la forma en que debía realizarse esa reforma, consistentes en lo que a protección social se refiere en la mejora de la protección social del trabajo a tiempo parcial, en particular mediante el incremento

del coeficiente multiplicador establecido para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente¹⁶. En lugar de ello, el legislador se limitó a una tímida reforma de la disposición adicional séptima LGSS94, con tres líneas de actuación¹⁷:

a) Una nueva regulación para el cálculo de los períodos de cotización que se acrediten bajo la modalidad de trabajo a tiempo parcial.

b) La adecuación de los períodos mínimos de cotización exigidos para cada una de las prestaciones que lo tienen establecido, a los supuestos de trabajo a tiempo parcial.

c) Por último, la forma de computar los períodos cotizados a efectos de la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común.

Al mismo tiempo que se aplicaban las instrucciones provisionales, fue preciso dictar una norma con rango legal –explica el preámbulo de la Ley 1/2014–, con la finalidad de integrar la laguna que la anulación de la regla mencionada produjo en orden al cómputo de los períodos de carencia, para causar derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en el caso de los trabajadores contratados a tiempo parcial. Dicha norma, articulada, a través del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social¹⁸, se basó en que el Gobierno estimó que existen razones de justicia social que aconsejaban flexibilizar el número de años requeridos para acceder a una prestación, de modo que se garantizara

¹⁶ Letra c) de la disposición adicional 29.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

¹⁷ PANIZO ROBLES, J. A.: «Las nuevas reglas de Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial», cit.

¹⁸ El RDL 11/2013, fue tramitado como proyecto de ley y devino finalmente en la Ley 1/2014, de 28 de febrero con la misma denominación, y sin apenas cambios en el contenido de la nueva redacción de la disposición adicional séptima LGSS94, respecto del RDL 11/2013.

en todo momento el principio de igualdad de los trabajadores, tanto para los de tiempo parcial como para los de tiempo completo, dando cumplimiento así a la sentencia del Tribunal Constitucional, con la finalidad de cubrir con urgencia la inconstitucionalidad de la citada regla, como consecuencia de su anulación, en lo relativo al cómputo de los períodos de carencia para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social en el caso de los trabajadores contratados a tiempo parcial.

Por tanto, el objetivo prioritario será mostrar lo más claramente posible, dada la oscuridad del precepto y con ejemplos que arrojen alguna luz, si el solicitante de una prestación de Seguridad Social derivada de un contrato de trabajo a tiempo parcial tiene derecho a la prestación, según se calcule con el anterior sistema o con el nuevo, y además, el importe económico de la prestación que le corresponde en ambos casos. De esta forma puede comprobarse si los cambios se ajustan a las exigencias constitucionales prescritas por las sentencias citadas y si el nuevo procedimiento establecido favorece realmente a los solicitantes.

En esencia, aprovechando la obligada necesidad de realizar los cambios que dicta el Constitucional, los objetivos que se propone el RDL 11/2013, reconocidos por el legislador en su preámbulo, son los siguientes:

1. Dar cobertura adecuada a todas las personas que realizan una actividad laboral o profesional.
2. Mantener los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad que caracterizan el sistema español de Seguridad Social.
3. Mantener la equidad respecto a la situación de los trabajadores a tiempo completo.
4. Evitar situaciones fraudulentas o irregulares, así como evitar la desincentivación de la cotización al Sistema.

Conviene recordar en este punto que nos movemos en una materia de protección social

no laboral en sentido estricto¹⁹, pues como se ha afirmado²⁰, no se trata de una norma para promover el trabajo a tiempo parcial, actualizar o modificar sus parámetros laborales; se trata solamente de ajustar su repercusión en el terreno de la protección de Seguridad Social. Las variaciones se refieren solo al acceso a prestaciones de Seguridad Social, en modo alguno al régimen jurídico del contrato de trabajo a tiempo parcial o a la cotización.

Así pues, sufren cambios en el mecanismo de aplicación de las prestaciones de Seguridad Social derivadas de contratos laborales con jornada reducida, en primer lugar, el período mínimo de cotización exigido, en su caso, cuando el origen de la contingencia sea una enfermedad común, se trate de la pensión de viudedad, a favor de familiares o de la pensión de jubilación y, en segundo lugar, una vez calculada la correspondiente base reguladora (cuyo mecanismo no ha sufrido modificaciones), la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora, que también sufre una modificación importante a raíz de la implantación del denominado coeficiente parcial de globalidad, al que haré referencia a continuación.

4. LA DETERMINACIÓN DEL PERÍODO MÍNIMO DE CARENIA

Es obvio que la STC 61/2013, de 14 de marzo, hizo reaccionar a los poderes públicos, al estimar que existían razones de justicia social que aconsejaban flexibilizar el número de años requeridos para acceder a una prestación derivada de una relación laboral con jornada parcial o reducida, de modo que se garantizara en todo momento el principio de igualdad a los

¹⁹ MOLINA NAVARRETE, C.: «Nuevos Capítulos en una reforma laboral sin líneas rojas: qué hay de nuevo en el RDL 11/2013», Revista de Trabajo y Seguridad Social, núms. 365-366 (agosto septiembre 2013), pág. 75.

²⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Examen del RDL 11/2013, de 2 de agosto: trabajo a tiempo parcial; empleo y desempleo; reestructuraciones empresariales», cit., pág. 9.

trabajadores, a través de la proporcionalidad entre actividades ya sean a jornada completa o a jornada parcial. La nueva redacción de las reglas de funcionamiento recoge, como resalta el preámbulo del RDL 11/2013 y Ley 1/2014, «una fórmula para exigir el mismo esfuerzo a un trabajador a jornada completa y a un trabajador a jornada parcial. El objetivo es, por tanto, evitar que se produzcan efectos desproporcionados entre las cotizaciones realmente efectuadas por el trabajador y la cuantía de la prestación que recibe. Con este propósito, la modificación legal atiende a los períodos de tiempo con contrato vigente a tiempo parcial, de igual modo que cuando se trata de trabajadores a tiempo completo». Todo ello hacía necesaria la creación de una norma que mantuviera la proporcionalidad tanto en el acceso al derecho a las prestaciones, pensiones y subsidios, como en la determinación de su cuantía. Esa norma se contiene en el artículo 5 del RDL 11/2013 y de la Ley 1/2014, que modifica las citadas reglas de la disposición adicional séptima de la LGSS94²¹.

Para una mayor claridad sobre lo que ha significado el cambio de la redacción anterior a la reforma, de la regla segunda del apartado 1, y de la letra c) de la regla tercera, del apartado 1 de la disposición adicional séptima LGSS94²², se incluirán supuestos sobre el tratamiento de diversas prestaciones que derivan de contratos a tiempo parcial, con arreglo a la legislación anterior, e inmediatamente, a continuación con los mismos datos, cómo quedaría según la normativa modificada por el RDL 11/2013, y actualizada con la redacción vigente. De ese modo se comprobará si realmente ha supuesto alguna mejora en términos de equiparación, de los trabajadores a tiempo parcial respecto a los de jornada completa. Ello solo es posible con aquellas prestaciones

de Seguridad Social cuyo origen es una enfermedad común (incapacidad temporal, incapacidad permanente, muerte y supervivencia), maternidad, paternidad o jubilación, puesto que si derivan de accidente de trabajo o de accidente no laboral, no se exige este requisito de la necesidad de acreditar un período previo cotizado, y de ahí la razón de que no figuren prestaciones como las de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural. Sin embargo, tampoco figuran de forma expresa alguna que otra prestación, como por ejemplo la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, de creación relativamente reciente, por la disposición final vigésima primera. Dos de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011²³, que pese a no figurar en la disposición adicional séptima LGSS94 ni en los artículos 245 a 248 LGSS, se regulan en su normativa específica, tanto el período de carencia exigido, como la base reguladora derivada de aquellos contratos suscritos a tiempo parcial.

4.1. Período mínimo de carencia exigido en la normativa anterior

Cuando se aplicaba la anterior normativa²⁴, se computaban exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización, y cada día teórico se hallaba sumando el número de horas efectivamente trabajadas dividido por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales²⁵, asimilándose la fracción del día a un día completo. En el caso de las pensiones de jubilación e incapacidad

²¹ En lo sucesivo debe tenerse en cuenta que el contenido de la disposición adicional séptima.1.Segunda regla LGSS94, una vez modificado por el artículo 5 del RDL 11/2013, coincide con el vigente art. 247 LGSS.

²² Corresponden, respectivamente, a los artículos 247 y 248.3 LGSS.

²³ Desarrollada por Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

²⁴ Letra a) de la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima LGSS94 (anterior al RDL 11/2013).

²⁵ Artículo 3.1. párrafo 1.º del RD 1131/2002.

permanente, se atenúa esta exigencia al señalar que, al número de días teóricos de cotización obtenidos se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización²⁶. Advirtiendo al final, como es lógico, que en ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo.

A lo anterior debía aplicarse lo dispuesto en el artículo 3.1 2º párrafo del RD 1131/2002, según el cual, con carácter general, cuando para causar la prestación correspondiente, el período mínimo exigible debe estar comprendido dentro de un lapso de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante, este lapso debía incrementarse en la misma proporción en que se redujera la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad. Esto era válido para todas las prestaciones, salvo para las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente a las que se les aplicaba otro tratamiento consistente en el incremento del período de carencia genérico con el coeficiente de 1,5. También en este caso se asimila la fracción del día, a un día completo.

A partir del RDL 11/2013, se modifica la determinación de los períodos mínimos de carencia de forma más laboriosa porque se deben observar una serie de pasos que intentan mejorar las condiciones de la anterior regulación, pero que una vez redactado el texto definitivo, en modo alguno se exige –como parece indicar el preámbulo del RDL 11/2013–, el mismo esfuerzo a un trabajador a jornada completa y a un trabajador a jornada parcial, pese al intento de equipararles, separándose en este punto de forma manifiesta del Acuerdo previo, suscrito con los interlocutores sociales.

²⁶ Letra b) de la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima LGSS94 (anterior al RDL 11/2013).

A continuación se proponen algunos ejemplos: para el caso de las prestaciones por incapacidad temporal, y otro supuesto de la pensión de jubilación), en que según la anterior normativa no tendrían derecho, y sin embargo, con los mismos datos, sí que causarían derecho a las correspondientes prestaciones con la regulación vigente. Con la advertencia de que eso no significa que se haya alcanzado el ideal en estos supuestos, sino que vamos camino de ello.

4.1.1. *Incapacidad temporal*

Un caso práctico sobre el mecanismo de la normativa anterior sería el de un trabajador que es baja por incapacidad temporal, y ha prestado servicios durante 300 días a razón de 2 horas al día, totalizará 600 horas que agrupadas en días teóricos de 5 horas, resultará un total de 120 días teóricos, por lo que no alcanza el período mínimo de carencia establecido de 180 días cotizados. No haría falta, en este caso, determinar cuál sería el período dentro del cual debe cumplir con el requisito del período de carencia mínima genérica de los 180 días, pues entre todas sus cotizaciones solo alcanza los 120 días, y ni siquiera podría acudir al cómputo de los días cuota, pues tampoco alcanzaría el período mínimo de cotización exigido.

Para el caso de que hubiera alcanzado los 180 días teóricos, como su jornada durante todo el período era de 2 horas, equivalente al 25% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, hubiera resultado que ese período de 5 años, se hubiera incrementado en la misma proporción a la reducción de la jornada habitual, es decir, se trataría de un 75% de ampliación del período, con lo que hubiera podido acreditar los 180 días teóricos cotizados, en un período de 8,75 años, en lugar de los 5 años a jornada completa.

Este mismo procedimiento es el que se aplicaba para los supuestos de prestaciones de maternidad y paternidad.

4.1.2. *Pensión de jubilación*

Si se trata de un trabajador que solicita la pensión de jubilación con la edad ordinaria prevista legalmente²⁷, se pregunta si tendría derecho a la pensión en el caso de que acredite los siguientes períodos de carencia:

- 2.600 días a tiempo parcial de 2 horas [$\frac{1}{4}$ (0,25%) de la jornada ordinaria a tiempo comparable].
- 720 días a tiempo completo (días de 8 horas)
- 2.500 días a tiempo parcial de 4 horas [$\frac{1}{2}$ (0,50%) de la jornada ordinaria a tiempo comparable].

Si se aplicara la anterior normativa, debe tenerse en cuenta que para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a la pensión de jubilación²⁸, «se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales»²⁹. En este caso, los 2.600 días de 2 horas equivalen a 5.200 horas, y los 2.500 días de 4 horas equivalen a 10.000 horas, que sumados resultan 15.200 horas que divididas entre 5 dan como resultado: 3.040 días.

A continuación, y solo para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de co-

²⁷ Como es sabido, la edad mínima para el acceso a la pensión de jubilación en 2016, es de 65 años con 36 años o más cotizados o, 65 años y cuatro meses con menos de 36 años cotizados según prevé la disposición transitoria vigésima LGSS94 (ahora en la disposición transitoria séptima LGSS).

²⁸ Así como las de incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad derivados de enfermedad común.

²⁹ Disposición adicional séptima regla segunda a) LGSS94 (normativa anterior a la entrada en vigor del RDL 11/2013).

tización obtenidos (3.040 días) se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización³⁰.

Como es obvio, en ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo.

Así pues, $3.040 \times 1,5 = 4.560$ días, que son los días teóricos que resultan de las cotizaciones que se derivan de los contratos a tiempo parcial. A ello le sumamos los 720 días a jornada completa, resulta un total de 5.280 días cotizados, inferior a los 5.475 días (15 años) de cotización mínima exigida para acceder al derecho, en consecuencia, en este caso, con la anterior normativa a la entrada en vigor del RDL 11/2013, el trabajador no tendría derecho a la pensión de jubilación. Como en la pensión de jubilación no se aplica la posibilidad de cómputo de los días cuota, el trabajador no reúne definitivamente el requisito del período exigido de cotización.

Este mismo procedimiento (para los supuestos de pensión de jubilación y pensión de incapacidad permanente) es el que debía aplicarse para las prestaciones de maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo, aunque sin aplicar el coeficiente multiplicador 1,5.

4.2. *Las nuevas reglas que establecen el período mínimo de carencia*

Con la entrada en vigor del nuevo texto refundido que aprueba la Ley General de la Seguridad Social, por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, la redacción sobre las reglas el cómputo de los períodos de cotización se contienen en el artículo 247 LGSS (anterior regla segunda de la disposición adicional séptima.1 LGSS94), resultando quizá algo

³⁰ Disposición adicional séptima regla segunda b) LGSS94 (normativa anterior a la entrada en vigor del RDL 11/2013).

más intrincadas, pero a cambio, son de aplicación más general, al no distinguir mejoras para determinadas prestaciones (me refiero al incremento del 1,5 en el caso de la pensión de jubilación y de incapacidad permanente), dirigiéndose explícitamente a los solicitantes de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad.

El art. 247 LGSS incluye, respecto de la anterior normativa, la novedad de que para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones, se aplicarán una serie de conceptos nuevos, como es el coeficiente de parcialidad o el coeficiente global de parcialidad, que paso a comentar.

4.2.1. Coeficiente de parcialidad

Para determinar el denominado *coeficiente de parcialidad*, se tendrán en cuenta los períodos durante los que el trabajador ha permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. A este respecto, debe tenerse en cuenta que si se trata de un trabajador a tiempo parcial con jornada concentrada el periodo considerado no será solo el de los días en que se concentra el trabajo sino todo el periodo durante el cual se extiende el contrato. En cambio, en los casos de trabajo a tiempo parcial discontinuo los periodos en alta que deben computarse serán solamente aquellos en los que se realiza actividad o los periodos en situación de desempleo contributivo³¹.

A. Concepto

El coeficiente de parcialidad, viene determinado por la empresa al formalizar el alta en la Seguridad Social y consiste en un porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial

³¹ ROMERO RÓDENAS, M. J.: «La protección social de los trabajadores a tiempo parcial tras las últimas reformas», Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 171/2014 BB 2014/4507, pág. 12.

respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, que se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada periodo. Esto significa, que se considerarán los días, a tiempo parcial aplicándoles el coeficiente de parcialidad (porcentaje de la jornada realizada) que no es otra cosa que la consideración de la jornada realmente realizada (trabajada)³², en lo que tradicionalmente se venía denominando más propiamente como *días teóricos*³³.

Así por ejemplo, si un trabajador ha prestado servicios con un contrato a tiempo parcial cuyo coeficiente de parcialidad representa el 65% (durante el período: 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2009 ¿Cuántos días se considerarán efectivamente cotizados a efecto del derecho a las prestaciones?

En principio, si fuera a tiempo completo serían 365 días × 3 años = 1.095 días. Al aplicársele el coeficiente de parcialidad, serán 1.095 días al 65%: 711,75 días (coeficiente de parcialidad).

A continuación, al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado, el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones. Obsérvese que en esta nueva regla, no se consideran las horas como se hacía en la regla anterior sino que se considera directamente

³² Obsérvese que no se dice jornada «cotizada» sino «trabajada».

³³ Esta denominación de «días teóricos», tan clarificadora que figuraba en la anterior normativa y en otras más antiguas, se abandona, sustituyéndose por la expresión: «... número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período». Denominación que la doctrina se resiste a abandonar, como se observa en PANIZO ROBLES, J. A.: «Las nuevas reglas de Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial. Comentario de Urgencia al contenido del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social», cit.

el porcentaje respecto de la jornada a tiempo completo comparable.

Los coeficientes de parcialidad se aplican a todos los trabajos a tiempo parcial, como viene indirectamente a admitir el preámbulo del RDL 11/2013, cuando afirma que la inconstitucionalidad afectaba a «los periodos acreditados con contrato de trabajo a tiempo parcial, incluidos los contratos de trabajo fijo-discontinuo a tiempo parcial o completo, con independencia de que la reducción de jornada se realice en cómputo diario, semanal, mensual o anual»³⁴. Por otro lado, su cómputo incluirá, pues la ley no distingue, las horas ordinarias de jornada laboral, complementarias y extraordinarias (fuerza mayor)³⁵.

B. Cotizaciones reales y asimiladas

Además de las cotizaciones anteriores, podrán ser tenidas en cuenta, no solo las efectivamente ingresadas, también aquellas otras ficticias que de acuerdo con la normativa de cada prestación el trabajador tuviera derecho, y que se otorgan con la finalidad de que el trabajador acredite el período mínimo de carencia exigido para acceder al derecho de la correspondiente prestación. Tales prestaciones que se pueden lucrar mediante cotizaciones ficticias (asimiladas a las reales) consideradas en determinados supuestos, son las siguientes³⁶:

³⁴ Si bien, tal extensión no figura en el articulado del precepto citado.

³⁵ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Protección social del trabajo a tiempo parcial según el RDL 11/2013, de 2 agosto», Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 7/2013, parte: La Reforma de la Seguridad Social (revista electrónica).

³⁶ En este apartado seguiré el esquema de ROMERO RÓDENAS, M. J.: «La protección social de los trabajadores a tiempo parcial tras las últimas reformas», cit., págs. 13-15, quien recuerda que en todos los supuestos que siguen a continuación las cotizaciones computables se toman en consideración no solo para acreditar el periodo de carencia que permite el acceso a las prestaciones, sino también para el cálculo del porcentaje aplicable a la base reguladora para cuantificar el importe de la pensión de jubilación o, en su caso para determinar la base reguladora de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común.

a) Días cuota (se aplican a todas las prestaciones, salvo jubilación y prestación por desempleo)

Para el caso de que no se alcance el período mínimo de carencia exigido, se aplica para todas las prestaciones salvo para la pensión de jubilación, el mecanismo de los *días cuota*, que supone adicionar dos meses de pagas extraordinarias por cada año como tiempo cotizado³⁷.

b) Días que resten hasta el agotamiento del subsidio de incapacidad temporal (se aplican a las prestaciones de incapacidad permanente)

«En el caso de trabajadores que, encontrándose en situación de incapacidad temporal o de prórroga de sus efectos³⁸, no hayan llegado a agotar el período máximo de duración de la misma, incluida su prórroga,... **los días que falten para agotar dicho período máximo se asimilarán a días cotizados**³⁹ a efectos del cómputo del período mínimo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de invalidez permanente»⁴⁰.

³⁷ STS de 10 de junio de 1974. Conviene advertir que tal mecanismo de considerar los días cuota a efectos de acreditar el período mínimo de carencia exigida según la correspondiente prestación, fue eliminado definitivamente en la pensión de jubilación, por la disposición derogatoria única.uno.a) del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, que suprime el período gradual que se preveía hasta su completa desaparición, de acuerdo con la disposición transitoria cuarta LGSS94, en la redacción de la Ley 40/2007.

³⁸ Según las SSTs 13 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 997), 13 de marzo de 2007 (RJ 2007, 3184), 14 de febrero de 2005 (RJ 2005, 4104), 2 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 258), 14 de mayo de 2004 (RJ 2004, 4105) y 2 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1837), resulta imprescindible en estos supuestos que para llevar a cabo dicho cómputo se haya accedido a la situación de incapacidad temporal y que se dé solución de continuidad entre esta y la incapacidad permanente.

³⁹ Debe tenerse en cuenta que a este periodo que falta para agotar la incapacidad temporal no se le aplica la parte proporcional de pagas extraordinarias, de forma que se computan como días naturales y no como días cuota [STS 10 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10069)].

⁴⁰ Artículo 4.4 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, modificado por la disposición adicional séptima del Real

c) Días por parto (se aplican a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente)

«Se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple⁴¹, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda»⁴².

d) Períodos en situación de maternidad o paternidad una vez extinguido el contrato (se aplican a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad, paternidad, desempleo y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave)

Será considerado como período de cotización efectiva «el período por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo»⁴³.

e) Períodos de excedencia por cuidado de hijos y otros familiares (se aplican a las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad)

Tendrán la consideración de período de cotización efectiva, a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente,

muerte y supervivencia, maternidad y paternidad los tres años de período de excedencia que los trabajadores (artículo 46.3 ET), disfruten por cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción⁴⁴.

Asimismo, se considerará efectivamente cotizado, a efecto de las citadas prestaciones pero solo⁴⁵ por el primer año del período de excedencia, de acuerdo con el artículo 46.3 ET, por cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida⁴⁶.

f) Períodos de suspensión por violencia de género (se aplica a prestaciones de Seguridad Social y Desempleo)

En los casos de suspensión de contrato por violencia de género se considera cotización efectiva todo el tiempo que dure la suspensión hasta un máximo de 6 meses, pudiendo ser objeto de prórroga por periodos de tres meses y hasta un máximo de 18 meses.

De manera que la suma de los períodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial para el cálculo del coeficiente de parcialidad incluirá las cotizaciones a tiempo completo reales y las ficticias.

En suma, el cómputo que se debe considerar como cotizado a efectos de acreditar la carencia será la suma de los siguientes períodos⁴⁷:

- Los días de alta en cada uno de los períodos a tiempo parcial multiplicados por el coeficiente de parcialidad correspondiente a cada uno de ellos.

Decreto 4/1998, de 9 de enero sobre revalorización de pensiones para 1998 (BOE del 10). Así como el artículo 2 del Decreto 394/1974, de 31 de enero, sobre invalidez permanente por enfermedad común (BOE del 19 de febrero).

⁴¹ Según la STS 18 de noviembre de 2103 (RJ 2013, 8127), desestimación por falta de cobertura del período de carencia específico, al no aplicarse los días asimilados por parto, cuando los partos no coinciden con el citado período.

⁴² Disposición adicional cuarenta y cuarta LGSS94 (actual artículo 235 LGSS).

⁴³ Artículo 165.6 LGSS.

⁴⁴ Artículo 237.1 LGSS.

⁴⁵ Artículo 21 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Violencia de Género y artículos 45.1.n) y 48.6 ET.

⁴⁶ Artículo 237.2 LGSS.

⁴⁷ Instrucciones de la Secretaría de Gabinete y Gestión Pública (SGGP) de 23 de octubre de 2013.

- Los días cotizados a tiempo completo.
- Los restantes días asimilados (ficticios) legalmente que se acaban de analizar (días por parto, por cuidado de hijos y menores etc.).
- A diferencia de la normativa anterior, para la acreditación de las carencias no se tendrán en cuenta los días que resulten de aplicar el coeficiente 1,5 a los días efectivamente cotizados en régimen de contrato a tiempo parcial o fijo discontinuo.

4.2.2. *Coficiente global de parcialidad*

En la nueva regulación, una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el denominado *coeficiente global de parcialidad*⁴⁸, que deberá calcularse siempre que exista algún período de cotización con relación laboral o estatutaria a tiempo parcial. La excepción se encuentra, cuando se trate de períodos correspondientes a jubilación parcial que se simultanea con un contrato a tiempo parcial⁴⁹.

El coeficiente global de parcialidad es el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador, sin que pueda ser superior al 100%⁵⁰.

Con la nueva regulación, lo que se reduce exactamente es el período de cotización exigido, sin que se amplíe el período dentro del cual habrá de estar comprendida la carencia espe-

cífica (como sucedía en la normativa anterior), que seguirá siendo el establecido con carácter general para la correspondiente prestación. Esa reducción del período mínimo de carencia exigido se realizará mediante la aplicación del coeficiente global de parcialidad al período mínimo de cotización exigido con carácter general, según la prestación de que se trate⁵¹.

En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

A. *No se computan los días asimilados o ficticios*

Al representar el coeficiente global de parcialidad el número de días trabajados y acreditados como cotizados, no parece que deban computarse como asimilados los ficticios que me he referido antes, porque la norma se refiere a «número de días trabajados y acreditados como cotizados», y la cotización ficticia no se refiere a «días trabajados ni cotizados»⁵². Por lo tanto, cabe concluir que todos los días teóricos que no correspondan a cotizaciones reales «trabajadas» a las que me he referido antes no se deberán tener en cuenta y en particular las siguientes circunstancias⁵³:

⁵¹ El resultado del coeficiente global de parcialidad no admite decimales (Instrucciones de la SGGP de 23 de octubre de 2013).

⁵² ROMERO RÓDENAS, M. J.: «La protección social de los trabajadores a tiempo parcial tras las últimas reformas», cit., págs. 15-16. En el mismo sentido, BARCELÓN CABEDO, S.: Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social (con las reformas introducidas por el RDL 11/2013), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 97; LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos, Bomarzo, Albacete, 2014, pág. 40.

⁵³ Instrucciones de la SGGP de 23 de octubre de 2013, modificadas en 21 de noviembre de 2013.

⁴⁸ Ese coeficiente global de parcialidad se determina, dividiendo el número de días que se obtiene, una vez aplicado el porcentaje de reducción (días teóricos), entre los días de alta, con independencia de si se trata de días trabajados a tiempo completo o a tiempo parcial.

⁴⁹ Instrucciones de la SGGP de 23 de octubre de 2013, modificadas en 21 de noviembre de 2013.

⁵⁰ La forma de cálculo consiste en multiplicar el número de días cotizados por 100 y dividirlo por el número de días en alta, considerándose con dos decimales (Instrucciones de la SGGP de 23 de octubre de 2013).

- Por cuidado de hijos o menores, por prestación de servicio militar obligatorio o prestación social obligatoria.
- Períodos de percepción de subsidio por desempleo de mayores de 52 ó 55 años.
- Días cuota por pagas extras.
- Días de incapacidad temporal en pago directo.
- Los días que se incrementan por la aplicación del coeficiente 1,5 a los períodos cotizados a tiempo parcial y fijo discontinuo.

B. Período sobre el que debe calcularse el coeficiente global de parcialidad

Aunque la norma no lo especifica, se ha planteado alguna duda sobre la forma de cálculo del coeficiente global de parcialidad que debe aplicarse para fijar la carencia específica. Concretamente, si el coeficiente global de parcialidad debe calcularse sobre toda la vida laboral del trabajador en que estuvo dado de alta o exclusivamente sobre el período de carencia específica que corresponda⁵⁴, aun cuando siendo responsable del pago se haya incumplido la obligación de cotizar, estén o no prescritos, salvo los períodos asimilados indicados como no computables.

Sobre esta cuestión, parece claro que la aplicación del coeficiente global de parcialidad para determinar la carencia da lugar a que trabajadores con mayor período de trabajo a tiempo completo necesita una carencia específica mayor que la exigida a los que tengan más tiempo trabajado a tiempo parcial. Si bien esto se produce a causa del funcionamiento del coe-

ficiente global de parcialidad, que tiene lugar, en el caso de la carencia genérica y, además, no necesariamente se evitaría respecto de la específica, por tomar en consideración un período menor para fijar el coeficiente, ya que también a los trabajadores que tuvieran cotizado mayor período a tiempo completo dentro del correspondiente período de carencia específica correspondiente, se les exigiría una carencia específica mayor.

A este respecto, el coeficiente global de parcialidad aplicable para determinar la carencia específica exigible para causar las prestaciones de incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia, se calculará teniendo en cuenta toda la vida laboral del trabajador⁵⁵.

C. El período mínimo de carencia exigido

Como consecuencia de lo anterior, el período mínimo de cotización exigido a un trabajador a tiempo parcial será diferente al establecido para el trabajador a tiempo completo, porque deberá ser proporcional a su situación de parcialidad, computando toda la vida laboral del trabajador.

El resultado final de esta operativa en orden a la verificación de las carencias, tanto genéricas como específicas, coincide sustancialmente con el que se alcanzaría aplicando las reglas de carencia del trabajo a tiempo completo a trabajadores/as a tiempo parcial, la conclusión subsiguiente es la de que, después de tantos años de reivindicaciones doctrinales, se ha salvado la vulneración del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación sexista anteriormente existente en cuanto al cómputo de las carencias exigidas para el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social⁵⁶.

⁵⁴ Así, el período de cotización que ha de acreditarse dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho a la pensión de jubilación [artículo 205.1.b) LGSS], dentro de los últimos diez años en el caso de la prestación por incapacidad permanente (apartados 2 y 3 del artículo 195 LGSS), o dentro de los cinco que preceden al fallecimiento si se trata de las de viudedad o en favor de familiares (artículos 219.1, primer párrafo, LGSS y 40 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre).

⁵⁵ Criterio 5/2013 INSS.

⁵⁶ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Protección social del trabajo a tiempo parcial según el RDL 11/2013, de 2 agosto», Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 7/2013, parte La Reforma de la Seguridad Social (revista electrónica).

Por no extenderme a todo el arco prestacional, volveré a los dos ejemplos que vimos sobre incapacidad temporal y jubilación de la anterior regulación para comprobar si la redacción de la anterior disposición adicional séptima LGSS94, en la redacción del RDL 11/2013 resulta más equitativa. En realidad, el subsidio de incapacidad temporal y la pensión de jubilación representan las dos clases de prestaciones tipo que presentan alguna diferencia entre ellas, como son, las pensiones (prestaciones periódicas vitalicias) y los subsidios (prestaciones periódicas temporales). Partiendo del mecanismo que se ha modificado por la normativa, se puede extrapolar su aplicación en otras prestaciones como los subsidios por maternidad, paternidad, las pensiones de incapacidad permanente o, de viudedad y orfandad.

Concretamente, en el supuesto de un trabajador con distintos coeficientes de parcialidad correspondientes a diferentes períodos de su vida laboral o en caso de alternar períodos a tiempo parcial con períodos a jornada completa, para determinar el coeficiente global de parcialidad se multiplicará cada uno de esos coeficientes por el número de días de ese período. Finalmente, se sumará el número total de días resultante y se dividirá por el número total de días en alta (obteniendo así el coeficiente global de parcialidad)⁵⁷.

Pero veamos cómo queda con la nueva regulación la situación de los dos ejemplos propuestos según la normativa anterior:

a) *Incapacidad temporal*

En el caso del ejemplo propuesto, se recordará que se trataba de un trabajador que fue baja por incapacidad temporal, que había prestado servicios durante 300 días a razón de 2 horas al día (25% de la jornada a tiempo

completo comparable), y que con la anterior regulación no alcanzaba el período mínimo de carencia establecido de 180 días cotizados, pues tan solo podía acreditar 120 días cotizados.

Con la nueva regulación, se deberá dividir entre 300 (días en alta), los días considerados una vez aplicado el correspondiente porcentaje del 25% = 75 días. Es decir, $75: 300 = 0,25$ que, al existir solo días cotizados a tiempo parcial será el aplicable a los 300 días, resultando 75 días. De modo que no solo no alcanza los 180 días, sino que ni siquiera acreditaría los 120 días de la regulación anterior. Sin embargo, no termina aquí el mecanismo de la nueva regulación, pues lo más interesante radica en que, a diferencia de la normativa anterior, ese porcentaje del 25% no solo se aplica para determinar el período que acredita el trabajador a lo largo de su vida laboral (en este ejemplo 75 días), sino que también se aplica al período mínimo de cotización o carencia exigido, lo que facilita que el solicitante cumpla con este requisito, ya que reduce también el requisito en proporción el tiempo trabajado a tiempo parcial, como explica el apartado c) del artículo 247 LGSS⁵⁸.

De manera, que ese mismo 25% habría que aplicárselo al período mínimo de carencia exigida que son 180 días cotizados anteriores a momento del hecho causante. Y así, el 25% de 180 días se convierte en 45 días de cotización exigidos. Como el trabajador acredita 75 días, se comprueba que con la nueva regulación, el trabajador que es baja por incapacidad temporal por enfermedad común, habiendo cotizado 300 días con un 25% de la jornada a tiempo comparable cumple esta primera parte del requisito del período de carencia mínimo exigido.

Pero tampoco acaba aquí el supuesto, pues, en los casos en que se exija que parte o la tota-

⁵⁷ Nota informativa sobre las modificaciones en materia de protección de los trabajadores a tiempo parcial, introducidas por el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas en el orden económico y social. Secretaría de Estado de la Seguridad Social. pág. 2.

⁵⁸ «El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refiere la letra b)» [artículo 247.c) LGSS].

lidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación⁵⁹. De modo que esos 45 días exigidos deberán cumplirse en los últimos 5 años, como exige la normativa sobre los requisitos del subsidio de incapacidad temporal.

En este sentido, no se modifica, a diferencia de la normativa anterior, el período dentro del cual debe acreditarse la cotización exigida, pues la aplicación del mismo porcentaje o coeficiente global de parcialidad que se aplicó para determinar los días acreditados, es el que se aplica también sobre el período de carencia exigido. Esto lo veremos de forma más clara en el supuesto de la pensión de jubilación.

Lo mismo cabría decir respecto de los subsidios por maternidad y por paternidad, derivados de contratos a tiempo parcial, porque una vez computados los días efectivamente cotizados, según su coeficiente de parcialidad, hay que determinar el período mínimo de cotización exigible en cada caso, a cuyo efecto, el período mínimo exigido con carácter general (90 o 180 días en los últimos 7 años, según la edad y el subsidio) se reducirá en proporción al coeficiente global de parcialidad que acredite el trabajador dentro del período de los 7 últimos años. O bien, para determinados subsidios de maternidad y paternidad, en su caso, habría que tener en cuenta toda la vida laboral.

b) *Pensión de jubilación*

En el caso del trabajador que solicitaba la pensión de jubilación del ejemplo examinado según la normativa anterior, y que solicita la pensión de jubilación con la edad ordinaria legal prevista, nos cuestionamos, si con la regu-

lación establecida por el RDL 11/2013, tendría derecho a la pensión acreditando los mismos períodos de carencia, es decir:

- 2.600 días a tiempo parcial de 2 horas [$\frac{1}{4}$ (0,25%) de la jornada ordinaria a tiempo comparable].
- 720 días, a tiempo completo (jornada diaria de 8 horas).
- 2.500 días a tiempo parcial de 4 horas [$\frac{1}{2}$ (0,50%) de la jornada ordinaria a tiempo comparable].

La nueva regla, resulta menos clara que la anterior porque introduce una serie de conceptos que no se definen con la suficiente nitidez y se precisa estar atento a cada palabra y a su conexión con las de su entorno.

En el ejemplo propuesto al inicio, la modificada regla segunda citada se traduce en lo siguiente:

1. Días que se consideran efectivamente trabajados derivados de contratos a tiempo parcial:

2.600 días al 25% (coeficiente de parcialidad) = 650 días considerados efectivamente cotizados.

2.500 días al 50% (coeficiente de parcialidad) = 1.250 días considerados efectivamente cotizados.

$(650 + 1.250) = 1.900$ días en total considerados efectivamente cotizados.

2. Días en alta:

$2.600 + 2.500 + 720 = 5.820$ días en alta.

3. Días en total que se consideran efectivamente trabajados:

$650 + 1.250 + 720 = 2.620$ días cotizados.

4. Coeficiente parcial de globalidad:

$2.620 \times 100 : 5.820 = 45\%$ (coeficiente global de parcialidad).

⁵⁹ Artículo 247.c) segundo párrafo LGSS.

Este coeficiente global de parcialidad se aplicará al período mínimo de carencia general (5.475 días, en el caso de jubilación) para determinar el período mínimo exigible de cotización para acceder al derecho a la misma.

5. Período mínimo de carencia exigido.

$$15 \text{ años} = 5.475 \text{ días} \times 45\% = 2.463,75 \text{ días.}$$

Por lo que el período mínimo que se le exigirá al trabajador del ejemplo para tener derecho a la pensión de jubilación será de 6 años y 9 meses, o lo que es lo mismo, 2.463 días (que es el resultado de aplicar el 45% al período mínimo exigible con carácter general que son 15 años o 5.475 días).

6. Período de carencia específico.

Para determinar la carencia específica, en lugar de los dos años (730 días) dentro de los 15 últimos (exigidos para los contratos a tiempo completo), se exigirá el tiempo correspondiente y proporcional según el coeficiente global de parcialidad, del trabajador a tiempo parcial, y también incluidos dentro de los 15 últimos años.

$$(2 \text{ años en los últimos 15 años}) 730 \text{ días al } 45\% = 328,50 \text{ días (en los últimos 15 años)}$$

En la siguiente tabla figuran los días en alta y los coeficientes de parcialidad:

JUBILACIÓN DEL TRABAJADOR A TIEMPO PARCIAL

DÍAS EN ALTA	Coficiente de parcialidad	Días cotizados (días en alta × coeficiente de parcialidad)
2.600	25%	650
2.500	50%	1.250
720	100%	720
Total: 5.820	Coficiente global de parcialidad 45%	Total: 2.620

De modo que el coeficiente global de parcialidad correspondiente a toda su vida laboral, será del 45%. Resultado de: (días de cotización acreditados × 100) dividido por los días en alta, es decir, $2.620 \times 100 / 5.820 = 45\%$ (regla de tres).

Con la nueva normativa, en el ejemplo propuesto, en lugar de 5.475 días, se le exige al trabajador haber cotizado un mínimo de 2.463 días (carencia genérica) de ellos 328 en los últimos 15 años (carencia específica).

Al haber acreditado el trabajador un total de 2.620 días cotizados, supera los 2.463,75 exigidos, si de ellos 328 días, los ha cotizado en los últimos 15 años, tendrá derecho a la pensión de jubilación. Tampoco se modifica, a

diferencia de la normativa anterior, el período dentro del cual debe acreditarse la cotización exigida.

De modo que el período de cotización a tiempo parcial computable para el requisito de carencia (período mínimo de cotización exigido), será, por tanto, el resultado de aplicar al período de alta el coeficiente de parcialidad correspondiente sobre la base del porcentaje de jornada que realice el trabajador en relación a la jornada habitual de la actividad. En suma, respecto de las condiciones de acceso a las prestaciones, la nueva regulación determina que el período mínimo de cotización exigido para causar derecho a una prestación será el exigido con carácter general, reducido en proporción a la parcialidad (coeficiente global de

parcialidad) acreditada por el trabajador a lo largo de su vida laboral⁶⁰.

La consecuencia, es que con la nueva regla el mismo trabajador del ejemplo tendrá derecho al subsidio por incapacidad temporal y a la pensión de jubilación, como consecuencia de la aplicación de unas reglas más equitativas basadas en la proporcionalidad, según la jornada trabajada, mientras que con la normativa anterior al RDL 11/2013, no tenía derecho, pese a la incorporación del coeficiente multiplicador, de 1,5 en el caso de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común o, a la ampliación del período considerado para cumplir con el requisito de la cotización mínima exigida.

5. LOS CAMBIOS EN LA CUANTÍA DE LAS PRESTACIONES

Quizá sea este aspecto de la determinación del importe de las prestaciones el que menos modificaciones ha sufrido, si bien es cierto, los cambios no han sido efectuados de forma genérica como en la determinación del período de carencia, sino se ha particularizado por cada prestación. Por de pronto, el importe de las prestaciones derivadas de un contrato a tiempo parcial se determina partiendo del cálculo de la base reguladora. Si bien, ya antes de la reforma, el modo de cálculo difería según procediera la prestación, de contingencias comunes o de contingencias profesionales; y a su vez, según se tratara de contratos a tiempo completo o a tiempo parcial, teniéndose en cuenta también en este último caso para la determinación de la base reguladora las horas extraordinarias⁶¹, en su caso. A continuación, una vez determinada la base reguladora, procede aplicarle el porcentaje previsto para la

correspondiente prestación. Cabe señalar, a este respecto, que la nueva regulación mantiene básicamente la normativa anterior en lo que atañe a la base reguladora, sin embargo, realiza diversos cambios en la forma de cálculo del porcentaje, cuando ese porcentaje está en relación con los períodos cotizados por el trabajador a lo largo de toda su vida laboral.

5.1. Base reguladora

Para determinar el importe de las prestaciones derivadas de contratos a tiempo parcial misma, se debe partir de la base reguladora correspondiente. Y esa base reguladora ha experimentado algunos cambios con la nueva normativa, que se contiene básicamente en el art. 248 de la LGSS y que se irá analizando a continuación, sin que se haya referido a otras prestaciones como las de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural⁶² o prestación económica por menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, por lo que habrá que acudir a su regulación específica.

5.1.1. Incapacidad temporal

La base reguladora diaria de la prestación por incapacidad temporal desde 1 de enero de 2015⁶³, es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización a tiempo parcial acreditadas desde la última alta laboral, con un máximo de tres meses inmediatamente anteriores al del hecho causante, entre el número de días naturales comprendidos en el período. La prestación económica se abonará durante todos los días naturales en que el interesado

⁶⁰ Nota informativa sobre las modificaciones en materia de protección de los trabajadores a tiempo parcial, introducidas por el Real Decreto-Ley 11/2013, cit., págs. 3-4.

⁶¹ ROMERO Ródenas, M. J.: «La protección social de los trabajadores a tiempo parcial tras las últimas reformas», cit., pág. 18-19.

⁶² Sobre el contenido, véase el art. 34.4 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.

⁶³ Según el apartado 1 regla 3.ª a) párrafos 2.º y 3.º de la disposición adicional séptima LGSS94, añadidos con efectos de 1 enero 2015 y vigencia indefinida por disposición final 3 de la Ley núm. 36/2014, de 26 de diciembre.

se encuentre en la situación de incapacidad temporal⁶⁴.

En consecuencia, debemos entender que desde la citada fecha, la forma de calcular la prestación por incapacidad temporal derivada de un contrato a tiempo parcial se realizará solamente de esta última forma, sin distinguir si el trabajador se encuentra de alta en la Seguridad Social en una empresa o si ha interrumpido la actividad.

Con respecto a la determinación de la base reguladora del subsidio de incapacidad temporal de un trabajador fijo discontinuo, que presta servicios y percibe prestaciones por desempleo, deben computarse no solo las cotizaciones efectuadas por la empresa en períodos de tiempo trabajados sino también las cotizaciones efectuadas por la entidad que abona las prestaciones por desempleo durante los períodos de inactividad⁶⁵.

5.1.2. *Subsidios por maternidad y por paternidad*

La base reguladora diaria de los subsidios por maternidad y por paternidad, seguirá siendo el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365⁶⁶.

De ser menor la antigüedad en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que estas correspondan⁶⁷. El abono del subsidio por maternidad tendrá lugar durante todos los días, mientras permanezca en dicha situación con la duración legalmente prevista para los períodos de descanso por las situaciones protegidas de maternidad, adop-

ción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente⁶⁸.

Aunque nada se dice respecto al subsidio por paternidad respecto al abono y a la duración del mismo, por analogía cabría extender a éste lo previsto para el subsidio por maternidad.

Cabe señalar, que estas prestaciones podrán reconocerse mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, tomando la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema, en tanto no esté incorporada a dichas bases la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso, suspensión del contrato o permiso que se disfruten, momento en el que se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda⁶⁹. Se remite el mismo tratamiento previsto para los supuestos en que tales prestaciones derivan de contratos a tiempo completo, por lo que quizá podría haberse omitido tal apreciación.

La incorporación de estas reglas, es de aplicación solamente para aquellos subsidios de maternidad o paternidad derivados de contratos a tiempo parcial, no siendo ampliables para los trabajadores que disfrutaban del período de descanso por maternidad o paternidad en régimen de jornada parcial, que tienen su tratamiento específico y que la nueva normativa no ha variado.

5.1.3. *Pensiones de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia*

En principio, según el artículo 248.a.) de la LGSS, la base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se calculará conforme a la regla general establecida para cada una de tales pensiones⁷⁰.

⁶⁸ Artículo 6.3 RD 1131/2002.

⁶⁹ Artículo 248.b) segundo párrafo LGSS.

⁷⁰ Para la jubilación se aplica el art. 209 así como la disposición transitoria octava de la LGSS; y para la incapacidad permanente, se aplicarán las reglas del art. 197 de la LGSS, en caso de que derive de contingencias comunes. En cambio, si la

⁶⁴ Ello se corresponde con el artículo 248.c) LGSS.

⁶⁵ STS 22 julio 2014 (RJ 2014, 5205).

⁶⁶ Artículo 248.b) LGSS.

⁶⁷ Artículo 6.2, 2.º párrafo, RD 1131/2002.

En relación a la integración de lagunas que vienen precedidas de contratos a tiempo parcial, se mantiene la misma redacción en lo que se refiere al tratamiento de la integración de los períodos en los que no haya existido obligación de cotizar. En concreto —señala la norma⁷¹— «a efectos de calcular las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido la obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término». No parece que exista duda sobre la forma de aplicación, pues en tales casos, deberá completarse cada laguna, con la base de cotización mínima horaria que correspondería al último contrato a tiempo parcial, anterior a la correspondiente laguna. No se consideran lagunas de cotización las horas o días en que no se trabaje en razón a las interrupciones en la prestación de servicios derivadas del contrato a tiempo parcial, con la excepción de los períodos entre campañas de los trabajadores con contrato de trabajo fijo-discontinuo⁷².

Asimismo, a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente, no procede integrar con bases mínimas de cotización de trabajadores mayores de 18 años los meses en que, dentro del período de cálculo, aparecen bases de cuantía inferior

incapacidad deriva de accidente no laboral se aplica el art. 5.4. del RD 1799/1985 (en alta en la Seguridad Social) y el art. 7.1 del RD 1646/1972, de 23 de junio (en caso de no estar de alta en la Seguridad Social); y si deriva de contingencias profesionales Disposición adicional undécima del Real Decreto 4/1998, de 9 de enero, de revalorización de pensiones para 1998, en relación con el artículo 60 del capítulo 5 del Decreto de 22 de junio de 1956 por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del texto de la legislación de accidentes del trabajo (BOE del 15 de julio) al que se remite en estos supuestos el artículo 15.2.b) de la Orden de 15 de abril de 1969, que dicta normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.

⁷¹ Artículo 248.2. LGSS.

⁷² Artículo 7.2 párrafo segundo RD 1131/2002.

como consecuencia del trabajo desempeñado a tiempo parcial⁷³.

Con respecto a las prestaciones por muerte y supervivencia, no figuran explícitamente reguladas en el artículo 248 LGSS, sin embargo, de acuerdo con el artículo 7.1 RD 1131/2002, cabe aplicar las normas establecidas con carácter general para la determinación de su base reguladora, según derive de contingencias comunes⁷⁴ o profesionales⁷⁵ de un trabajador en activo, o bien, el sujeto causante sea un pensionista de la Seguridad Social⁷⁶.

La regla de la integración de lagunas de cotización antes analizada no se aplica a las pensiones por muerte y supervivencia, sin embargo, se justifica por la coherencia con la normativa existente sobre la acción protectora cuando deriva de un trabajo a tiempo completo, en que para estas pensiones no se aplica la integración de lagunas procedente de la reforma operada con la Ley 26/1985. Otra cuestión es que resulte discutible la no extensión de tal medida favorecedora. Nos encontramos, por tanto, con un aspecto discriminatorio hacia las pensiones por muerte y supervivencia respecto a las de incapacidad permanente y jubilación, cuando su origen es una contingencia común.

5.2. El porcentaje

El porcentaje que se aplica a la base reguladora de la pensión de jubilación y el de la pensión de incapacidad permanente son distintos. Sin embargo, en la anterior regulación, el legislador se dirigía solo al solicitante de la

⁷³ SSTS 26 de enero de 2010 (RJ 2010, 3129), 10 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1721), 30 de enero de 2008 (RJ 2008, 2081), 31 de octubre de 2007 (RJ 2008, 700).

⁷⁴ A este respecto véase el art. 7.2 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, modificado por RD 1795/2003.

⁷⁵ Según las reglas que establece el artículo 9.d) Orden 13 febrero 1967, que dicta normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social (BOE del 23).

⁷⁶ Véase su determinación en el art. 7.3 Decreto 1646/1972, de 23 de junio, modificado por RD 1795/2003.

pensión de jubilación al remitirse, con respecto al porcentaje, a su forma de cálculo. Esto lo corrigió la nueva redacción del apartado c) de la regla tercera del apartado 1, de la disposición adicional séptima LGSS94 (actual artículo 248.3 LGSS), al incluir también la base reguladora de la incapacidad permanente derivada de contingencias comunes.

Con respecto al número de días acreditados de cara al cálculo del porcentaje, la nueva regla no ha variado sustancialmente, pues se sigue aplicando el coeficiente multiplicador 1,5 sobre los días trabajados a tiempo parcial, sin que el número de días resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial (antes se decía que en ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo).

Así pues, señala el artículo 248.3 LGSS: «A efectos de determinar la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el número de días cotizados que resulten de lo establecido en el segundo párrafo de la letra a) del artículo 247, se incrementará con la aplicación del coeficiente del 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial». En otras palabras: la norma establece la aplicación del coeficiente del 1,5 sobre los períodos de cotización acreditados a tiempo parcial, a efectos de la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, sin que el número de días resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial.

Tal aplicación del coeficiente 1,5 beneficia a todos los trabajadores/as a tiempo parcial que cumplan la carencia y, en particular, serán tratados como si fueren a tiempo completo si su jornada es dos tercios o más en cuanto que el resultado de multiplicar $2/3$ por 1,5 es igual a uno⁷⁷.

⁷⁷ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Protección social del trabajo a tiempo parcial según el RD-ley 11/2013, de 2 agosto», Revista

Una vez determinado el número de días que resulta de la aplicación del citado porcentaje, queda por aplicar el porcentaje correspondiente sobre la respectiva base reguladora, que se determinará conforme a la escala general a que se refiere el apartado 1 del artículo 210 de la LGSS⁷⁸. Y aquí es donde no se acaba de comprender, pues el porcentaje de la incapacidad permanente está tasado, en el sentido de que no depende del número de días, meses o años, que haya cotizado el trabajador, sino del 55% ó 75% en el caso de la incapacidad permanente total y en su caso, total cualificada, el 100% en el caso de la incapacidad permanente absoluta o en el específico de la gran invalidez, consistente en el resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente y el 30% de la última base de cotización del trabajador, correspondiente a la contingencia de la situación de la que se derive la incapacidad permanente.

Si acaso podría considerarse, y solo en el caso de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común (quizá esta sea la razón de incluirla cuando deriva de esta contingencia), respecto a la determinación de la base reguladora, pues es verdad que en estos casos⁷⁹, al resultado inicial obtenido de la base reguladora se le aplicará el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista para el porcentaje en la pensión de jubilación⁸⁰, considerándose a tal efecto como cotizados los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad ordinaria de jubilación vigente en cada momento.

En fin, es una cuestión que no acaba de reflejarse con claridad. De cualquier forma, debemos entender que el porcentaje de la citada escala, solo se aplicará, como es lógico, para la pensión de jubilación. Y para la pensión de incapacidad permanente se aplicará

Doctrinal Aranzadi Social, núm. 7/2013, (revista electrónica).

⁷⁸ Artículo 248.3 párrafo segundo LGSS.

⁷⁹ Según dispone la letra b) del apartado 1 del artículo 196 LGSS.

⁸⁰ Según el apartado 1 del artículo 210 LGSS.

el correspondiente porcentaje según el grado que corresponda.

De modo que, en principio, debemos considerar que las previsiones del segundo párrafo del apartado 3, del artículo 248 LGSS, se dirigen a la forma de cálculo del porcentaje de la pensión de jubilación, mientras que el resto de prestaciones deberán aplicarse los porcentajes de sus correspondientes prestaciones.

Conviene recordar, que el porcentaje de la pensión de jubilación ha experimentado un cambio desde el 1 de enero de 2013. Su nueva regulación resulta más escrupulosa, pues si bien mantiene el 50% por los 15 primeros años, a partir del año decimosexto, se contabiliza por meses en lugar de años, de modo que, por cada mes adicional de cotización, comprendidos entre los meses 1 y 248, se añadirá el 0,19%⁸¹, y por los que rebasen el mes 248, se añadirá el 0,18%, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100%, salvo en el supuesto en que se aplique el denominado porcentaje adicional, en aquellos supuestos en que alcanzada la edad ordinaria de jubilación [la que corresponda según el artículo 205.1.a) LGSS] continúe trabajando⁸².

Ésta sería la regulación definitiva del porcentaje en 2027. Sin embargo, nos encontramos en un período gradual hasta ese año, según la disposición transitoria novena de la LGSS, según la cual durante los años 2013 a 2019, Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 163, el 0,21% y por los 83 meses siguientes, el 0,19%.

5.2.1. *Porcentaje con menos de 15 años cotizados*

Como se tuvo ocasión de analizar, es posible, en los supuestos en que el solicitante haya

prestado servicios a tiempo parcial, causar derecho a la pensión con menos de 15 años aplicando el coeficiente global de parcialidad al período de carencia exigido. En estos supuestos, podría asaltarnos la duda de cómo se determina el porcentaje. Pues bien, en los casos en que «el interesado acredite un período de cotización inferior a quince años, considerando la suma de los días a tiempo completo con los días a tiempo parcial incrementados ya estos últimos con el coeficiente del 1,5, el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50⁸³ el porcentaje que represente el período de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años»⁸⁴.

Con esta solución⁸⁵, los trabajadores que anteriormente tenían derecho a las pensiones continuarán en la misma situación, ya que es la regla que se venía aplicando y que no se ha visto afectada por la declaración de inconstitucionalidad (STC 61/2013). Por el contrario, la nueva medida, por la que se prevé el reconocimiento de porcentajes de pensión inferiores al 50%, y que guarda proporción con los períodos cotizados por los trabajadores a tiempo parcial, será de aplicación en supuestos en los que anteriormente se denegaba la pensión. Se pretende que en tales casos se podría acceder a un porcentaje de la base reguladora inferior al 50%, que es el previsto con 15 años reales de cotización. Y ese porcentaje, en términos anuales si por ejemplo se tratara de 10 años cotizados, su porcentaje respecto a los 15 años sería del 66,66%, que habrá que aplicar a 50, lo que arroja un porcentaje del 33,33% que deberá aplicarse a la base reguladora de la pensión.

Creo que podía haberse buscado alguna fórmula menos intrincada y, sobre todo, más favorable para el beneficiario, en el que no

⁸¹ Para el cómputo de los meses, se toman meses completos, sin que se equiparen a un mes las fracciones de los mismos (artículo 1.2 segundo párrafo del Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre).

⁸² A este respecto, véase el artículo 3 del Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre.

⁸³ O lo que es lo mismo, dividir por 2.

⁸⁴ Artículo 248.3 párrafo tercero LGSS.

⁸⁵ Nota informativa sobre las modificaciones en materia de protección de los trabajadores a tiempo parcial, introducidas por el Real Decreto-Ley 11/2013, cit., pág. 5.

deje de aplicarse la proporción en el porcentaje que le correspondería.

5.3. El Complemento por Mínimos

Ha sido muy frecuente que los trabajadores que han dedicado la mayor parte de su vida laboral a realizar trabajos a jornada parcial, causen derecho a pensiones reducidas. Y se plantea si tienen derecho al igual que los trabajadores a tiempo completo a la pensión mínima o al menos, a un complemento por mínimos. La respuesta es afirmativa, pero debe reunir los requisitos exigidos para ello en el artículo 50 LGSS, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año, y en el correspondiente decreto de revalorización anual de pensiones⁸⁶.

6. ACCESO A PRESTACIONES ANTERIORMENTE DENEGADAS Y EN CURSO DE RESOLUCIÓN

Según la disposición transitoria primera del RDL 11/2013 y Ley 1/2014, los nuevos requisitos exigidos para causar derecho a la prestación que corresponda, serán de aplicación incluso «para causar derecho a todas aquellas prestaciones que con anterioridad a su entrada en vigor hubiesen sido denegadas por no acreditar el período mínimo de cotización exigido en su caso. En el supuesto de cumplirse el período mínimo exigido con arreglo a la nueva regulación, el hecho causante se entenderá producido en la fecha originaria, sin perjuicio de que los efectos económicos del reconocimiento tengan una retroactividad máxima de tres meses desde la nueva solicitud, con el límite en todo caso de la fecha de entrada en vigor» (4-8-2013).

⁸⁶ Para el año 2016, el complemento por mínimos se regula en el artículo 44.Cinco de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, y en los artículos 5, 6 y 7 del Real Decreto 1170/2015, de 29 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2016 (BOE del 30).

Con la denegación de la prestación, la consecuencia establecida en la norma transitoria es la aplicación de las nuevas normas sobre cómputo de carencias, pero no la aplicación de las nuevas normas sobre determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común, si bien la aplicación del coeficiente multiplicador del 1,5 a los efectos de determinación de la cuantía de dichas pensiones se derivaría de la anterior normativa derogada –antigua letra c) de la regla tercera del apartado 1 de la disposición adicional 7.ª de la LGSS94–, lo que supone –o así lo parece– que lo único que realmente no se aplicará de la nueva normativa (artículo 248.3 LGSS) es la exclusión de la garantía del 50% de la base reguladora contenida en la letra c) de la regla tercera del apartado 1 de la disposición adicional 7.ª de la LGSS94 (redacción anterior al RDL 11/2013)⁸⁷.

Asimismo, prevé el apartado 2 de la citada disposición transitoria: «excepcionalmente, todas aquellas prestaciones cuya solicitud se encuentre en trámite en la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, se registrarán por lo dispuesto en el mismo y su reconocimiento tendrá efectos desde el hecho causante de la respectiva prestación». Sin embargo, este criterio no es aplicable a las solicitudes denegadas en vía administrativa y pendientes de resolución judicial en la citada fecha (4-8-2013). En este caso debe instarse nueva solicitud, sin perjuicio de que los efectos económicos tengan una retroactividad máxima de 3 meses desde la nueva solicitud⁸⁸.

Esta norma transitoria, permite reabrir causas finalizadas pues su presupuesto fáctico

⁸⁷ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Protección social del trabajo a tiempo parcial según el RDL 11/2013, de 2 agosto», Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 7/2013, parte La Reforma de la Seguridad Social (revista electrónica).

⁸⁸ DOMBLÁS HERMOSO, M. A.: «Solicitud de pensión de jubilación por trabajo a tiempo parcial denegada en vía administrativa y pendiente de resolución judicial a la fecha de entrada en vigor del RD-ley 11/2013», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 2/2014, parte Fichas de Jurisprudencia, revista electrónica, pág. 1.

co no son los trabajadores que nunca hubieran solicitado la prestación -quienes obviamente podrán solicitarla conforme a la nueva normativa si no se encuentra prescrito su derecho-, sino los trabajadores que la hubieran solicitado y se les hubiera denegado. Aquí pueden surgir algunas dudas interpretativas que, según la doctrina, se deberían resolver en sentido amplio favoreciendo la finalidad de la norma transitoria de resolver la discriminación histórica de los trabajadores a tiempo parcial a efectos de carencias, de modo que se debe admitir la reapertura tanto si la denegación fue administrativa como si la denegación fue judicial -sin que se pueda apreciar cosa juzgada tanto porque así lo dice la norma como porque ha cambiado la acción al sustentarse sobre una nueva norma-, y ello sin límite temporal -es decir, aunque hubieran transcurrido los plazos de prescripción desde la denegación⁸⁹-.

7. NECESIDAD DE UNA DISPOSICIÓN REGLAMENTARIA

Es necesario que se redacte de una vez, el reglamento de desarrollo de esta nueva regulación cuyos aspectos más relevantes se han analizado, pues en la actualidad nos encontramos con el RD 1131/2002, que resultó útil en su momento, pero que en la actualidad supone un estorbo, pues distorsiona la forma de aplicación de estos supuestos de prestaciones derivadas de contrataciones a jornada parcial, al coexistir reglas implícitamente derogadas por el RDL 11/2013, junto a otras reglas que plantean serias dudas acerca de su efectiva aplicación. Por lo que, como primera medida debería publicarse con carácter de urgencia un reglamento de desarrollo que derogue el RD 1131/2002, coherente con la nueva LGSS y aprovechar para desarrollar asimismo la normativa sobre jubilación parcial, que espera más tiempo aún a su desarrollo, después de

las importantes reformas de la Ley 27/2011 y sobre todo del RDL 5/2013, integradas en la LGSS de 2016.

8. CONSIDERACIONES FINALES

A primera vista, el RDL 11/2013 se acercó al cumplimiento de dos de los objetivos anunciados en su preámbulo como son: el de mantener los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad que caracterizan el Sistema español de Seguridad Social, y el de mantener la equidad respecto a la situación de los trabajadores a tiempo completo. En realidad lo que cambia esencialmente, respecto del sistema anterior es que con la nueva regla, el período mínimo de carencia exigido se deberá adaptar proporcionalmente a la jornada que globalmente haya realizado el trabajador a tiempo completo y a tiempo parcial en su conjunto.

A mi parecer, la clave de la nueva regulación, se encuentra en que por vez primera se aplica la proporcionalidad no solo respecto a las cotizaciones efectuadas a las que antes se les adicionaba un coeficiente multiplicador en algunas pensiones, sino sobre todo en considerar el período exigido en función de la jornada trabajada y por tanto cotizada, gracias a la incorporación del concepto de coeficiente global de parcialidad, lo que permite una sensible reducción del período mínimo de carencia exigido.

Me queda la duda de si se podría haber adoptado una forma más sencilla de determinar la carencia mínima exigida en los casos que derivan de contratación con jornada parcial y, desde luego, aun considerando la forma establecida finalmente, podría haberse redactado con mayor claridad. De cualquier forma, supone un importante avance, porque por primera vez se adapta realmente la proporcionalidad entre el período de carencia exigido y la jornada realizada en los diversos períodos de cotización, pues el procedimiento anterior aunque trataba de buscar cierta proporcionalidad

⁸⁹ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Protección social del trabajo a tiempo parcial según el RDL 11/2013, de 2 agosto», Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 7/2013, parte La Reforma de la Seguridad Social (revista electrónica).

lidad, en realidad el período de carencia exigido, se encontraba desvinculado de la jornada realizada por el trabajador.

Pese a todo, parece que la fórmula en la que pensaban quienes dictaron las sentencias que fueron detonantes de la reforma y también los firmantes del Acuerdo de 31 de julio de 2013, es la que viene siendo aplicada desde hace más de treinta años para las prestaciones por desempleo, según la cual, cada día trabajado es un día cotizado, con independencia de la jornada efectuada.

En cualquier caso, con estas soluciones se abre un poco más el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social, a aquellos trabajadores a tiempo parcial que, por tener una parcialidad permanente y elevada, tenían muy difícil o incluso imposible completar el período mínimo de cotización de 15 años exigidos para el caso de la pensión de jubilación. De este modo, se garantiza el cumplimiento de los principios de igualdad y proporcionalidad y, por consiguiente, la constitucionalidad de la medida⁹⁰.

⁹⁰ Nota informativa sobre las modificaciones en materia de protección de los trabajadores a tiempo parcial, introducidas por el Real Decreto-Ley 11/2013, cit., pág. 4.

RESUMEN: Pocas iniciativas que se ponen en práctica en materia de Seguridad Social, suponen una mejora en la posibilidad de acceso a las prestaciones. Eso es debido a la imperiosa necesidad de adoptar medidas que afronten con decisión el grave problema existente ahora y especialmente en los años venideros, de la viabilidad del Sistema.

Una de aquellas iniciativas –objeto del presente análisis–, establecida recientemente, sin duda por motivos de equidad y de proporcionalidad, ha cambiado (una vez más) los criterios de aplicación sobre aquellas prestaciones, precedidas de contratos a tiempo parcial. En estos supuestos, los trabajadores venían siendo perjudicados porque para causar derecho a la prestación, debían trabajar y cotizar durante más tiempo con jornada reducida o parcial que un trabajador a jornada completa. Si además, esa diferencia, afectaba en su mayoría a las trabajadoras, tal distinción podía suponer una discriminación. Y es que, como se detalla en el cuerpo del comentario, los efectos que produce en la Seguridad Social la parcialidad en la jornada laboral, en particular, sobre la acción protectora de los trabajadores, venían ocasionado sucesivos pronunciamientos de los Tribunales que han detectado ausencias de proporcionalidad, basándose en algunos casos en la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo (STJUE 22 noviembre 2012, C-385/11, Elbal Moreno, y STC 61/2013, de 14 de marzo, entre otras). Todo ello, ha provocado un cambio en la normativa, contemplada básicamente en los vigentes artículos 245, 247 y 248 del vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre y con entrada en vigor el 2 de enero de 2016.

Del comentario se pueden destacar los novedosos conceptos, como el *coeficiente de parcialidad*, así como el *coeficiente global de parcialidad* utilizados para ser aplicados en la determinación del período mínimo de carencia exigido; así como las modificaciones en cuanto a la determinación de la base reguladora y del porcentaje (especialmente cuando no se alcance el período mínimo exigido en la correspondiente prestación con jornada completa) de las prestaciones en estos supuestos. Para ello, se han propuesto algunos ejemplos, en los que a igualdad de datos se demuestra que con la nueva regulación los trabajadores con contratos, a tiempo parcial, acceden al derecho a prestaciones, que en iguales condiciones se les hubiera denegado en la anterior normativa.

Finaliza el análisis con el ruego, que expresa la necesidad de que se confeccione a la mayor brevedad posible, un nuevo reglamento que sustituya al actual RD 1131/2002, de 31 de octubre, así como, unas breves consideraciones sobre los efectos de las nuevas reglas de aplicación en las prestaciones derivadas de los contratos a tiempo parcial.

Palabras clave: Contrato a tiempo parcial, Seguridad Social, pensiones, prestaciones, cotización, acción protectora.

ABSTRACT Few initiatives that are implemented in Social Security issues represent an improvement in the possibility of access to benefits. This is due to the urgent need to adopt the necessary measures to decisively face the serious problem of feasibility of the system now and in the future.

One of those initiatives, which is the target of the current analysis, has recently been established without any doubt due to equity and proportionality reasons and has made change (once again) the application criteria over those benefits, preceded by part-time contracts. On these grounds and in order to be entitled to the benefits, workers used to be harmed because they had to work and contribute longer at their part-time jobs than full-time workers. Furthermore, if this difference was mostly affecting female workers, such a distinction could become sex discrimination. As it is described in the comment, the effects

of part-time jobs on Social Security, especially on workers' protection, have been causing consecutive pronouncements of courts, which have discovered lack of proportionality, based for some cases on the existence of indirect sex discrimination (STJUE 22th November 2012, C-385/11, Elbal Moreno, and STC 61/2013 of 14th March, among others). All this has led to a change of the regulation, covered basically in the existing articles 245, 247, 248 of the revised text in force about the General Law of Social Security passed by Royal Decree 8/2015, dated 30th October and into force on 2nd January 2016.

Novel concepts can be highlighted in this comment, such as the *partiality coefficient* and the *overall partiality coefficient*, which are used for the calculation of the required minimum waiting period; as well as modifications to calculate the regulatory base and the percentage of benefits in these cases (especially when the minimum period required in the corresponding full-time benefit is not reached). For that purpose, several examples have been proposed which show that, for the same data and the new regulation, part-time workers are entitled to receive the benefits that would have been denied to them in the previous regulation for the same conditions.

This analysis finishes with the request of the prompt need of a new regulation replacing the current RD 1131/2002 of 31st October, as well as some brief comments on the effects of new rules being applied to the benefits derived from part-time contracts.

Keywords: Part-time contract, Social Security, pensions, benefits, contribution, protective aspects.

El campo de aplicación del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar tras la reforma llevada a cabo por la Ley 47/2015, de 21 de octubre

Field of Application of the new Special Regime of Social Security for Sea Workers after the Implementation of the Reform of Law 47/2015, dated 21st October

ICÍAR ALZAGA RUIZ*

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La existencia de especificidades en la protección social de los Trabajadores del Mar, ya desde la aparición de los primeros mecanismos de aseguramiento social público a comienzos del siglo XX, ha venido justificada por las peculiaridades del trabajo desarrollado en este entorno. Entre otras, destacan sin duda la dureza de las condiciones en que se realiza, la presencia de los buques como auténticos centros de trabajo itinerantes, la elevada exposición a riesgos para la salud, la subsisten-

cia de un sistema retributivo genuino –denominado a la parte¹– o el carácter intermitente de la actividad². Como explicaba la Exposición de

¹ Esta forma de retribución consiste en deducir del importe del pescado capturado determinados gastos derivados del ejercicio de la actividad. El resto del importe se distribuye entre el empresario y la tripulación según el porcentaje que se haya acordado. Habitualmente el reparto suele ser al 50% o de un 40% para el armador y un 60% para la tripulación. Cfr. LÓPEZ ANIORTE, M. C.: «El peculiar régimen retributivo de los tripulantes de buques pesqueros», en AA.VV.: Mar, trabajo y Seguridad Social, Ponencias presentadas en el Curso de la Universidad Internacional del Mar, Dir. Guillermo RODRÍGUEZ INIESTA, 2ª ed., Laborum, Murcia, 2002, págs. 84 y ss. y FERRANDO GARCÍA, F.: «Singularidades del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», Foro de Seguridad Social, nº 20, 2008, pág. 134.

² CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, Civitas, Madrid, 1999, pág. 47 y SÁNCHEZ TRI-

* Profesora Titular (acreditada a Cátedra) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Motivos de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero³: «El trabajo marítimo y pesquero está caracterizado por una serie de notas diferenciadoras que se apartan, sustancialmente, de aquellas que definen y propician la aplicación de mecanismos protectores a otros colectivos profesionales: El espacio físico en que se lleva a cabo la actividad, la dureza de las condiciones de vida a bordo, el prolongado aislamiento de las tripulaciones, el alejamiento del hogar familiar, las elevadas tasas de morbilidad y siniestralidad, etc., así como el carácter estacional del trabajo y la existencia de una retribución a la parte». Y añadía: «Las circunstancias señaladas del trabajo en el mar, junto a otras como pueden ser la extraterritorialidad del trabajo marítimo, la dispersión del colectivo, la estacionalidad de las campañas, el carácter hostil e imprevisible del medio donde se desarrolla la actividad, etc., conforman, además, un marco laboral en el que, junto a las prestaciones de Seguridad Social, se hace precisa la definición y puesta en marcha de programas específicos para el sector marítimo-pesquero, en el marco de un modelo de protección diferenciado por su carácter específico e integral»⁴.

Con base a lo anterior, el legislador ha sido consciente de las especiales circunstancias en que se desarrolla el trabajo marítimo desde las

primeras normas laborales⁵. Ya la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900⁶ consideró cubiertas las actividades consistentes en «el acarreo y transporte por vía [...] marítima y de navegación interior»⁷ y «las faenas de carga y descarga»⁸. Estableció la responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo sufridos en el mar conforme al principio de responsabilidad objetiva. La Real Orden de 20 de septiembre de 1919 encargó al Comité Oficial de Seguros la elaboración de un sistema de indemnizaciones por accidentes de mar a bordo de los barcos que incluyera los no comprendidos en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. Fruto del mismo fue el Real Decreto de 15 de octubre de 1919⁹, que declaró accidente de trabajo «todo el que sobrevenga con ocasión del manejo y navegación del buque en puerto y en la mar, de sus máquinas principales y auxiliares y ejecución de servicios a flote y en dique o varadero»¹⁰. Por su parte, el Real Decreto de 5 de abril de 1929¹¹ incluyó expresamente a los marineros remunerados a la parte, al establecer que «las obligaciones y derechos establecidos en el Libro III del Código del Trabajo en caso de accidente de trabajo y en previsión de los accidentes de mar alcanzan a los dueños o armadores de embarcaciones pesqueras, cualquiera que sea su tonelaje y el personal empleado en éstas, aun mediando el contrato a la parte en los rendimientos»¹². Ordenó la consti-

GUEROS, C.: «Contrato de trabajo y tiempo de la prestación en el sector marítimo-pesquero», en AA.VV.: *Mar, trabajo y Seguridad Social*, Ponencias presentadas en el Curso de la Universidad Internacional del Mar, Dir. Guillermo RODRÍGUEZ INIESTA, 2ª ed., Laborum, Murcia, 2002, págs. 279 y ss.

³ BOE de 22 de octubre.

⁴ Otra característica de este sector es su elevada tasa de desempleo. Como bien explica FERRANDO GARCÍA, F.: «La protección por desempleo de la gente del mar», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 123, 2004, págs. 450, «Entre los diversos factores que han contribuido y continúan contribuyendo a la pérdida de puestos de trabajo en este sector, cabe citar el avance tecnológico que conlleva una menor necesidad de tripulantes en los buques de nueva construcción, la reducción de caladeros, la creciente dificultad para alcanzar acuerdos de pesca con terceros países y la imposición de paradas biológicas». Cfr. también, Vicente PALACIO, M. A.: «De nuevo sobre el derecho de los Trabajadores del Mar de nacionalidad marroquí a percibir prestaciones por desempleo por los servicios prestados en España», *Aranzadi Social*, nº 22, 2000, págs. 33 y ss.

⁵ Al igual que la doctrina científica que ha demostrado gran interés por esta materia. Entre otros muchos, por más recientes, *vid.* AA.VV.: *La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente del mar*, Dir. Olga FOTINOPOULOU BASURKO, Gomylex, Bilbao, 2014 y AA.VV.: *El trabajo en el mar: Los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, Dir. Jaime CABEZA PEREIRO, Bomarzo, Albacete, 2016.

⁶ *Gaceta* de 31 de enero.

⁷ Art. 3.8 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900.

⁸ Art. 3.15 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900.

⁹ *Gaceta* de 12 de octubre.

¹⁰ Art. 2 del Real Decreto de 15 de octubre de 1919.

¹¹ *Gaceta* de 9 de abril.

¹² Art. 1 del Real Decreto de 5 de abril de 1929. Al respecto, en extenso, cfr. CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: *La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 80 y ss.

tución de Mutualidades Obligatorias de armadores y dueños de embarcaciones pesqueras¹³.

Por su parte, el Fuero del Trabajo en su Declaración VI estableció que «el Estado atenderá con máxima solicitud a los Trabajadores del Mar, dotándoles de instituciones adecuadas para impedir la depreciación de la mercancía y facilitarles el acceso a la propiedad de los elementos necesarios para el desempeño de su profesión»¹⁴. En este contexto, se aprobó el Decreto de 4 de junio de 1940¹⁵, sobre el Seguro de Accidentes de Trabajo en el Mar, que equiparó los accidentes del mar a los de trabajo en la industria regulados por la legislación general¹⁶. Declaró accidente del trabajo aquellos que «produzcan una lesión corporal o la muerte del siniestrado, cualquiera que sea la causa que la origine, estando a bordo o en tierra con ocasión de las labores complementarias de la navegación o pesca, realizadas por cuenta ajena»¹⁷.

Esta protección social integral de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero se presta por un único organismo, el Instituto Social de la Marina, que lleva a cabo una doble misión: Es el organismo encargado de la protección y problemática social del sector marítimo-pesquero y actúa como entidad gestora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. Desde su crea-

ción en 1927, el Instituto Social de la Marina reorganizó y dio cabida a los distintos sistemas de previsión social preexistentes en el ámbito marítimo-pesquero. Así mismo, proporcionó prestaciones y asistencia social de muy diversa índole a los Trabajadores del Mar e industrias derivadas. Al Instituto Social de la Marina, como entidad de Derecho público con personalidad jurídica bajo la dirección y tutela del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, quedó encomendada la gestión del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. El Decreto de 29 de septiembre de 1943¹⁸, sobre Funciones del Instituto Social de la Marina en relación a los seguros sociales de los pescadores, fue desarrollado por Orden de 11 de marzo de 1944¹⁹. Esta Orden consideraba trabajadores afiliables a «todos los pescadores, entendiéndose por tales a cuantos tienen como base fundamental de su existencia la dedicación habitual a los trabajos propios de la pesca o a sus faenas auxiliares o complementarias»²⁰. Evidenciaba que la especialidad del régimen derivaba de su adscripción a una actividad económica concreta y no de la concurrencia de las notas típicas de la relación laboral. Esta especificidad se mantendrá hasta nuestros días²¹.

Las Secciones de Trabajos Portuarios procuraron que los estibadores portuarios disfrutasen de cuantos beneficios de previsión social correspondían a los productores²². Por su parte, la Resolución de 16 de enero de 1960 aprobó los Estatutos de la Mutua Nacional de Previsión de Riesgo Marítimo²³ y la Orden de 23 de julio de 1958 el Reglamento de la Mutualidad Nacional de Previsión Social de los Pescadores de

¹³ El Reglamento de las Mutualidades Obligatorias de Armadores y Dueños de Embarcaciones Pesqueras se aprobó mediante el Real Decreto de 20 de noviembre de 1931. Fueron concebidas para hacer frente al «pago de los auxilios e indemnizaciones por accidentes de trabajo y del mar».

¹⁴ Sobre el particular, DEL PESO y CALVO, C.: La legislación social de los Trabajadores del Mar, Victoriano Suárez, Madrid, 1947, págs. 21 y ss.

¹⁵ BOE de 20 de junio.

¹⁶ VICENTE PALACIO, M. A.: «Breve panorámica histórica del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», Tribuna Social, nº 49, 1995, págs. 7 y ss.

¹⁷ Se estableció también que el salario computable, a efectos del cálculo del seguro, sería el que percibiera por el mismo trabajo y en condiciones similares otro trabajador retribuido a salario. Posteriormente, la Orden de 10 de diciembre de 1940, relativa al Reglamento del Montepío Marítimo Nacional. En extenso, VICENTE PALACIO, M. A.: «Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 19, 1995, págs. 49 y ss.

¹⁸ BOE de 10 de octubre. Al respecto, VICENTE PALACIO, M. A.: «Breve panorámica histórica del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», cit., nº 49, 1995, pág. 9.

¹⁹ BOE de 19 de marzo.

²⁰ Sobre esta cuestión, cfr. MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «La etapa de previsión social en España», Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 5, 2001, pág. 439.

²¹ VICENTE PALACIO, M. A.: «Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», cit., pág. 50.

²² El Decreto-Ley de 9 de julio de 1954 amplió sus competencias. Por su parte, la Orden de 28 de octubre de 1954 completó su desarrollo normativo.

²³ BOE de 21 de enero.

Bajura²⁴. Este último incluye a los trabajadores autónomos, tanto al determinar los sujetos mutualistas y empresarios²⁵, como al establecer las normas para elaborar el censo del personal²⁶. Poco después, la Orden de 13 de octubre de 1960²⁷ aprobó los Estatutos del Montepío Marítimo, que comprendían en su ámbito de aplicación a los siguientes colectivos: a) Los trabajadores que se rigiesen por las Reglamentaciones de Trabajo de la Marina Mercante, empresas navieras españolas y de tráfico interior de puertos; b) El personal de industrias pesqueras marítimas enrolado en embarcaciones dedicadas a la pesca de arrastre de más de cincuenta toneladas de desplazamiento, en los bacaladeros y balleneros y en las motoras, veleros y motoveleros de las Islas Canarias, que excediesen de dicho tonelaje y el personal de tierra al que hacía referencia la Reglamentación de Trabajo para la Pesca Marítima afecto de las mencionadas empresas pesqueras; c) El personal auxiliar sanitario y de Servicio de Emigración comprendidos en la Orden de 26 de julio de 1957; d) Los prácticos de puerto, agrupados en la Mutualidad de Prácticos de Puerto; y e) Los funcionarios del Instituto Social de la Marina. El Montepío Marítimo Nacional se amplió a colectivos pesqueros que tradicionalmente habían estado excluidos de la Mutualidad de Pescadores de Bajura²⁸.

La Orden de 14 de octubre de 1966²⁹ integró la Mutualidad Nacional de Previsión de Pescadores de Bajura en el Montepío Marítimo Nacional; continuó con la tendencia a

pesar de lo cual mantuvo la distinción entre Regímenes³⁰.

El legislador tomó en consideración el carácter especial de la actividad marítimo-pesquera y le otorgó dicho calificativo, en orden a la adecuada aplicación de los beneficios de Seguridad Social, en la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social³¹. Esta norma previó la existencia de una pluralidad de regímenes especiales, signo distintivo de la «imposibilidad de la misma para superar las diferencias ya existentes antes de ella»³². La configuración y regulación del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, prevista –junto a otros colectivos– en la Base 3ª de la citada Ley³³, vino dada en un primer momento por el Decreto 575/1967, de 23 de marzo³⁴, dado que la LGSS tardó algo más de lo previsto en promulgarse³⁵. Esta regulación abarcó la Seguridad Social de los trabajadores de la marina mercante y de los trabajadores de la pesca marítima. Distinguió tres grupos de trabajadores a fin de armonizar las prestaciones que a cada uno le correspondía, consciente, en palabras de Alonso Olea, de que los Trabajadores del Mar no eran «una categoría homogénea»³⁶. El primer grupo estaba compuesto por los trabajadores que prestaban «servicio en empresas de transporte marítimo, incluido el tráfico interior de puertos y el

³⁰ CERVILLA GARZÓN, M. J.: «La integración de los trabajadores autónomos en los mecanismos de protección social: del olvido inicial a su inclusión en las mutualidades laborales a mediados del siglo XX», *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, nº 30, 2008, págs. 145 y ss.

³¹ BOE de 1 de diciembre.

³² BAYÓN CHACÓN, G.: «El elemento de pluralidad de la Seguridad Social española: Régimen General y Regímenes Especiales», en AA.VV.: *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pág. 11.

³³ En concreto, en la Base 3ª.11.

³⁴ BOE de 31 de marzo.

³⁵ DE LA VILLA GIL, L. E. y JUANES FRAGA, E.: «Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», *Revista de Trabajo*, nº 90, 1988, pág. 93.

³⁶ ALONSO OLEA, M.: *Instituciones de la Seguridad Social*, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pág. 244. Citado por CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: *La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, cit., pág. 120.

²⁴ BOE de 8 de septiembre.

²⁵ Título II del Reglamento de la Mutualidad de los Pescadores de Bajura.

²⁶ Título VII del Reglamento de la Mutualidad de los Pescadores de Bajura. Así mismo, en su art. 14, se otorga la condición de empresarios a los armadores o propietarios de embarcaciones, que sean dedicadas a las faenas de pesca y figuren inscritas en el censo de embarcaciones de Bajura, y a los propietarios o titulares de instalaciones y concesiones pesqueras.

²⁷ BOE de 25 de octubre.

²⁸ VICENTE PALACIO, M. A.: «Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», cit., pág. 52.

²⁹ BOE de 15 de octubre.

personal auxiliar sanitario y de servicios de buques extranjeros que [...] [transportasen] emigrantes españoles; el segundo por aquellos trabajadores que prestaban servicios «en empresas dedicadas a la pesca marítima cuyas reglamentaciones laborales tenían establecida la obligación patronal de aportar al fondo del plus familiar el 20 pro 100 de las retribuciones percibidas por su personal»; y, el tercero por aquellos trabajadores cuya actividad se llevaba a cabo en «empresas dedicadas a la pesca marítima cuyas reglamentaciones laborales no tenían establecida la obligación patronal de abonar al fondo del plus familiar el 20 por 100 de las retribuciones percibidas por el personal [...] y que prestasen servicios en actividades de extracción de productos del mar y los autónomos del sector marítimo-pesquero»³⁷.

Finalmente, la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, reguladora del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, y el Reglamento del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, aprobado por el Decreto 1867/70, de 9 de julio, vinieron a dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Bases de la Seguridad Social, con la finalidad principal de lograr para las personas trabajadoras del mar un grado de protección social similar al de las personas trabajadoras en otros sectores³⁸. La propia Exposición de Motivos de la Ley 116/1969 justificaba la especialidad de este régimen de Seguridad Social en los siguientes términos: «por las circunstancias especiales que concurren en el trabajo marítimo y pesquero, que se realiza en las condiciones más duras y en constantes situaciones de peligro, donde por razón de la actividad, tanto el marino mercante como el propio pescador, se ven obligados a permanecer fuera de su hogar y aún de su patria durante largas temporadas y, por otra, la dispersión de la población pesquera en pequeños

núcleos situados a lo largo del litoral español, así como la existencia de explotaciones carentes de una organización empresarial adecuada y el carácter intermitente del mismo, que en muchos sectores está vinculado a determinadas costeras y a temporadas de abundancia y de escasez de capturas».

Con posterioridad, se aprobó el principal antecedente normativo de la Ley 47/2015, de 21 de octubre: el Decreto 2864/74, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar³⁹ y que consagra el carácter especial del Régimen de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar⁴⁰. Había sido la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social la que, en su Disposición Final 3ª, autorizaba al Ministerio de Trabajo⁴¹ a someter a la aprobación del Gobierno el Texto refundido de las normas citadas.

Junto a las previsiones del texto refundido de 1974 y del Reglamento del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar aprobado por el Decreto 1867/1970, de 9 de julio, el régimen jurídico en vigor del Instituto Social de la Marina se completa con los artículos 1, 3 y 9 de la Ley de 18 de octubre de 1941 de reorganización del Instituto Social de la Marina, cuya vigencia fue mantenida por el Real Decreto-ley 36/78, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo, así como con el Real Decreto 504/2011, de 8 de abril, de estructura orgánica y funciones del Instituto Social de la Marina, modificado por el Real Decreto 450/2012, de 5 de marzo.

Varias fueron las disposiciones con rango legal que alteraron el contenido del texto aprobado en 1974, a fin de dar nueva redacción a los diferentes artículos, añadir alguno nuevo o proceder a su derogación en los casos en los que

³⁷ CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, cit., págs. 120 y ss.

³⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «Régimen Especial del mar (II). Gestión y financiación», en AA.VV.: Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, págs. 200 y ss.

³⁹ En concreto, de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre y de la Ley 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

⁴⁰ Art. 10.2.a) del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974.

⁴¹ Hoy Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

fuera preciso. Todo ello con el objetivo de adecuar la norma a la realidad existente en cada momento⁴². Por otra parte, las modificaciones legislativas operadas sobre el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social han incidido asimismo sobre el contenido del texto de 1974. O dicho en otros términos, muchas han sido las normas que directa o indirectamente han afectado a este Régimen Especial. En algunos supuestos, las reformas afectaban a todo el régimen de Seguridad Social y, en consecuencia, también a este Régimen Especial. En otros, las reformas venían específicamente referidas al Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar⁴³. La finalidad de las reformas ha sido doble: Por un lado, ampliar el alcance de la protección dispensada y, por otro, extender el campo subjetivo de aplicación de este régimen, así como de las competencias del Instituto Social de la Marina en su gestión⁴⁴. Entre las numerosas reformas cabe mencionar, sin ánimo exhaustivo, las siguientes: El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y sanciones en el orden social⁴⁵; la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social⁴⁶; la Ley 48/2003, de 28 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general⁴⁷; la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en mate-

ria de Seguridad Social⁴⁸; la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁴⁹; la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social⁵⁰; el Real Decreto legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la marina mercante⁵¹; la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012⁵² o la Ley 34/2014, de 26 de diciembre, de medidas en materia de liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social⁵³.

Por su parte, el artículo 10.2.b) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de Seguridad Social optó, como ya lo había hecho el texto de 1974, por el carácter especial del Régimen de la Seguridad Social, que encuadra a los Trabajadores del Mar y estableció en el apartado 3 de dicho precepto la necesidad de su regulación por una ley específica. En fin, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, ha mantenido el carácter especial de este régimen de Seguridad Social⁵⁴.

Una de las características más destacadas del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar es el hecho de que su campo de aplicación comprenda no sólo a trabajadores por cuenta ajena, sino también a trabajadores por cuenta propia⁵⁵. El criterio que determina la inclusión de un trabajador en este régimen no es la relación de dependencia respecto de su empleador, sino la realización de una actividad concreta:

⁴² CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La prestación de incapacidad temporal en los regímenes especiales de la Seguridad Social», Foro de Seguridad Social, nº 12-13, 2005, págs. 56 y ss.

⁴³ Sobre la protección en caso de accidente de trabajo, cfr. CARDENAL CARRO, M.: «Seguridad y causalidad de los accidentes en el sector pesquero», en AA.VV.: Mar, trabajo y Seguridad Social, Ponencias presentadas en el Curso de la Universidad Internacional del Mar, Dir. Guillermo RODRÍGUEZ INIESTA, 2ª ed., Laborum, Murcia, 2002, págs. 55 y ss. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Particularidades del accidente de trabajo en la mar», en AA.VV.: Mar, trabajo y Seguridad Social, Ponencias presentadas en el Curso de la Universidad Internacional del Mar, Dir. Guillermo RODRÍGUEZ INIESTA, 2ª ed., Laborum, Murcia, 2002, págs. 217 y ss.

⁴⁴ VICENTE PALACIO, M. A.: «Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», cit., pág. 53.

⁴⁵ BOE de 8 de agosto.

⁴⁶ BOE de 31 de diciembre.

⁴⁷ BOE de 27 de noviembre.

⁴⁸ BOE de 11 de diciembre.

⁴⁹ BOE de 31 de diciembre.

⁵⁰ BOE de 5 de diciembre.

⁵¹ BOE de 20 de octubre.

⁵² BOE de 30 de junio.

⁵³ BOE de 27 de diciembre.

⁵⁴ Art. 10.2.b) Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

⁵⁵ VICENTE PALACIO, M. A.: «Acción protectora en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», Tribuna Social, nº 49, 1995, págs. 97 y ss.

la marítimo-pesquera⁵⁶. Algunos de los colectivos incluidos en este Régimen Especial han sido objeto de una problemática específica en relación a su inclusión en el mismo, resuelta en parte por nuestros Tribunales y que ha recogido la reciente reforma legislativa.

La Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, se enmarca así mismo en el desarrollo de las medidas contenidas en el Informe la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, aprobado por el Consejo de Ministros el 21 de junio de 2013, que contemplaba la necesidad de elaborar un Plan de racionalización normativa⁵⁷, así

⁵⁶ VICENTE PALACIO, M. A.: El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 33.

⁵⁷ En concreto, cfr. Informe la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, aprobado por el Consejo de Ministros el 21 de junio de 2013, págs. 70 y 71, en el que se señala como: «El informe de la OCDE sobre la gestión y racionalización de la regulación existente en España del año 2000 ya señalaba que la revisión de los marcos legislativos no era sistemática y que en la tradición legal no existían herramientas como las revisiones periódicas finales obligatorias o la fijación de fechas de caducidad. La OCDE advertía a España sobre «el riesgo de que la perjudicial rigidez legislativa sea duradera, y que los costes vayan creciendo con el tiempo, a medida que la legislación sea cada vez menos idónea para las circunstancias, en constante cambio». La seguridad jurídica y la simplicidad se han visto afectadas por los cambios profundos en la distribución de las competencias entre AA.PP. Por ello, en el marco del programa para garantizar la unidad de mercado, además de la aprobación del Anteproyecto de Ley de Garantía de Unidad de Mercado, el Gobierno ha puesto en marcha un Plan de racionalización normativa con objeto de analizar la regulación que afecta a cada sector con la finalidad de adaptarla a los principios y disposiciones de la futura Ley. Hasta la fecha, los Ministerios han detectado 5.800 normas de 28 sectores económicos que podrían estar afectando a la unidad de mercado. Sin embargo, más allá de la existencia de legislación duplicada, existen otros motivos que han reducido la comprensión y la seguridad de nuestros textos legislativos. La «mezcla legal»: Incluir en las disposiciones adicionales normas que nada tienen que ver con la regulación de que trata la ley o decreto. La ausencia de una lista exhaustiva de los artículos y leyes que deroga la nueva regulación (que modifica o reforma) en el momento de su aprobación. De acuerdo con el Consejo de Estado, un número creciente de nuevas leyes y reglamentos tiende a utilizar la fórmula de «todas las normas anteriores que sean contrarias a la promulgada quedan revocadas en lo sucesivo». [...] El Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, que actualmente se encuentra en tramitación en el Congreso de los Diputados, contiene un proyecto de revisión y

como armonizar la normativa nacional con las disposiciones europeas⁵⁸.

En este contexto, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno⁵⁹, preveía que la Administración General del Estado debía acometer «una revisión, simplificación y, en su caso, una consolidación normativa de su ordenamiento jurídico. Para ello, habría de efectuar los correspondientes estudios, derogar las normas que hayan quedado obsoletas y determinar, en su caso, la necesidad de introducir modificaciones, novedades o proponer la elaboración de un texto refundido, de conformidad con las previsiones constitucionales y legales sobre competencia y procedimiento a seguir, según el rango de las normas que quedan afectadas»⁶⁰.

La Ley 47/2015 ha venido a integrar en un mismo marco legal la hasta el momento dispersa y en parte obsoleta normativa reguladora de la protección social de los trabajadores del sector marítimo-pesquero, tanto en lo relativo al Régimen Especial del mar (recogiendo sus especificidades y remitiéndose en lo res-

simplificación normativa y establece la necesidad de que las AA.PP. lleven a cabo una revisión, simplificación y, en su caso, una consolidación normativa de sus ordenamientos jurídicos. Para ello, se insta a las AA.PP. a efectuar los correspondientes estudios, derogar las normas que hayan quedado obsoletas y determinar, en su caso, la necesidad de introducir modificaciones, novedades o proponer la elaboración de un texto refundido».

⁵⁸ En relación a este tema, cfr. los excelentes trabajos de FOTINOPOULOU BASURKO, O.: «La incidencia de la evolución normativa sobre seguridad marítima internacional en la protección de los derechos de la gente del mar», en AA.VV.: La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente del mar, Dir. Olga FOTINOPOULOU BASURKO, Gomylex, Bilbao, 2014, págs. 15 y ss., MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «Restricciones basadas en la nacionalidad en el derecho marítimo: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en AA.VV.: El trabajo en el mar: Los nuevos escenarios jurídico-marítimos, Dir. Jaime CABEZA PEREIRO, BOMARZO, Albacete, 2016 y MIRANDA BOTO, J. M.: «La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar en los Reglamentos europeos», en AA.VV.: El trabajo en el mar: Los nuevos escenarios jurídico-marítimos, Dir. Jaime CABEZA PEREIRO, Bomarzo, Albacete, 2016.

⁵⁹ BOE de 10 de diciembre.

⁶⁰ Disposición Adicional Segunda de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

tante a la normativa general), como en aquellas áreas de protección social dispensadas desde el Instituto Social de la Marina, como la sanidad marítima, la acción social, y la formación marítima y sanitaria. O dicho en palabras de la propia Exposición de Motivos de la Ley, «Son varias las razones que aconsejan acometer esta actuación institucional: la obsolescencia del texto vigente regulador del Régimen Especial, la ya referida profusión normativa dictada con posterioridad a la entrada en vigor del texto refundido de 1974, la complejidad del Régimen Especial, especialmente apreciable en materias como el campo de aplicación, la cotización y la acción protectora, con especial atención a la prestación de jubilación, la coexistencia en un mismo Régimen de Seguridad Social de personas trabajadoras por cuenta ajena y de personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas, a los que hay que añadir, por ende, la figura de la persona trabajadora asimilada, que añaden una mayor complejidad, si cabe, a la definición de la persona trabajadora del mar a efectos protectores, así como la inexistencia de una norma con rango legal que regule las prestaciones y servicios dirigidos a las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero y que van más allá de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, la cantidad y variedad de las normas reglamentarias dictadas en ejecución y desarrollo del vigente texto refundido exigen una actualización del contenido del mismo, a fin de mantener el principio de congruencia normativa y la necesidad de adecuar la normativa específica del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y de las distintas prestaciones no incluidas en el sistema de la Seguridad Social a la realidad social y económica del sector marítimo-pesquero».

En este sentido, el Consejo Económico y Social en su Dictamen 11/2015, emitido sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la Protección social de los trabajadores del sector marítimo-pesquero valoró favorablemente esta iniciativa «habida cuenta de la dispersión de las disposiciones reguladoras de esta ma-

teria, las numerosas modificaciones parciales que han experimentado en las últimas décadas y la obsolescencia de ciertos preceptos. Era necesario superar esa fragmentación, dotando al trabajo desarrollado en el ámbito del sector marítimo-pesquero de una norma que, con carácter unitario, se ocupara de todos los aspectos relacionados con la protección social de sus trabajadores. [...] El Anteproyecto responde adecuadamente a ese propósito, adaptándose a las nuevas realidades de este complejo entorno laboral en el contexto de la globalización, acogiendo las novedades de los instrumentos internacionales en el campo de la salud y el bienestar de la gente del mar, así como actualizando y reordenando el contenido de la protección dispensada»⁶¹.

La Ley 47/2015 –como ya hacía su predecesora– ha configurado el Régimen Especial con dos grandes colectivos, las personas trabajadoras por cuenta ajena y las personas trabajadoras por cuenta propia, y ha suprimido fórmulas jurídicas que, si bien en un momento dado sirvieron para regular determinados colectivos, en la actualidad no era necesario mantener, como es el caso de los armadores asimilados a personas trabajadoras por cuenta ajena, si bien mantiene la figura del trabajador asimilado. Debe considerarse una mejora sustancial el hecho de que la Ley defina con más detalle quiénes son los trabajadores integrados en este Régimen Especial, distinguiendo los que trabajan por cuenta ajena, los que lo hacen por cuenta propia y los colectivos asimilados. Se atiende así a las peticiones realizadas por el sector y por la doctrina jurisprudencial, a los cambios operados en la forma de organización y a la propia evolución del sector marítimo-pesquero. Este esquema será el que sigamos en nuestra exposición, sin olvidar que el trabajo en el mar «no debe identificarse únicamente con la actividad laboral realizada a bordo de los buques»⁶², pues esta expresión

⁶¹ Sesión ordinaria del Pleno de 25 de junio de 2015.

⁶² CARRIL VÁZQUEZ, X.M., «Algunas de las especificidades más problemáticas del trabajo en el mar realizado a bordo de embarcaciones pesqueras», cit., págs. 1 y ss.

hace referencia «en realidad a aquellas personas que realicen un trabajo [...] catalogado como marítimo y que, por lo mismo, de un modo directo o indirecto tiene como escenario el mar, y no sólo la embarcación que navega en sus aguas»⁶³.

2. TRABAJADORES POR CUENTA AJENA

Están encuadradas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar las personas trabajadoras o asimiladas que, cumpliendo los requisitos para estar comprendidas en el sistema de la Seguridad Social recogidos en el artículo 7 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, ejerzan su actividad en territorio nacional, con las salvedades contempladas en el artículo 6 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre⁶⁴, y se encuentren incluidas en alguno de los supuestos comprendidos en los arts. 2 y 3 de la citada Ley.

⁶³ SERRANO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Régimen Especial del mar, ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones», en AA.VV.: Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pág. 180, quienes explican cómo: «[...] Este trabajo debe de ser marítimo. Es decir, no todo trabajo cae bajo nuestra consideración a estos efectos, sino que, por el contrario, la actividad objeto del trabajo que nos interesa es precisamente aquella que de modo directo o indirecto tiene como escenario el mar, en una palabras, las actividades marítimo-pesqueras, entendidas en un sentido amplio (art. 2, RGSSM)».

⁶⁴ En concreto, dicho precepto señala lo siguiente: «1. Estarán incluidas en el campo de aplicación de este Régimen Especial aquellas personas trabajadoras residentes en territorio español que, aunque ejerzan una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado Miembro de la Unión Europea o pabellón de un Estado con el que España haya firmado un convenio bilateral o multilateral de seguridad social en el que se recoja la excepción al principio de territorialidad, sean remuneradas por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en España.

2. También estarán comprendidas en este Régimen Especial las personas trabajadoras residentes en territorio español que trabajen en sociedades mixtas y empresas radicadas inscritas en el registro oficial, sin perjuicio de lo que pueda resultar de los tratados internacionales bilaterales o multilaterales suscritos por España».

Precisamente uno de los objetivos perseguidos por la Ley 47/2015 ha sido definir el campo de aplicación del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar⁶⁵. Veamos en qué términos.

2.1. Personas trabajadoras que ejerzan su actividad marítimo-pesquera a bordo de las embarcaciones, buques o plataformas:

Integran el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar aquellos que realizan su trabajo por cuenta y bajo la dirección de un empresario. Quedan expresamente incluidos, según lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, los siguientes colectivos:

– Marina mercante: Son aquellos que presten sus servicios retribuidos a bordo de buques de la marina mercante abanderados en España. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 6 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, se considera marina mercante:

- «a) La actividad de transporte marítimo, exceptuando el que se lleva a cabo exclusivamente entre puertos o puntos de una misma Comunidad Autónoma, que tenga competencias en esta materia, sin conexión con puertos o puntos de otros ámbitos territoriales.
- b) La ordenación y el control de la flota civil española.
- c) La seguridad de la navegación y de la vida humana en la mar.
- d) La seguridad marítima, incluyendo la habilitación para el ejercicio del servicio de practicaje y la determinación

⁶⁵ Exposición de Motivos de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, que explica cómo se ha hecho «atendiendo a las peticiones realizadas por el sector, la doctrina jurisprudencial, los cambios operados en la forma de organización del sector y la propia evolución del citado sector marítimo-pesquero».

de los servicios necesarios de remolque portuario, así como la disponibilidad de ambos en caso de emergencia.

- e) El salvamento marítimo, en los términos previstos en el artículo 264.
- f) La prevención de la contaminación producida desde buques, plataformas fijas y otras instalaciones que se encuentren en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción y la protección del medio ambiente marino.
- g) La inspección técnica y operativa de buques, tripulaciones y mercancías.
- h) La ordenación del tráfico y las comunicaciones marítimas.
- i) El control de situación, abanderamiento y registro de buques civiles, así como su despacho, sin perjuicio de las preceptivas autorizaciones previas que correspondan a otras Autoridades.
- j) La garantía del cumplimiento de las obligaciones en materia de defensa nacional y protección civil en la mar.
- k) Cualquier otro servicio marítimo atribuido por ley a la Administración regulada en el título II del libro segundo de esta ley.

2. No se considera Marina Mercante la ordenación de la flota pesquera, en los ámbitos propios de la pesca y de la ordenación del sector pesquero, ni la actividad inspectora en estos mismos ámbitos».

En fin, especial consideración merece el régimen previsto en la Disposición Adicional 16ª del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que contiene dos disposiciones de interés en relación a los trabajadores inscritos en el Registro Especial de Buques y Empresas Navieras de Canarias⁶⁶: a) «El Capitán y el primer Oficial

de los buques deberán tener, en todo caso, la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, salvo en los supuestos en que se establezca, por la Administración Marítima, que estos empleos han de ser desempeñados por ciudadanos de nacionalidad española por implicar el ejercicio efectivo de forma habitual de prerrogativas de poder público que no representen una parte muy reducida de sus actividades. El resto de la dotación deberá ser de nacionalidad española o de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo al menos, en

Mar», cit., pág. 137. Como es sabido, existen dos registros marítimos: el ordinario y el registro de Canarias, creado en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional 16ª del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Su creación obedece a la necesidad de competir con los buques abanderados en pabellones de conveniencia, pero respetando los derechos laborales de los trabajadores españoles. Para ello se prevé una bonificación del 90% en la cuota empresarial a la Seguridad Social, financiada por el Estado. Como consecuencia de la Ley del Pabellón, la normativa de Seguridad Social no será de aplicación al trabajador del mar que realice su actividad en una embarcación no matriculada en alguno de los dos registros descritos. Sobre las excepciones que pueden plantearse, cfr. CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, cit., pág. 204 y ss. y, del mismo autor, «Aspectos laborales y de Seguridad Social de los pabellones de conveniencia», Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 108, 2001, págs. 909 y ss., ORTIZ CASTILLO, F.: «Pabellones de conveniencia», en AA.VV.: Mar, trabajo y Seguridad Social, Ponencias presentadas en el Curso de la Universidad Internacional del Mar, Dir. Guillermo RODRÍGUEZ INIESTA, 2ª ed., Laborum, Murcia, 2002, págs. 207 y ss., VICENTE PALACIO, M. A.: El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, cit., págs. 23 y ss., FOTINOPOULOU BASURKO, O.: El contrato de trabajo de la gente del mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos, Comares, Granada, 2008, págs. 52 y ss., REQUEJO GUTIÉRREZ, F.: «Régimen de Seguridad Social aplicable a los tripulantes de los buques con bandera extranjera», Actualidad Laboral, nº 6, 2010, págs. 628 y VICENTE PALACIO, A.: «El control de las condiciones de trabajo en el ámbito marítimo. Facultades del Estado del pabellón y del Estado del puerto: previsiones internacionales y comunitarias», en AA.VV.: La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente del mar, Dir. Olga FOTINOPOULOU BASURKO, Gomylex, Bilbao, 2014, págs. 645 y ss. Sin duda de interés resulta también el excelente trabajo de CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: Una cuestión de derechos humanos: La protección de Seguridad Social de nuestros Trabajadores del Mar migrantes en Noruega, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

⁶⁶ En relación a redacción dada por su predecesora, cfr. SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Pabellones de conveniencia y Seguridad Social», Aranzadi Social, nº 6, 2002, págs. 55 y ss. y FERRANDO GARCÍA, F.: «Singularidades del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del

su 50 por ciento»⁶⁷; y, b) «Las condiciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores no nacionales españoles, empleados a bordo de los buques matriculados en el Registro especial, se regularán por la legislación a la que libremente se sometan las partes, siempre que la misma respete la normativa emanada de la Organización Internacional del Trabajo o, en defecto de sometimiento expreso, por lo dispuesto en la normativa laboral y de Seguridad Social española, todo ello sin perjuicio de la aplicación de la normativa comunitaria y de los convenios internacionales suscritos por España»⁶⁸.

– Pesca marítima en cualquiera de sus modalidades: Se mantiene en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar a aquellas personas que realizan una actividad marítimo-pesquera, de forma retribuida, por cuenta ajena y bajo la dirección de un empresario. Se incluye la pesca en todas las modalidades como, entre otras⁶⁹, la pesca de arrastre⁷⁰, la pesca de cerco y otras artes⁷¹, la pesca marítima en buques congeladores⁷² y la pesca de

bacalao⁷³. Es preciso deslindar la pesca descrita de la mera pesca de recreo, realizada por afición o deporte sin retribución alguna y sin ánimo de lucro, no dando derecho a la venta ni al intercambio del pescado capturado, que habrá de ser destinado al consumo propio o entregado para fines benéficos y que, en consecuencia, queda excluida de este Régimen Especial⁷⁴.

– Tráfico interior de puertos⁷⁵ y actividades deportivas o de recreo: Continúan incluidos en el campo de aplicación de este Régimen Especial, si bien ahora integran dos apartados distintos. El encuadramiento de los prácticos de puertos ha experimentado diversas

⁶⁷ Reglamentación de Trabajo de la pesca del bacalao, aprobada por Orden de 29 de octubre de 1946. En extenso, CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, cit., págs. 190 y ss. y FERRANDO GARCÍA, F.: «Singularidades del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», cit., pág. 138.

⁶⁸ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: «Análisis del Régimen Especial de seguridad social de los Trabajadores del Mar. En torno a la posibilidad de su racionalización e integración», en AA.VV.: Regímenes y Sistemas Especiales de la Seguridad Social. Entre su pervivencia y su necesaria reforma, Coord. Henar ÁLVAREZ CUESTA, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 99 y ss.

⁶⁹ Según lo dispuesto en la hoy derogada Ordenanza de trabajo para embarcaciones de tráfico interior de puertos (aprobada por Orden Ministerial de 9 de agosto de 1969, BOE de 9 de septiembre), el tráfico interior de puertos comprende las siguientes actividades: «1) El personal que presta sus servicios a bordo de los buques, embarcaciones, artefactos, pontones u otras unidades flotantes dedicadas a operaciones de practicaje, remolque, amarraje, tráfico interior y exterior de los puertos y rías, como el transporte de pasajeros o mercancías y las de asistencia y salvamento; y 2) El personal subalterno dependiente de las Corporaciones de Prácticos de Puerto, como los vigías o serviolas y ordenanzas al servicio de las mismas, y los boteros-amarraadores de buques, los guardianes de embarcaciones, cobradores y demás personal que intervenga en el llamado tráfico de bahía, puerto ría». El art. 2 de la citada Ordenanza añadía que: «1) La del personal de embarcaciones, ganguilos y demás artefactos flotantes que realizando operaciones dentro de los puertos o rías, sus relaciones laborales se encuentren reguladas por Reglamentaciones específicas, tales como las de Construcción y Obras Públicas, Juntas de Puertos, Siderometalurgia, Pesca, Factorías Bacaladeras, Industrias Salineras, etc.; 2) El personal de remolcadores dedicados exclusivamente al salvamento, al que le será de aplicación la regulación propia de la actividad de la marina mercante; 3) Los tripulantes de embarcaciones de recreo», tratadas en su respectivo apartado; y, 4) Los gabarreros de empresas no comprendidas en la presente Ordenanza».

⁶⁷ Punto 6 de la Disposición Adicional 16ª del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante: «No obstante lo anterior, cuando no haya disponibilidad de tripulantes de nacionalidad española o de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, cuando medien razones de viabilidad económica del servicio de transporte, o por cualquier otra causa que pudiera tener una incidencia fundamental en la existencia del servicio, el Ministerio de Fomento podrá autorizar a las Empresas solicitantes el empleo de tripulantes no nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en proporción superior a la expresada anteriormente, siempre que quede garantizada la seguridad del buque y la navegación, teniendo en cuenta las formalidades establecidas en la normativa española vigente en materia de extranjería e inmigración».

⁶⁸ Punto 7 de la Disposición Adicional 16ª del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

⁶⁹ Según disponían las hoy derogadas Reglamentaciones de Trabajo del sector.

⁷⁰ Reglamentación de Trabajo de la pesca marítima, aprobada por Orden de 28 de octubre de 1946.

⁷¹ Reglamentación de Trabajo de la pesca en buques arrastros al fresco, aprobada por Orden de 31 de julio de 1963.

⁷² Reglamentación de Trabajo de la pesca en buques congeladores, aprobada por Orden de 19 de diciembre de 1974.

reformas de interés. En su momento, la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, modificó la tradicional inclusión de este colectivo en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar⁷⁶. Posteriormente, la Ley 48/2003, de 26 de diciembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General⁷⁷, consideró a los prácticos de puertos incluidos en dicho Régimen Especial como trabajadores por cuenta ajena (o como asimilados) cuando se constituyeran en corporaciones de prácticos de puertos o entidades que los sustituyeran. Por su parte, son tripulantes de embarcaciones de recreo los Trabajadores del Mar que presten servicios en «barcos o naves que tienen como única finalidad el recreo, disfrute o pasatiempo de su propietario o titular». Se excluyen así las embarcaciones «cuyo destino esencial... [vaya dirigido a] la explotación de un negocio, de la clase que éste sea». Podemos decir, entonces, que «el buque deportivo se define por su finalidad o destino, que debe ser una actividad náutico-deportiva o de recreo, incompatible con el ánimo de lucro»⁷⁸. La navegación deportiva o de recreo no puede constituir una actividad profesional. No habrá de mediar, pues, retribución.

– Se incluyen por primera vez a los trabajadores que prestan servicios en plataformas fijas o artefactos o instalaciones susceptibles de realizar operaciones de exploración o explotación de recursos marinos, sobre el lecho del mar, anclados o apoyados en él. Ahora bien, no

⁷⁶ En concreto, su Disposición Transitoria 2ª establecía los siguiente: «1. Los prácticos de puerto que hayan accedido al puesto de trabajo por concurso o concurso-oposición y estén prestando sus servicios como prácticos en puertos de competencia estatal a la entrada en vigor de la presente Ley, continuarán prestándolos como prácticos del puerto correspondiente, integrados en las actuales Corporaciones de prácticos o, en su caso, en las Entidades que sustituyan a éstas en sus actuales funciones, conservando todos los derechos adquiridos que les confiere la regulación del servicio vigente con anterioridad a la aprobación de la presente Ley. Las Corporaciones de prácticos no tendrán el carácter de Corporación de Derecho Público. [...]».

⁷⁷ Modificada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

⁷⁸ CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, cit., págs. 196 y ss.

tendrán la consideración de tales instalaciones los oleoductos, gasoductos, cables submarinos, emisarios submarinos y cualquier otro tipo de tuberías o instalaciones de carácter industrial o de saneamiento.

2.2. Personal de investigación, observadores de pesca y personal de seguridad

Se mantiene en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar a aquellas personas trabajadoras que realizan una actividad marítimo-pesquera a bordo, enroladas como técnicos o tripulantes. Se incluye como novedad a determinados colectivos que, aun no desarrollando una actividad laboral que tenga estrictamente dicha naturaleza, se considera que deben estar protegidos por este Régimen Especial al realizar la misma a bordo de una embarcación. Es el caso del personal de investigación, observadores de pesca y personal de seguridad.

Queda incluido el personal de investigación, integrado por personal científico, tanto investigador como de apoyo a la investigación. Desarrollan su actividad en el mar. Se embarcan en los buques oceanográficos para realizar tareas de investigación en las campañas oceanográficas. Llevan a cabo labores tales como la clasificación de las capturas, el muestreo de peces o la manipulación de dispositivos y equipos científicos para la toma de muestras de agua. Por su parte, el trabajo del observador científico consiste en el control de los totales admitidos de capturas. Estos observadores son contratados por el Instituto Español de Oceanografía para sus campañas o por empresas pesqueras en base a sus manuales de buenas prácticas. En fin, el personal de seguridad va a bordo de los buques que faenan fundamentalmente en el Océano Índico, sobre todo para evitar el riesgo de secuestro de los piratas somalíes. Embarcan durante los mismos periodos y en las mismas condiciones que el resto de la tripulación⁷⁹.

⁷⁹ Respuesta a la pregunta 184/75722, formulada en el Congreso de los Diputados por D.ª M.ª Olaia Fernández Dávila, el 24 de junio de 2015.

La inclusión de estos colectivos tiene su origen en las observaciones realizadas por el Consejo Económico y Social, que en su Dictamen 11/2015, emitido sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la Protección social de los trabajadores del sector marítimo-pesquero⁸⁰ señaló lo siguiente: «Se echa en falta la inclusión de dos colectivos de relevancia en el sector marítimo-pesquero, como son los observadores de pesca y el personal de seguridad de los barcos pesqueros en zonas marítimas de conflicto, por lo que considera conveniente su incorporación en el presente artículo».

2.3. Extracción de productos del mar

La actividad de extracción de productos del mar comprende, por una parte, la extracción de productos tales como mariscos, algas corales y demás productos marino-orgánicos distintos de los peces; actividades que, por otra parte, podrían incluirse en el apartado dedicado a la pesca marítima, al tener una gran vinculación con la misma⁸¹; y, por otra, comprende también la extracción de otros productos tales como el petróleo o el gas.

La Ley 47/2015 ha perfilado este apartado eliminando el término «otros» referidos a los productos del mar y creando un apartado específico referido a operaciones de exploración o explotación de recursos marinos, sobre el lecho del mar, anclados o apoyados en él, pero excluyendo de forma expresa en el mismo los oleoductos, gasoductos, cables submarinos, emisarios submarinos y cualquier otro tipo de tuberías o instalaciones de carácter industrial o de saneamiento.

La doctrina científica y diversos pronunciamientos de nuestros Tribunales⁸² habían

⁸⁰ Sesión ordinaria del Pleno de 25 de junio de 2015.

⁸¹ CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: «Algunas de las especificidades más problemáticas del trabajo en el mar realizado a bordo de embarcaciones pesqueras», cit., pág. 3.

⁸² STSJ de Galicia de 23 de febrero de 2012 (Ar. 106991), STSJ de Madrid de 26 de diciembre de 2012 (Ar. 44523/2013)

defendido, con razón, que en la expresión «otros productos del mar» cabía incluir aquellos que se encontraban no sólo en las aguas marinas, sino también en el lecho⁸³, suelo⁸⁴ y subsuelos marinos⁸⁵. A nuestro entender, la actual redacción del precepto, que se refiere sucintamente a «la extracción de productos del mar», permite también incluir los trabajos en plataformas petrolíferas, así como aquellos relativos al mantenimiento de la plataforma petrolífera, en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

2.4. Personas trabajadoras dedicadas a la acuicultura desarrollada en la zona marítima y marítimo-terrestre

Se incluye por primera vez el término acuicultura, al objeto de agrupar bajo dicha denominación diversas actividades encuadradas en el Régimen Especial. Comprende también la acuicultura en arena y en lámina de agua, tales como bancos cultivados, parques de cultivos, bateas y jaulas.

Quedan excluidas las personas trabajadoras que presten servicios en empresas dedicadas a la acuicultura en zona terrestre.

y Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao de 30 de julio de 2012 (Ar. 93508/2013).

⁸³ CANOSA RODRIGO, M.: «Campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», Tribuna Social, nº 49, 1995, pág. 27.

⁸⁴ STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 2003 (Ar. 3647). Comenta esta sentencia VICENTE PALACIO, M. A.: El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, cit., pág. 46, en los siguientes términos: «con independencia de que la empresa se dedique o no como fin fundamental, a la obtención de otros productos del mar, presta un servicio para otra empresa que tiene su centro de trabajo en el mar a distancia de la costa y que obliga a los actores a prestarlos necesariamente en la plataforma petrolífera, en régimen de vida igual al de los demás trabajadores que en ella prestan sus servicios y con independencia de la finalidad mercantil de las diferentes empresas que los contratan, viéndose obligados a pasar temporadas en la plataforma sin salir de ellas».

⁸⁵ FERRANDO GARCÍA, F.: «Singularidades del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», cit., pág. 138.

2.5. Buceadores extractores de recursos marinos y buceadores con titulación profesional en actividades industriales

La Ley 47/2015 incorpora a los buceadores profesionales, que hasta ahora sólo se incluían en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar cuando realizaban sus servicios en una empresa marítimo-pesquera, abarcando la actividad docente para la obtención de dicha titulación.

Quedan excluidos los buceadores con titulaciones deportivas-recreativas. Esta exclusión fue criticada en su momento por el Consejo Económico y Social, en su Informe 11/2015, en los siguientes términos: «El CES valora positivamente la inclusión de los buzos en el campo de aplicación de este Régimen, si bien no comparte la exclusión, contemplada en el apartado e) de los buzos profesionales recreativos, que no parece lógica habida cuenta de la inclusión de los demás trabajadores técnicos o tripulantes de embarcaciones, buques o plataformas de recreo, de acuerdo con la letra a) del mismo precepto, y con el artículo 4, apartado 1. a) del Anteproyecto. Por ello, el CES considera que el apartado e) debiera referirse a los buzos profesionales, suprimiendo la exclusión de los recreativos, máxime teniendo en cuenta los riesgos específicos derivados de la actividad profesional subacuática que realizan los buzos profesionales de recreo, al igual que otros buzos profesionales, como los formadores de buceo profesional, que debieran estar claramente comprendidos en el ámbito de aplicación del Anteproyecto objeto de dictamen».⁸⁶

2.6. Rederos y rederas

En este precepto se incluyen también en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar a los rederos como categoría laboral específica diferente de la del resto de traba-

jadores por cuenta ajena dedicados a la pesca marítima. Son los trabajadores dedicados a confeccionar y montar las artes y los aparejos de pesca, así como a efectuar su reparación y mantenimiento siguiendo las indicaciones de los planos y/o los procedimientos tradicionales. En su origen, la reparación y mantenimiento de las redes era un trabajo realizado por los marineros. Cuando las redes se rompían durante el lance, eran ellos quienes las arreglaban en navegación, tras terminar la maniobra. Si la avería era de entidad, las reparaban ya en tierra. Posteriormente, las mujeres empezaron a desempeñar el oficio y, en la actualidad, son ellas quienes mayoritariamente lo desempeñan en pequeñas poblaciones costeras⁸⁷.

La Ley 116/1969, de 30 de diciembre, hizo por primera vez referencia a los rederos. Su Reglamento de desarrollo incluyó a los trabajadores por cuenta propia, que realizan de forma habitual, personal y directa la actividad de rederos, siempre que la misma constituyera su medio fundamental de vida. En su art. 5 se establecía que los rederos que no realizaran sus faenas por cuenta de una empresa pesquera determinada tendrían la consideración de trabajadores por cuenta propia o autónomos, aun cuando se agrupasen con otros para la realización de su actividad y siempre y cuando no empleasen a más de cuatro trabajadores a su servicio. En fin, los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida, se entendía que concurrían cuando el trabajador por cuenta propia dedicase predominantemente su actividad a actividades marítimo-pesqueras y de ellas obtuviera sus principales ingresos para atender a sus propias necesidades o las de los familiares a su cargo, incluso cuando, con carácter ocasional realizase otros trabajos de distinta naturaleza.

⁸⁷ En Galicia, País Vasco, Principado de Asturias y Cantabria y, en menor medida, en la Comunidad Valenciana y en Cataluña. Cfr. Rederas. Un oficio desconocido, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, Madrid, 2012, pág. 9.

⁸⁶ Sesión ordinaria del Pleno de 25 de junio de 2015.

2.7. Estibadores portuarios

El colectivo de estibadores portuarios ha sido considerado como «un grupo aparte a los efectos de su protección social»⁸⁸. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, reguladora del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, así como la del Decreto 2864/74, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar⁸⁹, señalaron que los estibadores portuarios «han venido constituyendo un grupo con gestión autónoma en materia de seguridad Social [...], al que progresivamente se le fue reconociendo diversos beneficios de Seguridad Social».

El trabajo de estibadores portuarios es el relativo a las labores de carga, descarga, estiba desestiba y transbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo en los buques y dentro de la zona portuaria⁹⁰. La actividad de estiba y desestiba puede desarrollarse bajo la forma de una relación laboral común o especial, para una empresa pública o para una privada. Lo determinante para «la afiliación al Régimen Especial, y dentro del mismo, el encuadramiento específico en la actividad de estiba o desestiba, es la naturaleza concreta del trabajo desempeñado y no la condición de la relación laboral que les une con sus respectivas empresas ni la naturaleza de éstas, pública o privada»⁹¹. O dicho en otros términos, lo esencial para determinar la inclusión de un trabajador en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar como estibador portuario es que el contenido esencial de las actividades que realiza sea tal.

⁸⁸ CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, cit., págs. 194 y ss.

⁸⁹ En concreto, de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre y de la Ley 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

⁹⁰ CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, cit., págs. 194 y ss.

⁹¹ CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, cit., págs. 194 y ss.

Las actividades constitutivas del trabajo de estiba portuaria vienen definidas en el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante⁹², cuyo artículo 130 considera integradas en el servicio de manipulación de mercancías las actividades de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, que permitan su transferencia entre buques, o entre éstos y tierra u otros medios de transporte. Estas actividades deberán realizarse íntegramente dentro de la zona de servicio del puerto y guardar conexión directa e inmediata con una concreta operación de carga, descarga o trasbordo de un buque determinado.

Ante la problemática surgida en los últimos años en cuanto a la petición de inclusión de personas trabajadoras en este Régimen Especial como estibadores cuando no realizan actividades de estiba portuaria⁹³, el legislador ha optado por definir lo que ha de entenderse por estibador portuario. En este sentido, la Ley 47/2015 se refiere a ellos como «los trabajadores que realizan las actividades que integran el servicio portuario de manipulación de mercancías, conforme a lo dispuesto en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante».

Por su parte, el art. 130.1.a) del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, considera que las actividades de carga y estiba comprenden:

«1.º La recogida de la mercancía en la zona de almacenamiento o depósito del puerto y el transporte horizontal de la misma hasta el costado del buque en operaciones relacionadas con la carga del mismo.

2.º La aplicación de gancho, cuchara, spreader o cualquier otro dispositivo que permita izar o transferir la mercancía directamente desde un medio de transporte

⁹² Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

⁹³ Al respecto, cfr. entre otras, SSTSJ del País Vasco de 11 de mayo y 7 de septiembre de 2004 (Ar. 1717 y 3958).

terrestre, o desde el muelle, o pantalán, al costado del buque.

3.º El izado o transferencia de la mercancía y su colocación en la bodega o a bordo del buque.

4.º La estiba de la mercancía en bodega o a bordo del buque, de acuerdo con los planes de estiba e indicaciones del capitán del buque o de los oficiales en quienes delegue esta responsabilidad.

5.º El embarque de la mercancía por medios rodantes en el buque.

6.º El trincaje o sujeción de la carga a bordo del buque para evitar su desplazamiento durante la navegación, siempre que estas operaciones no se realicen por la tripulación del buque»⁹⁴.

⁹⁴ Añade el art. 130 en sus apartados 2 y 3 del Real Decreto Legislativo 2/2011 que «no tendrán la consideración de mercancía objeto de tráfico marítimo:

- a) Los bienes propiedad de las Autoridades Portuarias.
 - b) Las cartas, tarjetas, paquetes postales y otros bienes que sean objeto del servicio postal o de mensajería.
 - c) La pesca fresca, el bacalao verde y sus productos elaborados.
 - d) Los desechos y residuos generados por el buque, así como los desechos y residuos de la carga procedente de los buques.
3. Quedan exentas de su consideración como servicio portuario de manipulación de mercancías las actividades siguientes:
- a) El manejo de medios mecánicos propiedad de la Autoridad Portuaria y la manipulación de mercancías del Ministerio de Defensa, salvo que en este último caso el servicio se realice por una empresa titular de una licencia para la prestación del servicio de manipulación de mercancías.
 - b) El manejo de cabezas tractoras o grúas automóbiles que no estén permanentemente adscritas a operaciones portuarias y sean conducidas por su personal habitual.
 - c) El embarque y desembarque de camiones, automóbiles y cualquier clase de vehículos a motor, con sus remolques o semirremolques, cuando se realicen por sus propietarios, usuarios o conductores habituales dependientes de aquellos. Asimismo, está excluido del servicio de manipulación de mercancías el embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular.
 - d) La conducción, enganche y desenganche de cabezas tractoras que embarquen o desembarquen remolques o semirremolques, si el transporte se produce sin solución de continuidad desde fuera de la zona de servicio del puerto hasta su embarque, o desde el barco hasta fuera de la mencionada zona.
 - e) La conducción de vehículos de todo tipo que transporten mercancías hasta pie de grúa o de instalación de carga, o

Al mismo tiempo, el art. 130.1.b) del Real Decreto Legislativo 2/2001 añade que las actividades de desestiba y descarga comprenden:

de rampa de embarque, en operaciones directas de cualquier medio de transporte terrestre a buque, si el transporte se produce sin solución de continuidad desde fuera de la zona de servicio del puerto.

Asimismo, la conducción de vehículos de todo tipo que reciban mercancías a pie de grúa o de instalación de descarga, o de rampa de desembarque, en operaciones directas de buque a cualquier medio de transporte terrestre, si el transporte se produce sin depósito intermedio hasta fuera de la zona de servicio del puerto.

En ambos casos, las operaciones de conexión de los medios de carga y descarga. En este supuesto, se consideran incluidas las operaciones directas de cualquier medio de transporte terrestre a buque y las de buque a cualquier medio de transporte terrestre.

f) Las labores de sujeción y suelta de la carga a bordo del buque, cuando sean realizadas por las tripulaciones de los buques.

g) Las operaciones de carga, descarga y trasbordo para el avituallamiento. Asimismo, las operaciones de carga, descarga y trasbordo para el aprovisionamiento de buques cuando no se precise emplear medios de carga adscritos permanentemente al servicio de manipulación de mercancías, así como la carga o descarga de las piezas y repuestos para la reparación del buque y la maquinaria y herramientas precisas para dichos trabajos.

A estos efectos, se considerarán operaciones de avituallamiento las que se refieren a los siguientes productos: agua, combustibles, carburantes, lubricantes y demás aceites de uso técnico.

A su vez, se consideran operaciones de aprovisionamiento las que se refieren a los siguientes productos: los destinados exclusivamente al consumo de la tripulación y de los pasajeros, productos de consumo para uso doméstico, los destinados a la alimentación de los animales transportados y los consumibles utilizados para la conservación, tratamiento y preparación a bordo de las mercancías transportadas.

h) Las operaciones de carga, descarga y trasbordo si se realizan por tubería.

i) Las operaciones que se realicen en instalaciones portuarias en régimen de concesión o autorización, cuando dichas instalaciones estén directamente relacionadas con plantas de transformación, instalaciones de procesamiento industrial o envasado de mercancías propias que se muevan por dichos terminales marítimos de acuerdo con su objeto concesional, salvo que se realicen por una empresa estibadora.

Las actividades incluidas en el servicio de manipulación de mercancías que sean realizadas en las instalaciones otorgadas en concesión o autorización citadas en el párrafo anterior deberán ser realizadas con trabajadores que cumplan los requisitos de formación y aptitud exigidos por los artículos 153 y 154 de esta ley, sin que sea exigible la participación de la empresa por cuya cuenta presten sus servicios los trabajadores en el capital de la Sociedad de Gestión de Estibadores Portuarios regulada en el capítulo VI del título VI de este libro primero».

«1.º El destrincaje o suelta de las sujeciones de la carga a bordo para permitir su manipulación, siempre que estas operaciones no se realicen por la tripulación del buque.

2.º La desestiba de mercancías en la bodega o a bordo del buque, comprendiendo todas las operaciones precisas para su colocación al alcance de los medios de izada o transferencia.

3.º La aplicación de gancho, cuchara, spreader o cualquier otro dispositivo que permita izar o transferir la mercancía.

4.º El izado o transferencia de la mercancía y su colocación en un medio de transporte o en el muelle o pantalán al costado del buque.

5.º La descarga de la mercancía, bien sobre vehículos de transporte terrestre, bien sobre muelle o pantalán para su posterior recogida por vehículos o medios de transporte horizontal, y, en su caso, su traslado a la zona de almacenamiento o depósito dentro del puerto, y el depósito y apilado de la mercancía en dicha zona.

6.º El desembarque de la mercancía del buque por medios rodantes».

En fin, de acuerdo con lo establecido en el art. 130.1.c) de dicho texto legal, «la actividad de trasbordo comprende el destrincaje o suelta, siempre que no se realice por la tripulación del buque y la desestiba en el primer buque, la transferencia de la mercancía directamente desde un buque a otro y la estiba en el segundo buque y posterior trincaje, siempre que no se realice por la tripulación del buque en el segundo buque».

Lo fundamental de la descripción de dichas actividades es que supongan una transferencia de mercancías entre buques o entre estos y tierra u otros medios de transporte, sin que sea requisito constitutivo de dicha inclusión el que el trabajador pertenezca a una Sociedad Estatal⁹⁵. O

⁹⁵ SSTs de 15 de abril de 2003 (Ar. 3812), 23 de febrero de 2004 (Ar. 2234) y 9 de julio de 2004 (Ar. 6037).

dicho en otros términos, «lo determinante para la afiliación al Régimen Especial, y dentro del mismo, el encuadramiento específico en la actividad de estiba o desestiba, es la naturaleza concreta del trabajo desempeñado y no la condición de la relación laboral que les une con sus respectivas empresas ni la naturaleza de estas, pública o privada»⁹⁶. Tampoco resulta trascendente la forma de ingreso en el puesto de trabajo⁹⁷.

En este sentido, nuestros Tribunales han considerado incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar como estibadores portuarios a los trabajadores, que desarrollan tareas de descarga de soja en grano de barcos atracados en el puerto⁹⁸, al capataz⁹⁹, al trabajador que realiza funciones de embarcaciones de tráfico interior propiedad de la Autoridad Portuaria y dentro de la zona de servicio del puerto¹⁰⁰, al jefe de grupo¹⁰¹, a los manipuladores de mercancías¹⁰², al conductor/carretillero¹⁰³ y a los trabajadores que desarrollan labores de amarre y desamarre de buques, carga y descarga en ellos, pese a que la actividad de la em-

⁹⁶ SSTs de 9 de julio de 2004 (Ar. 6037), 4 de mayo de 2005 (Ar. 5304), 19 de junio de 2009 (Ar. 4556), 9 de octubre de 2012 (Ar. 9652), 2 de octubre (Ar. 4852), 30 de diciembre de 2015 (Ar. 194/2016). En idénticos términos, STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2010 (Ar. 393330), 12 de enero de 2011 (Ar. 136632) y SSTSJ de Galicia de 7 de febrero (Ar. 92013), 27 de marzo (169864), 20 de junio de 2013 (Ar. 43491) y 26 de junio de 2014 (Ar. 217470), STSJ del País Vasco de 11 de junio de 2014 (Ar. 233638) y SSTSJ de Galicia de 21 de diciembre de 2009 (Ar. 84352/2010), 31 de enero (Ar. 67588), 24 de mayo (Ar. 228201), 7 de junio (Ar. 236078) y 28 de junio de 2012 (Ar. 264990), 12 de marzo de 2015 (Ar. 90679).

⁹⁷ STS de 4 de julio de 2014 (Ar. 3596).

⁹⁸ STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2015 (Ar. 304997).

⁹⁹ STSJ de Galicia de 20 de junio de 2013 (Ar. 243491), STSJ del País Vasco de 6 de marzo de 2013 (Ar. 144352/2014), 5 de abril de 2013 (Ar. 144006), 4 de abril de 2014 (Ar. 232737) y STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de mayo de 2015 (Ar. 200869). En sentido contrario, STSJ del País Vasco de 17 de noviembre de 2014 (Ar. 338334).

¹⁰⁰ Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Bilbao (Ar. 175185).

¹⁰¹ STSJ del País Vasco de 12 de febrero de 2014 (Ar. 232354).

¹⁰² STSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 2013 (Ar. 22733).

¹⁰³ STSJ de Galicia de 16 de octubre de 2014 (Ar. 293714).

presa sea diversas pues «es la naturaleza del trabajo realizado y no la de la empresa que lo contrata, la determinante de la procedencia de su inclusión en ese Régimen Especial»¹⁰⁴. Por el contrario, no procede la inclusión en este Régimen Especial de los trabajadores que realizan labores con medios mecánicos propiedad de la Autoridad Portuaria¹⁰⁵ o de carga y descarga por tubería¹⁰⁶, del jefe de operaciones de estiba y desestiba¹⁰⁷, del jefe de mantenimiento¹⁰⁸, del jefe de terminal¹⁰⁹, del trabajador que realiza labores técnicas o auxiliares y no acredita el

¹⁰⁴ STSJ de Galicia de 20 de febrero de 2014 (Ar. 71722).

¹⁰⁵ STS de 30 de diciembre de 2015 (Ar. 194/2016).

¹⁰⁶ STS de 9 de octubre de 2012 (Ar. 9652) y STSJ de Cataluña de 9 de diciembre de 2013 (Ar. 22917/2014).

¹⁰⁷ SSTTS de 4 de julio de 2014 (Ar. 3596) y 7 de julio de 2014 (Ar. 3696) señalan que «lo determinante no es quien dirige las labores de dirección o coordinación sino que realiza directamente las tareas de estiba y desestiba, carga y descarga y trasbordo: [...] Teniendo en cuenta lo expuesto y valorando lo certificado por la empresa, cabe entender que el demandante en la instancia, en efecto, realizaba labores de dirección y coordinación de tareas de estiba y desestiba, incluso in situ, pero no ejecutaba directamente tareas de estiba y desestiba, carga y descarga y trasbordo. Una cosa es, por tanto, quien ejecuta la labor propia del estibador, su concreta labor, y otra quien la dirige y coordina. La razón de la exclusión del Régimen Especial obedece a la propia lógica del sistema pues la inclusión de un trabajador en el RETM, especialmente en cuanto al régimen de jubilación en virtud de los coeficientes reductores, se justifica por las especiales circunstancias relacionadas directamente con el trabajo marítimo y pesquero. ...lo determinante es que quien ejecuta esas labores, directa y concretamente, es el estibador; por el contrario, quien, como el recurrente, es jefe de operaciones tiene un cometido de dirección y coordinación de las labores directas que ejecutan otros. En este sentido huelga plantearse como término de comparación el caso de los capataces a los que sí se identifica directamente con las labores tal y como se deduce de las sentencias antes citadas». En parecidos términos, STSJ de Cantabria de 6 de octubre de 2006 (Ar. 267969), STSJ de Murcia de 2 de abril de 2008 (Ar. 11451), SSTSJ del País Vasco de 10 de junio de 2010 (Ar. 414467), 30 de septiembre de 2010 (Ar. 865), 9 de julio de 2010 (Ar. 403279), 6 de junio de 2011 (Ar. 300058), 27 de julio de 2011 (Ar. 172428) y 28 de febrero de 2012 (Ar. 33451), STSJ de Galicia de 22 de marzo (Ar. 131608), 10 de mayo (Ar. 181988) y 19 de julio de 2012 (Ar. 158688), SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de abril de 2014 (Ar. 249805), 19 de mayo de 2015 (Ar. 200869) y de 15 de septiembre de 2015 (Ar. 12568/2016) y SSTSJ de Cataluña de 2 de febrero de 2015 (Ar. 118428) y 16 de abril de 2015 (Ar. 151485).

¹⁰⁸ STS de 9 de octubre de 2012 (Ar. 9652).

¹⁰⁹ STS de 9 de octubre de 2012 (Ar. 9652).

desarrollo de actividades de estiba y desestiba¹¹⁰, del oficial de muelles¹¹¹, de los operarios que realizan tareas de control de recepción de mercancías y reubicación de vehículos¹¹² o de los trabajadores que participan de las actividades de carga y descarga de buques pero sin contacto, próximo ni inmediato, con los muelles donde atracan los buques ni con éstos¹¹³.

Con respecto a las empresas estibadoras, se mantiene la obligatoriedad de que la misma sea titular de la correspondiente licencia del servicio portuario de manipulación de mercancías o licencia de autoprestación para que se considere al trabajador estibador portuario. A este respecto, el Consejo Económico y Social consideró en su Informe 2/2015 que, «a fin de garantizar el debido encuadramiento de todos los trabajadores de empresas de estiba portuaria en el Régimen Especial del Mar, debería aclararse que la previsión recogida en este apartado afecta a todos los puertos, tanto los de carácter estatal como autonómico»¹¹⁴; previsión que no fue tenida en cuenta en la redacción final.

2.8. Prácticos de puerto

La Ley 47/2015 incluye a los prácticos de puerto, que pueden desarrollar su actividad como trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia o —tal y como se contempla en la regulación actual y veremos a continuación— como asimilados a trabajadores por cuenta ajena¹¹⁵.

¹¹⁰ SSTTS de 14 de febrero (Ar. 4430), 20 de febrero (Ar. 5488) y 3 de mayo de 2006 (Ar. 4069) y 2 de noviembre de 2012 (Ar. 10340). Cfr. igualmente STSJ de Cantabria de 20 de noviembre de 2006 (Ar. 292984), STSJ de Galicia de 18 de octubre de 2012 (Ar. 354475) y STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de mayo de 2014 (Ar. 251452).

¹¹¹ STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de enero de 2014 (Ar. 200227), por realizar tareas eminentemente administrativas.

¹¹² STSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de junio de 2015 (Ar. 229138).

¹¹³ STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2010 (Ar. 393329).

¹¹⁴ Sesión ordinaria del Pleno de 25 de junio de 2015.

¹¹⁵ STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 2015 (Ar. 4060/2016).

El Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante ya estableció en su art. 280 que «los prácticos y restante personal embarcado adscrito al servicio de practica se integrarán en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, siéndoles de aplicación el correspondiente coeficiente reductor de la edad de jubilación, independientemente de si realizan su trabajo por cuenta ajena o como trabajadores asimilados a cuenta ajena. Esta integración tendrá efectos desde la fecha de inicio de la actividad en el servicio de practica».

2.9. Personas que desarrollan actividades de carácter técnico, administrativo o subalterno y personal al servicio de las Cofradías y federaciones de pescadores, de las cooperativas del mar y de las organizaciones sindicales del sector marítimo-pesquero y asociaciones de armadores

Continúan incluyéndose los trabajos de carácter administrativo, técnico o subalterno de las empresas marítimo-pesqueras¹¹⁶, de las cofradías de pescadores¹¹⁷, de las cooperativas

del mar¹¹⁸ y demás organizaciones del sector¹¹⁹, pues aunque no se trata de actividades

ficación normativa generó en algún caso concreto, problemas en la determinación del reconocimiento de la prestación de jubilación. Al respecto, STSJ de Cataluña de 8 de noviembre de 1993 (Ar. 4881).

¹¹⁸ El art. 99 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, define las Cooperativas de Mar como las que «las que asocian a pescadores, armadores de embarcaciones, cofradías, organizaciones de productores pesqueros, titulares de viveros de algas, de cetáceas, mariscadores y familias marisqueras, concesionarios de explotaciones de pesca y de acuicultura y, en general, a personas físicas o jurídicas titulares de explotaciones dedicadas a actividades pesqueras o de industrias marítimo-pesqueras y derivadas, en sus diferentes modalidades del mar, rías y lagunas marinas, y a profesionales por cuenta propia de dichas actividades, y tienen por objeto la prestación de suministros y servicios y la realización de operaciones, encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las actividades profesionales o de las explotaciones de sus socios». Para el cumplimiento de sus fines, pueden desarrollar alguna de las siguientes actividades: «a) Adquirir, elaborar, producir, fabricar, reparar, mantener y desgazar instrumentos, útiles de pesca, maquinaria, instalaciones, sean o no frigoríficas, embarcaciones de pesca, animales, embriones y ejemplares para la reproducción, pasto y cualesquiera otros productos, materiales y elementos necesarios o convenientes para la cooperativa y para las actividades profesionales o de las explotaciones de los socios.

b) Conservar, tipificar, transformar, distribuir y comercializar, incluso hasta el consumidor, los productos procedentes de la cooperativa y de la actividad profesional o de las explotaciones de los socios.

c) En general, cualesquiera otras actividades que sean necesarias o convenientes o que faciliten el mejoramiento económico, técnico, laboral o ecológico de la actividad profesional o de las explotaciones de los socios». Al respecto, CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: «Las cooperativas del (y en el) mar como entidades de economía social y solidaria», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 37, 2014, págs. 124 y ss.

¹¹⁹ Hasta su integración en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar con fecha 1 de agosto de 1970, el personal al servicio de las Cofradías sindicales estuvo integrado en el Régimen General. La STSJ de Cataluña de 8 de noviembre de 1993 (Ar. 4881) resuelve la cuestión de si el tiempo en que estos trabajadores estuvieron integrados en el Régimen General computa a los efectos del cálculo de la prestación, teniendo en cuenta además del dato de que el trabajador en cuestión estuvo de alta hasta su jubilación en el Régimen General, al prestar servicios en una empresa eléctrica. El Tribunal estimó la pretensión del trabajador en los siguientes términos: «la particularidad de lo aquí discutido estriba en que el actor pasó, de cotizar al Régimen General, a cotizar al Régimen Especial de Trabajadores del Mar, sin haber cambiado de actividad, porque la Ley de Bases de la Seguridad Social atribuyó el carácter de Régimen Especial a los Trabajadores del Mar, recomendando la

¹¹⁶ STSJ de Murcia de 7 de junio de 2013 (Ar. 220829).

¹¹⁷ Según lo dispuesto en el art. 45 de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado, las Cofradías de Pescadores «son corporaciones de derecho público, sin ánimo de lucro, representativas de intereses económicos, que actúan como órganos de consulta y colaboración de las administraciones competentes en materia de pesca marítima y de ordenación del sector pesquero». El art. 46 de dicha Ley enumera sus funciones, que son: «a) Actuar como órganos de consulta de las Administraciones públicas competentes y ejercer las funciones que les encomienden la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias.

b) Prestar servicios a sus miembros y representar y defender sus intereses.

c) Administrar los recursos propios de su patrimonio.» El personal al servicio de las Cofradías estuvo en un principio integrado en el Régimen General. Con fecha 1 de agosto de 1970, pasó al Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Esta modi-

realizadas en el mar, sí lo son «para el mar»¹²⁰. En virtud del principio de unidad de empresa, quedan reconducidas al ámbito de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar¹²¹.

Se ha procedido a actualizar la nomenclatura de las mismas y como novedad se incorporan los trabajos administrativos de las empresas estibadoras, antes excluidos, aunque con diferencias respecto al trabajo de los estibadores en lo que respecta a la aplicación del coeficiente reductor de la edad de jubilación¹²². En concreto, se establece que: «A los efectos del encuadramiento en este Régimen Especial de las personas trabajadoras de empresas de estiba portuaria, la empresa deberá ser titular de la correspondiente licencia del servicio portuario de manipulación de mercancías o licencia de autoprestación, independientemente del carácter estatal o autonómico del puerto»¹²³.

Finalmente, el art. 3 de la Ley 47/2015 deja abierta la posibilidad de incluir a algún otro colectivo que desarrolle una actividad marítimo-pesquera. En uso de esta habilitación, que ya recogía la anterior normativa, se han visto incluidos en su ámbito subjetivo de aplicación diversos colectivos, entre los que destacan, sin ánimo exhaustivo, los médicos integrantes de

preparación del correspondiente proyecto de ley, como así se hizo. [...] En consecuencia, el actor realizando la misma actividad pasó a cotizar al Régimen Especial de Seguridad Social instaurado en virtud de la nueva normativa. [...] Si el demandante siempre trabajó en la Cofradía y siempre cotizó por dicho trabajo de acuerdo con la legalidad vigente, todas las cotizaciones efectuadas por dicho trabajo deben ser reconocidas y computadas en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, al no existir norma que especialmente disponga lo contrario y ser éste el espíritu benefactor de la legislación creadora del Régimen Especial de Seguridad Social.

¹²⁰ CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, cit., pág. 48.

¹²¹ VICENTE PALACIO, M. A.: El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, cit., pág. 48.

¹²² Sobre este tema, CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: «A propósito de las actividades marítimo pesqueras determinantes de la aplicación de los coeficientes reductores de edad mínima de jubilación en el Régimen Especial de seguridad social de los Trabajadores del Mar», AS, nº 20, 2002, págs. 29 y ss.

¹²³ Art. 3.j) de la Ley 47/2015, de 21 de octubre.

grupos de asistencia de emigrantes y repatriados en viaje¹²⁴, los trabajadores que realizan cursos de formación profesional náutico o náutico pesquera¹²⁵ y los trabajadores españoles de empresas pesqueras conjuntas y de sociedades mixtas¹²⁶.

3. TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA

No todos los trabajadores por cuenta propia que desarrollen actividades vinculadas con el ámbito marítimo-pesquero están incluidos en este Régimen Especial. Se exige la concurrencia del requisito de la habitualidad. La regulación de 1974 exigía también que la actividad marítimo-pesquera constituyera su medio fundamental de vida. Se entendía que concurría este último elemento cuando el trabajador por cuenta ajena dedicaba predominantemente su actividad a trabajos de esta naturaleza y de ellos extraía su principal fuente de ingresos para atender sus propias necesidades y las de sus familiares¹²⁷, aún cuando, con carácter ocasional, realizase otras actividades¹²⁸. Es decir, no se requería que la dedicación a las faenas del mar fuera exclusiva, pero sí que fuera su principal fuente de ingresos¹²⁹. La carga de la prueba del carácter lucrativo de la actividad marítimo-pesquera recaía en el trabajador, quien debía acreditar la entidad del beneficio empresarial en el con-

¹²⁴ Orden de 23 de noviembre de 1970.

¹²⁵ Orden de 31 de enero de 1974.

¹²⁶ Art. 7 del Real Decreto 830/1985, de 30 de abril, sobre Empresas Pesqueras Conjuntas.

¹²⁷ En relación a la valoración de los ingresos en el conjunto de la unidad familiar, cfr. RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Sobre la habitualidad y medio fundamental de vida del trabajador por cuenta propia del mar. ¿Es discriminatoria la exclusión de RETM en razón a que el cónyuge o familiar sea titular de un negocio mercantil o industrial?: Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona, de 4 de julio de 2003», Aranzadi Social, nº 16, 2004, págs. 17 y ss.

¹²⁸ VICENTE PALACIO, M. A.: El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, cit., pág. 37.

¹²⁹ FERRANDO GARCÍA, F.: «Singularidades del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», cit., pág. 143.

junto de la unidad familiar¹³⁰. En este contexto, nuestros Tribunales consideraron que no procedía la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, cuando la mujer del trabajador era titular de un bar y el propio trabajador declaraba que el bar era su medio fundamental de vida¹³¹ o cuando el trabajador se dedicaba además de a la pesca, a la venta de pan y leche, actividad que requería de dedicación constante¹³².

Posteriormente, la Disposición Adicional 16ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social, introdujo un último párrafo al art. 2.b) TR, en el que se concretaba que las actividades marítimo-pesqueras constituían medio fundamental de vida para el trabajador «siempre que de las mismas se obtengan ingresos para atender a sus propias necesidades o, en su caso, las de la unidad familiar, aun cuando con carácter ocasional o permanente realicen otros trabajos no específicamente marítimo-pesqueros determinantes o no de su inclusión en cualquier otro de los regímenes del sistema de Seguridad Social». Esta reforma, que se mantiene en la redacción actual, tuvo una doble consecuencia, como señaló en su momento la doctrina científica¹³³: a) Por una parte, la presunción ya sólo exigía que de las actividades marítimo-pesqueras se obtuvieran «ingresos para atender a sus propias necesidades o, en su caso, las de la unidad familiar», pero ya no implicaba expresamente que se tratase de «los principales ingresos para atender a dichas necesidades». En consecuencia, quedaba sin efecto la interpretación judicial en base a la cual, en caso de pluriactividad, si los ingresos procedentes de las actividades marítimo-pesqueras únicamente proporcionaban un complemento a los ingresos obtenidos por el desempeño de otra actividad, no cabía la inclusión en el Régimen

Especial de Trabajadores del Mar; y, b) La realización de otras actividades no marítimo-pesqueras era compatible con la inclusión en este Régimen Especial, incluso si tienen carácter permanente. La actual redacción del precepto mantiene esta línea.

El art. 4 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, enuncia ciertas actividades cuya realización por cuenta propia, en las condiciones descritas¹³⁴, da lugar a su inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar. Y, así, quedan comprendidas en el ámbito subjetivo de aplicación de este Régimen Especial las personas que lleven a cabo las siguientes actividades marítimo-pesqueras, como trabajadoras o armadores, como técnicos o tripulantes a bordo de alguna de las siguientes embarcaciones o buques: a) Marina mercante¹³⁵; b) Pesca marítima en cualquiera de sus modalidades¹³⁶; c) Tráfico interior de puertos¹³⁷; d) Deportivas y de recreo¹³⁸; e) Acuicultura desarrollada en zona marítima o marítimo-terrestre¹³⁹; g) Los mariscadores, percebeiros, recogedores de algas y análogos¹⁴⁰; h) Buceadores extractores de recursos marinos¹⁴¹; i) Buceadores con titulación profesional en actividades industriales, incluyendo la actividad docente para la obtención de dicha titulación. Quedan excluidos los buceadores con titulaciones deportivas-recreativas¹⁴²; j) Rederos y rederas¹⁴³; y, k) Prácticos de puerto¹⁴⁴.

La lista es cerrada y sólo se ha ido viendo alterada por las sucesivas reformas legislativas. Nuestros Tribunales han considerado

¹³⁴ Aquellos trabajadores que realicen su actividad marítimo-pesquera de forma habitual, personal y directa, fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona y a título lucrativo.

¹³⁵ Art. 4.1.a).1º de la Ley 47/2015, de 21 de octubre.

¹³⁶ Art. 4.1.a).2º de la Ley 47/2015, de 21 de octubre.

¹³⁷ Art. 4.1.a).3º de la Ley 47/2015, de 21 de octubre.

¹³⁸ Art. 4.1.a).4º de la Ley 47/2015, de 21 de octubre.

¹³⁹ Art. 4.1.b) de la Ley 47/2015, de 21 de octubre.

¹⁴⁰ Art. 4.1.c) de la Ley 47/2015, de 21 de octubre.

¹⁴¹ Art. 4.1.d) de la Ley 47/2015, de 21 de octubre.

¹⁴² Art. 4.1.e) de la Ley 47/2015, de 21 de octubre.

¹⁴³ Art. 4.1.f) de la Ley 47/2015, de 21 de octubre.

¹⁴⁴ Art. 4.1.g) de la Ley 47/2015, de 21 de octubre.

¹³⁰ STSJ de Galicia de 3 de mayo de 1996 (Ar. 2203).

¹³¹ STSJ de Galicia de 3 de mayo de 1996 (Ar. 2203)

¹³² STCT de 25 de marzo de 1985 (Ar. 1867).

¹³³ FERRANDO GARCÍA, F.: «Singularidades del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», cit., pág. 144.

que, en consecuencia, no procedía la inclusión en este Régimen Especial del administrador único de una empresa dedicada a servicios auxiliares de tráfico marítimo¹⁴⁵, ni del cotitular de una empresa dedicada a la explotación de una cetárea, que realizaba labores de transporte¹⁴⁶. Tampoco están incluidos en este Régimen Especial los Oficiales de la Marina Mercante por cuenta propia, inscritos en el Colegio de Oficiales de la Marina Mercante, al estar encuadrados en el RETA¹⁴⁷.

El artículo 4 de la Ley 47/2015 define, pues, a los trabajadores por cuenta propia. Mantiene como tales a aquellos que ya venían definidos en el texto refundido del año 1974 e incluye un nuevo colectivo de autónomos dedicados a la marina mercante o que ejerzan su actividad en embarcaciones deportivas y de recreo o de tráfico interior de puertos. Son trabajadores que están en posesión de una titulación profesional marítima, que desempeñan su trabajo a bordo de embarcaciones, pero que debido al carácter residual del concepto de autónomo del mar quedaban excluidos del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. Por otro lado, la nueva normativa elimina la referencia a la actividad por cuenta propia como armador de pequeñas embarcaciones de pesca y recoge una referencia al trabajo por cuenta propia en embarcaciones dedicadas a la pesca marítima¹⁴⁸.

Como novedad, se incluye también el concepto de autónomo dedicado a la acuicultura y los buzos profesionales, excluidos los recreativos. En su momento, el Consejo Económico y Social consideró necesaria la inclusión de los buzos profesionales recreativos dentro del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, en el ámbito de los trabajadores por cuenta propia y así lo hizo constar en su Dictamen 11/2015, emitido sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la Protección social de los trabajadores del sector marítimo-pesquero¹⁴⁹. En fin, se siguen incluyendo como trabajadores por cuenta propia a los rederos y a los prácticos de puerto.

Asimismo, se regulan los colaboradores familiares de los trabajadores por cuenta propia de una manera similar a la existente en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos. Esta inclusión se halla relacionada con la exclusión de laboralidad establecida en el art. 1.3.e) ET, que tiene su fundamento en la dudosa concurrencia de las notas tipificadoras de toda relación laboral en los trabajos realizados en el ámbito familiar¹⁵⁰. Se exige que el pariente conviva y dependa económicamente del trabajador del mar, de manera que si se prueba que estos requisitos no concurren al realizarse por ejemplo una actividad retribuida por cuenta ajena, no procede la inclusión en este Régimen Especial¹⁵¹. El texto anterior

¹⁴⁵ STSJ de Murcia de 13 de julio de 1998 (Ar. 6753).

¹⁴⁶ STSJ de Asturias de 28 de mayo de 1993 (Ar. 2227), en la medida en que «si bien esa actividad se realiza de forma habitual, personal y directa y constituye su medio fundamental de vida, no puede incluirse en el núm. 2 del apartado mencionado, en el que se contempla exclusivamente a los que se dediquen a la extracción de productos del mar, no a los que comercian con esos productos ya extraídos».

¹⁴⁷ Orden de 6 de abril de 1981. Al respecto, VICENTE PALACIO, M. A.: «Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», cit., pág. 55.

¹⁴⁸ En relación a las responsabilidades exigibles al armador, cfr. CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: «El derecho a la atención médica y a la protección de Seguridad Social y las responsabilidades exigibles al armador por enfermedad, lesiones y muerte por causas laborales de la gente de mar en el Convenio sobre trabajo marítimo

de 2006», Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 82, 2009, págs. 383 y ss.

¹⁴⁹ Sesión ordinaria del Pleno de 25 de junio de 2015.

¹⁵⁰ FERRANDO GARCÍA, F.: «Singularidades del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», cit., pág. 146 y VICENTE PALACIO, M. A.: «Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», cit., pág. 56, quien añade: «Llama la atención de esta inclusión de familiares el mantenimiento del tercer grado de parentesco, cuando tanto el Estatuto de los Trabajadores como el TRLGSS han reducido al 2º grado la presunción de falta de laboralidad de los mismos y la exclusión de la relación de seguridad social, respectivamente, en atención al cada vez más acusado fenómeno de nuclearización de la familia».

¹⁵¹ VICENTE PALACIO, M. A.: El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, cit., pág. 146.

aludía a los parientes hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad que convivían con el trabajador del mar¹⁵², lo que provocó las críticas de la doctrina científica que puso de manifiesto la necesidad de armonizar esta previsión con lo dispuesto en el art. 1.3.e) ET y el art. 7.2 LGSS, que se niegan la consideración por cuenta ajena a los parientes hasta el segundo grado¹⁵³. Esa armonización se ha producido en la Ley 47/2015, al referirse ahora a los parientes hasta el segundo grado.

4. COLECTIVOS ASIMILADOS

En el artículo 5 de la Ley 47/2015 se contempla la figura del trabajador asimilado a trabajadores por cuenta ajena conforme a la Ley General de la Seguridad Social. En este sentido dicho precepto dispone lo siguiente: «1. Se asimilarán a personas trabajadoras por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de estas en los términos establecidos en el apartado 1 de la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de personas trabajadoras por cuenta de la misma. 2. Asimismo, se asimilarán a personas trabajadoras por cuenta ajena los prácticos de puerto que, para la realización de su actividad de practicaaje, se

constituyan en empresas titulares de licencia del servicio portuario de practicaaje en un puerto, con excepción del derecho a las prestaciones por desempleo y Fondo de Garantía Salarial, de las que quedan excluidos. Dichas entidades tendrán la consideración de empresarios a efectos de este Régimen Especial respecto de los prácticos de puerto en ellas incluidos y del resto del personal a su servicio».

Junto a los trabajadores por cuenta ajena, que prestan sus servicios para un empresario en los términos expuestos, se asimilan a ellos algunos consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, con exclusión del derecho a las prestaciones por desempleo y Fondo de Garantía Salarial, si reúnen ciertos requisitos: a) Que no posean el control de estas en los términos establecidos en el apartado 1 de la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; b) Cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad; y, c) Que sus servicios sean retribuidos.

En fin, se asimilan a trabajadores por cuenta ajena a los prácticos de puerto –con excepción del derecho a las prestaciones por desempleo y Fondo de Garantía Salarial–, cuando se constituyan en empresas titulares de licencia del servicio portuario de practicaaje en un puerto¹⁵⁴.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AA.VV. *Mar, trabajo y Seguridad Social*, Ponencias presentadas en el Curso de la Universidad Internacional del Mar, Dir. Guillermo Rodríguez Iniesta, 2ª ed., Laborum, Murcia, 2002.
- AA.VV. *La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente del mar*, Dir. Olga Fotinopoulou Basurko, Gomylex, Bilbao, 2014.
- AA.VV. *El trabajo en el mar: Los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, Dir. Jaime Cabeza Pereiro, Bomarzo, Albacete, 2016.

¹⁵² El hecho de que la normativa del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar mantuviera la presunción de los trabajadores familiares hasta el terca grado se explica por su aprobación con anterioridad a la actual previsión del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley General de Seguridad Social.

¹⁵³ RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Sobre la habitualidad y medio fundamental de vida del trabajador por cuenta propia del mar. ¿Es discriminatoria la exclusión de RETM en razón a que el cónyuge o familiar sea titular de un negocio mercantil o industrial?: Comentario a la SJS nº 1 de Tarragona, de 4 de julio de 2003», cit., pág. 220.

¹⁵⁴ La Ley ya no hace referencia expresa a los armadores con salario como tripulantes. En relación a este colectivo, cfr. STSJ del País Vasco de 25 de febrero de 2010 (Ar. 145258)

- ALONSO OLEA, M. *Instituciones de la Seguridad Social*, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.
- BAYÓN CHACÓN, G. «El elemento de pluralidad de la Seguridad Social española: Régimen General y Regímenes Especiales», en AA.VV.: *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1972.
- CANOSA RODRIGO, M. «Campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», *Tribuna Social*, nº 49, 1995, págs. 20 a 35.
- CARDENAL CARRO, M. «Seguridad y causalidad de los accidentes en el sector pesquero», en AA. VV. *Mar, trabajo y Seguridad Social*, Ponencias presentadas en el Curso de la Universidad Internacional del Mar, Dir. Guillermo Rodríguez Iniesta, 2ª ed., Laborum, Murcia, 2002, págs. 55 a 67.
- CARRIL VÁZQUEZ, X. M. *La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Civitas, Madrid, 1999.
- CARRIL VÁZQUEZ, X. M. «Aspectos laborales y de Seguridad Social de los pabellones de conveniencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 108, 2001, págs. 909 a 927.
- CARRIL VÁZQUEZ, X. M. «A propósito de las actividades marítimo pesqueras determinantes de la aplicación de los coeficientes reductores de edad mínima de jubilación en el Régimen Especial de seguridad social de los Trabajadores del Mar», *AS*, nº 20, 2002, págs. 29 a 31.
- CARRIL VÁZQUEZ, X.M. «Algunas de las especificidades más problemáticas del trabajo en el mar realizado a bordo de embarcaciones pesqueras», *Revista Galega de Economía*, vol. 15, núm. 1, 2006.
- CARRIL VÁZQUEZ, X. M. «El derecho a la atención médica y a la protección de Seguridad Social y las responsabilidades exigibles al armador por enfermedad, lesiones y muerte por causas laborales de la gente de mar en el Convenio sobre trabajo marítimo de 2006», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 82, 2009, págs. 383 a 393.
- CARRIL VÁZQUEZ, X. M. «La Seguridad Social de la gente del mar en el Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 36, 2014, págs. 199 a 211.
- CARRIL VÁZQUEZ, X. M. «Las cooperativas del (y en el) mar como entidades de economía social y solidaria», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 37, 2014, págs. 124 a 135.
- CARRIL VÁZQUEZ, X. M. *Una cuestión de derechos humanos: La protección de Seguridad Social de nuestros Trabajadores del Mar migrantes en Noruega*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. «La prestación de incapacidad temporal en los regímenes especiales de la Seguridad Social», *Foro de Seguridad Social*, nº 12-13, 2005, págs. 56 a 73.
- CERVILLA GARZÓN, M. J. «La integración de los trabajadores autónomos en los mecanismos de protección social: del olvido inicial a su inclusión en las mutualidades laborales a mediados del siglo XX», *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, nº 30, 2008, págs. 145 a 185.
- DE LA VILLA GIL, L. E. Y JUANES FRAGA, E. «Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», *Revista de Trabajo*, nº 90, 1988, págs. 93 a 107.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. «Análisis del Régimen Especial de seguridad social de los Trabajadores del Mar. En torno a la posibilidad de su racionalización e integración», en AA.VV. *Regímenes y Sistemas Especiales de la Seguridad Social. Entre su pervivencia y su necesaria reforma*, Coord. Hénar Álvarez Cuesta, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- FERRANDO GARCÍA, F. «La protección por desempleo de la gente del mar», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 123, 2004, págs. 449 a 470.
- FERRANDO GARCÍA, F. «Singularidades del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», *Foro de Seguridad Social*, nº 20, 2008, págs. 133 a 148.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O. *El contrato de trabajo de la gente del mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Comares, Granada, 2008.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O. «La incidencia de la evolución normativa sobre seguridad marítima internacional en la protección de los derechos de la gente del mar», en AA.VV. *La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente del mar*, Dir. Olga Fotinopoulou Basurko, Gomylex, Bilbao, 2014, págs. 15 a 33.
- LÓPEZ ANIORTE, M. C. «El peculiar régimen retributivo de los tripulantes de buques pesqueros», en AA.VV. *Mar, trabajo y Seguridad Social*, Ponencias presentadas en el Curso de la Universidad Internacional del Mar, Dir. Guillermo Rodríguez Iniesta, 2ª ed., Laborum, Murcia, 2002, págs. 149 a 178.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y. «Restricciones basadas en la nacionalidad en el derecho marítimo: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en AA. VV.: *El trabajo en el mar: Los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, Dir. Jaime Cabeza Pereiro, Bomarzo, Albacete, 2016.

- MARTÍNEZ GIRÓN, J. «La etapa de previsión social en España», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 5, 2001, págs. 431 a 442.
- MIRANDA BOTO, J. M^a. «La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar en los Reglamentos europeos», en AA.VV. *El trabajo en el mar: Los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, Dir. Jaime Cabeza Pereiro, Bomarzo, Albacete, 2016.
- ORTIZ CASTILLO, F. «Pabellones de conveniencia», en AA.VV. *Mar, trabajo y Seguridad Social*, Ponencias presentadas en el Curso de la Universidad Internacional del Mar, Dir. Guillermo Rodríguez Iniesta, 2ª ed., Laborum, Murcia, 2002, págs. 207 a 216.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. «Régimen Especial del mar (II). Gestión y financiación», en AA.VV.: *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, págs. 199 a 238.
- PESO Y CALVO, C. *La legislación social de los Trabajadores del Mar*, Victoriano Suárez, Madrid, 1947.
- REQUEJO GUTIÉRREZ, F. «Régimen de Seguridad Social aplicable a los tripulantes de los buques con bandera extranjera», *Actualidad Laboral*, nº 6, 2010, págs. 628 a 638.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Particularidades del accidente de trabajo en la mar», en AA.VV. *Mar, trabajo y Seguridad Social*, Ponencias presentadas en el Curso de la Universidad Internacional del Mar, Dir. Guillermo Rodríguez Iniesta, 2ª ed., Laborum, Murcia, 2002, págs. 217 a 247.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Sobre la habitualidad y medio fundamental de vida del trabajador por cuenta propia del mar. ¿Es discriminatoria la exclusión de RETM en razón a que el cónyuge o familiar sea titular de un negocio mercantil o industrial?: Comentario a la SJS nº 1 de Tarragona, de 4 de julio de 2003», *Aranzadi Social*, nº 16, 2004, págs. 17 a 24.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. «Contrato de trabajo y tiempo de la prestación en el sector marítimo-pesquero», en AA.VV. *Mar, trabajo y Seguridad Social*, Ponencias presentadas en el Curso de la Universidad Internacional del Mar, Dir. Guillermo Rodríguez Iniesta, 2ª ed., Laborum, Murcia, 2002, págs. 279 a 313.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. «Pabellones de conveniencia y Seguridad Social», *Aranzadi Social*, nº 6, 2002, págs. 55 a 73.
- SERRANO GIMÉNEZ, I. Y FERNÁNDEZ MARCOS, L. «Régimen Especial del mar, ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones», en AA.VV.: *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, págs. 177 a 198.
- VICENTE PALACIO, M. A. *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- VICENTE PALACIO, M. A. «Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 19, 1995, págs. 47 a 96.
- VICENTE PALACIO, M. A. «Acción protectora en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», *Tribuna Social*, nº 49, 1995, págs. 97 a 110.
- VICENTE PALACIO, M. A. «Breve panorámica histórica del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar», *Tribuna Social*, nº 49, 1995, págs. 7 a 12.
- VICENTE PALACIO, M. A. «De nuevo sobre el derecho de los Trabajadores del Mar de nacionalidad marroquí a percibir prestaciones por desempleo por los servicios prestados en España», *Aranzadi Social*, nº 22, 2000, págs. 33 a 41.
- VICENTE PALACIO, M. A. *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- VICENTE PALACIO, A. «El control de las condiciones de trabajo en el ámbito marítimo. Facultades del Estado del pabellón y del Estado del puerto: previsiones internacionales y comunitarias», en AA.VV. *La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente del mar*, Dir. Olga Fotinopoulou Basurko, Gomylex, Bilbao, 2014, págs. 645 a 703.

RESUMEN

El presente estudio versa sobre el campo de aplicación del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y, en concreto, en la reforma llevada a cabo por la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero. Ahonda en el trasfondo que subyace tras la reforma. Profundiza en la configuración del régimen en torno a dos grandes colectivos: los trabajadores por cuenta propia y los trabajadores por cuenta ajena. En fin, analiza las modificaciones introducidas por la reciente reforma en los colectivos descritos.

Palabras clave: Campo de aplicación, régimen especial, Trabajadores del Mar, trabajadores por cuenta propia, autónomos.

ABSTRACT

This paper deals with the field of application of the reform undertaken by Law 47/2015, October 21st, related to the sea workers social protection. Analyses the reasons that explain the reform trying to understand the decision of our legislator. Looks at the two main groups in depth: self-employed and workers. Finally, presents the changes introduced by the recent social security reform in these fields.

Keywords: Scope of application, special scheme for sea workers, workers employed by another person, self-employed workers.

Derecho Comunitario, libertad de circulación y protección social. La condición o derecho de residencia como límite al acceso a las prestaciones sociales

European Community Law, Freedom of Movement and Social Protection. The Condition or Right of Residence Limiting the Access to Social Benefits

MARÍA YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA*

1. APROXIMACIÓN

El estudio del derecho a las «prestaciones sociales» en el marco normativo de la UE puede hacerse desde diversos enfoques. En primer lugar porque la

expresión, prestaciones sociales o protección social, puede ser entendida en un sentido restringido (apegado al Sistema de Seguridad Social configurado como tal por cada uno de los Estados Miembros) o en sentido amplio, referida al conjunto de prestaciones o beneficios sociales conectados al Estado del Bienestar (en terminología inglesa *social benefits*). En segundo lugar porque puede orientarse hacia el estudio de los estándares mínimos que derivarían del Derecho de la UE sobre seguridad social a través del método abierto de coordinación. En tercer lugar porque puede enfocarse desde la protección social de los ciudadanos comunitarios que se trasladan a otros países de la UE desde su Estado de origen (ciudadanos «migrantes») y, en este sentido, requiere el análisis de las reglas del Derecho de la UE en relación con las previsiones

* Profesora Titular, Acreditada como Catedrática, de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

Este estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2013-4581P, «La jurisprudencia social del TJUE: de las libertades económicas y profesionales a la tutela del trabajador por cuenta ajena» y se enmarca en una línea de investigación de la autora a lo largo de muchos meses. Sobre esta cuestión puede verse, entre otros, el estudio «Derecho de residencia comunitario y protección social de subsistencia. La solvencia económica del ciudadano comunitario como condicionante de la solidaridad social», en el Libro Colectivo *Libertades de circulación y derechos de protección social en la UE*, Edit.Juruá, de próxima publicación

comunitarias sobre la libertad de circulación de las personas.

En este último sentido, que es la opción en este trabajo, el Derecho Comunitario de «coordinación» (es decir el conjunto de normas que ajustan los sistemas de seguridad social para resolver cuestiones transnacionales con el objetivo de proteger los derechos sociales de las personas que, al hacer uso de su libertad de circulación, pueden tener dificultad para cumplir los requisitos de acceso a esos derechos y para recibir la prestación correspondiente¹) se ha configurado sin ambages por el TJUE como uno de los principales mecanismos de garantía del derecho a la libertad de circulación² y, por tanto, las reglas previstas en el ámbito de la UE con esta finalidad deben conectarse con las previsiones en el acervo normativo sobre «ciudadanía de la Unión» y «libertad de circulación», con fundamento en el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad (frontispicio de esa libertad comunitaria) en un ámbito concreto, a saber, en el acceso de los ciudadanos comunitarios «migrantes» al sistema de protección social del Estado Miembro de acogida.

De otro lado, el Derecho Comunitario, de «Ciudadanía» y de «libre circulación», sigue planteando dudas sobre si todos los ciudadanos comunitarios que hacen uso de su libertad de circulación tienen reconocido un derecho absoluto o incondicionado a acceder a las prestaciones sociales que establece el Estado de la UE de acogida; o, por el contrario, ese derecho

es limitado o condicionado y, en este caso, hasta dónde pueden extenderse las limitaciones que pudieran fijar los Estados Miembros en la materialización del que se dice estatuto jurídico de «Ciudadanía de la Unión».

En particular, habrá que analizar si el derecho a la libertad de circulación como expresión del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad se ha desprendido hoy de toda connotación económica (que estuvo en el origen de la CEE) o, por el contrario, se ha iniciado un camino (¿sin retorno?) hacia la reafirmación y apuesta por la migración comunitaria económica y, con ella, el objetivo inicial (hoy, pareciera superado) de la consecución de un mercado único, tal y como preveía el TCEE. Si hoy el Derecho Comunitario de «ciudadanía» puede ser concebido como un conjunto de reglas o estándares que garantizan la libertad de circulación de todos los ciudadanos comunitarios y, en particular, de aquellas personas que no tienen o pueden probar vinculación alguna (directa o indirecta; inmediata o mediata) con el mercado de trabajo del Estado de la UE de acogida y, aún más específicamente, de las que tienen bajos ingresos o no disponen de recursos económicos suficientes y, por tanto, requieren de ayudas sociales (económicas o en especie) previstas en el sistema de protección social de dicho Estado, sea de Seguridad Social en sentido estricto o sea en sentido lato, con inclusión aquí de una materia fronteriza, la denominada «asistencia social».

2. CONTEXTO LEGAL, SOCIAL Y ECONÓMICO

Este estudio es eminentemente jurídico y trata de precisar en estos momentos el significado de ese derecho en el contexto legal comunitario, teniendo en cuenta que en esta materia convergen normas de Derecho Originario, en la actualidad TFUE, que fijan reglas sobre Ciudadanía de la Unión y libertad de circulación. Y varias de Derecho Derivado que desarrollan aspectos diferentes de esa libertad,

¹ PENNINGS, F.: *European Social Security Law*, Intersentia, 6ª edit., 2015, pág. 6.

² Entre otras, Sentencia de 1 de octubre de 2009 (Caso C-3/08, Asunto *Leyman*). Se decía entonces (apartado 41): «Sin embargo, no se discute que el objetivo del artículo 39 CE no se alcanzaría si, como consecuencia del ejercicio de su derecho a la libre circulación, los trabajadores migrantes perdieran las ventajas de seguridad social que les otorga la legislación de un Estado miembro. Tal consecuencia podría disuadir al trabajador comunitario de ejercitar su derecho a la libre circulación y constituiría, por lo tanto, un obstáculo a dicha libertad (véanse también las sentencias de 4 de octubre de 1991, *Paraschi*, C349/87, apartado 22, y de 5 de octubre de 1994, C-165/91 *Van Munster*)».

tales como el sistema gradual de residencia de los ciudadanos comunitarios en los países de la Unión (derecho de «ciudadanía», Directiva 2004/38); libertad de circulación de los trabajadores (Reglamento 492/2011); coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social (Reglamento 883/2004)...que precisan de una interpretación sistemática y finalista (no exenta de dudas, como veremos) para dar respuesta a la cuestión relativa al derecho de acceso a las prestaciones sociales para aquellos ciudadanos comunitarios que hacen uso de su libertad de circulación. En efecto, permiten analizar la materia en su doble dimensión, la de igualdad de trato de los ciudadanos comunitarios que se trasladan desde su país de origen a otro Estado Miembro de la UE y la de prohibición de aquellos obstáculos (dicho de otra forma, la remoción de esos obstáculos) que pudieran limitar o impedir la libertad de circulación.

Estas normas, en su conjunto, exigen determinar el fundamento jurídico comunitario de la solicitud de prestaciones sociales (en especial, las de subsistencia) por los ciudadanos comunitarios que se encuentran en un Estado de la UE diferente al de su nacionalidad; si lo es sólo el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad o, por el contrario, este principio (su extensión y ámbito) queda a su vez condicionado a que el ciudadano comunitario pueda cumplir con los requisitos previstos en las normas comunitarias en la configuración de derecho de residencia «legal» en dicho Estado.

La interpretación sistemática de ese marco normativo comunitario requiere también su contextualización social y económica. Si las normas jurídicas son la respuesta y soluciones a problemas sociales y económicos del momento, en este caso hay que tener en cuenta que, por un lado, el propio contexto social y económico de la UE ha avanzado hacia objetivos que trascienden los intereses propios de los Estados Miembros, pero, por otro lado, la respuesta legal en el ámbito comunitario requiere de equilibrios entre las posiciones particulares de los Estados, que pueden no

coincidir exactamente en los instrumentos, medidas... para cumplir con esos objetivos generales en los que, aparentemente, todos convergen. Habría, por tanto, que preguntarse cuáles son esos objetivos propios de la UE y cuáles los intereses nacionales de los Estados Miembros, atisbándose al respecto, y tal vez revitalizadas en estos momentos, posturas no exactamente coincidentes de las que derivan una tensión evidente entre las instituciones comunitarias y los Estados Miembros (o mejor expresado, entre algunos Estados Miembros) y entre éstos entre sí.

Desde los años 60 del S.XX hasta la actualidad el contexto social y económico de la libre de circulación de personas en la CEE (hoy UE) ha cambiado profundamente. Nuevas relaciones de familia, por ejemplo, o situación de alto desempleo, bajo o negativo crecimiento, tasas demográficas casi nulas...han servido en la actualidad para volver a planteamientos que se pudieran entender superados o para reafirmar tendencias más propias de los años noventa del S.XX. Inicialmente la libertad de circulación se conectó a un actividad económica (empleo o establecimiento de un negocio) como mecanismo para facilitar el objetivo económico del mercado común; posteriormente, se extiende también a los extrabajadores; a mediados de los años 70 del S.XX se inicia por el TJUE una interpretación amplia del ámbito de aplicación de las normas comunitarias sobre libre circulación hacia diferentes categorías de ciudadanos económicamente inactivos (demandantes de empleo, estudiantes, entre otros); en los años 90 del S.XX se promulgan diferentes directivas orientadas a fijar las reglas mínimas, comunes, del derecho o libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios con la finalidad de establecer los estándares de solidaridad financiera de los Estados Miembros. Estándares que ya entonces no se configuraron de forma absoluta o ilimitada.

Límite a la libertad de circulación que posteriormente se acepta por el TCE (actual TFUE), en el que, tras Maastricht, se introduce la «Ciudadanía de la Unión», que hoy parece no sólo no reafirmada, sino, por el contrario,

replanteada a partir del contexto socioeconómico antes apuntado, utilizado por algunos Estados Miembros para proponer un control futuro a la migración comunitaria y promover un acceso limitado a los beneficios sociales, al Estado del Bienestar, del Estado de acogida.

En el trasfondo de la discusión está el modelo de solidaridad social y financiera que, con fundamento en la política comunitaria sobre cohesión social y económica, se reafirma desde comienzo de esta década por las instituciones de la UE. En efecto, desde el ámbito comunitario, la Comisión Europea ha adoptado dos importantes comunicaciones, una, «Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» (denominada Estrategia 2020)³, que se orienta, entre otros objetivos, a la reducción y limitación de la pobreza y la exclusión social de los ciudadanos comunitarios; otra, sobre «Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas claves»⁴. Y ambas con especial atención a la

protección social como instrumento o mecanismo idóneo para contribuir a la consecución de esos objetivos políticos, para consolidar la solidaridad personal y financiera entre los Estados Miembros y, en consecuencia, la integración socioeconómica de quienes tienen el estatuto de Ciudadano de la Unión.

La institución comunitaria se reafirma en estos documentos en la configuración de la libertad de circulación como un derecho fundamental de la UE e intenta contrarrestar aquellos movimientos o intereses nacionales de algunos de los Estados Miembros que, a partir de las dos ampliaciones de la UE (2004 y 2007) y de la crisis económica en muchos de ellos (en particular, en España, Grecia, Italia y Portugal), mostraban su preocupación por el que se calificaba como ejercicio extralimitado (cuando no de *abuso o fraude*, se apuntaba) de la libertad de circulación intra-comunitaria con fundamento en dos hipótesis que aún hoy siguen sin confirmar las estadísticas. Una la de intensificación de la migración de demanda de empleo o de búsqueda de empleo, otra la de la migración orientada a la búsqueda de mejores condiciones de vida; lo que, con claro matiz peyorativo se ha denominado «turismo social»⁵. Preocupación que ha trascendido, más

³ De 3 de marzo de 2010, COM (2010) 2020 final. En particular, el objetivo denominado «Crecimiento integrador: una economía con un alto nivel de empleo que promueva la cohesión económica, social y territorial» requiere de varias iniciativas, a nivel UE y a nivel nacional, a través de la que se expresa como «Plataforma europea en contra de la pobreza», para conseguir que las personas que viven en la pobreza y en situación de exclusión social puedan vivir con dignidad y participar activamente en la sociedad. Con esta finalidad se promueven actuaciones en diferentes ámbitos, entre ellos en el relativo al acceso al empleo y a la protección social y servicios esenciales.

⁴ De 25 de noviembre de 2013, COM (2013) 837 final. Este documento se complementa con una comunicación anterior, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo - Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros [COM(2009) 313 final de 2.7.2009] y otra posterior, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo - Ayudar a las autoridades nacionales a combatir los abusos del derecho a la libre circulación: Manual para la detección de posibles matrimonios de conveniencia entre ciudadanos de la UE y nacionales de terceros países en el contexto de la legislación de la UE en materia de libre circulación [COM(2014) 604 final de 26.9.2014]

Es importante destacar que este documento afirma que las normas comunitarias establecen garantías sólidas a los Estados Miembros para ayudarles a luchar contra los **abusos y fraude** (advirtiendo de los supuestos en los que según la Comi-

sión, conforme a la legislación comunitaria, sólo cabe entender que hay fraude o abuso del derecho a la libre circulación y residencia, tales como los matrimonios de conveniencia) y para que puedan establecer limitaciones o restricciones a la libertad de circulación por razones de orden y seguridad públicas.

Esta Comunicación se acoge también por otra institución comunitaria; véase la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de enero de 2014, sobre el respeto del derecho fundamental a la libre circulación en la UE (2013/2960(RSP)).

⁵ Son muy numerosos los estudios que encuentran pocas evidencias sobre que la motivación para residir en otro Estado sea la de percibir beneficios sociales. Y muchos son los que demuestran que la crisis económica no ha traído más movilidad de «búsqueda de empleo» en Europa; o que la tasa de empleo de los trabajadores inmigrantes sea mayor que la de los nacionales; véase BRÄUNINGER, D.: *Debate on free movement. Does the EU need new rules on social security co-ordination?*, 2015 https://www.dbresearch.com/PROD/DBR_INTERNET_EN-PROD/PROD000000000352881/Debate+on+free+movement%3A+-+Does+the+EU+need+new+rule.pdf

Un estudio de 2013 mostraba que los ciudadanos comunitarios económicamente no activos que se trasladan a otro

allá del plano político, a la solicitud (o exigencia, en algún caso) de nuevas y restrictivas reglas legales en el marco jurídico comunitario para prevenir ese fenómeno, y, en consecuencia, para redefinir el concepto comunitario de residencia y fijar límites al acceso a determinadas prestaciones sociales para los ciudadanos comunitarios económicamente inactivos. Baste señalar aquí las arduas negociaciones de las Instituciones comunitarias con Gran Bretaña que tuvieron lugar a comienzo de 2016 ante la exigencia de este Estado Miembro de un mínimo de cuatro años de residencia en su territorio para que los ciudadanos comunitarios que viven en su país pudieran acceder a determinadas prestaciones sociales (tales como entre otras, *child benefits*, *child tax credits*, *unemployment benefits*, *in-work* y *out-of-work benefits*)⁶. El resultado de aquellas

país son un porcentaje muy pequeño de beneficiarios de estas prestaciones sociales de subsistencia, ellos representan menos que 1% de todos los nacionales europeos beneficiarios en seis países estudiados (Austria, Bulgaria, Estonia, Grecia, Malta y Portugal) y entre 1% y 5% en otros cinco países (Alemania, Finlandia, Francia, Holanda y Suecia); estudio financiado por la Comisión Europea bajo el título «A fact finding analysis on the impact on the Member States' social security systems of the entitlements of non active intra Eu migrants to special non-contributory cash benefits and healthcare granted on the bases of residence». Puede consultarse en file:///C:/Users/user/Dropbox/LIBRE%20CIRCULACI%C3%93N%20UE/UE/20131212%20GHK%20study%20web.pdf

Otro estudio de 2014, POPTICHEVA, E.-M.: *Freedom of movement and residence of EU citizens. Access to social benefits*, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/140808/LDM_BRI\(2014\)140808_REV1_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/140808/LDM_BRI(2014)140808_REV1_EN.pdf), demuestra que el porcentaje de los inmigrantes europeos económicamente inactivos en otro Estado Miembro se incrementó del 0,7% sobre el total de la población de la UE en 2003 al 1% en 2012, pero este grupo representa una tasa muy reducida sobre el total de la población de cada Estado.

⁶ Sobre las demandas de Gran Bretaña a las instituciones europeas y, en particular, la relativa a la reducción de las prestaciones sociales a los migrantes comunitarios, Véase DE WITTE, GRANT and PIRIS: *United Kingdom's Renegotiation of its Constitutional Relationship with the EU: Agenda, Priorities and Risk*, 2015, en especial, pág. 6-8, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536489/IPOL_STU\(2015\)536489_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536489/IPOL_STU(2015)536489_EN.pdf)

También GLENNIE A. y PENNINGTON, J.: *Europe, Free Movement and the UK charting a New Course*, IPPR, London, 2014. Puede consultarse en http://www.ippr.org/files/publications/pdf/free-movement-EU-UK_April2014.pdf?noredirect=1; es-

negociaciones puede consultarse en las Conclusiones del Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016, publicadas en el DOUE de 23 de febrero de 2016⁷, en especial su apartado relativo a «Prestaciones sociales y libre circulación». Se hará mención a lo largo de este estudio a esas propuestas y a la situación actual tras el resultado del Referéndum de junio en Gran Bretaña favorable a la salida de ese país de la UE. Situación que, seguramente, no se preveía a comienzo de año y menos aún tras las sentencias del TJUE, una inmediatamente posterior a la reunión del Consejo Europeo, y otra dictada solo unos días antes de la fecha del Referéndum británico.

3. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD Y ACCESO A LAS PRESTACIONES SOCIALES. EXTENSIÓN Y ALCANCE

Igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad es un principio general (estructural⁸) del Derecho de la Unión Europea; y es un derecho reconocido a los ciudadanos comunitarios «migrantes» desde diferentes enfoques, uno, el general, de libertad de circulación y de residencia; otro, más concreto, el de los derechos vinculados a aquella, como puede ser el relativo

estudio que intenta una aproximación equilibrada entre los objetivos de la UE y las demandas del gobierno de Gran Bretaña. Analizan los autores las propuestas que, desde diversas instancias, provienen de Gran Bretaña y proponen, a su vez, ciertas recomendaciones en esta materia, en concreto a nivel de la UE, tales entre otras: renegociar el principio de exportabilidad cuando el Estado de origen sea responsable de la cobertura de cualquier prestación solicitada por sus nacionales durante un mínimo de 6 meses; reformar la Directiva sobre ciudadanía para que al menos *child benefits* (ayuda por menor a cargo) o *tax benefits* (crédito fiscal por menor a cargo), cuando los hijos del ciudadano comunitario no residan en el Estado de acogida, se paguen en la misma cantidad que ofreciera el Estado donde viven los hijos.

⁷ Véase ROJO TORRECILLA: E.: «Europa menos social. Migraciones y Reino Unido. Notas sobre las conclusiones del Consejo Europeo celebrado el 18 y 19 de febrero»(II). http://www.eduardorotrecilla.es/2016/02/europa-sera-menos-social-migraciones-y_21.html

⁸ MANGAS, A. (Dtora.): Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, Fundación BBVA, 2008, pág. 405.

al acceso a las prestaciones sociales en el Estado de acogida, en especial a las que pudiera identificarse como prestaciones sociales de «subsistencia» configuradas como tales en los respectivos Sistemas nacionales de Protección Social.

No obstante el citado principio, aceptado también como fundamento del Derecho Internacional, ha planteado dudas sobre su extensión y alcance, subjetivo y objetivo, cuando se trata de determinar si es o no absoluto y si pueden establecerse diferencias entre los distintos colectivos de ciudadanos comunitarios que hacen uso de su libertad de circulación intracomunitaria. Lo que, con carácter general, implica determinar si la Ciudadanía de la Unión, introducida en 1992 por el Tratado de Maastricht, hoy TFUE, es un estatuto jurídico único y homogéneo que pueden invocar todos los ciudadanos comunitarios que, con independencia de su situación personal, social y económica, circulan por la UE. O, por el contrario, es un concepto residual, y limitado, que admite la pervivencia del criterio de solvencia económica de quien, como ciudadano comunitario, desea hacer uso de su derecho a la libertad de circulación y residencia en Estado diferente al de su nacionalidad. Solvencia económica derivada o bien de la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia (es decir de la actividad económica) o bien de la condición personal de suficiencia económica personal o familiar.

En el fondo está la difícil solución a la búsqueda de un equilibrio entre posiciones maximalistas, políticas, sociales y económicas, y la articulación de reglas en un Derecho como el comunitario que en esta materia, como en otras muchas, adopta soluciones de compromiso entre los intereses nacionales de los Estados Miembros (que pueden no ser coincidentes) con el de las instituciones comunitarias para lograr un modelo de solidaridad social y económica. Los objetivos políticos de la UE deben cohonestarse con los intereses económicos de los Estados Miembros en un aspecto que incide en la preservación de sus finanzas y recursos financieros públicos. Esta relación o equilibrio inestable ha sido constante en la articulación de las re-

glas legales que conforman el marco normativo del Derecho de la UE sobre libre circulación y derecho de residencia de los ciudadanos comunitarios, entre ellas entre sí, y en la aplicación efectiva de las mismas en los Derechos nacionales de los Estados Miembros y, por último en la Jurisprudencia del TJUE que ha debido interpretar aquellas reglas y pronunciarse sobre el grado de adecuación de las normas nacionales al Derecho Comunitario, sea al Derecho Originario y sea al Derecho Derivado.

Es cierto que, con el objetivo inicial orientado hacia la integración de los mercados, la libertad de circulación de las personas económicamente activas ha sido concebida, legal y jurisprudencialmente, en sentido amplio o extensivo, y, por tanto, como instrumento o mecanismo de garantía efectiva de esa libertad debía entenderse comprendido también su derecho a solicitar en el Estado de acogida las mismas prestaciones sociales que éste concedía a sus nacionales, con independencia de que fueran o pudieran entenderse directamente relacionadas con su contrato de trabajo. Esos beneficios sociales se entendían comprendidos en el término ambiguo o impreciso que el Derecho Derivado comunitario sobre libre circulación de los trabajadores ha identificado con la expresión «ventajas sociales» (art. 7º Reglto. 492/2011).

Esta concepción amplia o extensiva se entendía complementaria de las previsiones en el Derecho Originario sobre las reglas de coordinación en materia de seguridad social, que, como se sabe, se completaron con las previstas en el Derecho Derivado sobre «protección social» (hoy Reglamento 883/2004). Derecho Derivado que en su campo objetivo de aplicación incluye a las denominadas «prestaciones económicas especiales no contributivas» pero excluye la «asistencia social», que aparece en la Directiva de «Ciudadanía» (Directiva 2004/38) como límite a la protección social que pueden establecer los Estados Miembros de acogida para determinados colectivos, los económicamente inactivos, de ciudadanos comunitarios «migrantes». En efecto, esta norma comunitaria expresa (cdo. 10) que «conviene evitar que los beneficia-

rios del derecho de residencia se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado de acogida durante un primer período de estancia».

En este ámbito, es cierto, hasta la fecha parece haber existido consenso en una aceptación de la interpretación amplia del derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad cuando el ciudadano comunitario es trabajador. Tal y como demuestra la Jurisprudencia del TJUE a partir del Reglamento inicial, 1612/68, incluyendo el concepto ampliado de prohibición de discriminación indirecta por razón de nacionalidad. Y, por consiguiente, las excepciones a la aplicación de ese derecho (derivadas de cuestiones relacionadas con el orden público, la seguridad pública o la salud pública) se expresan y desarrollan en los Reglamentos comunitarios basados en el art. 45 TFUE (Reglamentos 883/2004 y 492/2011, de coordinación de protección social y de libertad de circulación, respectivamente).

El otro colectivo, el de los ciudadanos comunitarios económicamente inactivos, ha planteado discusión acerca si éstos que hacen uso de su libertad de circulación tienen en el ámbito comunitario reconocido el derecho a la igualdad de trato por razón de nacionalidad en los mismos términos que los trabajadores. No se trata de utilizar un criterio de asimilación o de aproximación gradual de aquéllos a éstos, sino, por el contrario, indagar si la «Ciudadanía de la Unión» permite configurar un estatuto jurídico único, homogéneo, mínimo o básico, para todos los ciudadanos comunitarios, económicamente activos e inactivos, del que derivara el derecho a acceder a las prestaciones sociales de subsistencia en el Estado de la UE de acogida en condiciones de igualdad respecto de los nacionales de ese país.

Desde esta perspectiva de análisis, los ciudadanos comunitarios trabajadores y ciudadanos comunitarios no trabajadores, cuando ambos son migrantes en el seno de la UE, no cabe hoy entenderlos como sujetos plenamente equiparados a estos efectos (el de acceso a esas prestaciones sociales) pese a que el TFUE

(como ya hicieran sus predecesores⁹) proclama el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad. No puede olvidarse que esta norma comunitaria de Derecho Originario trata separadamente ese principio, para trabajadores, en el art. 45; para el resto de ciudadanos comunitarios, en el art. 21, conectado, en este caso, a la Ciudadanía de la Unión (art. 18)¹⁰. Y lo más importante, la consecuencia jurídica, a saber, el carácter casi absoluto, hasta la fecha, del principio de igualdad y no discriminación para los trabajadores en el ámbito concreto de la protección social; y, por el contrario, el carácter limitado o condicionado del principio de igualdad y no discriminación para los que no cabe definir como tales en el acceso a las prestaciones sociales en el Estado de acogida. Es cierto que el TJUE había declarado que la libertad de circulación es fundamento de la Ciudadanía de la Unión; tiene un efecto directo¹¹ y debe ser interpretada ampliamente;

⁹ TCEE, art. 7°; TCE, art. 12.

¹⁰ Expresan esos preceptos, incluidos en la Segunda Parte del TFUE (No discriminación y Ciudadanía de la Unión), lo siguiente:

Art. 18: «En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de nacionalidad»

Art. 20: 1. «Se crea la Ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se une a la ciudadanía nacional, sin sustituirla. 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sometidos a los deberes establecidos de los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros... Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos».

¹¹ En el sentido, como expresó el TJUE por primera vez en la Sentencia de 17 de septiembre de 2002, Caso C-413/99, Asunto *Baumbast*, de que, de forma clara y precisa, garantiza el derecho de todo ciudadano de la Unión a ejercer su derecho de residencia.

Véase CRESPO NAVARRO, E.: «La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al Derecho nacional y en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, 2007, pág. 903 y ss. También SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.: «A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia expansiva del TJUE», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 26, 2008, pág. 218-219.

por tanto, y en consecuencia, las condiciones y limitaciones que el Derecho Derivado de Ciudadanía pudiera imponer al respecto debían considerarse restrictivamente.

En apretado resumen de la jurisprudencia del TJUE de finales del S.XX y hasta la primera década del S.XXI, podríamos fijar el origen de esa doctrina flexible y ampliadora en la Sentencia de 12 de mayo de 1998 (Caso C-85/96, Asunto *Martínez Sala*¹²), en la que introdujo expresamente una conexión o relación entre la Ciudadanía de la Unión y la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el acceso a las prestaciones sociales (en el caso, la denominada prestación de crianza alemana) y, por tanto, derivada del Derecho Originario (hoy art. 18 TFUE). Resolución a la que siguieron otras en contextos o materias diferentes, y en particular en aquellos casos en los que se discutía el derecho de los ciudadanos comunitarios económicamente inactivos (y los miembros de su familia) a acceder a beneficios sociales cuando las Directivas vigentes en los años 90 de S.XX coincidían en reconocer limitada o condicionalmente el derecho de residencia a esos ciudadanos¹³.

¹² En la que se plantea el derecho de una ciudadana comunitaria (de nacionalidad española) a obtener los beneficios de la prestación de crianza en Alemania cuando no dispone en esos momentos de un permiso de residencia en ese país como trabajadora. En esta ocasión el TJUE advierte que dado que todos los ciudadanos de la UE son titulares de un derecho de residencia en cualquier Estado Miembro, al ejercer ese derecho todos están incluidos en el ámbito de aplicación *ratione personae* de las disposiciones del Tratado consagrados a la ciudadanía de la Unión. Un resumen y valoración de esta Jurisprudencia del TJUE a partir de *Martínez Sala* puede verse en MARTÍN VIDA, M^a.A.: «La dimensión social de la ciudadanía de la Unión: con especial referencia a la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones sociales», *ReDCE*, núm. 8, 2007.

¹³ Recuérdese que se trata de las siguientes: Directiva 90/365/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, Directiva 90/366/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia de los estudiantes, y Directiva 90/364/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia (para los nacionales de los Estados miembros que no disfruten de dicho derecho en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario, así como para los miembros de sus familias). En todas ellas se advertía en los Considerandos que: «los

Las sentencias de 20 de septiembre de 2001 (Caso C-184/99, Asunto *Grzelczyk*), de 11 de julio de 2002 (Caso C-224/98, Asunto *D'Hoop*), de 15 de marzo de 2005 (Caso C-209/03, Asunto *Bidar*)... entre otras, continuaron aplicando ese principio general en el ámbito de las becas o ayudas de manutención y/o alojamiento¹⁴; y se extendió claramente a las prestaciones asistenciales solicitadas por demandantes de empleo (Caso C-138/02, Asunto *Collins*, sentencia de 23 de marzo de 2004¹⁵) o por quienes, pese a realizar una actividad, pudieran no entenderse como trabajadores en el sentido comunitario (Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Caso C-456/02, Asunto *Trojani*¹⁶) pero disfrutaban de un permiso de residencia en el

beneficiarios del derecho de residencia no deben suponer una carga excesiva para el erario del Estado miembro de acogida».

¹⁴ Véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.: «Movilidad de estudiantes y ciudadanía de la Unión: un análisis a través de la Jurisprudencia del TJUE», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, UNED, núms.27 y 28, 2014 y 2015 pág. 231 y ss. Apuntaba la autora cómo la labor del TJUE al respecto pudiera definirse como de «dar y tomar» y concluía indicando la «dificultad objetiva de encontrar un equilibrio entre la solidaridad y la repercusión excesiva sobre los Estados Miembros», pág. 256.

¹⁵ En la que el TJUE se pronunció sobre el derecho del Sr.Collins (nacional irlandés) a percibir el subsidio para demandantes de empleo en Gran Bretaña, que le había sido denegado porque no tenía su residencia habitual en ese país aun cuando se encontraba en su territorio como demandante de empleo en el sector de los servicios sociales. En esta sentencia el TJUE utiliza expresamente los argumentos de las sentencias *Grzelczyk* y *D'Hoop*.

Advirtiéndose que esta sentencia podría entrar en conflicto con la entonces nueva Directiva 2004/38 y analizando sus consecuencias sobre el Estado del Bienestar, véase GOLYNKER, O.: «Jobseekers' rights in the European Union: challenges of changing the paradigm of social solidarity», *E.L.Rev.*, núm. 30, 2005, pág. 111 y ss, en la que se avanzaba ya la cuestión relacionada con el «turismo social» (welfare tourism). Planteaba la autora entonces, «the crux of the matter is whether it is justifiable to extend full social membership to migrants whose affiliation to the host society can be described only in terms of potentiality of becoming economically active bona fide contributors» (pág. 122).

También sobre demandantes de empleo, Sentencia de 25 de septiembre de 2005, Caso C-C-258/04, Asunto *Ioannidis*.

¹⁶ Es el supuesto de un ciudadano francés que, viviendo en Bélgica, solicita la prestación de «minimex», prestación no contributiva de mínimo asistencial cuando nunca había trabajado en ese país aunque llevaba un tiempo realizando servicios para el alberque en que vivía a cambio de una pequeña asigna-

Estado de acogida y no disponían de suficientes recursos económicos.

Son estas resoluciones ejemplos de cómo ya entonces el TJUE se encontraba ante la difícil situación de búsqueda de equilibrio entre el derecho a la libre circulación de los ciudadanos comunitarios y la preservación de los sistemas de asistencia social de los Estados Miembros, optando entonces por reconocer que el Derecho de la UE exige un cierto grado de solidaridad financiera (o solidaridad económica) de los Estados Miembros de acogida, condicionado, es cierto, a que los ciudadanos comunitarios migrantes no llegaran a ser una carga excesiva para las finanzas públicas del Estado en cuestión. Equilibrio (¿interpretación finalista?) que exigía, a su juicio, aplicar un criterio de valoración individual; tener en cuenta las circunstancias concretas con fundamento en el *criterio de proporcionalidad*, que exigía, expresaba entonces el Tribunal, determinar si la condición o limitación impuesta por el Estado de acogida es apropiada y necesaria «para conseguir la finalidad perseguida»¹⁷ (esto es, la sostenibilidad del sistema nacional de protección social); y verificar el grado de integración (*real o genuine link*) en el Estado de acogida de acuerdo a diferentes factores que el TJUE fue perfilando, entre otros, el tiempo de estancia en ese país, el tiempo de educación, de trabajo previo en el mismo, o de búsqueda «efectiva y real» de empleo en el Estado de acogida...

La fórmula empleada, y reiteradamente utilizada, por el TJUE era la siguiente:

«La vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros que permite a aquellos entre dichos nacionales que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente

de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico» (Sentencia *Grzelczyk*, apartados 31 y 31; *Collins*, apartado 61).

Y la consecuencia más apreciable desde la perspectiva de este estudio: la apuesta entonces por el TJUE por un concepto de «ciudadanía de la Unión» independiente, esto es, desvinculada de una actividad económica o profesional del ciudadano comunitario «migrante»¹⁸.

No obstante esta primera orientación del TJUE, en la actualidad se ha reabierto (porque tal vez nunca se ha cerrado) el debate sobre el efecto que desde un punto de vista legal puede jugar la declaración formal de la Ciudadanía de la Unión en la configuración del derecho a la igualdad de trato en relación con los ciudadanos nacionales del Estado de acogida en el ámbito de la protección social, y más concretamente, en el acceso a las prestaciones sociales de subsistencia basadas en la demostración de un estado de necesidad del sujeto que las solicita en el Estado en que se encuentra.

Debe advertirse que no hay un derecho armonizador de la UE que, hasta la fecha, fije un mínimo de subsistencia en todos los Estados Miembros. También ha de recordarse que éstos tienen reconocida su competencia para configurar el ámbito y extensión de su sistema de protección social, sea su sistema de seguridad social propiamente dicho (desde la perspectiva española, en su dos niveles, profesional-contributivo y no contributivo), sea sus prestaciones de asistencia social, que formalmente pudieran quedar al margen de la Seguridad Social en sentido estricto. No obstante la ausencia de norma legal comunitaria armonizadora, recuérdese también que el TJUE es

ción para sus gastos en el marco de un proyecto de integración o reinserción individual.

¹⁷ Véase Casos C-209/03 (Aunto *Bidar*); C-413/99 Asunto *Baumbast*...

¹⁸ JUÁREZ PÉREZ, P.: «La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión: a propósito de la STJUE de 8 de marzo de 2011, Ruiz Zambrano», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Univ. Carlos III de Madrid, Vol.3, núm. 2, 2011, pág. 264».

tableció que en esa tarea nacional debía atender cada Estado los requerimientos del acervo comunitario; y, por tanto, habría que añadir, las exigencias del principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad. Difícil tarea y no exenta de críticas cualquiera que sea la opción porque no hay unos criterios objetivos claros en el acervo normativo comunitario actual para determinar sin fisuras y contradicciones cuál haya de ser el equilibrio entre la garantía de ese derecho en el acceso a las prestaciones sociales en el Estado de acogida y la garantía o salvaguarda también de los respectivos sistemas de protección social, para evitar el riesgo de que los (algunos) ciudadanos comunitarios que hacen uso de su libertad de circulación se conviertan en una excesiva carga para sus finanzas públicas.

4. DIVERGENCIAS Y CONTRADICCIONES EN LAS NORMAS COMUNITARIAS

El Derecho Comunitario Derivado desarrolla y en cierta medida precisa (o reconfigura) el alcance del derecho a la libertad de circulación y de residencia desde la perspectiva de las prestaciones sociales, en especial, las de subsistencia. Si, tanto las normas comunitarias sobre ciudadanía como las de protección social, responden al objetivo de promoción y garantía de aquel derecho, la relación o conexión entre ellas debería ser clara e indubitada y, por tanto, debería haber una aplicación concurrente de sus previsiones no conflictiva bajo los criterios de interpretación y aplicación de normas simultáneamente vigentes en el tiempo. Por el contrario, la relación entre el Derecho comunitario de ciudadanía y el Derecho Originario, por un lado, y entre aquellas normas y las comunitarias de protección social, por otro, encierran contradicciones en la configuración, desde sus respectivos ámbitos, del derecho ligado al de libertad de circulación, esto es, el de acceso a las prestaciones sociales de subsistencia¹⁹.

¹⁹ Ésa es la opinión de la doctrina científica, española y foránea, y cualquiera que sea la posición al respecto, tanto si se

Planteemos en primer lugar, algunas de las divergencias en el marco normativo sobre «ciudadanía» y libre circulación.

Por un lado, la Directiva 2004/38 establece un sistema gradual de residencia e impone las condiciones para residir en el Estado de acogida en cada uno de los intervalos temporales que establece (hasta tres meses; de tres meses a cinco años; más de cinco años. Arts.6º, 7º y 16, respectivamente). En especial, en el intervalo intermedio, el de tres meses a cinco años, atiende a un criterio, el de *solvencia económica* derivada, bien de la condición de trabajador del ciudadano comunitario migrante, bien de la autosuficiencia económica porque el ciudadano posea recursos suficientes para sí mismo y su familia (art. 7º.1 Directiva). Dicho de otro modo, la norma comunitaria, si relacionada con el TFUE, supedita el derecho de residencia de los ciudadanos no activos a una cláusula de no dependencia económica o de coste cero para el sistema nacional de asistencia²⁰.

La primera cuestión que plantea la norma comunitaria es la relativa al fundamento del criterio utilizado, y enlaza con el objetivo o finalidad de la misma. Porque, si bien es cier-

opta por una interpretación restrictiva o, por el contrario, extensiva, del derecho a la libertad de circulación a estos efectos.

Así, calificando el contexto normativo como «legal uncertainty, confusion and incoherence...», VERSCHUEREN, H.: «EU migrants and distitution: The ambiguous EU objectives», en PENNING, F. and VONK, G. (Edit.) *Research Handbook on European Social Security Law*, Elgar Edic., UK, 2015, pág. 433; del mismo autor: «Free movement of persons in the EU and social rights: an area of conflicting secondary law instruments», *ERA Forum*, 2011; HAILBRONNER, K. «Union Citizenship and Access to Social Benefits», *CML Rev.* Núm. 42, 2005, pág.1264; THYM, D.: «The elusive Limits of Solidarity: Residence Rights of and Social Benefits for Economically Inactive Union Citizens», *CML Rev.*, núm. 52, 2015, pág. 21.

Detenidamente, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Derecho comunitario de residencia y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo», *La Ley Unión Europea*, núm. 2, dic.2015, pág. 2 y ss.

²⁰ Ampliamente, CAICEDO CAMACHO, N.: «La Directiva 2004/38/CE y la jurisprudencia del TJUE sobre el disfrute de las prestaciones sociales ¿freno al avance en materia social o adecuación a los intereses de los Estados?», *REAF*, núm. 19, 2014, pág. 126.

to que pudiera afirmarse que esta norma incorpora en parte la jurisprudencia del TJUE anterior a su entrada en vigor, también lo es que incluye una limitación, la prevista en el art. 24.2, que no se corresponde con la construcción extensiva que hasta el momento había formulado el alto tribunal. En efecto, así como para los ciudadanos con residencia de larga duración o permanente o trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia (cuya residencia sea superior a tres meses) la Directiva prevé, art. 24.1, igualdad de trato de éstos respecto de los nacionales del Estado de acogida en el acceso a las prestaciones de asistencia social, la norma comunitaria permite que este Estado no conceda esas prestaciones: 1) durante los tres primeros meses de residencia; 2) más allá de los tres primeros meses de residencia a quienes pueden ser considerados solicitantes de empleo (art. 24.2 Directiva), aunque no puedan ser expulsados mientras demuestren que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados (art. 14.4.b Directiva).

La cuestión entonces es el criterio para valorar esas limitaciones legales, si son excepciones al principio de igualdad (y, por tanto, han de ser interpretadas restrictivamente) o, por el contrario, se trata de la materialización de uno de los objetivos de la Directiva. O, de otra forma expresado, si ésta es complemento del Derecho Originario y, por tanto, fija las reglas de ejercicio de los derechos de libre circulación y de residencia o, por el contrario, ha de interpretarse como una norma que limita y condiciona esos derechos para los ciudadanos económicamente inactivos.

En este sentido, la jurisprudencia actual del TJUE deja claro que esa norma comunitaria responde a dos objetivos, no exactamente coincidentes; a saber, uno, el de «facilitar o reforzar el ejercicio del derecho fundamental de los ciudadanos de la Unión de circular y de residir libremente» (Sentencia *Brey*²¹, apartados 70, 71 y 72) y otro, el de «evitar que los ciuda-

danos nacionales de otros Estados Miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado Miembro de acogida» (Sentencia *Dano*²²).

Si ello es así, surge una duda nueva, la referida a los criterios de aplicación para materializar esos objetivos. En efecto, si el segundo de lo apuntados se perfila, tal y como ahora se mantiene por el TJUE, como condición del primero, habrá que fijar los parámetros que precisen y objetiven esa condición legal. Si el objetivo es la solvencia económica del ciudadano comunitario que se encuentra en el Estado de acogida de la UE durante el período de tres meses a cinco años, habrá que determinar y precisar el concepto de trabajador (por cuenta ajena o por cuenta propia), en particular, determinar hasta dónde cabe extender el concepto comunitario de trabajador a efectos de acceso a las prestaciones sociales de subsistencia; y del mismo modo, con la misma certeza habría que determinar cuándo un ciudadano comunitario no es trabajador a estos efectos y, en consecuencia, los criterios que permiten compatibilizar el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad con el enfoque gradual y proporcional que adoptan las normas comunitarias sobre residencia y en particular con la configuración condicional del derecho a acceder a prestaciones sociales en el Estado de acogida.

Al respecto, los criterios derivados de la Directiva 2004/38 son ambiguos y permiten que el TJUE oscile desde una interpretación amplia del derecho a la contraria, tal como veremos a continuación. Interpretaciones de signo contradictorio (también en la doctrina científica) que pudieran derivarse de la solución legal adoptada, puesto que la Directiva de «Ciudadanía» utiliza conceptos jurídicos indeterminados. Entre ellos, «carga excesiva» para el sistema de asistencia social, que se configura como límite de la solidaridad financiera aceptada por la Directiva; o «recursos suficientes» del ciudadano que neutralizaría el anterior. De los que

²¹ Sentencia de 19 de septiembre de 2013, Caso C-140/12.

²² Sentencia de 11 de noviembre de 2014, Caso C-333/13.

derivan un criterio jurisprudencial, el de proporcionalidad, que se aplica para ponderar los derechos que se despliegan en planos paralelos, el del ciudadano comunitario a solicitar prestaciones de subsistencia en el Estado de acogida; y el de éste para preservar o salvaguardar sus finanzas públicas y, en consecuencia, para medir hasta dónde ha de aceptar el Estado Miembro de acogida un grado de solidaridad financiera o económica atendiendo las solicitudes de prestaciones de subsistencia de quienes son ciudadanos comunitarios, no tienen suficientes recursos personales y familiares y se encuentran en su territorio.

La segunda perspectiva de análisis del acervo comunitario refiere a la conexión entre las normas sobre libre circulación y las de coordinación de la protección social. Si comparadas estas normas, resulta que aquellas, las de ciudadanía o libre circulación, apuestan por un modelo gradual de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad; categoriza a los ciudadanos comunitarios «migrantes», distinguiendo entre los económicamente activos y los económicamente inactivos y, en particular, introduce un criterio de distinción, el de «solvencia económica», del que deriva una zona gris de precario estatuto de residente; y utilizan unos términos, ventajas sociales y asistencia social, en la delimitación del ámbito de protección social de subsistencia a efectos de libre circulación que no se definen de forma precisa por las normas comunitarias.

Por el contrario, el Derecho Comunitario de coordinación abandona cualquier definición o categorización de personas que hacen uso de su libertad de circulación intracomunitaria (a diferencia de su precedente, que sólo incluía a los trabajadores); se basa en un modelo de residencia habitual o de hecho en el Estado Miembro de la UE para solicitar prestaciones sociales de subsistencia; e introduce un concepto, el de *prestaciones económicas especiales no contributivas* que difiere, al menos en apariencia, del de asistencia social, puesto que ésta, la asistencia social, queda al margen del ámbito material de aplicación de las

normas comunitarias sobre coordinación de protección social, en los términos que indica el Reglamento 883/2004.

Por tanto, no es posible aplicar concurrentemente, de forma no conflictiva, estas normas comunitarias puesto que, como se aprecia, ofrecen soluciones divergentes y, en consecuencia, adolecen de criterios objetivos que fijen la prevalencia de una sobre otra.

Estas divergencias y ambigüedades detectadas desde hace tiempo en las normas comunitarias actualmente en vigor son las que, como veremos, permiten que el TJUE inicie ahora un cambio de rumbo (¿sin retorno?) en esta materia. Si la jurisprudencia recaída tras la entrada en vigor de la Directiva 2004/38 reformulaba en gran parte esta norma sin, por el contrario, llegar a expresar sin ambages que ésta fuera nula por contravenir lo dispuesto en el TFUE; la actual puede calificarse como interpretación literal (¿también legalista?) de la norma comunitaria que atrae hacia ella *ratione materiae* y *ratione personae* el derecho de acceso a prestaciones sociales por los ciudadanos comunitarios que hacen uso de su derecho a la libertad de circulación.

Aquella doctrina comienza a ser replanteada a partir de 2014, con el precedente de la Sentencia *Brey* y, sobre todo, a partir de la Sentencia *Dano*. En ellas el TJUE parece hacerse eco de la crítica reiterada por un amplio sector de la doctrina científica, española y foránea²³, y por distintos Estados Miembros (en especial, Gran Bretaña), a la hasta entonces su interpretación extensiva del derecho de todos los ciudadanos comunitarios a acceder a las prestaciones sociales de subsistencia en el Estado Miembro de acogida, en especial de todos aquellos a los que podría calificarse como económicamente inactivos. No está de más recordar que la crítica no había ahorrado calificativos, más o menos contundentes, más o menos peyorativos: desde el «uso creativo de la ciudada-

²³ HAILBRONNER, K.: «The EU Directive on Free Movement and Access to Social Benefits», *CESifo*, DICE, Report 4/2006, pág. 13.

nía de la Unión» o «una interpretación generosa» de la ciudadanía de la Unión; hasta el calificativo de «activismo judicial»; pasando por la «debilidad metodológica y técnica», que va más allá de lo querido y expresamente manifestado por la Directiva 2004/38²⁴. O «contradicción con la letra y el espíritu de la Directiva»²⁵.

5. LOS RASGOS O ELEMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL DERECHO AL ACCESO A LAS PRESTACIONES DE SUBSISTENCIA

Concluíamos el apartado anterior dando cuenta de los precedentes del cambio de orientación de la jurisprudencia del TJUE; comenzamos éste intentando delimitar las fases del proceso. La inicial, representada por la sentencia *Brey*²⁶; la etapa de consolidación, representada por la sentencia *Dano*²⁷; la etapa de reafirmación, representada por las sentencias *Alimanovic*²⁸ y *García Nieto*²⁹, ésta última,

²⁴ MARTÍN VIDA, M^a.A.: «La dimensión social de la ciudadanía europea con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria sobre libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones sociales», *ReDCE*, núm. 8, 2007, pág. 128.

²⁵ O'BRIEN: «Real links, abstract rights and false alarm: the relationship between the ECJ's "real link" case law and national solidarity», *European Law Rev.* Núm. 33, 2008, pág. 643. En el mismo sentido, GOLYNKER, O.: «Jobseekers' rights in the European Union...», *cit.*, pág. 111 y ss.

²⁶ Pensionista alemán que percibe una prestación básica de jubilación, se traslada a Austria y solicita el «suplemento compensatorio» previsto entonces en la legislación austriaca.

²⁷ Ciudadana rumana desempleada que vive en Alemania, no ha desempeñado actividad laboral previa en ese país, no consta a las autoridades alemanas como demandante activa de empleo y solicita las prestaciones del seguro básico, previsto entonces en la legislación alemana.

Sentencia ampliamente difundida en los medios de comunicación y valorada también por la doctrina científica, española y foránea.

²⁸ Sentencia de 15 de septiembre de 2015, Caso C-76/2014- Se trata del supuesto de ciudadana sueca que vive en Alemania con sus tres hijos, había trabajado en ese país durante menos de 1 año, estaba en situación de desempleo durante más de 6 meses y solicitó las prestaciones del seguro básico de desempleo alemán.

²⁹ Sentencia de 25 de febrero de 2016 (Caso C-299/14). Ciudadano español que solicita prestación del seguro básico

como cabe apreciar, dictada solo unos días después del Consejo Europeo de febrero de 2016, en el que se aceptaba en gran parte las exigencias de Gran Bretaña y se condicionaban los acuerdos adoptados a un resultado favorable del Referéndum británico a su permanencia en la UE.

Coinciden todas esas sentencias, dictadas en cuestiones prejudiciales, en la valoración de las restricciones que la legislación nacional de los Estados Miembros prevén en la concesión de prestaciones sociales de subsistencia (todas ellas incluidas en el Anexo X del Reglamento 883/2004) a ciudadanos comunitarios que ejercen su libertad de circulación pero no están realizando actividad económica real y efectiva en el momento de solicitud en el Estado de acogida.

Los rasgos del cambio de rumbo son básicamente los dos siguientes:

- a) Concepto comunitario de prestaciones sociales de subsistencia.
- b) Reafirmación de los diferentes estatutos jurídicos de ciudadanos comunitarios migrantes: el modelo condicionado «asimilacionista» y el derecho de residencia legal a estos efectos.

5.1. Naturaleza de las prestaciones sociales de subsistencia y libertad de circulación³⁰

Planteábamos más arriba que una de las ambigüedades detectadas en el contexto normativo comunitario a estos efectos refiere al concepto de prestaciones sociales, en concreto,

alemán cuando llevaba 1 mes residiendo en Alemania y antes de prestar actividad laboral o profesional alguna, aunque posteriormente consta que la realiza de forma efectiva y real; se le deniega la prestación por no haber tenido residencia previa en Alemania durante, al menos, tres meses.

³⁰ Véase, más detenidamente sobre esta cuestión, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M^a.Y.: «Ciudadanía de la Unión...», *cit.*, pág. 57 y ss. También MARTÍN VIDA, M^a.A.: «La dimensión social...», *cit.*, pág. 100 y ss.

de las denominadas prestaciones sociales de subsistencia, que han sido el foco o centro de polémica y debate.

Pudiera entenderse que en esta expresión habría integrar los tres conceptos que utilizan las normas comunitarias: el de «prestaciones especiales económicas no contributivas», del Derecho comunitario sobre coordinación de los sistemas de protección social; y el de «asistencia social» y «ventajas sociales» de las normas sobre libre circulación. De donde resultaría que una misma prestación podría considerarse ventaja social a efectos del Reglamento 492/2011, prestación no contributiva especial del Reglamento 883/2004 y asistencia social en los términos contemplados en la Directiva 2004/38³¹.

Desde la perspectiva de la configuración de estas distintas prestaciones a efectos del Derecho Comunitario, recuérdese en primer lugar que las «prestaciones especiales económicas no contributivas» se introdujeron por el Reglto. 1247/92 con la finalidad (para contrarrestar la entonces doctrina del TJUE de extensión ilimitada del concepto de prestación de Seguridad Social) de aplicarles un sistema especial, limitado, de coordinación. Sistema del que, por el contrario, quedaban (y quedan) excluidas las prestaciones de asistencia social propiamente dichas. La razón de la exclusión originaria del sistema comunitario de coordinación en esta materia estaba en la consideración de que ésta, la asistencia social, quedaba vinculada a la beneficencia y, en consecuencia, sus destinatarios no eran los trabajadores a los que, por el contrario, iban dirigidas inicialmente y en exclusividad las normas sobre coordinación en materia de protección para facilitarles su derecho a la libre circulación «económica».

A estos efectos, a los de coordinación de los sistemas de protección social, el legislador comunitario en la actualidad (Reglto. 883/2004, art. 70) configura las prestaciones especiales

no contributivas como *tertium genus*, a medio camino entre las tradicionales de seguridad social y las propias de asistencia social. Introduce tres criterios o elementos en la definición legal, objetivo, financiero y formal³²; y, aunque pudieran responder a una finalidad similar a la de asistencia social (cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de Seguridad Social, que garantice a las personas unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trata³³), si están listadas en el Anexo X del citado

³² En atención a la finalidad, tienen por objeto proporcionar: i) cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de Seguridad Social mencionadas en el apartado 1 del artículo 3, que garantice a las personas en cuestión unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate; o ii) únicamente la protección específica de las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado miembro de que se trate. Atendiendo a la financiación, procedan exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones, no dependan de ninguna contribución del beneficiario. No obstante, las prestaciones concedidas para completar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo.

³³ Véase al respecto sentencia de 29 de abril de 2004, Asunto C-160/02, Asunto *Skalka*. Se planteaba en esta sentencia si el Sr. Skalka nacional austriaco, beneficiario de pensión de vejez austriaca, y residente en Tenerife, podía solicitar el «suplemento compensatorio» previsto por la legislación austriaca. Se le denegó porque el Sr. Skalka no residía en Austria y esa prestación no es exportable (recuérdese, como se dijo, que está prevista en el Anexo X del Reglto. como prestación especial en metálico no contributiva). El TJUE estimó que en tanto la función de esa prestación era «reconocer ingresos complementarios a los beneficiarios de prestaciones de seguridad social insuficientes, garantizando a quienes perciben ingresos totales por debajo del límite legal un mínimo de medios de vida», tenía carácter de ayuda social. Por tanto, advertía el TJUE «dicha prestación se halla estrechamente relacionada con la situación económica y social del país de que se trate y su importe, fijado por la ley, tiene en cuenta el nivel de vida en dicho país. En consecuencia, su finalidad se vería frustrada si se concediera fuera del Estado de residencia». Y, por otro lado, en cuanto su concesión se basa en criterios objetivos definidos por la ley, ha de calificarse como «prestación especial» en el sentido del Reglamento n° 1408/71.

³¹ Ver VERSCHUEREN, H.: «Free movement...cit.», pág. 291.

Reglamento pierden cualquier connotación de tales³⁴.

La consecuencia es práctica y muy importante. Si formalmente pueden ser definidas como prestaciones especiales no contributivas: i) se les aplica el sistema limitado de coordinación, basado en el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad; ii) el Estado Miembro de acogida (el del lugar de residencia) puede aplicar la cláusula de residencia prevista en el art. 7º del Regl. 883/2004, para evitar la exportabilidad de estas prestaciones y para definir el estado de necesidad y fijar la renta de subsistencia. Téngase en cuenta que el REglto comunitario no prevé requisito alguno que pudiera añadirse al de residencia habitual o de hecho en el Estado de acogida y, en consecuencia, al que éste pudiera condicionar el derecho de acceso a ese tipo de prestaciones, por ejemplo, un período previo de estancia en su territorio para

su concesión a los ciudadanos comunitarios migrantes.

Por otro lado, el concepto de «asistencia social» se utiliza en las normas comunitarias sobre libre circulación con diferente finalidad. Por un lado para entenderlo comprendido en el de prestación asistencial a los efectos del derecho de residencia y su limitación conforme a la Directiva 2004/38, que la utiliza como criterio indirecto para medir la solvencia económica del solicitante de residencia cuando es económicamente inactivo (art. 7º) y la considera prestación de la que pueden quedar excluidos ciudadanos de la UE en alguno de los supuestos previstos en la Directiva, en particular conforme a su art. 24, que, como dijimos, fija las limitaciones del principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad.

No hay duda en la jurisprudencia actual del TJUE, a partir de *Brey y Dano*, y confirmada en *Alimanovic* y en *García Nieto*, de la asimilación conceptual de las prestaciones especiales no contributivas a la asistencia social, o mejor expresado, que aquellas están comprendidas en ésta, entrando entonces *ratione materiae* en el ámbito del Derecho Comunitario sobre libre circulación.

Lo que quiere decir que el concepto de asistencia social a efectos de la Directiva no puede reducirse a las prestaciones que, conforme al Reglamento 883/2004, no están incluidas en su ámbito de aplicación, sino que, extensivamente, refiere «a todos los regímenes de ayudas establecidos por las autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia y que, por ello, puede convertirse, durante su estancia, en una carga excesiva para las finanzas públicas del Estado Miembro de acogida, que puede tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado» (Sentencia *Brey*, apartados 49, 60, 61 y 62; Sentencia *Dano*, apartado 63). Concepto que en la actualidad se ha ampliado a otras

³⁴ Sólo por poner algún ejemplo, en el caso de España, las prestaciones incluidas en el Anexo son las que refieren a las prestaciones no contributivas de invalidez y jubilación y las prestaciones que complementan las anteriores pensiones, según dispone la legislación de las Comunidades Autónomas, en las que tales complementos garantizan un ingreso mínimo de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social en las correspondientes Comunidades Autónomas, entre otras. Y es conveniente que hagamos mención a algunas otras de otros países de la UE que han sido objeto de controversia y respecto de las que se han planteado cuestiones prejudiciales al TJUE; así, por ejemplo, en caso de Alemania, se incluye a) Ingresos básicos de subsistencia para las personas de edad y las personas con incapacidad laboral parcial, con arreglo al capítulo 4 del libro XII del Código Social. b) Prestaciones del seguro básico para demandantes de empleo encaminadas a garantizar la subsistencia, excepto si, en relación con estas prestaciones, se cumplen los requisitos de admisibilidad para percibir un suplemento temporal a raíz de la prestación por desempleo (apartado 1 del artículo 24 del libro II del Código Social. En caso de Bélgica: a) Prestación de compensación de ingresos (Ley de 27 de febrero de 1987). b) Ingreso garantizado para personas de avanzada edad (Ley de 22 de marzo de 2001). Y también, por poner algún ejemplo más de las que han suscitado dudas al TJUE, Austria incluye en ese Anexo el «suplemento compensatorio» para quienes, de acuerdo con la legislación interna, son beneficiarios de una pensión de vejez y en caso de esa pensión mas otros ingresos netos de otras fuentes no alcance un determinado importe.

prestaciones que pueden entenderse incluidas en el genérico «sistema de protección social» de los Estados Miembros, y en particular, a las que pudieran tener naturaleza mixta, en tanto que orientadas no sólo a la subsistencia sino a la reinserción profesional y que, entonces, pudieran estar previstas en el Estado de acogida para los que cabe definir conforme a la legislación nacional como desempleados. Caso éste, entre otros, del denominado «seguro básico de desempleo» alemán.

En este sentido, el precedente fue la Sentencia *Vatsouras*³⁵, en la que, aplicando su propia doctrina sobre el criterio finalista para determinar la naturaleza de la prestación, el TJUE determinó que ese, el seguro básico de desempleo, se orientaba hacia la inserción profesional o inserción en el mercado de trabajo, de modo que (apartado 45), concluía entonces: «no pueden considerarse prestaciones de asistencia social en el sentido del art. 24.2 de la Directiva» (es decir, a efectos de su excepción) «las prestaciones económicas que, independientemente de su calificación en la normativa nacional, están destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo».

Resulta que, en la actualidad, y sin mayor explicación al respecto, el TJUE da un giro radical a la configuración «comunitaria» de esa prestación. Y si entonces cabría concluir que el razonamiento era apriorístico, del mismo modo pudiera calificarse la nueva doctrina. En efecto, el TJUE considera que esas prestaciones de naturaleza mixta deben calificarse atendiendo a la finalidad predominante que lo es, precisamente y a su juicio (con apoyo en las Conclusiones del AG), la de asistencia social «en el sentido del art. 24.2 de la Directiva 2004/38»³⁶.

³⁵ Sentencia de 4 de junio de 2009, Asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08.

³⁶ Véanse Conclusiones del AG WATHELET, de 26 de marzo de 2015 (apdo. 72), que decía: ... «es preciso basarse en la función preponderante de las prestaciones, que, en el presente caso, es indiscutiblemente garantizar los medios de subsistencia necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana».

5.2. Estatutos jurídicos de ciudadanos comunitarios migrantes

5.2.1. *La opción por el modelo de «residencia económica»*

La asimilación de las prestaciones especiales no contributivas a la «asistencia social» tiene como efecto práctico la absorción de la cláusula de residencia en el sentido del Reglamento de Coordinación comunitario en materia de Seguridad Social por la que, como a continuación analizamos, es la cláusula o condición de residencia a efectos de libre circulación.

Por un lado, recuérdese que el TJUE había mantenido que las prestaciones especiales no contributivas mantenían un estatus legal comunitario propio y autónomo, advirtiendo que la cláusula de residencia a las que las someten los artículos 7º y 70 del Reglamento 883/2004 era un requisito que debía interpretarse de acuerdo a esa norma comunitaria, que se fundamenta en la residencia habitual o residencia de hecho³⁷. Como bien se ha afirmado, la «residencia» es un concepto autónomo e independiente del que, al efecto, pudiera definir la legislación nacional de cada uno de los Estados Miembros y se constata que en el contexto normativo comunitario no tiene un significado

Vid. Asunto *García Nieto*, apdo. 37.

³⁷ En este sentido, Sentencia de 25 de febrero de 1999 (Caso C-90/97) Asunto *Swaddling* (apdos. 28, 29 y 30), que planteaba ya entonces un caso que hoy recupera actualidad. Se trataba de un ciudadano nacional británico, trabajador en su país de origen, que se traslada a otro país de la UE, represa posteriormente a su país y solicita una prestación económica especial no contributiva. Su país de origen, Gran Bretaña, la deniega porque no había cumplido un período de residencia previo en ese Estado, exigido como de residencia «nacional» a estos efectos. El TJUE afirmó entonces que «residencia» significa la «estancia habitual» a efectos del Reglamento de Coordinación, es decir a efectos de la aplicación de la cláusula de residencia que podía aplicar el Estado de acogida para determinar si el sujeto tenía derecho o no a la citada prestación. Aportó criterios (no exhaustivos) al respecto y rechazó que uno de esos fuera el de cumplir un período de residencia mínimo en el Estado en el que se solicita la prestación.

único y homogéneo³⁸. Tal es el caso, como aquí ocurre, en relación con las prestaciones de subsistencia y los títulos en virtud de los que cabe definir su ámbito subjetivo, puesto que el Derecho de Coordinación utiliza uno que no parece coincidir con el que establece el Derecho de Ciudadanía, en concreto la Directiva. Resultando que cabe identificar en Derecho Comunitario dos acepciones, la de «residencia habitual o de hecho» y la de residencia «legal».

Sobre el derecho de residencia a efectos de coordinación, téngase en cuenta que el Reglamento 987/2009, de 16 de septiembre, incluye una lista de criterios para determinar cuál es el Estado de residencia. Lista que, conformada a partir de la jurisprudencia del TJUE (por ejemplo, Asunto *Swaddling*³⁹), se advierte que

³⁸ GUILD, E., PEERS, S. and TOMKIN, J.: *The EU citizenship directive: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pág. 110.

³⁹ Recuérdese que en la Sentencia *Swaddling* se preguntaba: Cuando una persona ha trabajado y residido habitualmente en un Estado miembro, ha ejercido posteriormente el derecho a la libre circulación de los trabajadores para establecerse en otro Estado miembro en el que ha trabajado y fijado su residencia habitual, y, finalmente, regresa al primer Estado miembro para buscar trabajo, ¿es compatible con las exigencias del artículo 48 del Tratado de Roma el hecho de que el primer Estado miembro imponga un requisito de residencia habitual en ese Estado (que implica la existencia de un período considerable de residencia en el mismo Estado) para la concesión de una prestación estatal general no contributiva, sujeta a un requisito relacionado con los recursos económicos, y que tenga las características del complemento de ingresos («income support») británico?».

Sobre la duración del período de presencia, TJUE ha dicho que: «cuando un nacional de la Unión que residía en un primer Estado miembro contrae una enfermedad grave y repentina durante sus vacaciones en un segundo Estado miembro y se ve obligado a permanecer durante once años en ese Estado, como consecuencia de dicha enfermedad y de la disponibilidad de cuidados médicos especializados próximos al lugar en el que vive, debe considerarse que se encuentra en situación de «estancia» en ese segundo Estado miembro, ya que el centro habitual de sus intereses se sitúa en el primer Estado miembro. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar el centro habitual de los intereses de ese nacional apreciando todos los hechos pertinentes y teniendo en cuenta la voluntad de éste, tal como resulta de tales hechos, toda vez que la mera circunstancia de que dicho nacional haya permanecido en el segundo Estado miembro durante un largo período de tiempo

es ejemplificativa o no exhaustiva y distingue entre los elementos relacionados con las características objetivas de la residencia habitual, tales como la duración y la continuidad de la presencia en el territorio de un Estado miembro, y los elementos que se aplican a la situación de la persona. Así, se listan: la situación de la familia (su situación familiar y los lazos familiares); la duración y continuidad de su presencia en el Estado miembro afectado; la situación en materia de empleo (la naturaleza y las condiciones específicas de la actividad ejercida, si la hay, en particular el lugar donde se ejerce habitualmente la actividad, la estabilidad de la actividad y la duración del contrato de trabajo); el ejercicio de una actividad no remunerada; en el caso de los estudiantes, su fuente de ingresos; el alojamiento, en particular su grado de permanencia; el Estado miembro en el que se considere que la persona tiene su residencia fiscal; las razones para el traslado; la voluntad de la persona, según se desprenda de todas las circunstancias.

A partir de la Sentencia *Brey* comienza a cambiar este criterio jurisprudencial, basándose en la idea de que el Derecho Comunitario sobre coordinación de sistemas de seguridad social no fija un régimen común de seguridad social entre los Estados Miembros y no establece las condiciones de fondo para que exista el derecho a las prestaciones especiales no contributivas (apdos. 41 y 44). Lo que, sin expresarlo de forma rotunda en esa sentencia, podría tener la consecuencia de que el acceso a las prestaciones de subsistencia (sean las

no es suficiente, como tal y en sí misma, para considerar que reside en ese Estado», Sentencia de 5 de junio de 2014, Asunto C-255/13.

Ver los ejemplos incluidos en la *Guía práctica sobre legislación aplicable en la Unión Europea* (también denominada de prueba de la residencia habitual), adoptada por la Comisión Europea en 2013, derivada de la Comunicación de la Comisión sobre «Libre circulación de los ciudadanos de la UE y sus familias» de 25 de noviembre de 2013, que la incluía entre las cinco acciones propuestas. Se puede acceder a la Guía en <http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?type=0&policyArea=0&subCategory=0&country=0&year=0&advSearchKey=4944&mode=advancedSubmit&langId=es>

prestaciones especiales no contributivas, sean las de naturaleza mixta...) por los ciudadanos comunitarios que se trasladan a otro país de la UE pudiera quedar condicionado al cumplimiento de los requisitos de residencia fijados en la Directiva 2004/38.

No obstante esa posibilidad, en *Brey* el TJUE huyó de analizar si el solicitante de la prestación cumplía o no las condiciones de residencia establecidas en el sistema gradual previsto en la Directiva y se mantuvo en el que hasta la fecha había sido el razonamiento utilizado, a saber, el encaje de la excepción prevista en el art. 24.2 en la condición de su aplicación relativa a que se demuestre por el Estado de acogida la «carga excesiva» para su sistema de asistencia social. De modo que, de nuevo, siguiendo al respecto los precedentes, el TJUE intentó clarificar el significado de esa expresión legal atendiendo a la que, hasta la fecha, era la fórmula de análisis; esto es, la que exigía a las autoridades nacionales «una apreciación global de la carga que supondría concretamente la concesión de esa prestación sobre todo el sistema nacional de asistencia social en función de las circunstancias individuales que caracterizan la situación del interesado» completada con la enumeración o listado ejemplificativo de posibles criterios que pudieran utilizar para ello (*Brey*, apdo. 78). De este modo incidió el TJUE en la imposibilidad de excluir automáticamente a los ciudadanos comunitarios económicamente inactivos y, como se apreció por la doctrina, esta sentencia aumentó las ya detectadas ambigüedades del Derecho Comunitario y la confusión creada por su previa jurisprudencia⁴⁰. En efecto, según *Brey*, el Estado Miembro tenía la obligación de llevar a cabo una doble apreciación individual y global de la repercusión de la concesión de la prestación en el sistema nacional de asistencia social a la hora de determinar

si el solicitante supone o no una carga para dicho Estado⁴¹.

Dano es un avance, decíamos, en el cambio de orientación de la doctrina del TJUE, aun cuando también se señalara en su momento que la sentencia no explicitaba con certeza una interpretación amplia o extensiva sobre las posibilidades que los Estados Miembros pudieran tener para denegar a un ciudadano comunitario la igualdad de trato en el acceso a sus prestaciones sociales de subsistencia. Porque, entre otras razones, en esta sentencia se introdujo un rasgo o elemento hasta entonces desconocido, a saber, el motivo que movía al ciudadano comunitario a ejercer su libertad de circulación, que indujo al TJUE, implícitamente, a valorar la «mala fe» del ciudadano comunitario que se traslada al Estado Miembro de acogida con la finalidad de lograr los beneficios de su asistencia social; lo que peyorativamente se ha conocido como «turismo social».

Como ya ha tenido ocasión de explicar la doctrina⁴², de la Sentencia *Dano* no cabía deducir un modelo claro sobre la ciudadanía de la Unión (entre el de ciudadanía basada en la residencia o en la integración) y, en consecuencia, tampoco una opción cerrada a favor de una interpretación amplia de las posibilidades de los Estados Miembros para denegar el derecho a la igualdad de trato en la solicitud de beneficios sociales por los ciudadanos comunitarios. Según se analizaran los apartados de la citada sentencia, podría afirmarse que el TJUE se orientaba hacia una interpretación restrictiva porque el término «turismo social» podría entenderse limitado a las situaciones en las que quedara explícito o implícito que el motivo o intención del ciudadano comunitario migrante fuera sólo obtener asistencia social en el territorio del Estado de acogida. O, por el contrario, se podría afirmar que optaba por

⁴⁰ Vid., VERSCHUEREN, H.: «EU migrants...», *cit.*, pág. 434; del mismo autor: «Preventing "benefit tourism" in the EU: a narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJE in *DANO?*», *Common Market Law Review*, núm. 52, 2015..., pág. 370 y ss.

⁴¹ Vid. LIROLA DELGADO, I.: «La ciudadanía de la Unión Europea en retroceso: el cambio de rumbo del Tribunal de Justicia en los Asuntos *Brey*, *Dano* y *Alimanovic*», *Revista Jurídica del CESUCA*, V.3, n.6, dic.2015, pág. 142.

⁴² VERSCHUEREN, H.: «EU migrants...», *cit.*, pág. 435.

una interpretación amplia de las «derogaciones» del principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad, ya que el TJUE condiciona ese derecho a que la residencia en el territorio de dicho Estado cumpla las condiciones de la Directiva 2004/38.

Quedaba, por tanto, dar otros pasos definitivos. Uno, obviar el motivo por el que un ciudadano comunitario hace uso de su libertad de circulación intracomunitaria; y dos, reafirmar la residencia «económica» como criterio único que permita limitadamente extender la condición de trabajador a quienes no pueden demostrar un vínculo directo e inmediato con el Estado de acogida. Lo que, dicho de otro modo, y claramente significaría que sin derecho a residencia conforme a la Directiva 2004/38 no habría aplicación del principio de igualdad de trato⁴³.

Es así como TJUE ha debido valorar casos menos extremos que *Dano*, pero más apegados a la realidad social y económica, a las situaciones de empleo y de ocupación en los países comunitarios como España que, debido a la crisis económica, cuenta con unos altísimos índices de desempleo en la población activa española, en especial, entre los jóvenes. Nos referimos al supuesto del «demandante de empleo» que se traslada a otro Estado Miembro con el objetivo de buscar empleo.

Los casos más actuales resueltos por el TJUE confirman la tendencia restrictiva al reconocimiento de los derechos de protección social de subsistencia de los ciudadanos comunitarios migrantes, reafirmando la diferencia de trato entre quienes son económicamente activos y económicamente inactivos. Entre aquellos, los económicamente activos, confirmando (hasta la fecha) el significado amplio del concepto de trabajador a efectos de libre circulación pero, por el contrario, limitando el estatuto ampliado o asimilado de trabajador.

Tras la Sentencia *Alimanovic* hay que diferenciar los títulos de residencia en relación con la vinculación laboral (o profesional) en el Estado Miembro; única condición que, parece, justificaría el acceso a las prestaciones sociales de subsistencia que reconoce el Estado de acogida. Lo que, a diferencia de todos los precedentes, pre y post-Directiva 2004/38, le permite prescindir de llevar a cabo un examen de la situación individual de la persona solicitante de la prestación para constatar si se ha convertido en una carga excesiva para la asistencia social porque la única situación que hay que tener en cuenta, derivada de la propia Directiva, es la relativa a si hubo vínculo económico con el Estado de acogida sin, por tanto, tener que valorar otros factores utilizados anteriormente por el TJUE, como el vínculo real con el Estado de acogida o los derechos de los hijos de los trabajadores migrantes⁴⁴. Podría afirmarse que el TJUE abandona el modelo de residencia (entendiendo por tal la residencia de hecho) y acoge el modelo de integración derivado de la vinculación económica o el modelo de residencia «económica».

5.2.2. Prestaciones sociales y trabajadores

Hasta la fecha, el TJUE confirma el sentido amplio o extensivo de trabajador a efectos comunitarios porque de la Directiva 2004/38 se deduce que no se puede imponer por los Estados Miembros, como condición del derecho de residencia, requisito alguno de recursos económicos cuando el ciudadano comunitario migrante demuestra que es trabajador en el Estado de acogida en el sentido amplio de la jurisprudencia del TJUE. Siendo económicamente activo, es decir, demostrando que tiene un vínculo económico real y efectivo, directo e inmediato, en el Estado de acogida, se deduce (queda implícita en la categoría) que hay una integración real en ese Estado aunque contribuyan económicamente en su territorio de

⁴³ THYM, D.: «The elusive Limits of Solidarity...», *cit.*, pág. 25; LIROLA DELGADO, I.: «La ciudadanía de la Unión Europea...», *cit.*, pág. 144.

⁴⁴ LIROLA DELGADO, I.: «La ciudadanía de la Unión Europea...», pág. 146.

forma limitada o aunque tal contribución sea temporalmente corta.

Queda por ver si este concepto amplio de la libertad de circulación económica y, por tanto, el carácter pleno del derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso a las prestaciones sociales, se mantendrá en el futuro más o menos próximo en el contexto normativo de la UE.

Debe advertirse que según las Conclusiones del Consejo Europeo de febrero de 2016, apelando a «razones imperiosas de interés general», se proponía una futura modificación del Reglamento 492/2011, relativo a la libre circulación de trabajadores para que contuviera «un mecanismo de alerta y garantía que responda a situaciones de flujos de entrada de trabajadores procedentes de otros Estados miembros de una magnitud excepcional durante un período prolongado, también como resultado de políticas del pasado a raíz de ampliaciones anteriores de la UE. Si un Estado miembro debe acogerse al mecanismo, deberá notificar a la Comisión y al Consejo la existencia de esta situación excepcional en una escala que afecta a aspectos esenciales de su sistema de seguridad social, incluido el propósito primario de su sistema de prestaciones vinculadas al ejercicio de una actividad profesional, o que da lugar a dificultades graves y con probabilidades de persistir en su mercado laboral o que generan una presión excesiva para el funcionamiento adecuado de sus servicios públicos. A propuesta de la Comisión, una vez estudiada la notificación y la motivación en ella expuesta, el Consejo podría autorizar al Estado miembro de que se trate a restringir en la medida necesaria el acceso a las prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional. El Consejo autorizaría a tal Estado miembro a limitar el acceso a *las prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional* de los trabajadores de la UE que lleguen por primera vez, durante un período total de hasta cuatro años desde el inicio del empleo. La limitación debería ser gradual, pasando

de una exclusión inicial completa a un acceso progresivo a estas prestaciones para tener en cuenta la relación cada vez más sólida del trabajador con el mercado laboral del Estado miembro de acogida. La autorización tendría una duración limitada y se aplicaría durante un período de 7 años a los trabajadores de la UE que lleguen por primera vez»⁴⁵.

Es cierto que la propuesta quedaba condicionada a que el Referéndum británico celebrado el pasado 23 de junio concluyera con la permanencia de Reino Unido en la UE. Téngase en cuenta que, si la propuesta acabara plasmada en los términos indicados en la norma comunitaria, se estaría introduciendo un requisito a la hasta ahora vinculación económica derivada de la condición de trabajador, a saber, el de su carácter estable. Y requeriría de una autorización previa de las instituciones comunitarias con la finalidad de evitar interpretaciones *ex post* del TJUE sobre la condición de la limitación, esto es, la existencia de esa situación excepcional y de su aplicación porque la proporcionalidad de la medida será establecida *ex ante* por el Consejo. De otro lado, como puede constarse, queda indeterminado el concepto de «prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional», que, a estos efectos, debería ser definido en la norma comunitaria. Todo apunta a que se trataba, indirectamente, de admitir las limitaciones que pudieran imponer los Estados Miembros, como Gran Bretaña, que establecen sistemas de beneficios complemen-

⁴⁵ Se justificaba la propuesta del modo siguiente: «la libre circulación de los trabajadores puede limitarse con medidas proporcionales al interés legítimo perseguido. Fomentar la contratación, reducir el desempleo, proteger a los trabajadores vulnerables y evitar el riesgo de poner en peligro gravemente la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social constituyen razones de interés general reconocidas a tal efecto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la base de un análisis de cada caso. Basándose en consideraciones objetivas independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y de manera proporcional al interés legítimo perseguido, pueden imponerse condiciones en relación con determinadas prestaciones para velar por la existencia de un vínculo real y efectivo entre la persona afectada y el mercado laboral del Estado miembro de acogida».

tarios para los trabajadores que reciben bajos salarios, tales como el *tax credit* y *housing benefit*.

Tras el Brexit y, por tanto, la ausencia de entrada en vigor de la Decisión del Consejo Europeo (prevista inicialmente para el mes de julio de 2016), queda por ver si el resto de Estados Miembros, en particular aquellos que hasta el momento siguen siendo países de acogida de trabajadores comunitarios, reactivan la propuesta restrictiva en un futuro próximo, alentados por la nueva doctrina del TJUE.

5.2.3. *El estatuto ampliado o asimilado de trabajador*

Por lo que respecta al estatuto ampliado o asimilado de trabajador comunitario a estos efectos, habría que determinar los supuestos legales que quedan integrados. Y para ello se requiere indagar en el concepto legal de «vinculación económica» de la Directiva 2004/38; si es sólo una vinculación derivada de la previa situación de trabajador o, por el contrario, cabe extenderla a otros supuestos en los que la vinculación sólo sería indirecta. La cuestión es sumamente importante porque según cuál sea la respuesta, el título de residencia se podría identificar con el que poseen y se reconoce a los trabajadores o, por el contrario, quedaría limitado al que cupiera aplicar al ciudadano comunitario económicamente inactivo.

Desde esta perspectiva, la de identificación del estatuto ampliado de trabajador comunitario, debe advertirse que el art. 7º de la Directiva 2004/38 lista o enumera los supuestos en los que el Derecho UE mantiene el estatuto de trabajador a estos efectos; es decir, los casos en los que fija el estándar mínimo que han de cumplir los Estados Miembros. En lo que aquí interesa, el precepto refiere al «parado involuntario» y, aunque no lo defina (lo que quiere decir, que es un concepto que queda a la determinación de la legislación nacional), puede equipararse este concepto legal al de desempleado, en el sentido de persona que ha teni-

do una previa relación o vinculación laboral o profesional previa en el Estado de acogida.

Situación que la norma comunitaria extiende limitadamente a dos casos, según la duración de la vinculación laboral previa en el Estado de acogida y siempre que el desempleado sea demandante efectivo de empleo (es decir, esté inscrito en el servicio de empleo competente): la de un empleo previo de más de un año de duración y la de empleo previo de menos de un año de duración. En estos casos, el ciudadano comunitario mantiene, «como trabajador», su derecho a acceder a las prestaciones sociales de subsistencia en el Estado de acogida. Dicho de otra forma, su título de residencia proviene de su condición previa de trabajador y es el que legitima su acceso a las prestaciones sociales en dicho Estado.

De la regulación legal comunitaria derivan algunas cuestiones; entre ellas, las siguientes:

1) La relativa al carácter de la enumeración legal, es decir a si la lista es exhaustiva o meramente ejemplificativa de circunstancias encuadrables entre situaciones asimiladas a la condición de trabajador a efectos de libre circulación. Desde esta perspectiva, la interpretación que hasta el momento había mantenido el TJUE era amplia o extensiva, declarando que la lista era meramente ejemplificativa; pero en la actualidad parece haber optado por una solución contraria, tal y como cabría deducir de la Sentencia *Alimanovic*⁴⁶, que parece

⁴⁶ Conviene, no obstante, advertir que otra fue la solución en el Asunto *Saint-Prix* (STJUE de 19 de junio de 2014, Caso C-507/12), en la que hubo de interpretar también el concepto de trabajador en el sentido del art. 45 TFU y del art. 7º de la Directiva 2004/38, en relación con la denegación en el caso del denominado «complemento de ingresos» británico. Se trata de una trabajadora de nacionalidad francesa que realiza trabajos como profesora de apoyo en Reino Unido; posteriormente se matricula en la Universidad, se inscribe en una ETT para buscar trabajo en centros de enseñanza secundaria, trabaja temporalmente en escuelas infantiles y, estando embarazada de casi seis meses, deja su trabajo porque entendía que cuidar niños en la escuela infantil le exigía en ese momento un esfuerzo excesivo. Busca trabajo más adaptado a su embarazo, no lo encuentra y solicita once semanas antes de dar a la luz el complemento

no dejar margen alguno para seguir aplicando el test de proporcionalidad relacionado con la existencia de un vínculo real con el mercado de trabajo; si ello es así, definitivamente, los pensionistas (supuesto de *Brey*) que se desplazan a otro Estado de la UE diferente al que le concede su prestación de Seguridad Social y los desempleados que quedan al margen de los supuestos del art. 7º de la Directiva 2004/38, no se incluirían en la categoría de asimilados a trabajadores a efectos comunitarios.

2) Si la situación asimilada se extiende también a los familiares del desempleado. Es decir, si éstos, los familiares tendrían entonces solo un derecho de residencia autónomo que habría que configurarlo como de residencia general prevista para los ciudadanos económicamente inactivos o, por el contrario, podrían mantener también su título de residencia vinculado a la previa actividad económica del progenitor, conforme a lo dispuesto en el Reglto. 492/2011, art. 12⁴⁷.

3) La relativa a la extensión temporal de la asimilación de trabajador a efectos de libre

de ingresos; se le deniega. Tres meses después del nacimiento prematuro de su hijo, la Sra. Saint Prix se reincorpora al trabajo.

Es evidente que este supuesto no encaja en los casos de extensión o asimilación del concepto de trabajador a efectos del art. 7º Directiva 2004/38 (en concreto en el que refiere este precepto como de incapacidad para el trabajo puesto que el embarazo no es una situación de enfermedad); no obstante, el TJUE advierte en esta ocasión que no puede deducirse que ese precepto enumera de forma exhaustiva las circunstancias en las que un trabajador migrante, que ya no se encuentra en una relación laboral, puede seguir disfrutando de dicha condición. En concreto, estima que el hecho de que las referidas limitaciones obliguen a una mujer a dejar de ejercer una actividad por cuenta ajena durante el período necesario para restablecerse no puede privarla, en principio, de la condición de «trabajadora», en el sentido del artículo 45 TFUE. Lo que quiere decir, que «el hecho de que en la práctica la persona afectada no haya estado presente en el mercado de trabajo del Estado miembro de acogida durante algunos meses no implica que haya dejado de pertenecer a dicho mercado durante ese período, siempre que se reincorpore a su trabajo o vuelva a encontrar empleo dentro de un plazo razonable contado a partir del parto».

⁴⁷ Véase, sobre esta cuestión, VERSCHUEREN, H.: «EU migrants...», *cit.*, pág. 424 y ss. Y en la jurisprudencia del TJUE, entre otras, Sentencia de 23 de febrero de 2010. Caso C-480/08, Asunto *Teixeira*.

circulación, es decir, si es una asimilación permanente o, por el contrario, puede limitarse temporalmente. En este caso, cuando la vinculación laboral previa con el Estado de acogida es inferior a un año, la Directiva 2004/38 sólo garantiza la asimilación durante 6 meses (dice la norma, al menos durante 6 meses); por tanto, los Derechos nacionales disponen de una opción, o bien mantener el plazo mínimo previsto por la Directiva o bien ampliarlo.

Transcurrido ese plazo, sea el mínimo comunitario o el máximo establecido por la norma nacional, ¿qué condición mantiene el ciudadano comunitario a efectos de libre circulación?. Éste es el supuesto que se plantea abiertamente en la Sentencia *Alimanovic* (ciudadana comunitaria que trabaja previamente por menos de 1 año en el Estado de acogida, mantiene inicialmente la situación como desempleada durante 6 meses para, desde esta situación, disfrutar de la prestación social de subsistencia en ese Estado, que se extingue una vez transcurridos esos 6 meses); y la solución se adopta desde el carácter cerrado que, a su juicio, tiene ahora el art. 7º Directiva.

Al ciudadano comunitario que se encuentre en la situación de *Alimanovic* hay que encajarlo en algún otro título en función del cual pudiera justificar su derecho de residencia conforme a la Directiva 2004/38; y podría ser alguno de los dos alternativos siguientes: o como persona que se desplaza en la UE para buscar empleo (demandante de empleo, conforme al art 14 Directiva) o como ciudadano económicamente inactivo (art. 7º Directiva).

En el otro supuesto, el de desempleado involuntario que ha estado empleado durante más de un año en el Estado de acogida, el precepto de la Directiva no expresa duración alguna de la asimilación del estatus de trabajador a efectos de libre circulación. Y la cuestión se plantea, no cuando el ciudadano logra alcanzar el tiempo de residencia continuada de cinco años (porque en ese caso, conforme a la Directiva, obtendría el estatuto de residente de larga duración o permanente y, en conse-

cuencia, no tendría que cumplir la condición de autosuficiencia económica y suscripción de un seguro de enfermedad), sino cuando sumado el período previo de trabajo y el de protección por desempleo del respectivo sistema de seguridad social no se logre alcanzar el período de cinco años. Esto no lo soluciona el caso *Alimanovic*; tampoco la Directiva 2004/38 establece el plazo de duración y, en consecuencia, podría entenderse que, mientras el desempleado permanezca como demandante de empleo, se mantendrá su estatuto asimilado al del trabajo. No obstante, habría que interrogarse si pudiera establecerse por los Estados de acogida un límite temporal para la residencia en esta situación (en la de desempleado-demandante de empleo) más allá del mínimo de 6 meses y, por supuesto, no menos que el que derive de la prestación por desempleo que pudiera otorgarle el Estado de acogida en su sistema de seguridad social⁴⁸.

5.2.4. *Demandantes de empleo y ciudadanos comunitarios económicamente inactivos*

Fuera de estos casos asimilados quedan aquellos a los que cabe definir como «demandantes de empleo» desde la perspectiva comunitaria a estos efectos. Entre ellos, quienes son demandantes de primer empleo en el Estado de acogida y, por tanto, no pueden demostrar que han tenido un vínculo previo económico con ese Estado. ¿Cabría aquí entender que tienen un derecho de residencia a los efectos de libre circulación y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia con fundamento en un vínculo indirecto con el mercado de trabajo porque consta que buscan efectivamente em-

pleo o, por el contrario, sólo ostentan el título como ciudadano económicamente inactivo?

Su derecho a la libre circulación ¿habría que entenderlo asimilado al que deriva de la condición de potencial trabajador?, ¿sería ese un vínculo suficiente con el mercado de trabajo del Estado de acogida?, o, por el contrario ¿habría que entender que su derecho a la libre circulación quedaría condicionado o limitado porque el motivo, la búsqueda de empleo, no puede entenderse equiparable a quien es o ha sido trabajador a estos efectos?

Este supuesto es uno de los que en la actualidad presenta mayores imprecisiones en el contexto normativo comunitario y respecto del mismo se aprecia un giro radical en la Jurisprudencia del TJUE. Si nos atenemos a la configuración del derecho de residencia comunitario, no hay en las normas comunitarias un concepto autónomo de demandante de empleo a estos efectos y, en consecuencia, se deja en manos de los Derechos nacionales determinar las condiciones que han de cumplir los ciudadanos comunitarios conforme a sus reglas para que puedan ser considerados demandantes activos de empleo. Tampoco disponen de un estatuto jurídico autónomo en el ámbito comunitario que establezca o fije las condiciones de residencia y sus derechos si hacen uso de su libertad de circulación intracomunitaria. Y, en consecuencia, es complejo y ambiguo su potencial derecho a acceder a las prestaciones sociales del Estado de acogida (en concreto, a aquellas que siendo de subsistencia tienen también como finalidad facilitar su acceso al mercado de trabajo del Estado de acogida) porque el único título de residencia que podrían invocar es el del art. 14.4.b) de la Directiva 2004/30, que dispone que no podrán ser expulsados mientras puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen *posibilidades reales* de ser contratados.

Equiparadas las prestaciones de naturaleza mixta, como dijimos, a las de asistencia social en los términos de la Directiva 2004/38, e interpretada restrictivamente la asimilación

⁴⁸ Véase, al respecto, en la doctrina española, JIMÉNEZ BLANCO, P.: «Los demandantes de empleo...», *cit.*, pág-150 y 58, que resuelve afirmando que el Estado de acogida puede, en este caso, limitar la condición de trabajador para los desempleados que hayan tenido una vinculación laboral previa de más de un 1 en el Estado de acogida; límite que no obstante, y puesto que la Directiva no establece un mínimo, generará soluciones conflictivas en las respectivas legislaciones nacionales.

a trabajador en el Asunto *Alimanovic*, el resultado o conclusión es que los demandantes de empleo (sean demandantes de primer empleo o sean desempleados-demandantes activos de empleo cuando transcurre el plazo de asimilación) quedarían absolutamente absorbidos en la categoría de ciudadanos de la UE económicamente inactivos, que, como analizamos a continuación, sólo ostentan un derecho muy limitado a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad a efectos del acceso a las prestaciones sociales del Estado de acogida sin que al respecto se aprecie cambio alguno de orientación por las instituciones comunitarias.

Parece, en definitiva, que la jurisprudencia anterior del TJUE, basada en el derecho de residencia para los demandantes de empleo derivado del art. 45 TFUE⁴⁹, ha quedado superada tras *Alimanovic*. En efecto, si ahora de forma precisa se apunta que las prestaciones sociales de naturaleza mixta deben valorarse sólo como de asistencia social (eliminando así cualquier resquicio como de inserción profesional); si se abandona también cualquier valoración individual basada en el test de proporcionalidad derivado del vínculo real entre el solicitante y el mercado geográfico local; si ninguna apreciación sobre el vínculo cabe

(por ejemplo, la derivada de que la persona ha buscado empleo durante un período de tiempo razonable de forma efectiva y real); resulta que, no sólo cabría aplicar por los Estados miembros un límite temporal (razonable) a la residencia de los comunitarios en búsqueda de empleo (puesto que la norma comunitaria no lo establece ni lo prohíbe), sino que pueden denegarles cualquier medida de asistencia social desde el momento que, a efectos de libre circulación, pueden ser considerados como demandantes de empleo.

Ésta es, precisamente, la cuestión que quedaba abierta y ha resuelto el TJUE en el Asunto *García Nieto*, que confirma la línea jurisprudencial de *Alimanovic* y, en consecuencia, al margen de cualquier apreciación relacionada con el art. 45 TFUE, expresa que «es legítimo no obligar a dichos Estados miembros a hacerse cargo de esos ciudadanos durante tal período». En el caso de *García Nieto*, el período de tres meses iniciales desde su llegada al país de acogida, de conformidad con lo previsto en el art. 24.2 de la Directiva 2004/38. No está de más indicar que, tras la denegación, está la advertencia para evitar el desplazamiento masivo de personas a ese Estado (y así lo indicó el Abogado General en sus conclusiones) y llama la atención que en este caso no se tuviera en cuenta las circunstancias familiares (su esposa era ya trabajadora en Alemania cuando el esposo llegó) y la vinculación posterior laboral del solicitante en ese Estado.

Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta la posición de algunos de los Estados Miembros, en particular, de Gran Bretaña, el Consejo Europeo de febrero de 2016 (lo que es lo mismo que afirmar que el conjunto de Estados Miembros de la UE) aceptó entonces la jurisprudencia actual del TJUE, limitativa o restrictiva del acceso de las prestaciones de asistencia social para estos ciudadanos comunitarios y, en consecuencia, las demandas del por entonces Estado Miembro. En efecto, se expresaba que: i) los Estados Miembros podrían denegar las prestaciones sociales a per-

⁴⁹ Confróntese, sobre esta cuestión, las SSTJUE de 11 de julio de 2002, Caso C-224/98, Asunto *D'Hoop*; de 23 de marzo de 2004, C-138/02 Asunto *Collins*; de 15 de septiembre de 2005, Caso C-258/04, Asunto *Ioannidis*; de 25 de octubre de 2012, C-367/11, Asunto *Prete* ... ; en las que el TJUE había considerado que existía un vínculo indirecto con el mercado de trabajo y, por consiguiente, los demandantes de primer empleo podían reclamar igualdad de trato por razón de nacionalidad en el Estado de acogida con los demandantes de empleo nacionales en relación con los apoyos económicos que éste les concediera, incluidas las ayudas orientadas a facilitar el acceso al empleo (tales como el subsidio para demandantes de empleo británico, Asunto *Collins*, y el subsidio de espera belga configurado como ayuda a los jóvenes para facilitarles el paso de la enseñanza al mercado laboral, en *D'Hoop*, *Ioannidis* y *Prete*). Estimaba entonces el TJUE que su derecho provenía de los arts. 20 y 45 TFUE y consideraba legítimo que el Estado de acogida exigiera un vínculo real entre el demandante de empleo y el mercado de trabajo del Estado como pudiera ser un período de tiempo razonable para encontrar empleo. Doctrina confirmada también en el Asunto *Vatsouras*, apdos. 36 a 39.

sonas que ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de poder disfrutar de la ayuda social de otro Estado Miembro cuando no dispongan de recursos suficientes para optar al derecho de residencia (recuérdese Asunto Dano); ii) que los Estados Miembros podían rechazar peticiones de asistencia social formuladas por los ciudadanos comunitarios que no disfruten de un derecho de residencia; iii) que los Estados Miembros podían rechazar peticiones de asistencia social formuladas por los ciudadanos que tengan autorización para residir en su territorio únicamente para buscar empleo. En este caso, se incluían expresamente las prestaciones «cuya función predominante sea cubrir los costes mínimos de subsistencia, incluso si dichas prestaciones están previstas también para facilitar el acceso al mercado de trabajo en los Estados Miembros de acogida» (recuérdese Asunto *Ali-manovic*).

Admitiendo estas restricciones, se confirmaría por las instituciones comunitarias la ampliación del estatuto limitado de Ciudadanía de la Unión en el que quedarían integrados los ciudadanos comunitarios económicamente inactivos, incluidos a estos efectos los demandantes de empleo. Es cierto que las propuestas del Consejo Europeo se condicionaban a la permanencia de Gran Bretaña en la UE y que, en consecuencia, se plantea si en un futuro próximo se retomarán por las instituciones comunitarias aun cuando ese Estado haya decidido abandonar la UE. Todo hace pensar que, pese a que la decisión de las Instituciones Comunitarias estaba motivada por la reivindicación de Reino Unido, otros países, como Alemania, avalaban la propuesta, que, no olvidemos, cuentan con el apoyo de las decisiones del TJUE.

6. CONCLUSIONES

En definitiva, habrá que concluir que no hay un derecho «comunitario» prestacional, como derecho universal de ciudadanía, igual para todos porque tampoco hay un derecho

pleno o universal, como derecho inherente a la condición humana, a la ciudadanía europea, a sus derechos derivados, entre ellos el de residencia. No hay una equiparación jurídica plena de esos derechos con los derechos y libertades fundamentales proclamados en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que no define su significado y alcance. En efecto, la Carta reitera en su art. 21 el mismo principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y, sin perjuicio de sus disposiciones particulares, admite, como manifestación de la «Solidaridad», que «Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales». Pero, no establece o fija el contenido de estos Derechos Sociales, que la Carta califica en su Exposición de Motivos como «derechos fundamentales», quedando condicionados a las reglas previstas en las normas, comunitarias y nacionales. En este sentido, se ha afirmado, que el problema planteado por la vinculación de los derechos del estatuto de ciudadanía de la unión con los derechos de la Carta de Derechos Fundamentales tiene relación con dos elementos centrales, el primero tiene que ver con la propia naturaleza de estos derechos respecto de los derechos y libertades fundamentales y el segundo con las características propias del sistema jurídico europeo y su funcionamiento sobre el principio de atribución de competencias⁵⁰.

⁵⁰ LIÑÁN NOGUERAS, D.: «La ciudadanía europea: una cuestión abierta», UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, Expresa al respecto (pág. 363): «lo cierto es que los derechos de ciudadanía, aunque conecten con contenidos esenciales de derechos fundamentales, por su naturaleza y su origen se acercan más a «privilegios» derivados de un vínculo especial con el poder (normalmente el de nacionalidad) que a derechos inherentes a la condición humana cuya universalidad es hoy incuestionable...» Guste o no, los derechos de ciudadanía mantienen una «singularidad» frente a los derechos y libertades fundamentales muy acusada y su tratamiento unitario es un esquema conceptual puramente político con nocivos y perturbadores efectos en lo jurídico»(pág. 365).

Abandonada cualquier conexión entre la Ciudadanía de la Unión y la Carta de los Derechos Fundamentales, aún quedan planteadas varias cuestiones que deberán solucionar las normas comunitarias. Una interpretación amplia de las posibilidades de los Estados Miembros para denegar prestaciones sociales (y, por tanto, limitar o derogar el principio de igualdad de trato) podría contradecir el espíritu y la letra del Reglamento. 883/2004. Baste, a estos efectos, pensar en algunos de los casos que la doctrina ha planteado⁵¹; por ejemplo, nacional de un Estado A que se traslada a un Estado B y comienza a trabajar allí; después de tres meses pierde su empleo porque no cumple las expectativas de su empresario. Sobre la base del art. 61 del Reglamento. 883/2004 tiene derecho a los beneficios de desempleo del Estado de acogida (B) computando los períodos de empleo completados en otro Estado, incluido su Estado A. De conformidad con el art. 7º.3 de la Directiva 2004/38 podrá retener su estatus de trabajador por al menos 6 meses (lo que quiere decir que el Estado B no está obligado a considerarle trabajador en el sentido de la Directiva 2004/38 después de ese período de seis meses). Sin embargo, pasado ese período podría tener todavía derecho a los beneficios de desempleo en el Estado de acogida de acuerdo con la legislación nacional en relación con la regulación del Reglamento. 883/2004. La interpretación amplia tras *Alimanovic* y *García Nieto* permitiría que el Estado de acogida considerara a esa persona como económicamente inactiva sujeta, por tanto, a la demostración de suficientes recursos y, por tanto, que retirara la prestación de desempleo y otros beneficios sociales, incluidos los beneficios familiares.

Por eso, queda por definir si, definitivamente, el «derecho de residencia» en los términos concebidos por la Directiva 2004/38 puede utilizarse también para determinar el acceso

Sobre la vinculación de la ciudadanía de la Unión a los derechos fundamentales de la Carta, JUÁREZ PÉREZ, P.: «La inevitable extensión de la ciudadanía...», *cit.*, 2011. También VERSCHUEREN H.: «Preventing benefit tourism...», *cit.*, pág. 386-387.

⁵¹ VERSCHUEREN, H.: «Preventing benefits ...», *cit.* 379-380.

y extensión de prestaciones que, a efectos del Reglamento 883/2004, no son prestaciones económicas especiales no contributivas (no están incluidas en su Anexo X) y, por tanto, entran en la definición de prestaciones de Seguridad Social para las que están previstas reglas de coordinación amplia.

En la actualidad, unos días antes del Referéndum Británico, el TJUE ha resuelto el recurso por incumplimiento (Asunto C-308/2014, sentencia de 14 de junio de 2016) planteado por la Comisión Europea contra Reino Unido por exigir este Estado un «derecho de residencia» (right to residence test) para reconocer a los ciudadanos comunitarios que se encuentran en su territorio prestaciones de seguridad social; en el supuesto prestaciones familiares (ayuda por menor a cargo y crédito fiscal por menor a cargo⁵²). Se trataba de determinar si en este caso (y por extensión, habría que pensar, respecto de otras prestaciones de Seguridad Social en los términos del Reglamento 883/2004) había que aplicar el concepto de residencia (residencia legal) de la Directiva 2004/38.

Sobre este caso ya hacía tiempo que se habían formulado Conclusiones del AG (6 de octubre de 2015), en las que se expresaba: i) que esas prestaciones deben entenderse como de «seguridad social», a los efectos del Reglamento 883/2004 (son prestaciones familiares); ii) los derechos que reconoce esa norma comunitaria son derechos dirigidos a garantizar la libertad de circulación y de residencia de los ciudadanos comunitarios en las «condiciones legales en las que se dicha libertad se reconoce», es decir, en las que define la Directiva

⁵² La ayuda por menor a cargo («child benefit») y el crédito fiscal por menor a cargo («child tax credit») son prestaciones en metálico financiadas con cargo a impuestos, y no a cotizaciones de los beneficiarios, y su finalidad común es contribuir a cubrir los gastos familiares. (43) Para la concesión de ambas prestaciones, la legislación británica exige que el solicitante se encuentre en el Reino Unido. Este requisito sólo se cumple si el solicitante: (a) se halla físicamente en el Reino Unido; (b) tiene su residencia ordinaria en el Reino Unido, y (c) tiene un derecho de residencia en el Reino Unido.

2004/38; iii) un Estado Miembro sólo está obligado por el Reglamento 883/2004 a otorgar prestaciones sociales como las prestaciones familiares a un ciudadano de la Unión que está ejerciendo su libertad de circulación y de residencia regularmente en su territorio, es decir, en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Directiva.

El TJUE asume en su sentencia esas Conclusiones y dispone, con reiteradas remisiones a los Asuntos *Brey y Dano*, que las prestaciones controvertidas, que se conceden automáticamente a las familias que responden a ciertos criterios objetivos, relativos, en particular, al número de miembros, sus ingresos y sus recursos patrimoniales, al margen de cualquier apreciación individual o discrecional de las necesidades personales, y que están destinadas a compensar las cargas familiares, deben tener la consideración de prestaciones de seguridad social a efectos del Reglamento 883/2004 (cdo. 60 y 61). Reitera que la citada norma reglamentaria «no instituye un régimen común de seguridad social» y «su único objetivo es articular la coordinación entre los regímenes nacionales distintos a fin de garantizar el ejercicio efectivo de la libre circulación de personas» (cdo. 67). Recuerda que, según dispuso en *Brey y Dano*, la concesión de prestaciones sociales a ciudadanos de la UE que no ejercen actividades económicas «está supeditada a la exigencia de que éstos cumplan los requisitos para gozar del derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida». Y concluye que el criterio de «residencia legal» no es otro que el previsto en la Directiva 2004/38, que, a su juicio, no puede entenderse contraria al Derecho Comunitario originario (de modo que, indirectamente, está resolviendo la crítica que al respecto formulá-bamos sobre la divergencia entre las normas de Derecho Comunitario).

Dicho de otra forma, salva la adecuación de la norma comunitaria de Derecho Derivado al principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad porque, aun cuando es evidente que la normativa nacional (la

de Gran Bretaña) generaba una desigualdad de trato entre los nacionales de ese país y los nacionales de los restantes Estados Miembros (puesto que el requisito de residencia legal es más fácil de cumplir por los propios nacionales que por los nacionales de otros Estados miembros), la comprobación de la regularidad de la residencia se justifica, dice el TJUE, en «la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida», especialmente, «en el caso de las personas procedentes de otros Estados miembros y que no ejercen actividades económicas, ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado» (cdo. 80). Lo que es lo mismo que afirmar que la verificación por las autoridades nacionales de que el solicitante no se encuentra irregularmente en su territorio «debe ser considerada como un supuesto de comprobación de la regularidad de la residencia de los ciudadanos de la UE con arreglo a la Directiva 2004/38...» (cdo. 81).

No puede olvidarse que ésta era una de las reivindicaciones de Gran Bretaña en sus negociaciones con la UE de hace unos meses. Conforme a las Conclusiones del Consejo Europeo de febrero de 2016, la Comisión aceptó proponer una modificación del Reglto. 883/2004, a fin de dar a los Estados miembros, en lo que respecta a la exportación de prestaciones por hijos a un Estado miembro distinto de aquel en el que reside el trabajador, la posibilidad de indexar dichas prestaciones a las condiciones del Estado miembro en el que reside el niño⁵³. No había, por tanto, en las Conclusiones del Consejo Europeo la propuesta extrema de modificar las normas comunitarias para aceptar que los Estados Miembros pudieran imponer

⁵³ Lo anterior, se dice «solo debe ser de aplicación a nuevas peticiones formuladas por trabajadores de la UE en el Estado miembro de acogida. Sin embargo, a partir del 1 de enero de 2020, todos los Estados miembros podrán hacer extensiva la indexación a peticiones existentes de prestaciones por hijos ya exportadas por trabajadores de la UE. No es intención de la Comisión proponer que el futuro sistema de indexación facultativa de las prestaciones por hijo se haga extensivo a otras prestaciones exportables, como las pensiones de jubilación.

una condición de residencia regular en los términos previstos en la Directiva 2004/38 para también acceder a determinadas prestaciones «no contributivas» de Seguridad Social, entre ellas, las que conforme al Reglamento 883/2004 pueden ser definidas como prestaciones familiares.

Pero, sin duda, el TJUE adoptó una decisión que, pocos días antes del Referéndum británico, pretendía tal vez convencer a los euroescépticos ante el más que probable resultado adverso a la permanencia de Reino Unido en la UE. Constatada hoy la opción británica por salir de la UE, resulta que en la actualidad y en un futuro próximo, como consecuencia de las sentencias del TJUE (en particular del Asunto C-308/14) y con fundamento en el criterio amplio sobre las posibilidades de los Estados Miembros en la denegación de las prestaciones de subsistencia, queda abierta la vía para que éstos (en particular, los que a lo largo de estos años son países comunitarios de acogida) puedan avanzar en el que ya hace tiempo se configuraba como un modelo condicional o limitado de los derechos de residencia. Ya ocurrió así en España, que, tras adoptar un criterio amplísimo en la libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios en

el RD 240/2007, en 2012 modificó esa norma, incluyendo expresamente el sistema gradual de ampliación del concepto de trabajador previsto en el art. 7º de la Directiva 2004/38.

El cambio de rumbo en la doctrina del TJUE permitirá que los Estados Miembros, en particular España, puedan introducir reglas legales orientadas a: 1) fijar el período de prolongación de la condición asimilada de trabajador (cumpliendo el mínimo de 6 meses); 2) denegar las prestaciones sociales de subsistencia, incluidas las que pudieran tener una finalidad de inserción laboral, a los demandantes de primer empleo comunitario en su territorio; 3) incluir en su legislación un período de espera para poder percibir las prestaciones de ese tipo a quienes no son trabajadores o no dispongan de la condición asimilada. 4) extender el requisito de residencia regular en los términos previstos en la Directiva 2004/38 y su verificación con criterios de proporcionalidad a quienes son ciudadanos comunitarios y solicitan prestaciones de Seguridad Social, en particular, las prestaciones no contributivas propias de nuestro Sistema nacional de Seguridad Social. Todo ello en espera de las reglas comunitarias que, al efecto, se dicten en un futuro.

RESUMEN

Las sentencias del TJUE de 2015 y 2016 (Casos C-67/14, Asunto *Alimanovic* y C-299/14, Asunto *García Nieto*; y C-308/14) plantean, de nuevo, el alcance del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso a las prestaciones sociales de subsistencia de los ciudadanos comunitarios que, sólo de forma indirecta y mediata, pueden ser considerados económicamente activos en el Estado de acogida. La interpretación restrictiva del TJUE deriva de la concepción ambigua en el Derecho de la Unión Europea sobre el estatuto de los ciudadanos de la Unión y podrá ser utilizada por los Estados Miembros para denegar solicitudes de prestaciones de esa naturaleza a los ciudadanos comunitarios desempleados de larga duración y demandantes de nuevo empleo en el Estado de acogida.

Palabras claves: Ciudadanía Europea, ciudadanos económicamente inactivos, desempleados, demandantes de empleo, libertad de circulación, prestaciones sociales de subsistencia, derecho comunitario de residencia, Asunto *Alimanovic*; Asunto *García Nieto*; recurso por incumplimiento.

ABSTRACT

The judgments of the ECJ of 2015 and of 2016 (Cases C-67/14, *Alimanovic and C-*), state the scope of Citizenship EU's rights; in particular, the claim to social benefits of the host State by the Economically Inactive EU Citizens. The narrow interpretation of ECJ is based in the ambiguity and unclear scope of EU Citizenship in the EU Legal Framework about Free Movement Right. The UE States will be able to refusal social benefits to long-term unemployed citizens of EU and second-time jobseekers in the host EU State.

Keywords: EU Citizenship, economically inactive citizens, unemployed persons, jobseekers, freedom movement, social Benefits, EU right of residence; *Alimanovic Case*; *García Nieto Case*, infringement proceedings.

La calificación de accidente de trabajo por el Tribunal Supremo

Classification of Work Accidents by The High Court

DIEGO ZAFRA MATA*

1. INTRODUCCIÓN

El título que da nombre al presente trabajo monográfico no tiene otro fin que la de hacer un breve análisis de la Jurisprudencia acerca de la contingencia profesional por accidente de trabajo, haciendo un alto en el camino en lo referente a cada uno de los supuestos de hecho que el Legislador Laboral ha pretendido calificar por sí solo de accidente de trabajo, sin olvidar el análisis de cada uno de los elementos que integran el concepto legal de accidente de trabajo, así como la presunción legal «iuris tantum» que se contiene en el *ex-art.* 115.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS en adelante), que en la actualidad, tras la nueva reforma legal, se contiene en el art. 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, publicado en el BOE el 31 de octubre de 2015, que entró en vigor el día 2 de enero de 2016 (Disposición final única).

Asimismo, me detendré en dar algunas pinceladas en lo que se refiere a la contingencia profesional por accidente de trabajo en la acción protectora del campo de la Seguridad

Social en el Derecho Comunitario, así como en la normativa internacional que resulta de aplicación en nuestro Estado tras su transposición al Ordenamiento Jurídico Español.

Finalmente también quiero tratar, y así resulta del índice que precede a este punto introductorio, una visión genérica, que no demasiado concisa, del accidente de trabajo en la normativa anterior al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994.

Entrando ya en el desarrollo del tema valga un comienzo de este trabajo trayendo a colación las palabras del Magistrado B. Rodríguez Santos, que en su obra titulada «*Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social de 1974*» Editorial Lex Nova, recoge expresamente: «*se dijo que con la entrada en vigor de la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de 1972 carecía de eficacia e interés la distinción entre accidente de trabajo y común. Sin embargo, sigue teniendo y tendrá actualidad e importancia la distinción de conceptos, siendo dicha distinción no sólo jurídica (que siempre existirá), sino también práctica*».

No puedo sino estar de acuerdo con el autor, y es que, de acuerdo con el *ex-art.* 38 de la Ley General de la Seguridad Social, la acción protectora de la Seguridad Social contempla, entre otros, las contingencias, tanto comunes, como las profesionales, abarcando la última el

* Magistrado-Juez de lo Social núm. 1 de Algeciras.

accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

De hecho, la distinción entre contingencias comunes y contingencias profesionales tiene gran trascendencia en la práctica forense, y es que no solo nos encontramos ante conceptos jurídicos con significado legal distinto, sino también ante situaciones protegidas de Seguridad Social cuyos efectos jurídicos-prácticos siguen caminos distintos.

Son importantes las ventajas que trae para el beneficiario de una prestación de seguridad social el hecho de que, bien en vía administrativa, bien en vía judicial, se declare la contingencia de la prestación de origen profesional.

De forma resumida voy a tratar estas diferencias prácticas, lo cual nos permite adentrarnos en el estudio del accidente de trabajo, calificación jurídica y su relevancia, la cual se traduce en no pocos artículos doctrinales habidos sobre la materia, y también en un amplio elenco de sentencias de casación y suplicación.

a) En cuanto al periodo de carencia, el art. 124.4 LGSS prevé que no es exigible periodo de cotización para acceder a una prestación de seguridad social derivada de accidente de trabajo o de seguridad social.

b) La base reguladora para el cálculo de la prestación de seguridad social es distinta según la contingencia sea profesional o común.

Tal es así que, en el cálculo de la base reguladora de la prestación de seguridad social por contingencias profesionales se ha de tener en cuenta las horas extraordinarias, pagas extraordinarias, beneficios, pluses y retribuciones complementarias.

Es cierto que se fija un límite de 80 horas extraordinarias al año, si bien, la STSJ de Cataluña de 27 de mayo de 2003, especifica que debe computar todas las horas extraordinarias efectivamente realizadas, aún cuando exceda del límite reglamentario de las 80 horas.

En cuanto a las pagas extraordinarias a tener en cuenta para efectuar el cálculo, afirma la STS de 5 de mayo de 2009 que se ha de tener en cuenta el importe anual de las pagas extraordinarias y no la cuantía proporcional de los días trabajados con anterioridad a la situación de incapacidad temporal.

c) El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS en adelante), como sucesor del extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, deberá responder de forma subsidiaria del abono de las prestaciones de seguridad social, a diferencia de las contingencias comunes, y es que la responsabilidad subsidiaria comprende únicamente la situación de incapacidad permanente.

Responsabilidad subsidiaria del INSS que encuentra su fundamento en el tenor literal del *ex-art.* 126.3 LGSS, debiendo responder como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo la entidad gestora frente a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que haya asumido el abono de la prestación de la seguridad social en favor del beneficiario (en base al principio de automaticidad de las prestaciones) frente al incumplimiento de afiliación, alta o cotización de la empresa declarada responsable directa, quedando condicionada la responsabilidad subsidiaria para el caso de que el empleador responsable haya sido declarado en situación de insolvencia. Este es el criterio seguido por distintas sentencias del Alto Tribunal, a modo de ejemplo las SSTS de 12 de julio y 27 de diciembre de 1994, 18 de mayo y 11 de diciembre de 1995, 24 de mayo y 26 de septiembre de 1996, 3 de abril y 15 de diciembre de 1997, 29 de diciembre de 1998, 21 de febrero de 2000, 28 de abril de 2006 y 18 de enero de 2007, entre otras.

d) Se contempla un recargo de prestaciones, el cual comprende entre un 30%, 40% o 50%, únicamente cuando la prestación en cuestión derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional, lo cual no se prevé para

los supuestos de accidente no laboral o enfermedad común.

e) Solo cuando la contingencia es profesional se prevé la prestación consistente en indemnización de lesiones permanentes no invalidantes, así como las indemnizaciones a tanto alzado por fallecimiento a favor de cónyuge o pareja de hecho, los huérfanos o ascendientes.

f) El accidente de trabajo o la enfermedad profesional faculta al trabajador afectado para accionar por responsabilidad civil por daños y perjuicios derivados de la contingencia profesional, y ello en base a la existencia de incumplimiento de normas de seguridad o de prevención imputado al empleador.

g) Es la fecha de accidente de trabajo la que determina la profesión habitual del trabajador a tener en cuenta (aunque también para cuando se trate de accidente no laboral) y también la entidad colaboradora o gestora que debe asumir la responsabilidad en el abono de las prestaciones de seguridad social por tener en ese momento cubiertas las contingencias profesionales, aún cuando la situación de incapacidad o, incluso, la muerte aparecieran con posterioridad.

A la vista de lo ya referido, y sin más preámbulos, surge la siguiente cuestión:

¿Qué se entiende por accidente de trabajo?

Esta pregunta tiene dos respuestas, una académica y otra estrictamente legal.

La académica viene dada por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua cuando conceptúa el accidente de trabajo como toda *«Lesión corporal o enfermedad que sufre el trabajador con ocasión o a consecuencia del trabajo que ejecuta»*

En este sentido, el Diccionario de Términos de las Mutuas lo concibe, desde un punto de vista técnico, como *«un suceso anormal, no querido ni deseado que se presenta de forma brusca e inesperada, aunque normalmente evi-*

table, que interrumpe la normal continuidad del trabajo y puede causar lesión a las personas o daños a la propiedad».

La definición legal viene dada por el ex-art. 115.1 LGSS, cuya redacción es idéntica a la contenida en el actual art. 156, al disponer que *«Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena».*

En interpretación de este precepto legal, la Sala Cuarta, y en aras de dar una definición jurisprudencial al concepto objeto de estudio, aunque solo sea a los meros efectos introductorios, afirma en las sentencias de 22 de noviembre de 1988, 15 de febrero de 1996, 14 de julio de 1997, 23 de enero de 1998, 18 de marzo, 23 de julio y 23 de noviembre de 1999, que existe accidente de trabajo, incluso, aunque hubiera dolencias previas o se presentaran ciertos factores de riesgo en el propio sujeto, pues no se puede descartar la influencia de factores laborales.

La STS de 18 de junio de 1997 define el accidente de trabajo no solo como la acción súbita y violenta de un agente exterior sobre el cuerpo humano, sino también las enfermedades en ciertas circunstancias.

Y la STS de 22 de julio de 1998 hace un estudio del accidente sufrido por un trabajador pluriempleado, entendiéndolo la Sala Cuarta que, el accidente sufrido con ocasión de la realización de un empleo, se ha de entender que el accidente se produjo en ambos empleos o trabajos, y ello al entender que la contingencia y la situación de necesidad no se puede fragmentar.

Se puede afirmar que, el Tribunal Supremo, ya en sentencia muy antigua, en concreto la de 17 de junio de 1903, viene a definir el accidente de trabajo, con ocasión de la interpretación de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 30 de enero de 1900, de Accidentes de Trabajo, de una manera muy amplia. Así se viene a referir que:

«Considerando que si bien no es dable confundir en modo alguno lo que es un accidente del trabajo con lo que constituye una enfermedad contraída en el ejercicio de una profesión determinada, cuando esta enfermedad no tiene una relación absoluta e inmediata con aquella profesión, sino que depende del agotamiento o desgaste natural de fuerzas empleadas en los trabajos a que el individuo se dedique, es, por el contrario, evidente que, siempre que la lesión a que se refiere el art. 1.º de la ley de 30 de enero de 1900 sobrevenga de una manera directa e inmediata por consecuencia indudable del manejo de sustancias tóxicas, se encuentra de lleno comprendida en dicha ley, ya porque ésta no define el accidente con referencia a un suceso repentino más o menos imprevisto, sino al hecho mismo constitutivo en sí de la lesión, ya porque, dada la naturaleza de esta clase de accidentes en los establecimientos en que se emplean materias tóxicas o insalubres, sería por demás insólito que acaecieran repentinamente, como acontece en otras fábricas o talleres, o en los demás lugares donde los obreros ejecutan un trabajo manual por cuenta del patrono».

Ya desde antiguo, y a la vista de lo expuesto, el Tribunal Supremo venía a conceptuar el término «lesión» en un sentido muy amplio, el cual no solo engloba un suceso repentino, sino también las enfermedades que se contraigan durante el ejercicio de una actividad profesional, siempre que la enfermedad sea consecuencia de la ejecución del trabajo.

Resulta lógico, por lo ya expuesto, hacer una breve distinción entre accidente y enfermedad, para evitar llevarnos a equívocos.

Para ello es necesario recurrir a la doctrina casacional.

Se ha calificado de accidente de trabajo las enfermedades comunes aparecidas de forma súbita o manifestadas en tiempo y lugar de trabajo. Por ejemplo el infarto de miocardio, hemorragia cerebral, ictus, etc., debiendo excluirse aquellas enfermedades que no puedan

tener origen laboral debido a la naturaleza de las mismas. A modo de ejemplo la STS de 10 de diciembre de 2014, Rec. n.º 3138/2013, contempla que «ha de tratarse de enfermedades que por su propia naturaleza puedan ser causadas o desencadenadas por el trabajo, sin que pueda aplicarse la presunción a enfermedades que «por su propia naturaleza excluyan una etiología laboral» (sentencia de 16 de diciembre de 2005, respecto a un episodio vertiginoso por cavernoma)».

Si se examina el amplio repertorio jurisprudencial se puede llegar a la siguiente conclusión, y es que, mientras que el accidente es consecuencia de un acontecimiento súbito y repentino, la enfermedad es fruto de un acontecimiento progresivo y diferido, en mayor o menor grado, en el tiempo.

Por el contrario, se ha considerado enfermedad profesional el cáncer de laringe producido por inhalación prolongada en el puesto de trabajo de polvo de amianto aunque no se contemple específicamente en la lista de enfermedades profesionales (STS de 13 de noviembre de 2006).

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 26 de junio de 2008 que califica como enfermedad profesional el cáncer de laringe producido por una continuada inhalación de asbesto.

Hasta aquí una introducción al tema objeto de estudio, debiendo a continuación hacer un breve, brevísimo análisis acerca de la primera jurisprudencia en torno a la calificación de accidente de trabajo.

2. BREVES REFERENCIAS HISTÓRICAS CON ASPECTOS RELEVANTES

En este apartado lo que se trata es de recopilar alguna doctrina casacional en los primeros comienzos de la acción protectora de la seguridad social, en lo referente a la contingencia profesional por accidente de trabajo.

El Derecho a la Seguridad Social es una rama del derecho constantemente en evolu-

ción, y así resulta del amplísimo repertorio legislativo y reglamentario, sin olvidar las numerosas órdenes ministeriales que se han dictado a tal efecto, lo cual tiene fiel reflejo en la calificación del accidente de trabajo.

Esa evolución es fruto de la necesidad de adaptar el Derecho de la Seguridad Social a los nuevos cambios económicos, sociales, demográficos, políticos, etc.

En este sentido afirma el profesor Antonio Vicente Sempere Navarro que *«Cualquier conocedor de Derecho de la Seguridad Social sabe que una de sus características básicas viene dada por su dinamismo, esto es, por la capacidad de adaptación a las cambiantes circunstancias económicas, demográficas, sociales, laborales, políticas y de cualquier otro tipo que lo rodean. Si las reglas que regulan el sistema (desde la cotización a la acción protectora, pasando por la gestión y cualquiera otros aspectos) permanecieran estáticas, para siempre, mientras que el resto de magnitudes (número de afiliados y de pensionistas, expectativa de vida, importes mínimos y máximos de las prestaciones, nivel de defraudación, régimen de incompatibilidades, financiación de la asistencia sanitaria, extensión de las diversas situaciones protegidas, etc.) evoluciona, surgiría una clara disfunción, de ahí que en cierta manera, el primer deber de los administradores de la Seguridad Social sea el de llevar a cabo su reforma».*

No cabe duda del interés que para el estudio de este punto del presente trabajo tiene la **Ley de Accidentes de Trabajo en la industria de 30 de enero de 1900** (LAT en adelante).

Se puede afirmar que con esta Ley nace la protección social en España. Nos encontramos ante un texto normativo de capital importancia, y así lo recordaba el profesor Alonso Olea al afirmar que la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 *«es no ya la primera de Seguridad Social, sino una de las primeras modernas importantes del Derecho del Trabajo en nuestro país».*

No se puede pasar por alto la Exposición de Motivos, la cual tiene fiel reflejo la evolución que se venía experimentando en el ámbito laboral:

«A las Cortes: Inútil será encarecer la importancia del proyecto de ley que el Gobierno somete al estudio y resolución de los Cuerpos Colegiadores.

(...)

*No era posible cerrar los ojos al espectáculo frecuente de seres humanos heridos, mutilados o desechos por la fuerza incontrastable de las máquinas o al poder expansivo y deletéreo de sustancias aún más potentes y peligrosas, sin la esperanza siquiera de que serían curadas sus lesiones, asegurada su incapacidad contra el hambre, y amparada, durante su triste y forzada ociosidad o después de extinguida su vida, contra la indigencia la existencia de sus familias. Así es que en la legislación de casi todos los países cultos se ha encontrado en lugar muy importante la destinada a garantizar al operario y a su familia de las consecuencias producidas por los inevitables accidentes industriales que todas las disposiciones sobre higiene y seguridad de los trabajadores no podrán impedir por completo. **España, que es en materia de legislación social una triste excepción, no ha llegado aún a conseguir lo que ya disfrutaban tantas naciones, y preciso será que atendamos cuanto antes a esta necesidad tan hondamente sentida en nuestras clases obreras».***

Vamos a entrarnos a continuación en el contenido de esta primera ley de accidentes de trabajo, así como en su interpretación jurisprudencial.

2.1. Concepto legal de accidente de trabajo

La citada ley, aprobada el 30 de enero de 1900, define, en su artículo 1, el accidente de

trabajo como *«toda lesión corporal que el operario sufre con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena»*.

Se declara, por primera vez, la responsabilidad directa y objetiva de las empresas en los accidentes sufridos por sus trabajadores. Se exceptúa el supuesto en que el siniestro laboral se deba a fuerza mayor extraña al trabajo. Así resulta del art. 2 LAT.

Asimismo, se fomenta la institución del seguro, pero su obligatoriedad por parte del empresario y con carácter general no aparece hasta 1932.

Recuerda la STS de 20 de diciembre de 1978, Ponente Excmo. Sr. Julián González Encabo, *«Que a partir de la Ley de 30 de enero de 1900, quedó precisada con la adecuada medida la responsabilidad en que puede incurrir el empresario o el eventual asegurador por la muerte o pérdida de capacidad laboral acaecida de manera súbita, por lesión corporal que sufre, un operario, con ocasión o por consecuencia del trabajo que realiza por cuenta ajena; ahora bien, como el trabajador puede ser víctima de las mismas consecuencias, y estas producidas de manera lenta e insidiosa por el contacto con instrumentos, materias primas, etc., que manipula en su que hacer, una vez descubierta clínicamente la relación de causalidad, la doctrina legal le dio el mismo trato, identificando así, a los, efectos satisfactorios, el denominado legalmente accidente de trabajo con la que se llamó enfermedad profesional»*.

Es decir, que dentro del concepto legal de accidente de trabajo que se contiene en el art. 1 LAT, no solo tenía cabida el accidente laboral en su sentido más estricto, sino también las enfermedades contraídas con ocasión del trabajo por la exposición del trabajador a sustancias tóxicas, inhalación o, incluso, la manipulación de instrumentos, herramientas, productos, materias primas.

Ello se debía al hecho de que no va a ser hasta que en el año 1936 se pase a regular por vez primera las enfermedades profesionales, y así lo viene a referir la Sala Cuarta en la sen-

tencia de 20 de diciembre de 1978, al recoger de forma explícita que el tratamiento igualitario ya mencionado, es decir, el de equiparar la enfermedad profesional al accidente de trabajo, en aras de poder nacer así la responsabilidad directa y objetiva del empresario, *«sirvió de estímulo al legislador, quien aunque fatigosa y tardíamente, formuló la normativa, que hoy regula la materia, según lo reconoce implícitamente la Base XII de la Ley de 13 de julio de 1936 y explícitamente en los preámbulos de los Decretos de 3 de septiembre de 1941 y 10 de enero de 1947; incluso más, pues en la aludida Base XII, no con formándose el legislador con la relación de enfermedades profesionales que formulaba, insta a los Tribunales de Justicia para que «... puedan, como hasta el presente, aplicar a manifestaciones de otras enfermedades derivadas directa, indubitada y principalmente del ejercicio de una profesión, la protección legal establecida para los accidentes de trabajo...», o lo que es lo mismo, para que prosigan ampliando la relación legal de enfermedades profesionales, y de esa manera, la labor de la asociación legislación-jurisprudencia, premonitoria de la misión que a la jurisprudencia la ha asignado el actual art. 1-6 del Código Civil, partiendo de la inaplicada Ley de Bases de 1936, tiene acogida minimizada en la Orden de 7 de marzo de 1941, reguladora solamente de la silicosis-neumoconiosis, como también lo hace el Decreto de 3 de septiembre del mismo año fijando las empresas en que aquellas pueden producirse, únicas obligadas a tomar medidas profilácticas, en especial, a practicar reconocimientos periódicos que detecten los posibles enfermos, corregibles con el apartamiento del foco de enfermedad, o para ser indemnizados los que resulten ya incapaces, aplicándoles las medidas del Reglamento de Accidentes de Trabajo a través del Seguro de silicosis que se crea, y al que deberán estar acogidas aquellas empresas»*.

2.2. Elementos configuradores del concepto legal de accidente de trabajo

Otra novedad que resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es en relación a

la concurrencia de elementos que deben concurrir para que el accidente sufrido por un operario pueda entenderse como de trabajo.

A tal efecto, el Alto Tribunal, con ocasión de la interpretación del art. 1 de la Ley de Accidentes de Trabajo en la Industria de 1900 venía exigiendo, para poder calificar como contingencia profesional, que en el accidente concurren los tres elementos siguientes:

- a) La realización de un trabajo por cuenta ajena.
- b) La lesión corporal.
- c) El nexo causal, es decir, que la lesión sufrida derive de la ejecución de un trabajo por cuenta propia.

Estos elementos coinciden con los exigidos por la actual doctrina científica y jurisprudencia en orden a la interpretación del concepto contemporáneo de accidente de trabajo que se contiene en el ex-artículo 115.1 de la Ley General de la Seguridad Social y art. 156 del Texto Refundido de 2015.

2.3. Imprudencia temeraria

Asimismo, también se evidencia como la primera jurisprudencia en materia de accidentes de trabajo venía entendiendo que el nexo causal se rompía cuando en la producción del siniestro laboral concurría la imprudencia del trabajador.

Supuesto de hecho este último que fue traspuesto en nuestro derecho positivo. Tal es así que el artículo 115.4 LGSS 1994 viene a excluir de la consideración de accidente de trabajo el que sea debido a la imprudencia temeraria del trabajador accidentado.

Entiéndase por imprudencia temeraria, tal y como afirma la STS de 10 de diciembre de 1968, la conducta que implica la inobservancia de las mas elementales medidas de precaución.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 23 de octubre de 1971 al equiparar la impruden-

cia temeraria a la conducta del trabajador que actúa con desprecio del riesgo cubierto que se deriva del trabajo o de una determinada tarea.

En aras de lo anterior, y para una mejor comprensión del tema, cabe traer a colación la STS de 25 de enero de 1956, Ponente Excmo. Sr. Manuel Soler Dueñas, según la cual, *«...no basta, como acertadamente informa el Ministerio Fiscal, para declarar la existencia de accidente de trabajo que ocurra el siniestro durante las horas de jornada laboral y en el local donde aquél se presta, pues hay que precisar si el accidente se produce por razón o como consecuencia del trabajo, ni, a pesar de la acertada amplitud que la jurisprudencia viene dando al concepto de accidente indemnizable, puede llegar a comprenderse que el mero hecho de ocurrir el siniestro en local que fuere el de la Empresa a que se sirviera, basta a definirlo como laboral, estimándolo advenido con ocasión del trabajo, porque esos elementos son insuficientes para establecer la relación causal, que puede quedar tomada por multitud de circunstancias excluyentes del supuesto, el cual requiere aparezca racionalmente explicado el suceso y su determinante, que sólo por el local no se advierte. Esta doctrina, contenida en la sentencia de 28 de febrero de 1941 y, “a sensu contrario”, en la de 7 de octubre de 1939, y reproducida en otras más recientes, donde se estudia el problema de la subsistencia o ruptura del nexo causal, ha de ser seguida ahora, dadas las particularidades específicas concurrentes en los hechos litigiosos».*

En la sentencia citada se desprende cómo desde antiguo el Alto Tribunal viene exigiendo la concurrencia de los elementos antes expuestos para calificar de profesional la contingencia por accidente, concluyendo la sentencia en cuestión que, el hecho de que el trabajador falleciera en el lugar de trabajo y durante el tiempo de trabajo, no son elementos suficientes para hablar de accidente de trabajo al amparo del art. 1 de la Ley 30 de enero de 1900, y es que no existe la tan necesaria relación de causalidad, en tanto en cuanto que la causa del hecho causante no es la ejecución del tra-

bajo, sino al hecho de haberse quedado dormido aquél, incumpliendo los deberes inherentes a su cargo profesional, cuando debía estar despierto y descansado, lo que motivó que la inhalación del óxido de carbono procedente de un brasero motivara su fallecimiento.

2.4. Fuerza mayor

Llama poderosamente la atención la sentencia de 19 de marzo de 1932, Ponente Excmo. Sr. Guillermo Santugini, cuando niega que concurre fuerza mayor en el accidente sufrido por un obrero, que prestaba sus servicios profesionales como ayudante de carga de un automóvil, cuando, habiendo seguido las órdenes de su empleador, tras cargar un camión de ladrillos, se encontraba montado en el «baquítel» del vehículo, siendo alcanzado por un tanque de gasolina de la casa «Campsa», golpeándole en la cabeza y produciendo en el acto la muerte instantánea.

A tal efecto se ha de señalar que el art. 2 de la Ley de Accidentes de Trabajo en la Industria excluye del concepto legal de accidente de trabajo el que resulta por fuerza mayor extraña al trabajo. En la misma línea se pronuncia el artículo 115.4.a) LGSS 1994.

El Tribunal Supremo, en la sentencia citada, razona lo siguiente:

«Que el riesgo que afectaba al obrero en sus trabajos y del que resultó su muerte, aconteció cuando prestaba los servicios que le estaban encomendados por su patrono, el hoy recurrente don Gregorio Zabala. Segundo. Que dicho riesgo no debe calificarse como fuerza extraña a su trabajo, sino como contingencia natural de los servicios que necesariamente han de realizarse en la vía pública afecto, desde luego, a los efectos de la circulación de carruajes».

Otro caso resuelto por el Tribunal Supremo se contiene en la sentencia de 5 de diciembre de 1931, la cual interpreta el art. 145 del Código de Trabajo, excluyendo del concepto

de fuerza mayor el hecho de que un trabajador falleciera tras caerle una piedra desde un edificio contiguo, ajeno al lugar donde se encontraba inspeccionando el obrero siniestrado una obra por cuenta ajena, al tiempo que califica el accidente como laboral.

Razona la sentencia *«que, si bien el artículo 145 del Código del Trabajo exime de responsabilidad al patrono cuando el accidente se debe a fuerza mayor extraña al trabajo, y entiende por fuerza mayor en tal concepto la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el ejercicio de la profesión de que se trata, no es admisible que se reputen como extrañas al trabajo, y sin ninguna relación con su ejercicio, las contingencias generadoras de posible riesgo para el obrero de profesión determinada, cuando afectan al sitio en que necesariamente realiza su cometido, y que no cabe, por tanto, eludir, viéndose obligado a someterse a las consecuencias que de ellas pudieran resultar; de todo lo cual se deduce que, concurriendo en el caso de que “ahora se trata circunstancias a que el obrero no pudo sustraerse, cual es la del sitio en que tenía que trabajar, y en el que se dieron los hechos que determinaron su desgracia, la causa que los produjo, lejos de ser extraña a su trabajo, constituyó un verdadero e ineludible riesgo de él, y como tal, derivó los Consiguientes derechos a favor de los familiares del siniestrado».*

En conclusión, y en lo que resulta necesario resaltar, nuestro Legislador Laboral adquiere conciencia de la situación trágica que viene atravesando los obreros en España desde el siglo XIX, lo que lleva a legislar a comienzos de siglo XX en materia de Seguridad Social, pasando a proteger, en primer lugar, como contingencia el accidente de trabajo, lo que se traduce en una inclinación humanitaria, tal y como resulta de la propia Exposición de motivos de la ley de 1900 antes reproducida.

Sin embargo, si bien es cierto que el riesgo profesional se pretende proteger en su concepción mas amplia, tampoco es menos cierto que se excluye el accidente que trae su causa directa en causa de fuerza mayor al trabajo,

de modo que, haciéndose eco la jurisprudencia de la voluntad del legislador, viene apreciando de forma muy limitada, y desde antiguo, tal y como resulta de las sentencias antes comentadas, la exclusión por fuerza mayor. A modo de ejemplo se puede citar el supuesto de guerra.

2.5. Operario

Cuando reproduce el art. 1 de la Ley de Accidentes de Trabajo el concepto de accidente de trabajo, define al «operario» como «*todo el que ejecuta habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena*».

Una de las cuestiones que no tarda surgir tras la promulgación de la Ley de Accidentes de Trabajo es la delimitación entre trabajador por cuenta ajena, el cual está dentro del ámbito subjetivo de aplicación del texto normativo sobre accidentes de trabajo, y socio de una sociedad que presta servicios para la misma, así como el contrato de arrendamiento de servicios.

Cuestión esta que es resuelta con bastante buen criterio por la sentencia de 10 de diciembre de 1918, Ponente Pedro Higuera, la cual sigue la doctrina ya sentada por la anterior sentencia de 15 de noviembre de 1916, en la que se razona que, si bien producen efectos análogos el concepto jurídico de retribución (art. 11 de la LAT) con el concepto de participación, propio este último de los contratos de arrendamiento de servicios (art. 1544 del Código Civil) y el de sociedad (art. 1665 del Código Civil), en el contrato de sociedad las obligaciones de los socios son comunes y jamás un socio trabaja por cuenta y cargo de otro, al igual que los socios no ven remunerado sus servicios, sino que únicamente tienen participación en las ganancias.

Otra diferencia es la relativa a que en el contrato de servicios el precio es cierto, y el operario debe percibir un precio fijo, con indiferencia de la forma de pago. Ello lleva al Alto Tribunal a entender que el hecho de que el trabajador accidentado percibiera como retri-

bución una participación en la pesca, teniendo en cuenta que su trabajo era la de marinero, y que esa remuneración tenía una asignación mínima, permite inducir la concurrencia de la nota característica de ajeneidad.

Termina la sentencia mencionada excluyendo al caso de autos la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios, al igual que la existencia de un trabajo por cuenta ajena, y es que «*la relación jurídica del arrendamiento, de cuya existencia no puede ser apreciada cuando no hay precio cierto abonado por la persona a quien aprovecha el servicio que es el caso debatido, en el que por consiguiente tampoco hay obrero que trabaja manualmente por cuenta ajena, sino una persona que lo hace por cuenta propia obteniendo un beneficio mayor o menor, según los productos variables que rindan sus servicios asociados con los medios materiales o capital que otro aporta, constituyendo el contrato de Sociedad definido en los artículos 1.665 y 1.678, porque si los servicios del marinero se retribuían con una participación en el producto de la venta de la pesca, según la pregunta 4.a, era un verdadero socio industrial y no un obrero con derecho a la indemnización de la ley de Accidentes del trabajo, conforme a la doctrina sustentada en sentencia de 15 de Noviembre de 1916, sin que quepa aplicar, como lo hace la recurrida, las sentencias de 9 de Noviembre de 1909 y 21 de Enero de 1910, en primer lugar, por ser de fecha anterior, en segundo lugar, porque fueron dictadas sin presencia de un veredicto en que se concretaran los hechos*».

3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA ALGO ACCIDENTAL

Lo que pretendo a continuación es reproducir un esquema normativo acerca de cómo se ha sucedido en el tiempo las normas protectoras de la Seguridad Social en materia de accidentes de trabajo hasta llegar al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Ya se ha hablado, incluso comentado en el punto anterior, que la contingencia profesional por accidente de trabajo como acción protectora del Derecho a la Seguridad Social nace con la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900.

En lo sucesivo son textos normativos a destacar, cuya importancia nos permite mejor comprender la calificación del accidente de trabajo en nuestro sistema de Seguridad Social actual, los que se exponen a continuación:

a) Decreto Ley 8 de octubre de 1932 de accidentes de trabajo en la industria.

b) Ley 22 de diciembre de 1955, la cual tiene por objeto unificar la legislación habida en materia de accidentes de trabajo, ampliando a los trabajadores agrícolas los beneficios de que disfrutaban los industriales e introduciendo determinadas mejoras en este último régimen, esencialmente en cuanto a la reparación de aquellas lesiones que, sin influir en la capacidad laboral, supone una mutilación o deformación de quien sufrió el accidente.

c) Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley y el Reglamento de Accidentes de Trabajo.

De esta norma únicamente cabe destacar que sigue manteniendo el mismo concepto legal de accidente de trabajo que se contiene en la LAT, y así se irá sucediendo en el tiempo, tal y como refiere la STSJ de Castilla la Mancha, en la sentencia de 20 de noviembre de 1991, Rec. n.º 845/1991, al destacar que «(...) *art. 84 de la misma Ley se entiende referida a la Ley Seguridad Social de 1974, en el que se regula el accidente de trabajo, viniendo éste conceptualizado como toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena: concepto que se transcribe sin modificación alguna del art. 1 de Ley de Accidentes de Trabajo y cuya fórmula ha venido utilizándose repetidamente en nuestra legislación de accidentes desde la primitiva Ley de Accidentes de 30 Ene. 1900*».

La sentencia de suplicación recuerda los tres elementos necesarios para que se pueda

calificar un accidente como laboral, lo cual se viene reiterando por nuestra jurisprudencia desde la primera Ley de Accidentes de Trabajo, lo cual ya ha sido objeto de análisis en el punto anterior, y sin que proceda añadir nada nuevo al respecto.

d) Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, aprobado por el Decreto 907/1966, de 21 de abril.

La novedad a destacar es la «*conjunta consideración de las contingencias*».

Asimismo, y sin perjuicio de su posterior análisis junto con los preceptos 84.2.a) LGSS 1974 y 115.2.a) LGSS 1994, cabe resaltar que es en la Ley de Bases de 1966 cuando por vez primera se regula el accidente de trabajo «in itinere», sin olvidar que se trata de un supuesto de creación jurisprudencial que nace con la sentencia de 25 de octubre de 1930, utilizándose la expresión por primera vez en la sentencia de 1 de julio de 1954.

En esta última sentencia se especifica el conjunto de requisitos que deben concurrir para que pueda operar la acción protectora de la Seguridad Social, delimitando a tal efecto los accidentes ocurridos durante el trabajo cubiertos por la presunción que se contiene en el art. 84.3 LGSS de 1974 y el art. 115.3 LGSS posterior de 1994 (art. 156.3 de la ley General Seguridad Social vigente), del llamado accidente «in itinere», que al no estar amparado por esta presunción, precisa en todo caso «*la relación causal, más o menos directa entre el trabajo y el siniestro, relación que ha de ser demostrada o deducirse de las circunstancias peculiares del suceso...*».

e) Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social.

f) Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

Voy hacer un alto en el camino, entendiendo que se hace necesario hacer un breve aná-

lisis del marco normativo de la contingencia profesional de accidente de trabajo en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 y la interpretación jurisprudencial realizada sobre la materia por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (que hasta la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ocupa la sala sexta que, a su vez, encuentra su origen en el Decreto de 14 de junio de 1957).

En su art. 84 se contempla la definición jurídica de accidente de trabajo, al tiempo que en el apartado segundo se enumeran una serie de supuestos en los que debe entenderse que existe accidente de trabajo, sin olvidar que el apartado tercero, en sentido idéntico al artículo 115.3 LGSS 1994, contempla la presunción de laboralidad.

Ocupándonos ya del objeto del presente trabajo, que no es otra cosa que la calificación jurídica de los accidentes de trabajo por el Tribunal Supremo, procedo a hacer una breve recopilación de jurisprudencia desde la entrada en vigor de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 hasta la ulterior Ley General de Seguridad Social, y ello en cuanto que creo que puede resultar interesante para una mejor comprensión de la evolución jurisprudencial en la calificación de accidente de trabajo.

3.1. Concepto legal de accidente de trabajo

Para la calificación jurídica de un accidente como «laboral» es preciso que concurran los requisitos de producción de un daño derivado del trabajo, y de que ambos, daño y trabajo, aparezcan unidos por un vínculo causal, y así parece inferirse de la STS de 6 de mayo de 1992, ponente Excmo Sr. Mariano Samperdo Corral.

Recuerda la STS de 10 de junio de 1992, ponente Excmo. Sr. Luis Gil Suárez, que el concepto legal de accidente de trabajo abarca el fallecimiento que resulta de un hecho súbito violento y externo.

Analiza el Alto Tribunal en la sentencia citada el hecho de que un trabajador hubiera fallecido a consecuencia de un traumatismo craneal sufrido a consecuencia de una caída al suelo encontrándose el finado en un bar, si bien, concurren los elementos de temporalidad y lugar en el trabajo exigidos por el art. 84 LGSS 1974.

La novedad redunda en que, aún cuando el hecho de que la muerte pudiera subsumirse en el tipo penal de homicidio, nada obsta calificar el suceso como accidente de trabajo, en cuanto que no resulta probado que el resultado muerte «*fuera consecuencia de una riña, ni derivado de una infracción penal cometida por la propia víctima, ni provocado intencionadamente por ésta*». Circunstancias estas últimas que en caso de concurrir nos llevarían a la exclusión de calificación de accidente de trabajo, y ello de conformidad con el tenor literal del art. 84.4 LGSS 1974.

3.2. Accidente de trabajo y enfermedad

El art. 84.2.f) LGSS 1974 califica accidente de trabajo la enfermedad padecida por el trabajador con anterioridad al hecho dañoso acaecido con ocasión del trabajo, que se vea agravada a consecuencia de este último.

La STS de 20 de junio de 1990, ponente Excmo. Juan Antonio García-Murga y Vázquez, califica de accidente de trabajo el hecho de que, un trabajador diagnosticado de hipertensión arterial hacía 10 meses, sufre un desvanecimiento en el trabajo, destacando el Alto Tribunal que es irrelevante que sufriera traumatismo concomitante, lo que determina que existe una lesión, la cual no vino sino agravar la enfermedad de etiología común que venía padeciendo con anterioridad.

3.3. Patologías cardíacas

Llama, cuanto menos, la atención cómo desde que se introduce en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social la presunción

de laboralidad de los accidentes acaecidos en tiempo y lugar de trabajo (art. 84.3 LGSS 1974) la jurisprudencia ha venido entendiendo que despliega sus efectos esta presunción legal, no solo en los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo.

La sentencia de 10 de noviembre de 1981, tras exponer que *«existe accidente laboral cuando hay relación de causa a efecto entre el trabajo efectuado y la lesión»* que en el caso analizado se representa (la lesión) con el fallecimiento, viene a analizar la calificación como profesional de la contingencia en relación a las muertes sobrevenidas por infartos de miocardio, afirmando que *«se puede decir deben ser calificadas como sobrevenidas por accidente cuando el infarto viene provocado por el trabajo, por la fatiga o tensión que éste produce, por las incidencias acaecidas durante el mismo que puedan impresionar hasta el punto de desencadenarlo y, en definitiva, cuando de alguna manera quepa conectar con seguridad la actividad laboral y el infarto; esta Sala en S. 2 dic. 1969 estimó accidente el infarto producido por la fuerte excitación nerviosa por discusión violenta producida durante el trabajo; en las de 15 abr. y 18 oct. 1975, si el infarto acaeció como consecuencia del esfuerzo del trabajo; en la de 11 feb. 1970 por el «susto del accidente»; en la de 29 oct. 1971 por estados emocionales provocados por el trabajo; es preciso sin embargo conectar causalmente infarto con trabajo, conexión que se presume según el núm. 3 art. 84 en supuestos de que la muerte sobrevenga «durante el tiempo y en el lugar del trabajo» (SS. 16 abr. 1975 y 26 ene. 1976 entre otras) si bien la presunción es iuris tantum y puede ser rota mediante prueba en contrario (S. 29 abr. 1975); en resumen habrá que examinar concretamente las circunstancias en que ocurrió la muerte por infarto para concluir si puede calificarse como derivada de accidente».*

En esta doctrina, lo que resulta menester para calificar el resultado muerte por infarto

de miocardio, no es otra cosa que el resultado dañoso se produzca en tiempo y lugar de trabajo, debiendo guardar relación con el trabajo efectivamente realizado, al tiempo que debe objetivarse la concurrencia de factores extremos, o tensionales, o la previa realización de esfuerzos físicos, aún cuando el mismo sea antes de que dé comienzo los primeros síntomas del infarto.

En cualquier caso, debe desplegar la presunción de «iuris tantum» contenido en el art. 84.3 LGSS, siempre y cuando el infarto se produzca con ocasión de la ejecución del trabajo, sin perjuicio de que se pueda desvirtuar la presunción mediante prueba en contrario.

En conclusión y en resumidas cuentas, la primera jurisprudencia que surge sobre esta materia se puede resumir de la siguiente manera (en propias palabras del profesor y ahora Magistrado del Tribunal Supremo Antonio V. Sempere Navarro):

«El infarto se reputará accidente laboral siempre que aparezca por razón o como consecuencia de la actividad profesional desempeñada».

3.4. Mejoras de seguridad social

Los artículos 39 y 101 y siguientes LGSS 1994, así como los arts. 21 y 181 y siguientes LGSS 1974, regulan las llamadas mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

En relación al presente estudio merece la pena traer a colación la STS de 25 de septiembre de 1992, Rec. n.º 1384/1991, cuyo interés en el presente radica en el hecho de que el Tribunal Supremo equipara la situación de enfermedad profesional al concepto legal de accidente de trabajo contemplado en el art. 84 LGSS 1974.

En la sentencia se declara como probado el hecho de que un trabajador es declarado en situación de Incapacidad Permanente en gra-

do de Total derivada de enfermedad profesional de silicosis, siendo que la empresa para la que venía prestando sus servicios profesionales, en cumplimiento del convenio colectivo de aplicación, tenía concertada con una entidad aseguradora una póliza de seguros para cubrir, entre otros, el riesgo de accidente de trabajo que origine la declaración de un trabajador de la empresa en situación de Incapacidad Permanente.

Solicitado por el trabajador el abono de la indemnización en concepto de mejora voluntaria, fue desestimada su pretensión en instancia. Recurrida en suplicación también recayó pronunciamiento desestimatorio.

Sin embargo, en casación se estima la demanda en favor del trabajador, razonando el Tribunal Supremo que, idéntica solución se había dado en la sentencia del mismo órgano jurisdiccional de 19 de julio de 1991, «y es la de encontrarse comprendida en el concepto genérico «accidente de trabajo» la «enfermedad profesional», en este caso silicosis, como se observa, no ya solamente por el recuerdo de los antecedentes, sino por la contraposición de los arts. 84 y 85 de un lado y del art. 86 del otro, todos de la Ley General de la Seguridad Social, porque es accidente no laboral el que no tenga carácter de accidente de trabajo conforme al art. 84 y es enfermedad común la que no tenga la condición de accidente de trabajo ni de enfermedades profesionales conforme a los apartados e), f) y g) del núm. 2 del art. 84 y las del art. 85, con lo que dichos conceptos son negativamente excluyentes del accidente de trabajo y la enfermedad profesional y comprende como éstas las de los citados epígrafes y las del art. 85, identificándolas o estableciendo su equivalencia dentro del concepto de accidente de trabajo. Por lo que el Convenio Colectivo citado, al referirse a accidentes de trabajo, comprende las enfermedades profesionales al no haber sido expresamente excluidas: Atribución de tal carácter que se ha establecido en la doctrina jurisprudencial, no sólo en la Sentencia de esta Sala expresamente citada, sino en las que ella menciona y otras muchas más».

La misma línea es seguida por las SSTS de 13 de febrero de 1991, ponente Excmo. Sr. Víctor Eladio Fuentes López; y 25 de enero de 1991, Rec. n.º 2344/1989.

Así pues, es doctrina contenida en estas últimas sentencias la de entender que «*La expresión accidente laboral o accidente de trabajo, empleada sin más en los convenios colectivos, sin otra especificación, para referirse a contingencias protegidas por la Seguridad Social, lo que es también aplicable a supuestos de pólizas de seguro unilateralmente concertadas por las empresas, es una expresión que abarca los conceptos legales de accidente de trabajo y enfermedad profesional, pues ellos, junto a un origen común, tienen una misma razón de ser y su protección legal es prácticamente homogénea, sin que la mera denominación encuentre motivo alguno para diferenciar las enfermedades profesionales del art. 84.e) de la Ley General de la Seguridad Social, comprendidas en el concepto de accidente de trabajo, de las enfermedades profesionales del art. 85, y si bien es posible que por voluntad claramente expresada pueden establecerse en las pólizas tratamientos diferenciados*».

3.5. Accidente de trabajo y relación laboral

Basta examinar el contenido del art. 84.1 LGSS 1974 para deslumbrar que la calificación de un accidente viene precedido de la existencia de una relación laboral, en cuanto que el precepto exige que la lesión, ya sea física o psíquica, sea consecuencia directa de la ejecución de un trabajo por cuenta ajena.

Esta exigencia legal conlleva no poca problemática en la práctica forense, la cual surge cuando el sujeto que sufre un accidente, el cual no está dado de alta en la Seguridad Social, bien porque no existe contrato de trabajo escrito, bien porque existiendo no se registra en la Oficina de Empleo Público, o, incluso, porque la relación contractual que une al lesionado con la empresa reviste una apariencia civil bajo la modalidad de contrato de arren-

damiento de servicios del art. 1544 del Código Civil, reclama en vía administrativa, y una vez desestimada esta, en la posterior vía judicial para que se declare la existencia de accidente de trabajo.

Un ejemplo destacable es el que se analiza en la STS de 3 de mayo de 1988, ponente Excmo. Sr. José María Álvarez de Miranda y Torres.

Son hechos probados a destacar los siguientes:

a) La sentencia analiza el supuesto en que un trabajador concierta un contrato con una empresa que tenía por objeto el transporte y reparto de mercancías que le confiaba la empresa.

b) La empresa le facilitó las herramientas de trabajo, consistente en una motocicleta, así como también la ropa de trabajo, al tiempo que le abonaba una retribución por cada viaje que realizaba.

c) Se declara también probado que el trabajador recibía órdenes e instrucciones de la empresa demandada, así como que su jornada de trabajo era de lunes a sábados.

d) Con ocasión de dirigirse el trabajador a una entidad financiera para entregar una valija que le había hecho entrega la empresa para la que prestaba servicios, sufrió un disparo que le alcanzó la cabeza, causando la destrucción de la masa encefálica. A las pocas horas el sujeto en cuestión falleció.

El Tribunal Supremo analiza en la presente sentencia dos cuestiones:

a) La existencia de relación laboral.

b) Calificación de laboral el accidente sufrido por el trabajador.

Respecto a la primera cuestión, el Alto tribunal no duda, a la vista de la relación de hechos probados contenida en la sentencia de instancia, la cual permaneció inalterada, que existe una relación laboral al amparo del

art. 1.1 ET, y es que concurren todas las notas características exigidas por la jurisprudencia para calificar de laboral la relación habida entre el trabajador siniestrado y la empresa demandada, relativas a la ajeneidad, dependencia y retribución.

Es indiferente que la empresa alegare que el hecho de no comunicar el alta del trabajador en la Seguridad Social fuera debido a la creencia de que la relación que le unía con aquél no era laboral, sino mercantil, mas aún cuando es indiferente la calificación jurídica que las partes den al contrato concertado entre ambas.

Razona a tal efecto la sentencia que *«una cosa es que la empresa no diera de alta ni asegurara de accidente al finado y otra que la relación entre la empresa y el difunto no fuera laboral, pues objetivamente la actividad desarrollada encaja en el art. 1, n.º 1 del ET, y ha de calificarse como trabajo el contrato existente entre las partes»*.

Acreditada la existencia de relación laboral resta examinar la siguiente y última cuestión, la cual versa sobre la posibilidad de calificar como laboral el accidente sufrido por el trabajador al sufrir un disparo en la cabeza que le condujo poco después a su fallecimiento.

Es rotunda la sentencia analizada cuando afirma que *«la muerte del trabajador, cuando realizaba su labor, por un terrorista, acaeció con ocasión de su trabajo –si no hubiera estado trabajando no le había ocurrido– comprendido en el art. 84, n.º 1 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974»*.

Encuadra este supuesto trágico el Tribunal Supremo en un supuesto de accidente de trabajo en misión, y ello al margen de la lesión con resultado de muerte fuera a consecuencia de un acto terrorista, de manera que la existencia de responsabilidad criminal del autor del atentado no rompe el nexo causal exigido por el art. 84.1 LGSS 1974, entendiendo la sentencia que nos encontramos ante un

supuesto subsumible en el art. 84. 5. b) LGSS 1974.

3.6. Presunción de laboralidad del accidente

En este caso, y de forma muy resumida, solo voy a reproducir la doctrina jurisprudencial que el Tribunal Supremo hace del tenor literal del art. 84.3 LGSS 1974, la cual se recoge con suma claridad en la sentencia de 29 de septiembre de 1988, Rec. n.º 241/1986, la cual, con cita de anteriores sentencias, afirma que *«La doctrina de la Sala ha establecido que la presunción contenida en el artículo 84.3 de la Ley General de la Seguridad Social, a tenor del cual se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivos de accidente de trabajo los accidentes que sufra el trabajador durante el tiempo en el lugar del trabajo, alcanza no sólo a los accidentes en sentido estricto, sino también a las enfermedades, y que tal presunción sólo queda desvirtuada cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de relación entre el trabajo y la lesión (sentencias de 22 de marzo de 1985, 7 de marzo, 28 de septiembre y 10 de noviembre de 1987, y 5 de julio de 1988), lo que tratándose de enfermedades requiere, como precisa la sentencia de 30 de septiembre de 1986, que no sean susceptibles de una etiología laboral o que dicha etiología pueda ser excluida mediante prueba en contrario»*.

Con carácter general, para que puede desplegar efectos la presunción legal contenida en el art. 84.3 LGSS 1974 es menester que la lesión tenga lugar en tiempo y lugar de trabajo, conceptos jurídicos estos que serán objeto de estudio, desde un punto de vista legal y jurisprudencial, con ocasión del análisis del art. 115.3 LGSS 1994.

Valga afirmar tan solo que, al tratarse de una presunción «iuris tantum» se admite prueba en contrario, siendo que es la parte demandada, es decir la empresa, entidad gestora o entidad colaboradora en su caso, que

son los que deben constituir, junto con el trabajador siniestrado, válidamente la relación jurídico litisconsorcial a que hace referencia el ex-art. 141 del Texto Refundido de la Ley Procedimiento Laboral de 1995 y el actual art. 142 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la jurisdicción Social, la parte procesal que le incumbe la carga de la prueba al amparo del art. 217.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, es decir, la de desvirtuar la existencia del nexo causal que impediría desplegar efectos jurídicos la presunción de laboralidad.

En cualquier caso está exento de soportar la carga de la prueba el trabajador que sufra un accidente de trabajo, concurriendo las notas características de la presunción del art. 84.3, y así lo reitera la STS de 14 de diciembre de 1981, ponente Excmo. Sr. Eduardo Torres Dulce y Ruíz.

3.7. Accidente de trabajo «in itinere»

Al igual que se recoge en el art. 115.2.a) LGSS 1994, en la LGSS precedente de 1974 se considera accidente de trabajo el que sufre un trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.

Sin perjuicio de que se haga un mayor estudio con ocasión del examen del art. 115 LGSS 1994, creo que se hace necesario reproducir los criterios mantenidos por el Tribunal Supremo con ocasión de la interpretación judicial que hace de la redacción del art. 84.2.a).

Es condición «sine qua non» que el accidente acaezca con ocasión del desplazamiento del trabajador del lugar de su domicilio hacia la empresa o viceversa.

La primer cuestión que surge es la relativa a ¿qué debe entenderse por domicilio o residencia del trabajador?

La respuesta se puede encontrar en la STS de 16 de octubre de 1984, exigiendo que el domicilio o residencia del trabajador debe ser el habitual, ya sea de invierno o de verano.

El Tribunal Supremo hace una interpretación aún mas amplia si cabe al afirmar en la sentencia de 8 de junio de 1987 que no solo el concepto de domicilio o residencia del trabajador debe ser el habitual, sino que también tiene cabida en el art. 84.2.a) el domicilio o residencia ocasional de fin de semana.

Otra cuestión es la relativa a determinar va referida al medio de transporte utilizado por el trabajador al ir o volver del trabajo cuando sufre el daño.

Nada dice el precepto de referencia, si bien, las SSTs de 24 de enero de 1980 y 22 de diciembre de 1987 hacen una aproximación al respecto al concluir que se rompe el nexo causal si existe prohibición expresa y razonable en el contrato de trabajo de utilizar medio de transporte propio o si no existió, en su caso autorización de la empresa.

La STS de 13 de octubre de 1981, ponente Excmo. Sr. Julián González Encabo, declara como accidente de trabajo la muerte sufrida por un trabajador cuando regresaba del lugar de trabajo en dirección a su domicilio familiar habitual, con la particularidad de que no había finalizado la jornada de trabajo, sino que había obtenido permiso de la empresa para salir antes de tiempo con la finalidad de interesarse por el estado de salud de su hija menor que había sido intervenida quirúrgicamente en ese mismo día causando alta hospitalaria tras la operación.

De acuerdo con la sentencia anterior, no solo tiene cabida dentro del concepto jurídico de accidente de trabajo en tránsito el hecho de que el trabajador vuelva del trabajo tras haber finalizado la jornada laboral, sino cuando regresa del lugar de trabajo aún cuando no hubiera finalizado la jornada de trabajo, si bien, ello estaría condicionado a que concurriera causa legal o suficientemente justificada como ocurre en el supuesto de hecho tratado por la sentencia de 13 de octubre de 1981.

Otra cuestión que se suscita es la relativa a la posibilidad de calificar como accidente de trabajo «in itinere» el atentado sufrido por un

trabajador que, bien se dirige o, bien vuelve del lugar de trabajo.

La respuesta debe ser afirmativa, y así resulta de las sentencias de 14 de diciembre de 1981 y 21 del mismo mes de 1982, que tipificaron como accidente de trabajo en trayecto el fallecimiento de la víctima de un atentado y la muerte a mano airada, respectivamente, en cuanto la víctima se encaminaba a su quehacer habitual al ser asesinado.

Sostiene, la que por entonces era la Sala Sexta, que el trabajador tenía la necesidad de desplazarse al lugar de trabajo desde su domicilio y viceversa, utilizando su medio de transporte particular ante la falta de medios de transporte propios de la empresa, circunstancia que era conocida por la empleadora y que nunca se opuso, sufriendo el atentado con resultado muerte cerca de su domicilio cuando regresaba del trabajo.

La sentencia de 21 de diciembre de 1982 califica como laboral el accidente sufrido por un trabajador que al salir del lugar de trabajo, se disponía dirigirse a su domicilio cuando tres personas lo secuestraron, apareciendo su cadáver el día siguiente.

La novedad también se encuentra, como afirma la sentencia comentada, en *«la aplicabilidad del principio pro operario para superar, en favor de la declaración de accidente laboral, cualquier duda que pudiera suscitarse»*.

Me parece lógico concluir reiterando lo que dice la Sala Sexta en la sentencia de 21 de diciembre de 1982, donde resulta lógico, al igual que también necesario desde un punto de vista jurídico, calificar como accidente laboral los hechos descritos que tienen su origen en un atentado terrorista, reproduciendo aquella lo razonado por el Ministerio Fiscal en su informe de que *«el fallecimiento producido por un accidente de carretera, por un accidente climatológico, por una simple caída... sería indudablemente indemnizable... es absurdo que si la muerte se produce a mano airada, por un crimen, no se considere indemnizable...»*.

Otro requisito que debe concurrir para calificar el accidente como laboral es que el daño se produzca al ir o al volver del trabajo, pero debiendo utilizar el trabajador el camino habitual o el que debe resultar como normal, de modo que, cuando el trabajador se desvía del camino a seguir de forma voluntaria, y sin que ello venga motivado por algún elemento inherente al trabajo, sufre un accidente, este no puede ser calificado como laboral.

Un ejemplo es el que se contiene en la sentencia de 10 de febrero de 1986, ponente Exmo. Sr. José Moreno Moreno, cuando razona *«que el fallecimiento del trabajador se produjo en una caserío deshabitado adonde se trasladó voluntariamente, sito fuera del camino normal de ir o volver de su casa al trabajo y sin ninguna relación causal entre los hechos que pudieron dar lugar a la muerte y dicho trabajo, por lo que no resultan infringidos por violación los preceptos que se denuncian»*.

Finalmente se excluye de la consideración de accidente de trabajo el hecho de que el trabajador vuelve del trabajo, entra en su domicilio y sufre una lesión con o sin resultado de muerte.

Este supuesto de hecho ha tenido fiel reflejo en la sentencia de 23 de marzo de 1981, ponente, Excmo. Sr. Eduardo Torres-Dulce y Ruíz, que declara que *«No es accidente de trabajo «in itinere» –art. 84.2 a) LSS– la muerte del trabajador que ha regresado a su domicilio, desde la fábrica, a las seis de la mañana, muda la ropa de trabajo por otra de calle para trasladarse al Sanatorio donde se encuentra su esposa, y a las nueve de ese mismo día es hallado muerto, por intoxicación de óxido de carbono, en el interior del automóvil que, con el motor en marcha, está en el garaje al que acuden otras personas atraídas por el ruido»*.

3.8. Accidente de trabajo en misión

Es un concepto de creación jurisprudencial que se concibe como aquel que sufre un tra-

bajador con ocasión del desplazamiento que realiza para ejecutar un trabajo por encargo de la empresa bajo cuya dependencia presta sus servicios profesionales.

La diferencia con el accidente «in itinere» radica en que el siniestro laboral se produce durante un trayecto, el cual acaece durante la jornada de trabajo, no cuando se dirige al centro de trabajo o regresa del mismo al finalizar la jornada laboral.

A tal efecto no puede entender accidente de trabajo el que sufre un trabajador cuando, si bien se encuentra desplazado, el daño se produce con ocasión del periodo de descanso o con ocasión de la realización de una actividad personal o privada que nada guarda relación con el trabajo encomendado.

En sentido favorable de calificar como accidente de trabajo el acaecido en misión es la sentencia 26 de diciembre de 1988, entendiéndose que la insuficiencia cardíaca que sufre un trabajador derivada de una crisis de asma durante un vuelo en un avión, circunstancia que le impidió ser atendido por los servicios sanitarios, cumple con todas las notas de laboralidad exigidas por el precepto en cuestión. De hecho, si el trabajador no se hubiera debido desplazar es evidente que el resultado lesivo no hubiera surgido.

En un sentido opuesto se pronuncia las SSTs de 17 de marzo y 19 de julio de 1986, entendiéndose que el fallecimiento por infarto de miocardio sufrido por los trabajadores al tiempo que éstos se encontraban en misión no puede calificarse como accidente de trabajo, en cuanto que el hecho causante surge cuando se encontraban descansando en el hotel, sin que se hubiera acreditado la existencia de relación de causalidad entre el trabajo previamente realizado y la lesión cardíaca sufrida.

Conclusión esta que es lógica, en cuanto que es necesario que el accidente sufrido acontezca con ocasión de la ejecución del trabajo, sin que pueda desplegar efectos la presunción legal de laboralidad, en cuanto que el infarto

cardíaco no aparece durante el tiempo efectivo de trabajo.

En un sentido muy similar se pronuncia la STS de 10 de febrero de 1983, que niega el carácter laboral del accidente sufrido por un trabajador desplazado en Nigeria, cuando se estaba bañando en la playa, con el resultado de fallecimiento por asfixia durante una inmersión, coincidiendo que el hecho ocurre en domingo, día de descanso del trabajador.

3.9. Accidente de trabajo causado por la imprudencia del trabajador

Cabe diferenciar entre imprudencia temeraria del trabajador, lo que de acuerdo con el art. 84.4.b) LGSS 1974 impediría la calificación como laboral el accidente sufrido por un trabajador con ocasión del trabajo, y la imprudencia profesional, que de acuerdo con el art. 84.5.a) del mismo Texto Legal, no impide la calificación de laboral del accidente acaecido.

Ya el Tribunal Supremo desde antiguo venía excluyendo de la calificación de accidente de trabajo cuando la lesión se produce mientras el trabajador prestaba sus servicios profesionales por cuenta ajena, teniendo su causa mas directa en la inobservancia de las mas elementales medidas de precaución, y así se pronuncia la sentencia de 10 de diciembre de 1968.

Mas tarde, con ocasión de la sentencia de 23 de octubre de 1971, define la imprudencia temeraria como el actuar con desprecio del riesgo cierto que se deriva del trabajo o de una determinada tarea.

Y en la sentencia de 16 de julio de 1985 se constata que es imprudencia temeraria la conducta de desobediencia de las órdenes empresariales.

Por tanto, únicamente cuando se deba calificar de temeraria la conducta negligente del trabajador es cuando no procede ca-

lificar como laboral el accidente sufrido por un trabajador.

Por el contrario, y a modo de ejemplo, no existe imprudencia temeraria cuando, según se contiene en la sentencia de 21 de abril de 1988, ponente Excmo. Sr. José Lorca García *«el accidente se produjo como consecuencia de la imprudencia del trabajador, al no haber ordenado, como se le tenía mandado, que parara la máquina, a fin de proceder a la reparación del cepillo de cuyo mantenimiento se encontraba encargado»*.

En cualquier caso se ha de estar a las circunstancias concurrentes en cada caso para calificar, de laboral o no, el accidente sufrido por un trabajador con ocasión del trabajo, habiendo mediado imprudencia por su parte, sin olvidar que de acuerdo con el art. 1104 del Código Civil, la imprudencia es la omisión del deber de exigencia de diligencia exigida a un buen padre de familia.

4. EL ACCIDENTE DE TRABAJO EN LOS CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

En este punto únicamente voy a traer a colación dos convenios de la OIT:

a) Convenio OIT, número 17, de 10 de junio de 1925, relativo a la reparación de accidentes de trabajo, celebrado en Ginebra.

Este convenio fue ratificado por el Estado Español por Decreto-Ley 24 de mayo de 1928 (Gaceta 26 de mayo).

Esta norma internacional tiene por objeto garantizar un mínimo necesario en concepto de indemnizaciones a abonar a trabajadores por cuenta ajena por los daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo.

No contiene el convenio de la OIT definición legal alguna acerca de qué es accidente de trabajo, de modo que entiendo que se habrá

de estar a la legislación interna de cada Estado que suscriba la norma internacional.

b) Convenio OIT, número 19, de 5 de junio de 1925, relativo a la igualdad de trato de los trabajadores y obreros extranjeros y nacionales en materia de reparación de accidentes de trabajo.

Convenio ratificado por España mediante Decreto-Ley 24 de mayo de 1928, y publicado de forma oficial en la Gaceta de 26 de mayo.

Con el presente convenio lo que se persigue no es otra cosa que garantizar el principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de accidentes de trabajo acaecidos en el territorio de un estado miembro.

Por consiguiente, entiendo, a la vista de la doctrina de suplicación estudiada, así como del contenido del Convenio de la OIT nº 19, de acuerdo con una interpretación teleológica que tiene cabida en el art. 3 del Código Civil, que la voluntad de los Estados firmantes no es otra que la de integrar en el campo de la acción protectora de la Seguridad Social a aquellas personas que prestan sus servicios en un tercer Estado, con independencia de que tengan o no permiso de residencia o de trabajo, en las mismas condiciones que se contempla en la Legislación del lugar de prestación de servicios para sus trabajadores nacionales.

Téngase en cuenta que esta norma internacional ha tenido aplicación práctica en nuestro territorio, y así resulta, ante la falta de jurisprudencia a tal efecto, de la STSJ de Islas Baleares de 18 de julio de 2002, Rec. nº 330/2002, que declara la responsabilidad empresarial directa al amparo del art. 126.2 LGSS 1994 cuando el empleador no cumplió con la obligación legal de dar de alta al trabajador extranjero, que se encontraba en situación ilegal en España, una vez que adolecía tanto del preceptivo de permiso de residencia, como el de de trabajo, habiendo sufrido un accidente mientras prestaba sus servicios profesionales por cuenta y riesgo del empresario

demandado, razonando la sentencia que *«la protección frente a la contingencia de accidente de trabajo se otorga a todo trabajador, incluidos quienes carecen de los preceptivos permisos de trabajo y de residencia y no están de alta en la Seguridad Social, al margen de que su contratación sea nula. La condición de reciprocidad expresa o tácita que delimita el campo subjetivo de aplicación del sistema de Seguridad Social, de acuerdo con el art. 7.5 de la LGSS, debe entenderse que existe a estos efectos en virtud de lo que previene el art. 1.1 del convenio núm. 19 de la OIT, relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores y extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidente de trabajo».*

En aplicación a la normativa internacional ya reseñada concluye la STSJ de Madrid de 20 de junio de 2005, Rec. nº 1635/2005, que *«la protección frente a la contingencia de accidente de trabajo se otorga a todo trabajador, incluidos quienes carecen de los preceptivos permisos de trabajo y de residencia y no están de alta en la Seguridad Social, al margen de que su contratación sea nula. La condición de reciprocidad expresa o tácita que delimita el campo subjetivo de aplicación del sistema de Seguridad Social, de acuerdo con el art. 7.5 de la LGSS, debe entenderse que existe a estos efectos en virtud de lo que previene el art. 1.1 del convenio núm. 19 de la OIT, relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores y extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidente de trabajo».*

Hace un estudio detallado la sentencia (cuya lectura se recomienda) de la calificación de accidente de trabajo, así como de la normativa estatutaria en orden a apreciar la existencia de relación laboral y el contrato de trabajo por personas extranjeras (art. 7.c) ET), las normas de la Seguridad Social en lo referente a la acción protectora, normas internacionales y normas internas en materia de extranjería. Igualmente analiza la jurisprudencia y su evolución en lo relativo a la prestación de servicios por extranjeros, así como en lo relativo al concepto de accidente de tra-

bajo, presunción de laboralidad y accidente de trabajo «in itinere» y en misión.

5. DERECHO COMUNITARIO Y ACCIDENTE DE TRABAJO. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU INCIDENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Me voy a detener en el Reglamento (CEE) número 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores y a los miembros de sus familias que se desplacen dentro de su jornada, en cuyo Capítulo Cuarto se regula los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Como se puede observar no se da ninguna definición legal de accidente de trabajo en la norma comunitaria, al igual que en ninguna otra (salvo error u omisión mía) sino que lo que se persigue es la de garantizar el derecho a las prestaciones de seguridad social reconocidas por esta contingencia profesional en un estado miembro a un trabajador comunitario que preste servicios profesionales en el mismo, observando el principio de igualdad de trato entre ciudadanos comunitarios.

Es por ello que la ausencia de concepto jurídico de accidente de trabajo nos lleve a la necesidad de estar a la normativa del Estado miembro del lugar de prestación de servicios profesionales por cuenta ajena.

Es de resaltar que el artículo 56 de la norma reglamentaria hace referencia al accidente «in itinere», previendo que tenga dicha consideración aun cuando se produzca en el territorio de un Estado miembro distinto del competente, regulándose en el artículo 59, para el caso de que la legislación de un Estado así lo prevea de forma expresa, el abono de los gastos de transporte del accidentado hasta el lugar correspondiente del territorio de otro

Estado Miembro en el que residiera la víctima.

Procede analizar de forma breve la doctrina del TJCE sobre esta materia.

Antes recordar que esta norma comunitaria ha sido modificada en algunos de sus aspectos por el Reglamento (CE) número 118/1997, del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, por el que se modifica y actualiza el Reglamento (CEE) número 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, en cuyo art. 4, Anexo I, en lo que interesa ahora, utiliza la rúbrica «Campo de aplicación material», al tiempo que dispone que este Reglamento es de aplicación a todas las Legislaciones en materia de Seguridad Social que guarden relación, entre otras, con las prestaciones de accidente de trabajo y enfermedad profesional, resultando indiferente el régimen de la Seguridad Social en el cual esté encuadrado el trabajador por cuenta propia o ajena afectado por el ámbito subjetivo de la modificada norma comunitaria.

Pequeños son los cambios que introduce el nuevo Reglamento en lo referente a los arts. 56 y 59, de modo que he decidido no entrar en su análisis en aras de la brevedad y para no desviarnos en demasía del objeto principal de estudio que no es otro que la calificación del accidente de trabajo.

Nuevos cambios, si cabe decir, se introduce por el posterior Reglamento 1290/1997, CE, del Consejo, de 27 de junio de 1997.

De las sentencias analizadas no he encontrado ninguna que de respuesta al título que da nombre a este trabajo, de modo que, únicamente a efectos ilustrativos y por su aparente interés, me voy a detener muy brevemente en dos sentencias.

a) STJCE 5 de marzo de 2009, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional alemán que tiene por objeto resolver si la afiliación obligatoria a una caja profesional como MMB puede constituir una restricción a la libre prestación de

servicios prohibida por los artículos 49 CE y 50 CE o un abuso prohibido por el artículo 82 CE, interpretado, en su caso, en relación con el artículo 86 CE.

El Tribunal comunitario se pronuncia en favor de la compatibilidad, fundando su decisión en los puntos siguientes:

«Por otra parte, un régimen legal de seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como el controvertido en el litigio principal, en la medida en que establece una protección social obligatoria para todos los trabajadores, persigue un objetivo social (véase, por analogía, la sentencia cisa).

39. *En efecto, con arreglo al artículo 1 del SGB VII, dicho régimen tiene por objeto, por un lado, prevenir por todos los medios adecuados los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales así como todos los peligros para la salud vinculados al trabajo y, por otro lado, restablecer por todos los medios adecuados la salud y la capacidad laboral de los asegurados así como indemnizar a estos últimos o a sus derechohabientes con prestaciones en metálico.*

40. *Por otra parte, de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia se desprende que el referido régimen pretende ofrecer una cobertura de los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales al conjunto de las personas protegidas, independientemente de cualquier falta que la víctima o el empleador hayan podido cometer y, por consiguiente, sin que sea necesario exigir la responsabilidad civil de la persona que obtiene los beneficios de la actividad que conlleva el riesgo (véase, por analogía, la sentencia cisa).*

41. *Además, como se deduce de los autos transmitidos al Tribunal de Justicia, la circunstancia de que se paguen las prestaciones aun cuando las cotizaciones debidas no han sido abonadas revela la finalidad*

social de dicho régimen de seguro, lo que contribuye manifiestamente a la protección de todos los trabajadores asegurados contra las consecuencias económicas de los accidentes de trabajo (véase, por analogía, la sentencia cisa).».

b) STJCE de 18 de abril de 2002

En esta sentencia como no puede ser de otra manera no analiza el carácter profesional de la contingencia, en cuanto que hay que estar a la legislación del Estado donde acaece el hecho causante, pero sí presenta interés en cuanto que se muestra favorable en acoger *«que un accidente laboral ocurrido en el territorio de un Estado miembro antes de la entrada en vigor del Reglamento n. 1408/71 en otro Estado miembro, con arreglo a cuya legislación se solicitan prestaciones por la incapacidad laboral derivada de dicho accidente, constituye un «hecho causante», en el sentido del artículo 94, apartado 3, de dicho Reglamento»,* consideración esta última que lleva al tribunal afirmar que tiene favorable cabida en el Reglamento número 1408/1971 *«la situación de una persona, nacional de un Estado miembro que, antes de la adhesión de éste a la Unión Europea, desarrolló una actividad laboral por cuenta ajena en otro Estado miembro en el que sufrió un accidente de trabajo y que, tras la adhesión de su Estado de origen, solicita a la autoridades de éste una pensión por incapacidad laboral a raíz de dicho accidente».*

Hasta aquí algún ejemplo relacionado sobre accidente de trabajo en el Derecho Comunitario, sin que exista incidencia la doctrina judicial comunitaria en la jurisprudencia de la Sala Cuarta en lo que nos ocupa por todo lo ya reiterado.

A modo de conclusión, se puede afirmar que la ausencia de doctrina judicial comunitaria es debido a la omisión del Legislador Comunitario de regular un marco normativo en materia de calificación de accidentes de trabajo, y es que se ha de estar como ya resulta de lo expuesto al ordenamiento jurídico interno de cada Estado comunitario para definir e inter-

prestar la contingencia profesional de accidente de trabajo en el campo de la acción protectora de la Seguridad Social, de modo que, como recuerda la sentencia del TJCE de 5 de marzo de 2009, «es jurisprudencia reiterada que el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social (véanse, en particular, las sentencias de 28 de abril de 1998, *Kholl*, C-158/96, Rec. p. I-1931, apartado 17; de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms*, C-157/99, Rec. p. I-5473, apartado 44, y de 16 de mayo de 2006, *Watts*, Rec. p. I-4325, apartado 92)».

6. EXAMEN DETENIDO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA CUARTA EN MATERIA DE ACCIDENTE DE TRABAJO. CIERTA DOCTRINA DE SUPPLICACIÓN

La redacción de este punto responde al trabajo de recopilar y comentar de forma sucinta la Jurisprudencia habida en materia de calificación profesional de un accidente, así como su evolución a través del tiempo tras la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, dejando de lado la vigente Ley General de Seguridad Social de 30 de octubre de 2015, en cuanto que no existe variación legal alguna sobre la materia y sin que se pueda pasar por alto que, debido al escaso periodo de tiempo de vigencia de la nueva norma, no existe pronunciamiento alguno en materia de suplicación, menos aún en casación, interpretando el actual art. 156 LGSS 2015.

6.1. Definición legal

El art. 115.1 LGSS conceptúa el accidente de trabajo como «toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena».

Como se puede objetivar, no existe variación léxica alguna en cuanto al concepto jurí-

dico de accidente de trabajo tras la redacción dada por la LGSS de 1994 si la comparamos con la LGSS 1974.

Ya, desde antiguo, la Sala Cuarta ha venido ampliando los supuestos acaecidos en la práctica real con el supuesto de hecho contenido en la norma legal antes reproducida, de tal modo que, a modo de ejemplo, en la sentencia de 22 de noviembre de 1988, se entendía que existía accidente de trabajo, aún en el supuesto de que el trabajador sufriera dolencias previas o, incluso, cuando presentara factores de riesgo, toda vez que, como afirma el Alto Tribunal, no se puede descartar la influencia de factores laborales. Posición mantenida con posterioridad, ya vigente la LGSS 1994, en las sentencias de 15 de febrero de 1996, 14 de julio de 1997, 23 de enero de 1998, 18 de marzo, 23 de julio y 23 de noviembre de 1999.

Incluso el Tribunal Supremo va más allá y califica de accidente de trabajo las enfermedades sufridas por el trabajador en determinadas circunstancias, sin que sea posible limitar el accidente de trabajo, en sentido «stricto sensu», a la «acción violenta y súbita de un agente exterior sobre el cuerpo humano». Por ejemplo la STS de 18 de junio de 1997.

Entrando a desgranar el concepto jurídico-legal de accidente de trabajo nos encontramos que lo configura tres elementos:

- a) Trabajo.
- b) Lesión.
- c) Conexión entre trabajo y lesión corporal.

Centraré la atención ahora en estos tres elementos configuradores de la contingencia profesional por accidente de trabajo.

a) El trabajo

Habla el precepto de trabajo por cuenta ajena, si bien, también tiene cabida el accidente de trabajo el que traiga causa en la realización de una actividad profesional por cuenta propia o en régimen de autónomo, para lo cual

hay que estar al Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. (No me detendré en desgranar la calificación de accidente de trabajo en el RETA, al igual que en ningún otro régimen especial de la Seguridad Social).

El Concepto de trabajador por cuenta ajena se encuentra en el art. 1.1 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, de lo cual se desprende la concurrencia de las tres notas características exigidas por la doctrina jurisprudencial clásica: retribución, ajeneidad y dependencia.

Por el contrario, desde un punto de vista del derecho de la Seguridad Social, la regulación que resulta de aplicación no es otra que la que se contiene en el art. 7 de la LGSS 1994, según el cual *«Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:*

a) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el art. 1.1 Estatuto de los Trabajadores en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a domicilio, y con independencia, en todos los casos, de la categoría profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral.

(...).

El apartado segundo excluye del concepto de trabajador por cuenta ajena al cónyuge, los

descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, ya lo sea por consanguinidad o por afinidad hasta el segundo grado, incluido por adopción cuando exista convivencia y estén a cargo del empresario.

En relación a las exclusiones, la STS de 2 de julio de 1996 y 30 de septiembre de 1997 entiende que tiene cabida en el art. 7.1 LGSS, que no en el apartado de exclusiones, el descendiente (una hija) de un conviviente «more uxorio».

Llegado a este extremo quiero detenerme en dos sentencias:

a) STS de 7 de julio de 2015, Rec. nº 703/2014, la cual analiza el supuesto de que un trabajador sufre un accidente, con la particularidad de que al tiempo del hecho causante no se encontraba dado de alta en la Seguridad Social.

La Sala lo que hace es traer a colación la doctrina de la misma en cuanto al principio de oficialidad en el devengo de la prestación de IT derivada de accidente de trabajo, pero condicionado ello a que el trabajador, al tiempo del hecho causante, se encontrara afiliado a la Seguridad Social, dado de alta y cubierto el periodo de carencia mínimo exigido legalmente.

Sin embargo, razona la sentencia que la jurisprudencia viene negando la aplicación del principio de oficialidad en el devengo de la prestación de IT, es decir, por el hecho de presentar el trabajador afectado el parte de baja médica, sin necesidad de formular escrito de solicitud, para cuando la contingencia sea de carácter profesional derivada de un accidente de trabajo.

Concluye la sentencia que *«aun tratándose de un trabajador por cuenta ajena, cabe entenderlo incluido en la excepcionalidad de la no aplicación del principio de oficialidad establecido en la citada jurisprudencia de esta Sala puesto que no concurren los presupuestos y finalidad del mismo puestos de relieve en dicha*

jurisprudencia, al tratarse de un supuesto de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo en trabajador por cuenta ajena no dado de alta en la seguridad social, habiéndose cuestionado previamente la existencia de relación laboral y la calificación del accidente de tráfico como laboral».

Lo relevante de la resolución judicial comentada para el presente trabajo es que, tal y como exige el art. 115.1 LGSS, basta con el hecho de que se esté realizando un trabajo por cuenta ajena, con indiferencia de que el trabajador estuviera dado o no de alta, afiliado a la Seguridad Social y tenga o no cubierto el periodo de carencia. Requisito este del trabajo que motiva la calificación como laboral del accidente, siempre y cuando concurra el resto de elementos necesarios, lo que provoca el nacimiento del derecho al percibo de la correspondiente prestación. Otra cosa sería la responsabilidad de la empresa en aras de responder en el pago de la prestación al amparo del art. 126 LGSS, lo cual no es objeto de estudio en el presente.

b) STS 21 de enero de 2010, Rec. nº 106/2009, la cual resuelve la cuestión relativa a determinar o no de accidente de trabajo el hecho de que un trabajador de nacionalidad extranjera que, careciendo de permiso de residencia y de trabajo en España, suplanta la identidad de otro trabajador en situación legal en nuestro país.

La sentencia recuerda el art. 42 del real Decreto 84/1996 en su redacción dada por el real Decreto 1041/2005, en cuyo art. 42.2 dispone que *«con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio nº 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos el sistema español de Seguridad Social y el alta en régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de*

accidente de trabajo y enfermedades profesionales». A continuación añade, *«ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida».*

Pues bien, tal y como venimos afirmando basta con el hecho de que el trabajador que sufre el siniestro se encontrara realizando un trabajo por cuenta ajena, aún cuando no cuente con permiso de trabajo en España, nada impide que se pueda calificar el hecho como contingencia profesional a los efectos de reconocer el derecho a la prestación de la Seguridad Social que le corresponda.

Sin embargo, se niega la posibilidad de calificar como laboral el accidente sufrido por un trabajador extranjero que, careciendo de permiso para trabajar en España, suplanta dolosamente la identidad de otro trabajador que reside legalmente en España, razonando la sentencia que *«no hubo contrato por cuanto faltó uno de los requisitos esenciales del mismo conforme a lo dispuesto en el art. 1261 del Código Civil, y, como en el mismo se dice, en estos casos «no hay contrato», puesto que aquel error provocado dolosamente, al recaer sobre un elemento sustancial cual era no tanto la concreta persona del trabajador sino sobre su propia identidad, origen y situación jurídica en relación con las exigencias de la LOEX nos sitúa ante un error sustancial que invalida aquel consentimiento conforme a lo dispuesto al efecto por el art. 1266 del mismo CC.*

En efecto, al hallarnos en presencia de un contrato inexistente (o en su caso nulo) todo el régimen de protección social establecido para la cobertura de los daños derivados de un accidente laboral deviene inaplicable si tenemos en cuenta que desde nuestra primera Ley protectora de los accidentes de trabajo de 1900 hasta el momento actual todo el andamiaje protector de aquél se halla sustentado sobre la existencia de un previo contrato de trabajo del que resulte responsable un empleador».

Por tanto, en este supuesto de hecho, aún cuando exista trabajo por cuenta ajena, debi-

do al hecho de que se reputa la nulidad del contrato de trabajo por un vicio del consentimiento, se debe entender que el siniestro no puede ser calificado de accidente de trabajo, lo cual impide que nazca las prestaciones de Seguridad Social a las que se tendría derecho en otro caso.

b) Lesión

Una definición jurisprudencial del término «lesión» viene dada por la STS de 27 de octubre de 1992, Rec. n.º 1901/1991, cuando refiere que no puede hacerse una interpretación restrictiva del mismo, sino que dentro de esta expresión se ha de entender comprendido *«cualquier menoscabo físico o fisiológico que incida en el desarrollo funcional»*. Y sin que sea necesario que exista una repercusión funcional, sino que basta que exista una alteración de carácter físico o psíquico.

Es decir, que para que pueda calificar un hecho traumático como accidente de trabajo no se precisa que el trabajador sufra una lesión que tenga repercusión funcional en su capacidad para desarrollar su trabajo, ya sea de carácter temporal o permanente o para el desarrollo de cualquier actividad profesional, y así viene siendo interpretado por el amplio repertorio jurisprudencial que existe sobre esta materia.

En resumidas cuentas, como afirma la STS de 27 de febrero de 2008, Rec. n.º 2716/2006, el término «lesión» abarca no solo la producida *«por la acción súbita y violenta de un agente exterior; sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos»*.

c) Relación de causalidad

Tal y como exige la norma legal, es preciso que la lesión sufrida por el trabajador por cuenta ajena sea «con ocasión» o «por consecuencia» del trabajo que está realizando por cuenta y riesgo del empleador.

Así pues, se puede distinguir dos elementos integradores de la relación de causalidad:

- 1) Elemento causal.
- 2) Elemento ocasional.

El primero comprende la expresión «por consecuencia», lo que también podría denominarse causalidad estricta, frente a la causalidad amplia, que no es otra que la lesión sufrida «con ocasión», lo que iría referido al segundo elemento.

Así pues, la dificultad mayor deriva del elemento ocasional, para lo cual habrá que estar al resultado de la prueba, de modo que, únicamente se puede calificar de accidente el siniestro sufrido por el trabajador por cuenta ajena cuando el factor desencadenante de la lesión sufrida no se hubiera producido para el caso de que el trabajador estuviera prestando sus servicios profesionales.

Ello conduce a que entre en juego la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS, por lo que la lesión habida en tiempo y lugar de trabajo se presume accidente de trabajo, por lo cual es la parte demandada, es decir, la empresa, entidad gestora y/o colaboradora la que debe probar la no concurrencia del elemento causal en sentido amplio.

Dentro de la ocasionalidad se puede distinguir entre:

- 1) Ocasionalidad pura.
- 2) Ocasionalidad relevante.

La distinción se ve muy bien en la cuestionada sentencia del Pleno de la sala Cuarta de 27 de febrero de 2008, Rec. n.º 2716/2006, cuya doctrina han seguido, entre otras, la STS de 23 de junio de 2015, Rec. n.º 944/2012, de la cual se puede destacar los siguientes aspectos:

a) *«Respecto de la definición del accidente laboral, la doctrina científica destaca la exigencia general de relación de causalidad entre el trabajo y la lesión que impone 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 sólo– la ocasionalidad pura. A lo que entendemos, la diferencia queda más resaltada si se considera que en el primer supuesto [«por consecuencia»] estamos en presencia de una verdadera «causa» [aquello por lo que –propter quod– se produce el accidente], mientras que en el segundo caso [«con ocasión»], propiamente se describe una condición [aquello sin lo que –sine qua non– se produce el accidente], más que una causa en sentido estricto» y que «Al decir de autorizada doctrina, esta ocasionalidad «relevante» se caracteriza por una circunstancia negativa y otra positiva; la negativa es que los factores que producen el accidente no son inherentes o específicos del trabajo; y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida de trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquélla. Caracterización que se evidencia ya en antigua doctrina de este Tribunal, de la que son ejemplo las SSTs 18/04/14, 28/04/26 y 05/12/31».

b) «Mayor complejidad ofrece la causalidad amplia [«con ocasión»], siendo así que tal categoría supone en puridad. ...una simple condición [sine qua non], de forma y manera que el hecho –TCE– habría de calificarse como AT si no se hubiera producido para el caso de que el accidentado no se hallase trabajando en el momento en que se produce la crisis patológica; exigencia cuya verificación se cualifica –facilita– por la citada presunción de laboralidad [el hecho acaece en tiempo y lugar de trabajo]; o lo que es igual, para justificar la exclusión del AT es necesario demostrar que el TCE se hubiera producido igualmente en marco diverso al trabajo», que «este «método para probar» –que no medio probatorio–, consiste en el mecanismo de liberar al beneficiario de la presunción [in casu, el trabajador accidentado o sus beneficiarios] de la carga de la prueba respecto del hecho presunto [cualidad laboral

del accidente] por la sola circunstancia de resultar acreditado el hecho base [accidente en tiempo y lugar de trabajo]; o, si se prefiere, en desplazar el objeto de prueba, que deja de serlo el hecho presumido y pasa a serlo el hecho base», así como que «La razón de ser de tal mecanismo probatorio –la presunción– se encuentra en la necesidad de facilitar la prueba de los hechos en situaciones que a juicio del legislador presentan serias dificultades probatorias para una de las partes [el trabajador o sus beneficiarios, en nuestro supuesto] a la que aquél considera digna de protección, en razón a valores de diversa índole [aquí, la clara inferioridad económica del asalariado, con todo lo que ello comporta]».

c) Concluyendo que «si ya normalmente subyace en las presunciones una máxima de experiencia, que el legislador acoge para dotar de seguridad jurídica a determinadas situaciones de difícil prueba, en el caso que debatimos esas reglas de experiencia nos llevan precisamente a apreciar el acierto de la presunción legal respecto de que el resultado [fallecimiento] se ha producido «con ocasión del trabajo» [ocasionalidad «relevante», que no «pura»], por cuanto que tal cualidad requiere. ...la convicción de que el citado hecho no habría llegado a producirse si la crisis hubiera acaecido en lugar y tiempo diverso al trabajo [conditio sine qua non], y la experiencia nos enseña –efectivamente– que ni el grave TCE ni mucho menos la muerte son la consecuencia habitual [en un orden de razonables posibilidades] de las crisis comiciales que se producen en lugares ajenos al trabajo y dotados de la más variada superficie».

En definitiva, y de acuerdo con lo ya reproducido, se puede afirmar que la ocasionalidad relevante existe cuando la lesión no se hubiera producido de no estar el trabajador realizando su trabajo, de manera que, en caso contrario, estaríamos ante una ocasionalidad pura.

En el caso examinado por la sentencia citada, el ataque epiléptico que produce la caída del trabajador al suelo y la posterior lesión traumática, calificado el hecho como acciden-

te de trabajo, sería un ejemplo de ocasionalidad pura, en cuanto que el trabajador en ese momento se encontraba recogiendo hojas del suelo, lo que lleva a entender que el trabajo no puede ser condición relevante en orden a producir la lesión. Ello descartaría la causalidad en sentido estricto. Y es que, entrando a la ocasionalidad, esta no puede ser relevante porque esa lesión se podría haber producido fuera del trabajo al sufrir el trabajador un ataque epiléptico.

6.2. Presunción de laboralidad

El art. 115.3 LGSS contiene una presunción legal «iuris tantum», es decir, que admite prueba en contrario, en favor de calificar de accidente de trabajo la lesión, entendida esta en su concepción amplia expuesta mas arriba, que sufra el trabajador en el lugar y tiempo de trabajo.

Refiere la STS de 0 de marzo de 1997 que la presunción legal alcanza a los accidentes ocurridos en el lugar y tiempo de trabajo, *«pues se entiende que los acaecidos en tales circunstancias, en principio, no se deben exclusivamente al azar, sino que el empresario es quién domina o debe dominar el medios en el que se desarrolla la actividad laboral y es su deber preservar la salud y la integridad física de los trabajadores»*.

Basta que la lesión se produzca en tiempo y lugar de trabajo para que rijan la presunción legal, de manera que no debe acreditarse necesariamente el elemento causal, invirtiendo el orden en la carga de la prueba como luego veremos.

Deben concurrir dos elementos necesarios:

a) Tiempo de trabajo

Se entiende por tiempo de trabajo aquél durante el cual el trabajador se encuentra en su puesto de trabajo a disposición del empresario.

Son supuestos calificados de accidente de trabajo:

1. El que sufre un trabajador mientras estaba realizando horas extraordinarias.

2. Accidente acaecido durante el tiempo destinado a comer. En este sentido, y a modo de ejemplo la STS de 9 de mayo de 2006, Rec. n° 2932/2004, que califica el accidente sufrido por un trabajador del sector de la construcción mientras se encuentra comiendo en el centro de trabajo, recordando las dificultades de satisfacer esta necesidad de alimentarse en su domicilio y el coste adicional para el trabajador de comer en un establecimiento público.

3. El accidente sufrido por un trabajador en la hora de descanso para tomar el bocadillo. La doctrina de suplicación llega a la conclusión de que únicamente puede entenderse tiempo de trabajo efectivo y, así, calificar la lesión sufrida como de laboral, cuando el convenio colectivo compute de forma expresa como tiempo de trabajo efectivo la hora del bocadillo.

4. Infarto agudo de miocardio sufrido por el trabajador que se encontraba en el vestuario, después de haber fichado en la empresa, justo en el momento en el que se encontraba poniéndose los equipos de protección individual y la ropa de trabajo. STS de 4 de octubre de 2012, Rec. n° 3402/2011.

5. Trombosis sufrida por el trabajador en tiempo y lugar de trabajo. STS 7 de octubre de 2003.

6. Crisis de taquicardia sufrida en tiempo y lugar de trabajo. STS 13 de octubre de 2003.

7. Infarto acaecido en el vestuario cuando había comenzado la jornada de trabajo. STS de 22 de diciembre de 2010, Rec. n° 719/2010. La enfermedad se produce en los vestuarios, que se reputa como centro de trabajo, sin que el trabajador accidentado se encontrara en tiempo de descanso.

8. Shock volémico secundario, a sangramiento digestivo abundante por gastritis hemorrágica, no existiendo antecedentes médicos de enfermedad, en cuanto que se produjo

en tiempo y lugar de trabajo. STS de 15 de junio de 2010, Rec. n° 2101/2009.

9. La hemorragia cerebral sufrida por un trabajador durante la pausa de descanso para comer, cuando con carácter previo, durante la jornada laboral y en el centro de trabajo se había sentido indispuerto comunicándolo a los compañeros de trabajo. STS de 10 de diciembre de 2014, Rec. n° 3138/2013.

10. Insuficiencia respiratoria aguda por embolia pulmonar que produce la muerte del trabajador que se dirigía a su domicilio tras finalizar la jornada de trabajo, si bien, se había sentido indispuerto en el lugar y tiempo de trabajo comunicándolo a los servicios médicos de la empresa.

11. Lesión sufrida por el trabajador en el lugar de trabajo, pero no en tiempo de trabajo en sentido estricto en supuestos especiales. Véase la STS de 20 de abril de 2015, Rec. n° 1487/2014.

12. Infarto sufrido por trabajador del mar mientras se encontraba en el buque fuera del horario de trabajo, pero sujeto a disponibilidad.

Son supuestos en los que se ha negado la posibilidad de calificar el accidente de etiología laboral:

1. Cuando la enfermedad que sufre un trabajador, si bien es en lugar de trabajo, tampoco es menos cierto que la manifestación de la misma comienza antes de iniciar la jornada de trabajo. En este sentido la STS de 6 de octubre de 2003, Rec. n° 3911/2002.

2. Infarto acaecido en el lugar de trabajo, pero antes de haber dado inicio la jornada de trabajo. SSTS de 20 de diciembre de 2005 y de 22 de noviembre de 2006.

3. Lesión sufrida en lugar y tiempo de trabajo que derive de una enfermedad común en atención a los antecedentes médicos del trabajador afectado. STS de 16 de abril de 2004.

4. Embolia sufrida por un trabajador cuando se dirige a su domicilio después de haber concluido su jornada de trabajo, aún cuando

se manifieste la patología en las proximidades del centro de trabajo. STS de 16 de julio de 2004.

5. Infarto agudo de miocardio de un trabajador que se encuentra en su domicilio en situación de guardia localizada o disponibilidad permanente. STS de 7 de febrero de 2001, Rec. n° 132/2000, que a su vez recuerda las SSTS de 4 de julio de 1995, 21 de septiembre de 1996, 20 de marzo de 1997, 14 de febrero de 1998 y 11 de julio de 2000.

Para una mayor comprensión, en lo que respecta a las guardias localizadas, cabe reseñar que por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en las sentencias de 3 de octubre de 2000, asunto Simap; y 9 de septiembre de 2003, asunto Jaeger, entiende que no se pueden entender como tiempo de trabajo efectivo.

6. Trabajador que sufre un accidente de trabajo dentro de la jornada de trabajo mientras estaba realizando una gestión tributaria de carácter personal, aún con autorización del empresario. STS de 29 de marzo de 2007, Rec. n° 210/2006. Niega el carácter profesional del accidente la Sala en cuanto que existe una interrupción autorizada de la jornada laboral, sin que concurra ambos elementos de lugar y tiempo de trabajo exigidos por el precepto en cuestión.

7. El accidente de tráfico sufrido por una trabajadora para acudir a una consulta médica previa autorización de la empresa, toda vez que se enmarca en la realización de una gestión de carácter privado que no guarda relación con el trabajo. STS de 10 de diciembre de 2009, Rec. n° 3816/2008. En un sentido muy similar se ha pronunciado la STS de 15 de abril de 2013, Rec. n° 1847/2012.

Tal y como se ha dicho al principio, la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS es una presunción que admite prueba en contrario, exigiendo a tal efecto la jurisprudencia que para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad surgida en el

tiempo y lugar de prestación de servicios, es menester que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal.

Para el caso de que se trate de una dolencia congénita es necesario, en aras de destruir la presunción de laboralidad, que es ajena a factores exógenos, de manera que la crisis que desencadena la lesión física o psíquica pudo haberse producido en cualquier otro momento fuera del tiempo de trabajo y en cualquier otro lugar que no sea el de la prestación de servicios profesionales.

Al respecto se ha pronunciado, a modo de ejemplo, la STS de 16 de diciembre de 2005.

b) Lugar de trabajo

La jurisprudencia ha venido equiparando los términos «lugar de trabajo» y «centro de trabajo», y ello en aras de exigir responsabilidad en el accidente acaecido no solo a la subcontrata empleadora del trabajador accidentado, sino también a la empresa principal. En este sentido se ha pronunciado la STS de 22 de noviembre de 2002, Rec. n.º 3904/2001.

El accidente de trabajo es definido en la sentencia de 18 de diciembre de 1996, Rec. n.º 2343/1996, como el «*lugar en que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el del lugar habitual*».

También, en la STS de 9 de diciembre de 2003, Rec. n.º 2358/2002, se concibe el «lugar de trabajo» restringido únicamente al «*espacio físico en donde se desarrolla la actividad profesional con presencia y disponibilidad plena*».

6.3. Supuestos legales

El art. 115.2 LGSS 1994 contiene una lista en la que enumera una serie de supuestos de hechos que, en el caso de concurrir, necesaria-

mente debe calificarse la existencia de accidente de trabajo.

Pasamos a continuación al examen de cada uno de ellos por separado.

a) Accidente de trabajo in itinere

Se ha mantenido por la jurisprudencia que el accidente en trayecto solo es de carácter profesional cuando las dolencias sufridas se producen a consecuencia de una acción súbita y violenta, equiparándolo al concepto vulgar y tradicional de un accidente. STS de 16 de julio de 2004.

Afirma con rotundidad la STS de 30 de mayo de 2000 que el accidente «in itinere» es el accidente sufrido por un trabajador en sentido estricto, quedando excluidas las dolencias o procesos morbosos de distinta etiología y modo de manifestación. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 18 de enero de 2011, Rec. n.º 3558/2009.

Por tanto, según la STS de 30 de junio de 2004, para que las enfermedades que despliegan sus efectos patológicos al ir o volver del trabajo puedan revestir la calificación de accidente de trabajo, es necesario que se pruebe la existencia de una relación de causalidad con el trabajo. Es decir, que la enfermedad que se manifiesta en el desplazamiento del trabajador de su domicilio al trabajo o viceversa, debe tener su origen directo en el trabajo desempeñado.

Por otro lado, como ya se dijo en relación al estudio de este supuesto legal en la LGSS de 1974, es menester que el accidente se produzca al ir o volver del domicilio, quedando excluido:

1. El accidente de trabajo sufrido cuando el trabajador se dirigía al lugar de trabajo desde el domicilio de un familiar, en cuanto que el mismo no tiene la consideración de punto normal de partida o llegada del trabajador. SSTS de 29 de septiembre y 17 de diciembre

de 1997; y 29 de septiembre y 19 de enero de 2005, Rec. n° 6543/2003.

2. El accidente con ocasión del regreso tras disfrutar de un puente dirigiéndose el trabajador directamente al trabajo. STS de 29 de septiembre de 1997.

3. Accidente sufrido cuando el trabajador, tras haber pernoctado en un domicilio diferente al legal o habitual se dirige al centro de trabajo, utilizando incluso un vehículo distinto al suyo habitual y realizando el desplazamiento por un itinerario distinto al habitual. SSTS de 19 de enero y 20 de septiembre de 2005.

4. El que sufre un trabajador justo al salir del domicilio para dirigirse al trabajo o al entrar el domicilio de regreso del trabajo.

Por el contrario, sí que se ha calificado de accidente de trabajo el que sufre un trabajador cuando estaba descendiendo las escaleras del inmueble donde se ubica su vivienda, en cuanto que, como razona la STS de 26 de febrero de 2008, Rec. n° 1328/2007, *«ya no está en el espacio cerrado, exclusivo y excluyente para los demás, constitucionalmente protegido, sino que ya ha iniciado el trayecto que es necesario recorrer para ir al trabajo, transitando por un lugar de libre acceso para los vecinos y susceptible de ser visto y controlado por terceras personas ajenas a la familia»*.

5. Accidente acaecido cuando el trabajador se desplaza al lugar de trabajo desde el domicilio de una persona con el que se mantiene una relación sentimental. STS de 28 de febrero de 2001, Rec. n° 3493/1999.

6. La agresión sufrida por un trabajador a manos de un compañero de trabajo cuando sale de su domicilio y se dirige al lugar de trabajo, sin que medie una relación de convivencia con el trabajo. STS de 20 de junio de 2002, Rec. n° 2297/2001.

7. No es accidente el que sufre un trabajador cuando se dirige al centro de trabajo que se encontraba cerrado y que iba a continuar sin actividad durante un mes más al efecto de

entregar el parte médico de alta. STS de 25 de mayo de 2015, Rec. n° 2163/2014.

b) Accidente de trabajo en misión

La STS de 24 de septiembre de 2001, Rec. n° 3414/2000, viene a calificar como accidente de trabajo el que sufre un trabajador, no solo con ocasión de la actividad laboral mientras se encuentra desplazado, sino que además, también lo amplía a los sucesos sobrevenidos con posterioridad a la finalización de la actividad laboral.

Siguiendo la doctrina sentada por la sentencia citada, en la misma se califica como profesional el infarto sufrido por un conductor mientras estaba descansando en un hotel tras finalizar su jornada de trabajo.

Parte el Alto Tribunal de que en estos supuestos *«el trabajador «itinerante» está en ese itinerario desde que abandona su domicilio hasta que vuelve a él, cuando concluye las tareas que tiene encomendadas»*, por lo que ante la imposibilidad de regresar, una vez finalizado el trabajo, a su domicilio habitual, lo que imposibilita también la necesidad de reincorporarse a su puesto de trabajo para reanudar las tareas encomendadas, implica que se deba exigir una cierta protección del trabajador a instancia de la empresa, de aquí que se entienda accidente de trabajo la lesión sufrida por el trabajador mientras esté desplazado, salvo que se rompa el nexo entre el daño soportado y la situación laboral, que en palabras del Tribunal Supremo, ocurre cuando se *«produzcan hechos que, en efecto, se apartan de la situación que es laboral por extensión»*.

Ahora bien, esta doctrina ha sido modificada por la STS de 6 de marzo de 2007, Rec. n° 3415/2015, la cual entiende que *«En cuanto al accidente que se produce en la realización del trabajo que constituye el objeto de la misión, su régimen es el normal del artículo 115.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Pero no todo lo que sucede durante la*

misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral».

Consideración jurídica esta última que lleva a la Sala Cuarta en la sentencia objeto de estudio a concluir que *«De acuerdo con esta doctrina, no puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en el tiempo y el lugar del trabajo, aunque se trate de periodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado».*

No cabe duda de que esta rectificación de doctrina jurisprudencial va referida en especial a la sentencia antes comentada de 24 de septiembre de 2001, siendo además que la nueva doctrina ha sido seguida por otras sentencias ulteriores, como por ejemplo, la STS de 11 de febrero de 2014, Rec. n.º 42/2013, que niega la etiología profesional de la lesión sufrida por el trabajador consistente en un ictus cerebral que se manifiesta cuando aquél, estando en misión, se encontraba descansando en un hotel.

En resumidas cuentas, para calificar de accidente laboral el accidente en misión, es menester estar a la concurrencia de los elementos del art. 115.1 LGSS o, al menos, que la lesión se produzca en tiempo y lugar de trabajo para que pueda operar la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS, y así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia.

A los meros efectos ilustrativos, y en relación a esto último, la STS de 19 de julio de 2010 calificó de laboral el accidente sufrido por un trabajador transportista, consistente en un derrame cerebral, cuando tomaba un café mientras realizaba un descanso técnico, de modo que, en cumplimiento de la normativa de aplicación, tiene la consideración de horas de presencia y computa como tiempo de trabajo, concurriendo los elementos exigidos para desplegar los efectos la presunción de laboralidad.

c) Accidentes de trabajo acaecidos con ocasión o por consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical

El art. 115.2.b) LGSS prácticamente reproduce el tenor literal del apartado a), al tiempo que define como accidente de trabajo el sufrido por un trabajador al ir o al volver del lugar donde se ejerciten las funciones de carácter sindical.

Se puede decir que lo expuesto para el accidente en trayecto es aplicable al presente supuesto, y así lo ha entendido, a modo de ejemplo, la STSJ de Andalucía, sede Granada, de 23 de julio de 2008, Rec. n.º 803/2008, que ha negado la consideración de accidente de trabajo la enfermedad sufrida por un trabajador, que esperando el autobús para desplazarse con motivo de elecciones sindicales sufrió un infarto agudo de miocardio.

La expresión «cargos electivos de carácter sindical» comprende a los representantes de los trabajadores que, de acuerdo con la norma estatutaria, son los delegados de personal y miembros del comité de empresa, junto también con los delegados sindicales. La STSJ del país Vasco de 4 de marzo de 2003, Rec. n.º 1/2003, lo amplía a los delegados de prevención.

La sentencia de suplicación mencionada amplía la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS al supuesto en el que el accidente acaece fuera del lugar de trabajo, pero con ocasión del ejercicio de funciones de representación sindical, es decir, cuando el trabajador afectado se encuentra actuando en representación legal o sindical de los trabajadores de la empresa en la que también es trabajador, aún encontrándose fuera del lugar de trabajo.

La STSJ de Asturias de 14 de febrero de 2003, Rec. n.º 3026/2000, califica de común la contingencia de Incapacidad Temporal de un trabajador, presidente del comité de empresa, que asiste a un acto organizado por el sindicato Unión General trabajadores (UGT), cuando

después de la comida presenta un cuadro de vegetatosi y dolor a nivel hipocondrio.

Sostiene la sentencia de suplicación que la presunción de laboralidad radica cuando el trabajador, que ostente la condición de representante legal o sindical de los trabajadores, sufre una lesión, la cual debe tener necesariamente su origen (o causa directa) en el desarrollo de sus funciones de representación, circunstancia esta última que no concurría en el caso de autos «*en cuanto a la fiesta campestre que participaba no asistía como representante sindical ni por obligación de tal carácter, dado que estaba abierto a todo aquel que deseara participar previa retirada de la correspondiente invitación*», a lo que añade que su presencia al acto tenía carácter voluntario y no estaba condicionada por su cargo sindical.

d) Acaecidos en actos de salvamento y análogos

Se califica como accidente de trabajo el que sufre un trabajador durante el tiempo de trabajo y que redundan en beneficio de terceras personas.

A modo de ejemplo, y ante la escasez de sentencias recaídas en la materia se puede calificar como laboral:

1) El accidente sufrido por una camarera que acude al establecimiento donde presta sus servicios profesionales (lugar de trabajo) con el objeto de avisar a los clientes de que se ha producido un incendio en la entrada del establecimiento hostelero. STSJ Islas Baleares de 27 de mayo de 2004, Rec. n° 187/2004.

2) También el supuesto en el que un trabajador que presta sus servicios profesionales como policía, estando de vacaciones, sufre un infarto agudo de miocardio cuando trató de evitar un hurto, revistiendo carácter de laboral la contingencia por el hecho de que resultaba obligado a intervenir. STSJ de 12 de julio de 2002, Rec. n° 1090/2002.

e) Enfermedades no profesionales que tienen su origen directo en la ejecución del trabajo

Recuerda la STS de 27 de febrero de 2008, Rec. n° 2716/2008, que para que se pueda calificar una enfermedad como accidente de trabajo en sentido estricto es necesario que, tal y como exige la norma legal, la ejecución del trabajo sea la «*causa exclusiva de la enfermedad [común], de manera que para calificar el suceso como AT no basta con que la enfermedad se exteriorice con ocasión del trabajo, al no estar el supuesto privilegiado con la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS. [antes al contrario, la norma requiere prueba expresa de causalidad], habiendo afirmado al respecto esta Sala que «el hecho de que una enfermedad de etiología común se revele exteriormente con ocasión del ejercicio de la ocupación laboral no dota a la misma, sin más, de la característica jurídica de accidente de trabajo, en tanto en cuanto no se demuestre la efectiva influencia de aquel ejercicio laboral en la aparición de la patología de referencia» (STS 24/05/90 [RJ 1990\4498], en recurso de casación por infracción de ley)*».

A la vista de lo anterior se ha calificado como enfermedad del trabajo:

1) El estrés en el trabajo. STS de 11 de abril de 1990.

2) El trastorno adaptativo con alteración mixta de las emociones y de la conducta sufrido por un ertzaina, es decir, un policía miembro del cuerpo de policía autonómica vasca, contraída a consecuencia de su trabajo al sufrir de forma continuada insultos, amenazas, y agresiones. STS de 18 de enero de 2005, Rec. n° 6590/2003.

3) Infarto de miocardio provocado o inducido por la realización de tareas profesionales que precisan de un gran esfuerzo físico. STS de 15 de febrero de 1996.

4) La dolencia que se produce en el trabajo y no guarda relación con ningún factor ajeno. STS de 27 de febrero de 1997.

5) El estado ansioso depresivo motivado por el temor a ser incapaz de desarrollar el trabajo. STSJ de Madrid de 19 de mayo de 2011, Rec. n.º 1661/2011.

6) Patologías psíquicas derivadas de acoso laboral (mobbing) o acoso sexual, las cuales son calificadas de accidente de trabajo siempre que se acredite la existencia del nexo causal. SSTSJ de Cantabria de 21 de marzo de 2014, Rec. n.º 7/2014, y Navarra de 5 de marzo de 2014, Rec. n.º 47/2014.

f) Enfermedades o defectos padecidas con anterioridad

El Tribunal Supremo, ya desde antaño, viene calificando de accidente de trabajo el que se produce por agravación de enfermedades o defectos padecidos con anterioridad. Al efecto se pronunció la sentencia de 24 de abril de 1985.

Las SSTs de 11 de abril y 20 de junio de 1990, 27 de octubre de 1992 y 23 de febrero de 2010 definen este supuesto de accidente de trabajo como la enfermedad que no tiene en el trabajo su causa determinante, sino que padece con anterioridad, pero que como consecuencia de este se agrava, se agudiza o desencadena.

No se puede olvidar, como entiende la STS de 24 de mayo de 1990, que no es suficiente con el hecho de que el trabajador sufra una enfermedad de etiología común y que esta se manifieste al tiempo que aquél se encuentra prestando sus servicios profesionales, sino que es necesario que el trabajo sea el desencadenante de la manifestación o exteriorización de la patología común.

Asimismo, la STS de 15 de julio de 2015, Rec. n.º 1594/2014, tras reiterar la doctrina de la Sala Cuarta en interpretación del art. 115.2.f) LGSS 1994, cual es la de afirmar que es accidente de trabajo la agravación de cualquier enfermedad que sufra un trabajador siempre y cuando tenga su origen en el

desempeño del trabajo, concluye que se reputa accidente de trabajo el hecho de que el trabajador padeciera «*lesiones degenerativas en su columna vertebral antes del accidente*» con la particularidad de que «*esa patología no le había mermado sus facultades para ejercer las labores propias de la profesión que ejercía –no consta siquiera la existencia de bajas anteriores a causa de esas dolencias– y después del accidente quedó incapacitado*». Y termina diciendo que «*El supuesto aparece así como paradigma del mandato legal: lesiones anteriores al accidente que se agravan a consecuencia del sufrido en el desempeño del trabajo*».

g) Enfermedades intercurrentes

La STS de 10 de julio de 2007, Rec. n.º 54/2006, califica de accidente de trabajo por apreciar la existencia de enfermedad intercurrente el hecho de que un trabajador causa baja médica por incapacidad temporal, la cual tiene un doble origen, pues, de una parte, fue causada por unas lesiones de la rodilla derecha derivadas de accidente de trabajo y, de otra parte, por dolencias producidas por enfermedad común (dolencias lumbares).

Tras analizar el art. 115.2 LGSS 1994, estima que «*todo proceso de incapacidad temporal es una realidad de contenido unitario, cuyos efectos se aplican de forma única e indiferenciada a toda la situación protegida, sin que sea posible establecer diferencias ni distingos en cuanto a su protección. Esto significa que la enfermedad lumbar que sufre el actor, debe ser calificada de «enfermedad intercurrente», habida cuenta que al ser una de las causas generadoras de la incapacidad temporal analizada, modifica en su gravedad las consecuencias del accidente al reforzar la incapacidad para el trabajo del actor, y constituye una complicación del proceso patológico del mismo*».

Téngase en cuenta que, y así lo recuerda la STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2012, Rec. n.º 4085/2012, por el simple hecho

de que aparezca una enfermedad de origen común que sea mas grave, ello carece de incidencia alguna en orden a cambiar el carácter profesional de la situación de incapacidad temporal cuando aún no se había alcanzado la curación de las patologías desencadenantes de la baja médica derivada de accidente de trabajo.

Por el contrario se ha negado la calificación de accidente de trabajo el supuesto en el que un trabajador es declarado en situación de Incapacidad Permanente en grado de Total derivado de accidente de trabajo desde el año 1978, en base a un cuadro residual de artrosis D11, D12, L1, y posteriormente es diagnosticado de cardiopatía isquémica con diversas patologías cardíacas, afirmando el Alto Tribunal que estas patologías de carácter coronario no han podido resultar modificadas por enfermedades intercurrentes. STS de 18 de febrero de 2002, Rec. n° 2424/2001.

6.4. Ruptura del nexo causal

Este apartado nos lleva al análisis del art. 115.4 LGSS 1994, según el cual no pueden ser calificado como accidente de trabajo el que sea debido a:

- a) Fuerza mayor extraña al trabajo.
- b) Dolo del trabajador accidentado.
- c) Imprudencia temeraria del trabajador afectado.

a) *Fuerza mayor*

El art. 115.4.a) define «fuerza mayor» como «la que sea de tal naturaleza que «ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente».

Como señala la STS de 22 de diciembre de 1997, Rec. n° 1969/1997, el legislador español no diferencia entre fuerza mayor y caso fortuito, de manera que se regula conjuntamente en

el art. 1105 del Código Civil, de manera que la distinción radica en el hecho de que el accidente sea imprevisible e inevitable, en este caso hablaremos de fuerza mayor; y cuando el accidente es imprevisible, pero que de haber sido previsto hubiera sido evitable estaremos en un supuesto de caso fortuito.

En la doctrina jurisprudencial se puede encontrar como ejemplo de caso fortuito las averías y como caso de fuerza mayor los rayos, guerras, insolación, y otros acontecimientos naturales, supuestos contenidos también en el precepto legal en cuestión.

Tal y como señalan las Sentencias de 2 de febrero de 1980, 4 de marzo de 1981, 25 junio de 1982 y 3 de noviembre de 1988, la fuerza mayor se constituye por «*aquellos hechos que aun siendo previsibles, sean sin embargo inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motiva sea independiente y extraña a la voluntad del sujeto obligado*» o como señalan las Sentencias de 7 de junio, 28 de septiembre y 10 de noviembre de 1988 «*la fuerza mayor se caracteriza por dimanar de sucesos imprevistos e inevitables que rebasan los tenidos en cuenta en el curso normal de la vida y extraños al desenvolvimiento ordinario de un proceso industrial*» o como dice la citada del 3 de noviembre de 1988 el suceso «*no tuvo una causa externa o ajena al funcionamiento del servicio*».

b) *Dolo*

No se considera accidente de trabajo el que sea debido a una conducta dolosa imputada al trabajador.

Se concibe el dolo por la Sala Cuarta como la «*realización del acto dañoso con ánimo intencional y deliberado*», y así lo define la STS de 13 de marzo de 2008, Rec. n° 4592/2006.

Una definición mas amplia la podemos encontrar en la doctrina de suplicación. A modo de ejemplo, la STSJ Castilla La Mancha de 16

de marzo de 2006, Rec. n.º 1389/2005, lo conceptúa como *«la comisión voluntaria, racional, de una actividad en orden a conseguir la realización del accidente para obtener las prestaciones correspondientes»*.

Un caso a tratar es el suicidio del trabajador, de modo que, no cabe duda de que el hecho de quitarse la vida el trabajador, aún encontrándose en tiempo y lugar de trabajo, no puede calificarse de accidente de trabajo cuando este sea debido a la voluntad del trabajador y sin que su decisión venga influenciada por patologías psíquicas que traigan causa directa en la ejecución del trabajo.

A tal efecto cabe traer a colación la STS de 25 de septiembre de 2007, Rec. n.º 5452/2005, en la cual se hace un estudio de la evolución de la jurisprudencia habida sobre la materia.

Se niega el carácter profesional de la muerte por suicidio de un trabajador:

1) al que previamente se le había acusado de un robo material en el trabajo. STS de 31 de marzo de 1952.

2) que había sido ingresado en un hospital por trastorno psiquiátrico derivado de accidente de trabajo, una vez que no había quedado acreditado la existencia de una relación causa-efecto directa y exclusiva entre el trastorno mental, que era la obsesión por quedarse inútil para el trabajo y la decisión de suicidarse. STS de 29 de marzo de 1962.

3) *«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»*. STS de 19 de febrero de 1963.

4) con categoría profesional de cocinero que se arroja al mar del barco donde prestaba sus servicios profesionales a consecuencia de las patologías psíquicas que venía padeciendo, pero no consta *«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»*. STS de 28 de enero de 1969.

Sin embargo, va a ser en los años 70 cuando aparecen las primeras sentencias en las que se califica de accidente de trabajo el suicidio de un trabajador, que trae su causa en el trastorno mental sufrido por el trabajador, el cual, a su vez, fue producido por las secuelas de un previo accidente de trabajo. STS de 29 de octubre de 1970. En una línea semejante se pronunció la STS de 26 de abril de 1974.

Concluye la sentencia comentada afirmando que *«Las consideraciones de los apartados anteriores ponen de manifiesto la relevancia que en el enjuiciamiento de los supuestos de suicidio tienen las circunstancias de cada supuesto concreto. Si bien es cierto que la presunción de laboralidad del actual art. 115.3 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»*.

Es decir, el suicidio no debe suponer por sí solo un acto voluntario de poner fin a la vida, por lo que no puede regir la exclusión automática del art. 115.4.b) LGSS, sino que habrá que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso en aras de examinar la conexión, si la hay, entre el suicidio y las circunstancias del trabajo que venía prestando el trabajador en cuestión.

c) Imprudencia temeraria

Define la STS de 10 de diciembre de 1968 la imprudencia temeraria como la conducta que implica la inobservancia de las más elementales medidas de precaución.

La STS de 23 de octubre de 1971 lo concibe como el actuar con desprecio del riesgo cierto que se deriva del trabajo o de una determinada tarea.

Se ha considerado imprudencia temeraria:

1) Conducir en dirección prohibida cuando el trabajador se dirigía al centro de tra-

bajo a sabiendas de que circulaba en sentido contrario. STS de 22 de enero de 2008, Rec. n.º 4756/2006.

2) Trabajador que se dirige al centro de trabajo conduciendo una motocicleta, que se para en un semáforo en rojo, pero que antes de que este se ponga en verde, inicia la marcha, colisionando con un tercer vehículo que circulaba de forma correcta. STS de 18 de septiembre de 2007, Rec. n.º 3750/2006.

3) El sufrido por un trabajador cuando se dirigía al centro de trabajo haciendo uso de un medio de transporte expresamente prohibido por la empresa y utilizando un camino, que no carretera asfaltada, distinto al habitual que se debía utilizar para su mayor seguridad y que la empresa le había instruido al efecto. STS de 22 de diciembre de 1987.

4) La colisión mortal contra un tren cuando cruzaba indebidamente la vía, en cuyo margen trabajaba, por un paso a nivel sin barrera debidamente señalizado, y con perfecta visibilidad. STS de 25 de febrero de 2014, Rec. n.º 1313/2013.

5) Accidente producido bajo los efectos del alcohol, siempre que sea el consumo el causante del siniestro, si bien se ha de estar a las circunstancias concurrentes en cada caso. STS de 31 de marzo de 1999.

6.5. Imprudencia Profesional

El art. 115.5 LGSS 1994 contempla dos supuestos en los que no puede entenderse que exista ruptura del nexo de causalidad, de modo que de concurrir los elementos del art. 115.1 LGSS 1994 necesariamente se debe calificar la contingencia como profesional.

Nos ocupamos de forma muy breve del apartado a), que contempla la imprudencia profesional, que no temeraria.

A tal efecto, la razón de ser de este precepto legal se encuentra, como refie-

re la STS de 13 de marzo de 2008, Rec. n.º 4592/1996, en el hecho de que *«la legislación social, a efectos de la protección de la contingencia de accidente laboral, trata de «defender» al trabajador de toda falta de cuidado, atención o negligencia, que no lleve a una calificación como imprudencia temeraria, y se cometa dentro del ámbito de su actuación profesional»*.

Tal es así que, sigue afirmando la sentencia reproducida, *«Es interesante recordar, al efecto, que, incluso la STS Sala Segunda n.º 491/2002 (Rec. 1048/2000) de 18 de marzo de 2002 afirma que «en materia de accidentes de trabajo (SS. de 19.10.2000, 17.5.2001, 5.9.2001 y 17.10.2001). ...se considera un principio definitivamente adquirido, como una manifestación más del carácter social que impera en las relaciones laborales, el de la necesidad de proteger al trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales (véase el fundamento de derecho 6.º de la sentencia de 5.9.2001, que acabamos de citar)» y que «En los casos de imprudencia relativa a la circulación de vehículos de motor es claro que, a diferencia de los accidentes laborales, no existe una legislación específica protectora de la víctima.»»*.

En base a lo expuesto, el Alto Tribunal excluye calificar de temeraria la imprudencia del trabajador que motiva el accidente de tráfico cuando circulaba con un camión de la empresa con una velocidad de 140 km/hora en un tramo en el que la velocidad máxima permitida era de 90 km/hora. Sin embargo sí que objetiva la existencia de imprudencia profesional por el exceso de velocidad, lo cual no rompe el nexo de causalidad y, por ende, la contingencia debe ser calificada como accidente laboral.

Otro ejemplo se contiene en la STS de 10 de mayo de 1988, que consideró imprudencia no temeraria, por tanto, de índole profesional el saltarse un stop el trabajador, y es que como recuerda la STS 23 de octubre de 1971 la imprudencia profesional es el resultado de la confianza que se genera por la habitualidad.

6.6. Culpabilidad del empleador/ compañero de trabajo/ un tercero

El art. 115.5.b) LGSS 1994 contempla que la lesión sufrida por un trabajador como consecuencia de la culpa, ya sea civil o criminal, en el que incurre el empresario, un compañero de trabajo o una tercera persona, siempre que guarde relación con el trabajo, no excluye la calificación de accidente de trabajo, y así lo ha venido manteniendo la jurisprudencia.

Veamos algunos supuestos contemplados por la jurisprudencia.

1) No puede calificarse accidente de trabajo la agresión sufrida por un trabajador al salir de su domicilio cuando se dirigía al trabajo a manos de un compañero de trabajo sin causalidad laboral. Afirma la STS de 20 de junio de 2002, Rec. n° 2297/2001, que *«cuando los hechos enjuiciados, aunque materialmente se produzcan en el trayecto que conduce al centro de trabajo y precisamente cuando se inicia dicho trayecto, si responden a una motivación claramente ajena al trabajo, en sí mismo considerado, es evidente que a tenor del apartado b) del núm. 5 del art. 115 de la Ley de Seguridad Social de 1994, no puede calificárseles de propio accidente laboral»*.

2) Es accidente de trabajo la muerte por homicidio del trabajador, cuyo autor material es un compañero de trabajo. STS de 27 de diciembre de 1975.

3) Por el contrario, no puede calificarse como accidente de trabajo el homicidio causado por otro trabajador del mismo centro de trabajo cuando esta conducta sea debido a resentimientos o motivos personales absolutamente ajenos al trabajo. STS de 27 de diciembre de 1975.

4) Es accidente de trabajo el fallecimiento de un trabajador que sufrió un atentado terrorista mientras estaba prestando sus servicios profesionales, de manera que de no haber estado trabajando no le hubiera ocurrido. STS de 3 de mayo de 1988.

5) En igual sentido la muerte ocasionada por un atentado cuando se dirigía a trabajar el fallecido. STS de 14 de diciembre de 1981.

En conclusión, para saber si nos encontramos o no en el supuesto de hecho contenido en el art. 115.5.b) LGSS 1994, no cabe sino estar a lo expuesto por la STS de 14 de octubre de 2014, Rec. n° 1786/2013, cuando afirma que *«la excepción final referida del 115.5 de la Ley General de la Seguridad Social deberá interpretarse como excluyente de la calificación de accidente de trabajo cuando la agresión obedezca a motivos determinados ajenos al trabajo y próximos a circunstancias de agresor y agredido, pero no en los casos en los que, por las circunstancias, el suceso deba ser calificado como caso fortuito tal y como aparece configurado en la doctrina de la Sala 1ª de este Tribunal que exige (S. De 4 noviembre de 2004) «que se trate de un hecho que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable – SS. 29 abril 1988, 1 diciembre 1994, 31 de marzo 1995, siendo inexcusable la imprevisibilidad del daño causado...»*.

7. REAL DECRETO 1087/2015, DE 4 DE DICIEMBRE, SOBRE PROCEDIMIENTO, CONDICIONES Y ALCANCE DEL RECONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE Y MUERTE Y SUPERVIVENCIA PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO DERIVADO DE SU INCLUSIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: UNA RECIENTE NOVEDAD LEGISLATIVA

La citada norma reglamentaria, tal y como prevé de forma expresa su Exposición de Motivos, tiene por objeto proceder *«al desarrollo reglamentario de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por*

el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, para el citado colectivo, en materia de incapacidad permanente y muerte y supervivencia».

No cabe sino afirmar que este Real Decreto califica como Accidente de Trabajo el que sufre el personal de las Fuerzas Armadas, así como de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con ocasión de lo que denomina como «*acto de servicio o como consecuencia de atentado terrorista*».

Así pues, en lo que respecta al ámbito subjetivo, el art. 2 de la citada norma reglamentaria hace una enumeración de las personas que se encuentran dentro de su esfera de aplicación, comprendiendo:

a) El personal militar que se indica a continuación:

1.º Los militares de carrera que mantienen una relación de servicios profesionales de carácter permanente.

2.º Los militares de complemento que mantienen una relación de servicios profesionales de carácter temporal.

3.º Los militares de tropa y marinería que mantienen una relación de servicios de carácter temporal.

4.º Los alumnos que ingresen en los centros docentes militares que mantienen una relación de servicios sin vinculación profesional.

5.º Los reservistas cuando se incorporen a las Fuerzas Armadas que mantienen una relación de servicios sin vinculación profesional, en los términos previstos en el artículo 134 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar.

b) El personal del Cuerpo de la Guardia Civil que se indica a continuación:

1.º Los militares de carrera de la Guardia Civil que mantienen una relación de servicios profesionales de carácter permanente.

2.º Los alumnos de los centros docentes de formación de la Guardia Civil que mantienen una relación de servicios sin vinculación profesional.

c) Los miembros de la Policía Nacional que a continuación se indican:

1.º Los funcionarios de carrera de dicho cuerpo.

2.º Los inspectores-alumnos.

3.º Los policías-alumnos.

La competencia para declarar el carácter profesional de la contingencia de la situación de Incapacidad Permanente de las personas enumeradas en el art. 2 antes expuesto, y una vez que, con antelación se haya emitido por la autoridad competente, ya sea el Ministerio de Defensa, si el beneficiario es personal militar o Guardia Civil, o por el Ministerio de Interior, si se trata de un Policía Nacional, la preceptiva declaración de «acto de servicio», se atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social de acuerdo con el art. 6 de la norma objeto de estudio.

Así pues, a la vista de lo ya expuesto, se puede concluir que se asemeja el accidente de trabajo a «acto de servicio», pero no existe una definición de esta expresión en el Real Decreto 1087/2015, por lo que surge la cuestión acerca de qué debemos entender por «acto de servicio», una vez que se condiciona la calificación como accidente de trabajo la situación de incapacidad permanente que deriva de un «acto de servicio» o como consecuencia de un atentado terrorista.

No creo que en la práctica forense se pueda suscitar problema alguno en cuanto a la calificación como accidente de trabajo el que tenga su origen en un atentado terrorista, pero sí que podría suscitarse algunas dudas en cuanto a la expresión «acto de servicio».

Ahora bien, llegado a este extremo se hace necesario partir del tenor literal del art. 7.1.e) de la Ley General de la Seguridad

Social, cuya redacción vigente es idéntica a la anterior de 1994, al incluir en el sistema de la Seguridad Social, a los meros efectos de prestaciones contributivas, a los funcionarios públicos, civiles y militares, lo que lleva a entender que es de aplicación el tenor literal de los arts. 114 y siguientes LGSS 1994 y arts. 155 y siguientes LGSS 2015, sin dejar al margen el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

Es decir, que, si bien es cierto que la Disposición Adicional Tercera de la vigente Ley General de la Seguridad Social lo que persigue es incluir en el Régimen General de la Seguridad Social al personal relacionado en el art. 2.1 de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobada por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, tampoco es menos cierto que, en lo que interesa al presente trabajo, ningún cambio se produce en lo que se refiere a la calificación de la contingencia profesional de un accidente acaecido en acto de servicio.

Es más, se puede predicar los mismos requisitos exigidos jurisprudencialmente, y que hemos visto a lo largo del presente trabajo, para calificar como profesional el accidente sufrido por personal militar, guardia civil o policía nacional. La única particularidad es que se exige que haya acaecido en acto de servicio o que sea consecuencia de un acto terrorista.

Es menester recordar que para calificar como profesional el accidente sufrido por algunas de las personas descritas en la norma reglamentaria que da nombre a este punto del presente trabajo es condición «sine qua non» que, bien el accidente haya acaecido en acto de servicio, bien como consecuencia del mismo.

Por el contrario, si se tratara de una enfermedad profesional ésta deberá constar como adquirida directamente en acto de servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado.

Otra cuestión nos lleva a examinar si es posible o no extrapolar los supuestos del art. 156.2

LGSS 2015 (ex art. 115.2 LGSS 1994) al presente caso.

La respuesta, a priori, debe ser negativa, salvo algunas salvedades, y es que la calificación como profesional de la contingencia prevista por la norma reglamentaria y demás normas de aplicación es tasada, tal y como ya se ha expuesto.

Sin embargo, creo que si es posible extrapolar al personal descrito en el art. 2 del Real Decreto 1087/2015 el supuesto de hecho contenido en el art. 115.2.e) LGSS, en cuanto que, como razona la STSJ de Castilla León, sede Valladolid, Sala Contencioso-Administrativo, de 13 de julio de 2015, Rec. n° 1444/2012, «*Por consiguiente si, como en este caso, nos encontramos ante una enfermedad que se pretende calificar de acto de servicio, es preciso que concurra una de estas dos circunstancias:*

a) *Que conste adquirida directamente en un acto de servicio concreto y determinado, que no deje duda sobre la relación causal entre el servicio y la enfermedad;*

b) *O que quede acreditado que la enfermedad es consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado.*

Se trata de un concepto análogo al contenido en el artículo 115.2.e de la Ley General de la Seguridad Social, que exige que, para calificar una enfermedad como accidente de trabajo «se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo». Es decir, en esta materia existe un especial rigor probatorio respecto de la causalidad entre trabajo y enfermedad, que en el sistema de Seguridad Social se solventa para determinados supuestos mediante el concepto de enfermedad profesional y el juego de presunciones para determinadas patologías y trabajos del artículo 116 de la Ley General de la Seguridad Social y su normativa de desarrollo, lo que aquí no resulta aplicable y es irrelevante, porque la patología del actor no aparece incluida en el Real Decreto 1299/2006».

En cualquier caso, y para terminar, al margen de la interpretación que haga de la reciente norma reglamentaria los tribunales, no ha-

biendo recaído doctrina de suplicación ante el escaso tiempo transcurrido, la cual no se alegrará de la doctrina habida hasta el momento, salvo en lo relativo a las novedades introducidas de carácter procedimental, cabe traer a colación la STSJ de Cataluña de 25 de febrero de 2016, Sala Contencioso-Administrativo, Rec. n° 785/2014, que define accidente en acto de servicio como *«aquel que se produzca con ocasión o como consecuencia de las actividades propias de la prestación del servicio a la Administración, de acuerdo con lo especificado en el apartado 2, del artículo 59 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo (letra d)»*. Solo en estos casos se podrá calificar la contingencia de la prestación de seguridad social como profesional.

8. CONCLUSIONES

Para terminar no quiero sino recordar las estadísticas de accidente de trabajo habidos durante el año 2015, y que han sido publicados por el Ministerio de empleo y Seguridad Social, donde se arroja un total de 518.988 siniestros laborales acompañados de baja médica por Incapacidad Temporal, frente a los resultados habidos en el año 2014 que fueron de 491.099, lo que evidencia que ha habido un ligero ascenso de la siniestralidad laboral en torno a 28.000 accidentes laborales mas.

También se objetiva un ascenso en los accidentes de trabajo con resultado de muerte en el año 2015, que asciende a un total de 608 accidentes, lo que supone un incremento de 28 fallecimientos laborales respecto a los 580 que se registraron en el año 2014.

Llegado a este extremo surge la cuestión de cómo se puede evitar los accidentes laborales.

La respuesta creo que se encuentra en una sensibilización de las partes de la relación laboral en lo referente a los riesgos inherentes a la actividad profesional, y así resulta de mi experiencia judicial en el orden social, donde la calificación de accidentes de trabajo ocupan un papel no poco relevante en la litigiosidad en materia de la Seguridad Social.

Los avances normativos y legales habidos sobre la materia son importantes, así como también la evolución seguida por la jurisprudencia tendente a proteger, desde un punto de vista social, a los trabajadores como la parte mas débil de la relación laboral, sin embargo creo que no existe mucha repercusión de estos avances en las políticas empresariales, en especial en materia de prevención de riesgos laborales y de seguridad.

Como he dicho, es necesario sensibilizar a los empresarios de la necesidad de cumplir con el mayor rigor posible con las normas de prevención y de seguridad, sin olvidar el deber de vigilancia y control hacia los trabajadores para que observen las normas e instrucciones dictadas al efecto, al tiempo que entiendo que los trabajadores deben de mostrar mayor interés en participar en los cursos de prevención, que en ocasiones carecen de contenido práctico, en el uso de los EPI's y de los equipos de protección colectivos, abandonando el exceso de confianza en el desarrollo de la actividad profesional, mas aún cuando entraña gran peligro si atendemos los sectores (industria extractiva y construcción) que cuentan con los mayores índices de siniestralidad.

RESUMEN

El trabajo parte de que fue en el año 1900 cuando se promulgó en España la primera Ley de Accidentes de Trabajo, que supuso una nueva mentalidad en el Legislador motivada por el alto índice de siniestralidad laboral, coincidiendo con el auge de la industria en España, lo que lleva a introducir cambios legislativos en aras de una mayor protección de la parte más débil de la relación laboral, el «operario», término utilizado en el nuevo marco normativo.

Poco tiempo debió de transcurrir para que el Tribunal Supremo tuviera una visión más amplia del concepto de «accidente de Trabajo», el cual no solo se debía restringir al accidente como lesión corporal como tal, sino que, ante el incremento de las enfermedades contraídas con ocasión o como consecuencia de la ejecución del trabajo, se hace necesario incluir la «enfermedad» dentro de la calificación de accidente de trabajo.

A lo largo del siglo XX son las distintas normas jurídicas las que se van sucediendo en esta materia, coincidiendo con un amplio desarrollo jurisprudencial que va obligando al Legislador a introducir, en lo que ya se puede llamar campo del Derecho de la Seguridad Social, los nuevos cambios jurisprudenciales.

Se pretende con este trabajo dar un enfoque amplio de lo que se ha de entender por «accidente de trabajo», desde un punto de vista, no solo interno, sino internacional y comunitario, así como la incidencia en la doctrina de los tribunales españoles, con especial atención y dedicación a la evolución habida sobre esta materia en la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal.

Es amplio el repertorio jurisprudencial recaído sobre la materia, lo que motiva hacer un análisis de esta contingencia profesional desde principios del siglo XX, para comprender mejor cómo hemos llegado hasta la actualidad.

¿Qué es accidente de trabajo?; ¿Cuándo nos encontramos ante un accidente de trabajo?; ¿Cuáles son los supuestos comprendidos en este concepto jurídico?; ¿Por qué surge la necesidad de regular el accidente de trabajo?; ¿Cuál es el objeto perseguido por el Legislador?; ¿En qué consiste la interpretación jurisprudencial recaída sobre la materia? Etc.

Son numerosas las cuestiones o preguntas que surgen en torno al título de este trabajo, y a todas ellas se pretende dar respuesta, bien de forma expresa, bien de forma tácita.

Así pues, y a modo de finalización, este estudio concluye con los datos estadísticos publicados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social sobre la siniestralidad laboral habida en el año 2015, donde se puede interpretar que mucho trabajo queda aún por hacer.

Palabras clave: Accidente de trabajo, calificación, presunción *iuris tantum* de laboralidad, trabajo por cuenta ajena, tiempo de trabajo, culpa. Imprudencia.

ABSTRACT

This work starts with the fact that it was in 1900 when the first Law on Work Accidents was enacted in Spain; it meant a new way of thinking for lawmakers due to the high percentage of accidents at work in the heydays of the industry in Spain, which led to introduce changes in legislation so as to give a wider protection to the weakest part of the employment relationship, the «operator», a term used in the new regulatory framework.

The High Court could soon have a wider vision of the concept of «work accident», which was not only limited to the accident as body injuries as such, but due to the rise of illnesses as a consequence of the execution of work, it is necessary to include the “illness” as part of the concept of work accident.

Throughout the 20th century there have been different laws in this matter, at the same time as the jurisprudential development which make lawmakers introduce new jurisprudential changes in what can already be defined as the field of Social Security Law.

The aim of this work is to give a wider focus on what has to be understood as «work accident» from an internal but also international and community point of view, as well as the effect on the doctrine of Spanish Courts, particularly focusing on the evolution of this issue in the jurisprudence of our Highest Court.

The jurisprudential repertoire on this matter is very wide, which motivates us to carry out an analysis of this professional eventuality since the beginning of the 20th century to better understand how we have reached our current situation.

What is a work accident? When do we find ourselves in front of a work accident? What are the cases covered by this legal concept? Why does the need to regulate work accidents arise? What is the aim of lawmakers? What is the jurisprudential interpretation on this matter? Etc.

Many issues or questions arise around the title of this work, and our aim is to give an answer either explicitly or tacitly.

As a conclusion, this work ends with some statistics published by the Ministry of Employment and Social Security about accidents at work in 2015; according to them, one can interpret that a lot of work must still be done.

Keywords: Work accident, classification, rebuttable presumption of working days, paid employment, working time, guilt, imprudence.

Protección por desempleo de los trabajadores temporales

Unemployment Benefits for Part-time Workers

REMEDIOS ROQUETA BUJ*

1. INTRODUCCIÓN

El uso y abuso por los empresarios de las diferentes modalidades de contratación temporal ha desencadenado un efecto de «sustitución» y «rotación» en el mercado laboral, con el consiguiente problema presupuestario para afrontar la protección por desempleo¹. Para contener la expansión del gasto en las prestaciones por desempleo generadas por los trabajadores temporales, el legislador articula las siguientes medidas²: 1ª) La elevación del tipo de cotización por desempleo para los contratos temporales; y 2ª) El control del fraude en la protección por desempleo derivado de la reiteración abusiva o fraudulenta en la contratación temporal.

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia.

¹ Este estudio se enmarca en un Proyecto I+D+i, titulado «La protección por desempleo en los umbrales del siglo XXI: logros, insuficiencias y propuestas alternativas» (DER2012-36783/JURI) y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, siendo la investigadora principal Dña. Remedios ROQUETA BUJ.

Cfr. TATAY PUCHADES, C., «Seguridad Social y Empleo Atípico (España)», Il Premio OISS, Empleo y Seguridad Social. La incidencia del desempleo, el empleo informal y las nuevas formas de empleo en la cobertura y la financiación de los Sistemas de Protección Social, Madrid, 2002, pág. 104.

² Por todos, TATAY PUCHADES, C., «Seguridad Social...», cit., págs. 107 y ss.

2. LA ELEVACIÓN DEL TIPO DE COTIZACIÓN POR DESEMPLEO PARA LOS CONTRATOS TEMPORALES

A partir de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998, se inicia una tendencia consistente en elevar el tipo de cotización por desempleo aplicable a los contratos temporales a fin de compensar el mayor gasto que para el sistema de protección por desempleo origina este tipo de contratos³. En efecto, el art. 89.9 de la antecitada disposición legal, a fin de «atender a las consecuencias derivadas de la rotación asociada a los contratos temporales», habilitó al Gobierno para establecer durante 1998 «un recargo adicional transitorio de hasta un punto, repartiéndose dicho recargo en la misma proporción que el tipo de cotización por desempleo, entre empresa y trabajador». Sin embargo, esta medida no se materializó hasta 1999, y lo hizo, no por vía reglamentaria, sino legal. En efecto, el art. 91.9 de la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999, mantuvo el tipo de cotiza-

³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Los incentivos a la contratación estable a tiempo parcial: un significativo y polémico cambio de rumbo», en AA.VV., Los contratos de trabajo a tiempo parcial, Valladolid, 2000, pág. 275; y PANIZO ROBLES, J.A. y CRESPO MACÍAS, M., «Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social: una relación en constante adaptación», EF, nº 202, 2000, pág. 41.

ción por desempleo aplicable a los contratos indefinidos en la misma cuantía que en 1998 (el 7,8%, del que el 6,2% era a cargo del empresario y el 1,6% a cargo del trabajador) y elevó la aportación empresarial en un 0,5% para los contratos temporales a tiempo completo y en un 1,5% para los contratos temporales a tiempo parcial y para los contratos temporales, a tiempo completo y a tiempo parcial, celebrados por empresas de trabajo temporal. En los años posteriores, 2000, 2001, 2002 y 2003, el legislador, aunque mantuvo los tipos agravados del 8,3% y 9,3% para los contratos temporales, redujo en un 0,25% el tipo de cotización aplicable para los contratos indefinidos, pasando del anterior 7,8% (6,2% a cargo del empresario, y 1,6% por cuenta del trabajador) al 7,55% (6% a cargo del empresario, y 1,55% por cuenta del trabajador)⁴. De este modo, la diferencia existente entre los tipos de cotización por desempleo aplicables a los contratos temporales y a los contratos indefinidos se incrementó y, además, pasó a ser costeada no sólo por el empresario, sino también por el trabajador⁵. Dicha diferencia oscilaba en atención a la jornada de trabajo y a la intermediación o no de empresas de trabajo temporal, desde un 0,75% (0,70% repectible en el empresario, y 0,05% en el trabajador) hasta un 1,75% (1,70% para el empresario, y 0,05% para el trabajador).

En definitiva, se encarece el coste de los contratos temporales, especialmente cuando se conciertan a tiempo parcial o entre empresas de trabajo temporal y trabajadores que vayan a ser puestos a disposición de empresas usuarias, y, por tanto, se penaliza su utilización⁶. Lo cual resulta razonable a la vista del mayor riesgo de desempleo a que se enfrentan los trabajadores contratados bajo esta clase

de contratos⁷. Sin embargo, en consideración a las ventajas que la contratación de duración determinada supone para las empresas, el gravamen sobre el tipo de cotización establecido para la contingencia de desempleo debería recaer exclusivamente sobre el empresario⁸.

Este esquema se mantuvo en las sucesivas LPGE. Sin embargo, el art. 110.9 de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, rebajo en un 0,25% el tipo de cotización por desempleo para los contratos de trabajo indefinidos⁹ y suprimió el tipo agravado del 9,30% para los contratos temporales a tiempo completo y a tiempo parcial celebrados por las empresas de trabajo temporal. De este modo, tales contratos pasarán a cotizar por desempleo al 8,30% o al 9,30% en función de su carácter a tiempo completo o parcial.

Finalmente, a partir del art. 122.10 de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, el tipo de cotización para la contingencia de desempleo en los contratos indefinidos será del 7,05%, incrementándose así la diferencia con los contratos temporales a tiempo completo (8,30%) y a tiempo parcial (9,30%)¹⁰.

⁷ CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F., El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial, Granada, 1999, págs. 139-140; TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., «Incentivos a la contratación indefinida a tiempo parcial», RMTAS, nº 18, 1999, pág. 175; y TATAY PUCHADES, C., «Seguridad Social...», cit., pág. 109.

⁸ CINELLI, M., «El problema de la protección social de los trabajos atípicos en el ámbito comunitario: El caso del trabajo de duración determinada», Seminario sobre «La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas», Toledo, 25 y 26 de abril de 2002, ejemplar fotocopiado, pág. 18.

⁹ Art. 115.9 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de PGE para el 2007.

¹⁰ Cfr. art. 120.10 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de PGE para el 2009; art. 129.10 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de PGE para el 2010; art. 132.10 de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de PGE para el 2011; art. 120.10 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de PGE para el 2012; art. 113.10 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de PGE para el 2013; art. 128.10 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de PGE para el 2014; art. 103.10 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de

⁴ Cfr. art. 95.9 de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de PGE para el 2000; art. 87.9 de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de PGE para el 2001; art. 89.9 de la Ley 23/2002, de 27 de diciembre, de PGE para el 2002; y art. 81.9 de la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, PGE para el 2003.

⁵ TATAY PUCHADES, C., «Seguridad Social...», cit., págs. 109-110.

⁶ TATAY PUCHADES, C., «Seguridad Social...», cit., pág. 109.

3. EL CONTROL DEL FRAUDE EN LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DERIVADO DE LA REITERACIÓN ABUSIVA O FRAUDULENTO EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

3.1. El riesgo de fraude en la protección por desempleo: soluciones

En virtud de lo dispuesto en los arts. 208.1.1.f) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS/1994) y 267.1.a).6° del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS/2015), el trabajador se encuentra en situación legal de desempleo *«por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador»*.

No obstante lo dispuesto en el art. 208.1.1.f) de la LGSS/1994, en aquellos supuestos en que el empresario ponía fin a una relación que se había prolongado en el tiempo por encima de los límites legales de la contratación temporal o en aquellos casos en los que el trabajador había sido contratado sucesivamente por la misma empresa en virtud de diversos contratos temporales celebrados en fraude de ley, ello determinaba la conversión del contrato en indefinido. En estos supuestos, la denuncia del término no podía ser causa de extinción contractual y el trabajador debía reclamar en tiempo y forma contra la misma como si de un despido se tratara¹¹. De lo contrario, el INEM denegaba las prestaciones por desempleo. Sin embargo, como en la mayoría de las ocasiones la notificación de la denegación de la prestación se recibía una vez finalizado el plazo de caducidad para reclamar contra el despido, el trabajador se encontraba sin empleo y sin derecho a desempleo. Por ello, segu-

ramente, el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, señaló que *«debe entenderse que cuando el vínculo mantiene una apariencia de temporalidad y se produce la extinción por las causas previstas en el contrato no cabe imponer al trabajador la exigencia inexcusable de que demande por despido para que nazca el derecho a la prestación de desempleo, pues eso supondría atribuirle una carga que no viene establecida en la Ley, la que sólo requiere que se acredite el hecho cierto de la extinción del contrato por la voluntad del empresario con base en las causas válidamente establecidas en el contrato»*¹².

Al admitirse la posibilidad de que la denuncia empresarial al término de un contrato que, pese a su formalización como temporal, no tenía esta naturaleza o se había transformado en indefinido, diese lugar a la protección por desempleo, se abría una brecha importante al fraude en la contratación temporal y, por ende, en el sistema de protección por desempleo.

Pues bien, para atajar dicho fraude hubiera bastado con que el legislador hubiera impuesto al trabajador la obligación de impugnar el acto extintivo del contrato en aquellos supuestos en que la Entidad Gestora apreciase la existencia de abuso o fraude en la contratación temporal, otorgando a la presentación de la solicitud de prestaciones por desempleo efectos suspensivos sobre el plazo de caducidad de la acción judicial contra la resolución del contrato y reconociendo a la Entidad Gestora la posibilidad de comparecer como parte en el proceso para evitar que en el mismo la pasividad del trabajador o su convivencia con el empresario pudieran dar apariencia de legalidad a una situación irregular. Téngase en cuenta que en este tipo de situaciones el fraude no lo cometen los trabajadores, sino los empresarios y con el fin, no tanto de burlar el régimen del sistema de protección por desempleo, sino el de la contratación temporal. Es

PGE para el 2015; y art. 115.10 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de PGE para el 2016.

¹¹ DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J., El desempleo como situación protegida (Un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial), Madrid, 1996, págs. 56-57.

¹² SSTS de 4 de mayo de 1994 (Recud. núm. 2706/1993), 20 de diciembre de 1995 (Recud. núm. 1702/2000) y 6 de marzo de 2001 (Recud. núm. 1702/2000).

decir, el fin perseguido por el empresario no es crear artificiosamente una situación legal de desempleo, pues siempre tiene la posibilidad de despedir, sino sortear la eventual declaración de fijeza del trabajador y burlar los derechos a la indemnización y a los salarios de tramitación que pudieran corresponder al trabajador por un despido improcedente. Por consiguiente, imponiendo al trabajador la carga de impugnar el acto extintivo de su contrato en los términos propuestos, se reforzaría el ejercicio de estos derechos por parte de los trabajadores, atajándose en gran medida el fraude empresarial en la contratación temporal y en el sistema de protección por desempleo.

No fue ésta, sin embargo, la línea seguida por el RDL 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, que, al suprimir los salarios de tramitación, se vio avocado a garantizar al trabajador el acceso inmediato a la prestación por desempleo, relevándole de la carga de impugnar su despido. En este sentido, el art. 1.3 de esta disposición legal añadió el apartado 4 al art. 209 de la LGSS/1994 –art. 268.4 de la LGSS/2015–, que quedó redactado en los términos siguientes: *«En el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo. El ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación»*.

3.1.1. *La reclamación de oficio por la Entidad Gestora de la declaración de la relación laboral como indefinida, por fraude o abuso en la reiteración de la contratación temporal, y el reintegro de las prestaciones por desempleo*

En contrapartida, la DA 3.^a del RDL 5/2002, relativa a la *«Reiteración en la contratación*

temporal», dispuso un singular sistema en virtud del cual, si la Entidad Gestora consideraba que pudo *«no existir una situación legal de desempleo por entender que la reiteración de contratos temporales entre una misma empresa y un mismo trabajador pudiera ser abusiva o fraudulenta»*, lo podía *«comunicar a la autoridad judicial, demandando la declaración de la relación laboral como indefinida y la readmisión del trabajador»*. En este caso, el trabajador percibía la prestación derivada de la extinción del contrato provisionalmente, a la espera del pronunciamiento judicial. Si la sentencia firme consideraba la relación indefinida y, consiguientemente, ordenaba la readmisión del trabajador, las cantidades percibidas por éste en concepto de prestaciones por desempleo se consideraban indebidas por causa no imputable a él. En tal caso, la Entidad Gestora cesaba en el abono de la prestación y reclamaba a la empresa tanto las cotizaciones a la Seguridad Social efectuadas, como el ingreso de las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir y con el límite de la suma de los mismos. Además, el empresario debía cursar el alta del trabajador con efectos desde la fecha de la extinción inicial, cotizando por ese período, que se consideraba como de ocupación cotizada a todos los efectos.

Pues bien, este sistema, aparte de la gran cantidad de problemas procesales que suscitaba¹³, entrañaba una evidente contradicción¹⁴. En efecto, si el cese era impugnado por el trabajador y la demanda era estimada la condena era

¹³ Por todos, ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A., *Desempleo y despido en la reforma laboral del Real Decreto-Ley 5/2002*, Valencia, 2002, págs. 85 y ss; MERCADER UGUINA, J., «Reformas» y «contrarreformas» en el sistema de protección por desempleo. La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, como telón de fondo», TL, nº 66, 2002, págs. 202-203; SEMPERE NAVARRO, A.V. y CORDERO SAAVEDRA, L., «Estudio crítico del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo», EF, nº 232, 2002, págs. 38 y ss; y DESDENTADO BONETE, A. y de la PUEBLA PINILLA, A., «La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002», en AA.VV., *La Ley 45/2002 de reforma de la protección por desempleo (La «reforma» de la reforma del despido, de los salarios de tramitación y de desempleo)*, Valladolid, 2003, págs. 40-41.

¹⁴ Cfr. DESDENTADO BONETE, A. y de la PUEBLA PINILLA, A., «La reforma de la protección...», cit., pág. 40.

la opción entre readmisión e indemnización y, si se optaba por la segunda, el trabajador seguía percibiendo las prestaciones por desempleo o, de no estar recibéndolas, comenzaba a cobrarlas con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo. En cambio, si el cese era impugnado por la Entidad Gestora, la condena era exclusivamente a la readmisión y, consiguientemente, al abono de los salarios dejados de percibir hasta que ésta se produjera. Por ello, no resultó nada extraño que durante el trámite parlamentario la referida disposición fuera modificada.

3.1.2. *El proceso de reintegro por la empresa de prestaciones indebidas por la reiteración abusiva o fraudulenta en la contratación temporal*

A este respecto, en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, se adoptan las siguientes medidas complementarias, a saber:

a) Para dejar bien claro que la extinción de un contrato temporal no denunciado por el trabajador configura la situación legal de desempleo sin que la Entidad Gestora quede autorizada para denegar las prestaciones correspondientes ante sospecha de fraude o abuso en la reiteración de la contratación temporal, el art. 1.1 de la Ley 45/2002 incorpora un nuevo apartado 4 en el art. 208 de la LGSS –cuyas previsiones se recogen en el art. 267.1.a).6º de la LGSS/2015–, a cuyo tenor *«en el supuesto previsto en el artículo 145 bis del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral y sin perjuicio de lo señalado en el mismo, los trabajadores se entenderán en la situación legal de desempleo establecida en el párrafo f) del apartado 1 de este artículo por finalización del último contrato temporal y la Entidad Gestora les reconocerá las prestaciones por desempleo si reúnen el resto de los requisitos exigidos»*.

b) El art. 6.2 de la Ley 45/2002 introduce un nuevo art. 145 bis, dentro del Capítulo VI, «De

la Seguridad Social», del Título II del Libro II del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), cuyas previsiones actualmente se recogen en el art. 147 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS). De acuerdo con el apartado 1 de este precepto, *«cuando la Entidad u Organismo Gestor de las prestaciones por desempleo constate que, en los cuatro años inmediatamente anteriores a una solicitud de prestaciones, el trabajador hubiera percibido prestaciones por finalización de varios contratos temporales con una misma empresa, podrá dirigirse de oficio a la autoridad judicial demandando que el empresario sea declarado responsable del abono de las mismas, salvo de la prestación correspondiente al último contrato temporal, si la reiterada contratación temporal fuera abusiva o fraudulenta, así como la condena al empresario a la devolución a la Entidad Gestora de aquellas prestaciones junto con las cotizaciones correspondientes»*¹⁵.

3.2. El proceso de reintegro por la empresa de prestaciones indebidas por la reiteración abusiva o fraudulenta en la contratación temporal: Régimen aplicable

3.2.1. *Finalidad del proceso*

La finalidad del art. 147 de la LJS es luchar contra una modalidad concreta de fraude

¹⁵ No obstante, la DT 9.ª de la Ley 45/2002 dispuso que la comunicación de la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo a que se refería el nuevo art. 145 bis de la LPL se podía dirigir a la autoridad judicial «cuando el último de los reiterados contratos temporales entre el trabajador y la misma empresa se hubiera concertado tras la entrada en vigor de la presente Ley». Es decir, se concedía «un amplio período de gracia» y una oportunidad de «enmienda» a los empresarios infractores [DESIDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., «La reforma de la protección...», cit., pág. 44]. Cfr. los AATC 408/2007, de 6 de noviembre, y 425/2007, de 6 de noviembre; y las SSTs de 12 de abril de 2010 (Recud. núm. 3335/2009) y 18 de octubre de 2010 (Recud. núm. 4302/2009).

en el acceso a las prestaciones por desempleo consistente en la suscripción de sucesivos contratos temporales que carecen de los requisitos para así ser considerados y que se combinan con períodos de inactividad en los que el trabajador recibe las prestaciones por desempleo¹⁶. Por ello, será realmente complicado que a través de esta vía la Entidad Gestora pueda velar por los fondos y caudales de cuya gestión y administración está encargada.

El art. 147 de la LJS no persigue, al menos, no de modo directo, fomentar la estabilidad en el empleo, sino combatir el fraude en el acceso a la protección por desempleo, evitando que mediante una reiterada contratación temporal fraudulenta o abusiva se consigan por el trabajador unas prestaciones que no se hubieran obtenido de haberse utilizado la modalidad contractual adecuada o pertinente¹⁷. En este sentido, el art. 15.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), señala que «se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley», lo que no supone sino la recepción en el ámbito del Derecho del Trabajo de las previsiones generales relativas al fraude de ley y el abuso contenidas en los arts. 6.4 y 7.1 del Código Civil. Estos preceptos determinan la nulidad de las contrataciones temporales celebradas en fraude de ley o con abuso de derecho al perseguir un resultado de temporalidad prohibido por el Ordenamiento jurídico, con el efecto de entenderse celebrados por tiempo indefinido, por imperativo del art. 15.3 del ET. Por consiguiente, al ser el contrato indefinido, el trabajador siempre debió estar en alta en la Seguridad Social y las prestaciones por desempleo percibidas en los períodos intermedios eran indebidas.

De ahí, que el legislador establezca un procedimiento para obtener el reintegro de las

prestaciones por desempleo indebidamente percibidas. Tal enfoque, como subraya el ATC 425/2007, de 6 de noviembre, lleva a considerar que el precepto no posee en ningún caso carácter sancionador, sino meramente reparador de un incumplimiento legal¹⁸. Se diseña, de este modo, un proceso de Seguridad Social ordenado a la revisión judicial de los actos de reconocimiento del derecho a las prestaciones de desempleo con reintegro de las indebidamente percibidas¹⁹.

Pero con dos particularidades, a saber:

– En primer lugar, que el trabajador no tiene que devolver las prestaciones indebidamente percibidas, pues la obligación de reintegro de las mismas, junto con las cotizaciones correspondientes, pesa sólo sobre el

¹⁸ En este sentido, el ATC 425/2007, de 6 de noviembre, señala lo siguiente: «el art. 145 bis LPL carece del contenido afflictivo propio de las normas sancionadoras y no constituye expresión del *ius puniendi* genérico del Estado, pues no busca imponer directa y deliberadamente el castigo a un administrado en el que la sanción consiste, sino únicamente reaccionar ante una conducta defraudatoria de la Ley garantizando frente a la citada conducta la satisfacción o realización del interés general. Tal enfoque, como apunta el Fiscal General del Estado, lleva a considerar que el precepto no poseería en ningún caso carácter sancionador, sino meramente reparador de un incumplimiento legal. De esta forma la norma no describe una falta y la sanciona con una multa u otra sanción, sino que regula las consecuencias de unos contratos que ya eran nulos por mor de las normas que prohíben el obrar en fraude de Ley o con abuso de ella, y la regla que impone el reintegro de las prestaciones indebidamente cobradas no tiene carácter sancionador, pues la finalidad de la norma no es el castigo de la conducta —a lo que se dedican otros preceptos del ordenamiento laboral, singularmente el art. 7.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social sino el restablecimiento del orden jurídico alterado de manera fraudulenta, determinando la responsabilidad en el pago de unas determinadas y concretas cantidades correspondientes a prestaciones por desempleo y cotizaciones que ya fueron hechas efectivas por la Entidad gestora como prestación al trabajador, sujeto de la reiteración de contratos y sobre el que, evidentemente, no pesa la carga de indagar sobre la corrección jurídica de la modalidad contractual que haya podido utilizar el empleador».

¹⁹ DESDENTADO BONETE, A. y de la PUEBLA PINILLA, A., «La reforma de la protección...», cit., pág. 41.

¹⁶ STSJ de Galicia de 10 de abril de 2008 (Rec. núm. 1148/2005).

¹⁷ AATC 408/2007, de 6 de noviembre, y 425/2007, de 6 de noviembre.

empresario²⁰. En este sentido, el apartado 1 art. 147 de la LJS establece que su aplicación «no conllevará la revisión de las resoluciones que hubieran reconocido el derecho a las prestaciones por desempleo derivadas de la finalización de los reiterados contratos temporales, que se considerarán debidas al trabajador» (párrafo 4). Lo que resulta lógico ya que no se puede exigir al trabajador sujeto de la reiteración de contratos temporales que se convierta en garante de la corrección de la modalidad contractual que haya podido utilizar el empleador. Y, de hecho, la doctrina judicial, aunque admitía la posibilidad de anular la resolución de concesión de las prestaciones por desempleo por contratos sucesivos fraudulentos y solicitar el reintegro de las prestaciones con anterioridad a la introducción del art. 145 bis de la LPL, no permitía que la Entidad Gestora pudiera reclamar sin más la devolución de lo indebidamente percibido al trabajador, pues para que ello fuera factible era necesario que la conducta fraudulenta en la contratación temporal fuera imputable a las dos partes, esto es, al trabajador y al empresario y hubiera consistido en una concertación entre ambas partes para que el trabajador accediera a la prestación por desempleo²¹. Y, ciertamente, en los supuestos de hecho que nos ocupan, es difícil apreciar la existencia de una situación de simulación por parte del trabajador o connivencia defraudatoria.

– En segundo lugar, que la obligación de reintegro sólo opera respecto de las prestaciones de desempleo generadas por la finalización de los contratos temporales que precedan al último contrato, a pesar de que éste adolezca de las mismas anomalías que los

precedentes²². En este sentido, el art. 147.1 de la LJS establece que, si la reiterada contratación temporal fuera abusiva o fraudulenta, el empresario será responsable del abono de las prestaciones por desempleo de los contratos temporales «salvo de la prestación correspondiente al último contrato». La exclusión de responsabilidad empresarial en la prestación derivada del último contrato temporal obedece a que la extinción de la relación laboral por cumplimiento del término convenido en el contrato final de la serie constituye un despido que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 267.1.a).3º de la LGSS, coloca al trabajador en situación legal de desempleo y determina la responsabilidad exclusiva de la entidad gestora, sin posibilidad de ejercitar la acción de reembolso contra la empresa²³.

En definitiva, el art. 147 de la LJS viene a establecer un procedimiento para obtener el reintegro a cargo del patrono de las prestaciones por desempleo y cotizaciones a la Seguridad Social que no correspondía satisfacer si la empresa hubiera contratado correctamente al trabajador. Como subraya la STS de 28 de enero de 2009 (Recud. núm. 593/2008), «se trata por tanto de una acción de «reintegro de prestaciones indebidas» de las previstas en el art. 45 LGSS, que no se desnaturaliza por el hecho de que la demanda se dirija frente a persona distinta del propio beneficiario, y con reclamación de una responsabilidad directa, y no subsidiaria como prevé el nº 2 de dicho precepto, ya que ambas peculiaridades fueron previstas expresamente por el legislador al articular el procedimiento del art. 145 bis) LPL» y de ahí su incardinación en el Capítulo VI del Título II del Libro II de la norma ritualia laboral.

²⁰ DESDENTADO BONETE, A. y de la PUEBLA PINILLA, A., «La reforma de la protección...», cit., pág. 41; e IGLESIAS CABERO, M., «Modificaciones que se introducen en la Ley de Procedimiento Laboral», DL, nº 67, 2003, pág. 149.

²¹ Cfr. SSTSJ del País Vasco de 27 de diciembre de 2002 (Rec. núm. 2386/2002) y de la Comunidad Valenciana de 4 de abril de 2008 (Rec. núm. 1324/2007).

²² DESDENTADO BONETE, A. y de la PUEBLA PINILLA, A., «La reforma de la protección...», cit., pág. 41; e IGLESIAS CABERO, M., «Modificaciones...», cit., págs. 150-151; y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y BARCELÓN COBEDO, S., «Modificaciones que se introducen en el sistema de protección por desempleo», DL, nº 67, 2003, pág. 35.

²³ STSJ del País Vasco de 19 de septiembre de 2006 (Rec. núm. 1227/2006).

3.2.2. Objeto y requisitos del proceso

La responsabilidad empresarial prestacional vendrá configurada por la concurrencia de los requisitos que se establecen en el art. 147 de la LJS, a saber:

1º) Que la empresa haya efectuado contrataciones temporales reiteradas.

El precepto legal no concreta en qué debe consistir dicha reiteración ni el número de contratos suscritos como mínimo para entender que se produce dicha reiteración. No obstante ello, atendiendo a las reglas de interpretación contenidas en el art. 3 del Código Civil, se estima que la cadena de contratos es reiterada cuando existen tres o más contratos temporales entre las mismas partes²⁴.

El art. 147 de la LJS exige que la secuencia de contratos temporales se refiera a la misma empresa²⁵. Y así, no concurre el presupuesto de hecho de este precepto cuando los contratos temporales han sido celebrados con distintas empresas, salvo que se aprecie la existencia de un grupo empresarial y de fraude en la contratación por recibir indistintamente los frutos del trabajador²⁶.

Por lo demás, la referencia que efectúa el art. 147 de la norma rituarial laboral a una «*misma empresa*» no puede interpretarse en el sentido de exigir que no existan contratos interferidos en determinados periodos relativos a otras empresas en las que no se evidencie actitud fraudulenta, sino que lo relevante es constatar si los contratos de esa «*misma empresa*» a la que se refiere el precepto, a pesar de todo (incluso con la intermediación en al-

gún breve periodo de otra empleadora distinta), sigue mostrando una secuencia temporal en su contratación, que muestre su irregularidad o manifiesta intencionalidad de utilización fraudulenta de la contratación temporal, y ello con independencia de que las prestaciones derivadas de la finalización del contrato celebrado con otra empresa distinta de aquella contra la que se dirige la reclamación, no puedan imputarse a la empresa fraudulenta²⁷.

2º) Que los contratos temporales reiterados, a su término por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio, hayan dado lugar a los correlativos períodos de devengo de las prestaciones por desempleo dentro de los cuatro años inmediatamente anteriores a la solicitud de prestaciones por desempleo del trabajador.

No obstante lo anterior, cabría sostener que, a la hora de aplicar el art. 147 de la LJS, carece de relevancia que la cadena contractual supuestamente fraudulenta o abusiva no haya concluido por finalización del último de los reiterados contratos temporales sino por despido. Efectivamente, el legislador establece que la Entidad Gestora podrá activar el procedimiento judicial cuando constante que el trabajador hubiera percibido prestaciones por finalización de varios contratos temporales con una misma empresa en los cuatro años inmediatamente anteriores «*a una solicitud de prestaciones*», y que la comunicación podrá dirigirse a la autoridad judicial en el plazo de los seis meses siguientes a la fecha en que se hubiera «*formulado la última solicitud de prestaciones en tiempo y forma*», sin prejuzgar en ningún caso la causa de la última situación legal de desempleo. Sin embargo, el art. 147 de la LJS debe ponerse en relación con el art. 267.1.a).6º de la LGSS, a cuyo tenor se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores cuya relación laboral se extinga «*por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del*

²⁴ SSTSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 2006 (Rec. núm. 25/2005) y de Galicia de 18 de noviembre de 2008 (Rec. núm. 3837/2008).

²⁵ SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 2607/2004), 22 de marzo de 2005 (Rec. núm. 633/2005) y 5 de octubre de 2006 (Rec. núm. 1441/2006).

²⁶ Cfr. la STSJ de Cataluña de 17 de julio de 2006 (Rec. núm. 2113/2005).

²⁷ STSJ de Andalucía de 10 de enero de 2008 (Rec. núm. 4289/2006).

contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador» y que «en el supuesto previsto en el artículo 147 de la Ley reguladora de la jurisdicción social y sin perjuicio de lo señalado en el mismo, los trabajadores se entenderán en la situación legal de desempleo establecida en el párrafo anterior por finalización del último contrato temporal y la entidad gestora les reconocerá las prestaciones por desempleo si reúnen el resto de los requisitos exigidos». Por consiguiente, no cabe sino concluir que el art. 147 de la LJS no resulta aplicable cuando no obstante el eventual abuso o fraude de la contratación temporal en el período precedente, la última situación legal de desempleo no hace como consecuencia de la alegación de una causa falsa (expiración del tiempo o realización de la obra o servicio), dado el carácter indefinido de la relación, sino por otros motivos distintos, como el despido disciplinario u objetivo del trabajador, o la extinción de su contrato al amparo del art. 50 del ET, con lo que las empresas pueden eludir su aplicación recurriendo a estas figuras²⁸. Ciertamente, cabe que en un supuesto concreto no concurra una causa que justifique el despido del trabajador temporal, y que ese motivo de extinción de la relación laboral se utilice en fraude de ley, con la finalidad de eludir la aplicación del art. 147.1 de la LJS, pero el fraude no se presume.

3º) Que la reiterada contratación temporal haya sido abusiva o fraudulenta. Como subraya el ATC 425/2007, de 6 de noviembre, «una de las circunstancias que han de concurrir para que se produzca la aplicación de lo dispuesto en el mismo es la acreditación de que los contratos temporales se han suscrito en fraude de Ley o de forma abusiva, de suerte que con ellos se está obteniendo un beneficio no pretendido por la norma legal en la que se ampara la contratación, desnaturalizando el carácter temporal del contrato con la finalidad de intercalar prestaciones por desempleo entre contrataciones temporales»; «prestaciones que

no se hubieran obtenido de haberse utilizado la modalidad contractual adecuada o pertinente». Así sucede, por ejemplo, cuando estamos ante sucesivos contratos temporales suscritos entre el trabajador y la empresa en los que aquel percibe prestaciones por desempleo y los ceses en los contratos coinciden con períodos vacacionales o con períodos caracterizados por el gran número de festivos que en los mismos existen²⁹. En todos estos supuestos el trabajador lucra prestaciones por desempleo que no habría causado de no haberse ocultado la verdadera naturaleza indefinida de la relación en beneficio del empresario, que de este modo elude torticeramente el abono del salario y de la cotización correspondiente a los períodos de percepción de las prestaciones por desempleo al tiempo que se vale de estas prestaciones para sortear la eventual declaración de fijeza del trabajador y, de ahí, que el empresario tenga que reintegrar a la entidad gestora las prestaciones por desempleo indebidamente abonadas.

4º) Que las prestaciones por desempleo sean indebidamente percibidas, esto es, que los contratos temporales fraudulentos o abusivos hayan dado lugar a que el trabajador obtenga unas prestaciones de desempleo a las que no hubiera accedido de haberse celebrado los contratos bajo las previsiones de la norma legal que se ha tratado de eludir. En efecto, como subraya la STS de 10 de octubre de 2007 (Recud. núm. 3782/2006), «nada explica la Ley en su exposición de motivos sobre cuál ha sido la razón que le ha llevado a implantar esta modalidad procesal. Pero es evidente que la decisión de crearla no ha sido la de le-

²⁸ En el mismo sentido la STSJ del País Vasco de 3 de junio de 2014 (Rec. núm. 844/2014).

²⁹ SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 2005 (Rec. núm. 1233/2005), de Cantabria de 7 de septiembre de 2006 (Rec. núm. 390/2004), de Madrid de 30 de noviembre de 2006 (Rec. núm. 4269/2006), de Cataluña de 5 de septiembre de 2007 (Rec. núm. 2748/2006), de Cataluña de 19 de noviembre de 2007 (Rec. núm. 3862/2006), de Andalucía de 31 de enero de 2008 (Rec. núm. 870/2007) y 14 de febrero de 2008 (Rec. núm. 912/2007), de la Comunidad Valenciana de 22 de julio de 2008 (Rec. núm. 3892/2007), de Andalucía de 5 de marzo de 2009 (Rec. núm. 613/2009) y de la Comunidad Valenciana de 15 de septiembre de 2009 (Rec. núm. 3264/2008).

gitimar a la Entidad Gestora del desempleo para impugnar todos los contratos temporales abusivos o concertados en fraude de ley, al margen de las consecuencias que puedan tener respecto de la prestación de desempleo. El objetivo, parece claro, es menos ambicioso y está en sintonía con el general que persigue dicha Ley. Y ha sido proporcionar a la Entidad un instrumento eficaz para combatir exclusivamente las actuaciones empresariales –y de ahí que las consecuencias de las sentencias condenatorias no alcancen nunca al trabajador que percibió indebidamente las prestaciones (art. 145 bis.1)– que le hayan irrogado un perjuicio; es decir, siempre y cuando los reiterados contratos temporales fraudulentos o abusivos hayan dado lugar a que el trabajador obtenga unas prestaciones de desempleo a las que no hubiera tenido derecho de haberse celebrado los contratos bajo las previsiones de la norma legal que se ha tratado de eludir (art. 6. 4 del Código Civil)»³⁰.

³⁰ En este mismo sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de marzo de 2006 (Rec. núm. 4418/2005) subraya lo siguiente: «El sentido de estos requisitos debe ponerse en relación con la finalidad del precepto –ex. art. 3.1 Código Civil–, como es el combatir la obtención fraudulenta de prestaciones por desempleo, de suerte que una contratación temporal en fraude de Ley o irregular sólo dará lugar a la responsabilidad empresarial sobre las prestaciones en tanto la misma hubiera sido medio para la obtención fraudulenta de las prestaciones, pero no así cuando pese al fraude de Ley en la contratación, no se ha ocasionado la obtención fraudulenta de las prestaciones. O dicho, en otros términos, a través de la modalidad procesal prevista en el art. 145 bis LPL, y de las facultades de control que el precepto establece, no se encomienda a la Entidad Gestora la facultad de someter a control judicial la adecuación legal de las contrataciones temporales, sino la muy distinta de la obtención fraudulenta de las prestaciones a que dicha contratación temporal pueda dar lugar». Por su parte, la STSJ del País Vasco de 19 de septiembre de 2006 (Rec. núm. 1227/2006) esgrime en apoyo de esta interpretación los siguientes razonamientos: «La interpretación expuesta, acorde con los cánones de interpretación gramatical, lógica y finalista, se refuerza con otros criterios hermenéuticos de interpretación sistemática e histórica. En cuanto al primero, la exclusión de responsabilidad empresarial en la prestación derivada del último contrato temporal sólo puede explicarse porque la extinción de la relación laboral por cumplimiento del término convenido en el contrato final de la serie constituye un despido que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 208.1.1.c) de la Ley General de la Seguridad Social, coloca al trabajador en situación legal de

En definitiva, como subraya la STS de 10 de octubre de 2007 (Recud. núm. 3782/2006), «la pretensión de condena empresarial al reintegro ejercitada vía art. 145.bis.1 únicamente podrá encontrar favorable acogida, cuando la contratación fraudulenta o abusiva haya ocasionado un perjuicio a la Entidad Gestora al haber abonado unas prestaciones de desempleo que conforme a Ley no estaba obligada a satisfacer; en caso contrario, la empresa deberá ser absuelta».

Por consiguiente, el éxito de la demanda está condicionado, no tanto a la demostración de las posibles irregularidades de los contratos, sino a que éstas generaron una indebida percepción de prestaciones de desempleo. Y así, si queda de manifiesto que el trabajador también habría tenido derecho a desempleo si en lugar de concertar los contratos temporales supuestamente fraudulentos o abusivos, hubiera suscrito el que legalmente correspondía según la norma eludida, es evidente que las posibles irregularidades de los contratos serán irrelevantes a los efectos discutidos, puesto que ningún perjuicio habrán causado a la Entidad Gestora al estar también obligada a abonar las prestaciones correspondientes al contrato que legalmente correspondía. De este modo, si el contrato que debió suscribirse entre las partes era el de trabajo fijo discontinuo (art. 16 ET)³¹ o fijo-periódico (arts. 16.1 y

desempleo y determina la responsabilidad exclusiva de la entidad gestora, sin posibilidad de ejercitar la acción de reembolso contra la empresa. Por lo que respecta al segundo criterio, no puede olvidarse que el antecedente del precepto invocado, introducido por el artículo 1.2 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, fue la disposición adicional tercera del Real Decreto 5/2002, de 24 de mayo, que atendía a la finalidad de fomento de la estabilidad en el empleo, que no está presente en la norma que le sustituye».

³¹ SSTs de 7 de febrero de 2008 (Recud. núm. 857/2007), 19 de febrero de 2008 (Recud. núm. 1353/2007), 27 de enero de 2009 (Recud. núm. 220/2008), 11 de mayo de 2009 (Recud. núm. 1421/2008), 19 de mayo de 2009 (Recud. núm. 556/2008), 22 de mayo de 2009 (Recud. núm. 1620/2008), 28 de mayo de 2009 (Recud. núm. 1537/2008), 10 de junio de 2009 (Recud. núm. 1233/2008) y 30 de junio de 2009 (Recud. núm. 3276/2008).

12 ET)³², como tales contratos generan en los períodos de inactividad productiva derecho a desempleo [art. 267.1.d) LGSS], la decisión empresarial de concertar sucesivos contratos temporales de obra o servicio o eventuales, que se alternaban con la percepción de prestaciones por desempleo, y al margen de que hubiera sido o no simplemente errónea, no ha generado ningún derecho a desempleo nuevo o distinto del que hubiera correspondido de haberse suscrito el adecuado contrato de trabajo fijo discontinuo o fijo-periódico, y, por consiguiente, no ha existido lucro indebido de prestaciones imputable a la empresa, ni por ende, un perjuicio real para la Entidad Gestora. Por ello, la empresa debe ser absuelta de la pretensión deducida en su contra por el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE). Así lo señala la doctrina de suplicación a propósito de los trabajadores que, mediante sucesivos contratos de obra o servicio determinado, coincidentes en su duración con el curso escolar, prestan los servicios de limpieza³³, comedor³⁴ o transporte escolar³⁵. A mayor abundamiento,

si cada uno de los contratos temporales celebrados responde a una causa de temporalidad específica y justificada de la empresa de limpieza, restauración o transporte, como, por ejemplo, la adjudicación anual de tales servicios mediante contrata o concierto administrativo con el centro escolar, los contratos para obra o servicio determinado son conformes a derecho y ajenos al fraude de ley³⁶.

Ahora bien, ello será factible siempre y cuando el contenido de los contratos suscritos entre las partes sea incardinable en alguna de las modalidades contractuales reseñadas, no siendo suficiente a tales efectos con que la empresa reconozca el carácter de fijo discontinuo o fijo-periódico de los trabajadores³⁷. Por consiguiente, si analizando la cadena contractual, no hay dato alguno que permita concluir que la contratación del trabajador obedezca a una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico o en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad, en tal caso la relación laboral será de carácter indefinido en los términos del art. 15.1 del ET –no de carácter fijo discontinuo ni fijo-periódico– y no resultará de aplicación la protección por desempleo derivada de lo dispuesto en el art. 267.1.d) de la LGSS, lo que justifica la aplicación del art. 147 de la LJS³⁸. Otro tanto ocurre, por ejemplo, con los profesores en un colegio. En efecto, la actividad que desarrollan estos trabajadores no es fija y periódica, sino que constituye

³² SSTs de 10 de octubre de 2007 (Recud. núm. 3782/2006), 14 de enero de 2008 (Recud. núm. 778/2007), 14 de mayo de 2008 (Recud. núm. 1829/2007), 29 de mayo de 2008 (Recud. núm. 2315/2007), 4 de noviembre de 2008 (Recud. núm. 3179/2007), 20 de noviembre de 2008 (Recud. núm. 4309/2007), 15 de enero de 2009 (Recud. núm. 505/2008), 24 de febrero de 2009 (Recud. núm. 1083/2008), 26 de febrero de 2009 (Recud. núm. 1237/2008), 5 de marzo de 2009 (Recud. núm. 1225/2009), 8 de mayo de 2009 (Recud. núm. 2369/2008), 28 de abril de 2010 (Recud. núm. 3494/2009) y 3 de diciembre de 2013 (Recud. núm. 661/2013).

³³ SSTSJ de Cataluña de 20 de junio de 2007 (Rec. núm. 3223/2006), de Galicia de 10 de abril de 2008 (Rec. núm. 1480/2005), de Madrid de 8 de septiembre de 2009 (Rec. núm. 201/2009) y de Galicia de 9 de febrero de 2010 (Rec. núm. 6206/2006).

³⁴ SSTSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2006 (Rec. núm. 607/2004), de Galicia de 27 de octubre de 2008 (Rec. núm. 5273/2005) y de Andalucía de 15 de enero de 2009 (Rec. núm. 4324/2007).

³⁵ SSTSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2007 (Rec. núm. 9121/2005), de Andalucía de 10 de enero de 2008 (Rec. núm. 3938/2006) y 9 de abril de 2008 (Rec. núm. 3003/2007), de Galicia de 4 de junio de 2008 (Rec. núm. 3119/2005), de la Comunidad Valenciana de 4 de noviembre de 2008 (Rec. núm. 214/2008) y de Galicia de 6 de octubre de 2009 (Rec. núm. 4877/2006), 22 de febrero de 2011 (Rec. núm. 4882/2007) y 5 de marzo de 2012 (Rec. núm. 3051/2008).

³⁶ Así lo subrayan, entre otras, las SSTSJ de Cataluña de 29 de marzo de 2006 (Rec. núm. 4271/2005), de Andalucía de 19 de abril de 2007 (Rec. núm. 3620/2006) y 3 de mayo de 2007 (Rec. núm. 3730/2006) y de Cataluña de 22 de junio de 2007 (Rec. núm. 2335/2006).

³⁷ En cambio, la STSJ de Andalucía de 17 de mayo de 2007 (Rec. núm. 3906/2006) considera que como la empresa reconoce el carácter de fijo discontinuo del trabajador y dicho criterio no ha sido impugnado, al mismo habrá de estarse en consecuencia. En el mismo sentido, se expresan las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de julio de 2008 (Rec. núm. 3534/2007) y 4 de noviembre de 2008 (Rec. núm. 214/2008).

³⁸ SSTSJ de Cataluña de 7 de septiembre de 2006 (Rec. núm. 390/2004), de Galicia de 18 de noviembre de 2008 (Rec. núm. 3837/2008), de las Islas Baleares de 30 de diciembre de 2009 (Rec. núm. 388/2009) y de Andalucía de 23 de septiembre de 2010 (Rec. núm. 1772/2010).

la actividad normal, ordinaria y continua de la empresa y no permite por tanto la contratación a tiempo parcial durante los meses lectivos del año, para hacer recaer sobre el SEPE el abono de las prestaciones por desempleo durante los restantes meses del año, siendo posible la contratación a tiempo parcial en lo que se refiere a la jornada de trabajo, pero no en cuanto al período de contratación, atendida la continuidad de la actividad empresarial que no permite estimar que la misma sea de duración incierta ni tampoco limitada en el tiempo³⁹.

Por lo demás, el art. 277.4 de la LGSS establece varias particularidades a propósito de los subsidios de los trabajadores fijos discontinuos y fijos-periódicos, a saber:

a) El párrafo 2º del art. 277.4 de la LGSS establece que *«no será de aplicación a estos trabajadores, mientras mantengan dicha condición, el subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y cinco años previsto en el artículo 274.4»*⁴⁰.

b) El párrafo 1º del art. 277.4 de la LGSS establece que *«la duración del subsidio en el caso de trabajadores fijos discontinuos que se encuentren en las situaciones previstas en los apartados 1.a), 1.b) y 3 del artículo 274, será equivalente al número de meses cotizados en el año anterior a la solicitud»*.

Esta limitación afecta a los siguientes subsidios: 1º) El subsidio que se reconoce al trabajador que ha agotado una prestación contributiva

y tiene responsabilidades familiares (en el caso de los demás trabajadores la duración del subsidio puede alcanzar los 18, 24 o 30 meses, en atención a la edad y duración de la prestación contributiva consumida); 2º) El subsidio previsto ante quien ha agotado una prestación contributiva por desempleo, careciendo de responsabilidades familiares y siendo mayor de 45 años (en el caso de los demás trabajadores, la duración es de 6 meses improrrogables); y 3º) El subsidio previsto para quienes no tienen cotizaciones suficientes a fin de causar la prestación contributiva, pero han cotizado, al menos, 6 meses (en el caso de los demás trabajadores la duración del subsidio es de 6 meses improrrogables) o 3 meses si tienen responsabilidades familiares (en el caso de los demás trabajadores la duración del subsidio es de 21 meses si han cotizado 6 y del mismo número de meses cotizados si han cotizado 3, 4 o 5 meses y tienen responsabilidades familiares).

En el caso de los trabajadores fijos discontinuos y fijos-periódicos, la duración de los subsidios no es la fijada con carácter general para cada uno de ellos, sino la *«equivalente al número de meses cotizados en el año anterior a la solicitud»* (art. 277.4 LGSS).

Por consiguiente, si han existido diferencias entre lo percibido por el trabajador temporal y lo debido percibir, como fijo discontinuo o fijo periódico, cabrá declarar la responsabilidad del empresario respecto de la diferencia a través de la modalidad procesal del art. 147 de la LJS⁴¹.

3.2.3. Reglas aplicables en los procesos de reintegro de prestaciones de desempleo

El art. 147 de la LJS contiene la regulación de la modalidad procesal denominada *«impugnación de prestaciones por desempleo»*. El procedimiento regulado en este precepto es de reintegro de prestaciones indebidas de las previstas en el art. 55 de la LGSS, que no se desnaturaliza por el hecho de que la demanda

³⁹ STS de 20 de abril de 2005 (Recud. núm. 1075/2004); y SSTSJ de Cataluña de 17 de mayo de 2006 (Rec. núm. 4314/2005) y 29 de septiembre de 2006 (Rec. núm. 624/2004), del País Vasco de 4 de julio de 2006 (Rec. núm. 1137/2006) y 4 de diciembre de 2006 (Rec. núm. 1674/2006), de Madrid de 6 de abril de 2009 (Rec. núm. 5677/2008), de Andalucía de 10 de junio de 2009 (Rec. núm. 2211/2008) y del País Vasco de 12 de septiembre de 2012 (Rec. núm. 1182/2006). En sentido contrario, la STSJ de Andalucía de 6 de febrero de 2008 (Rec. núm. 922/2007).

⁴⁰ STS de 29 de enero de 2002 (Recud. núm. 704/2001); y SSTSJ de Andalucía de 13 de mayo de 1999 (Rec. núm. 1292/1998), de Cataluña de 23 de enero de 2003 (Rec. núm. 3675/2002), de Navarra de 30 de diciembre de 2010 (Rec. núm. 358/2010) y de Canarias de 20 de junio de 2014 (Rec. núm. 203/2013).

⁴¹ Cfr. la STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de noviembre de 2008 (Rec. núm. 214/2008).

se dirige frente a persona distinta del propio beneficiario, y con una reclamación de responsabilidad directa, y no subsidiaria como prevé el nº 2 de dicho precepto, ya que ambas peculiaridades fueron previstas expresamente por el legislador al articular el procedimiento del art. 147 de la LJS. Y, de ahí, su incardinación en la regulación de la modalidad procesal denominada «de las prestaciones de Seguridad Social» que se contiene en el Capítulo VI del Título II del Libro II de la LJS. Por ello, el proceso de reintegro de prestaciones de desempleo en los supuestos de reiteración abusiva o fraudulenta en la contratación temporal del art. 147 de la LJS se tramita con arreglo a las reglas aplicables al proceso de las prestaciones de la Seguridad Social en todo lo no previsto expresamente en el citado art. 147⁴².

En cuanto a las reglas aplicables al proceso de reintegro de prestaciones de desempleo en los supuestos de reiteración abusiva o fraudulenta en la contratación temporal, hay que señalar lo siguiente:

1º) La acción ejercitada al amparo del art. 147 de la LJS debe ajustarse a la regla específica de competencia territorial que para las demandas de Seguridad Social establece el art. 10.2.a) de la LJS⁴³. Y este precepto establece como únicos fueros alternativos bien el Juzgado «en cuya circunscripción se haya producido la resolución originaria, expresa o presunta, o la actuación impugnada en el proceso», o bien «a elección del demandante, el juzgado de su domicilio».

2º) No resulta de aplicación la reclamación previa porque se exceptúan los procesos que versen sobre Seguridad Social (art. 64.1 LJS) ni la reclamación previa, porque la posición de demandante no la ocupan los beneficiarios interesados⁴⁴.

3º) El art. 147.1 de la LJS establece que «cuando la Entidad u Organismo Gestor de las prestaciones por desempleo constate que, en los cuatro años inmediatamente anteriores a una solicitud de prestaciones, el trabajador hubiera percibido prestaciones por finalización de varios contratos temporales con una misma empresa, podrá dirigirse de oficio a la autoridad judicial demandando que el empresario sea declarado responsable del abono de las mismas, salvo de la prestación correspondiente al último contrato temporal, si la reiterada contratación temporal fuera abusiva o fraudulenta, así como la condena al empresario a la devolución a la Entidad Gestora de aquellas prestaciones junto con las cotizaciones correspondientes» y que «la comunicación podrá dirigirse a la autoridad judicial en el plazo de los seis meses siguientes a la fecha en que se hubiera formulado la última solicitud de prestaciones en tiempo y forma». Por lo tanto, a partir de la interpretación literal y sistemática del referido precepto, se infiere claramente que la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo se podrá dirigir a la autoridad judicial cuando el último de los reiterados contratos temporales entre el trabajador y la misma empresa haya concluido y dado lugar al nacimiento de prestaciones por desempleo⁴⁵. Y así, en el plazo de los seis meses siguientes a la fecha en que se hubiera formulado la última solicitud de prestaciones en tiempo y forma, podrá interponer la demanda de reintegro de las prestaciones por desempleo. Y este plazo se computará de fecha a fecha, sin descontar períodos inhábiles [art. 133.3 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)]⁴⁶.

4º) La comunicación-demanda se dirigirá de oficio por la Entidad Gestora a la autoridad judicial, acompañando a la misma «copia del expediente o expedientes administrativos en que se fundamente, y en la misma se consignarán los requisitos generales exigidos por la

⁴² STS de 28 de enero de 2009 (Recud. núm. 593/2008).

⁴³ STS de 28 de enero de 2009 (Recud. núm. 593/2008).

⁴⁴ GARCÍA ORTEGA, J., «Los procesos sobre prestaciones de Seguridad Social», en AA.VV., La nueva Ley de la Jurisdicción Social, Bomarzo, Albacete, 2012, pág. 152.

⁴⁵ En sentido contrario, la STSJ de Galicia de 18 de noviembre de 2008 (Rec. núm. 3837/2008).

⁴⁶ STS de 20 de octubre de 2008 (Recud. núm. 142/2007).

presente Ley para las demandas de los procesos ordinarios» (art. 147.1 LJS).

5º) La admisión de la demanda va precedida, en su caso, de una fase de subsanación de defectos u omisiones advertidos por el Secretario Judicial a la Entidad Gestora, en el plazo de diez días.

6º) Admitida a trámite la demanda, continuará el procedimiento con arreglo a las normas generales con las siguientes especialidades (art. 147.3 LJS):

a) El «*empresario y el trabajador que hubieran celebrado los reiterados contratos temporales tendrán la consideración de parte en el proceso, si bien no podrán solicitar su suspensión*» y «*aun sin su asistencia, el procedimiento se seguirá de oficio*» [art. 147.2.a) LJS].

El empresario tiene la condición de legitimado pasivo, ya que la demanda se dirige contra él, pretendiéndose su condena.

Ello no obstante, el trabajador también tendrá «*la consideración de parte*». A pesar de la limitación que le impone la norma procesal, debe ser citado y traído al proceso, pudiendo luego comparecer o no en el acto de juicio y, de hacerlo, alinearse con la posición que más le interese subjetivamente. Pero, como no se ejercita una acción en su nombre ni necesariamente en su interés, ya que puede oponerse a la pretensión procesal de la Entidad Gestora, la norma procesal limita sus poderes procesales al no permitirle desistir ni solicitar la suspensión del proceso, y determinar que el juicio se seguirá aun sin su asistencia.

b) En aras a evitar que la incomparecencia del trabajador lleve a una sentencia absoluta o desestimatoria, se establece que «*las afirmaciones de hechos que se contengan en la comunicación base del proceso harán fe, salvo prueba en contrario, incumbiendo la carga de la prueba al empresario demandado*» [art. 147.3.b) LJS]. De esta forma, las afirmaciones de hechos contenidas en la comunicación que sirve de base a la demanda de la Entidad Gestora tendrán la presunción

de certeza, lo que significa que está queda relevada de justificar los hechos imputados al empresario defraudador. Con todo, se trata de una previsión importada de los procedimientos de oficio que carece de lógica en esta modalidad procesal, ya que aquí no interviene la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social de cuyas actas se predica la denominada presunción de certeza respecto de los hechos «comprobados» directamente por el inspector actuante. Por consiguiente, en esta modalidad procesal los hechos quedarán limitados a los contratos con sus fechas y a las solicitudes, concesiones y disfrute de las prestaciones de desempleo⁴⁷. Se trata, además, de una presunción «*iuris tantum*» que podrá ser destruida por la empresa mediante la oportuna probanza, suponiendo, por tanto una inversión de la carga de la prueba⁴⁸.

El art. 147.3.b) de la LJS establece una presunción de certeza «*iuris tantum*» a favor de las afirmaciones de hecho que se contengan en la resolución o comunicación iniciadora del procedimiento, más sólo de las que tengan tal carácter y no sean meras calificaciones jurídicas, conjeturas o juicios de valor en torno al carácter fraudulento o abusivo de las sucesivas contrataciones⁴⁹. Además, una cosa es la carga de la prueba que sobre los hechos que contenga la comunicación que provoque el proceso incumba a la empresa demandada, y otra bien distinta que quien alega fraude de ley y abuso de derecho en la actuación de otro y estima que ello le perjudica deba justificar y probar los presupuestos que permitan apreciarlo, dado que nunca se presumen⁵⁰.

⁴⁷ LÓPEZ BALAGUER, M., «Proceso sobre prestaciones de Seguridad Social», en AA.VV., El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 1089.

⁴⁸ STSJ de Andalucía de 2 de mayo de 2007 (Rec. núm. 3579/2006).

⁴⁹ STSJ de Cataluña de 18 de junio de 2007 (Rec. núm. 1627/2006).

⁵⁰ STSJ de Cataluña de 18 de junio de 2007 (Rec. núm. 1627/2006). Cfr. la STSJ de Andalucía de 2 de mayo de 2007 (Rec. núm. 3579/2006).

Ni el fraude ni el abuso de derecho se presumen⁵¹. Ambos extremos han de ser acreditados por quien los invoca, dado que su existencia sólo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello, que deben extraerse de los hechos declarados probados en cada caso. En concreto, en relación al fraude de ley, la STS de 18 de febrero de 2014 (Rec. núm. 96/2013) recuerda que aunque éste no puede derivarse de meras presunciones, sí cabe acreditar su existencia mediante pruebas directas o indirectas, admitiéndose entre estas últimas a las presunciones (arts. 385 y 386 LEC). La no presunción del fraude ha de entenderse en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto ante la falta de prueba en contrario, siendo factible que el carácter fraudulento pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones o de indicios, siempre que exista un enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir, de acuerdo con los principios de sana crítica⁵².

Y, a este respecto, debe tenerse en cuenta que el ET y demás normas concordantes establecen un conjunto de presunciones en favor del carácter indefinido de la contratación. Así, por ejemplo, cuando en los contratos suscritos no se ha identificado con claridad ni precisión la causa ni la temporalidad de la misma, los contratos se presumen celebrados por tiempo indefinido y aunque la presunción señalada no es «*iuris et de iure*», si la empresa no realiza prueba alguna que demuestre la naturaleza temporal de los contratos temporales, estos se entienden celebrados en fraude de ley con la finalidad de eludir la aplicación de la norma general, que considera la contratación laboral como indefinida, salvo la concurrencia de los

supuestos de temporalidad especificado en el art. 15 del ET⁵³.

7º) El órgano judicial considerará o no fraudulenta o abusiva la reiterada contratación temporal realizada, condenando en el primer caso al empresario a la devolución de las prestaciones por desempleo junto con las cotizaciones correspondientes.

Al respecto, conviene precisar lo siguiente:

– La obligación de devolución se extiende a las prestaciones por desempleo causadas con ocasión de la extinción de los contratos temporales que forman parte de la cadena de contratación temporal que se considera abusiva o fraudulenta. Por consiguiente, si dicha cadena viniera precedida por un contrato regular, la entidad gestora no podrá reclamar el reintegro de las prestaciones por desempleo generadas tras su extinción por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio⁵⁴.

⁵¹ SSTSJ de Cataluña de 18 de junio de 2007 (Rec. núm. 1627/2006), y de Andalucía de 21 de junio de 2007 (Rec. núm. 4258/2006), 2 de julio de 2007 (Rec. núm. 4285/2006) y de 29 de noviembre de 2007 (Rec. núm. 200/2007).

⁵² SSTSJ de Castilla y León de 14 de julio de 2006 (Rec. núm. 981/2006), de Cataluña de 20 de noviembre de 2006 (Rec. núm. 705/2004) y de Galicia de 18 de febrero de 2011 (Rec. núm. 4760/2007).

⁵³ SSTSJ de Andalucía de 8 de febrero de 2007 (Rec. núm. 1933/2006), de Cataluña de 19 de febrero de 2008 (Rec. núm. 7802/2006), de Andalucía de 3 de abril de 2008 (Rec. núm. 1379/2007), de Galicia de 4 de abril de 2008 (Rec. núm. 1473/2005), de la Comunidad Valenciana de 11 de noviembre de 2008 (Rec. núm. 408/2008), de Galicia de 18 de noviembre de 2008 (Rec. núm. 3837/2008), de Andalucía de 23 de diciembre de 2008 (Rec. núm. 2084/2008), 8 de enero de 2009 (Rec. núm. 4300/2007), 23 de abril de 2009 (Rec. núm. 1012/2008), 20 de mayo de 2009 (Rec. núm. 444/2009), 14 de enero de 2010 (Rec. núm. 466/2009), 23 de septiembre de 2010 (Rec. núm. 1752/2010) y 30 de septiembre de 2010 (Rec. núm. 1772/2010), y de Galicia de 18 de febrero de 2011 (Rec. núm. 4760/2007). En cambio, otras resoluciones judiciales consideran que la falta de concreción del objeto contractual no constituye por sí causa de apreciación automática de fraude y que se trata de un extremo que en todo caso corresponde acreditar a la Entidad Gestora, sin que pueda la misma aducir su dificultad. En este sentido, se expresan, entre otras, las SSTSJ de Andalucía de 21 de junio de 2007 (Rec. núm. 4258/2006), 2 de julio de 2007 (Rec. núm. 4265/2006), 29 de noviembre de 2007 (Rec. núm. 200/2007) y 12 de junio de 2008 (Rec. núm. 2123/2007) y del País Vasco de 3 de junio de 2014 (Rec. núm. 844/2014).

⁵⁴ STSJ de Andalucía de 6 de marzo de 2008 (Rec. núm. 1198/2007).

– El legislador ciñe la obligación de reintegro a las prestaciones de desempleo que hayan sido causadas por la «finalización de contratos temporales con una misma empresa». Por lo tanto, si alguno de los contratos de la cadena contractual presuntamente abusiva o fraudulenta hubiera concluido con el despido disciplinario u objetivo del trabajador por motivos debidamente justificados que le den acceso a las prestaciones por desempleo, no procederá el reintegro de estas prestaciones⁵⁵.

– El art. 147.1 de la LJS habla de prestaciones por desempleo en general, por lo que la obligación de devolución abarca tanto las prestaciones por desempleo contributivo como las del nivel asistencial⁵⁶, junto a las cotizaciones correspondientes.

– La obligación de reintegro se contrae a las prestaciones por desempleo percibidas en los cuatro años anteriores a la última solicitud de prestaciones.

– Por lo demás, el que las prestaciones por desempleo fueran inicialmente reconocidas por terminación de una relación laboral previa sostenida con otra empresa es irrelevante⁵⁷. La obligación de devolución de las prestaciones ha de recaer sobre la empresa responsable de la reiteración de la contratación temporal, apreciada como abusiva o fraudulenta, aunque se trate de una reanudación del derecho a las prestaciones por desempleo.

8º) Si el órgano judicial no considera fraudulenta o abusiva la reiterada contratación temporal efectuada, procederá la desestimación de la demanda.

9º) La sentencia estimatoria «será inmediatamente ejecutiva» (art. 147.4 LJS).

10º) Cuando la sentencia adquiera firmeza «se comunicará a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» (art. 147.5 LJS).

⁵⁵ STSJ del País Vasco de 3 de junio de 2014 (Rec. núm. 844/2014).

⁵⁶ STSJ de Castilla y León de 6 de abril de 2006 (Rec. núm. 1271/2005).

⁵⁷ STSJ de Andalucía de 14 de junio de 2007 (Rec. núm. 4154/2006).

RESUMEN

El uso y abuso por los empresarios de las diferentes modalidades de contratación temporal ha desencadenado un efecto de «sustitución» y «rotación» en el mercado laboral, con el consiguiente incremento en el gasto del sistema de protección desempleo. Para contener la expansión del gasto en las prestaciones por desempleo generadas por los trabajadores temporales, el legislador ha elevado el tipo de cotización por desempleo para los contratos temporales y ha arbitrado un proceso de reintegro por la empresa de prestaciones indebidas por la reiteración abusiva o fraudulenta en la contratación temporal. En el presente estudio se analiza el régimen jurídico aplicable a ambas medidas.

Palabras clave: Desempleo, contratos temporales, fraude de ley, reintegro de prestaciones indebidas.

ABSTRACT

The use and abuse by employers of the various types of temporary contract has triggered an effect of «substitution» and «rotation» in the labor market, with a consequent increase at unemployment protection system spending. In order to reduce the expansion of spending on unemployment benefits generated by temporary workers, the legislator has raised the contribution rate for unemployment in case of temporary contracts. The legislator has established a process for recovery of the contributions in case of abusive or fraudulent reiteration on temporary contracts as well. In the present study the legal regime applicable to both measures is analyzed.

Keywords: Unemployment, temporary contracts, fraud of law, reimbursement of undue benefits.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

II. Jurisprudencia

Recordatorio de Jurisprudencia en materia de Seguridad Social, en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Enero a julio de 2015

Summary of Jurisprudence on Social Security, High Court (Fourth Chamber). From January to July 2015

M^a LUZ GARCÍA PAREDES*

INDICE POR MATERIAS¹

Accidente de trabajo, 15, 26, 35, 37, 38, 51, 59, 62, 78, 81, 88, 92, 93

Acciones declarativas, 81, 87

Cosa juzgada, 78

Desempleo, 2, 4, 13, 32, 33, 49, 53, 55, 64, 67, 72, 73, 84, 86, 91, 98

Enfermedad profesional, 14, 29, 36, 39, 41, 47, 50, 60, 69, 70, 74, 76, 77

Gran invalidez, 9, 21, 48

Incapacidad permanente, 10, 36, 43, 47, 94, 96, 97

Incapacidad temporal, 37, 89

Invalidez no contributiva, 57

Indemnización especial a tanto alzado, 31

Lactancia natural, 65

Lesiones permanentes no invalidantes, 29

Jubilación, 24, 25, 28, 40

Jubilación anticipada, 66, 80, 85

Jubilación parcial, 3, 42, 83

Maternidad, 23

Mejora voluntaria de las prestaciones de la seguridad social, 5

Muerte y supervivencia, 75

Orfandad, 1, 30, 31, 34, 61, 79, 84

Prescripción, 29, 44, 92

Prestaciones a favor de familiares, 44

Programa de renta activa de inserción, 54

Recurso de casación para la unificación de doctrina, 16

Recurso de suplicación, 8, 11, 27, 38, 46, 68, 70, 71, 82

Régimen especial de trabajadores autónomos, 6, 94, 96

Régimen especial de trabajadores del mar, 24

Seguro obligatorio de vejez e invalidez, 45

Viudedad, 7, 12, 17, 18, 18, 19, 22, 52, 56, 58, 63, 95

* Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

¹ La referencia de cada concepto viene dada por la ordenación de las sentencias.

SENTENCIAS

SENTENCIA NÚM. 1**Sala 4ª****Sentencia n° 405/2015****Fecha:** 14/01/2015**Recurso:** 447/2014

Materia: PENSIÓN DE ORFANDAD. HUÉRFANO NACIDO DE PAREJA DE HECHO NO FORMALIZADA. ACRECIMIENTO CON PENSIÓN DE VIUDEDAD. ORFANDAD ABSOLUTA.

Resumen: Se cuestiona el derecho a que se incremente la pensión de orfandad reconocida al hijo con el 52% de la pensión de viudedad no reconocida al cónyuge superviviente –pareja de hecho– por fallecimiento del causante, dimanando el no reconocimiento de dicha pensión del hecho que no estar inscrito como pareja de hecho. Reiterando doctrina, se dice que no procede acrecer la pensión de orfandad, en el 52% que, en su caso, hubiera correspondido a la pensión de viudedad porque el concepto de orfandad absoluta se mantiene en su sentido originario de inexistencia de ambos progenitores más los dos casos parigualados a éste, constituyendo todos ellos situaciones especialmente graves que precisan por ello una mayor protección del huérfano, sin que exista ya trato distinto por la clase de filiación propiamente dicha. Lo que no sucede cuando la denegación previa de la pensión de viudedad se debe no simplemente a que la actora formase parte de una pareja de hecho sino a que dicha pareja no se hallaba constituida legalmente, es decir, en los términos establecidos en el art. 174.3, párrafo cuarto, de la LGSS. Reitera doctrina recogida en sentencias de 20 y 29 de enero de 2014 y posteriores.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 175; DECRETO 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas: arts. 36 y 38.1.

SENTENCIA NÚM. 2**Sala 4ª****Sentencia n° 695/2015****Fecha:** 19/01/2015**Recurso:** 223/2014

Materia: DESEMPLEO. SALIDA DEL TERRITORIO POR PERIODO SUPERIOR A 15 DÍAS E INFERIOR A 90 DÍAS NO COMUNICADA AL SPEE, ES SUPUESTO DE SUSPENSIÓN DE LA PRESTACIÓN, PERO NO DE EXTINCIÓN DEL DERECHO. ERROR EN LOS HECHOS PROBADOS, HAY QUE ESTAR A LOS DATOS CONSTATADOS.

RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. SUFICIENTE INVOCACIÓN DE NORMA INFRINGIDA CON LA CITA DE LA LEY.

Resumen: Aunque la Sala aprecia la existencia de defectos formales en el planeamiento del recurso, considera en ese caso suficiente la genérica cita de la LGSS y RD 637/1985 y entra a conocer del recurso, casando la sentencia recurrida y aplicando la reiterada doctrina en materia de desempleo y salida al extranjero sin autorización ni conocimiento de la Entidad Gestora que, al ser inferior a noventa días, permite entender suspendido el derecho y no su extinción.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 231.1; REAL DECRETO 625/1985 de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo: art. 6.3.

SENTENCIA NÚM. 3**Sala 4ª****Sentencia n° 453/2015****Fecha:** 19/01/2015**Recurso:** 627/2014

Materia: JUBILACIÓN PARCIAL Y CONTRATO DE RELEVO. VALIDEZ DEL SUSCRITO PARA EL PERIODO DE JUBILACIÓN PARCIAL DEL RELAVADO, QUIEN POSTERIORMENTE CONCENTRÓ SU JORNADA REDUCIDA, SIN VOLVER A

PRESTAR SERVICIOS. INEXISTENCIA DE FRAUDE.

Resumen: La finalidad de la norma al establecer la jubilación parcial con contrato de relevo es mantener el volumen de empleo en la empresa y de la garantía de cotización que ello comporta, y salvo supuestos excepcionales de inviabilidad material de tal objetivo, la obligación empresarial de mantener ese volumen de empleo se extiende hasta que el jubilado parcial alcance la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada total. Y tal finalidad se cumple aunque se lleve a cabo una concentración de jornada que, aunque no tiene una previsión legal expresa, no impide que por pacto pueda ser acordada salvo que medie un fraude que intente burlar esa doble finalidad que persigue la norma, sin que en este caso tal circunstancia se haya constatado aunque en el caso del trabajador jubilado parcial se haya concentrado el periodo de actividad y la cuota resultase prorrateada durante todo el periodo desde la jubilación parcial hasta la total que, por otro lado, no trasciende a la realidad y legalidad del contrato de relevo que se haya suscrito.

Disposiciones Legales: ET: art. 12.7 b).

SENTENCIA NÚM. 4

Sala 4^a

Sentencia n° 448/2015

Fecha: 19/01/2015

Recurso: 654/2014

Materia: SUBSIDIO DE DESEMPLEO. CÓMPUTO DE RENTAS: LOS INGRESOS A COMPUTAR SON LOS NETOS DE QUE PUEDA DISPONER EL TRABAJADOR, NO LOS BRUTOS.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre la forma de cálculo de los ingresos del solicitante de un subsidio por desempleo y si aquéllos deben ser obtenidos como brutos o netos. La Sala casa la sentencia recurrida y aplica el criterio que adoptó en estos casos, en el que entendió que el concepto computable lo

era como importe neto. Resuelve un supuesto anterior a la Ley 39/2010 que vino a fijar el importe bruto a esos efectos y respecto del subsidio por desempleo. Reitera doctrina ya superada por la regulación legal que la siguió.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 215.3.2

SENTENCIA NÚM. 5

Sala 4^a

Sentencia n° 636/2015

Fecha: 19/01/2015

Recurso: 677/2014

Materia: MEJORA VOLUNTARIA DE LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL. COMPLEMENTO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN. Art. 37 DEL CONVENIO COLECTIVO DE LA BANCA PRIVADA Y ACUERDOS DE PREJUBILACIÓN.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre la cuantía del complemento de la pensión de jubilación del art. 37 del Convenio Colectivo de la Banca Privada y los acuerdos de prejubilación suscritos por la entidad bancaria y el causante y a favor de quien es cónyuge de un prejubilado de la demandada. Más concretamente, si la pensión complementaria debe reducirse en igual importe que rige las normas de determinación de la pensión pública, atendiendo a que el causante está percibiendo una pensión de viudedad que junto a la de jubilación se encuentran limitadas. La Sala de 4^a del TS entiende que la mejora está vinculada a las vicisitudes de la pensión pública ya que no consta otra cosa en los acuerdos pactados en situaciones similares. Partiendo de este criterio, la Sala al resolver el recurso considera que al reducirse la pensión de jubilación debido a la aplicación del tope de pensión máxima establecido legalmente, al sobrepasarse éste por la concurrencia de la pensión de viudedad, parece que necesariamente habría de incrementarse por el banco el importe del complemento pactado, lo cual implicaría entender que la empresa «se habría comprometido a sufragar las reducciones que en el importe de la pen-

sión ha de llevar a cabo por imperativo legal el INSS...», consecuencia totalmente ilógica ya que no puede soslayarse las medidas legales de concurrencia de pensiones mediante pactos privados. Reitera doctrina recogida en sentencia de 14 de enero de 2014.

Disposiciones Legales: CONVENIO COLECTIVO DE LA BANCA PRIVADA: art. 37.

SENTENCIA NÚM. 6

Sala 4ª

Sentencia nº 445/2015

Fecha: 20/01/2015

Recurso: 558/2014

Materia: RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS. PERIODO DE CARENDA, COTIZACIONES INGRESADAS DESPUÉS DEL ALTA Y CORRESPONDIENTES A PERIODOS ANTERIORES A ÉSTA, TRAS LA LEY 66/1997. NO SE COMPUTAN. Supuesto anterior a la Ley 22/1993.

Resumen: Las cotizaciones correspondientes a periodos anteriores al alta e ingresadas con posterioridad no son computable para el acceso a la protección en el RETA, sin les pueda ser aplicable la reforma introducida por la Ley 22/1993. Reitera doctrina de 21 de noviembre de 2001. Entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: Disposición Adicional 9ª DECRETO 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos: art. 28.

SENTENCIA NÚM. 7

Sala 4ª

Sentencia nº 713/2015

Fecha: 20/01/2015

Recurso: 507/2014

Materia: PENSIÓN DE VIUDEDAD. ALTA O SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA. AUSENCIA DE INSCRIPCIÓN COMO DEMANDANTE DE EMPLEO DEL CAUSANTE.

CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES EN EL CASO.

Resumen: La Sala aprecia la existencia de alta y situación asimilada al alta, aplicando criterios flexibilizadores y humanitarios aplicados cuando se advierte la decidida voluntad del sujeto de continuar en el mundo laboral, mejorando sus expectativas laborales. En este caso, esa falta de alta se produce en un causante, trabajador que tenía cotizados 4.667 días (12,78 años) y que al terminar su última relación laboral no se inscribió como demandante de empleo por estar pendiente de impartir, en unos meses, un nuevo curso, falleciendo, sin embargo, antes, de un fallo cardíaco. Reitera doctrina recogida en sentencia de 19 de enero de 2010, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: arts. 124, 125.2 y 174.

SENTENCIA NÚM. 8

Sala 4ª

Sentencia nº 978/2015

Fecha: 21/01/2015

Recurso: 203/2014

Materia: RECURSO DE SUPPLICACIÓN. COMPETENCIA FUNCIONAL, SE APRECIA POR EXISTIR AFECTACIÓN GENERAL. NÚMERO DE ASUNTOS EXAMINADOS POR LA SALA. SUPUESTO DE JUBILACIÓN ANTICIPADA Y DETERMINACIÓN DE SI EL CESE ES INVOLUNTARIO.

Resumen: Procede el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de instancia en tanto que se debe apreciar la existencia de afectación general en la cuestión debatida al referirse a un tema sobre el que consta en la Sala la existencia de numerosos asuntos en los que se cuestiona si el porcentaje de la pensión de jubilación anticipada es el otorgado por la Entidad Gestora o el reclamado por el beneficiario, cuya diferencia en cómputo anual no supera los 3000 euros.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 191.2 g) y 3 c).

SENTENCIA NÚM. 9**Sala 4^a****Sentencia n° 722/2015****Fecha:** 21/01/2015**Recurso:** 127/2014

Materia: GRAN INVALIDEZ. PERIODO DE CARENCIA. COTIZACIONES AL CONVENIO ESPECIAL AGRAVACIÓN DOLENCIAS TRAS LA SUSCRIPCIÓN DE DICHO CONVENIO.

Resumen: La denegación del reconocimiento de una determinada incapacidad por falta inicial del período de carencia necesario, supone que no se debe tener en cuenta el grado de invalidez que se haya podido estimar ya que la invalidez exige que también se cumpla el período carencial, lo que implica que si se aprecia un agravamiento en la situación del trabajador tras la suscripción del convenio especial, éste no puede considerarse irrelevante dado que el que las dolencias iniciales colmaran ya el concepto de invalidez no hace banal la modificación patológica, pues siendo la primera ineficaz, el hecho constitutivo fáctico del agravamiento es el que legitima la nueva calificación, que no está por ello condicionada a la anterior. Reitera doctrina recogida en sentencia de 19 de enero de 2010, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 138.2 y Disposición Adicional 8.1.

SENTENCIA NÚM. 10**Sala 4^a****Sentencia n° 641/2015****Fecha:** 21/01/2015**Recurso:** 491/2014

Materia: INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA. RECONOCIMIENTO A PESAR DE QUE EL ACTOR SE ENCUENTRA JUBILADO ANTICIPADAMENTE.

Resumen: Se cuestiona en el recurso si el acceso a la jubilación que impide sea reconocido posteriormente una incapacidad permanente solo se produce a partir de los 65 años de edad

o esa incompatibilidad se presenta en situaciones de jubilación anticipada a esa edad. El pensionista de jubilación anticipada puede acceder a la pensión de incapacidad permanente si ésta se produce antes de cumplir los 65 años de edad al ser un límite temporal que impone el legislador, sin que la norma que la fija deba ser interpretada de forma extensiva por ser una restricción de derechos. Reitera doctrina recogida en sentencias de 22 de marzo de 2006 y 13 de junio de 2007.

Disposiciones Legales: LGSS: arts. 138.1, 161.1 a), Disposición Transitoria 4^a.4.

SENTENCIA NÚM. 11**Sala 4^a****Sentencia n° 977/2015****Fecha:** 27/01/2015**Recurso:** 138/2014

Materia: RECURSO DE SUPPLICACIÓN. COMPETENCIA FUNCIONAL. REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS, AUNQUE NO SE ALCANCE EL LÍMITE DE CUANTÍA.

Resumen: El recurso de suplicación procede contra la sentencia de instancia cuando, como en este caso, el objeto del pleito es la reclamación del derecho al reintegro del importe de los gastos originados por la prestación de asistencia sanitaria, realizada con medios ajenos a la Seguridad Social, por lo que se está reclamando el derecho a una prestación y, por lo tanto, procede recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, a tenor de lo legalmente establecido al efecto.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 191.2 g) y 3 c).

SENTENCIA NÚM. 12**Sala 4^a****Sentencia n° 1751/2015****Fecha:** 03/02/2015**Recurso:** 3187/2013

Materia: PENSIÓN DE VIUDEDAD. CÓNYUGE SEPARADO SIN PENSIÓN COM-

PENSATORIA, PERO QUE RECIBÍA SUMAS PERIÓDICAS DEL CAUSANTE.

Resumen: El concepto de pensión compensatoria, a efectos de acceso por el divorciado o separado del causante a la pensión de viudedad y distinguiéndose claramente de la pensión de alimentos para los hijos que se pueda recibir, debe determinarse en atención a las concretas circunstancias del caso, partiendo de la naturaleza de tal pensión y aplicando un criterio finalista de forma que es posible, en ausencia de hijos, presumir que lo percibido por un conyugue por la separación o divorcio deba calificarse de pensión compensatoria. En el caso que resuelve, la demandante percibía determinadas sumas económicas, de carácter periódico, a cargo de quien había sido su cónyuge, del que se encontraba separada, y que, con independencia de la denominación dada a esa prestación en el momento de la separación judicial, que hacía mención a «la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos», es lo cierto que no consta que existieran hijos a cargo y además dicha cantidad, no solo era muy elevada –100.000 ptas. mensuales en el año 1995– sino que en el convenio regulador se establecían unas «bases de actualización» de dicha cantidad. Reitera doctrina recogida en sentencia de 29 de enero de 2014, que rectifica otra anterior.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174.2; CC: arts. 3 y 97.

SENTENCIA NÚM. 13

Sala 4ª

Sentencia n° 705/2015

Fecha: 03/02/2015

Recurso: 288/2014

Materia: SUBSIDIO POR DESEMPLEO. CARENCIA DE RENTAS. VENTA DE UN INMUEBLE. AL TRATARSE DE UN INCREMENTO PUNTUAL PROCEDE LA SUSPENSIÓN Y NO LA EXTINCIÓN.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso se refiere a si es procedente la extinción del

subsidio por desempleo cuando el trabajador no ha comunicado la variación de rentas que le impide mantener el derecho al subsidio consecuencia del incremento patrimonial producido en la economía de la beneficiaria de prestaciones por desempleo al transmitir a su hija y cónyuge de ésta, en parte por donación y en parte mediante escritura de compraventa por importe de 90.000 €, otorgada el en octubre de 2010, de un bien inmueble en parte propiedad indivisa de la sociedad de gananciales formada por la demandante y su esposo y en parte bien privativo de la actora. La Sala 4ª del TS revoca la sentencia de suplicación porque reitera doctrina recogida en sentencia de 28 de octubre de 2010 en la que se considera, que como las obtenidas lo han sido en un plazo inferior al año, lo que procede es la suspensión del derecho.

Disposiciones Legales: LGSS: arts. 215 y 219.

SENTENCIA NÚM. 14

Sala 4ª

Sentencia n° 714/2015

Fecha: 04/02/2015

Recurso: 202/2014

Materia: ENFERMEDAD PROFESIONAL. INCAPACIDAD PERMANENTE. SILICOSIS. RESPONSABILIDAD DEL INSS, Y DECLARACIÓN DE INVALIDEZ ES POSTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 51/2007.

Resumen: Se plantea en el recurso de unificación de doctrina si la Mutua debe responder de la prestación de incapacidad permanente, derivada de enfermedad profesional que ha sido declarada con posterioridad a 1 de enero de 2008 pero cuyo origen se corresponde con periodos en los que el aseguramiento de la contingencia correspondía en exclusiva al INSS. La Sala, aplicando el criterio adoptado en materia de accidente de trabajo, entiende que la responsabilidad corresponde a quien asegurase la contingencia en el periodo en que se generó la enfermedad, porque la cobertura

se establece en función del riesgo asegurado, aunque proteja el daño indemnizable derivado de éste, el cual puede manifestarse con posterioridad al siniestro, lo que determina la responsabilidad del INSS y no de la Mutua, que se limitaba a cubrir la contingencia profesional de IT y que sólo pudo asegurar las prestaciones de IP tras la Ley 51/2007, que no contiene mandato alguno de retroactividad. Reitera doctrina recogida en sentencia de 15 de enero de 2013, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 126.

SENTENCIA NÚM. 15

Sala 4^a

Sentencia n° 1753/2015

Fecha: 04/02/2015

Recurso: 197/2014

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. FALLECIMIENTO DEL PATRÓN DE PESCA POR EDEMA PULMONAR DEBIDO A CIRROSIS HEPÁTICA EN EL BARCO DONDE VIVÍA POR ESTAR EL BUQUE EMBARGADO Y SIN NAVEGAR DESDE HACÍA TIEMPO.

Resumen: Se cuestiona en el recurso si es accidente de trabajo el sufrido por el trabajador cuando, en el momento de sufrir el evento lesivo –una «cirrosis micronodular con degeneración hidrópica y edema agudo de pulmón», falleciendo por causas por causas naturales ese mismo día, estando en estado de sobriedad en el momento de la muerte, siendo la causa directa de la muerte «edema agudo de pulmón provocado por una cirrosis hepática»–, se encuentra en el buque, y todas dependencias de éste, constituyen su centro de trabajo y al propio tiempo su domicilio, y cuyos trabajadores –todos ellos– aun cuando lógica y legalmente disfruten de períodos de descanso, están no obstante sujetos a una permanente disponibilidad, dependiendo de las contingencias –a veces imprevisibles– que pueden surgir en un buque. La Sala, tras recoger la jurisprudencia en materia de accidente de trabajo en tiempo y lugar de trabajo, considera que en ese caso es evidente que concurren esas dos circuns-

tancias para presumir como derivado de accidente de trabajo. Reitera doctrina recogida en sentencia de 24 de febrero de 2014.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 115.3.

SENTENCIA NÚM. 16

Sala 4^a

Sentencia n° 630/2015

Fecha: 04/02/2015

Recurso: 3207/2013

Materia: RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. FUNDAMENTACIÓN DE LA INFRACCIÓN LEGAL.

Resumen: El escrito interposición recurso no cumple con la exigencia relativa a la «fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada» el recurso presentado se limita a citar por su número una serie variada de preceptos legales del ET, del C.c. y de la LGSS, sin la más mínima argumentación que permita deducir en qué y por qué estima el recurrente que cada uno de ellos ha sido infringido por la sentencia impugnada y, en consecuencia, por qué razón sería legalmente más correcta la interpretación que hace la sentencia de contraste.

Disposiciones Legales: LRJS: arts. 224.1.b y 225.5.

SENTENCIA NÚM. 17

Sala 4^a

Sentencia n° 720/2015

Fecha: 05/02/2015

Recurso: 166/2014

Materia: PENSIÓN DE VIUDEDAD. INEXIGENCIA DEL REQUISITO DE PENSIÓN COMPENSATORIA. Dis. Trans. 18.1 LGSS.

Resumen: La exoneración de la pensión compensatoria para los divorciados o separados del causante puedan ser beneficiarios de la pensión de viudedad, en los casos contemplados en la Disposición Transitoria 18^a de la Ley General de la Seguridad Social, exige que en-

tre la separación o el divorcio y el fallecimiento no haya transcurrido más de diez años. El problema surge en la forma en que se computa ese tiempo cuando concurre la separación y posterior divorcio. La Sala entiende que el plazo debe extenderse hasta el primer acto jurídico del que se hubiera obtenido el derecho compensatorio que se exonera y, en este caso ese espacio de diez años debe computarse hasta la separación y no dejarlo en la de divorcio. En este caso, tras un matrimonio que había durado más de diez años, el causante se hallaba divorciado de su primera esposa desde el 12 diciembre de 2002, si bien los cónyuges estaban legalmente separados desde el 22 de junio de 2000. En 1 de septiembre de 2004 contrajo matrimonio con la otra codemandada, divorciándose en 19 de mayo de 2008 y contrayendo nuevo matrimonio entre ambos en 1 de febrero de 2010. La muerte se produjo el 25 de agosto de 2010. Se confirma la sentencia de instancia, rechazando el recurso de la Entidad Gestora y de la que fue la primera esposa, ya que a la fecha del óbito habían transcurrido más de diez años desde la fecha de aquella sentencia de separación, reiterando doctrina recogida en sentencias de 2 de noviembre de 2013 y de 28 de abril de 2014, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: Disposición Transitoria 18ª.1

SENTENCIA NÚM. 18

Sala 4ª

Sentencia n° 1210/2015

Fecha: 09/02/2015

Recurso: 2288/2014

Materia: PENSIÓN DE VIUDEDAD. CONSTITUCIÓN FORMAL DE LA PAREJA DE HECHO. INSCRIPCIÓN EN REGISTRO DE PAREJAS DE HECHO O DOCUMENTO PÚBLICO DE CONSTITUCIÓN.

Resumen: El acceso a la pensión de viudedad en parejas de hecho exige como requisito la existencia de inscripción formal de la pareja en Registro específico de parejas o en documento público que, de constancia de la consti-

tución de tal pareja de hecho, sin que tal exigencia se haya visto alterada por la doctrina recogida en la STC 40/2014, de 11 de marzo. Reitera doctrina recogida en sentencia de 22 de septiembre de 2014.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174.3.

SENTENCIA NÚM. 19

Sala 4ª

Sentencia n° 707/2015

Fecha: 09/02/2015

Recurso: 2586/2014

Materia: PENSIÓN DE VIUDEDAD. CONSTITUCIÓN FORMAL DE LA PAREJA DE HECHO. INSCRIPCIÓN EN REGISTRO DE PAREJAS DE HECHO O DOCUMENTO PÚBLICO DE CONSTITUCIÓN

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencias de 22 de septiembre de 2014 y de 5 de febrero de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174.3.

SENTENCIA NÚM. 20

Sala 4ª

Sentencia n° 724/2015

Fecha: 09/02/2015

Recurso: 1352/2014

Materia: PENSIÓN DE VIUDEDAD. CONSTITUCIÓN FORMAL DE LA PAREJA DE HECHO. INSCRIPCIÓN EN REGISTRO DE PAREJAS DE HECHO O DOCUMENTO PÚBLICO DE CONSTITUCIÓN.

Resumen: Para acceder a la pensión de viudedad en parejas de hecho es necesaria la constitución formal pareja de hecho y a tal fin sólo sirve inscripción en Registro en parejas de hecho o mediante documento público en el que conste la constitución de tal pareja con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante, sin que sea eficaz la declaración de existencia en testamento, o en escritura de constitución de sociedad en el que tan solo se identifican

las partes como pareja de hecho sin que ello se pueda equiparar a la escritura en la que se constituyen formalmente como pareja de hecho.

Disposiciones Legales: LGSS: 174.3.

SENTENCIA NÚM. 21

Sala 4^a

Sentencia n° 458/2015

Fecha: 10/02/2015

Recurso: 1764/2014

Materia: GRAN INVALIDEZ. CEGUERA TOTAL A EFECTOS DE SU CONSIDERACIÓN COMO GRAN INVALIDEZ, LA AGUDEZA VISUAL INFERIOR A UNA DÉCIMA EN AMBOS OJOS, AUNQUE PUEDA REALIZAR SIN AYUDA LOS ACTOS ESENCIALES DE LA VIDA.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre si existe gran invalidez en quien tiene una agudeza visual equiparables al 100% de la escala de Wecker, no puede realizar solo los desplazamientos ni tomar la medicación. La Sala estima que el invidente en tales condiciones requiere naturalmente la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida, no requiriéndose que la necesidad de ayuda sea continuada. En suma: se asimila a ceguera total, a efectos de su consideración como gran invalidez, la agudeza visual inferior a una décima en ambos ojos, aunque se hubieran adquirido habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente; tampoco es necesaria la continuidad en la colaboración de una tercera personal para la realización de determinadas actividades esenciales de la vida.

Reitera doctrina recogida en sentencia de 3 de marzo de 2014.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 137.1 y 6.

SENTENCIA NÚM. 22

Sala 4^a

Sentencia n° 990/2015

Fecha: 10/02/2015

Recurso: 2690/2014

Materia: PENSIÓN DE VIUDEDAD. CONSTITUCIÓN FORMAL DE LA PAREJA DE HECHO. INSCRIPCIÓN EN REGISTRO DE PAREJAS DE HECHO O DOCUMENTO PÚBLICO DE CONSTITUCIÓN.

Resumen: Para acceder a la pensión de viudedad en parejas de hecho es necesaria la constitución formal pareja de hecho y a tal fin sólo sirve inscripción en Registro en parejas de hecho o mediante documento público en el que conste la constitución de tal pareja con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante, sin que sea eficaz el certificado de empadronamiento ni el Libro de Familia con el que únicamente acredita la filiación, ni el testamento nombrando heredera a la persona con la que se convive, ni siquiera disposiciones testamentarias de los convivientes en las que, además de legar una cuota del 30% de su herencia al otro, manifiestan que ambos convivían maritalmente.

Disposiciones Legales: LGSS: 174.3.

SENTENCIA NÚM. 23

Sala 4^a

Sentencia n° 708/2015

Fecha: 10/02/2015

Recurso: 25/2014

Materia: PRESTACIÓN DE MATERNIDAD. SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA POR ESTAR EN SITUACIÓN DE EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJO PREVIO.

Resumen: La persona que se encuentra en excedencia por cuidado de hijo y que compatibilidad tal situación con un trabajo no pierde tal condición en tanto que la excedencia dedicada al cuidado del hijo no lo es con carácter exclusivo a esa finalidad cuando el trabajo es compatible con la misma y permite a la madre

obtener ingresos. Es por ello que la prestación por maternidad puede ser otorgada al encontrarse la madre en situación asimilada al alta porque no se haya superado el período considerado como de cotización efectiva.

Disposiciones Legales: LGSS: arts. 133 ter y 180.1; REAL DECRETO 295/2009, de 6 de marzo, que regula las prestaciones de maternidad: arts. 1 a 3 y Disposición Adicional 4ª.

SENTENCIA NÚM. 24

Sala 4ª

Sentencia n° 716/2015

Fecha: 10/02/2015

Recurso: 256/2014

Materia: RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES DEL MAR. JUBILACIÓN. MEJORA DEL PORCENTAJE AL SUPERAR LA EDAD DE JUBILACIÓN CORRESPONDIENTE.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre si es admisible que se mejore el porcentaje de la pensión de jubilación cuando el trabajador accede a la misma sin haber alcanzado la edad ordinaria –en ese caso se accedió con la aplicación de coeficientes reductores– ni haber cotizado con posterioridad a los 65 años de edad. La Sala casa la sentencia recurrida, negando que puedan ser aplicadas esas mejoras al porcentaje en esos casos en que no se accede a la jubilación a los 65 años porque de otra forma no se cubre la finalidad de la reforma que consiste, por un lado, en propiciar e incentivar una mayor permanencia en la actividad tras alcanzar los 65 años de edad, y, por otro, en compensar la mayor contribución al sistema. Además, a partir de la reforma de 2007, existe una prohibición legal expresa de que los coeficientes reductores de la edad de jubilación previstos en determinadas actividades laborales –el trabajo en el mar, entre otras– puedan incidir en los incrementos en la cuantía de la pensión de jubilación. Reitera doctrina recogida en sentencia de 27 de marzo de 2013.

Disposiciones Legales: LGSS: arts. 161. bis.4 y 163.2.

SENTENCIA NÚM. 25

Sala 4ª

Sentencia n° 721/2015

Fecha: 11/02/2015

Recurso: 1780/2014

Materia: JUBILACIÓN. TRABAJADOR MIGRANTE EN EL SECTOR DE LA MINERÍA. *PRORRATA TEMPORIS* A CARGO DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre la determinación de si para fijar el porcentaje de pensión que corresponde abonar a España han de tenerse en cuenta no solo los días realmente cotizados sino también los bonificados por la realización de trabajos en la minería, aplicados para determinar la edad ficticia del beneficiario a fin de acceder a la pensión. Siguiendo la doctrina de la Sala, los periodos de bonificación reconocidos por la legislación nacional, anteriores al hecho causante, inciden en el cálculo de la pensión teórica y del importe efectivo a cargo de la Seguridad Social española y, por otro lado, ha de procederse a la totalización de periodos de cotización solo en la medida necesaria para alcanzar el máximo de pensión nacional, sin que sea admisible sumar etapas de aportación cotizante innecesarias, que arrastrarían el efecto de minorar el fragmento o prorrateo a cargo del sistema español de Seguridad Social. Reitera doctrina recogida en sentencias de 6 de noviembre de 2007, de 26 de junio de 2008, de 29 de abril de 2009 y de 29 de febrero de 2012.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 163.

SENTENCIA NÚM. 26

Sala 4ª

Sentencia n° 991/2015

Fecha: 17/02/2015

Recurso: 1219/2014

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIO.

CIOS. BAREMO DE ACCIDENTES DE TRÁFICO. CUANTÍAS IMPUTABLES AL CONCEPTO DE DAÑO MORAL. NO PUEDEN SER COMPENSADAS CON LAS PRESTACIONES DE SS. SEGURIDAD SOCIAL.

Resumen: Siendo la reparación total del daño el objetivo a cubrir, se hace necesario identificar los perjuicios concretos que integran ese daño: a) el daño corporal que constituye las lesiones físicas y psíquicas del accidentado; b) el daño moral o sufrimiento psíquico o espiritual derivado del accidente; c) el daño emergente, identificado como la pérdida patrimonial directamente vinculada al hecho dañino; y d) el lucro cesante, constituido por la pérdida de ingresos y de expectativas laborales. Respecto de los accidentes de trabajo no existen criterios legales para la valoración del daño, siendo la única regla la de la razonabilidad y proporcionalidad, que queda en manos de la interpretación y aplicación por parte del juez. Por ello hay que admitir la utilización de diversos criterios y, entre ellos, el del Baremo establecido en el RD Ley 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor pero precisa de una labor de acomodación a las características del accidente de trabajo, al constatar que el Baremo de circulación no tiene en cuenta descuento alguno por lo percibido por otra vía para paliar el lucro cesante, y ello porque la indemnización que fija dicho Baremo es igual para todas las víctimas, estén o no laboralmente activas. Es por ello que a) El importe de las indemnizaciones básicas por lesiones permanente (Tabla III), «no puede ser objeto de compensación alguna con las prestaciones de Seguridad Social ya percibidas ni con mejoras voluntarias y/o recargo de prestaciones, puesto que con su pago se compensa el lucro cesante, mientras que con aquél se repara el daño físico causado por las secuelas y el daño moral consiguiente». b) Asimismo, «el factor corrector de la Tabla IV [«incapacidad permanente para la ocupación habitual»] exclusivamente atiende al daño moral que supone –tratándose de un trabajador– la propia situación

de IP, por lo que la indemnización que en tal apartado se fija ha de destinarse íntegramente –en la cuantía que el Tribunal determine, de entre el máximo y mínimo que al efecto se establece en ese apartado el Baremo– a reparar el indicado daño moral». c) En cuanto a la situación de incapacidad temporal, la determinación del daño moral «ha de hacerse –tras corrección del criterio inicialmente seguido por la Sala– conforme a las previsiones contenidas en la Tabla V, y justo en las cantidades respectivamente establecidas para los días de estancia hospitalaria, los impeditivos para el trabajo y los días de baja no impeditivos [el alta laboral no necesariamente ha de implicar la sanidad absoluta]». Reitera doctrina recogida en sentencias de 23 de junio de 2014 y 20 de noviembre de 2014.

Disposiciones Legales: LGSS: arts. 115 y 127.3; CC: art. 1101.

SENTENCIA NÚM. 27

Sala 4^a

Sentencia nº 1440/2015

Fecha: 17/02/2015

Recurso: 811/2014

Materia: RECURSO DE SUPPLICACIÓN, COMPETENCIA FUNCIONAL. RECLAMACIÓN DE DIFERENCIAS EN LA BASE REGULADORA DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO.

Resumen: No procede recurso de suplicación contra la sentencia dictada en la instancia en la que se reclaman unas diferencias en la base reguladora de la prestación con cargo al sistema de la Seguridad Social, que no supera en cómputo anual los 3.000 euros.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 191.2 g) y 3 c).

SENTENCIA NÚM. 28

Sala 4^a

Sentencia nº 1757/2015

Fecha: 18/02/2015

Recurso: 983/2014

Materia: JUBILACIÓN. CUANTÍA. COEFICIENTE REDUCTOR DE EDAD POR MINUSVALÍA QUE AFECTA A LA TRABAJADORA. DETERMINACIÓN DE ESTE ÚLTIMO REQUISITO. NO CORRESPONDE AL ÓRGANO JURISDICCIONAL.

Resumen: La edad mínima para acceder a la jubilación podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65%

acordado a propuesta del Ministro de Empleo y Seguridad Social o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas persona, lo que se acreditarán mediante certificación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o del órgano correspondiente de la respectiva Comunidad Autónoma o el servicio que en su momento existiera. Si este certificado no es posible otorgar el derecho sin que el órgano judicial pueda suplir esa competencia salvo por vía de su impugnación y previa resolución administrativa.

Disposiciones Legales: LGSS; art. 161 bis 1); REAL DECRETO 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación: arts. 2 y 3.

SENTENCIA NÚM. 29

Sala 4ª

Sentencia nº 1384/2015

Fecha: 19/02/2015

Recurso: 3001/2013

Materia: LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES. PRESCRIPCIÓN, *DIES A QUO* PARA EL CÓMPUTO. ENFERMEDAD PROFESIONAL.

Resumen: El *dies a quo* para el cómputo del plazo de cinco años de prescripción es la fecha del hecho causante o de determinación de la

contingencia profesional. Y que en el caso que se resuelve, siendo determinante la fijación de que tales dolencias padecidas por el actor tienen origen en enfermedad profesional, el cómputo del plazo de cinco años, no se inicia hasta el momento en que calificadas las dolencias se determina su origen profesional que determina la contingencia y ello se produce en el año 2012 con la resolución del INSS.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 43.

SENTENCIA NÚM. 30

Sala 4ª

Sentencia nº 1540/2015

Fecha: 24/02/2015

Recurso: 1134/2014

Materia: PENSIÓN DE ORFANDAD. HUÉRFANO NACIDO DE PAREJA DE HECHO NO FORMALIZADA. ACRECIMIENTO CON PENSIÓN DE VIUEDAD. ORFANDAD ABSOLUTA.

Resumen: No procede el incremento de pensión de orfandad a quien siendo huérfano de padre tiene a su madre viva que no percibe pensión de viudedad por no tratarse de un supuesto de orfandad absoluta. Reitera doctrina recogida en sentencias de 20 y 29 de enero de 2014 y 14 de enero de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 175; DECRETO 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas: arts. 36 y 38.1.

SENTENCIA NÚM. 31

Sala 4ª

Sentencia nº 2116/2015

Fecha: 25/02/2015

Recurso: 929/2014

Materia: INDEMNIZACIÓN ESPECIAL A TANTO ALZADO. ORFANDAD ABSOLUTA. EXIGENCIA DE AUSENCIA DE AMBOS

PROGENITORES PARA EL INCREMENTO DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD EN IMPORTE DE VIUDEDAD.

Resumen: Puede extenderse a la indemnización a tanto alzado en fallecimientos por contingencia profesional, el criterio establecido para las pensiones de orfandad en donde, viviendo uno de los progenitores del huérfano, éste no puede ver acrecido su derecho por el hecho de que aquel no haya causado derecho a la pensión de viudedad.

Disposiciones Legales: ORDEN MINISTERIAL de 13 de febrero de 1967: arts. 28 y 29; DECRETO 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas: art. 38.

SENTENCIA NÚM. 32

Sala 4^a

Sentencia n^o 1225/2015

Fecha: 02/03/2015

Recurso: 903/2014

Materia: DESEMPLEO. CONCURRENCIA CON SALARIOS DE TRAMITACIÓN. OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR BENEFICIARIO DE PRESTACIÓN POR DESEMPLEO, EN DESPIDOS IMPROCEDENTES CON OPCIÓN POR LA INDEMNIZACIÓN.

Resumen: La falta de solicitud del reconocimiento de la prestación por desempleo, tras haber estado percibiendo la misma durante el proceso de despido que ha condenado al pago de salarios de tramitación y el empresario ha optado por la indemnización, solo permite descontar la prestación indebidamente percibida en el periodo de concurrencia con aquellos salarios de tramitación, teniendo derecho el trabajador a percibir el resto de la prestación inicialmente reconocida. Reitera doctrina recogida en sentencia de 1 de febrero de 2011.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 209.4.

SENTENCIA NÚM. 33

Sala 4^a

Sentencia n^o 1766/2015

Fecha: 02/03/2015

Recurso: 712/2014

Materia: SUBSIDIO POR DESEMPLEO POR RESPONSABILIDADES FAMILIARES. RENTAS Y CARGAS FAMILIARES.

Resumen: El cómputo de rentas, identificado con el tope cuantitativo ingresos del 75 % smi, está referido en exclusiva al beneficiario solicitante y no está condicionado al número de miembros que integran la unidad familiar ya que para tener derecho hay un primer requisito, consistente en que solicitante carezca de rentas propias de cualquier naturaleza que superen aludida cuantía, y sólo cuando este requisito ha sido superado, es cuando pueden acreditarse cargas familiares. Reitera doctrina recogida en sentencia de 30 de mayo de 2000.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 215.2.

SENTENCIA NÚM. 34

Sala 4^a

Sentencia n^o 1434/2015

Fecha: 04/03/2015

Recurso: 1382/2014

Materia: PENSIÓN DE ORFANDAD. ELEVACIÓN DEL LÍMITE DE EDAD EN BENEFICIARIO QUE CUMPLIÓ 22 AÑOS EN NOVIEMBRE DE 2011. Aplicación de la Ley 27/2011.

Resumen: La cuestión que se presenta consiste en determinar si la demandante tiene derecho a la prórroga hasta los 25 años para percibir la prestación de orfandad, a la vista de la reforma de la Ley 27/2011, cuando la misma le fue reconocida en julio de 2007, cuando tenía 22 años y sin que desarrolle actividad alguna al continuar cursando estudios. La Sala entiende que, al 1 de enero de 2014, quienes se encontraran cursando el curso escolar y a lo largo del mismo cumplieran 25 años, conservan el beneficio hasta el día pri-

mero del mes inmediato posterior al del inicio del siguiente año académico. El mismo beneficio se aplica a quienes cumplan 24 años a lo largo del curso académico en 2013, 23 años en 2012 y a quienes cumplen 22 a lo largo del curso en 2011 pues el hecho de fijar una edad, la de 25, unida a un año 2014, solo tiene sentido si se considera destinada a proteger a quien cumple la edad límite en la redacción anterior en 2011, prolongando su condición de beneficiario hasta los 25 años.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 175.2, y Disposición Transitoria 6ª bis, en la redacción dada por la Ley 27/11, de 1 de agosto.

SENTENCIA NÚM. 35

Sala 4ª

Sentencia n° 1907/2015

Fecha: 04/03/2015

Recurso: 1307/2014

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. RECARGO DE PRESTACIONES. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO INFRACTOR. NO RESPONDE EL INSS.

Resumen: El recargo por falta de medidas de seguridad tiene un carácter sancionador que hace intransferible la correspondiente responsabilidad por actuación culpable. No se trata, por tanto, de una forma o modalidad de prestación de la Seguridad Social que justifique su asunción por la Entidad Gestora correspondiente. Es, por el contrario, una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente, establecida y cuya imputación solo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 123.

SENTENCIA NÚM. 36

Sala 4ª

Sentencia n° 1542/2015

Fecha: 04/03/2015

Recurso: 540/2014

Materia: ENFERMEDAD PROFESIONAL. INCAPACIDAD PERMANENTE. SILICOSIS. RESPONSABILIDAD DEL INSS, Y DECLARACIÓN DE INVALIDEZ POSTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 51/2007.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 4 de febrero de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 126.

SENTENCIA NÚM. 37

Sala 4ª

Sentencia n° 2612/2015

Fecha: 17/03/2015

Recurso: 1477/2014

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. INCAPACIDAD TEMPORAL. RECIDIVA TRANSCURRIDOS MÁS DE SEIS MESES DESDE EL ALTA PRECEDENTE. RESPONSABILIDAD INTEGRAL DE LA MUTUA QUE ASUMÍA EL RIESGO AL ACAECER LA SEGUNDA BAJA.

Resumen: Se plantea en unificación de doctrina la determinación de la entidad responsable de una situación de baja médica producida transcurridos seis meses de la anterior, derivadas ambas de accidente de trabajo y los mismos diagnósticos, cuando la empresa para la que se ha prestado servicios es distinta en uno y otro momento, al igual que la Mutua que cubre aquella contingencia. La Sala 4ª del TS, recordando que cuando transcurre ese espacio de tiempo entre una baja médica y otra es necesario examinar la concurrencia de los requisitos necesarios para acceder al subsidio, señala que la base reguladora que corresponde al último debe calcularse tomando las cotizaciones de los seis meses precedentes y, por tanto, no afectan a las bases de cotización anteriores a esos. Todo ello lleva a no exigir responsabilidad alguna a la Mutua del primer siniestro laboral. Reitera doctrina recogida en sentencia de 27 de diciembre de 2011.

Disposiciones Legales: LGSS: arts. 115, 126.1, 128; ORDEN MINISTERIAL de 13

de octubre de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social: art. 9.

SENTENCIA NÚM. 38

Sala 4^a

Sentencia n° 1909/2015

Fecha: 17/03/2015

Recurso: 2045/2014

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. RECARGO DE PRESTACIONES. PORCENTAJE APLICABLE. CONTROL EN VÍA DE RECURSO. DETERMINACIÓN DE SI PROCEDE REDUCIR PORCENTAJE DE RECARGO CUANDO SE HAN CUMPLIDO LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SALUD SÓLO A PARTIR DE UNA FECHA DETERMINADA. REDUCCIÓN IMPROCEDENTE.

Resumen: Se plante en el recurso de unificación de doctrina el porcentaje que debe aplicarse en el caso que se resuelve, entre el máximo y el mínimo legalmente establecido. La Sala considera que, en el orden laboral, la fijación del recargo entre esos márgenes queda a la apreciación del juzgador según las circunstancias del caso, siempre que no resulte arbitrario y fuera de toda lógica, con arreglo al «criterio jurídico general de gravedad de la falta», sin que pueda en suplicación alterarse con base en que la empresa, a la vista de la reproducción de situaciones análogas modifica su actuar. Reitera doctrina recogida en sentencia de 4 de marzo de 2014.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 123.

SENTENCIA NÚM. 39

Sala 4^a

Sentencia n° 1545/2015

Fecha: 17/03/2015

Recurso: 1960/2014

Materia: ENFERMEDAD PROFESIONAL. ENTIDAD RESPONSABLE DEL PAGO DE

LA PRESTACIÓN RECONOCIDA TRAS LA LEY 51/2007.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencias de 4 de febrero y 4 de marzo de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 126.

SENTENCIA NÚM. 40

Sala 4^a

Sentencia n° 1769/2015

Fecha: 19/03/2015

Recurso: 701/2014

Materia: JUBILACIÓN. COEFICIENTES REDUCTORES. PERSONAL DE TRANSPORTE AÉREO. PORCENTAJE DE LA BASE REGULADORA.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre la incidencia que, en la base reguladora de la pensión de jubilación del personal de transporte aéreo, obtenida en aplicación de los coeficientes reductores, deben o no tener estos últimos. Esto es, si el porcentaje de base reguladora se obtiene con los días necesarios para completar la edad de 65 años o todo el tiempo que resulte de aplicar esos coeficientes. La Sala 4^a del TS casa la sentencia de suplicación porque, siguiendo el criterio de la Entidad Gestora, considera que la regulación en la materia establece dos consecuencias. Una, reducir la edad de jubilación en el tiempo que resulte de sus reglas, reduciéndose así el periodo cotizado, y, otra, como compensación por ese menor tiempo de actividad, que afecta al porcentaje de la base reguladora y que estará en función del tiempo de rebaja de la edad de manera que si ésta rebaja no se produce no hay aplicación de la regla. Reitera doctrina recogida en sentencia de 12 de diciembre de 2013.

Disposiciones Legales: REAL DECRETO 1559/1986, de 28 de junio, por el que se reduce la edad de jubilación del personal de vuelo de trabajos aéreos: arts. 2 y 4.

SENTENCIA NÚM. 41**Sala 4ª****Sentencia n°** 1924/2015**Fecha:** 23/03/2015**Recurso:** 2057/2014**Materia:** ENFERMEDAD PROFESIONAL. RECARGO DE PRESTACIONES. RESPONSABILIDAD EN SUCESIÓN DE EMPRESAS. CASO URALITA.

Resumen: La responsabilidad en materia de recargo, cuando existe una sucesión empresarial, no puede venir determinada por el art. 44 ET que, claramente, se remite al ámbito de las normas reguladoras de la Seguridad Social. Tampoco sirve el artículo 127.2 de la LGSS en tanto que se refiere al régimen de responsabilidad en las prestaciones y no del recargo lo que lleva a tener que colmar la laguna con normas del propio ámbito jurídico en el que se enmarca aquél y a la luz de la normativa comunitaria, reflejada en la STJCE de 5 de marzo de 2015. En ese sentido se debe excluir una interpretación extensiva de la intransmisibilidad intervivos del art. 123.2, opuesta a esa doctrina comunitaria, sino acudir a una interpretación extensiva de las previsiones del art. 127.2 LGSS en el sentido de entender no sólo comprendidos los recargos de prestaciones que ya se hubiesen reconocido antes de la sucesión [algo obvio], sino que igualmente ha de alcanzar a los que –por estar en curso de generación el daño atribuible a la infracción de la medida de seguridad– se hallasen «in fieri» a la fecha de cambio empresarial. Rectifica expresamente doctrina anterior.

Disposiciones Legales: ET: art. 44; LGSS: art. 127.2.

SENTENCIA NÚM. 42**Sala 4ª****Sentencia n°** 2108/2015**Fecha:** 24/03/2015**Recurso:** 1550/2014**Materia:** JUBILACIÓN PARCIAL. ACCESO A LA EDAD DE 60 AÑOS. REAL DECRETO LEY 8/2010. REQUISITOS. ALCANCE DEL

TÉRMINOS «CONVENIO COLECTIVO Y ACUERDOS DE EMPRESA».

Resumen: La previsión de la Disposición Transitoria 2ª del RD Ley 8/2010, al permitir la jubilación parcial a partir de los 60 años, cuando se refiere a Convenios y acuerdos colectivos de empresa hay que entenderla en el significado propio de sus términos y comprender que esa reforma introduce un ámbito más reducido que la anterior previsión legal ya que de lo contrario no tendría razón de ser tal modificación. Reitera doctrina recogida en sentencias de 25 de febrero y 18 de junio de 2013.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 166.2; REAL DECRETO LEY 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público: Disposición Transitoria 2ª.

SENTENCIA NÚM. 43**Sala 4ª****Sentencia n°** 2101/2015**Fecha:** 25/03/2015**Recurso:** 411/2014**Materia:** INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL DERIVADA DE ENFERMEDAD PROFESIONAL. EXPOSICIÓN PRETÉRITA AL AMIANTO. JUBILADO QUE CESÓ EN LA ACTIVIDAD HACE 10 AÑOS: INEXISTENCIA SITUACIÓN PROTEGIDA Y DE LIMITACIÓN CONSTATABLE.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso de unificación de doctrina consiste en determinar si el cese en el trabajo de un empleado que contrajo en la empresa la enfermedad de asbestosis profesional, sin que sus lesiones hayan alcanzado en ningún momento y de manera objetiva el grado incapacitante de total para su profesión habitual, haya de determinar que esa calificación debe ser reconocida años después del cese en el trabajo, una vez jubilado, por el hecho de que en la empresa no se acreditase que en el tiempo en que se llevó a cabo la actividad existiesen puestos de trabajo de su categoría que no estuviesen su-

jetos a ese riesgo profesional. En modo alguno procede el reconocimiento de la invalidez ya que sus dolencias no alcanzan ningún grado de invalidez sin que pueda retrotraerse al cese en su actividad profesional para tomar una incapacidad temporal que por falta de puesto de trabajo justifique el grado de invalidez total al estar el trabajador ya jubilado y no existir precepto que lo imponga en esas circunstancias.

Disposiciones Legales: LGSS: arts. 136.1, 137.4 y 138.1.

SENTENCIA NÚM. 44

Sala 4^a

Sentencia n° 1772/2015

Fecha: 27/03/2015

Recurso: 1821/2014

Materia: PRESTACIONES A FAVOR DE FAMILIARES. HIJA QUE CUIDA DE SUS PADRES Y QUE NO TIENE MEDIOS DE VIDA PROPIOS. IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DERECHO A SOLICITAR LA PRESTACIÓN.

Resumen: Procede reconocer la prestación a favor de familiares del art. 176.2 LGSS, que regula un supuesto diferente al recogido en el art. 22 de la OM, dado que, en la fecha del hecho causante, fallecimiento del padre, la solicitante reunía todos los requisitos de acceso a la protección que resulta ser imprescriptible y en la que no se exige que no queden familiares con obligación y posibilidad de prestar alimentos.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 176.2; ORDEN MINISTERIAL de 13 de febrero de 1967 de desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia: art. 22.

SENTENCIA NÚM. 45

Sala 4^a

Sentencia n° 1915/2015

Fecha: 30/03/2015

Recurso: 1644/2014

Materia: SEGURO OBLIGATORIO DE VEJEZ E INVALIDEZ. BENEFICIARIO.

Resumen: No procede reconocer pensión de vejez SOVI a quien es beneficiario de una pensión de jubilación del Régimen General de la Seguridad Social, por lo que, al ser el recurrente titular de una pensión de jubilación del Régimen General de la Seguridad Social, no tiene derecho a la pensión de vejez SOVI, que ha solicitado con posterioridad.

Disposiciones Legales: LGSS: Disposición Transitoria 7^a.

SENTENCIA NÚM. 46

Sala 4^a

Sentencia n° 3271/2015

Fecha: 31/03/2015

Recurso: 2075/2014

Materia: RECURSO DE SUPPLICACIÓN. COMPETENCIA FUNCIONAL. SUSPENSIÓN POR UN MES DE LA PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA POR DESEMPLEO.

Resumen: No procede recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia que resuelve una pretensión de suspensión de la prestación contributiva de desempleo por un mes, en cuantía inferior a 3000 euros. Reitera doctrina recogida en sentencias de 3 de febrero de 2003 y 14 de noviembre de 2012.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 191.1.

SENTENCIA NÚM. 47

Sala 4^a

Sentencia n° 3007/2015

Fecha: 01/04/2015

Recurso: 191/2014

Materia: ENFERMEDAD PROFESIONAL. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. IPT TRABAJADOR JUBILADO EXPUESTO AL ASBESTO, SIN LIMITACIÓN FUNCIONALES QUE GENEREN EL GRADO TOTAL: NO PROCEDE EL RECONOCIMIENTO DE LA INVALIDEZ.

Resumen: Partiendo de que es posible acceder a la situación de incapacidad permanen-

te desde la situación de jubilación y de que la profesión que ha de tomarse en cuenta a tales efectos es la que se ejercía cuando ocurrió la enfermedad, las secuelas que padece el actor no presentan gravedad suficiente para considerarlas por sí mismas incapacitantes para su profesión habitual, y en cuanto a la necesidad de evitar el riesgo pulvígeno al que venía sometido es evidente que no podemos retrotraernos a aquella época para determinar si existía la imposibilidad de trabajar en algún otro puesto de trabajo en la empresa que estuviese exento de riesgo, y en todo caso, dicha posibilidad sería meramente teórica actualmente. Reitera doctrina recogida en sentencia de 25 de marzo de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: arts. 124.1, 136.1, 137.4 y 138.1.

SENTENCIA NÚM. 48

Sala 4ª

Sentencia n° 2821/2015

Fecha: 06/04/2015

Recurso: 175/2014

Materia: GRAN INVALIDEZ. CÁLCULO DEL COMPLEMENTO. HECHO CAUSANTE BAJO LA LEY 40/2007.

Resumen: El cálculo del importe del complemento correspondiente a la gran invalidez no debe obtenerse con referencia al cómputo anual de las cotizaciones sino sobre la base mínima y la última cotización del trabajador en la fecha del hecho causante. Reitera doctrina recogida en sentencia de 16 de junio de 2010.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 139.4

SENTENCIA NÚM. 49

Sala 4ª

Sentencia n° 2115/2015

Fecha: 14/04/2015

Recurso: 1706/2014

Materia: DESEMPLEO EN LA MODALIDAD DE PAGO ÚNICO. INCOMPATIBILIDAD ENTRE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN Y LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO RECONOCIDAS. OBLIGACIÓN DEL TRABAJADOR QUE OBTIENE PRIMERO DESEMPLEO Y DESPUÉS ESOS SALARIOS, DE COMUNICAR LA NUEVA SITUACIÓN. REINTEGRO.

Resumen: el reintegro de lo percibido por desempleo durante el período coincidente con la percepción de salarios de tramitación y la doctrina que impone al trabajador que no ha sido readmitido aquella obligación, recogida en sentencia de la Sala 4ª de 1 de febrero de 2011, es aplicable igualmente a la prestación por desempleo que se percibe en la modalidad de pago único.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 209.4 y 5 a).

SENTENCIA NÚM. 50

Sala 4ª

Sentencia n° 3006/2015

Fecha: 14/04/2015

Recurso: 962/2014

Materia: ENFERMEDAD PROFESIONAL. RECARGO DE PRESTACIONES. RESPONSABILIDAD EN SUCESIÓN DE EMPRESAS. CASO URALITA.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 23 de marzo de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 127.2; ET: art. 44.

SENTENCIA NÚM. 51

Sala 4ª

Sentencia n° 2121/2015

Fecha: 20/04/2015

Recurso: 1487/2014

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. ACCIDENTE EN MISIÓN. FALLECIMIENTO POR INFARTO MIENTRAS SE ENCONTRA BA DESCANSANDO ENTRE JORNADA Y JORNADA.

Resumen: Tras recordar toda la doctrina sobre el accidente de misión y recoger los supuestos a los que se ha aplicado, considera que el caso que se resuelve no debe ser considerado como no puede ser calificado de accidente de trabajo al ser un infarto de miocardio sufrido por el trabajador en la habitación del hotel de Algeciras en el que se encontraba descansando, tras haber finalizado su jornada laboral –viaje de Córdoba a Algeciras– para reanudar el trabajo al día siguiente, para hacer la ruta inversa, es decir, Algeciras-Córdoba. Repite doctrina recogida en sentencias de 8 de octubre de 2009, 16 de mayo de 2013 y 24 de febrero de 2014.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 115.3.

SENTENCIA NÚM. 52

Sala 4^a

Sentencia n° 2601/2015

Fecha: 20/04/2015

Recurso: 1326/2014

Materia: PENSIÓN DE VIUDEDAD: CUANTÍA. LIMITACIÓN POR EL IMPORTE DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

Resumen: Si la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última, tomando como cuantía la fijada a favor del acreedor/a en la sentencia firme de divorcio o separación y no al importe que de hecho se viniera percibiendo, en su caso, al fallecimiento del causante, sin modificación judicial de la medida, en cuantía inferior o superior.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174.2.

SENTENCIA NÚM. 53

Sala 4^a

Sentencia n° 2114/2015 Sala General

Fecha: 21/04/2015

Recurso: 3266/2013

Materia: DESEMPLEO. AUSENCIA DE ESPAÑA INFERIOR A 90 DÍAS, SIN PRE-

VIA COMUNICACIÓN. NO ES CONDUCTA SANCIONABLE CON LA EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN. Supuesto anterior al RDL 11/2013.

Resumen: La salida al extranjero por menos de 90 días del beneficiario de una prestación por desempleo, sin comunicarlo es causa de suspensión de la prestación y no provoca la extinción por sanción de la misma.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 232.1 e) y 232; LISOS: arts. 25.3 y 47. 1 b).

SENTENCIA NÚM. 54

Sala 4^a

Sentencia n° 3654/2015

Fecha: 23/04/2015

Recurso: 1293/2014

Materia: RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN. EXCLUSIÓN DEL PROGRAMA POR NO CONCURRIR AL LLAMAMIENTO DE CONTROL. RÉGIMEN SANCIONADOR. LISOS.

RESUMEN: La renta activa de inserción tiene naturaleza prestacional que forma parte de la protección por desempleo, y a la que le es de aplicación el régimen sancionador de la LISOS, de forma que su regulación reglamentaria debe ser interpretada a la luz de las normas de superior rango, como aquella por lo que lo procedente no es la expulsión del programa cuando se incurre en aquella conducta sino una sanción de pérdida de un mes de la prestación si se trata de la primera ocasión en que ello sucede, pues en el caso, el requerimiento es presencial sin que se haya constatado otro interés del SPEE, y su incumplimiento no puede dar lugar a una sanción más grave que la prevista para los demás beneficiarios de la prestación de desempleo.

Disposiciones Legales: REAL DECRETO 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar

empleo: arts. 3.3 y 9.1 b); LISOS: arts. 24.3 a) y 47.1 a).

SENTENCIA NÚM. 55

Sala 4ª

Sentencia nº 1773/2015

Fecha: 27/04/2015

Recurso: 1881/2014

Materia: SUBSIDIO POR DESEMPLEO. INCOMPATIBILIDAD. BENEFICIARIA DE SUBSIDIO POR DESEMPLEO QUE REALIZA ACTIVIDADES AGRÍCOLAS ORIENTADAS AL AUTOCONSUMO.

Resumen: La incompatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo, en este caso por cuenta propia –actividad agraria–, presupone no solamente una apariencia de la referida profesionalidad, sino la existencia de una explotación agraria –cualquiera que sea su entidad y grado de organización– orientada a la producción de bienes con básicos fines de mercado, por lo que ha de excluirse tal incompatibilidad cuando la labor agraria se concreta a un reducido cultivo para consumo familiar, en términos tan limitados que excluyan palmariamente la posibilidad de fraude.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 221.1

SENTENCIA NÚM. 56

Sala 4ª

Sentencia nº 2309/2015

Fecha: 28/04/2015

Recurso: 2802/2014

Materia: PENSIÓN DE VIUDEDAD. CONSTITUCIÓN FORMAL DE LA PAREJA DE HECHO. INSCRIPCIÓN EN REGISTRO DE PAREJAS DE HECHO O DOCUMENTO PÚBLICO DE CONSTITUCIÓN.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencias de 22 de septiembre de 2014, 5 y 9 de febrero de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174.3

SENTENCIA NÚM. 57

Sala 4ª

Sentencia nº 2472/2015

Fecha: 29/04/2015

Recurso: 238/2014

Materia: INVALIDEZ NO CONTRIBUTIVA. CARENCIA DE RENTAS. BENEFICIARIO SEPARADO DE HECHO.

Resumen: La cuestión sobre la que versa el recurso se centra en determinar si los ingresos del esposo de la interesada, que reclama una prestación no contributiva, deben ser computados para determinar el nivel de rentas de aquella, cuando entre ellos existe una separación de hecho y, en consecuencia, la sociedad legal de gananciales y la falta de pensión de alimentos, permitiría computar el 50% de aquella. La Sala 4ª del TS, partiendo de que en ocasiones la separación de hecho consentida puede ser válida para dar por disuelta la sociedad legal de gananciales en casos concretos, recuerda que la ruptura matrimonial de hecho no puede apartar a sus miembros de las obligaciones en las cargas del matrimonio ni frente a terceros para quienes la garantía de afectación del patrimonio ganancial existe hasta la disolución de la sociedad. Por ello, existe una presunción legal de vigencia de la sociedad legal de gananciales en separaciones de hecho que debe ser aplicada sin necesidad de que sea alegada o acreditada. En definitiva, es preciso que el solicitando separado de hecho acredite haber agotado todos los deberes de protección recíproca en el marco de la institución familiar para poder recabar la protección social. Reitera doctrina recogida en sentencia de 15 de junio de 2011.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 144.1 c) y 4.

SENTENCIA NÚM. 58

Sala 4ª

Sentencia nº 2616/2015

Fecha: 29/04/2015

Recurso: 3082/2013

Materia: PENSIÓN DE VIUDEDAD. BENEFICIARIA SEPARADA O DIVORCIADA

VICTIMA DE VIOLENCIA DE GENERO. SUPUESTO EN QUE LA VICTIMA ES PERCEPTORA DE PENSIÓN COMPENSATORIA.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre el alcance de la regla excepcional que el legislador impuso en el acceso a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas que, además, fuesen víctimas de violencia de género, y la no exigencia del requisito de ser acreedoras de pensión compensatoria. Más concretamente, si el hecho de haber sido acreedoras de dicha pensión impide aplicar la regla excepcional. La Sala 4^a del TS considera que la previsión legal permite a las personas separadas o divorciadas, víctimas de violencia de género, acceder a la pensión de viudedad, al margen de que hayan sido o no perceptoras de pensión compensatoria. Reitera doctrina recogida en sentencia de 5 de febrero de 2013, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174.2

SENTENCIA NÚM. 59

Sala 4^a

Sentencia n° 2827/2015

Fecha: 04/05/2015

Recurso: 1281/2014

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS Y PERJUICIOS. CARGA PRUEBA. EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL Y USUARIA.

Resumen: La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo, para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá –incluso– de las exigencias reglamentarias, correspondiendo a aquél la carga de acreditar la concurrencia de posibles causas de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasi objetivos en que la misma está concebida legalmente, sin que lo anterior comporte la aplicación en el ámbito laboral una responsa-

bilidad plenamente objetiva o por el resultado. En el caso que se resuelve, el empresario no ha cumplido con su obligación de proporcionar a la trabajadora una protección eficaz en materia de seguridad e higiene al no acreditar ha adoptado «las medidas de protección necesarias, cualesquiera que ellas fueren» para impedir el accidente, puesto que aunque el deudor de seguridad concierte con entidades especializadas en prevención complementaria, no protegió a la trabajadora «frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias», no acreditando haber agotado «toda» la diligencia exigible, evidenciándose el «fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable». Con relación a la determinación de responsabilidad de los deudores de seguridad, de la doctrina expuesta se deduce que no se ha acreditado por los codemandados, empresa de trabajo temporal y empresa usuaria, «haber agotado toda diligencia exigible, más allá –incluso– de las exigencias reglamentarias», lo que es predicable, por una parte, de la no justificación por la empresa de trabajo temporal de la existencia de una formación adecuada para el caso y trabajo concreto que le fue encomendado. para lo que no ha bastado con la formación teórica y práctica que consta efectuada; y, por otra parte, tampoco se acredita el agotamiento de toda la diligencia exigible, por parte de la empresa usuaria, en la real utilización de una máquina, que, aunque formalmente pareciera idónea, no se detiene automáticamente cuando se atasca y que permite introducir, aunque sea por lugar inadecuado, hasta un brazo de la trabajadora sin detenerse. Concurso de incumplimientos y derecho de los trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal a «disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios» que comporta la declaración de responsabilidad solidaria de las citadas empresas. Reitera doctrina recogida en sentencias de 30 de junio de 2010 y 9 de junio de 2014, entre otras.

Disposiciones Legales: LPRL: art. 28.1; LRJS: art. 96.2

SENTENCIA NÚM. 60

Sala 4ª

Sentencia n° 2820/2015

Fecha: 05/05/2015

Recurso: 1075/2014

Materia: ENFERMEDAD PROFESIONAL. RECARGO DE PRESTACIONES. RESPONSABILIDAD EN SUCESIÓN DE EMPRESAS. CASO URALITA.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencias de 23 de marzo y 14 de abril de 2015

Disposiciones Legales: LGSS: art. 127.2; ET: art. 44

SENTENCIA NÚM. 61

Sala 4ª

Sentencia n° 2474/2015

Fecha: 05/05/2015

Recurso: 1893/2014

Materia: PENSIÓN DE ORFANDAD. ORFANDAD ABSOLUTA. HUÉRFANO NACIDO DE PAREJA DE HECHO NO FORMALIZADA. ACRECIMIENTO CON PENSIÓN DE VIUDEDAD.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencias de 20, 29 de enero de 2014 y 14 de enero de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 175; DECRETO 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas: arts. 36 y 38.1.

SENTENCIA NÚM. 62

Sala 4ª

Sentencia n° 2618/2015

Fecha: 11/05/2015

Recurso: 244/2014

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. RESPONSABILIDADES. SEGUNDO SINIESTRO QUE AGRAVÓ LA LESIÓN CAUSADA POR OTRO ACCIDENTE ANTERIOR.

Resumen: Cuando media un tiempo importante, entre el alta por curación de las lesiones causadas por un accidente laboral y la producción de otro accidente que agrava esas secuelas no invalidantes hasta el punto de causar una incapacidad permanente que antes no existía, la responsabilidad en el pago de la prestación es de la Mutua que cubría el riesgo al tiempo del segundo accidente que agravó unas lesiones que hasta entonces no incapacitaban para el trabajo al beneficiario de la prestación reconocida. No es posible aplicar la doctrina sobre que la responsabilidad en el pago es de la aseguradora que cubría el riesgo de accidentes de trabajo al tiempo de acaecer el accidente y no de la que cubría ese riesgo al tiempo de reconocerse la prestación porque, en casos en los que el trabajador fue alta por curación, sin secuelas, reanudó su actividad y, posteriormente, pasados varios años, sufrió en el trabajo un nuevo siniestro que provocó una agravación de las lesiones curadas, sin que conste que en ese tiempo hayan causado problema alguno. Reitera doctrina recogida en sentencia de 26 de mayo de 2003.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 115.1 f).

SENTENCIA NÚM. 63

Sala 4ª

Sentencia n° 3032/2015

Fecha: 13/05/2015

Recurso: 1253/2014

Materia: PENSIÓN DE VIUDEDAD. INEXIGENCIA DEL REQUISITO DE PENSIÓN COMPENSATORIA. Excepción de la Dis. Trans. 18ª LGSS.

Resumen: El periodo inferior a 10 años se computa desde la fecha de la separación judicial, aun cuando luego se hubieran divorciado. Reitera doctrina recogida en sentencias de 2

de noviembre de 2013 y 5 de febrero de 2015, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: Disposición Transitoria 18^a.1.

SENTENCIA NÚM. 64

Sala 4^a

Sentencia n° 3089/2015

Fecha: 13/05/2015

Recurso: 2785/2014

Materia: PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. INCOMPATIBILIDAD CON TRABAJO. FALTA DE COMUNICACIÓN A LA ENTIDAD GESTORA. SANCIÓN DE EXTINCIÓN.

Resumen: Si el beneficiario de prestación o subsidio por desempleo no comunica sus actividades incompatibles «en el momento en que se produzcan» estamos ante infracción grave que comporta la extinción de la prestación. En orden a la incompatibilidad con una actividad y prestaciones por desempleo no llega a nacer propiamente cuando se ha trabajado durante un periodo por el cual la Entidad Gestora no abona cuantía alguna. Ver STS de 21 de abril de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: arts. 221.1, 231.1 b) y e); LISOS: arts. 25.3 y 26.2.

SENTENCIA NÚM. 65

Sala 4^a

Sentencia n° 3240/2015, Voto particular.

Fecha: 13/05/2015

Recurso: 3114/2013

Materia: PRESTACIÓN DE RIESGO POR LACTANCIA NATURAL. RIESGOS ESPECÍFICOS EN RELACIÓN CON LA LACTANCIA.

Resumen: La ausencia de prueba sobre la existencia de riesgos específicos, aun cuando consten los genéricos, y su relevancia en relación con la actividad de la trabajadora y con la situación de lactancia natural, impide reconocer la prestación. Reitera doctrina recogida en sentencia de 24 de junio de 2013, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 135 bis y ter; LPRL: art. 16.

SENTENCIA NÚM. 66

Sala 4^a

Sentencia n° 3090/2015

Fecha: 13/05/2015

Recurso: 838/2014

Materia: JUBILACIÓN ANTICIPADA. PERÍODO DE CARENIA. CÓMPUTO RECÍPROCO DE COTIZACIONES. COTIZACIÓN POR SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS DE EDAD.

Resumen: A los efectos de aplicar las reglas del cómputo recíproco de cotizaciones no es posible excluir los días de cotizaciones del tiempo de subsidio de desempleo para mayores de 52 que suponen en este caso que en el RGSS se tengan mayor número de cotizaciones que en el RETA y, por ende, deba ser en el General por el que deba otorgarse la prestación, y en él está contemplada la jubilación anticipada.

Disposiciones Legales: DECRETO 2530/1970, de 20 de agosto de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos: arts. 35 y 43; LGSS: Disposición Adicional 28^a.

SENTENCIA NÚM. 67

Sala 4^a

Sentencia n° 3082/2015

Fecha: 14/05/2015

Recurso: 1588/2014

Materia: SUBSIDIO POR DESEMPLEO. INCOMPATIBILIDAD. BENEFICIARIA DE SUBSIDIO POR DESEMPLEO QUE REALIZA ACTIVIDADES AGRÍCOLAS ORIENTADAS AL AUTOCONSUMO.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 27 de abril de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 221.1.

SENTENCIA NÚM. 68**Sala 4ª****Sentencia n°** 2619/2015**Fecha:** 14/05/2015**Recurso:** 82/2014

Materia: RECURSO DE SUPPLICACIÓN. CUANTÍA Y AFECTACIÓN GENERAL. DES-EMPLEO, DIFERENCIA EN BASE REGULADORA. COTIZACIÓN POR 30 DÍAS.

Resumen: Cuando se reclama frente al importe asignado a la base reguladora de una prestación, o un incremento en el porcentaje aplicable a la base reguladora, o respecto de cualquier otro aspecto atinente a una diferencia cuantitativa, que no al reconocimiento de la prestación, el acceso al recurso pende de que lo reclamado sea por diferencia superior a 3.000 euros anuales, salvo el supuesto de que la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de beneficiarios de la Seguridad Social –apartado b) del número 3 del propio artículo 191 LRJS–, circunstancia ésta de afectación general que no se aprecia en el caso. Reitera doctrina recogida en sentencia de 11 de febrero de 2013.

Disposiciones Legales: LRJ: art. 191.2 g)

SENTENCIA NÚM. 69**Sala 4ª****Sentencia n°** 3031/2015**Fecha:** 18/05/2015**Recurso:** 1643/2014

Materia: ENFERMEDAD PROFESIONAL. PELUQUERA CON SÍNDROME SUBACROMIAL DERECHO.

Resumen: La cuestión que se plantea consiste en determinar la procedencia de calificar como enfermedad profesional del síndrome su acromial derecho, que padece la trabajadora autónoma demandante, de profesión habitual peluquera, la cual ha sido declarada incapaz permanente en grado de total para su profesión habitual derivada de enfermedad común. Pues bien, en el desempeño de la profesión de peluquero/a

se deben realizar posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo, con los codos en posición elevada o que tensen los tendones o bolsa subacromial mediante acciones de levantar y alcanzar y con uso continuado del brazo en abducción o flexión, por lo que, en el presente caso, dadas las ya referidas dolencias que presenta la actora, cabe entender que su situación encaja, en los apartados referidos (Anexo I, Grupo 2, Agente D, Sub-agente 01, actividad 01 y Código 2D0101), del cuadro de enfermedades profesionales. Reitera doctrina recogida en sentencia de 5 de noviembre de 2014.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 116; REAL DECRETO 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social: Anexo I, Grupo 2.

SENTENCIA NÚM. 70**Sala 4ª****Sentencia n°** 2606/2015**Fecha:** 19/05/2015**Recurso:** 1455/2013

Materia: ENFERMEDAD PROFESIONAL. RESPONSABILIDADES. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: LEGITIMACIÓN DE LA EMPRESA COMO RECURRENTE.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 17 de marzo de 2015, en materia de responsabilidad del INSS o ISM en relación con las prestaciones derivadas de enfermedad profesional, declarada con posterioridad a 1 de enero de 2008.

En orden a la legitimación de la empresa para recurrir en suplicación, reiterando la doctrina recogida en la sentencia de 20 de mayo de 2009, se dice que la empresa, condenada a estar y pasar por una declaración de derecho a una prestación de la seguridad social, por contingencia. de enfermedad profesional, está legitimada para recurrir, aunque la entidad condenada a su pago no lo haya hecho,

dada la causa que se imputa a la enfermedad, vinculada al puesto de trabajo ocupado por el causante de la prestación.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 126.

SENTENCIA NÚM. 71

Sala 4^a

Sentencia n° 3025/2015

Fecha: 19/05/2015

Recurso: 2949/2014

Materia: RECURSO DE SUPPLICACIÓN. FALTA DE CUANTÍA. DIFERENCIAS EN LA BASE REGULADORA DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO.

Resumen: La cuestión que se suscita en las presentes actuaciones es la relativa al importe que corresponde al subsidio por desempleo en los supuestos de que el beneficiario haya sido mayoritariamente trabajador a tiempo parcial, siquiera con antelación a la solicitud hubiera desempeñado por un periodo de trabajo a tiempo completo, insuficiente para generar prestación o subsidio alguno, sin que la diferencia entre lo reconocido y lo reclamado supere los 3.000 euros. No procede recurso contra la sentencia de instancia ni, por ende, el recurso de suplicación.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 191.2 g).

SENTENCIA NÚM. 72

Sala 4^a

Sentencia n° 2823/2015

Fecha: 20/05/2015

Recurso: 2382/2014

Materia: PRESTACIÓN POR DESEMPLEO TRABAJO A TIEMPO PARCIAL. PORCENTAJE DE PARCIALIDAD. Supuesto anterior al RDL 20/2012.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre el modo en que ha de calcularse la cuantía de la prestación por desempleo cuando ha mediado trabajo a tiempo parcial. En concreto, el modo de determinar las cuan-

tías mínima y máxima de la prestación por desempleo, teniendo en cuenta el salario mínimo interprofesional que corresponda al trabajador en función de las horas trabajadas. Según la Sala, para determinar el porcentaje de parcialidad aplicable a la prestación máxima y mínima de desempleo del demandante debió atenderse al total de actividad que el mismo desempeñó durante los seis años anteriores a la situación legal de desempleo surgida el 1 de octubre de 2011.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 211.3 (vigente al momento del hecho causante, 2011).

SENTENCIA NÚM. 73

Sala 4^a

Sentencia n° 3023/2015

Fecha: 26/05/2015

Recurso: 1982/2014

Materia: SUBSIDIO DESEMPLEO. SALIDA AL EXTRANJERO SUPERIOR A 15 DÍAS E INFERIOR A 90. SUSPENSIÓN Y NO EXTINCIÓN.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 21 de abril de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 232.1 e) y 232; LISOS: arts. 25.3 y 47. 1 b).

SENTENCIA NÚM. 74

Sala 4^a

Sentencia n° 2813/2015

Fecha: 26/05/2015

Recurso: 2308/2014

Materia: ENFERMEDAD PROFESIONAL. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL TRABAJADOR JUBILADO EXPUESTO AL ASBESTO, SIN LIMITACIÓN FUNCIONALES QUE GENEREN EL GRADO TOTAL: NO PROCEDE EL RECONOCIMIENTO DE LA INVALIDEZ.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencias de 25 de marzo de 2015 y 1 de abril de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: arts. 124.1, 136.1, 137.4 y 138.1.

SENTENCIA NÚM. 75

Sala 4ª

Sentencia n° 3663/2015

Fecha: 09/06/2015

Recurso: 36/2014

Materia: MUERTE Y SUPERVIVENCIA. CAUSANTE EN INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA, DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y CON RECARGO DE PRESTACIONES. CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE VIUEDEDAD Y ORFANDAD: SE FIJAN CON INCLUSIÓN DEL RECARGO POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Resumen: La cuestión suscitada versa sobre si es posible trasladar a las prestaciones por muerte y supervivencia el incremento del recargo por falta de medidas de seguridad impuesto a la prestación por Incapacidad permanente absoluta, derivada de accidente de trabajo que estaba percibiendo el causante, con independencia de cuál haya sido la causa de la muerte y aun cuando esta no guardara relación alguna con la causa que motivó la invalidez del causante. La Sala entiende que procede mantener el importe del recargo en la prestación básica cuando resulta que la norma impone una presunción *iuris et de iure* en orden a la muerte del causante que, en definitiva, estaba declarado en aquella situación y con ese recargo.

Disposiciones Legales: LGSS: arts. 123 y 172.2.

SENTENCIA NÚM. 76

Sala 4ª

Sentencia n° 3015/2015

Fecha: 15/06/2015

Recurso: 2766/2014

Materia: ENFERMEDAD PROFESIONAL. IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DEL INSS. RESOLUCIONES DE RESPON-

SABILIDAD DE LA MUTUA FIRMES. FALTA DE ACCIÓN.

Resumen: La Mutua, en su condición de entidades colaboradoras, no pueden reabrir la reclamación en materia de responsabilidad en el pago de prestaciones por enfermedad profesional, si la primera resolución quedó firme y ello por no ser gestión prestacional ni en la relación con los beneficiarios.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 71.2.

SENTENCIA NÚM. 77

Sala 4ª

Sentencia n°

Fecha: 15/06/2015

Recurso: 2648/2014

Materia: ENFERMEDAD PROFESIONAL. IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DEL INSS. RESOLUCIONES DE RESPONSABILIDAD DE LA MUTUA FIRMES. FALTA DE ACCIÓN.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de la misma fecha.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 71.2.

SENTENCIA NÚM. 78

Sala 4ª

Sentencia n° 3450/2015

Fecha: 22/06/2015

Recurso: 853/2014

Materia: COSA JUZGADA. ACCIDENTE DE TRABAJO. RECARGO DE PRESTACIONES. EXISTE DE COSA JUZGADA POSITIVA DERIVADA DE SENTENCIA ANTERIOR POR INDEMNIZACIÓN QUE DECLARÓ LA INEXISTENCIA DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA INFRACCIÓN Y EL ACCIDENTE.

Resumen: Si el presupuesto básico para que proceda la imposición del recargo de prestaciones es que haya mediado relación causal entre la infracción apreciada y el accidente

sufrido, de manera tal que el suceso dañoso haya sido determinado por el incumplimiento empresarial, la existencia de una sentencia firme, dictada en proceso en reclamación de responsabilidad civil por daños, que haya entendido que tal requisito no había concurrido determina que tal declaración por fuerza no debiera haber sido desconocida en el proceso que se analiza el recargo de prestaciones, en ineludible aplicación del art. 224.1 LEC, determinando que haya que dejar sin efecto el recargo de prestaciones impuesto, al estar el mismo privado de su elemento más decisivo: la relación causa/efecto entre la infracción y el resultado dañoso. Reitera doctrina recogida en sentencia de 12 de julio de 2013.

Disposiciones Legales: LEC: art. 222.4.

SENTENCIA NÚM. 79

Sala 4^a

Sentencia n° 3672/2015

Fecha: 22/06/2015

Recurso: 3147/2014

Materia: ORFANDAD. LIMITE DE EDAD. BENEFICIARIO CON 22 AÑOS EN AGOSTO DE 2011 Y CURSANDO ESTUDIOS. RÉGIMEN TRANSITORIO LEY 27/2011.

Resumen: El demandante tenía 22 años en agosto de 2011, cuando se encontraba cursando estudios universitarios y fue dado de baja en la pensión de orfandad. LA Sala 4^a del TS, en atención a la reforma introducida por la Ley 27/2011 en la pensión de orfandad fijó una aplicación paulatina de los límites de edad, considera que existe una laguna legal en lo que se refiere a las situaciones que se produzcan en el periodo de agosto de 2011 a enero de 2012. Las reglas de interpretación normativa llevan a entender que quienes en 2014 cumplan 25 años mantienen la condición de beneficiario y así en relación con los años precedentes. Reitera doctrina recogida en sentencia de 18 de septiembre de 2014.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 175 y Disposición Transitoria 6^a bis.

SENTENCIA NÚM. 80

Sala 4^a

Sentencia n° 3470/2015

Fecha: 22/06/2015

Recurso: 1341/2014

Materia: JUBILACIÓN ANTICIPADA. ACCESO TRAS MODIFICAR EL ACUERDO DE PREJUBILACIÓN. FRAUDE DE LEY: NO EXISTE. BANESTO.

Resumen: Se plantea en el recurso de unificación de doctrina si la modificación del acuerdo de prejubilación que las partes adoptaron con la finalidad de poder alcanzar los requisitos que se introdujeron en posterior reforma legal es fraudulento y, en consecuencia, no es posible reconocer el derecho a la pensión de jubilación anticipada. La Sala considera que el acuerdo citado, plenamente válido, despliega su eficacia en los contratos individuales que, al amparo del mismo ha suscrito Banesto con los trabajadores prejubilados, cuyas condiciones de prejubilación no tenían en cuenta el requisito exigido en el art. 161.bis.2 LGSS ex Ley 40/2007, por haber sido pactadas las citadas condiciones con anterioridad a la aparición de dicha norma, cumpliendo los requisitos exigibles en el momento en que se suscribieron para que los trabajadores pudieran acceder en un futuro a la jubilación anticipada. Al ser modificadas dichas condiciones por disposición legal, no es que el Banco y los trabajadores suscriban un contrato fraudulento para acceder a la jubilación anticipada, sino que se limitan a pactar las condiciones, –sustituyendo a las establecidas en el primitivo contrato de prejubilación–, que permitan al trabajador acceder a la jubilación anticipada en las condiciones establecidas por la nueva norma. Reitera doctrina recogida en sentencias de 14, 18 y 20 de marzo 2014.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 161. bis.2.

SENTENCIA NÚM. 81

Sala 4^a

Sentencia n° 4364/2015 Voto particular.

Fecha: 23/06/2015

Recurso: 944/2014

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. ACCIDENTE EN MISIÓN. ENFERMEDAD CONTRAÍDA «CON OCASIÓN DEL TRABAJO». ACCIONES DECLARATIVAS. INTERÉS DIGNO DE PROTECCIÓN.

Resumen: Se presenta demanda para que se declare que el fallecimiento de D. J. es derivado de accidente de trabajo. La Sala 4ª entiende que la acción que se presenta es digna de protección en tanto que de la calificación del fallecimiento como AT o enfermedad común, pueden derivar posibles consecuencias prestacionales [en AT o EP se otorgan indemnizaciones a tanto alzado a favor de los padres, de seguridad social o complementaria e incluso por una hipotética responsabilidad civil adicional, en las que una posible sentencia que reconozca la naturaleza profesional de la contingencia sería peldaño previo para la correspondiente reclamación pecuniaria.

En orden a la contingencia, se destaca que el trabajador fallecido contrajo la neumonía por legionella cuando se encontraba en misión, enviado por la empresa, en Bangkok para trabajos de montaje. La Sala 4ª del TS entiende que, aunque el demandante estuviera en misión cuando contrajo la enfermedad, no es posible aplicar la presunción de laboralidad si no se tiene constancia de que se contrató en tiempo y lugar de trabajo ya que en el accidente en misión no todo el espacio que comprende la misma se está en esas condiciones laborales sino solo las conectadas con el trabajo. Ahora bien, estamos ante una enfermedad contraída «con ocasión del trabajo» en tanto que no se produce la enfermedad por el trabajo, sino que el trabajo ha sido una condición necesaria en tanto que ha contribuido a estar expuesto a los agentes determinantes de la enfermedad.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 115.1

SENTENCIA NÚM. 82

Sala 4ª

Sentencia n° 3297/2015

Fecha: 23/06/2015

Recurso: 1911/2014

Materia: RECURSO DE SUPPLICACIÓN. CUANTÍA Y AFECTACIÓN GENERAL. DESEMPLEO, DIFERENCIA EN BASE REGULADORA. COTIZACIÓN POR 30 DÍAS.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 14 de mayo de 2015.

Disposiciones Legales: LRJ: art. 191.2 g)

SENTENCIA NÚM. 83

Sala 4ª

Sentencia n° 3666/2015

Fecha: 23/06/2015

Recurso: 3280/2014

Materia: JUBILACIÓN PARCIAL Y CONTRATO DE RELEVO. NO SUSTITUCIÓN DEL RELEVISTA. REINTEGRO DE PRESTACIONES INDEBIDAS.

Resumen: La no sustitución del relevista que pasa a excedencia voluntaria, genera responsabilidad empresarial y obligación de reintegro de lo abonado por la entidad gestora como pensión de jubilación parcial por el tiempo en que no se ha procedido a la citada sustitución. Reitera doctrina recogida en sentencias de 22 de noviembre de 2010, 24 de abril de 2013 y 17 de noviembre de 2014.

Disposiciones Legales: REAL DECRETO 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como de la jubilación parcial: Disposición Adicional 2ª.

SENTENCIA NÚM. 84

Sala 4ª

Sentencia n° 3278/2015

Fecha: 24/06/2015

Recurso: 3228/2014

Materia: DESEMPLEO. BENEFICIARIO MAYOR DE 65 AÑOS DE EDAD, PERCEPTOR DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE CLASES PASIVAS. COMPATIBILIDAD DE

LA ACTIVIDAD CON LA PENSIÓN DE CLASES PASIVAS.

Resumen: La incompatibilidad de la prestación por desempleo con el percibido de pensiones solo se produce cuando el trabajo que genera la protección por desempleo fuer incompatible con la pensión. En el caso que se resuelve, la pensión de clases pasivas que percibía el interesado era compatible con el trabajo por cuenta ajena. Ahora bien, tratándose de trabajadores que han alcanzado la edad de jubilación y extinguiéndose la protección por desempleo cuando el titular cumpla la edad ordinaria de jubilación, es lo cierto que quien tiene ese derecho no genera el derecho a la protección por desempleo, que es lo que realmente se produce y no una incompatibilidad, salvo que el interesado no tenga derecho a la pensión de jubilación, lo que no es el caso en tanto que el actor ya es perceptor.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 221.1

SENTENCIA NÚM. 85

Sala 4^a

Sentencia n° 3952/2015

Fecha: 29/06/2015

Recurso: 2972/2014

Materia: JUBILACIÓN ANTICIPADA. SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA. INEXIGENCIA DE PERMANECER ININTERRUMPIDAMENTE INSCRITA COMO DEMANDANTE DE EMPLEO.

Resumen: La actora tiene 60 años en el momento de solicitud de la pensión de jubilación, ha pertenecido al Mutualismo Laboral con anterioridad a 1 de enero de 1967, tiene más de 15 años cotizados, dos dentro de los quince años anteriores a la solicitud, cesó en el trabajo el 20 de noviembre de 2002, encontrándose inscrita como demandante de empleo en el periodo de 22 de enero de 2010 a 28 diciembre 2011, siendo perceptora del subsidio por desempleo (renta activa de inserción tiempo total) desde el 29 de enero de 2011. En esta situación a la actora no le era exigible ni el

requisito de alta o asimilada al alta ni el de inscripción como demandante al acceder a la jubilación anticipada por haber pertenecido al Mutualismo Laboral, aunque en su caso ha permanecido inscrita como demandante de empleo durante los dos años anteriores a la solicitud de la pensión de jubilación anticipada. En cuanto a la inscripción ininterrumpida se remite a la doctrina de la sentencia de 3 de junio de 2005.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 161.1 y 3 y Disposición Transitoria 3^a; REAL DECRETO 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social: art. 36.

SENTENCIA NÚM. 86

Sala 4^a

Sentencia n° 3817/2015

Fecha: 01/07/2015

Recurso: 3408/2014

Materia: PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. DESEMPLEO PARCIAL. FUNCIONARIO INTERINO AL QUE SE REDUCE LA JORNADA. Supuesto anterior a la Ley 3/2012.

Resumen: Procede reconocer la prestación por desempleo parcial al funcionario interino que ve reducida su jornada y por el periodo comprendido en la norma que amparaba tal reducción, en una interpretación hermenéutica de las normas en la materia.

Disposiciones Legales: LGSS: arts. 203.3, 205 y 221.1; REAL DECRETO 625/1985 de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo: art. 1.2.

SENTENCIA NÚM. 87

Sala 4^a

Sentencia n° 3844/2015

Fecha: 03/07/2015

Recurso: 1044/2014

Materia: ACCIÓN DECLARATIVA DE CONTINGENCIA PROFESIONAL CON RESPECTO AL ACCIDENTE SUFRIDO POR EL DEMANDANTE.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 23 de junio de 2015.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 17.1

SENTENCIA NÚM. 88

Sala 4ª

Sentencia n° 3684/2015

Fecha: 06/07/2015

Recurso: 2990/2013

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. DETERMINACIÓN DE LA CONTINGENCIA. LESIÓN SUFRIDA CON OCASIÓN DEL TRABAJO.

Resumen: Un patrón de pesca embarcado sufrió una afectación en la pierna mientras dormía y que detectó al levantarse de la cama. Reitera doctrina recogida en sentencia de 23 de junio de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 115.1

SENTENCIA NÚM. 89

Sala 4ª

Sentencia n° 3966/2015

Fecha: 06/07/2015

Recurso: 2993/2014

Materia: PENSIÓN DE ORFANDAD. COMPATIBILIDAD CON LA JUBILACIÓN. SI LA DISCAPACIDAD ES ANTERIOR A LOS 18 AÑOS DE EDAD.

Resumen: Se cuestiona la compatibilidad de la pensión de orfandad que tenía reconocida el demandante, por ser discapacitado y así declarado después de los 18 años de edad, pero que arranca desde su infancia, con la pensión de jubilación que se solicitó. La Sala 4ª el TS revoca la resolución de la Entidad Gestora ya que así se contempla en la norma al establecer tan solo la compatibilidad cuando el huérfano

haya sido declarado incapacitado para el trabajo con anterioridad a los 18 años de edad y eso es lo que se desprende de los hechos probados y no tanto de lo que en procedimientos administrativos se haya resuelto en orden a otros efectos. Reitera doctrina recogida en sentencia de 14 de octubre de 2014.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 179.3

SENTENCIA NÚM. 90

Sala 4ª

Sentencia n° 3270/2015

Fecha: 07/07/2015

Recurso: 703/2014

Materia: INCAPACIDAD TEMPORAL. PRINCIPIO DE OFICIALIDAD. NECESIDAD DE SOLICITUD: SUPUESTO.

Resumen: La cuestión que se plantea es si el trabajador por cuenta ajena que sufrió un accidente cuando no figuraba dado de alta por la empresa en la seguridad social y en el que se había cuestionado previamente la calificación del accidente de tráfico como laboral, es exigible o no la solicitud de la prestación y, en consecuencia, si es aplicable o no el plazo de prescripción de cinco años ex art. 43 LGSS, contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud. Según la Sala, recordando la doctrina de su sentencia de 19 de junio de 2007, el principio de oficialidad tiene sentido aplicarlo a las prestaciones económicas de IT derivadas de AT en trabajadores por cuenta ajena, como el ahora enjuiciado no dado de alta en la seguridad social en el momento del accidente y habiéndose cuestionado previamente la existencia de relación laboral y la calificación del accidente de tráfico como laboral, puesto que en tal caso cabe entender que tiene obligación de colaborar documentalmente en la gestión de la contingencia y por tanto tenía que formular la solicitud a la que se refiere

el art. 43 LGSS. Siendo ello así y recordando la doctrina de la sentencia de 4 de febrero de 2014, sobre el plazo de prescripción, en el caso se entiende agotada la misma ya que el alcance de tres meses anteriores a la solicitud implica que el demandante estaba ya en situación de gran invalidez.

Disposiciones Legales: LGSS: arts. 43.1 y 44.2.

SENTENCIA NÚM. 91

Sala 4^a

Sentencia n° 3967/2015

Fecha: 07/07/2015

Recurso: 2951/2014

Materia: PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. TRABAJO COMPATIBLE CON PRESTACIONES DE IPT RECONOCIDA AÑOS ANTES. COMPUTO DE LAS COTIZACIONES PARA GENERAR EL DESEMPLEO.

Resumen: La prestación de desempleo compensa la pérdida del trabajo y de las rentas correspondientes al mismo, y a partir de ahí, la prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con la obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo, por lo que la prestación de IPT, que fue compatible con un trabajo distinto del que la originó y, por tanto, con la retribución obtenida del mismo sigue siéndolo cuando éstos desaparecen y se pasa a percibir la prestación por desempleo. Así pues, las cotizaciones efectuadas en relación con una nueva actividad compatible con la invalidez pueden computarse para generar la prestación por desempleo, aunque no se tenga en cuenta las cotizaciones anteriores, que ya se contabilizaron para dar lugar a la primera IPT.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 221.2; REAL DECRETO 625/12985 de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo: art. 16.2.

SENTENCIA NÚM. 92

Sala 4^a

Sentencia n° 3849/2015

Fecha: 14/07/2015

Recurso: 407/2014

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. RECARGO DE PRESTACIONES, PRESCRIPCIÓN. INTERRUPCIÓN POR EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

Resumen: El plazo de prescripción para reclamar el recargo de las prestaciones de la Seguridad Social, por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, se entiende interrumpido por el ejercicio de la acción de reclamación de daños y perjuicios. Ver STS de 22 de junio de 2015 que admite el efecto de cosa juzgada en relación con ambas acciones.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 43

SENTENCIA NÚM. 93

Sala 4^a

Sentencia n° 3688/2015

Fecha: 15/07/2015

Recurso: 1594/2014

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. AGRAVACIÓN ENFERMEDAD PREEXISTENTE.

Resumen: La cuestión versa sobre la contingencia que corresponde a la incapacidad permanente total que ha sido declarada por dolencias lumbares que, siendo degenerativas, se encontraban silentes hasta el momento en que sufrió un accidente in itinere y que nunca le impidieron para el desempeño de su actividad y que, realmente, se ha visto agravada a partir del siniestro laboral. Reitera doctrina recogida en sentencia de 3 de julio de 2013.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 115.2 f).

SENTENCIA NÚM. 94

Sala 4^a

Sentencia n° 3962/2015

Fecha: 15/07/2015

Recurso: 2204/2014

Materia: RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA. REQUISITOS.

Resumen: La incapacidad permanente total cualificada, a favor de un trabajador autónomo, exige acreditar que no se ostenta titularidad de un establecimiento ni de explotación y no solo la edad de 55 años ni el no ejercer una actividad retribuida.

Disposiciones Legales: DECRETO 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos: art. 38.1.

SENTENCIA NÚM. 95

Sala 4ª

Sentencia n° 3455/2015

Fecha: 20/07/2015

Recurso: 3078/2014

Materia: PENSIÓN DE VIUDEDAD. DIVORCIADOS QUE SIGUEN CONVIVIENDO COMO PAREJA DE HECHO MENOS DE CINCO AÑOS.

Resumen: En el caso de divorcio, disuelto el vínculo matrimonial puede generarse una situación de pareja de hecho entre los antiguos cónyuges. Por tanto, los cónyuges divorciados pueden constituir una pareja de hecho, pero cumpliendo los requisitos establecidos en el párrafo cuarto del número 3 del art. 174, sin que a tales efectos pueda computarse el anterior período de convivencia matrimonial.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174.3.4

SENTENCIA NÚM. 96

Sala 4ª

Sentencia n° 4358/2015

Fecha: 23/07/2015

Recurso: 2034/2014

Materia: RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS. INCAPACIDAD

PERMANENTE TOTAL. FECHA DE EFECTOS.

Resumen: La cuestión litigiosa se centra en determinar si la fecha de efectos económicos de la prestación de incapacidad permanente total, de trabajadora autónoma, sin proceso previo de Incapacidad Temporal, y sin que conste acreditado la realización de trabajo efectivo, a pesar de seguir en alta, ha de fijarse en la fecha del reconocimiento del EVI, o en la fecha de la baja en el RETA. Dado que no consta que la trabajadora estuviera ejerciendo su actividad, el hecho causante se sitúa en el dictamen propuesta del EVI, sin que el hecho de seguir en alta en el RETA permita entender que existiera una actividad dado que tal alta servía, también a otros efectos.

Disposiciones Legales: REAL DECRETO 1300/1995 de 21 de junio: art. 6; ORDEN MINISTERIAL de 18 de enero de 1996: art. 13.

SENTENCIA NÚM. 97

Sala 4ª

Sentencia n° 3950/2015

Fecha: 26/07/2015

Recurso: 3261/2014

Materia: INCAPACIDAD PERMANENTE. VIGILANTE DE SEGURIDAD. IMPOSIBILIDAD DE RECONOCIMIENTO, EN DOS OCASIONES, A UN MISMO BENEFICIARIO Y POR UNA MISMA PROFESIÓN, DE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL.

Resumen: No resulta posible es que un mismo grado de incapacidad pueda ser reconocido más de una vez respecto de una misma profesión, pues, aun cuando no se trate de las mismas lesiones, sino de otras secuelas susceptibles de apreciación conjunta con las anteriores, si no se conducen a un grado superior de incapacidad nos encontraríamos ante un grado ya anteriormente reconocido y que carecería de todo sentido volver a reconocer. Reitera doctrina recogida en sentencia de 12 de abril de 1988.

Disposiciones Legales: LGSS: arts. 139.1 y 143.2.

SENTENCIA NÚM. 98

Sala 4^a

Sentencia n° 5647/2015

Fecha: 27/07/2015

Recurso: 2862/2014

Materia: PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. DESEMPLEO PARCIAL. FUNCIONARIO IN-

TERINO AL QUE SE REDUCE LA JORNADA. Supuesto anterior a la Ley 3/2012.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 1 de julio de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: arts. 203.3, 205 y 221.1; REAL DECRETO 625/1985 de 2 de abril: art. 1.2.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

III. Documentación

Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero*

Law 47/2015, dated 21st October, on Regulation of Social Protection for Sea Workers (Fishing Sector)

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

PREÁMBULO

I

El trabajo marítimo y pesquero está caracterizado por una serie de notas diferenciadoras que se apartan, sustancialmente, de aquellas que definen y propician la aplicación de mecanismos protectores a otros colectivos profesionales: el espacio físico en que se lleva a cabo la actividad, la dureza de las condiciones de vida a bordo, el prolongado aislamiento de las tripulaciones, el alejamiento del hogar familiar, las elevadas tasas de morbilidad y siniestralidad, etc., así como el carácter estacional del trabajo y la existencia de una retribución a la parte.

Con base en lo anterior, el legislador tomó en consideración el carácter especial de la ac-

tividad marítimo-pesquera y le otorgó dicho calificativo, en orden a la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social. Así, la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, en el número 11 de su base tercera previó, como uno de los regímenes especiales que habían de ser regulados específicamente, el de los Trabajadores del Mar.

Posteriormente, el texto articulado primero de la referida Ley sobre Bases de la Seguridad Social, aprobado por el Decreto 907/1966, de 21 de abril, contempla en su artículo 10.2, entre los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, el de los Trabajadores del Mar. En el apartado 4 establece que se regirá por las leyes específicas que se dicten al efecto, debiendo tenderse en su regulación a la homogeneidad con el Régimen General.

En cumplimiento de dicho mandato, la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, vino a regular el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. Posteriormente, por Decreto 2864/1974, de 30 agosto, se aprueba el texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de a Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, con la finalidad fundamental de lograr para las personas trabajadoras del mar un grado de protección social similar al de las personas trabajadoras de otros sectores.

* BOE núm. 253, de 22 de octubre de 2015. Texto consolidado

Las circunstancias señaladas del trabajo en el mar, junto a otras como pueden ser la extraterritorialidad del trabajo marítimo, la dispersión del colectivo, la estacionalidad de las campañas, el carácter hostil e imprevisible del medio donde se desarrolla la actividad, etc., conforman, además, un marco laboral en el que, junto a las prestaciones de Seguridad Social, se hace precisa la definición y puesta en marcha de programas específicos para el sector marítimo-pesquero, en el marco de un modelo de protección diferenciado por su carácter específico e integral.

Esta protección social integral de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero se presta por un único organismo, el Instituto Social de la Marina, que lleva a cabo una doble misión dirigida a estas personas trabajadoras: es el organismo encargado de la protección y problemática social del sector marítimo-pesquero y actúa como entidad gestora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

Así, el artículo primero de la Ley de 18 de octubre de 1941, por la que se reorganiza el Instituto Social de la Marina, establece que la finalidad esencial de este organismo es atender con la máxima solicitud a las personas trabajadoras del mar, favoreciendo su mejoramiento moral, profesional y económico-social.

El propio texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, en su artículo 44 viene a regular determinados servicios sociales dirigidos a las personas trabajadoras del mar y que se incardinarian en esta protección social integral de las mismas, como pueden ser el empleo y la acción formativa, los reconocimientos médicos periódicos, las hospederías, etc., que, en dicho momento, se consideraban incluidos dentro de un concepto amplio de Seguridad Social.

Por otra parte, el Instituto Social de la Marina ha venido asumiendo, en su calidad de organismo encargado de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, determinadas competencias y

funciones dirigidas al mejoramiento profesional y económico-social de estas personas trabajadoras, que han venido impuestas por la ratificación, por parte de España, de determinados Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, así como por la aplicación de normativa específica del sector marítimo.

Esta protección social más específica de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, que excede de la propia Seguridad Social y que abarca no sólo a las personas trabajadoras que desarrollan su actividad en dicho sector sino también a las que pretenden acceder al mismo, no ha tenido nunca un marco jurídico uniforme, como sí ha ocurrido con la regulación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, contenida en el texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio.

II

Hasta el presente momento han sido varias las disposiciones con rango legal que han venido a alterar el contenido del texto aprobado en 1974, a fin de dar nueva redacción a los diferentes artículos, añadir alguno nuevo o proceder a su derogación en los casos en que así se ha hecho preciso. Todo ello con el objetivo de adecuar la norma a la realidad existente en cada momento.

Por otra parte, las modificaciones legislativas operadas sobre el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social han venido a incidir asimismo sobre el contenido del texto de 1974. Al respecto cabe destacar la modificación de la concepción de los servicios sociales que forman parte de la acción protectora de la Seguridad Social operada por el Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo, quedando fuera de la misma prestaciones y servicios que presta el Instituto Social de la Marina, como los correspondientes a la acción formativa, medicina preventiva, etc.

Parece, por tanto, que ha llegado el momento de dar un paso más en este proceso de adecuación normativa y proceder a la reelaboración de un nuevo texto legal que regule tanto el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar como el resto de prestaciones y servicios gestionados por el Instituto Social de la Marina como entidad encargada de la protección y problemática social del sector marítimo-pesquero.

Son varias las razones que aconsejan acometer esta actuación institucional: la obsolescencia del texto vigente regulador del Régimen Especial, la ya referida profusión normativa dictada con posterioridad a la entrada en vigor del texto refundido de 1974, la complejidad del Régimen Especial, especialmente apreciable en materias como el campo de aplicación, la cotización y la acción protectora, con especial atención a la prestación de jubilación, la coexistencia en un mismo Régimen de Seguridad Social de personas trabajadoras por cuenta ajena y de personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas, a los que hay que añadir, por ende, la figura de la persona trabajadora asimilada, que añaden una mayor complejidad, si cabe, a la definición de la persona trabajadora del mar a efectos protectores, así como la inexistencia de una norma con rango legal que regule las prestaciones y servicios dirigidos a las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero y que van más allá de las prestaciones de Seguridad Social.

Asimismo, la cantidad y variedad de las normas reglamentarias dictadas en ejecución y desarrollo del vigente texto refundido exigen una actualización del contenido del mismo, a fin de mantener el principio de congruencia normativa y la necesidad de adecuar la normativa específica del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y de las distintas prestaciones no incluidas en el sistema de la Seguridad Social a la realidad social y económica del sector marítimo-pesquero.

Por otra parte, en este nuevo texto se pretende clarificar y definir el campo de apli-

cación del Régimen Especial, fundamentalmente en lo que se refiere a determinados colectivos en los que se producen importantes incidencias en cuanto a su encuadramiento.

Finalmente, es preciso señalar que la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), en su informe aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 21 de junio de 2013, ha planteado la necesidad de abordar un «Plan de racionalización normativa» que, en el ámbito de la Administración del Estado, afecta prácticamente a todos los Ministerios.

Asimismo, hay que tener en cuenta el mandato contenido en la disposición adicional segunda de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, según el cual la Administración General del Estado acometerá una revisión, simplificación y, en su caso, una consolidación normativa de su ordenamiento jurídico, para lo cual deberá derogar las normas que hayan quedado obsoletas y determinar la necesidad de introducir modificaciones, novedades o proponer la elaboración de un texto refundido.

Ello hace aún más oportuno, si cabe, abordar sin más dilación la tarea de reelaboración de un nuevo texto legal que regule la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

III

La ley se estructura en un título preliminar y tres títulos.

El título I de la ley regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

Los principales objetivos perseguidos por la ley para la regulación de este Régimen Especial son los de definir el campo de aplicación, regulado en el capítulo I atendiendo a las peticiones realizadas por el sector, a la

doctrina jurisprudencial, a los cambios operados en la forma de organización del sector y a la propia evolución del citado sector marítimo-pesquero.

En primer lugar, se sigue manteniendo en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar a aquellas personas trabajadoras que realizan una actividad marítimo-pesquera a bordo, enroladas como técnicos o tripulantes, pero se incluye como novedad a determinados colectivos que, aun no desarrollando una actividad laboral que tenga estrictamente dicha naturaleza, se considera que deben ser protegidos por el citado Régimen Especial al realizar la misma a bordo de una embarcación, como es el personal de investigación, observadores de pesca y personal de seguridad.

Por otra parte, se incluye por primera vez el término acuicultura, al objeto de agrupar bajo dicha denominación diversas actividades encuadradas en el Régimen Especial, quedando excluidas de la misma las personas trabajadoras que presten servicios en empresas dedicadas a la acuicultura en zona terrestre. Asimismo, se incluyen los buceadores profesionales, que hasta ahora sólo se incluían en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar cuando realizaban sus servicios en una empresa marítimo-pesquera, quedando excluidos los recreativos.

En lo que respecta a los estibadores portuarios y ante la gran problemática surgida en los últimos años en cuanto a la petición de inclusión de personas trabajadoras en este Régimen Especial como tales estibadores cuando no realizan actividades de estiba portuaria, se incluye una definición del estibador portuario, configurándolo como aquel que realiza las actividades que integran el servicio portuario de manipulación de mercancías relacionadas en el artículo 130 del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011.

Se siguen incluyendo los trabajos de carácter administrativo, técnico o subalterno de

las empresas marítimo-pesqueras y de las cofradías de pescadores y otras organizaciones del sector y se incorporan, como novedad, los trabajos administrativos de empresas estibadoras y entidades de puesta a disposición de personas trabajadoras a dichas empresas siempre que desarrollen su actividad exclusivamente en el ámbito portuario, equiparando su tratamiento al de aquellas. En la inclusión que se lleva a cabo se diferencia claramente el trabajo administrativo de estas empresas del trabajo desarrollado por el estibador, de manera que el primero no lleva aparejada la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación que sí se aplican al segundo.

Asimismo, se ha configurado el Régimen Especial con dos grandes colectivos, las personas trabajadoras por cuenta ajena y las personas trabajadoras por cuenta propia, suprimiendo fórmulas jurídicas ficticias que, si bien en un momento dado sirvieron para regular determinados colectivos, en la actualidad no es necesario mantener, como es el caso de los armadores asimilados a personas trabajadoras por cuenta ajena.

Así, en el artículo 4 se define a las personas trabajadoras por cuenta propia, manteniéndose como autónomos aquellos que venían definidos como tales en el texto refundido de 1974 e incluyéndose un nuevo colectivo de autónomos dedicados a la marina mercante que, hasta ahora, quedaban encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. También se incluyen los autónomos dedicados a la acuicultura y los buzos profesionales, excluidos los recreativos.

Se suprime el colectivo de personas trabajadoras asimiladas a personas trabajadoras por cuenta ajena, regulado en el artículo 4 del texto refundido de 1974 ya que se considera que son personas trabajadoras por cuenta propia con la única particularidad de que van embarcadas.

En este Régimen Especial, las embarcaciones son consideradas como centros de trabajo por lo que debe existir una conexión

o vinculación entre el registro de embarcaciones que se gestiona por el Instituto Social de la Marina y el Registro de Buques de Marina Mercante, coordinación que se recoge en la ley incorporándose la obligatoriedad de que las embarcaciones nacionales figuren inscritas en el Registro de Buques de Marina Mercante con carácter previo a la inscripción de la embarcación en el Instituto Social de la Marina.

También se prevé la posibilidad de inscribir embarcaciones extranjeras en el registro del Instituto Social de la Marina en el supuesto de que los tripulantes deban quedar encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

En el capítulo III, relativo a la cotización, se mantiene la peculiaridad en cuanto a la determinación de las bases de cotización en el caso de personas trabajadoras retribuidas a la parte y en congruencia con la incorporación de nuevos colectivos de personas trabajadoras autónomas y de la supresión de los armadores asimilados a cuenta ajena, se incluye en los tres grupos de cotización existentes tanto a personas trabajadoras por cuenta ajena como a personas trabajadoras por cuenta propia, manteniendo las peculiaridades en cuanto a la aplicación de coeficientes correctores de la cotización exclusivamente para los grupos segundo y tercero.

Asimismo, se incluye como novedad la incompatibilidad de aplicar los coeficientes correctores de la cotización junto con cualquier otra reducción o bonificación en la cotización, salvo que expresamente se disponga lo contrario.

Por último, se contemplan solamente, en relación con las prestaciones reguladas en el capítulo IV, las especialidades que corresponden a este Régimen Especial, remitiendo para todo lo demás a la normativa general de la Seguridad Social, con la finalidad de conseguir un texto manejable y simplificado, evitando duplicidades en la regulación.

El título II de la ley regula la protección social específica de las personas trabajadoras

del sector marítimo-pesquero que no tiene la consideración de prestaciones de Seguridad Social.

En el capítulo I se establece quienes son los beneficiarios de esta protección social específica, es decir, aquellas personas que desarrollan o quieren desarrollar una actividad laboral en el sector marítimo-pesquero. Por tanto, se incluye como beneficiarios no sólo a aquellas personas trabajadoras que desarrollan su actividad en dicho sector y que, por tanto, quedan encuadradas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, sino también a aquellas que quieren incorporarse al sector marítimo-pesquero y que, para ello deben recibir la correspondiente formación marítima u obtener el reconocimiento médico exigido para embarcarse.

En el capítulo II se regulan las prestaciones y servicios dirigidos a las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero que constituyen esa protección social específica.

Aquí se incluyen todas las prestaciones de sanidad marítima. Las actuaciones en sanidad marítima se basan en que la concepción de la salud en el medio marítimo obliga a poner en marcha mecanismos sanitarios preventivos, complementarios de los asistenciales, de forma integral y planificada, que traten de minimizar desde el punto de vista sanitario aquellos factores morbígenos que determinan la singularidad propia de este sector marítimo-pesquero, en concreto la lejanía de los centros sanitarios, el trabajo en plataformas móviles, la exposición a un ambiente natural impredecible y el aislamiento social y familiar. Comprenden, por tanto, los reconocimientos médicos de embarque marítimo que, además de garantizar que la persona trabajadora acceda al buque en las mejores condiciones posibles, permiten y representan desde el punto de vista sanitario, un importante aporte de datos que son el punto de partida para conocer el estado de salud de la población del sector marítimo-pesquero y finalmente constituyen un importante apoyo ante la eventual

lidad de que la persona trabajadora precise una asistencia médica a bordo desde las distintas unidades asistenciales que se señalan en el artículo 21.2.a); asimismo, la inspección de las condiciones sanitarias de las embarcaciones, teniendo en cuenta que las condiciones de vida y de trabajo a bordo pueden ser determinantes de ciertas enfermedades o predisponer al riesgo de accidentes laborales, por lo que dicho control constituye una labor de capital importancia en la función preventiva del accidente y de la enfermedad; el control de botiquines y la protección, promoción y mejora de la salud laboral.

Por otra parte, se incluyen los servicios asistenciales para el sostenimiento y reparación en casos de abandono, naufragio o hechos análogos.

Por último, se contempla la formación profesional marítima y sanitaria dirigida a atender las demandas y necesidades formativas de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

El título III recoge una serie de disposiciones sobre la gestión llevada a cabo por el Instituto Social de la Marina como entidad encargada de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, así como su régimen económico y financiero.

TÍTULO PRELIMINAR

Disposiciones generales

Artículo 1. *Normativa reguladora.*

El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar se regulará por la presente ley y por sus disposiciones de desarrollo, así como por las normas de general aplicación en el sistema de la Seguridad Social.

La protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero se complementa con las demás disposiciones

contenidas en esta ley y en sus normas de desarrollo.

TÍTULO I

Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar

CAPÍTULO I

Campo de aplicación

Artículo 2. *Extensión del campo de aplicación.*

Quedarán encuadradas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar las personas trabajadoras o asimiladas que, cumpliendo los requisitos para estar comprendidas en el sistema de la Seguridad Social recogidos en el artículo 7 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, ejerzan su actividad en territorio nacional, con las salvedades contempladas en el artículo 6 de la presente ley, y se encuentren incluidas en alguno de los supuestos contemplados en este capítulo.

Artículo 3. *Trabajadores por cuenta ajena.*

Quedarán comprendidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar las siguientes personas trabajadoras por cuenta ajena:

a) Personas trabajadoras que ejerzan su actividad marítimo-pesquera a bordo de las embarcaciones, buques o plataformas siguientes, figurando en el Rol de los mismos como técnicos o tripulantes:

- 1.º De marina mercante.
- 2.º De pesca marítima en cualquiera de sus modalidades.
- 3.º De tráfico interior de puertos.
- 4.º Deportivas y de recreo.

5.º Plataformas fijas o artefactos o instalaciones susceptibles de realizar operaciones de exploración o explotación de recursos marinos, sobre el lecho del mar, anclados o apoyados en él.

No tendrán la consideración de tales instalaciones los oleoductos, gasoductos, cables submarinos, emisarios submarinos y cualquier otro tipo de tuberías o instalaciones de carácter industrial o de saneamiento.

b) Personas trabajadoras que ejerzan su actividad a bordo de embarcaciones o buques de marina mercante o pesca marítima, enroladas como personal de investigación, observadores de pesca y personal de seguridad.

c) Personas trabajadoras dedicadas a la extracción de productos del mar.

d) Personas trabajadoras dedicadas a la acuicultura desarrollada en la zona marítima y marítimo-terrestre, incluyendo la acuicultura en arena y en lámina de agua, tales como bancos cultivados, parques de cultivos, bateas y jaulas.

Quedan expresamente excluidas las personas trabajadoras por cuenta ajena que presten sus servicios para empresas dedicadas a la acuicultura en la zona terrestre, como criaderos, granjas marinas y centros de investigación de cultivos marinos. Asimismo, se excluye a las personas trabajadoras dedicadas a la acuicultura en agua dulce.

e) Buceadores extractores de recursos marinos.

f) Buceadores con titulación profesional en actividades industriales, incluyendo la actividad docente para la obtención de dicha titulación.

Quedan excluidos los buceadores con titulaciones deportivas-recreativas.

g) Rederos y rederas.

h) Estibadores portuarios.

A los efectos de su encuadramiento en este Régimen Especial solo se considerará como estibadores portuarios, con independencia de la naturaleza especial o común de su relación laboral, a quienes desarrollen directamente las actividades de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, que permitan su transferencia entre buques, o entre estos y tierra u otros medios de transporte, que integran el servicio portuario de manipulación de mercancías relacionadas en el artículo 130 del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, e independientemente del carácter estatal o autonómico del puerto.

En todo caso, dichos estibadores portuarios deberán desarrollar las actividades señaladas en el párrafo anterior como personal de una empresa titular de la correspondiente licencia del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autoprestación, así como de las entidades de puesta a disposición de personas trabajadoras a dichas empresas.

i) Prácticos de puerto.

j) Personas trabajadoras que desarrollen actividades de carácter administrativo, técnico y subalterno en empresas marítimo-pesqueras y de estiba portuaria, así como en las entidades de puesta a disposición de personas trabajadoras a empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías, siempre y cuando desarrollen su actividad exclusivamente en el ámbito portuario, independientemente del carácter estatal o autonómico del puerto.

También estarán incluidas las personas trabajadoras que desarrollen dichas actividades al servicio de las cofradías de pescadores y sus federaciones, de las cooperativas del mar y de las organizaciones sindicales del sector marítimo-pesquero y asociaciones de armadores.

A los efectos del encuadramiento en este Régimen Especial de las personas trabajadoras de empresas de estiba portuaria, la empresa deberá ser titular de la correspondiente licencia del servicio portuario de manipulación de mercancías o licencia de autoprestación, independientemente del carácter estatal o autonómico del puerto.

k) Cualquier otro colectivo de personas trabajadoras que desarrolle una actividad marítimo-pesquera y cuya inclusión en este Régimen sea determinada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Artículo 4. Trabajadores por cuenta propia.

1. Quedarán comprendidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, como trabajadores por cuenta propia o autónomos, quienes realicen de forma habitual, personal y directa, fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona y a título lucrativo alguna de las siguientes actividades:

a) Actividades marítimo-pesqueras a bordo de las embarcaciones o buques que se relacionan a continuación, figurando tales personas trabajadoras o armadores en el Rol de los mismos como técnicos o tripulantes:

1.º De marina mercante.

2.º De pesca marítima en cualquiera de sus modalidades.

3.º De tráfico interior de puertos.

4.º Deportivas y de recreo.

b) Acuicultura desarrollada en zona marítima o marítimo-terrestre.

c) Los mariscadores, percebeiros, recogedores de algas y análogos.

d) Buceadores extractores de recursos marinos.

e) Buceadores con titulación profesional en actividades industriales, incluyendo la

actividad docente para la obtención de dicha titulación.

Quedan excluidos los buceadores con titulaciones deportivas-recreativas.

f) Rederos y rederas.

g) Prácticos de puerto.

2. Tendrán la consideración de familiares colaboradores de la persona trabajadora por cuenta propia, y por tanto, estarán incluidas como personas trabajadoras por cuenta propia en el Régimen Especial, el cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, de cualquiera de las personas trabajadoras por cuenta propia a que se refiere este artículo, que trabajen con ellas en sus explotaciones de forma habitual, convivan con el cabeza de familia y dependan económicamente de él, salvo que se demuestre su condición de asalariados.

No obstante lo anterior, para ser considerado como familiar colaborador en los grupos segundo y tercero de cotización a que se refiere el artículo 10, será requisito imprescindible que realice idéntica actividad que el titular de la explotación.

Artículo 5. Asimilados a personas trabajadoras por cuenta ajena.

1. Se asimilarán a personas trabajadoras por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de estas en los términos establecidos en el apartado 1 de la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de personas trabajadoras por cuenta de la misma.

2. Asimismo, se asimilarán a personas trabajadoras por cuenta ajena los prácticos de

puerto que, para la realización de su actividad de practicaje, se constituyan en empresas titulares de licencia del servicio portuario de practicaje en un puerto, con excepción del derecho a las prestaciones por desempleo y Fondo de Garantía Salarial, de las que quedan excluidos. Dichas entidades tendrán la consideración de empresarios a efectos de este Régimen Especial respecto de los prácticos de puerto en ellas incluidos y del resto del personal a su servicio.

Artículo 6. Excepción al principio de territorialidad.

1. Estarán incluidas en el campo de aplicación de este Régimen Especial aquellas personas trabajadoras residentes en territorio español que, aunque ejerzan una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado Miembro de la Unión Europea o pabellón de un Estado con el que España haya firmado un convenio bilateral o multilateral de seguridad social en el que se recoja la excepción al principio de territorialidad, sean remuneradas por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en España.

2. También estarán comprendidas en este Régimen Especial las personas trabajadoras residentes en territorio español que trabajen en sociedades mixtas y empresas radicadas inscritas en el registro oficial, sin perjuicio de lo que pueda resultar de los tratados internacionales bilaterales o multilaterales suscritos por España.

CAPÍTULO II

Inscripción de empresas y afiliación de personas trabajadoras

Artículo 7. Inscripción de empresas y afiliación de personas trabajadoras.

En materia de inscripción de empresas y afiliación de personas trabajadoras se estará a lo dispuesto con carácter general en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad

Social y en su normativa de desarrollo, con las particularidades siguientes:

a) Las embarcaciones, plataformas fijas, artefactos e instalaciones marinas en los que las personas trabajadoras incluidas en el campo de aplicación de este Régimen Especial desarrollen sus actividades marítimo-pesqueras deberán inscribirse en el Registro de Embarcaciones que a tal efecto se llevará por la entidad gestora.

Para la inscripción en el Registro de Embarcaciones será requisito necesario la justificación de haber sido inscrita e identificada la embarcación en el correspondiente Registro, ordinario o especial, de Buques de titularidad del Ministerio de Fomento.

Se inscribirán asimismo en el Registro de Embarcaciones los buques extranjeros en los que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6, presten sus servicios personas trabajadoras que deban quedar incluidas en el campo de aplicación de este Régimen Especial.

b) Las altas solicitadas fuera del plazo reglamentario por la persona trabajadora por cuenta propia no tendrán efecto retroactivo alguno.

c) Las personas trabajadoras por cuenta propia incluidas en el grupo tercero de cotización regulado en el artículo 10 de esta ley estarán obligadas a concertar con la Entidad Gestora la protección de las contingencias comunes y tendrán la obligación de cotizar por la contingencia de formación profesional.

CAPÍTULO III

Cotización y recaudación

Artículo 8. Cotización.

En el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar el nacimiento, la duración y la extinción de la obligación de cotizar, las operaciones de liquidación de la misma, el período, la forma, el lugar y el

plazo para su presentación, así como su comprobación y control, se regirán por lo dispuesto con carácter general en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y en su normativa de desarrollo, que establecerá las peculiaridades de este Régimen Especial.

Artículo 9. *Bases de cotización.*

1. La cotización para todas las contingencias y situaciones protegidas en este Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar se efectuará teniendo como base las remuneraciones efectivamente percibidas, computadas según las reglas establecidas para la cotización al Régimen General de la Seguridad Social y con sujeción a los límites absolutos, mínimo y máximo, y a los relativos de las bases mínimas y máximas aplicables a cada grupo de categorías profesionales, en los términos establecidos por la normativa reguladora, sin otras particularidades que las siguientes:

a) Para la determinación de las bases de cotización para todas las contingencias y situaciones protegidas por este Régimen Especial, respecto de las personas trabajadoras incluidas en los grupos segundo y tercero de los grupos de cotización a que se refiere el artículo 10 de esta ley, se considerarán retribuciones efectivamente percibidas las determinadas anualmente por Orden del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a propuesta del Instituto Social de la Marina, oídas las organizaciones sindicales y empresariales representativas, las Cofradías de pescadores y las organizaciones de productores pesqueros.

Esta determinación se efectuará por provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales sobre la base de los valores medios de las remuneraciones percibidas en el año precedente y por el procedimiento que establezca el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

b) Las bases de cotización determinadas conforme a lo dispuesto en el apartado anterior respecto de las personas trabajadoras incluidas en los grupos segundo y tercero a que

se refiere el artículo 10, serán únicas. No obstante, dichas bases no podrán ser inferiores a las bases mínimas establecidas en cada ejercicio para las distintas categorías profesionales en el Régimen General de la Seguridad Social.

c) En todo caso, para la determinación de las bases de cotización por contingencias comunes respecto de las empresas y personas trabajadoras incluidas en los grupos segundo y tercero de los grupos de cotización establecidos en el artículo 10, a las cantidades resultantes conforme a las normas establecidas en los párrafos precedentes del presente artículo, se aplicarán los coeficientes correctores establecidos en el artículo 11.

2. Los empresarios del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar deberán comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social en cada periodo de liquidación, el importe de los conceptos retributivos abonados a sus personas trabajadoras, con independencia de su inclusión o no en la base de cotización a la Seguridad Social y aunque resulten de aplicación bases únicas.

Artículo 10. *Clasificación de personas trabajadoras.*

1. Las personas trabajadoras comprendidas en este Régimen Especial de la Seguridad Social se clasificarán, a efectos de cotización, en tres grupos:

a) En el primer grupo se incluirán:

1.º Las personas trabajadoras por cuenta ajena o asimiladas retribuidas a salario que realicen alguna de las actividades enumeradas en el artículo 3.

2.º Las personas trabajadoras por cuenta propia que realicen alguna de las actividades enumeradas en el artículo 4 salvo que proceda su inclusión en otro grupo.

3.º Las personas trabajadoras por cuenta ajena o asimiladas y las personas trabajadoras por cuenta propia o armadores, retribuidos a la parte, que ejerzan su actividad pes-

quera a bordo de embarcaciones de más de 150 toneladas de registro bruto (TRB).

b) En el segundo grupo, que se subdivide a su vez en dos, se incluirán:

1.º Grupo segundo A:

Las personas trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia o armadores, retribuidos a la parte, que ejerzan su actividad pesquera a bordo de embarcaciones comprendidas entre 50,01 y 150 TRB, enrolados en las mismas como técnicos o tripulantes.

2.º Grupo segundo B:

Las personas trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia o armadores, retribuidos a la parte, que ejerzan su actividad pesquera a bordo de embarcaciones comprendidas entre 10,01 y 50 TRB, enrolados en las mismas como técnicos o tripulantes.

c) En el grupo tercero se incluirán:

1.º Las personas trabajadoras por cuenta ajena retribuidas a la parte, que ejerzan su actividad pesquera a bordo de embarcaciones que no excedan de 10 TRB, enroladas en las mismas como técnicos o tripulantes.

2.º Las personas trabajadoras por cuenta propia como mariscadores, percebeiros, recogedores de algas y análogos, buceadores extractores de recursos marinos, rederos y rederas y armadores que ejerzan su actividad pesquera a bordo de embarcaciones de hasta 10 TRB, estando enrolados en las mismas como técnicos o tripulantes.

2. Para estar incluido en el grupo segundo o tercero como persona trabajadora por cuenta propia, los ingresos obtenidos de tales actividades deberán constituir su medio fundamental de vida, aun cuando con carácter ocasional o permanente realicen otros trabajos no específicamente marítimo-pesqueros determinantes o no de su inclusión en cualquier otro de los regímenes del sistema de la Seguridad Social.

3. El sistema de retribución adoptado, a salario o a la parte, vinculará por igual a todos los miembros de la tripulación, incluido el armador.

Artículo 11. Coeficientes correctores.

1. A las empresas y personas trabajadoras que resulten incluidas en los grupos segundo y tercero del apartado 1 del artículo anterior, se les podrán aplicar a efectos de cotización los coeficientes correctores siguientes:

a) Al grupo segundo de cotización, le serán de aplicación unos coeficientes correctores de dos tercios y de un medio, según se encuentren incluidos en el grupo segundo A o segundo B.

b) Al grupo tercero de cotización, le será de aplicación un coeficiente corrector de un tercio.

2. Los coeficientes correctores se aplicarán a la base de cotización por contingencias comunes, desempleo y cese de actividad.

3. Las bases reguladoras de las prestaciones económicas que se causen por personas trabajadoras incluidas en los grupos segundo y tercero se calcularán sobre la totalidad de la base de cotización, sin aplicación de los coeficientes correctores.

4. Al grupo primero de cotización no le serán de aplicación los coeficientes correctores de la cotización.

5. La aplicación de los coeficientes correctores será incompatible con cualquier otra reducción o bonificación en la cotización, salvo que expresamente se disponga lo contrario.

Artículo 12. Recaudación.

1. En el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar la gestión recaudatoria se regirá por lo dispuesto con carácter general en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y en su normativa de desarrollo.

2. El Instituto Social de la Marina colaborará con la Tesorería General de la Seguridad Social en el desempeño de la función recaudatoria en el ámbito del referido Régimen Especial de la Seguridad Social.

CAPÍTULO IV

Acción protectora**Artículo 13. Contingencias protegidas.**

1. El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar cubre las contingencias y las prestaciones que se determinan en la presente ley.

2. Las contingencias protegidas en esta ley se definen según lo establecido en el Régimen General de la Seguridad Social en relación con las personas trabajadoras por cuenta ajena y según lo establecido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos en relación con las personas trabajadoras por cuenta propia.

Artículo 14. Prestaciones.

1. A las personas trabajadoras comprendidas en el campo de aplicación de este Régimen Especial y, en su caso, a sus familiares o asimilados, se les concederá, en la extensión, términos y condiciones que se establecen en la presente ley y en las disposiciones reglamentarias que les sean de aplicación, las prestaciones siguientes:

a) Asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo, tanto en territorio nacional como a bordo y/o en el extranjero.

b) Recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan en el apartado anterior.

c) Prestación económica por incapacidad temporal.

d) Prestación económica por maternidad.

e) Prestación económica por paternidad.

f) Prestación económica por riesgo durante el embarazo.

g) Prestación económica por riesgo durante la lactancia natural.

h) Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

i) Prestación económica por incapacidad permanente.

j) Prestación económica por jubilación.

k) Prestaciones económicas por muerte y supervivencia.

l) Prestaciones familiares.

m) Prestaciones por desempleo en sus niveles contributivo y asistencial.

n) Prestaciones por cese de actividad.

ñ) Prestaciones asistenciales y servicios sociales en atención a contingencias y situaciones especiales derivadas del trabajo en la mar.

o) Las prestaciones por servicios sociales que puedan establecerse en materia de formación y rehabilitación de personas con discapacidad y de asistencia a las personas mayores, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente.

2. Igualmente, y como complemento de las prestaciones comprendidas en el apartado anterior, podrán otorgarse los beneficios de la asistencia social.

Artículo 15. Mejora voluntaria de las prestaciones.

La acción protectora de este Régimen Especial podrá ser mejorada voluntariamente en los términos previstos en el Régimen General de la Seguridad Social y demás regímenes especiales.

Artículo 16. Revalorización de pensiones.

Las pensiones reconocidas por el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, cualquiera que sea la

contingencia que las haya determinado, serán incrementadas al comienzo de cada año, de acuerdo con lo dispuesto en esta materia en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Artículo 17. Caracteres de las prestaciones.

1. Las prestaciones del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, así como los beneficios de sus servicios sociales y de la asistencia social, no podrán ser objeto de retención, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo, cesión total o parcial, compensación o descuento, salvo en los siguientes supuestos:

a) En orden al cumplimiento de obligaciones alimenticias a favor del cónyuge e hijos.

b) Cuando se trate de obligaciones contraídas por el beneficiario dentro del ámbito de la Seguridad Social.

En materia de embargo se estará a lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

2. Las percepciones derivadas de la acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar estarán sujetas a tributación en los términos y condiciones establecidos en las normas reguladoras de cada impuesto.

3. No podrá ser exigida ninguna tasa fiscal ni derecho de ninguna clase en cuantas informaciones o certificaciones hayan de facilitar los correspondientes organismos de la Administración de la Seguridad Social y los órganos administrativos, judiciales o de cualquier otro orden, en relación con las prestaciones y beneficios a que se refiere el apartado 1 de este artículo.

Artículo 18. Incompatibilidad de pensiones.

1. Las pensiones de este Régimen Especial serán incompatibles entre sí cuando coinci-

dan en un mismo beneficiario, a no ser que se disponga lo contrario legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.

2. El régimen de incompatibilidades establecido en el apartado anterior será también aplicable a la indemnización a tanto alzado prevista en el apartado 2 del artículo 139 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social como prestación sustitutiva de la pensión de incapacidad permanente, en su grado de total.

Artículo 19. Cómputo de periodos de cotización a distintos regímenes de Seguridad Social.

1. Cuando una persona trabajadora tenga acreditados sucesiva o alternativamente periodos de cotización al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y a otro u otros regímenes de Seguridad Social, dichos periodos o los que sean asimilados a ellos, que se hubieran cumplido en virtud de las normas que los regulen, podrán ser totalizados, siempre que no se superpongan, para la adquisición del derecho a las prestaciones.

2. En ningún caso se podrá aplicar el cómputo recíproco de cotizaciones por cese de actividad entre regímenes, así como el cómputo recíproco de cotizaciones por cese de actividad y por desempleo.

Artículo 20. Condiciones del derecho a las prestaciones.

1. Las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen Especial causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario.

2. En las prestaciones cuya concesión o cuantía esté subordinada, además, al cumpli-

miento de determinados períodos de cotización, solamente serán computables las legal o reglamentaria.

Artículo 21. Asistencia sanitaria.

1. Tendrán derecho a la asistencia sanitaria con igual extensión y condiciones a las que se establecen en el Régimen General:

a) Las personas trabajadoras o asimiladas comprendidas en este Régimen Especial, en las contingencias de enfermedad común o profesional, accidente, sea o no de trabajo, y maternidad.

b) Los pensionistas de este Régimen Especial, y los que sin tal carácter estén percibiendo prestaciones periódicas, en los términos que reglamentariamente se determinen.

c) Los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo las personas mencionadas en los apartados anteriores, en la extensión y términos que reglamentariamente se establezcan.

2. Las personas trabajadoras o asimiladas comprendidas en este Régimen Especial, bien se encuentren embarcadas, en el extranjero o dentro del territorio nacional, tienen derecho, en todo caso, a la asistencia sanitaria, que será prestada por el Instituto Social de la Marina en los siguientes casos:

a) Cuando se encuentren a bordo y/o en el extranjero, utilizando sus propios medios tales como el centro radio médico, los buques sanitarios, los centros asistenciales en el extranjero y otros que puedan implantarse o acordando la evacuación y repatriación de personas trabajadoras enfermas o accidentadas, sin perjuicio de las obligaciones que competen a los empresarios de acuerdo con la legislación vigente.

Cuando el Instituto Social de la Marina no disponga de recursos sanitarios en el puerto extranjero en que sea atendido el enfermo o accidentado, dicha asistencia sanitaria será a cargo de la empresa por cuya cuenta trabaje

y, posteriormente, la entidad gestora reintegrará a las empresas inscritas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar el importe de los gastos que les ocasione dicha asistencia, cualquiera que sea la contingencia determinante de la misma, siempre que dichas empresas tengan cubierta tal contingencia con la propia entidad, de acuerdo a las condiciones, conceptos y cantidades que se establezcan reglamentariamente.

b) Dentro del territorio nacional, en las ciudades de Ceuta y Melilla y en aquellos territorios en los que dichas funciones no se hayan traspasado a la comunidad autónoma correspondiente, incluyendo la asistencia hospitalaria, servicios de especialidades y urgencias.

3. Lo dispuesto en el apartado 2.b) de este artículo será también aplicable a los pensionistas y perceptores de prestaciones periódicas y familiares o asimilados de éstos y de las personas trabajadoras comprendidas en este Régimen Especial. En el resto del territorio nacional, la asistencia sanitaria será prestada por el servicio público de salud de la comunidad autónoma correspondiente.

4. La participación de los beneficiarios en el pago de los medicamentos se realizará en forma idéntica a la del Régimen General.

Artículo 22. Recuperación profesional.

A las personas trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar se les podrá reconocer la prestación de recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan en el artículo anterior, en los términos y condiciones en que se regule reglamentariamente.

Artículo 23. Incapacidad temporal.

1. La prestación económica por incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral y de accidente de trabajo o enfermedad profesional se otorgará a las personas trabajadoras por cuenta ajena y por

cuenta propia del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar en las mismas condiciones y con los mismos requisitos que los establecidos en la normativa vigente del Régimen General o, en su caso, del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

2. Para las personas trabajadoras por cuenta ajena incluidas en los grupos segundo y tercero a los que se refiere el artículo 10, el abono de la prestación se efectuará en la modalidad de pago directo por la Entidad Gestora o la mutua colaboradora con la Seguridad Social, manteniéndose la obligación de cotizar en tanto no se extinga la relación laboral.

Artículo 24. Maternidad.

1. La prestación económica por maternidad, se otorgará a las personas trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar en las mismas condiciones y con los mismos requisitos que los establecidos en la normativa vigente del Régimen General o, en su caso, del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

2. A los efectos de la citada prestación se considerarán situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, aunque dichos acogimientos sean provisionales, de conformidad con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

3. Asimismo podrán ser beneficiarias de un subsidio por maternidad las trabajadoras por cuenta ajena que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad, salvo el periodo mínimo de cotización establecido en el artículo 133 ter del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Artículo 25. Paternidad.

1. La prestación económica por paternidad se otorgará a las personas trabajadoras

por cuenta ajena y por cuenta propia de este Régimen Especial en las mismas condiciones y con los mismos requisitos que los establecidos en el Régimen General o, en su caso, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

2. A los efectos de la citada prestación se considerarán situaciones protegidas el nacimiento del hijo, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, aunque dichos acogimientos sean provisionales, de conformidad con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Artículo 26. Riesgo durante el embarazo.

1. La prestación económica de riesgo durante el embarazo se otorgará a las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar en las mismas condiciones y con los mismos requisitos que los establecidos en la normativa vigente del Régimen General o, en su caso, del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

2. A los efectos de la citada prestación se considerará situación protegida, para las trabajadoras por cuenta ajena, el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26, apartados 2 y 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica ni objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

3. Asimismo, en el supuesto de trabajadoras por cuenta propia, se considerará situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora embarazada durante el período de interrupción de la actividad profesional, en los supuestos en que el desempeño de la

misma influya negativamente en su salud o en la del feto y así se certifique por los servicios médicos de la Entidad Gestora o de la mutua colaboradora con la Seguridad Social competente.

4. A los efectos de esta prestación no se considera situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo de la actividad desempeñada, determinante de su inclusión en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

Artículo 27. *Riesgo durante la lactancia natural.*

1. La prestación económica de riesgo durante la lactancia natural se otorgará a las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar en las mismas condiciones y con los mismos requisitos que los establecidos en la normativa vigente del Régimen General o, en su caso, del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

2. A los efectos de la citada prestación se considerará situación protegida, en el supuesto de trabajadoras por cuenta ajena, el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

3. Asimismo, en el supuesto de trabajadoras por cuenta propia, se considerará situación protegida el período de interrupción de la actividad profesional durante el periodo de lactancia natural, cuando el desempeño de la

misma pudiera influir negativamente en la salud de la mujer o en la del hijo y así se certifique por los servicios médicos de la Entidad Gestora o mutua colaboradora con la Seguridad Social competente.

4. A los efectos de esta prestación no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del hijo, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñados.

Artículo 28. *Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.*

La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave se otorgará a las personas trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar en las mismas condiciones y con los mismos requisitos que los establecidos en la normativa vigente del Régimen General o, en su caso, del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

Artículo 29. *Incapacidad permanente.*

1. La prestación económica por incapacidad permanente otorgada por este Régimen Especial se regirá por las normas establecidas para el Régimen General o, en su caso, el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

2. Serán beneficiarias de dicha prestación, en el grado correspondiente, las personas trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia incluidas en este Régimen Especial que sean declaradas en tal situación y que, además de reunir la condición exigida en el artículo 20.1 de esta ley, hubieran cubierto el período mínimo de cotización exigido en el texto refundido la Ley General de la Seguri-

dad Social, salvo que dicha situación derive de accidente, sea o no de trabajo, o enfermedad profesional, en cuyo caso no será exigido ningún periodo previo de cotización.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, las pensiones de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez, derivadas de contingencias comunes podrán causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta, en cuyo caso se aplicará lo establecido en el párrafo segundo del artículo 138.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social respecto al período de cotización.

3. No procederá el reconocimiento del derecho a la prestación de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, alcance la edad para acceder a la jubilación ordinaria con o sin la aplicación de coeficientes reductores.

Artículo 30. *Jubilación.*

1. La prestación económica de jubilación en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar será única para cada beneficiario y consistirá en una pensión que le será reconocida en las mismas condiciones, cuantía y forma que la establecida en la normativa vigente del Régimen General o, en su caso, del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

2. La edad para acceder a esta prestación será la establecida en el Régimen General. Dicha edad podrá ser rebajada mediante la aplicación de coeficientes reductores en aquellas actividades profesionales de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre en las que se acusen elevados índices de morbilidad o siniestralidad, así como en aquellas otras cuya realización implique una continua separación del hogar y alejamiento familiar. Los coeficientes reductores

se aplicarán al tiempo efectivamente realizado en cada una de las actividades. Asimismo, se entenderán incluidos dentro del tiempo efectivamente realizado los períodos de desembarco debidos a enfermedad o accidente, así como vacaciones, permisos u otras licencias retribuidas que procedan de conformidad con lo establecido en la legislación laboral aplicable.

Los citados coeficientes reductores son los establecidos en el Real Decreto 1311/2007, de 5 de octubre, por el que se establecen nuevos criterios para determinar la pensión de jubilación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

Cualquier modificación, supresión o aplicación de nuevos coeficientes reductores de la edad de jubilación deberá ajustarse al procedimiento establecido en el Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

3. El periodo de tiempo en que resulte rebajada la edad de jubilación de la persona trabajadora por la aplicación de los coeficientes reductores a que se refiere el apartado anterior no podrá ser superior a diez años y se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión, sin que en ningún caso dicho porcentaje pueda ser superior al que se habría aplicado de haber continuado trabajando hasta la edad ordinaria de jubilación que en cada caso hubiera correspondido a la persona trabajadora.

4. No procederá la aplicación de los coeficientes reductores de edad, cuando se acceda a la pensión de jubilación desde la situación de no alta.

Artículo 31. *Muerte y supervivencia.*

1. En el caso de muerte, cualquiera que fuera su causa, se otorgarán, según los su-

puestos, alguna o algunas de las siguientes prestaciones:

- a) Un auxilio por defunción.
- b) Una pensión vitalicia de viudedad.
- c) Una prestación temporal de viudedad.
- d) Una pensión de orfandad.
- e) Una pensión vitalicia en favor de familiares o, en su caso, un subsidio temporal.
- f) Una indemnización especial a tanto alzado en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

2. Respecto a las prestaciones contenidas en el apartado anterior se aplicarán las normas previstas en el Régimen General o, en su caso, el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos para cada una de ellas.

Artículo 32. Prestaciones familiares.

1. Las personas trabajadoras y pensionistas incluidas en este Régimen Especial tendrán derecho a prestaciones familiares en las mismas cuantías, supuestos y condiciones que las establecidas en la normativa vigente.

2. La gestión, reconocimiento y pago de las prestaciones familiares corresponderá a la Entidad Gestora que reglamentariamente se determine.

Artículo 33. Prestaciones por desempleo.

Las prestaciones por desempleo se concederán a las personas trabajadoras por cuenta ajena de este Régimen Especial en los mismos términos y condiciones y con los mismos requisitos que en el Régimen General, sin perjuicio de las disposiciones específicas que puedan aprobarse con motivo de las peculiaridades del trabajo en el mar.

Artículo 34. Prestaciones por cese de actividad.

1. Las personas trabajadoras por cuenta propia encuadradas en este Régimen Especial podrán ser beneficiarias de las prestaciones por cese de actividad en los mismos términos y condiciones y con los mismos requisitos que los pre-

vistos para las personas trabajadoras autónomas en la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, salvo que por las especificidades propias del trabajo marítimo-pesquero sea necesaria la aplicación de criterios específicos.

2. La solicitud y la gestión de la prestación por cese de actividad corresponderá a la mutua colaboradora con la Seguridad Social o al Instituto Social de la Marina, en función de con quién se tenga concertada la cobertura de las contingencias profesionales.

3. En el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, la base reguladora se calculará sobre la totalidad de la base de cotización por esta contingencia, sin aplicación de los coeficientes correctores de cotización.

4. Los periodos de veda obligatoria aprobados por la autoridad competente no se tendrán en cuenta para el cómputo de 12 meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese de actividad, siempre y cuando en esos periodos de veda no se hubiera percibido la prestación por cese de actividad.

Artículo 35. Servicios sociales y asistencia social.

1. Con independencia de las prestaciones a que se refieren los artículos anteriores, se establecerán a favor de las personas trabajadoras y, en su caso, de sus beneficiarios los servicios sociales que reglamentariamente se determinen.

Se considerarán incluidos en el párrafo anterior los servicios prestados en las instalaciones de bienestar social en puerto, es decir, los servicios de hospedería, así como las siguientes prestaciones asistenciales en atención a contingencias y situaciones especiales del trabajo del mar como consecuencia de naufragio o accidente de mar:

- a) Por pérdida de equipaje individual.
- b) Por fallecimiento a bordo o desaparición.
- c) Por traslado de cadáver.

Los beneficios de las hospederías se prestarán por el Instituto Social de la Marina en

las ciudades de Ceuta y Melilla y en aquellos territorios en los que las funciones en materia de servicios sociales no se hayan traspasado a la comunidad autónoma correspondiente.

2. La asistencia social se podrá conceder en los mismos supuestos y condiciones que en el Régimen General.

CAPÍTULO V

Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social

Artículo 36. *Infracciones y sanciones.*

En materia de infracciones y sanciones se estará a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

CAPÍTULO VI

Aplicación de las normas generales del Sistema

Artículo 37. *Derecho supletorio.*

En lo no previsto expresamente en esta ley se estará a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, así como en las disposiciones que se dicten para su aplicación y desarrollo.

TÍTULO II

Protección social específica de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero

CAPÍTULO I

Ámbito subjetivo de aplicación

Artículo 38. *Beneficiarios.*

Serán beneficiarias de las prestaciones y servicios específicos que se regulan en el pre-

sente título, en el ámbito del Instituto Social de la Marina, las personas que desarrollen su actividad en el sector marítimo-pesquero, estando encuadradas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, así como aquellas que no estando encuadradas en dicho Régimen Especial pretendan desarrollar una actividad laboral en el sector marítimo-pesquero.

CAPÍTULO II

Prestaciones y servicios específicos para el sector marítimo-pesquero

Artículo 39. *Sanidad marítima.*

Los servicios de sanidad marítima comprenderán al menos los siguientes aspectos:

a) La realización de reconocimientos médicos de embarque marítimo de acuerdo con la normativa española específica y con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España, que tienen como objetivo garantizar que las condiciones psicofísicas del solicitante sean compatibles con las características del puesto de trabajo y no supongan peligro para la salud y seguridad del individuo ni del resto de la tripulación, así como la realización de aquellos otros reconocimientos médicos que se determinen en base a normativa española propia o derivada de convenios internacionales ratificados por España y que sean precisos para actividades relacionadas con el sector marítimo-pesquero.

Estos reconocimientos médicos se practicarán en los centros de sanidad marítima de las direcciones provinciales y locales del Instituto Social de la Marina.

b) La inspección de las condiciones sanitarias de las embarcaciones, incluyendo el control de los botiquines a bordo, que se realizará por el personal sanitario del Instituto Social de la Marina en el marco de la normativa española específica y de la derivada de convenios internacionales ratificados por España.

Igualmente se realizará el control de los botiquines de que han de ir dotados los buques como instrumento de apoyo a la prescripción realizada por el facultativo a través de la consulta radio médica, teniendo en cuenta factores tales como el tipo de buque, el número de personas a bordo, la índole, destino y duración de los viajes, las clases de actividades que se vayan a efectuar durante el viaje, las características del cargamento y el número de personas trabajadoras a bordo. Se podrán articular procedimientos de concesión de subvenciones para financiar en parte la dotación obligatoria de dichos botiquines a bordo.

c) El desarrollo de actuaciones en materia de protección, promoción y mejora de la salud laboral, incluyendo la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, de acuerdo con lo establecido en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, y su normativa de desarrollo, y cualesquiera otras actuaciones de medicina preventiva en el ámbito laboral, dirigidas al sector, que se le pudiera encomendar en el futuro al Instituto Social de la Marina.

Artículo 40. *Servicios asistenciales.*

1. Se establecerán a favor de los beneficiarios establecidos en el artículo 38 los servicios asistenciales siguientes:

a) Asistencia en el extranjero para el sostenimiento y la repatriación de personas trabajadoras del mar en caso de abandono, apresamiento, naufragio o hecho análogo.

b) Asistencia a las personas trabajadoras del mar transeúntes, nacionales o extranjeras, en territorio nacional, que lo necesiten a consecuencia de naufragio, accidente o cualquier otra causa justificada.

Estos servicios se prestarán por el Instituto Social de la Marina en las ciudades de Ceuta y Melilla y en aquellos territorios en

los que las funciones en materia de servicios sociales no se hayan traspasado a la comunidad autónoma correspondiente.

2. Los beneficiarios establecidos en el artículo 38, que no se encuentren encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, podrán beneficiarse asimismo de los servicios regulados en el artículo 35 si cumplen los requisitos establecidos para el acceso a los mismos, si bien en estos casos dichos servicios serán financiados con arreglo a lo previsto en el artículo 48.3.

Artículo 41. *Formación Profesional Marítima y Sanitaria.*

1. El Instituto Social de la Marina, de acuerdo con lo previsto en las distintas recomendaciones, convenios y directivas tanto de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como de la Unión Europea, en particular de la recomendación número 137 de la OIT, y en virtud de las competencias que tiene atribuidas en materia de formación profesional marítima y sanitaria, a fin de atender las demandas y necesidades formativas de los beneficiarios del sector marítimo-pesquero, aprobará planes anuales de formación, que podrán ampliarse o modificarse en cada ejercicio.

2. Podrán ser beneficiarias de la formación profesional marítima y sanitaria del Instituto Social de la Marina todas aquellas personas que puedan estar interesadas en dicha formación para permanecer o acceder a ocupaciones del sector marítimo-pesquero, debiendo acreditar, en el momento de presentación de su solicitud, los requisitos que se establezcan en la normativa vigente en cada momento.

3. La formación se impartirá en los Centros Nacionales de Formación Marítima y en las Direcciones Provinciales o Locales del Instituto Social de la Marina, con medios propios o contratados cuando sea necesario para llevar a cabo la formación.

TÍTULO III

Gestión y régimen económico financiero

CAPÍTULO I

Gestión

Artículo 42. *Entidad competente.*

1. El Instituto Social de la Marina, como entidad de derecho público con personalidad jurídica propia de ámbito nacional, que actúa bajo la dirección y tutela del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, está adscrito a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y tiene una doble dimensión de competencias: como organismo encargado de la atención social del sector marítimo-pesquero y como entidad gestora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

2. El Instituto Social de la Marina desarrollará su actividad en régimen descentralizado, en los diferentes ámbitos territoriales. Disfrutará, en la misma medida que el Estado, con las limitaciones y excepciones que, en cada caso, establezca la legislación fiscal vigente, de exención tributaria absoluta, incluidos los derechos y honorarios notariales y registrales, por los actos que realice o los bienes que adquiera o posea afectados a sus fines, siempre que los tributos o exacciones de que se trate recaigan directamente sobre el organismo de referencia en concepto legal de contribuyente y sin que sea posible legalmente la traslación de la carga tributaria a otras personas.

También gozará, en la misma medida que el Estado, de franquicia postal y telegráfica.

3. En materia de datos, informes o antecedentes obtenidos por el Instituto Social de la Marina o suministrados al mismo en el ejercicio de sus funciones será de aplicación lo previsto en los artículos 66 y 66 bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Artículo 43. *Gestión del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.*

1. Como entidad gestora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, corresponde al Instituto Social de la Marina la gestión, administración y reconocimiento del derecho a las prestaciones de dicho Régimen Especial, comprendidas en la acción protectora del mismo regulada en el capítulo IV del título I de esta ley.

Asimismo, actuará como entidad colaboradora de la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variación de datos de las personas trabajadoras adscritas al citado Régimen Especial, así como en la gestión de la cotización y recaudación en período voluntario.

2. La colaboración en la gestión del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar se llevará a cabo por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, empresas y asociaciones, fundaciones y entidades públicas y privadas, de acuerdo con lo establecido en la sección cuarta, del capítulo VII del título I del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Artículo 44. *Gestión de la protección social específica de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.*

Como organismo encargado de la protección social específica de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, corresponde al Instituto Social de la Marina la gestión, administración y reconocimiento del derecho a las prestaciones y servicios regulados en el título II de esta ley.

Para el desarrollo de dicha gestión colaborará con la Dirección General de la Marina Mercante, la Secretaría General de Pesca y

demás organismos relacionados con el sector marítimo-pesquero.

Artículo 45. Estructura organizativa del Instituto Social de la Marina.

1. El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, regulará la estructura y competencias del Instituto Social de la Marina.

2. El Instituto Social de la Marina desarrollará su actividad en régimen descentralizado, en los diferentes ámbitos territoriales.

3. El Instituto Social de la Marina contará como órganos de participación en el control y vigilancia de la gestión con los siguientes:

a) En el ámbito nacional:

1.º Consejo General.

2.º Comisión ejecutiva del Consejo General.

b) En el ámbito provincial:

Comisiones ejecutivas provinciales.

Artículo 46. Composición y funcionamiento de los órganos de participación en la gestión.

1. La composición y el funcionamiento de los órganos de participación en el control y vigilancia de la gestión, a los que se refiere el artículo anterior, se regulará reglamentariamente, teniendo en cuenta que entre sus miembros deberán figurar, fundamentalmente por partes iguales, representantes de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y de la Administración Pública, además de representantes de las corporaciones de derecho público del sector marítimo-pesquero. La designación de representantes de la Administración General del Estado se realizará de acuerdo con el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas.

2. El Consejo General estará presidido por la persona titular de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y su Comisión Ejecutiva por la persona titular de la Dirección del Instituto Social de la Marina.

CAPÍTULO II

Régimen económico financiero

Artículo 47. Sistema financiero.

El sistema financiero del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar será el previsto en la sección segunda del capítulo VIII del título I del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Artículo 48. Recursos generales.

1. Los recursos del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar serán los previstos en la financiación del sistema de Seguridad Social recogidos en la sección segunda del capítulo VIII del título I del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, incluyendo las tasas y precios públicos y aquellos ingresos recibidos de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas y las aportaciones a título gratuito, que se esté autorizado a percibir.

2. La financiación de la acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, en su modalidad no contributiva y universal, así como la determinación de la naturaleza de las prestaciones, se regirá por lo dispuesto en la sección segunda del capítulo VIII del título I del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

3. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2.b) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria incluidas en la acción protectora de la Seguridad

Social y los correspondientes a los servicios sociales, gestionados por el Instituto Social de la Marina, salvo que se deriven de accidente de trabajo y enfermedad profesional, requerirán de una financiación del Estado a contemplar en los presupuestos de cada ejercicio económico.

Disposición adicional primera. *Excepción a la incompatibilidad de la aplicación de coeficientes correctores de la cotización con cualquier otra bonificación o reducción.*

No será de aplicación lo dispuesto en el artículo 11.5 a las bonificaciones que se vinieran disfrutando con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley.

Disposición adicional segunda. *No incremento de gastos de personal.*

Las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones ni de retribuciones ni de otros gastos de personal.

Disposición adicional tercera. *Estudio sobre las condiciones del trabajo de los buceadores deportivos y recreativos.*

El Gobierno, en el plazo de un año, realizará los estudios pertinentes que permitan esclarecer si el trabajo desarrollado por los buceadores deportivos y recreativos reúne los requisitos necesarios para proceder a la inclusión de este colectivo en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

Disposición adicional cuarta. *Colectivo de neskattillas y empacadoras.*

A efectos de su encuadramiento en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar se reconoce, como una especialidad de la provincia de Bizkaia, la existencia del colectivo de neskattillas y empacadoras incorporado como personas trabajadoras por cuenta propia dentro del grupo tercero de cotización a que se refiere el artículo 10.

Disposición transitoria primera. *Aplicación de legislaciones anteriores para causar derecho a pensión de jubilación.*

1. Los afiliados en alta en el Montepío Marítimo Nacional y Cajas de Previsión de los Trabajadores Portuarios el 1 de agosto de 1970, fecha de entrada en vigor del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, o en cualquier otra fecha con anterioridad y que, de acuerdo con las normas del régimen derogado, tuviesen derecho a obtener la pensión de jubilación a partir de los cincuenta y cinco años o sesenta en el caso de estibadores portuarios, podrán también causar pensión a partir de dichas edades. En tal caso el porcentaje de pensión que en el nuevo régimen les correspondiera, de acuerdo a sus períodos de cotización, experimentará una disminución de siete centésimas por cada año que falte para alcanzar la edad de jubilación. Las fracciones de tiempo inferiores al año serán prorrateadas por doceavas partes.

A efectos del cálculo del porcentaje de pensión a que se hace referencia en el párrafo anterior, se ponderarán, en su caso, los coeficientes reductores de la edad para causar pensión de jubilación, a los que se refiere el artículo 30 de la presente ley.

2. Si por aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 de la presente disposición transitoria resultase, en algún caso, un porcentaje inferior al que hubiera correspondido conforme a los Estatutos y demás normas vigentes antes de la entrada en vigor de este Régimen Especial, se aplicará este último porcentaje.

Disposición transitoria segunda. *Cotizaciones efectuadas en anteriores regímenes.*

Serán de aplicación a este Régimen Especial las normas contenidas en la disposición transitoria segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y las dictadas para su aplicación y desarrollo con las salvedades siguientes:

a) Las referencias hechas a la fecha de efectos del Régimen General o al 1 de enero de 1967, se entenderán hechas a la de entrada en vigor de este Régimen Especial, el 1 de agosto de 1970.

b) Las referencias hechas al Mutualismo Laboral se entenderán efectuadas al Montepío Marítimo Nacional y a las Cajas de Previsión de los estibadores portuarios y, correlativamente, las referentes al Reglamento General del Mutualismo Laboral a las normas reguladoras de las citadas Cajas y Montepíos.

Disposición derogatoria única. *Derogación normativa.*

Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongán a lo establecido en la presente ley y de modo expreso, el texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, aprobado por el Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, y el Reglamento General de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, por la que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, aprobado por el Decreto 1867/1970, de 9 de julio.

Disposición final primera. *Título competencial.*

La presente ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.17.^a de la Constitución, que establece como competencia exclusiva del Estado la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social.

Se exceptúan de lo anterior el título III, que resulta sólo de aplicación directa en el ámbito de la Administración General del Estado, el artículo 39, que se dicta al amparo de la competencia que el artículo 149.1.16.^a de la Constitución atribuye al Estado en materia de bases y la coordinación general de la sanidad, y el artículo 41, dictado al amparo de la competencia que el artículo 149.1.7.^a de la Constitución atribuye al Estado para dictar la legislación laboral.

Disposición final segunda. *Desarrollo reglamentario.*

Se habilita al Gobierno para dictar las disposiciones generales necesarias para el desarrollo de lo previsto en la presente ley.

Disposición final tercera. *Cambio de medición del arqueo de las embarcaciones.*

En cumplimiento de la normativa vigente en materia de medición del arqueo de las embarcaciones, se procederá a modificar reglamentariamente la clasificación de las personas trabajadoras a todos los efectos.

Disposición final cuarta. *Entrada en vigor.*

1. La presente ley entrará en vigor el día primero del mes siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», a excepción de lo dispuesto en el artículo 3, letras b), e), f), i) y j), en el artículo 4.1, letras a), 1.º, 3.º y 4.º, d), e) y g), en el artículo 10 y en el artículo 11.5, que entrará en vigor el 1 de enero de 2016.

2. La atribución de derechos, deberes y obligaciones inherentes al encuadramiento en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, para aquellos colectivos de personas trabajadoras relacionados en el capítulo I del título I de esta ley que no figurasen incluidos con anterioridad en el campo de aplicación del referido régimen, vendrá determinada por la fecha de entrada en vigor de la presente ley.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley.

Madrid, 21 de octubre de 2015.

El Presidente del Gobierno,
MARIANO RAJOY BREY

FELIPE R.

Normas y procedimiento para la presentación de colaboraciones a la Revista del MEYSS

La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MEYSS) tiene carácter bimestral y pretende dar a conocer trabajos originales e inéditos en las materias propias de las funciones asignadas al Departamento. Además, publica números extraordinarios cuando surge un tema de actualidad que se considera importante y urgente su difusión.

La responsabilidad de las opiniones emitidas corresponde exclusivamente a sus autores.

Los autores ceden al MEYSS el derecho de explotación de las obras publicadas, que conlleva los derechos de edición, reproducción, distribución, traducción y comunicación pública de sus trabajos, por cualquier medio o soporte.

- **Título.** Deberá ser claro y conciso en castellano y en inglés. En caso necesario podrá ir acompañado de un subtítulo.
- **Nombre y apellidos de los autores.** Estos deberán figurar junto a la actividad, entidad o empresa donde el autor desarrolle su actividad laboral.
- **Texto.** La extensión aconsejable máxima es de 40 páginas tamaño DINA4, en formato Word, con un tamaño de letra de 12. En esta extensión deberán estar incluidos los gráficos, cuadros y demás elementos gráficos que se incluyan.
- **Bibliografía.** Se aportará las citas bibliográficas correspondientes, que se colocarán al final del texto.
- **Resumen.** Al texto del artículo o colaboración se acompañará un breve resumen del mismo, en castellano y en inglés, así como una relación de palabras clave en ambos idiomas.
- **Evaluación.** Los artículos serán evaluados por dos expertos externos al Departamento, mediante procedimiento abierto. Una vez realizada dicha evaluación se comunicará su resultado al autor del artículo enviado.
- **Normas éticas de publicación.** La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social declara su compromiso por el respeto e integridad de los trabajos publicados. Por esta razón, el plagio está estrictamente prohibido y los textos en los que se detecte plagio serán rechazados. Los autores deben asegurarse de que los trabajos presentados son completamente originales. Cuando los autores utilicen el trabajo y/o palabras de otros, deben ser debidamente citados.
- **Forma de envío y contacto.** El artículo o colaboración se enviará por correo electrónico a la siguiente dirección: proproeditorial@meyss.es

Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid
Tf: 913632305 Fax: 913632349 Internet: <http://www.meyss.es>

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

10 números configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	165
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	35
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	35
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	35
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	35
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	35
N. ... <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	20
Importe Total		

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

DATOS DEL SUSCRIPUTOR:

Nombre..... Apellidos.....

Domicilio..... C.P. y Población

Provincia..... Teléfono..... Fax

RTC RTD RTS RTL RTE RMI N.º...

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total

..... €

FORMA DE PAGO:

FIRMA:

Giro postal

Transferencia a Banco BBVA

c/c: ES75-0182-4828-6702-0001-3172

(Adjuntar justificante de la transferencia)



MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Librería
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17
Fax: 91 363 23 49
Correo electrónico: sgpublic@meyss.es
Librería Virtual
<https://explotacion.mtin.gob.es/libreriavirtual>

SUMARIO

EDITORIAL: *José María Marín Correa* • I. ESTUDIOS: La vía administrativa previa en materia de Seguridad Social. *Manuel Fernández-Lozana García* • Aspectos procesales de la incapacidad permanente. *José María Ríos Mestre* • Los efectos del contrato a tiempo parcial sobre la acción protectora de la Seguridad Social. *Francisco Javier Fernández Orrico* • El campo de aplicación del nuevo Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar tras la reforma llevada a cabo por la Ley 47/2015, de 21 de octubre. *Iciar Alzaga Ruiz* • Derecho Comunitario, libertad de circulación y protección social. La condición o derecho de residencia como límite al acceso a las prestaciones sociales. *María Yolanda Sánchez-Urán Azaña* • La calificación de accidente de trabajo por el Tribunal Supremo. *Diego Zafrá Mata* • Protección por desempleo de los trabajadores temporales. *Remedios Roqueta Buj* • II. JURISPRUDENCIA: Recordatorio de Jurisprudencia en materia de Seguridad Social, en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Enero a julio de 2015. *M^a Luz García Paredes* • III. DOCUMENTACIÓN: Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

ISSN 2254-3295



9 177 2254 3295 03