

ANA MARÍA CHOCRÓN GIRÁLDEZ (Dir.)

**BUENAS PRÁCTICAS JURÍDICO PROCESALES PARA
REDUCIR EL GASTO SOCIAL**

Dolores Carrascosa Bermejo
Ana María Chocrón Giráldez
José Joaquín Pérez-Beneyto Abad
María Dolores Ramírez Bendala
Esperanza Roales Paniagua

María Dolores Rubio de Medina
Fuencisla Rubio Velasco
Cristina Sánchez-Rodas Navarro
Andrés Ramón Trillo García
María Teresa Velasco Portero

PRESENTACIÓN

La presente publicación contiene las aportaciones realizadas por el grupo de profesores y expertos que han participado en el “I Congreso Nacional sobre Buenas Prácticas Jurídico-Procesales para Reducir el Gasto Social” celebrado en la Facultad de Ciencias del Trabajo de Sevilla el 18 de noviembre de 2013, un foro de reflexión y debate.

En el momento actual, la vida social se desarrolla a una velocidad vertiginosa, los cambios y acontecimientos sociales tienen lugar de un modo que impiden toda reflexión serena, por ello este tipo de encuentros son especialmente idóneos y eficaces en una situación como la presente.

Dicho encuentro supone un abordaje multidisciplinar de la temática propuesta, tanto desde la perspectiva jurídica como sociológica y económica, lo que permite extraer unas conclusiones más exactas y valiosas que el tratamiento unitario de cualquier fenómeno.

Mi agradecimiento a cuantas personas han hecho posible la realización del presente trabajo con cita especial de la Dra. Cristina Sánchez-Rodas Navarro, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla e Investigadora Principal del Proyecto I+D DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, porque con su iniciativa y coraje ha conseguido ilusionarnos a todos.

Y también una mención especial para D. Francisco Ortiz Castillo, Director de la Editorial Laborum, por la confianza depositada en los autores de esta obra.

Ana María Chocrón Giráldez
Cádiz, noviembre de 2013

ÍNDICE

SOCIAL STATE IS GONE”: EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD

José Joaquín Pérez-Beneyto Abad

BUENAS PRÁCTICAS EN EL CÁLCULO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES A LA LUZ DEL ANEXO XI DEL REGLAMENTO CE/883/2004 Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 21-2-2013 SOBRE EL ASUNTO SALGADO GONZÁLEZ (C-282/11)

Dolores Carrascosa Bermejo

BUENAS PRÁCTICAS EMPRESARIALES EN LA APLICACIÓN DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESTABLECIDAS EN CONVENIO COLECTIVO

Esperanza Roales Paniagua

EL AUXILIO POR DEFUNCIÓN: UNA PRESTACION DENOSTADA

María Dolores Ramírez Bendala

EL REAL DECRETO 1543/2011, DE 31 DE OCTUBRE, DE PRÁCTICAS NO LABORALES EN EMPRESAS HA DE SER DEROGADO

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN SUPUESTOS DE ACOSO EN EL TRABAJO: BUENAS PRÁCTICAS PARA SU LIMITACIÓN O EXONERACIÓN

María Teresa Velasco Portero

COHERENCIA Y CONGRUENCIA ENTRE LA VÍA ADMINISTRATIVA Y JURISDICCIONAL EN LOS PROCESOS RELATIVOS AL EJERCICIO DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS. PARTICULARMENTE EN PROCEDIMIENTOS DE SEGURIDAD SOCIAL.

Andrés Ramón Trillo García

PRÁCTICAS DEL PROCESO LABORAL APLICABLES A LOS SINDICATOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

María Dolores Rubio de Medina

LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO: ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE

Fuencisla Rubio Velasco

PROBLEMAS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LAS TASAS JUDICIALES EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL: DE LA EXPANSIÓN A LA EXENCIÓN

Ana María Chocrón Giráldez

SOCIAL STATE IS GONE”: EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD

José Joaquín Pérez-Beneyto Abad*

Resumen: Con la excusa de una frase del Sr. Draghi, se intenta dar una explicación causal de los cambios en el sistema español de pensiones público, que se inician con el Pacto de Toledo de 1995 y llegan hasta el Anteproyecto del Gobierno de septiembre de 2013. A los cambios les acompañan las recomendaciones e informes del Banco Mundial o de la UE con sus diversos Libros verde y blanco con una degradación del MSE. Concluimos con las dudas constitucionales que conllevan la degradación del sistema a uno asistencial.

Entender la frase del presidente del Banco Central Europeo, el Sr. Draghi: “Social State is gone”, el “Estado Social ha muerto”, precisaría remontarse a los orígenes del pensamiento ilustrado¹ que es lo que caracteriza al pensamiento propio de la modernidad. Fue el culmen en el S. XVII de un proceso desmitificador y crítico con la cosmovisión dominante en el Antiguo Régimen. La imposición de la cosmología de Copérnico sobre la de Ptolomeo, con el destierro del Hombre del centro del universo, conllevó el regreso de este a su posición central del cosmos apoyándose en la razón, la ciencia, la técnica y el trabajo.

Tres ideas alimentaron el proyecto ilustrado: autonomía, humanismo y universalidad. Las alas dadas a la autonomía individual, frente al anterior orden jerárquico y al mundo físico, tuvo consecuencias emancipadoras que, entre las que aquí nos interesa, consolidó la idea moderna de individuo. Las repercusiones sobre los sistemas² políticos y económicos fueron notables tanto como que se impusieron nuevas ideas e instituciones justificadoras del poder y de la propiedad. Pero demolido el Antiguo Régimen con el ariete de las nuevas ideas de la Ilustración perdieron su mordiente subversivo y se tornaron justificadoras del nuevo statu quo de poder.

El pensamiento ilustrado permea las interpretaciones de lo social, de su evolución, y de los cambios. Apologetas y críticos del sistema siguen atrapados en las redes ideológicas del pensamiento ilustrado y se agrupan en torno a las ideas de individuo y sociedad. Unos dan prioridad a la primera, los segundos a la otra. Unos conciben a la persona carente del nosotros, los otros la conciben absorbida por el nosotros. Ambas posiciones son parciales, pero ambas justifican la desigualdad y la jerarquía. Ideas que fueron ariete contra el Antiguo Régimen acaban justificando lo que inicialmente atacaron.

De las dos mencionadas versiones extremas, subyace en la frase del Sr. Draghi³ la que da prioridad al individuo embarcado por naturaleza en una lucha general por la

* José Joaquín Pérez-Beneyto Abad, Magistrado especialista del orden social en el TSJ Andalucía, Sevilla.

¹ Todorow, Tzvetan: “El espíritu de la Ilustración” Ed. Galaxia Gutenberg, 2008.

² Las propias ideas de “sistema político” y “sistema económico” son ideas que oscurecen mas que iluminan la realidad, como ocurre con otros aspectos de la razón científica. Decaen su capacidad explicativa y predictiva y restan como ideas apologéticas del stato quo. Así, por ejemplo se usa el eufemismo “la mala calidad de nuestras democracias” para obviar el manejo oligárquico de ambos sistemas. Naredo, José Manuel: “Economía, poder y política” Ed. Diaz&Pons, 2013.

³ El Sr. Draghi es un exGolman Sachs. Para conocer las ideas y modos de operar: “El banco: como Goldman Sachs dirige el mundo” de Marc Roche , Ed. Deusto, 2011

existencia en la que ganan los más fuertes, naturalizando la desigualdad: “el individuo es el fin último y su agrupación en sociedad es sólo un medio para lograr su bienestar.” Con tal bagaje ideológico, propio de las élites europeas, la crisis del modelo social europeo (MSE) está justificada, más si le añadimos algunos problemas.

El MSE⁴ es un proyecto articulado en torno a la solidaridad colectiva, la equidad social y la eficiencia productiva y que tras la Cumbre de Lisboa del año 2000 es gestionado mediante un nuevo modo de gobernanza: el Método Abierto de Coordinación.

El MSE es una unidad axiológica con la solidaridad como base moral de legitimidad, pero no deja de ser solo una de las dos visiones de Europa que coexisten. La otra es la del orden ordoliberal impuesto por Berlín y las élites nacionales beneficiadas por la globalización y que cuestionan el MSE.

Sin embargo, ese proyecto en el día a día sufre el peligro populista de dividir a los europeos entre industriales y vagos. Se lastra irremediamente el proyecto europeísta al transmitir emociones que movilizan, en vez de ideas complejas que solo abren interrogantes y producen desasosiego. Por ejemplo, es corriente, en los medios centroeuropeos y en las contiendas electorales, la idea de que los países del sur de Europa se aprovechan del esfuerzo de otros estados miembros y así encubrir el que ahí los poderes públicos están reduciendo su intervención a la estricta garantía de las libertades negativas, enfatizando el individualismo posesivo como sustento ético, la desvinculación social y la desafiliación. En el caso de Alemania tal discurso encubre las grandes deficiencias que, pese al monto de sus exportaciones y el aumento fabuloso de los ingresos fiscales, hay de inversiones en infraestructuras y en educación, y de como una buena parte de los alemanes viven de empleos precarios con salarios muy bajos.

En suma extienden la idea de que el individuo es responsable de procurarse su propio bienestar y que la intervención del estado tiene que limitarse a casos de extrema necesidad. **Se individualizan los riesgos sociales.**

El discurso individualista posesivo⁵ se erige en una suerte de pensamiento único, hegemónico, como canon de economía política en las actuaciones gubernamentales, produciendo un consenso entre las estrategias tradicionales de la derecha, el centro y la izquierda, plasmado en una profundización del proceso de desregulación, flexibilización y liberalización respecto a las políticas públicas estatales; y en un apoyo activo de las instancias gubernamentales a los procesos de internacionalización de los mercados, a la promoción de un individualismo consumista, así como a la mercantilización de lo público, de lo común.

La **globalización y la mundialización económica⁶** han conllevado una transferencia paulatina de autoridad y poder desde los estados nacionales hasta los mercados internacionales. Además, provocan una competencia entre las naciones e incentivan patrones de competencia desleal social y fiscal, desregulación generalizada y pérdida de derechos laborales, a fin de ganar competitividad en los mercados internacionales. Las

⁴ Moreno, Luis: “La Europa asocial: Crisis y Estado del bienestar.” Ed. Península, 2012.

⁵ Según la concepción del individualismo posesivo, el individuo no accedería a su libertad más que en la medida en que se comprende a sí mismo como propietario de su persona y de sus propias capacidades, antes que como un todo moral o como una parte del todo social. Esta visión, estrechamente vinculada al desarrollo de las relaciones de mercado, queda expuesta en las grandes teorías sistemáticas de la obligación política (Hobbes y Locke), así como en las ideas de los radicales «levellers» y de Harrington. Cfr. C.B.Mcpherson: “La teoría política del individualismo posesivo De Hobbes a Locke” Ed. Trotta, 2005.

⁶ Un análisis de la irracionalidad del orden global cfr. Yanis Varoufakis: “El Minotauro global” Ed. Capitán Swing, 2012.

estrategias de las grandes corporaciones y de los conglomerados financieros, denominados mercados, han consolidado su autoridad imponiendo cambios y reformas en los Estado de Bienestar europeos.

Los **fallos en el diseño de la UE**⁷ no han hecho sino agudizar los problemas del euro por la inexistencia de una política fiscal común, la falta de coordinación de las políticas económicas, encorsetamiento de las funciones del BCE que no puede operar como prestamista de último recurso, o por falta de voluntad para permitir las transferencias entre países de la UE a través de mecanismos de compensación interterritorial característicos de los sistemas federales.

La Gran Recesión del 2007⁸ cuestionó, por la vía de hecho, el dogma de la estabilidad presupuestaria que se está intentando salvar pasando por alto la equidad fiscal progresiva, de modo que ya no sean los estados miembros más ricos los contribuyentes netos, mientras que los más pobres resulten beneficiarios de los fondos comunes, sino que cada estado peche con sus deudas. Se produce la ruptura fatal, de los valores que comparten las sociedades europeas, de que los poderes públicos son responsables de amparar la igualdad de oportunidades y la justicia social, lo que implica mantener una alta carga fiscal con sistemas de impuestos progresivos.

Más, causas endógenas se suman al cuestionamiento del MSE: La mayor demanda⁹, y coste, de servicios de atención personal; el envejecimiento de la población¹⁰ y la mayor esperanza de vida; el persistente desempleo y las bajas tasas de actividad laboral; los efectos no deseados y los desincentivos provocados por el propio Estado del Bienestar; el desempleo causado por la crisis económica.

Hasta aquí el marco en el que las pensiones públicas son cuestionadas para concluir **en España**, en la lógica de ese discurso, con la insostenibilidad del sistema público de pensiones. La introducción, con el **art. 8 de la Ley 27/2011**, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, de una **nueva Disposición adicional quincuagésima novena** en la Ley General de la Seguridad, bajo el epígrafe “Factor de sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social” y con la aprobación del anteproyecto de ley de reforma de las pensiones en el Consejo de Ministros del 27 de septiembre, empieza la cuenta atrás en la degradación de las pensiones, en este caso de la de jubilación.

No es más que la **transposición normativa de lugares comunes** que recurrentemente se plantean: que si la proporción entre el número de jubilados y trabajadores activos no deja de crecer al tiempo que la esperanza de vida se incrementa progresivamente, lo que se traduce en la insostenibilidad¹¹ del sistema público de pensiones; que si sería necesario implementar recortes, retrasar la edad de jubilación y reducir las prestaciones, así como complementar las prestaciones públicas con planes privados de pensiones; que

⁷ Costas Lapavitsas: “Crisis en la eurozona” Ed. Capitán Swing, 2013. Economistas aterrados: “Europa al borde del abismo” Ed. Pasos Perdidos, 2012.

⁸ Juan-Ramón Capella, Miguel Ángel Lorente: “El crack del año ocho. La crisis. El futuro” Ed. Trotta, 2009.

⁹ Ferreras Alonso, Fernando: “Cambio demográfico y pensiones de seguridad social”, Fundación Alternativas, doc. nº 161, 2010.

¹⁰ Zubiri, Ignacio: “Un análisis económico de la reforma de las pensiones: el camino que aún falta por recorrer” en VV.AA: “El Sistema Público de Pensiones de Jubilación. Desafíos y respuestas”, Fundación Largo Caballero, 2011.

¹¹ La paradoja es que la patronal de entidades aseguradoras UNESPA calcula que en el 2035, el gasto en pensiones en España estaría en un 11,9% del PIB, muy por debajo de Italia, Francia, Bélgica, Austria y Finlandia y sería igual al de Alemania.

si la carestía¹² del sistema de pensiones público en España; que distorsiona el mercado de trabajo¹³. Siempre insistiendo, tras una predicción¹⁴ catastrofista, en el argumento de que la sostenibilidad del sistema público de pensiones depende de cuantos son los que producen, con olvido de cuanto se produce. La tasa de actividad¹⁵ se elude de cualquier solución.

Los argumentos son siempre los mismos en continuidad con la senda trazada por el **Banco Mundial**¹⁶ en su informe “Envejecimiento sin crisis: políticas para la protección social de los ancianos y la promoción del crecimiento” de 1994 en el que se proponía una estrategia de reforma del Estado del Bienestar aduciéndose el problema de su financiación. Aunque ya en los años setenta, el mundo empresarial se rebeló y rompió el Pacto Social posterior a la II Guerra Mundial de reparto de rentas, y fue bajo la dirección del Presidente Reagan en EEUU y la Sra. Thatcher en la Gran Bretaña, cuando se comenzaron a aplicar una serie de políticas públicas, llamadas neoliberales¹⁷, que redujeron tales derechos laborales y sociales, privatizando la Seguridad Social. Para justificar¹⁸ la menor transferencia de los estados a los sistemas de pensiones públicas se comenzaron a difundir tesis catastrofistas afirmando que sería imposible financiarlos, que entrarían en una crisis inevitable y que, en consecuencia, sería más conveniente sustituirlos por otros sistemas privados.

El Banco Mundial proponía establecer dos pilares básicos: uno de pensión mínima para “aliviar la pobreza en la ancianidad” gestionado por el sector público y otro de gestión privada basado en la capitalización. El argumento era simple, si la pensión contributiva no es otra cosa que un salario diferido del trabajador pero que este está financiando a los

¹² El sistema de pensiones de España, según se infiere de los datos de Eurostat, es uno de los más baratos de la Unión Europea (UE). El gasto público español en pensiones fue en 2010 (último dato disponible) de 1.862 euros por habitante (equivalente al 10,7% del PIB). Esta cifra es muy inferior a los 2.769 euros de gasto medio en la UE (13% del PIB), los 3.421 euros de Alemania (12,8% del PIB), los 3.658 Francia (14,4% del PIB) o los 3.295 de Italia (16% del PIB).

¹³ Se argumenta que el sistema actual de pensiones genera incentivos perversos en el mercado laboral pues la base reguladora de la pensión, calculada según las cotizaciones de los años previos a la jubilación, distorsiona excesivamente las decisiones en el mercado de trabajo. Se concluye, que para que un sistema de pensiones genere incentivos adecuados en el mercado laboral, debe considerar un periodo de vida laboral más amplio que el legalmente establecido hoy para el cálculo de las pensiones. Cada vez más se apunta a una salida gradual del mercado laboral a través de trabajos de menor carga horaria y pago -los trabajos puente- para prolongar la vida laboral más allá de la edad de jubilación.

¹⁴ Predicciones así se realizan, por ejemplo, por Herce, José A. en “El futuro de las pensiones en España: Hacia un sistema mixto”. Servicio de Estudios de La Caixa. Barcelona. 1996 Herce, José A. y Alonso, Javier (1998). “Los efectos económicos de la Ley de Consolidación de la Seguridad Social”. Documento de Trabajo de FEDEA. “La reforma de las pensiones ante la revisión del Pacto de Toledo”. La Caixa, Barcelona. 2000. Herce fue pronosticando que la Seguridad Social tendría un déficit del 0,62% del PIB en 2000 y del 0,77% en 2005; en otro trabajo de 1996 que el déficit sería del 1,37% del PIB en 2000 y del 1,80% en 2005; en otro estudio con J. Alonso que sería del 0,96% del PIB en 2000 y del 1,17% en 2005 y en su último estudio de 2000 que sería del 0,16% del PIB en 2005 y del 0,03% en 2005. Vid. Navarro, V. y otros “¿Están en peligro las pensiones públicas?” ATTAC, Madrid, 2010.

¹⁵ Cfr. VV.AA. “En defensa del sistema público de pensiones” en cuartopoder.es

¹⁶ World Bank. “Averting the Old Age crisis: Policies to protect the Old and Promote Growth”, New York: Oxford University Press, 1994.

¹⁷ Con un estudio sobre el ordoliberalismo que afecta a las construcciones ideológicas de las élites europeas, cfr. Laval, Christian y Dardot, Pierre: “La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la sociedad neoliberal”, Ed. Gedisa, 2013.

¹⁸ Navarro, V. “Globalización económica, poder político y Estado del Bienestar”. Ariel, 2000; Torres López, J. “Toma el dinero y corre. La globalización neoliberal del dinero y las finanzas”. Icaria. Barcelona 2005; Etchezarreta, M. y otros “Qué pensiones, qué futuro. El Estado de bienestar en el siglo XXI”, Icaria, Barcelona, 2010.

actuales pensionistas, y como cualquier sistema de transferencias de rentas a lo largo del tiempo, y entre sectores de población distintos en el momento presente, está sujeto a serios problemas y uno de ellos, que el Banco Mundial lo identifica como esencial: si no hay una proporción adecuada entre lo que hoy se cotiza y lo que actualmente hay que pagar en pensiones, las cotizaciones no serán suficientes¹⁹. Si hay pocos cotizantes porque el desempleo es muy elevado, si se cotiza poco, porque los salarios son muy reducidos y, al mismo tiempo, si los jubilados son muy numerosos, el sistema puede no generar los recursos propios suficientes para funcionar con equilibrio financiero. Se razona sobre la base de la suficiencia del sistema de Seguridad Social como un conflicto de distribución de renta entre jubilados de hoy y de mañana; como una transferencia de renta entre la población ocupada y la jubilada. Desaparece del horizonte político la posibilidad de que el sistema pueda redistribuir²⁰ la riqueza.

Esto es justamente lo que se aduce como causa principal de la enésima reforma del sistema de Seguridad Social y sobre cuyo diseño hay una clara y significativa coincidencia entre las organizaciones patronales, los organismos internacionales y los gobiernos de la UE, siempre con el apoyo explícito de los economistas teóricos más ortodoxos vinculados a entidades financieras (FEDEA, FUNCAS, La CAIXA, Servicio de Estudio y Fundación del BBVA).

La Ley 27/2011 se adecua al esquema propositivo básico de un nivel mínimo predominantemente público, aunque no exclusivamente; de un segundo nivel, profesional, con predominio de la iniciativa privada compatibilizada con la presencia de instituciones públicas; y de un nivel complementario, libre e individual, exclusivamente gestionado por el sector privado.

Es cierto que el diseño básico del sistema de Seguridad Social aparentemente no se altera pero se exigen períodos de cotización más largos para acceder a las pensiones, se reduce su cuantía, incluso se congelan, se introducen criterios que avanzan hacia las cuentas personales –propios de los sistemas de capitalización-. Se mantiene el sistema de reparto (las cotizaciones del ejercicio sufragan el coste de las pensiones coetáneas) pero se refuerza la contributividad (prestaciones de cuantía y duración acordes con lo cotizado previamente) y se introduce el denominado factor de sostenibilidad del sistema.

Es una modificación, aparentemente menos problemática que la radical, defendida por la constelación de organizaciones antes citadas, de la privatización de los sistemas públicos de reparto y su sustitución por otros de capitalización²¹ gestionado por el sistema financiero pero que debilita un sistema, que la población aprecia y ha hecho suyo, aplicando reformas parciales como la Ley 27/2011 –y la Ley 40/2007- que, por un lado, mengua la cobertura y la capacidad protectora del sistema público e, implícitamente, anima a fortalecer el sistema complementario de gestión privada²² dada

¹⁹ Un resumen de la posición crítica al argumento de que el aumento de la productividad garantiza la sostenibilidad cfr. Guillermo de la Dehesa: “El futuro de las pensiones” El País 5-4-2013.

²⁰ Cantó, Olga: “La capacidad redistributiva del sistema español de prestaciones e impuestos” Papeles de Economía Española nº 135, 2013.

²¹ Una crítica al planteamiento de estas propuestas, en un mundo con incertidumbre, cuando uno de los objetivos principales de los sistemas de pensiones es proveer un seguro contra los riesgos de la vejez, la invalidez, y la muerte en los que aquí los sistemas privados se enfrentan con fallos del mercado. cfr. Nicholar Barr y Peter Diamond: “La reforma necesaria”, Ed. El Hombre del Tres, 2012.

²² En www.ocu.org solo se recomienda adquirir 5 planes de pensiones y de estos solo 3 tienen rendimientos positivos a un año, eso sí sin superar el 3,25% anual. En los últimos diez años, el 93% de los fondos del sistema individual obtuvo una rentabilidad inferior a la inflación y el 99,3% obtuvo una rentabilidad inferior a la de los bonos del Estado a 10 años.

la reducción futura de las ya escasas cuantías²³ al partir del dogma demográfico, incide en el acceso a las pensiones y en las cuantías para mantener el gasto.

En suma, las medidas que incluye la Ley 27/2011 abundan en la reducción progresiva de las prestaciones del sistema público; en la modificación de los sistemas de cálculo, aumentando los años necesarios para acceder a las prestaciones y los tenidos en cuenta para calcular el montante de las pensiones; en el aumento de la edad de jubilación; adopción de mecanismos que limitan la posibilidad de mejora sustancial de las pensiones recibidas.

Con los precedentes, en el ámbito de la UE, del denominado Libro Blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”, y el anterior Libro Verde “En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros”, ambos con el antecedente alemán de la Agenda 2010 de Schroeder en que se diseñó un factor de sostenibilidad para cubrir los objetivos de **asegurar los equilibrios presupuestarios** frente a un déficit creciente por un supuesto riesgo demográfico²⁴, eliminar el riesgo político introduciendo mecanismos de ajustes automáticos de la futura pensión, mantener el pacto intergeneracional e instar a los países de la Unión Europea a que los planes de ahorro complementarios de jubilación desempeñen un papel más importante a la hora de garantizar la futura adecuación de las pensiones. Se diseña el factor de sostenibilidad con el objetivo de igualar gastos e ingresos, regulando los gastos en función de los ingresos.

El **factor de sostenibilidad** “es un mecanismo de equilibrio financiero que ajusta los parámetros fundamentales del sistema según la evolución de una o un conjunto de variables exógenas (aunque no necesariamente) al sistema de pensiones.”²⁵ No es más que calcular la pensión de acuerdo a criterios actuariales que garanticen el equilibrio presupuestario. Se reforma un sistema de pensiones de reparto y prestación definida hacia otro de contribución definida. El sistema de pensiones de prestación definida indica que en cada momento del tiempo la tasa de sustitución de las pensiones está definida en función del historial laboral -i.e. los años cotizados, salarios y edad de jubilación- de modo que en su cálculo no hay criterios actuariales.

Hay múltiples **configuraciones posibles del factor de sostenibilidad**, aunque dos son las principales: aquellas que tienen en cuenta la esperanza de vida para corregir la edad de jubilación futura; y, aquellas que tienen en cuenta la evolución del número de cotizantes y/o el PIB²⁶.

Un buen ejemplo del primer caso es el danés, donde la edad de jubilación normal quedará fijada en 67 años en 2022, para posteriormente vincularse a la esperanza de vida a los 60 años tomando como base la del año 2020 y con un desfase de 5 años.

²³ En 2011, la media de las nuevas pensiones de jubilación ascendió a 1.200 euros mensuales, mientras que el salario medio bruto para el cuarto trimestre de ese año fue de 2.020 euros. El 20% de las pensiones contributivas y la totalidad de las no contributivas están por debajo del umbral de pobreza. En 2011, la cuantía de la pensión media de jubilación ascendió a 915 euros, y el 72% de los jubilados cobran en la actualidad menos de 1.100 euros mensuales (el 49% no sobrepasa los 700 euros).

²⁴ Cfr. Blog de Julio Pérez Díaz “Apuntes de Demografía”

²⁵ Jiménez, Sergi: “La reforma del sistema de pensiones: el factor de sostenibilidad” del 26-2-13 en el blog NeG en fedeblogs.net

²⁶ Lo citado y siguiente cfr. Meneu et al: “El factor de sostenibilidad en los sistemas de pensiones de reparto: alternativas para su regulación en España.” <http://www.uv.es/pensiones>

En Suecia, que en 1999 introdujo un sistema de cuentas nocionales²⁷ o personales; si los pasivos del sistema superan a los activos se pone en marcha un mecanismo automático de estabilidad financiera que reajusta a la baja la indexación o el crecimiento de las cuentas nocionales. Alternativamente, Alemania que tiene un sistema de puntos mediante el cual el importe de la pensión de cada año -no sólo la inicial- depende del valor de cada punto. Aunque dicho valor depende del nivel salarial medio, desde el año 2005 se ajusta por la evolución del tipo de cotización y por un factor de sostenibilidad que depende del ratio pensionistas-cotizantes, siendo el ratio función tanto de variables demográficas como económicas.

EE.UU. y Japón, realizan proyecciones a muy largo plazo -buscan, más o menos, el plazo de extinción total de los existentes en el momento- incluyen escenarios demográficos y macroeconómicos.

En el caso español se prevé un factor de sostenibilidad en función de la evolución de la esperanza de vida y las condiciones económicas.

La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social introdujo en su art. 8 una nueva Disposición adicional quincuagésima novena en la Ley General de la Seguridad, bajo el epígrafe “Factor de sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social”, que recogió lo pactado en el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, de 2 de febrero de 2011, en donde de forma expresa se definía el factor de sostenibilidad: “Con el objetivo de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo y garantizar su sostenibilidad, a partir de 2027 los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027. Dichas revisiones se efectuarán cada cinco años utilizando a este fin las previsiones realizadas por los organismos oficiales”; pacto en la línea del Informe de Evaluación del Pacto de Toledo²⁸, de inicios del año 2011, que se refería en forma reiterada a la sostenibilidad del sistema, en congruencia con la acentuación de la contributividad –las prestaciones deben financiarse con cuotas calculadas sobre los salarios- que siempre guía el Pacto de Toledo.

El art. 18.3 L.O. 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera contempla en forma expresa que “El Gobierno, en caso de proyectar un déficit en el largo plazo del sistema de pensiones, revisará el sistema aplicando de forma automática el factor de sostenibilidad en los términos y condiciones previstos en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social”.

²⁷ Para una explicación de los distintos sistemas y de las cuentas nocionales cfr. Nicholar Barr y Peter Diamond: “La reforma necesaria”, Ed. El Hombre del Tres, 2012; y Carlos Vidal, José Enrique Devesa y Ana Lejárraga: “Cuentas nocionales de aportación definida: Fundamento actuarial y aspectos aplicados” en <http://www.actuarios.org/espa/anales/2002/vidal2002.pdf>

²⁸ El Pacto de Toledo es un documento aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados, en la sesión del 6 de abril de 1995, titulado “Análisis de los problemas estructurales del sistema de Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse”. El origen inmediato de esta iniciativa parlamentaria surgió de un escenario formado por dos hechos, el primero es la ofensiva internacional en contra de las pensiones públicas y a favor de las privadas, que partía del Banco Mundial o la Unión Europea; el segundo hecho es las acusaciones mutuas entre los dos partidos políticos mayoritarios de nuestro país, que se reprochaban poner en peligro el sistema público de pensiones.

El R.D.L. 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (BOE de 16 de marzo) contiene una Disposición Adicional Novena, conforme a la cual “El Gobierno, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de este real decreto-ley, creará un comité de expertos independientes a fin de que elabore un informe sobre el factor de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, para su remisión a la Comisión del Pacto de Toledo, en línea con lo previsto en la disposición adicional quincuagésima novena del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, introducido por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social”.

El 7 de junio de 2013 se emitió el “Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones”²⁹ que elabora un Factor de Sostenibilidad que consta de dos elementos, un Factor de Equidad Intergeneracional (FEI) de las nuevas pensiones de jubilación y, un Factor de Revalorización Anual (FRA) de todas las pensiones.

El FEI supone aplicar un descuento en la cuantía inicial de la pensión en función de la evolución de la esperanza de vida. Actúa³⁰ sólo sobre el cálculo de la pensión inicial y modera su crecimiento en función del aumento la esperanza de vida respecto a un año base. Es un parámetro adicional que se suma a los ya existentes en el cálculo de la pensión inicial -base reguladora, años trabajados y edad de jubilación-, sin interferir con las medidas adoptadas en la reforma citada del 2011. Su objetivo principal es tratar de manera igual a personas que se jubilen con la misma edad y con el mismo historial laboral pero en años diferentes y que, como consecuencia de su distinta esperanza de vida, terminen beneficiándose del sistema de pensiones durante un número de años muy distinto, manteniendo el equilibrio entre el tiempo de vida activa y el que se pasa como pensionista. Es un objetivo coincidente con la línea seguida por la reforma de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, basada en un mayor esfuerzo contributivo. El FEI ahora es propuesto como un factor de envejecimiento que reduce la pensión de cada generación según la esperanza de vida y para ello se establece una corrección automática a la baja, por el alargamiento de la esperanza de vida, obviando el previsible incremento del nivel de riqueza de la sociedad en su conjunto. Supone para los nuevos pensionistas modificar radicalmente el sistema de pensiones, pasando de un sistema de reparto para los actuales pensionistas a uno que se aproxima a las cuentas nocionales para los del mañana.

El FRA determina el crecimiento anual de las pensiones; sustituye al mecanismo de actualización automática de las pensiones conforme al incremento del IPC por una nueva previsión que condiciona la revalorización de las pensiones a la situación financiera del sistema de pensiones, al número de pensionistas y a la evolución de la pensión media. Su origen esta en la igualdad contable de que los ingresos tienen que ser iguales a los gastos; no es más que una restricción presupuestaria intertemporal. Con él

²⁹ Estrada López, Bruno: “La insoportable levedad del Informe sobre el Factor de Sostenibilidad” RDS nº 62, abril-junio 2013.

³⁰Cfr. el comentario de uno de los miembros del comité de expertos, Conde-Ruiz, J. Ignacio: “Los retos del Factor de Sostenibilidad de las Pensiones” del 12-9-13 en el blog NeG en fedeblogs.net

se pretende imponer una condición de equilibrio presupuestario a largo plazo. Se diseña para cumplir con el art. 135 CE³¹.

La tasa de crecimiento nominal de las pensiones se calcularía como la tasa de crecimiento de los ingresos -que puede ser positiva o negativa- menos la tasa de crecimiento del número de pensiones menos el incremento de la pensión media por el efecto sustitución -por las diferencias entre las altas y bajas de pensionistas- más el porcentaje de superávit o déficit del sistema en relación con los gastos multiplicado por un coeficiente que marca el ritmo al que se quiere corregir el desequilibrio presupuestario el sistema.

El crecimiento de su cuantía se hace depender de una favorable evolución del crecimiento de los ingresos, del número de pensiones, de la cuantía media y del equilibrio entre ingresos y gastos del sistema. Se le califica como un factor de sostenibilidad de tercera generación, frente al factor de sostenibilidad de primera generación que solo corrige por la esperanza de vida; o el factor de sostenibilidad de segunda generación que corrige por la evolución de la ratio entre cotizantes y pensionistas.

Ya no se usará la regla para revalorizar las pensiones de indexación por el IPC sino que ahora se introduce un tope máximo y un mínimo, para poner un suelo y un techo a la revalorización de las pensiones. En concreto un suelo de que las pensiones al menos deberán subir un 0,25% y un techo de IPC+0,25%; la consecuencia es obvia: habrá unas revalorizaciones mínimas en los próximos años, por debajo del IPC; al evitar las revalorizaciones por encima del IPC, la pensión perderá poder adquisitivo con la evolución temporal al situarse un límite inferior casi ridículo de revalorización. Más si introducimos la variable de la esperanza de vida. A igualdad de años e importes cotizados las pensiones del futuro serán más bajas debido a la mayor esperanza de vida. La conclusión cae por su propio peso: menores pensiones en el futuro.

Es el **Anteproyecto³² de Ley de Reforma de las Pensiones aprobado en el Consejo de Ministros del 27 de septiembre de 2013** el que concreta la reforma consistente en desindiciar las subidas de las pensiones respecto al IPC y considerar la esperanza de vida a la hora de calcular la pensión de inicio.

Se cumplen los vaticinios que ya se hicieron cuando se inició el Pacto de Toledo en 1995: estamos asistiendo a una transformación estructural progresiva del modelo de Seguridad Social; y además, nos ajustamos a las directrices marcadas por la Unión Europea orientadas hacia la realización de reforma de las pensiones en tres direcciones fundamentales: condiciones de accesibilidad para una pensión pública más duras y estrictas; pensiones públicas menos generosas; y, el fomento de la provisión privada de las pensiones.

Cerrado el círculo virtuoso de reformas, queda cuestionarse si seguimos dentro de **los límites constitucionales marcados por los arts. 41 y 50 CE.**

Entre los rasgos³³ constitucionales predicables de nuestro sistema de Seguridad Social: ser un régimen público de Seguridad Social con la garantía de prestaciones suficientes;

³¹ Se constitucionaliza el objetivo del saldo neutro de las finanzas públicas, como si el Estado fuera una familia, obviando el equilibrio macroeconómico. El Estado es inmortal y por ello puede tener una deuda permanente, debiendo solo garantizar que alguien se hace cargo de sus costes, eliminando su riesgo estando garantizada por el BCE. Como es notorio, esto ni es ni se piensa así.

³² Dos días antes, el Consejo Económico y Social (CES) dio a conocer un dictamen que planteaba la retirada de la reforma, entre otras razones porque el FRA contraerá mas la demanda, en una situación recesiva. Se denuncian los efectos procíclicos del proyecto del Gobierno.

³³ Cfr. Monereo Pérez, Fernández Bernat: "El factor de sostenibilidad en España: ¿un nuevo para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas? RDS n° 62, abril junio 2013.

tal sistema es el resultado de un compromiso que une la responsabilidad pública e individual para el mantenimiento del Estado del Bienestar; estamos ante un sistema que está guiado por el principio de solidaridad, garantizando la solidaridad intergeneracional así como la solidaridad personal y territorial dentro de cada generación; y el régimen de reparto es el más coherente con los fines solidarios enunciados.

En efecto, una característica esencial de la Seguridad Social es el que **su protección ha de ser suficiente** frente a las situaciones de necesidad en general. Suficiente, en el sentido de asegurar una renta acorde con el nivel de vida normal del sujeto protegido, para ello se fijan las prestaciones de modo proporcional a los ingresos que viniera percibiendo el sujeto protegido. De tal modo que la existencia de esta proporcionalidad entre prestaciones y salarios es una garantía de seguridad, porque permite a los asegurados mantener un nivel de vida no demasiado inferior al que le permitiría tener el salario que venían percibiendo. Precisamente, en este aspecto, en el de la determinación del principio de suficiencia de las prestaciones a las que se alude en el art. 41 CE, el legislador ostenta un amplio margen de libertad a la hora de concretar el nivel de protección del sistema³⁴

La conclusión, en lógica constitucional, es que la incorporación del factor de sostenibilidad no puede realizarse a costa de comprometer el principio de suficiencia y de pensiones adecuadas enunciado en el art. 50 CE. Si se adoptan medidas de reforma que erosionen el ideal de cobertura del sistema convirtiéndolo en asistencial, la respuesta constitucional se da por sabida.

La introducción del factor de sostenibilidad, en el conjunto del sistema de seguridad social, implica un cambio significativo en la dinámica de funcionamiento del sistema público de pensiones, lo que hace aproximarle en buena medida a un sistema de aportación definida desapareciendo el compromiso de mantenimiento del bienestar en la jubilación desapareciendo el derecho a un determinado nivel de pensiones similar al que están pagando con sus cotizaciones.

El sistema de reparto, con el cambio del sistema de prestación definida a otro de aportación definida, hace irreconocible el sistema cuando la pensión de cada cotizante será ahora el resultado de la totalidad de sus cotizaciones dividida por el número de años que se espera viva una vez retirado. Si añadimos el que se incrementa el papel del mercado de la previsión en la estrategia privatizadora de ámbitos proporcionados por el sistema público³⁵ y se consolida una política de vasos comunicantes público-privado en el sistema de Seguridad Social, reiteramos la anterior conclusión: la conversión del sistema en asistencial; la respuesta constitucional se da por sabida.

Nadie duda que es necesario acomodar el sistema de pensiones a la evolución del ciclo vital de las personas y a las transformaciones materiales en curso, pero la solución no pasa por la mera introducción de los mecanismos de ajuste descritos si se quiere preservar una Seguridad Social reconocible: aquella que ha protegido a las personas y ha sido, al mismo tiempo, un instrumento eficiente de regulación institucional de la economía.

³⁴ Cfr. STC 37/1994.

³⁵ Monereo Pérez, J.L.: "Público y privado en el sistema de pensiones" Ed. Tecnos, 1996.

BUENAS PRÁCTICAS EN EL CÁLCULO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES A LA LUZ DEL ANEXO XI DEL REGLAMENTO CE/883/2004 Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 21-2-2013 SOBRE EL ASUNTO SALGADO GONZÁLEZ (C-282/11)

Dolores Carrascosa Bermejo*

I. Objeto de estudio y su vigencia. II. Premisas para el análisis de la problemática expuesta. III. Estado de la cuestión. IV. Soluciones previas al Anexo XI del Rgto CE/883/2004. V. Integración de lagunas comunitarias en el Anexo XI.2.a) del Rgto CE/883/2004. VI. Adaptación del procedimiento de cálculo (sentencia del Tribunal de Justicia de 21-2-13 sobre el asunto Salgado González C-282/11). VII. Buenas prácticas

I. OBJETO DE ESTUDIO Y SU VIGENCIA

Este trabajo pretende identificar algunas buenas prácticas que debieran ser tenidas en cuenta por la Administración española para calcular la base reguladora de las pensiones de jubilación –aunque también las de viudedad e incapacidad permanente por contingencias comunes- de los trabajadores migrantes. Estas buenas prácticas se centran en el que considero el problema crucial que todavía persiste para dicho cálculo en el marco de los Reglamentos comunitarios: la cobertura de las lagunas en el período de referencia para determinar la base reguladora de la “cuantía o pensión teórica” de los trabajadores migrantes. No se trata de una problemática superada u obsoleta, sino que mantiene su vigencia con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, por su tratamiento específico en la normativa de coordinación vigente desde el 1-5-2010, concretamente, en el punto 2.a) de la parte destinada a España del Anexo XI del Reglamento CE/883/2004. En segundo lugar, porque es la problemática abordada en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 21-2-2013 sobre el asunto Salgado González (C-282/11).¹ Aunque es cierto que esta cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia versa sobre la aplicación de los antiguos Reglamentos, como se tratará de demostrar en este trabajo, la solución que aporta esta sentencia bien podría resultar aplicable en el marco de la normativa de coordinación vigente actualmente. No es el primer pronunciamiento sobre esta polémica materia, pues el propio Tribunal de Justicia ya la abordó, con escaso éxito a la vista de las sucesivas cuestiones prejudiciales, en su sentencia de 17-12-98 sobre el asunto Grajera (C-153/97) y

* Dolores Carrascosa Bermejo. Profesora Doctora en el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de ICADE y la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Redactora del Área Social en Ediciones Francis Lefebvre.

Este trabajo se inserta en dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario Para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ Ver un análisis de la problemática que se expone, poniéndolo en conexión con el Asunto Salgado González en D. CARRASCOSA BERMEJO, “La base reguladora de la cuantía teórica de los trabajadores migrantes: el caso Grajera González”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 102/2013 p. 271 a 298. Un comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia sobre dicho Asunto Salgado González en DESDENTADO DAROCA, E. “De nuevo sobre los problemas del cálculo de la base reguladora de las pensiones de los trabajadores migrantes. El caso Salgado González y la STJUE de 21 de Febrero de 2013” Revista de Derecho Social nº 62/2013. p. 149 s.

previamente en las dictadas sobre el Asunto Lafuente Nieto (C-251/94) y Naranjo Arango (C-31/96 y otros).² Pronunciamientos todos ellos que captaron la atención de la doctrina española.³ Además poseen una indudable relevancia práctica no sólo presente sino futura a la vista de la nueva oleada de emigrantes españoles en la UE.⁴ En tercer lugar, porque la reforma de la normativa española de Seguridad Social relativa a este tipo de pensiones exagera la problemática de la integración de lagunas al incrementar el período de referencia y la probabilidad de lagunas. En efecto, desde 2013 -tras la entrada en vigor de la Ley 27/2011- el período de referencia para su cálculo se va a ir ampliando paulatinamente hasta que en 2022 ocupe 25 años (esto es, una fracción de 300/350) inmediatamente anteriores al mes previo al hecho causante. Además hay que tener en cuenta que en el marco de esta reforma interna podrá suceder que el período de carencia para el reconocimiento del derecho –que se mantiene sin cambios- sea inferior al propio período de referencia.⁵ Por otro lado, como apuntaba el auto por el que se interpuso la cuestión prejudicial Salgado González,⁶ se deja un elemento trascendental para la libre circulación de los trabajadores en manos del legislador español interno al no poder computarse en el numerador más que las cotizaciones reales españolas. Además en el marco del cálculo de la base reguladora de la cuantía teórica el incremento paulatino del período de referencia supondría un incremento del denominador o divisor fijo aplicable para calcular la base reguladora, quedando el numerador conformado exclusivamente con la suma de las cotizaciones españolas reales incluidas en ese período de referencia. En suma, no resultaba difícil augurar -a partir de 1-1-2013- un descenso significativo de las bases reguladoras de las pensiones de los migrantes con escasos períodos de cotización españoles

II. PREMISAS PARA EL ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA EXPUESTA

Para analizar esta cuestión debe partirse de las siguientes premisas que van de lo más general a lo más específico:

En primer lugar, los trabajadores migrantes no pueden sufrir una reducción de la cuantía de sus prestaciones de Seguridad Social por el hecho de haber ejercitado su libre

² Sentencia del TJCE de 12-9-96 sobre el Asunto Lafuente Nieto C-251/94 planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Siete meses después del Auto del Tribunal Supremo de 17-3-1997 que planteó el Asunto Grajera se dictó por el TJCE la sentencia de 9-10-97 sobre el Asunto Naranjo Arjona C-31/96, 32796, y 33/96 planteado, a su vez, por el TSJ de Extremadura.

³ Ver una bibliografía completa en D. CARRASCOSA BERMEJO, “La base reguladora...” RMEYSS 102/2013 op. cit. p. 297.

⁴ Como se señala en <http://www.europapress.es/sociedad/noticia-emigrantes-espanoles-duplican-2007-mayoria-busca-trabajo-20130926102205.html> “ (...) el número de emigrantes españoles se ha duplicado desde 2007, año de inicio de la crisis, hasta 2012, la mayoría en busca de oportunidades laborales y con Ecuador y Reino Unido como principales destinos, según un informe de Aempleo, la patronal de agencias de colocación. Sólo en 2012, un total de 56.392 ciudadanos de nacionalidad española abandonaron el país, un 6,7% más que en 2011. La mitad de ellos (26.968) emigró a Europa, principalmente a Reino Unido (6.351), Francia (5.454), Alemania (4.392), Suiza (2.839) y Bélgica (2.335).”

⁵ Hasta 2012 se calculaba con un dividiendo equivalente al monto de las bases de cotización del interesado en un período de referencia de 180 meses (ó 15 años) y un divisor fijo de 210, esto es, la cantidad equivalente a las mencionadas 180 mensualidades a las que se agregaban 30 bases más, considerando las pagas extras generadas durante esos 15 años. Durante el año 2013 comienza el incremento paulatino del período de referencia, aplicándose 192/224 hasta alcanzar en 2022 los mencionados 25 años (300/350).

⁶ Ver Fundamento Jurídico 4º.3 del Auto del TSJ Galicia de 9-6-2011 del que es ponente el Magistrado José Fernando Lousada Arochena.

circulación.⁷ Los Reglamentos de coordinación no armonizan los sistemas nacionales de Seguridad Social, manteniendo el legislador nacional su competencia normativa para definir los requisitos para el reconocimiento y cálculo de prestaciones, siempre sin vulnerar el Derecho de la UE y, en concreto, el derecho a la libre circulación.⁸

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la aplicación de los Reglamentos de la UE no puede propiciar la pérdida de los obtenidos exclusivamente al amparo de las normas nacionales de Seguridad Social coordinadas. En efecto, existe un “principio de intangibilidad de los derechos nacionales por aplicación de los Reglamentos” que supone que el fundamento tuitivo de la normativa de coordinación en los Tratados (actualmente Tratado FUE art. 48), impide que su aplicación genere una disminución de los derechos que los interesados ya disfrutaban en un Estado miembro en virtud de la aplicación exclusiva de la legislación nacional.⁹ En suma, la norma de coordinación no puede ir en detrimento de los intereses del migrante, pues su objetivo sólo puede ser netamente tuitivo.

En tercer lugar, de acuerdo con el procedimiento de cálculo establecido en los Reglamentos tanto vigentes como previos,¹⁰ el monto de la pensión teórica -cuya base reguladora se analiza- ha de ser equivalente a la pensión de jubilación que hubiera

⁷ Ver recogiendo ese objetivo de la norma de coordinación la sentencia del TJCE 9-8-94 sobre el Asunto Reichling C-406/93 apdos. 21 y 22. Ver exponiendo este punto de partida interpretativo, o de análisis del Anexo, el punto 7 de la sentencia TJCE 17-12-98, Asunto Grajera C-153/97 que reitera el apdo 33 de la sentencia del TJCE de 12-9-96 sobre el Asunto Lafuente Nieto C-251/94 del mismo tenor literal

⁸ TJCE 1-4-08 asunto C-212/06 apdo 43 y 21-7-11 asunto C-503/09.

⁹ Se trata de un principio reconocido por el Tribunal de Justicia en las primeras normas de coordinación (ver en el marco del Reglamento n° 3/1958: TJCE de 15-7-1964 Asunto Van der Veen (100/63) y más claramente en TJCE 21-10-75 sobre el asunto Petroni 24/75). Ver más tarde el apdo. 15 de la sentencia TJCE 23-10-86 Asunto De Jong 254/84, el apdo. 21 de la sentencia TJCE 14-12-89, Asunto Dammer 168/88, o la TJCE 26-9-00 asunto Engelbrecht C-262/97. Ver más ampliamente sobre este principio hermenéutico PERL, G. "L'interpretation des instruments de coordination de securite sociale". RBSS. Aout-Septembre. 1991 . P. 468 y la tesis doctoral CARRASCOSA BERMEJO, D. "La coordinación comunitaria de los sistemas nacionales de Seguridad Social: Determinación de la Ley nacional aplicable. Reconocimiento y cálculo del derecho a una pensión de vejez contributiva". Universidad Carlos III Enero/2003. p. 45 y 59. <http://hdl.handle.net/10016/11723>. Más recientemente, ver también sobre su aplicación en el marco de la coordinación de la asistencia sanitaria CARRASCOSA BERMEJO, D. "Libre prestación de servicios y reembolso de gastos de hospitalización no programada durante estancia temporal en otro Estado miembro: ¿procede abonar el complemento diferencial Vanbraekel? Comentario de la STJ (Gran Sala) 15-6-2010, Asunto Comisión Europea contra el Reino de España C-211/08 (TJCE 2010/175)". Aranzadi Social n° 10-11/octubre 2010 p. 54. Resultando también este principio relevante respecto de las prestaciones familiares como muestran las sentencias del Tribunal de Justicia sobre los asuntos Bosmann (C-352/06) y Hudkzinski (C-611/10), ver en este último sentido CARRASCOSA BERMEJO, D. "Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la ley nacional aplicable en los reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009" en Revista IUSTEL N° 32/2012.

¹⁰ Muy sucintamente, todos los sistemas nacionales donde se reconozca el derecho a una pensión, por cumplirse los requisitos nacionales exigidos en su legislación, han de seguir un procedimiento común de cálculo "comunitario" que implica un constante intercambio de información entre las instituciones involucradas. Este procedimiento varía según se reconozca una <pensión de origen comunitario>, gracias a la totalización de períodos foráneos o asimilación de condiciones; o una pensión de <origen puramente nacional> sin recurrir a la ayuda de tales instrumentos. En el primer caso, la gestora española ha de determinar la cuantía teórica y prorratearla. En el segundo caso, la gestora habrá de realizar necesariamente un doble cálculo, por un lado, determinando la mencionada cuantía teórica prorrateada y, por otro lado, fijando el monto de la pensión nacional aplicando exclusivamente lo establecido en la normativa interna española de Seguridad Social. Los resultados de ambos cálculos han de compararse, pues es obligado abonar la pensión más elevada. Ver más ampliamente la tesis doctoral de CARRASCOSA BERMEJO, D. "La coordinación comunitaria de los sistemas nacionales de Seguridad Social: Determinación de la Ley nacional aplicable. Reconocimiento y cálculo del derecho a una pensión de vejez contributiva". Universidad Carlos III en Enero/2003 p. 435 <http://hdl.handle.net/10016/11723> p. 337 y s.

percibido el migrante de haber acreditado en España toda la carrera de seguro realizada en los restantes Estados miembros de la UE¹¹. Sea cuál sea la solución que se elija para la cobertura de las lagunas, la pensión teórica sólo estará bien calculada si su cuantía es equiparable a la que hubiera obtenido el trabajador solicitante de haber cumplido en España su vida laboral completa.¹² Esta pensión teórica es ficticia, en el sentido de que, obviamente, no es la que percibirá el migrante, pues sobre ella se aplica la denominada <prorrata temporis> que propicia la adecuación de su monto al tiempo cotizado en España.¹³ Sólo en la prorrata reside el elemento de contributividad y, en suma el reparto financiero entre las instituciones nacionales involucradas, pues en su marco se pondera la aportación o cotización específica del migrante al sistema de Seguridad Social que está realizando el cálculo de la cuantía teórica ficticia determinada en cada sistema de acuerdo con su legislación nacional.¹⁴

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Para el cálculo de la base reguladora se aplican las dos siguientes reglas comunitarias de coordinación contenidas de forma idéntica en el Anexo VI del Reglamento CE/1408/71 y en el Anexo XI del vigente Reglamento CE/883/2004. Se trata de normas de cálculo comunitarias ad-hoc¹⁵— en tanto que son de aplicación exclusiva en España— que no

¹¹ Rgto CE/883/2004 art. 52.1.b); Rgto CEE/1408/71 art.46.2.a.

¹² Ver sentencias del TJCE 26-6-80, Asunto Menzies apdo. 9º y TJCE 17-6-97 Asunto Naranjo Arjona C-31/06 y otros o el apdo. 27 de la Sentencia de 21-7-05 sobre el asunto Koschitzki C-30/04.

¹³ Rgto CE/883/2004 art.52.1.b.ii; Rgto CEE/1408/71 art.46.2.b.

¹⁴ No es más que un porcentaje o una fracción que tiene como numerador los períodos de seguro españoles, y como denominador la suma de los períodos cumplidos en todos los Estados miembros a lo largo de su carrera de seguro. Los períodos computables en la prorrata no siempre coinciden con los computados en la cuantía teórica, pues sólo se pueden tomar en consideración los períodos previos al hecho causante. Habiéndose confirmado el cómputo en su seno de las bonificaciones especiales sobre reducción de la edad mínima de jubilación en el Régimen del mar por la penosidad del trabajo. También se limitó la totalización de períodos foráneos al calcular la cuantía teórica española para evitar que los migrantes con carreras superiores a las exigidas para otorgar una pensión completa se vieran perjudicados llegado el momento de calcular la prorrata temporis (TS Sala General de 17-7-07, RJ 8302 Rec 3650/05; TS 6-11-07, RJ 9331 Rec 4239/05 y TS 23-10-07, JUR 38478 Rec 224/05). Con esta jurisprudencia se corrigieron ciertas disfunciones ciertamente criticables CARRASCOSA BERMEJO, D. “Cálculo de la pensión de jubilación española en el marco de la coordinación comunitaria: determinación de la “cuantía teórica” /en/ VV.AA (SANCHEZ RODAS NAVARRO, C. dirección) “Migrantes y Derecho: problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España” Laborum. Murcia. España. 2006. p. 95 a 120.. p.95-115. Un comentario del alcance de esta jurisprudencia en CARRASCOSA BERMEJO, D. “Viudedad y jubilación en el marco de la vigente norma de coordinación comunitaria y perspectivas en el Reglamento CE/883/2004” Revista Noticias de la Unión Europea. Nº 319/Agosto 2011. Ed. Wolters Kluwer Madrid. España.p. 25-38.p. 25-38

¹⁵ En ambos Anexos se incluyen normas de aplicación exclusiva en los distintos Estados al que van dirigidas; normas que forman parte del Reglamento y por tanto han de ser consensuados entre los Estados miembros pese a que no se exija ya la unanimidad (Tratado FUE art. 48). Teóricamente ambos Anexos tan sólo incluyen disposiciones especiales que se ajustan a las características peculiares de las legislaciones nacionales mencionadas a fin de facilitar la aplicación del propio Reglamento de coordinación. Sin embargo, en la práctica se encuentran disposiciones hechas a la medida de los intereses de las Administraciones nacionales cuya concordancia con la finalidad o incluso el tenor del articulado de los Reglamentos que desarrollan, resulta dificultosa cuando no imposible. Así ha sucedido con disposiciones de dicho Anexo destinadas a Alemania que contravienen la norma derivada y los artículos del acuerdo comunitario sobre libre circulación en los que esta se fundamenta (TJCE Habelt C-396/05, C-450/05, C-419/05). Disposiciones muchas de ellas que si fueran meras normas nacionales de Seguridad Social seguramente se considerarían discriminatorias por razón de la nacionalidad y contrarias al derecho a la libre circulación. Así se han calificado, por ejemplo, ciertas disposiciones nacionales holandesas que tenían precisamente " ... por objeto modificar el cálculo de la cuantía teórica en el sentido de una

resultan coincidentes con la normativa española aplicable para el cálculo de las pensiones de los trabajadores sedentarios y cuyo carácter tuitivo respecto de los migrantes resulta cuestionable.¹⁶ A pesar de ello estos Anexos fueron considerados conformes con el Derecho comunitario, de forma contundente desde 1998 con la sentencia Grajera,¹⁷ en cuyo marco se desoyó la invalidez defendida por el Tribunal Supremo, en su primera y última cuestión prejudicial sobre los Reglamentos de coordinación. Ambos anexos imponen dos reglas básicas que no han sido modificadas:

1ª.- Cómputo exclusivo de cotizaciones reales españolas.

2ª.- Ubicación del período de referencia en los años inmediatamente anteriores a la realización de la última de las cotizaciones españolas.

La primera regla supone un rechazo frontal de las tres soluciones tradicionales de integración de lagunas con bases ficticias cuya aplicación arrojaba resultados excesivamente diversos:¹⁸ las bases mínimas, utilizadas por las Gestoras españolas,¹⁹ las bases máximas²⁰ -las más generosas para los intereses de los migrantes-, y las bases medias, creadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.²¹

disminución en relación a la que resultaría de las disposiciones generales de la legislación nacional” ver el apartado 13 de la sentencia del TJCE de 23-9-82 sobre el Asunto Besem (274/81).

¹⁶ El Tribunal de Justicia ha señalado reiteradamente que las normas de coordinación no puede ahondar o incrementar las divergencias entre sistemas, ni imponer tratos ad-hoc diferenciados e innecesarios entre sistemas nacionales que se sumen a las diferencias consustanciales de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros. Ver en este sentido, por ejemplo, TJCE 31-5-01, Asunto Leclere Diaconescu 43/99, y mucho antes la paradigmática la sentencia sobre el asunto Pinna (TJCE de 15 - 1986 Asunto Pinna I (4 1/84), donde se declaró la nulidad del Rgto CEE/1408/71 art. 73.2 que exceptuaba la norma general establecida en el apartado primero respecto de Francia y que se consideró contenía una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad que atentaba contra la libre circulación de trabajadores

¹⁷ Ver la amplia bibliografía que se cita en un reciente comentario crítico de la sentencia Grajera, poniéndola en conexión con el asunto Salgado González y la vigente norma de coordinación en D. CARRASCOSA BERMEJO, “La base reguladora de la cuantía teórica de los trabajadores migrantes: el caso Grajera González”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 102/2013.

¹⁸ Según Bartolomé Rios Salmerón “Reglamentos comunitarios y pensiones de invalidez (nota de urgencia a la Sentencia del TJCE 12-9-1996 caso “Lafuente” *Actualidad Laboral* nº1/1997.p.13 y ss. “*las diferencias son sensibles: si el valor de las bases mínimas se hace equivaler al 100% el de las bases medias ascendería la 192’5% y el de las bases máximas al 285%. Demasiado para ser alternativas de una interpretación jurídica*”.

¹⁹ La cobertura se realizaba con las bases mínimas de cotización correspondientes a la categoría que tenía el trabajador migrante en el período de referencia anterior al hecho causante. Esta técnica se consideró que discriminaba al migrante frente al sedentario, pues si el primero “... hubiera cumplido toda su carrera de seguro en España hubiese tenido con toda probabilidad, unas bases de cotización computables más altas” Aurelio Desdentado Bonete. “La Seguridad Social de los trabajadores migrantes de la Unión Europea en unificación de doctrina” *Noticias de la Unión Europea. (NUE)* Febrero 1998. p. 92. El rechazo expreso del Tribunal de Justicia a la integración de “lagunas comunitarias” con bases mínimas se recoge en el Apartado 38 de la sentencia Lafuente Nieto ver también, el apartado 26 de la sentencia Reichling de 9-8-94, C-406/93.

²⁰ El nombre se debe a que su aplicación solía conducir a la cobertura de la laguna con bases máximas, pues se tomaba como base de cotización las que hubiera realizado el trabajador migrante en España de haber recibido aquí sus salarios extranjeros generalmente generosos. Ver una aplicación aislada de esta doctrina TSJ Navarra 19-12-06, EDJ 400055 contraria no sólo a la jurisprudencia del TS y sino también a la del TJCE. Ver también defendiendo su pervivencia aunque reconozca su imposible aplicación en el marco del Anexo VI.D OJEDA AVILES, A. “El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia”. *Aranzadi Social*. Nº 112000. P.58.

²¹ Este sistema de integración de lagunas implantado en la Sentencia del TS 25-2-92, RJ1376, consistía en integrar la laguna calculando anualmente la media aritmética de las bases de cotización máxima y mínima españolas para un trabajador de la misma categoría profesional que la que desempeñaba el actor en el extranjero, debidamente actualizadas con los coeficientes del IPC aplicables. Después de la sentencia del Tribunal de Justicia sobre el Asunto Lafuente Nieto -y para hechos causantes previos a 1-6-2012- el TS se

La segunda regla de traslación del período de referencia supone la inaplicación de la normativa de cálculo común de la que se benefician los sedentarios, fue fundamentada por el Tribunal de Justicia de forma controvertida. Rechazándose la ubicación común del período de referencia en el momento previo al hecho causante por tratarse este de un “*período durante el cuál el trabajador migrante no participó efectivamente en la financiación del Régimen de Seguridad Social nacional (español) y que, por otra parte, ya se tiene en cuenta con arreglo a la legislación de otro Estado miembro (en este caso Alemania) en el que trabajó el interesado.*”²² Esta argumentación no resulta convincente, pues olvida que la cuantía teórica no está vinculada con la cotización efectiva en un determinado Estado miembro, es tan sólo una pensión ficticia calculada considerando la totalidad de la vida laboral del migrante y siempre al margen de las cotizaciones concretas realizadas a favor del Estado que las calcula. La contributividad y el reparto de la carga de la financiera entre Estados sólo pueden ser ponderados en el momento posterior de la prorrata temporis.²³

Ambas reglas de cálculo fijadas en los Anexos, refrendadas por el Tribunal Justicia y asumidas por la jurisprudencia nacional,²⁴ nunca resultaron operativas por las siguientes razones:

a) Sólo garantizan la inexistencia de una laguna completa de cotizaciones españolas en el período de referencia, pues siempre ha de haber alguna que marque su propia ubicación. Este sistema no garantiza que no haya lagunas parciales, ni que primen en el período de referencia las cotizaciones foráneas frente a las españolas. Tampoco daban una solución ad-hoc a las lagunas por cotización coetánea en otro Estado miembro por imperativo de los propios Reglamentos. Su aplicación permitió que se siguieran reconociendo cuantías teóricas anormalmente bajas en relación con las largas carreras de seguro de sus beneficiarios,²⁵ que acudían a la vía jurisdiccional que las revisaba al alza fomentándose la litigiosidad.²⁶ El recurso al principio de contributividad para

decantaría por la categoría por la que hubiera cotizado el beneficiario en España antes de la emigración (ver sentencia del TS 17-1-97, RJ 558). Esta solución basada en la equidad y carente de una cobertura legal concreta, fue cuestionada por su desconexión con la realidad salarial y cotizadora del trabajador migrante afectado por GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREDA, C. “La cotización extranjera en la pensión de jubilación española.” Tribuna Social nº 95/1998. p.25. Abogando por la nulidad del Anexo y la utilización de las bases medias para completar las lagunas en el período de referencia nacional ver DESDENTADO DAROCA, E. “De nuevo sobre los problemas ...” op.cit. p.182.

²² Ver apartado 23 de la sentencia Grajera.

²³ Ver CARRASCOSA BERMEJO, D. “La determinación de la base reguladora de la pensión teórica y la Sentencia del Tribunal de Justicia comunitario sobre el Asunto Grajera Rodríguez”. Revista de Derecho Social. Nº 5. Enero/marzo 1999. Ed. Bomarzo. Albacete. España. p. 135.

²⁴ Desde la propia sentencia dictada por el TS en Sala general para resolver el asunto Grajera (TS 9-3-99, RJ 1999/2755). Con posterioridad ver también: TS de 20-1-00, RJ 2000/984 FJ 3º; TS de 30-5-00, Rec 2816/99 FJ 5º; TS de 11-10-01, RJ 2002/1501 FJ 5º y TS de 30-4-01, RJ 2001/5131 FJ 2º. Más recientemente ver TS 31-1-11, EDJ 11856 y TS 20-4-10, EDJ 84358.

²⁵ En el propio asunto Grajera el INSS en 1993 reconoció una cuantía o pensión teórica de 1.724 pesetas (10,36€) que no parece equivalente a la pensión ficticia que obtendría quien hubiese trabajado y cotizado en España durante casi 40 años. Ver también la sentencia del TS 17-7-07, RJ 8302 Rec 3650/05 donde se describe que el ISM reconoció a un trabajador del Régimen especial del mar, con una carrera de seguro de más de 35 años, una pensión teórica de 4,80 € (799 pesetas) y una prorrata temporis sobre esta cantidad del 14%; en suma, una pensión inferior a un euro, 0,67 céntimos (111,86 pesetas). No son casos aislados, ver también el descrito en sentencia del TS el 6-11-07, RJ 9331 Rec 4239/05 donde e nuevo el ISM a un trabajador con 41 años cotizados (vía totalización), se fijó una cuantía teórica de 462,73 € a la que tras la aplicación de una prorrata temporis del 11%, daba como resultado una pensión española de 50,83 €. Por otro lado, en la TS 23-10-07, JUR 38478 Rec 5224/05 un trabajador con 44 años totalizados el ISM le reconocería una cuantía teórica de 356,95 € a la que tras la aplicación de una prorrata temporis del 12%, daba como resultado una pensión española de 44,34 €.

²⁶ En el caso Grajera , 488 veces más elevada

justificar cuantías teóricas tan exiguas no convencía, pues los afectados siempre abonaron las cotizaciones exigidas por el sistema español que, no debe olvidarse, se financia a reparto; y la contributividad ya quedaba marcada en la prorrata temporis.

b) Por su parte, la traslación del período de referencia tampoco solucionaba el problema de las lagunas parciales, ni tampoco aclaraba si se debían integrar y, en su caso, cómo. Este problema se exagera con el incremento del número de años computables en el período de referencia, hasta 25 en 2022 superando en 10 la carencia exigida, lo que podía permitir el reconocimiento de exiguas cuantías teóricas españolas, más bajas cuanto menor fuera el tiempo de cotización en España.²⁷ Además dicha traslación del período de referencia puede arrojar resultados absurdos o paradójicos principalmente respecto de quienes emigraron a otros Estados miembros a una edad temprana, tras trabajar un breve período en España. En estos casos no es descartable que en parte del período de referencia de 25 años el migrante tuviera una edad inferior a la edad legal de trabajar o incluso no hubiera nacido. Además, la problemática resulta diáfana en el marco del RETA y el SEEH que siguen careciendo de un sistema de integración de lagunas tal y como se demostraría en el Asunto Salgado González.

IV. SOLUCIONES PREVIAS AL ANEXO XI DEL RGTO CE/883/2004

Muy sucintamente, la presencia incómoda de las lagunas parciales se intentó solventar con un éxito relativo a través de las siguientes soluciones previas al Anexo XI del Rgto CE/883/2004:

1.- Inaplicación de los Reglamentos de coordinación, relegados por la aplicación preferente de los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España con otros Estados miembros que, en algunos casos, se constituían en normas más favorables. Esta posibilidad, avalada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia²⁸ y fundada en el principio de intangibilidad de los derechos nacionales por aplicación de los Reglamentos. Considerándose que las pensiones más cuantiosas dimanantes de tales convenios son derechos nacionales de los que no pueden ser privados los migrantes en virtud de la normativa de coordinación que, por su naturaleza plenamente tuitiva, siempre debe sumar protección a los migrantes y nunca restar la ya conseguida autónomamente. La ventaja reside en que, en el marco de muchos de estos convenios:

²⁷ Así, por ejemplo, si un trabajador iniciase su vida laboral en España en 1997 trabajando hasta el 2000 y luego migrara a Francia el resto de su vida laboral, hasta 2035, momento en que se jubilara. Por un lado, la base reguladora de 25 años de su cuantía teórica comprendería desde su última cotización española en 2000 hasta 1975; por otro lado, tan sólo existirían cotizaciones reales españolas en un pequeño período comprendido entre 1997 y 2000. Aunque se actualizasen correctamente las pocas bases reales españolas existentes, las cuestiones se agolpan ¿cómo se computarían el resto de los años dónde no hay cotización alguna ni foránea ni nacional? ¿Se produciría la integración común de lagunas de acuerdo con la normativa vigente, esto es, se computarían las primeras 48 lagunas con las bases mínimas y el resto con el 50% de la base mínima de cotización? ¿Qué sucede cuando en el Régimen o sistema especial en el que se está realizando el cálculo no existe integración de lagunas? ¿Por qué se ha de penalizar el monto de la cuantía teórica de la pensión española por tener sólo 3 años cotizados en España cuando ese papel le correspondería indiscutiblemente a la prorrata temporis a la vista del escaso período de cotización completado en España?

²⁸ Así se estableció en la sentencia del TJCE 7-2-91 sobre el asunto Rönfeldt C-227/89; matizada desde un punto de vista temporal en la sentencia del TJCE 9-11-95, asunto Thévenon C-475/93. Pronunciamiento que fue reiterado en las siguientes sentencias: TJCE 9-11-00, asunto Thelen C-75/99 y TJCE 5-2-02, asunto Kaske C-227/99. Respecto del específico cálculo de las pensiones españolas ver el apartado 28 de la sentencia del TJCE 9-10-97 sobre el Asunto Naranjo Arjona C-31/96, 32796, y 33/96 y apartados 27 a 31 y TJCE 17-12-98, sobre el Asunto Grajera C-153/97. Jurisprudencia plenamente extrapolable al Convenio bilateral con Suiza (BOE 21-6-2002). Jurisprudencia asumida por la gestora española Criterio del INSS de 23-9-2010.

no se traslada el período de referencia y la laguna –en este caso completa o parcial- se integra con bases medias.

Resulta paradójico que se fíe a arcaicos Convenios bilaterales la atribución de un contenido económico digno a las pensiones españolas reconocidas, vía totalización, a los migrantes. Además, esta solución tiende a desaparecer, pues se aplica sólo a los migrantes que hubieran generado una expectativa de derecho en el seno de tales Convenios bilaterales suscritos por España antes de la entrada en vigor de la norma de coordinación que en España se produjo el 1-1-1986.²⁹ Esta limitación temporal los hará inoperantes en breve, incluso si se admite que la expectativa de derecho tenga como fecha tope la adhesión posterior a la UE de los otros Estados miembros firmantes.³⁰ Por otro lado, hay que tener presente que las gestoras nacionales no aplican los convenios bilaterales de oficio y que ante los tribunales nacionales, aunque obviamente rija el principio “iura novit curia”, es preciso que el beneficiario alegue su infracción y asuma la carga de la prueba respecto de su carácter más tuitivo de los convenios debiendo concretar los efectos que se generan –respecto de los Reglamentos- la aplicación de su sistema de cálculo,³¹ lo que permite que su inaplicación no sea considerada cuestión nueva en el marco de un recurso extraordinario.³²

2.- En el marco de la aplicación de la norma de coordinación incluidas también las del Anexo VI del Rgto CE/1408/71 se declararon válidas las siguientes propuestas que mejoraron la actualización de las cotizaciones usadas para fijar el monto de la cuantía teórica:

a) La jurisprudencia nacional admitió la aplicación a las cotizaciones españolas computables “*los incrementos experimentados por el salario mínimo interprofesional hasta el momento del hecho causante*”.³³ Mecanismo muy relevante en relación a las cotizaciones muy antiguas o remotas que se consideró un sistema de actualización adecuado y equitativo. Este sistema no excluía la aplicación de otros criterios adicionales tales como la actualización de la propia pensión teórica aplicando la evolución del IPC desde el momento de su reconocimiento o la consideración como elemento actualizador del incremento medio de las bases de cotización.³⁴

²⁹ Así sucede con los relativos a Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Reino Unido que, en muchos casos han sido declarados por el propio Tribunal Supremo como más favorables a estos efectos. Ver respecto del Convenio Hispano-Alemán de 4-12-1973, por todas, TS 15-11-01, EDJ 47896; 30-9-03, EDJ 127781. Del Convenio Hispano-Holandés de 5-2-1974 (TS 9-10-01, EDJ 70916 y TS 18-7-08, EDJ 178558); Convenio Hispano-Francés de 31-10-1974 (TS 30-4-01, EDJ 16068; TS 20-4-10, EDJ 84358; 15-9-10, EDJ 219434); Convenio Hispano- Belga de 28-11-1956 (TS 30-9-99, Rec 4300/98); Convenio Hispano-Británico de 13-9-1974 (TS 20-4-10, EDJ 11856). Con la misma argumentación también se protegería a quien hubiera generado, antes de 1-6-2002, expectativas de derechos más generosas que las comunitarias en el marco del Convenio suscrito con Suiza; o, antes de 1-1-2004, en el marco del suscrito con Eslovaquia, la República Checa o Polonia; o incluso antes de 1-1-2007 en los Convenios bilaterales suscritos por España con Bulgaria o Rumania.

³⁰ Así podría afirmarse que habría que respetar las generadas antes del 1-1-1995 en el marco de los convenios suscritos por España con Austria y Finlandia, descartando el celebrado con Suecia el 4-2-1983 del que ya se señaló que no era más favorable que la norma Reglamentaria (TS 25-3-09, Rec 1144/08).

³¹ Así se debería acreditar las bases de cotización computables en la base reguladora de la cuantía teórica, concretando su cuantía y período, y señalando las consecuencias beneficiosas de su aplicación (LEC art. 217 y TSJ Galicia 14-5-08, AS 1276 Rec 1745/05).

³² Ver TS 30-4-01, RJ. 5131; criticando esa exigencia SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. *Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Laborum. Murcia. 2005. p.110.

³³ Ver fundamento jurídico 5º de la sentencia del TS unif doctrina 12-3-03, RJ 3642 y la de 3-6-03, RJ 4890. También se ha pronunciado en ese sentido el TSJ de la Comunitat Valenciana 10-1-06, AS 916 y el TSJ Castilla y León (Valladolid) de 3-10-07, AS 3160.

³⁴ Ver sentencia del TSJ Andalucía (Sevilla) 16-7-09, EDJ 238448.

b) Con menor éxito también se propuso la extrapolación de la doctrina vertida en la sentencia del TJCE de 24-9-98, C-132/96 sobre el asunto Stinco.³⁵ Entendiéndose que dicha sentencia podría avalar el incremento de la cuantía teórica, hasta un mínimo coincidente con el monto de la pensión de jubilación contributiva mínima existente, en este caso, en la legislación española en el momento del hecho causante. Considerando que la cuantía teórica tiene carácter ficticio y ajeno a la contributividad parece lógico que su monto, equivalente al que le correspondería al beneficiario si hubiera ejercido toda su actividad profesional en España, nunca podría ser inferior a la pensión de jubilación contributiva mínima vigente en el momento del reconocimiento. Sin embargo, el Tribunal de Justicia limitó su operatividad en un nuevo pronunciamiento supeditando la posibilidad de equiparar la cuantía teórica a la pensión mínima al cumplimiento de los requisitos a los que la legislación nacional de Seguridad Social, que estuviera realizando el cálculo, vinculase la aplicación del complemento por mínimos a sus propios nacionales sedentarios, por ejemplo, la no superación del límite de ingresos establecidos en la normativa nacional anualmente.³⁶ Esta matización restó gran operatividad a la doctrina Stinco, cuya aplicación no fue aceptada por la doctrina judicial sin valorar siquiera tal limitación.³⁷

3.- Finalmente, la legislación nacional española estableció desde el 11-1-2010 un monto mínimo de cuantía teórica prorrateada, de forma que no puede ser inferior al 50% de la cuantía de la propia pensión del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), fijada en cada momento. Este límite inicialmente sólo era operativo para el reconocimiento de la propia pensión SOVI reconocida vía totalización. Sin embargo, desde el 1-1-2011, expresamente se señaló que bien podría aplicarse a otras pensiones como las de jubilación, viudedad o incapacidad permanente contributiva, cuando cumplieran los requisitos para el reconocimiento de una pensión del SOVI y optaran por ella.³⁸ Esta mera posibilidad, es una muestra más de los montos ínfimos de las cuantías teóricas que las entidades gestoras españolas estaban reconociendo a favor de los beneficiarios de dichas pensiones contributivas.

V. INTEGRACIÓN DE LAGUNAS COMUNITARIAS EN EL ANEXO XI.2.a) DEL RGTO. CE/883/2004

A las pensiones de jubilación de los trabajadores migrantes cuyo hecho causante se produzca desde el 1-5-2010 se les aplica el continuista Capítulo V³⁹ del Título III del Rgto CE/883/2004 y su Anexo XI que en el punto 2.a) de la parte destinada a España contiene un novedoso sistema de integración de lagunas. El nuevo Anexo admite la posible existencia de lagunas parciales en el período de referencia –lo que es todo un avance- y establece un sistema de integración ad-hoc a favor exclusivamente de las que

³⁵ Ver en este sentido CARRASCOSA BERMEJO, D. *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social: ley aplicable y vejez en el reglamento 1408/71* Consejo Económico y Social. Madrid España. 2004. p. 294.

³⁶ Sentencia del TJCE del 4-5-05, C-30/04 sobre el asunto Uriel Koschitzki

³⁷ TSJ Galicia 17-6-05, EDJ 123875.

³⁸ Ver Ley 2/2012 art.48 y previamente el artículo 45.3.2º de la Ley 39/2010 y artículo 6.1.4º del Real Decreto 1794/2010. Esta opción ya había sido apuntada por la doctrina GARCIA DE CORTAZAR Y NEBRED, C. “La cotización extranjera...” op. cit. p. 30

³⁹ En este capítulo se recoge, sin cambios, la esencia de lo difícilmente consensuado en el marco de los Reglamentos previos desde 1992 (Rgto CE/1248/1992) que modificó el capítulo de las pensiones del Reglamento CEE/1408/71. El cálculo “español” se sigue realizando sobre una base de cotización media, considerando únicamente los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación española, esto es, las bases reales ver Rgto CE/883/2004 art. 56.1.c)i) y Rgto CEE/1408/71 art.47.1.g).

denominaré “lagunas comunitarias”, esto es, las debidas a cotización coetánea en otro Estado miembro.⁴⁰ Solución que ya adelanto que no resulta del todo satisfactoria, aunque sin duda puede resultar, en ocasiones, más tuitiva que la práctica administrativa de aplicar el mero sistema de integración interno de integración de lagunas nacionales en los regímenes y sistemas que lo contemplan o, bases cero en el marco del RETA y el SEEH.

Como señalaba, el Anexo XI integra las lagunas exclusivamente “comunitarias” tomando en cuenta la base de cotización española que más se les aproxime en el tiempo, siempre teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo. Esta solución del Reglamento desplaza a la norma de integración de lagunas nacional que pudiera resultar aplicable y obliga a extrapolar la cotización real española más próxima, actualizada con el IPC.

La integración que el Anexo plantea resulta compleja, pues puede implicar la aplicación de inflación o deflación, pues hay que observar la evolución del IPC tanto hacia adelante como hacia atrás, siempre considerando la ubicación de la cotización española que se pretende extrapolar. Así, por **ejemplo**, si el migrante cotizó:

- .- en España de 1-1-2009 al 31-12-2010 y del 1-1-1995 a 31-12-2006;
- .- en Alemania de 1-1-2007 a 31-12-2008.

Su período de referencia se ubicaría en los 15 años anteriores a 31-2-2010, esto es, desde esa fecha a 1-1-1995. En este supuesto el migrante puede cubrir tal laguna comunitaria de cotización eligiendo libremente entre las dos siguientes opciones:

- 1) Las cotizaciones españolas realizadas hasta el 31-12- 2006 -aplicando inflación del IPC.
- 2) Con las realizadas desde el 1-1-2009 aplicando deflación del mismo índice.

El Anexo resulta aplicable a todos los migrantes cubiertos por las normas de coordinación, pues no se establece limitación alguna respecto de su ámbito subjetivo de aplicación, quedando incluidos todos los regímenes y sistemas especiales. Así, siguiendo el principio general de “*donde el legislador no distingue no le es dable hacerlo al interprete*” es posible afirmar que resulta plenamente aplicable a los trabajadores migrantes del RETA y el SEEH. Esta, en mi opinión, es la principal ventaja, pues la cobertura de las “lagunas comunitarias” de estos colectivos (hasta ahora computadas por valor cero por las gestoras) puede suponer un avance en la protección de su derecho a la libre circulación.

En sentido contrario la principal crítica que se puede realizar al Anexo es la complejidad de su aplicación y su cuestionable virtualidad, pues sólo integra las lagunas comunitarias ubicadas en el período de referencia de cálculo de la base reguladora, esto es, las que se producen necesariamente antes de la última cotización española⁴¹ y siempre con cotizaciones coetáneas en otro Estado miembro. Si las últimas cotizaciones españolas del migrante fuesen anteriores a las foráneas –por haber trabajado, por ejemplo, el final de su carrera en otro Estado miembro-, no habrá “laguna comunitaria” a cubrir, ya que la cotización foránea se ubicará siempre fuera del propio período de

⁴⁰ Anexo XI. España. 2.a) “*En aplicación del artículo 56, apartado 1, letra c), del presente Reglamento, el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales de la persona durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. Cuando en el período de referencia a tener en cuenta para el cálculo de la cuantía de la pensión, deban ser computados períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, se utilizará para los mencionados períodos la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo, teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo.*”

⁴¹ Ver Fundamento Jurídico 6º del Auto del TSJ Galicia de 9-6-2011 del que es ponente el Magistrado José Fernando Lousada Arochena.

referencia. En estos casos, las lagunas que pueda haber en el período de referencia de los migrantes –incluso cuando sean trabajadores con una carrera de seguro prolongadísima- sólo se pueden considerar lagunas nacionales que penalizan la cuantía teórica de su pensión y, en definitiva, su ejercicio de la libre circulación. En efecto, con tal carrera de seguro completa en España nunca hubieran obtenido pensiones de tan baja cuantía. Este efecto negativo es el que se produce al aplicar hipotéticamente el Anexo XI al asunto Salgado González que versa sobre una trabajadora migrante por cuenta propia con derecho a una pensión de jubilación española en el RETA reconocida vía totalización computando las cotizaciones realizadas en Portugal, siempre en un momento posterior a la última cotización española. La artificial traslación del período de referencia a antes de la última cotización real española que el propio Anexo XI sigue imponiendo, impide la existencia de una laguna comunitaria que sí existiría en el “período de referencia nacional común” que, como es sabido, se ubica en los años previos al hecho causante. Aplicando la traslación, las cotizaciones reales españolas sólo cubren dos tercios del período de referencia y el tercio restante sólo podría considerarse una “laguna nacional”, computable con base cero, pues el RETA carece de un sistema de integración de lagunas interno. En suma, el Anexo XI no supera la prueba del nueve que el Asunto Salgado González supone, al ser incapaz de no penalizar a la migrante por el ejercicio de su derecho a la libre circulación.

Finalmente, conviene señalar el carácter artificioso de la diferenciación que el Anexo hace entre lagunas comunitarias y nacionales en la base reguladora de la pensión española que realiza el Anexo de cara a su integración.

Por un lado, es cierto que resulta indudable la necesaria integración en los propios Reglamentos de las que estoy denominando “lagunas comunitarias”, esto es, las debidas a la cotización coetánea en otro Estado miembro por imperativo de la propia norma de coordinación. En efecto, es el Título II de los Reglamentos de coordinación –sobre legislación aplicable- establece la afiliación-cotización exclusiva del migrante en el sistema de Seguridad Social del Estado dónde el migrante trabaja (*lex loci laboris*). El respeto a dichas normas de coordinación imperativas no puede nunca tener efectos perniciosos cuando ese mismo trabajador migrante reclama una prestación al amparo del Título III del Reglamento CE/883/2004. Así, en parte resulta correcta la cobertura del Anexo XI que en cierta manera asume, aunque muy tardíamente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resolviendo el Asunto Lafuente Nieto que rechazó expresamente la cobertura de una laguna comunitaria con el sistema de integración nacional de bases mínimas. El Alto Tribunal consideraba que la equiparación del trabajador migrante con el trabajador nacional sedentario sin obligación de cotizar durante ese período era incompatible con el objetivo fundamentalmente tuitivo de la normativa de coordinación.⁴² Con mayor razón, también deberían estar proscritas el cómputo de bases cero en caso de lagunas comunitarias en los sistemas excluidos del sistema de integración, pues es donde más crudamente se observan los efectos negativos de la libre circulación en el monto de las pensiones del migrante.⁴³

⁴² Ver Apartado 38 de la sentencia Lafuente Nieto y el apartado 26 de la sentencia Reichling de 9-8-94, C-406/93.

⁴³ Resulta en este sentido interesante la sentencia del TS de 25-2-00, RJ 2000/2238 sobre el cómputo con base cero de las lagunas de una trabajadora migrante española que había estado integrada en España en el Régimen Especial de Empleados de hogar. El Tribunal con el objeto de no discriminarla por razón de la nacionalidad y en el derecho de la migrante a no ser perjudicada por haber ejercitado su derecho a la libre circulación, procede curiosamente a la integración de lagunas con el sistema nacional de bases mínimas entonces vigente para calcular la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente. En efecto, aunque inicialmente se calculó en el marco del entonces Régimen especial del empleados de hogar REEH, el Tribunal con base en la normativa interna (artículo 26.2.c) del Decreto 2346/1969) para

Sin embargo, ese tratamiento diverso con las que denominaré “lagunas nacionales” refiriéndome a las debidas a meros períodos de inactividad del migrante, no me convence. A priori, podría pensarse que estas lagunas ya no son un problema de Derecho comunitario y por lo tanto, podrían ser libremente cubiertas o no por la legislación nacional de Seguridad Social involucrada. Así, de hecho, el sistema español establece un sistema de integración de lagunas,⁴⁴ del que siguen al margen tanto el RETA, como el SEEH. No obstante, a mi modo de ver, también en este caso podría estar en juego la libre circulación. En realidad, tal trato diferenciado entre lagunas nacionales y comunitarias, sólo resulta defendible cuando el período de referencia se ubica de forma idéntica para nacionales sedentarios y migrantes; siendo incontestable cuando el período de referencia para el cálculo de la pensión abarca toda la vida laboral. En efecto, sólo en ese supuesto sí estarían plenamente equiparados migrantes y sedentarios. Sin embargo, este no es el caso del sistema español, dónde la ubicación del período de referencia es diferente para sedentarios y para migrantes, estando limitado actualmente –aunque incrementándose paulatinamente- en poco más de 15 años. En este contexto, la falta de integración de lagunas nacionales por falta de trabajo puede vulnerar la libre circulación, pues las consecuencias negativas de la misma no las sufriría de forma semejante un trabajador sedentario que hubiera desarrollado idéntica carrera de seguro en el sistema nacional sobre todo cuanto menos hubiera trabajado en España. Sobre esta cuestión, como se verá, incide en buena medida la sentencia Salgado González que se comenta a continuación.

VI. ADAPTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CÁLCULO (SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 21-2-13 SOBRE EL ASUNTO SALGADO GONZÁLEZ C-282/11)

La Sra. Salgado González cotizó en España en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) -del 1-2-1989 a 31-3-1999- por un total de 3.711 días, y en Portugal -del 1-3-2000 al 31-12-2005- por un total de 2.100 días. El INSS reconoció a su favor, al amparo de la norma de coordinación, totalizando los períodos portugueses, una pensión de jubilación contributiva española en el marco de dicho Régimen especial. El período de referencia se ubica entre el 1-4-1984 a 31-3-1999, esto es, en los 15 años inmediatamente anteriores a su última cotización real española. Entre el 1-4-1984 y el 31-1-1989 hay una laguna de cotización al no existir cotizaciones reales españolas. Al ser el hecho causante previo al 1-5-2010, para determinar su cuantía teórica no fue posible aplicar el Anexo XI del Rgto CE/883/2004 y su sistema de integración de lagunas;⁴⁵ tampoco había solicitado la revisión de su pensión a la luz de los nuevos

proceder a reconocerla en el marco del RGSS y a integrar las lagunas a la vista de que eran más cuantiosas las cotizaciones francesas realizadas en el marco del Régimen General que las efectuadas en España en el seno del REEH.

⁴⁴ El sistema español ofrece, desde 2013, un nuevo sistema de integración lagunas –menos generoso que el precedente- por el cual sólo las primeras 48 lagunas se completan con la base mínima existente en cada momento para trabajadores mayores de 18 años (antes todos). Las restantes posibles lagunas se cubren con el 50% de la base mínima de cotización (ver la modificación que en la LGSS propició la Ley 27/2011 art.3.1 y 4.3 y la Ley 3/2012 disp.final 20ª).

⁴⁵ “Ratione temporis” el Anexo XI no es aplicable a ese supuesto no sólo porque el hecho causante es previo al 1-5-2010, si no también porque la migrante no realizó solicitud alguna de revisión de su pensión a la luz de los nuevos Reglamentos. Ver apartado 27 de las mencionadas Conclusiones del Abogado General al asunto Salgado González, donde la imposible aplicación temporal del Anexo XI del Rgto CE/883/2004 a tal asunto impidió pronunciarse al Abogado General sobre la corrección de su aplicación analógica que, como otra posible opción interpretativa, planteaba el TSJ de Galicia.

Reglamentos.⁴⁶ Sin embargo, este extremo no es tan relevante desde el momento en que de haberse aplicado el Anexo XI, como ya se ha señalado, su sistema de integración de lagunas resulta inoperante en el caso de la Sra. Salgado. La laguna de su período de referencia era nacional –sin cotizaciones coetáneas en otro Estado miembro- y el Anexo sólo cubre lagunas comunitarias. El INSS de hecho, al tratarse del RETA, computó con valor cero dicha laguna que ocupaba casi un tercio de su base reguladora. A continuación, estas insuficientes bases de cotización reales españolas, pues no alcanzaban las 180 que debían componer el numerador, fueron divididas por el denominador de 210, siempre constante en la fórmula nacional.⁴⁷ Tras varios ajustes y reclamaciones, en vía administrativa, la base reguladora quedó fijada en 336,86 €/mensuales. Sobre ella se aplicó un coeficiente del 53%, en función del tiempo cotizado en España y Portugal, resultando una pensión o cuantía teórica de 178,53 € (muy por debajo de la pensión de jubilación mínima española). Sobre dicha pensión teórica, teniendo en cuenta la contributividad al sistema español, se aplicó una prorrata temporis española del 63,86 %, ascendiendo finalmente su pensión a 114,01 € (por debajo del 50% de la pensión SOVI). La Sra Salgado González impugno la resolución de la gestora sin éxito en la instancia, recurriendo en suplicación, siendo la Sala de lo Social del TSJ de Galicia quien planteó cuestión prejudicial centrada en las siguientes cuestiones:

1. No cuestiona, ni duda sobre los fundamentos de la fórmula de cálculo de la base reguladora impuesta en el Anexo reglamentario: traslación del período de referencia y cómputo exclusivo de bases de cotización españolas, sin poder computar las bases portuguesas.

2. Considera que el cálculo realizado por el INSS no es conforme ni con la libre circulación de los trabajadores (Tratado FUE art. 48), ni con la igualdad de trato entre sedentarios y migrantes que los Reglamentos de coordinación imponen, impidiendo que estos últimos sufran reducción del monto de sus prestaciones por razón de su migración. Tal vulneración del Derecho de la UE la explicita en los siguientes fundamentos: argumentos:

a) En primer lugar, en el hecho de que a los trabajadores migrantes se les aplique siempre el divisor de 210 aunque las cotizaciones reales españolas no sean 180, esto es, aunque sean inferiores a las bases que se han de computar en el período de referencia, entonces, 15 años cotizados. Esta circunstancia supone un trato de desigualdad de los migrantes en relación con los trabajadores sedentarios cotizantes en España. Aunque ambos tuvieran igual número de cotizaciones, el migrante siempre tendrá una base

⁴⁶ Existe una vía para aplicar la “nueva” norma de coordinación a las pensiones liquidadas con anterioridad a 1-5-2010 que podrían ser revisados a petición del beneficiario a la luz de su propia normativa (Rgto CE/883/2004 art. 87). Como se deriva de tal normativa los efectos económicos varían si tal petición de revisión se hubiera presentado antes del 1-5-2012 o después. En el primer, caso los derechos que surgieran del nuevo Reglamento serían adquiridos desde su entrada en vigor, esto es, desde el 1-5-2010. En efecto, no se puede aplicar a los interesados la legislación de los Estados miembros sobre caducidad o limitación de derechos (Rgto CE/883/2004 art. 87.6). Sin embargo, las peticiones posteriores a 1-5-2012 que afecten a derechos no afectados por la caducidad o por la prescripción pueden ser adquiridos a partir de la fecha de su petición, salvo que resulte más beneficioso lo dispuesto en la legislación de cualquier Estado miembro (Rgto CE/883/2004 art. 87.7). En este sentido, conviene recordar que en España el derecho a la pensión de jubilación es imprescriptible. Sin embargo, desde el 1-1-2007 los efectos económicos de una revisión sólo se retrotraen a los 3 meses previos a la solicitud (LGSS art.43-modif L 42/2006).

⁴⁷ El período de migración a Portugal quedó como laguna y al tratarse de una autónoma, no se cubrió con bases mínimas, como hubieran hecho la gestora en el marco del RGSS. Por ello, la base se le redujo de manera proporcional al tiempo transcurrido en Portugal en el marco del período de referencia, en torno a un tercio.

reguladora tanto más inferior cuanto menos tiempo hubiese cotizado en España, lo que no impide que además se le aplique a la pensión resultante la “prorrata temporis” que reduce aún más su monto.

b) Además, cuanto más cotice un trabajador migrante en otro Estado miembro de la UE, lógicamente menos tiempo tiene para cotizar en España en su período de referencia, en cuyo marco sólo se computan cotizaciones españolas reales. El sedentario cotizante en España, por su parte, dispone de toda su vida laboral para colmar el período de referencia de su pensión.

c) Apuntaba además el auto que este problema queda en manos del legislador nacional y que la intervención de este lo está acrecentando, pues las últimas reformas imponen un incremento paulatino del período de referencia. Como ya se ha señalado,⁴⁸ el numerador o dividendo queda siempre anclado en las cotizaciones reales españolas y el denominador o divisor aplicable se va a incrementar paulatinamente por el cambio legal. Motivo por el que no es difícil augurar un descenso importante del monto de las pensiones de los migrantes con escasos períodos de cotización españoles.

El Tribunal de Justicia, aceptando muchos de los argumentos del TSJ y del propio Abogado General,⁴⁹ concluyó lo siguiente:

1) El INSS no calculó correctamente la base de cotización media sobre cotizaciones reales españolas que le exigía la norma de coordinación. Siguiendo el sistema de cómputo nacional tomó en consideración para el cálculo períodos de seguro dónde no había cotizaciones españolas (los 5 años de laguna nacional). “Al contabilizar necesariamente con valor cero estos períodos, su cómputo produjo una reducción de la base media de la Sra. Salgado González”.

2) Admite el Tribunal de Justicia que tal reducción no se hubiera producido si la migrante “hubiera cotizado únicamente en España, sin ejercer su derecho a la libre circulación”. En suma, niega que su pensión se haya calculado “como si esta hubiera ejercido toda su actividad profesional exclusivamente en España”. Sobre este segundo punto, el Abogado General fue más allá y negó que la reducción de la cuantía teórica que la fórmula común nacional produce en los migrantes se pueda entender compensada por el hecho de que estos perciban otra pensión a prorrata, tal y como afirmaba la Administración española. Consideró que tal afirmación no sólo ignoraba las definiciones de cuantía teórica y prorrata temporis contenidas en los Reglamentos; sino que pasaba por alto la clara diferencia metodológica en el cálculo de la cuantía teórica y de la cuantía efectiva de la prestación prevista. Coincidió totalmente con su apreciación, pues no se puede trasladar la contributividad propia de la prorrata temporis a la determinación de la cuantía teórica, produciendo lo que la defensa de la migrante denomina de forma equívoca “doble prorrata” y que no sería más que una cuantía teórica intoxicada de contributividad y luego prorrata.

3) El Tribunal de Justicia, de acuerdo con el Abogado General⁵⁰ y con una de las propuestas interpretativas del propio TSJ de Galicia que había asumido éste, considera que tal vulneración de la libre circulación no se produciría si “la legislación nacional contemplara mecanismos de adaptación del cálculo de la cuantía teórica de la pensión de jubilación para tomar en consideración el ejercicio por parte del trabajador de que se trate de su derecho a la libre circulación. Concretamente, habida cuenta del procedimiento establecido en el artículo 162, apartado 2, de la LGSS, el divisor podría adaptarse para reflejar el número de cuotas efectivamente satisfechas por el asegurado por las remuneraciones ordinarias y extraordinarias”. En suma, un procedimiento de

⁴⁸ Ver supra pág. 2

⁴⁹ Ver Conclusiones presentadas el 13-9-2012

⁵⁰ Ver apdo. 44 de sus Conclusiones.

cálculo de la cuantía teórica que computa en el numerador exclusivamente las bases reales españolas existentes en el período de referencia y mantiene un denominador fijo y al margen de las bases computadas en el numerador, es contrario al derecho fundamental a la libre circulación. Afirmación de la que se puede deducir, en sentido contrario, que el Tribunal de Justicia estimaría conforme al Derecho comunitario la adaptación del sistema de cálculo español y, en concreto, del divisor considerando las cuotas reales españolas computadas en el dividendo.

Aunque podría entenderse que la sentencia no ofrece sino pautas al legislador español para que busque una fórmula más equitativa, lo cierto es que la reinterpretación de la normativa nacional en el sentido expuesto sería una forma de salvaguardar su corrección frente al Derecho de la UE. Así lo entendió de hecho la Sala de lo Social del TSJ de Galicia que consideró que existía ese margen interpretativo y procedió a la adaptación del divisor en su sentencia de 15-3-13, Rec 3645/07 que resuelve el fondo del asunto. El TSJ considera que “la base reguladora de su pensión de jubilación es el resultado de dividir el total de las cotizaciones españolas realizadas durante 8 años y 3 meses –un total de 99 meses-, que asciende a 71.746’24 euros, entre 115’5 –que son las pagas ordinarias y extraordinarias cotizadas durante 99 meses-”. Solución que supone una base reguladora de 621’17 euros que casi duplica la reconocida por el INSS.

Esta no fue la interpretación de los servicios jurídicos de la Gestora que restaron importancia al pronunciamiento considerando que:

a.- Versaba sobre los Reglamentos antiguos y se solventaría con la solicitud de revisión en el marco de los nuevos a la luz del Anexo XI.2.a) del Rgto CE/883/2004. Postura que parece desconocer los problemas de coberturas nacionales en el período de referencia no se solventan en el marco del Anexo XI que resulta inoperante en estos casos.

b.- La sentencia no ofrece una respuesta concreta sobre cómo se debe efectuar en estos casos el cálculo de la base reguladora, dejando al legislador la posibilidad de encontrar una fórmula más equitativa. Lo que sería tanto como permitir que en el ínterin se permitiera, sin más consecuencia, el incumplimiento del Derecho de la UE que no puede quedar impune y generaría una responsabilidad de la Administración que lo infringe.

En este contexto, a mi modo de ver, en el marco de los nuevos Reglamentos cada vez que resultara inoperante el Anexo XI, parecería aconsejable -como buena práctica- la adaptación del denominador con base en la doctrina Salgado expuesta. Permitiendo, a través de la adaptación del sistema de cálculo que propugna, una interpretación de la norma nacional de cálculo conforme al Derecho de la UE. En efecto, la adaptación del divisor de la base reguladora a las cotizaciones reales españolas satisfechas en el período de referencia, que propugna el Tribunal, elimina de raíz el problema de la laguna. La solución de esta sentencia merece una opinión positiva, por su utilidad y sencillez y porque resulta extrapolable a cualquier cálculo de cuantía teórica que de esta forma sería acorde con el derecho a la libre circulación de los migrantes. Además, el propio Abogado General consideró en sus conclusiones, aunque luego el Tribunal de Justicia entrase a valorar tal cuestión, que esta solución de adaptación del dividendo no parecía poner en peligro la sostenibilidad financiera del sistema nacional de pensiones español. Es cierto que en el caso concreto –a la luz del tiempo y cantidades cotizadas- no parece existir fraude alguno, sino tan sólo el ejercicio de la libre circulación en zonas fronterizas. Sin embargo, también lo es que los autónomos “bien informados” podrían darse de alta unos meses en España al final de su carrera por la base más alta que el RETA les permitiese siendo ése número de meses los que marcarían el cálculo de su

base reguladora y el denominador a aplicar a la misma.⁵¹ En todo caso, la existencia de un hipotético fraude, sin duda perseguible, no puede avalar que los derechos a pensiones contributivas de los trabajadores migrantes sigan sin tener cuantías justas.

VII. BUENAS PRÁCTICAS

Desde este trabajo se proponen las siguientes buenas prácticas a asumir por parte de las entidades gestoras:

- 1.- La aplicación del Anexo XI a todos los Regímenes y Sistemas especiales de nuestro sistema de Seguridad Social.
- 2.- La aplicación de la doctrina Salgado González ante la ineficacia o cobertura inferior que proporcione el Anexo XI en caso de presencia de lagunas parciales nacionales.
- 3.- Las gestoras deberían aplicar también de forma preferente y de oficio los convenios bilaterales más tuitivos para los intereses del migrante. Así como los sistemas de actualización de las bases de cotización expuestos en este trabajo, con base en la evolución del SMI e incluso la “triste” pensión mínima prorrateada equivalente al 50% del SOVI.

La evolución constante del procedimiento de cálculo exige una adecuación en paralelo de los criterios empleados por las gestoras nacionales. Estas deben proceder a revisar sus criterios, e incluso el monto de las pensiones calculadas erróneamente a la luz de las nuevas sentencias dictadas o de los cambios normativos -tanto nacionales como comunitarios- reflejados en este trabajo. Revisión que, por otro lado, nunca podrá dejar fuera a todos los beneficiarios cuyas pensiones quedaron fijadas por los tribunales en sentencias firmes denegatorias de sus pretensiones, al amparo de interpretaciones luego superadas. En efecto, no se puede hacer de peor derecho a quién reclamó en vía jurisdiccional que a quién se aquietó; debiendo prevalecer el derecho fundamental a la igualdad entre beneficiarios frente a los efectos de la cosa juzgada.⁵² Hasta que se produzca la incorporación o interiorización por los entes gestores de las pautas correctas para calcular las pensiones vía coordinación no se podrá calificar de buena noticia que estas normas comunitarias para el cálculo de las pensiones de jubilación y viudedad sean también las que se apliquen, en el marco de los “nuevos” Reglamentos, para determinar el monto de una pensión de incapacidad permanente por contingencias comunes.

⁵¹ En la vista celebrada el 24 de mayo de 2012, el INSS y la TGSS mencionaron la posibilidad que tiene el trabajador por cuenta propia de manipular el sistema español de la seguridad social ejercitando su derecho a la libre circulación. Ver Conclusiones del Abogado General apartado 45.

⁵² Ver sentencia del Tribunal Constitucional 307/2006

BUENAS PRÁCTICAS EMPRESARIALES EN LA APLICACIÓN DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESTABLECIDAS EN CONVENIO COLECTIVO

Esperanza Roales Paniagua*

I. El alcance de la nota de la voluntariedad en las mejoras. II. Regulación de las mejoras directas. III. Aplicación e interpretación de las mejoras voluntarias establecidas en convenio colectivo. IV. Cumplimiento de las mejoras voluntarias establecidas en convenio colectivo. 1. Aplicación del principio pacta sunt servanda. 2. Consecuencias del incumplimiento de las mejoras

I. EL ALCANCE DE LA NOTA DE LA VOLUNTARIEDAD

Solo hay que acercarse a la jurisprudencia y a la doctrina legal en materia de mejoras voluntarias de la Seguridad Social, para ver la litigiosidad que presenta esta materia. Hecho que resulta sorprendente, desde mi punto de vista, sobre todo si tenemos en cuenta las características y la naturaleza jurídica de las mismas. Nos encontramos ante una institución de carácter complementario al sistema público de prestaciones de la Seguridad Social, cuya implantación es absolutamente voluntaria para el empresario¹, como se establece claramente en el artículo 39 de la LGSS, independientemente del instrumento, individual o colectivo, que aquel haya elegido como vía de reconocimiento, siendo actualmente la fuente más frecuente de instauración de las mejoras voluntarias, los convenios colectivos.

El carácter voluntario también está implícitamente reconocido en el apartado primero del artículo 192 de la LGSS, al establecer con carácter potestativo para las empresas la posibilidad de mejorar directamente las prestaciones del Régimen General, siempre costeándolas a su cargo. Si excepcionalmente, se exigiera a los trabajadores una aportación económica, la inicial voluntariedad del empresario para establecerlas no es por sí misma suficiente, quedando condicionada a una autorización previa por el Ministerio de Empleo.

Sin embargo, ese carácter voluntario en el origen de la mejora², deviene en obligatorio una vez que la mejora se haya establecido, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 192, al disponer que cuando el trabajador haya causado el derecho a la mejora, << ...no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento>>.

El carácter voluntario de la mejora presente ineludiblemente en la decisión del empresario al reconocerlas en favor de los beneficiarios, desaparece en el instante

* Esperanza Roales Paniagua. Doctora en Derecho. Dpto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla. Este trabajo se inserta en dentro de las actividades del Proyecto I+D "Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario Para Reducir el Gasto Social con Coste Cero". Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ En los estudios realizados sobre la asistencia y las prestaciones complementarias libres contenidas en el artículo 41, in fine, de la CE, la voluntariedad se ha considerado como elemento definitorio del adjetivo libre. En este sentido F. SALVADOR PÉREZ, << Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social>>, *REDT*, núm. 43, 1990, pág. 514.

² Denominado << voluntariedad genética >> por C. GALA DURÁN, *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, Barcelona 1999, pág. 32.

mismo del reconocimiento³, exigiéndose para modificarlas o suprimirlas en unos casos, la concurrencia de voluntades externas al propio sujeto que las ha reconocido y, en otros, acudir a los procedimientos previstos en el ET en aquellos supuestos en los que el mantenimiento de la mejora suponga una excesiva onerosidad para el empresario⁴.

El recurso a un procedimiento u otro para su modificación o supresión, vendrá marcado por la vía que haya sido utilizada para su implantación: la autonomía colectiva y la autonomía individual. No siendo posible la supresión o modificación de la mejora por voluntad unilateral del empresario, ni tan siquiera en aquellos casos en los que la mejora se haya reconocido por voluntad unilateral del mismo⁵.

En el presente trabajo, se abordarán principalmente los principios que se deben tener en cuenta en la aplicación, modificación y supresión de las mejoras voluntarias, en aras a reducir la litigiosidad y evitar las consecuencias, que se pueden derivar del incumplimiento de las mismas, como la posibilidad de que el trabajador pueda extinguir su contrato de trabajo por la vía del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, como recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo en unificación de doctrina⁶.

II. REGULACIÓN DE LAS MEJORAS.

Atendiendo a la regulación establecida en la LGSS y en particular atendiendo al artículo 192 del mismo texto legal, las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, pertenecen al ámbito de las relaciones laborales en un sentido amplio, que comprende las relaciones individuales de trabajo y las colectivas entre los representantes de los trabajadores y empresarios. Así se desprende del citado artículo 192 en sus párrafos primero y segundo cuando alude a empresas en el establecimiento de las mejoras directas, a los empresarios a propósito de la anulación o disminución de las mejoras concedidas y a los trabajadores cuando al amparo de las mismas hayan causado el derecho a la mejora de una prestación periódica.

De la misma manera, la vinculación de las mejoras a las relaciones laborales se recoge expresamente en el apartado p) del artículo 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social al determinar la competencia de la jurisdicción respecto a los sistemas de mejoras siempre que su causa derive de un contrato de trabajo, convenio colectivo, pacto o acuerdo colectivo y decisión unilateral del empresario, pudiendo tener esta última carácter individual o colectivo. Ha desapareciendo así, el reconocimiento colectivo como rasgo identificativo que en otros tiempos se predicaba de las mejoras directas⁷ que, sin embargo, se mantiene para la mejora por el establecimiento de tipos de cotizaciones adicionales reguladas en el artículo 194 de la LGSS⁸.

³ R. ROQUETAS BUJ, *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los Planes/Fondos de Pensiones y los contratos de seguro*, Valencia 2010, pág. 26.

⁴ STS, 19 de marzo de 2001...recurso núm 1573/ 2000.

⁵ STS 20 de mayo de 2002, recurso. núm. 1235/200.

⁶ STS, 18 de febrero de 2013, recurso núm. 886\2012.

⁷ Al respecto, B. VALDÉS DE LA VEGA, *Mejoras voluntarias por edad de jubilación en la negociación colectiva*, Valencia, 1999, págs. 55 y 56.

⁸ La aplicación del artículo 194 de la LGSS debe hacerse de conformidad a lo establecido en el artículo 39.1 de la LGSS y en particular a los artículos 15 y ss. de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966, que regula a nivel reglamentario las mejoras voluntarias de la acción protectora del régimen general de la Seguridad Social. Uno de los requisitos que se establece en el artículo 17 de la última disposición para que el Ministerio pueda aprobar las mejoras por establecimiento de cotizaciones adicionales es que

Aunque está admitida la pluricausalidad en el reconocimiento y establecimiento de las mejoras, el soporte jurídico de la misma es la existencia de un contrato de trabajo, al que queda incorporada, independientemente de cual haya sido el instrumento utilizado para reconocerla y configurarla y del alcance individual y colectivo de la misma⁹.

1. Regulación por convenio colectivo

Podemos afirmar que la vía más frecuente de creación de las mejoras voluntarias es el convenio colectivo. Y aunque el reconocimiento de las mejoras tienen su base en el poder del dirección del que el empresario es titular¹⁰, cuando se establecen en los convenios colectivos como resultado de la autonomía colectiva en su vertiente normativa, se manifiestan como una expresión de la limitación al que queda sometido el poder de dirección del empresario. Esta heterolimitación por la concurrencia de voluntades colectivas externas a la del propio empresario, es asumida por este, desde el momento en que acepta que el establecimiento de las mejoras entren a formar parte de las materias negociables de cara a un futuro convenio colectivo, frente a la posibilidad de establecerlas unilateralmente o simplemente no reconocerlas dado el carácter voluntario de las mismas.

Respecto a tales mejoras voluntarias y a su configuración en la negociación colectiva, se ha de partir de la libertad de contratación colectiva y de la libertad de complementación voluntaria de las prestaciones de la Seguridad Social a tenor de los artículos 37.1 y 41 de la CE, respectivamente¹¹. A nivel infraconstitucional, las mejoras voluntarias como materia negociable encuentran su fundamento específico en la LGSS; en concreto en el artículo 39.2 de la LGSS al excluir como objeto de contratación colectiva la Seguridad Social, excepto en lo que a las mejoras voluntarias se refiere. La prohibición del artículo 39 ha que entenderla referida al intento de regular a través del convenio colectivo los niveles básicos y profesional de la Seguridad Social, pero no el complementario¹².

Por otro lado, el Estatuto de los Trabajadores en el artículo 85.1 permite normar sobre las mejoras al enumerar como contenido posible del convenio colectivo una serie de materias con carácter meramente enunciativo, con la única limitación del respeto a las

afecte a la << totalidad de las Empresas y trabajadores encuadrados en una Mutualidad laboral...>>. Según ha sido establecido por STSJ, País Vasco, de 3 de noviembre de 1998 recurso núm. 2398/1998, en su fundamento jurídico sexto, la interpretación de esta exigencia hay que encuadrarla en el contexto en que nace la norma que la establece, al haber sido dictada en un momento en que la gestión de la Seguridad Social correspondía a las Mutualidades Laborales y al Instituto Nacional de Previsión, entre otras, hasta que se produjo su extinción por el Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre. Así, se hacía necesario que estas mejoras fueran autorizadas por el Ministerio de Trabajo en cuanto repercutían directamente en las tareas recaudatorias y de reconocimiento de prestaciones que realizaban las Mutualidades Laborales.

Teniendo en cuenta el carácter de Texto Refundido de la actual LGSS, la interpretación del artículo 194 ha de hacerse en ese mismo sentido y se ha de entender que para que el Ministerio autorice la propuesta del empresario de mejorar las pensiones ya causadas o futuras por tipos de cotizaciones adicionales, tendrá que estar sujeta a un reconocimiento colectivo y se ha de seguir entendiendo que la autorización del Ministerio de Trabajo se exige y se refiere sólo a los supuestos en los que la mejora voluntaria por establecimiento de cotizaciones adicionales es gestionada por la Seguridad Social y establecida para un sector profesional considerado en su integridad.

⁹ Vid. STSJ, País Vasco, 12 de junio de 2012, recurso núm. 1493/2012.

¹⁰ B. VALDÉS DE LA VEGA, *Mejoras voluntarias...* op. cit., pág.60.

¹¹ SJ Contencioso-Administrativo, nº 28 de Madrid, de 6 de febrero de 2009 (JUR 2011\44423)

¹² STS, País Vasco, 3 de noviembre de 1998. cit.

leyes, por lo que no hay ninguna prohibición para llevar a cabo la ordenación colectiva de esta materia¹³.

De una lectura conjunta de los artículos 39 y 191 de la LGSS, se deduce que las fuentes reguladoras de tales mejoras son, además de estos preceptos y de las normas que los desarrollan, los pactos que las hayan creado, como los convenios colectivos. Así resulta que las condiciones, requisitos y elementos que configuran a cada mejora son los que se expresan en el convenio que la crea, por lo que para saber cuales son la estructura y características de una mejora hay que acudir en primer lugar al pacto que la haya instaurado.¹⁴

2.1.1 Gestión de las mejoras establecidas en convenio colectivo

Las empresas tienen la posibilidad en virtud del artículo 193.1 de la LGSS de gestionar la mejora de las prestaciones a favor de los trabajadores a las que se refiere el artículo 192 del mismo texto legal, por sí mismas, o a través de un sistema de externalización, según compromiso adquirido en convenio colectivo. En efecto, la gestión por terceros ajenos al propio empresario permite en principio una discrecionalidad por el empresario a la hora de elegir el sujeto que habrá de gestionarlas, como se deduce del artículo 193.1, in fine al referirse << a través de la Administración de la Seguridad Social, Fundaciones Laborales, Montepíos y Mutualidades de Previsión Social o Entidades aseguradoras de cualquier clase>>.

Por lo que se refiere a la gestión por entidades aseguradoras, esa inicial discrecionalidad está limitada por dos aspectos: por un lado, porque los compromisos por pensiones que los empresarios puedan acordar con sus trabajadores relativos a la protección de las contingencias de jubilación, invalidez permanente total, absoluta o gran invalidez y muerte, ya generen el devengo de una renta, una percepción de pago único o cualquier otra forma mixta de ambas, deberá instrumentarse necesaria y obligatoriamente mediante un contrato de seguro colectivo, un plan de pensiones o ambos instrumentos. Y por otro, cuando tratándose de mejoras directas no contempladas en los supuestos anteriores, un convenio colectivo determine la obligación de su aseguramiento en cuanto a su alcance y a su instrumentación, esto es debe existir una adecuación entre lo contenido en el convenio colectivo y en el sistema de externalización de las mejoras voluntarias.

En efecto, la empresa debe proceder al aseguramiento utilizando el instrumento elegido y pactado en convenio colectivo¹⁵ y como tomadora del seguro, es quien determina el alcance de la póliza, sabiendo de antemano el acuerdo alcanzado con los trabajadores, por lo que es responsable de cumplir con lo acordado y concertar la póliza en los términos que previamente había pactado y no dispensar una protección inferior a la requerida por el acuerdo alcanzado.¹⁶

2.1.1. Las mejoras voluntarias como contenido normativo del convenio colectivo.

¹³ Por todos, R. ROQUETAS BUJ, *Las mejoras voluntarias...* cit., pág. 61 y ss.

¹⁴ STS, 6 de octubre de 2010 (7805), recurso núm. 3423/2009.

¹⁵ STSJ Extremadura, 5 de marzo de 2012, recurso núm. 9/2012 y STSJ, Castilla-La Mancha, de 22 de octubre de 2008 recurso núm. 1959/2007.

¹⁶ STSJ País Vasco, 22 de diciembre de 2009 recurso núm. 2209/2009.

Las cláusulas de los convenios colectivos son la consecuencia inmediata del principio de la autonomía de la voluntad reflejada en un negocio jurídico contractual bilateral, esto es, la libertad para contratar o pactar, establecida en el artículo 1255 del CC y recogida en el ámbito colectivo laboral en el artículo 85.1 del ET: unas veces formulan reglas o compromisos para los propios sujetos negociadores, mientras que en otras se establecen reglas que van a afectar a otros sujetos. Así las cláusulas del convenio se dividen en obligacionales y normativas respectivamente dependiendo de los sujetos a los que afecte¹⁷.

La única limitación que se impone al principio de autonomía contractual en los dos preceptos mencionados es el respeto a la leyes lo que significa que las partes podrán establecer las obligaciones que tengan por conveniente y el sentido y alcance de las misma y es eso precisamente lo que le interesa al jurídico-analista. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, las razones o motivos por los que se llega a un pacto y no a otro, son cuestiones externas al propio negocio, -- al igual que las que impiden que el pacto se celebre-- y no se tendrán en cuenta a menos que se opongan a lo establecido en el artículo 1275 del CC.

La función de la negociación colectiva no es ya actualmente sólo la regulación y mejora de condiciones de trabajo sino que supone también un cauce de expresión de las funciones de gobierno de las relaciones convencionales y una herramienta en la gestión de la empresa¹⁸. Esta última función se hace más significativa en la negociación a nivel empresarial en donde el empresario y los trabajadores a través de sus representantes son parte activa en la negociación.

En la negociación a nivel de empresa el empresario permite que, determinadas decisiones que están vinculadas a su capacidad de autodeterminación y gestión de la organización empresarial y que puede aplicarlas sin necesidad de la anuencia de otros sujetos, como manifestaciones de la vertiente instrumental del derecho a la libertad de empresa, puedan verse limitadas con el concurso de otras voluntades ajenas a través de la negociación colectiva. Estas decisiones legítimas, tomadas por el empresario, pueden reducir los niveles de conflictividad en su empresa y suponen una autolimitación del mismo en tanto en cuanto éste acepta la introducción de aquéllas como materias a negociar en el convenio colectivo y, asimismo, una heterolimitación porque van a concurrir las voluntades de otros sujetos para configurar definitivamente el régimen de la institución de referencia. Ahora bien, no hay que olvidar que tanto la autolimitación como la heterolimitación son consecuencias claras del principio de autonomía de la voluntad y de la libertad contractual.

Con respecto a la naturaleza normativa u obligacional de las cláusulas convencionales que establecen mejoras voluntarias, la respuesta no es única y habrá que darla analizando no solo el contenido¹⁹, sino también la eficacia personal de las mismas. Así es cuestión pacífica que las obligacionales imponen a las partes compromisos instrumentales tendentes a lograr la aplicación eficaz de las condiciones que han sido pactadas, mientras que las normativas, dirigidas a todos los sujetos

¹⁷ L.M.CAMPS RUIZ, << Estructura de la negociación colectiva>> en *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*, Madrid, 2005, pág. 160.

¹⁸ M^a. JOSÉ RODRÍGUEZ CRESPO, *La administración del convenio colectivo*, Sevilla, 2006, pág. 43. Sobre las funciones del convenio colectivo estatutario, vid. J. LAHERA FORTEZA, *Normas laborales y contratos colectivos*, Madrid, 2008, págs. 201 y ss.

¹⁹ C. GALA DURÁN, *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, cit., pág. 230.

integrantes de la unidad de negociación, contienen los pactos que permiten configurar el convenio como norma jurídica, esto es su eficacia vinculante²⁰.

Si del contenido se deduce el reconocimiento de un complemento de una prestación del Sistema de Seguridad Social para todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio y la forma en que se llevará a cabo, como devengo de una renta, percepción de pago único o periódico o cualquier otra forma mixta de ambas, bien a cargo de las empresas o bien imponiendo a estas la obligación de suscribir determinadas pólizas, generando derechos que pueden ejercitarse directamente, la cláusula tendrá carácter normativo²¹ pues como ha establecido el Tribunal Supremo, << el contenido normativo del convenio no se agota en las normas de relación que tienen por objeto definir las condiciones de trabajo, la acción asistencial o el ejercicio de los derechos colectivos>>²².

Si por el contrario, la cláusula del convenio determina solo el compromiso de que la comisión paritaria estudie el establecimiento de pólizas de seguro que cubran determinados riesgos, tendrá carácter obligacional²³.

III. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS ESTABLECIDAS EN CONVENIO COLECTIVO

No cabe duda que el convenio colectivo se caracteriza por ser un acuerdo libremente adoptado en un procedimiento de negociación y por el carácter colectivo del mismo. La singularidad del procedimiento negociador y de las partes que lo llevan a efecto, junto a la peculiaridad de su objeto no desvirtúa la consideración de situar al convenio colectivo en la esfera jurídica de la teoría general de los contratos.

Si bien es cierto que tradicionalmente en la doctrina y en la jurisprudencia se ha venido calificando al convenio colectivo como norma²⁴, las reformas legislativas llevadas a cabo en nuestra disciplina han ido acentuado el carácter normativo o contractual del convenio colectivo. Podemos afirmar que en nuestra primera norma estatutaria, la intangibilidad del convenio colectivo era absoluta – la redacción del artículo 84 del ET era un claro ejemplo de ello-- y en aras de la estabilidad normativa del mismo no se permitían adaptaciones en su contenido durante su vigencia; mientras que actualmente, se permiten introducir cambios en la regulación de los convenios colectivos como se prevé expresamente en los artículos 41, 82.3 y 84 del ET. Esta quiebra en la eficacia normativa del convenio es la que fundamenta que en la doctrina se esté planteando la transformación de la naturaleza jurídica del convenio para ser cada vez más contrato y menos norma²⁵.

El resurgimiento del carácter contractual del convenio debe repercutir principalmente en lo referente a la aplicación e interpretación del mismo, para hacer más fluidas y

²⁰ STSJ, Asturias, 28 de enero de 2000, recurso núm. 1489/1999.

²¹ STSJ, Navarra, 28 de febrero de 2000, recurso núm. 22/2000; STSJ, Asturias, 28 de enero de 2000, cit., STSJ, País Vasco, 8 de abril de 1998, (AS 1998/2025).

No obstante se encuentra alguna sentencia en contra STSJ, País Vasco, de 19 de noviembre de 1993 recurso núm. 1837/1992, en referencia a una indemnización por invalidez cubierta con póliza de seguro

²² STS, 20 de diciembre de 1995, recurso núm. 3837/9486.

²³ STSJ, Cataluña, 29 de enero de 2001 recurso núm. 7613/2000

²⁴ Sobre la ruptura de las tesis normativistas en torno al convenio colectivo estatutario Vid. J. LAHERA FORTEZA, *Normas laborales y contratos colectivos*, cit., págs. 200 y ss.

²⁵ Vid. M^a JOSÉ RODRÍGUEZ CRESPO, *La administración del convenio colectivo*, cit., págs. 57 y ss.

flexibles las relaciones entre las partes negociadoras, y tener en cuenta que, el convenio como contrato colectivo, es fuente generadora de derechos y obligaciones²⁶.

Actualmente no se cuestiona por la jurisprudencia ni por la doctrina legal, la aplicación de toda la teoría de la interpretación de los contratos a los convenios colectivos, con el objeto de descubrir el verdadero sentido de sus cláusulas para determinar el exacto cumplimiento del mismo²⁷. La aplicación de la teoría civilista al ámbito de las mejoras voluntarias resulta imprescindible por el carácter voluntario de las mismas dado que es incuestionable que las disposiciones legales que regulan las prestaciones públicas y obligatorias de la Seguridad Social no les alcanzan²⁸. Es decir, el título constitutivo de la Seguridad Social complementaria, en nuestro caso, el convenio colectivo, debe ser interpretado con arreglo a las cláusulas que las establezcan como se dispone en los artículos 191 y 192 de la LGSS y a esta solución hay que atenerse aunque pudiera considerarse, que las condiciones, requisitos y elementos de las mejoras que han instaurado las partes, son inconvenientes o inapropiados de acuerdo con un criterio puramente tuitivo²⁹.

El principal criterio establecido en la hermenéutica de los contratos es atender al sentido literal de sus cláusulas del que habla el artículo 1281 del Código Civil, de forma que cuando los términos son claros y terminantes, no dejando dudas sobre la intención de los contratantes, debe estarse al indicado sentido literal, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación. Esta primera regla de interpretación determina que cuando la redacción dada a la mejora en el convenio colectivo es clara, no pueden hacerse interpretaciones extensivas a supuestos no contemplados específicamente por las partes, independientemente de la conveniencia que a los intérpretes les pueda parecer de acuerdo con criterios técnicos de protección³⁰.

No obstante, tampoco es admitido si más realizar una interpretación restrictiva del derecho a la mejora pactada colectivamente, sino que ante textos de dudosa redacción en los que no se puedan aplicar los criterios hermenéuticos habituales, << una interpretación armónica del ordenamiento jurídico remite a interpretar las mejoras voluntarias con criterios propios del Sistema de Seguridad Social, entre los que se encuentra el principio pro beneficiario >>³¹. Si bien la aplicación no restrictiva deriva más directamente del principio de buena fe.

En efecto, no se puede hacer omisión del principio de buena fe en los procesos interpretativos contractuales, pues aunque este principio no se contempla explícitamente en los preceptos dedicados a la hermenéutica de los contratos, es su carácter de principio general del derecho el que lo hace concurrir en materia de interpretación contractual, sobre todo en lo que respecta a la interpretación de las cláusulas oscuras. Mientras que las normas de interpretación contenida en el artículo 1282 y siguientes del CC tienen un carácter subsidiario en relación con el principal criterio establecido en el

²⁶ F. DURÁN LÓPEZ, << Los convenios colectivos, el sistema de fuentes y el sistema de relaciones laborales>> en *Estado social y autonomía colectiva: 25 años de negociación colectiva*, Madrid, 2006, pág. 103. También, M^a. JOSÉ ROFRÍGUEZ CRESPO, op., cit., pág. 62.

²⁷ STSJ, Islas Canarias, Las Palma, de 18 de mayo de 2011 recurso núm.886\2009.

²⁸ STS, 20 de marzo de 1997 recurso núm. 2730/1996.

²⁹ STS, 19 de enero de 2004, recurso núm. 2807/2002.

³⁰ STS, 31 de enero de 2007 recurso de casación para unificación de doctrina núm.5481/2005.

³¹ STS, 22 de noviembre de 2001 recurso de casación para unificación de doctrina núm. 4277/2010

artículo 1281, el principio de buena fe en la interpretación acompaña siempre a la labor hermenéutica cualquiera que sea la regla interpretativa empleada³².

IV. CUMPLIMIENTO DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS ESTABLECIDAS EN CONVENIO COLECTIVO

1. Aplicación del principio pacta sunt servanda.

En una secuencia lógica- jurídica y por seguridad jurídica a la libertad contractual de las partes se sigue la regla del respeto debido a lo expresamente pactado, conocido con el aforismo pacta sunt servanda³³, esto es, los contratos son celebrados para ser cumplidos: así se desprende claramente del artículo 1258 del CC, que también extiende la obligatoriedad de su cumplimiento a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe, poniendo de manifiesto el carácter integrador de dicho concepto. No obstante, el principio de buena fe no sólo se extiende al contenido secundario del contrato, sino que la buena fe es exigida primeramente en el cumplimiento del contenido principal del contrato³⁴ que es lo expresamente pactado; por ello, el incumplimiento por cualquiera de las partes supone además una actuación contraria al principio de buena fe que debe presidir las relaciones contractuales.

Lo pactado en convenio colectivo supone para las partes haber conseguido un punto de armonía en sus lógicas antagónicas y, por ello, el ordenamiento jurídico dota al convenio de estabilidad e intangibilidad y, aunque se permiten taxativamente excepciones a estas características, fuera de ellas, las partes no tienen libertad para incumplirlo si más³⁵. El incumplimiento del convenio supone algo más que el mero incumplimiento de un contrato, porque socava la confianza de la contraparte para futuras negociaciones poniendo en peligro la situación de paz laboral que genera la negociación y aplicación del convenio, y hace resurgir la desigualdad material de las partes que quedaba maquillada con la aplicación pacífica de aquél.

Una posibilidad teórica existente para la no aplicación de la disposición convencional por la empresa, sería la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, como excepción al principio pacta sunt servanda. Dicha excepción ha sido el cauce adecuado para justificar los efectos modificativos del cumplimiento de los contratos de tracto sucesivo³⁶, en casos de alteración sobrevenida de las circunstancias en que se constituyó la relación contractual.

³² J. B. JORDANO BAREA, afirma que el principio de buena fe domina todas las reglas de interpretación contractual, y por ello las torna en normas imperativas, incluidas la interpretación objetiva, vid. << La interpretación de los contratos >>, en Libro_Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo. Vol. I, Madrid, 1988, págs. 328 y 329.

En este sentido la STS de 5 de diciembre de 1992, en su fundamento jurídico segundo expresó: <<... en todo caso no se puede hacer omisión del principio de buena fe que debe concurrir en materia contractual y sin que ello suponga prescindir de la interpretación subjetivista que contempla el Código...>>.

³³ Vid, a título ejemplificativo, cómo se aplica también a los acuerdo de empresa Sentencia AN de 12 de abril de 2010, La Ley, 26625/2010.

³⁴ Al respecto, vid. F. CAMACHO EVANGELISTA, *La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones*, Granada, 1962, pág. 34.

³⁵ Vid. M^a. J. RODRÍGUEZ CRESPO, op. cit., pág. 59.

³⁶ La jurisprudencia de TS admite la aplicación de esta cláusula en los contratos de tracto sucesivo y muy excepcionalmente en los de tracto único Vid. SSTS 15 de noviembre de 2000 recurso núm. 3270/1995 y 10 febrero 1997, recurso núm. 650/1993. En contra, TS 17 de junio de 2005 recurso núm. 2263/1998.

Esta desobediencia al principio *pacta sunt servanda*³⁷ se presenta con carácter excepcional y ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia civil quien ha establecido unos requisitos rigurosos para su aplicación cautelosa --en términos de la Sala 1ª del TS--, que acaecen independientemente de la voluntad y de la previsión de las partes: estos son alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes que aniquilen el equilibrio de las prestaciones y, por último, que todo acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles³⁸.

La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito social, no es una cuestión pacífica. Todo depende de la consideración de la naturaleza jurídica del convenio colectivo como norma o como contrato. En mi opinión el convenio colectivo tiene un origen claramente contractual que se pone de manifiesto en el procedimiento de negociación colectiva, y es un acuerdo que se aplica durante un cierto periodo de tiempo que ha sido decidido por las partes, por tanto, nos encontramos ante un contrato de tracto sucesivo que es el campo natural de aplicación de la citada cláusula³⁹.

Que el convenio colectivo tenga fuerza vinculante no es óbice para impedir, en cualquier caso, la aplicación de la citada cláusula con todas las garantías que sean necesarias, ya que la eficacia del convenio se pone de manifiesto en el plano de los efectos que la ley otorga al acuerdo contractual.

El TS en pronunciamientos recientes ha establecido que la citada cláusula sólo podría ser aplicada restrictivamente cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en convenio colectivo, al entender que dicha institución no es aplicable a las normas jurídicas y el convenio colectivo lo es por tener eficacia normativa⁴⁰. En concreto, por lo que a las mejoras voluntarias se refiere encontramos pronunciamientos judiciales en los que se admitiría excepcionalmente la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* como fundamento para el no cumplimiento/aplicación de la mejora, cuando esta es considerada como condición más beneficiosa al quedar incorporada al nexo contractual, asumida por los trabajadores como una contraprestación más por la prestación de sus servicios⁴¹.

Al ser una importación del Derecho Civil, la doctrina legal del orden social viene admitiendo la no aplicación de la cláusula, cuando sea posible aplicar los procedimientos específicos *ad hoc*, establecidos en el Estatuto de los Trabajadores: descuelgue salarial y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo⁴², lo que al contrario significa que puede ser aplicada con carácter subsidiario a los

³⁷ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y otros *La eficacia del contrato*, www.tirantonline.com. Tol 1.803.702

A título ejemplificativo Vid. SSTs 15 de noviembre de 2000. cit.; 20 de febrero de 2001 recurso núm. 980/1996 y 25 de enero de 2007, sentencia núm. 79/2007.

³⁹ En contra M^aJ. ARDILLA MARQUÉS, *La indisponibilidad del convenio colectivo y sus límites*, Valencia 1999, pág. 94. Considera que la temporalidad natural de los convenios colectivos es un argumento para justificar la inaplicación de una cláusula contractual civilista.

⁴⁰ SSTs, 5 de abril de 2010 recurso núm. 119/2009 y 20 de septiembre de 2010 recurso núm. 190/2009.

⁴¹ STS, 19 de marzo de 2001, recurso núm. 1573/2000 y STSJ, Galicia, 10 de diciembre de 2008, recurso núm. 5433/2005

⁴² SSTSJ, Madrid, 25 de enero de 2000 recurso núm. 1862/1999; Baleares, 25 de abril de 2000 recurso núm. 113/2000; Madrid, 22 de diciembre de 2003 recurso núm. 5607/2003); Cataluña, 10 de septiembre de 2008 recurso núm. 3946/2008.

procedimientos especiales y directamente a aquéllas materias que no estén afectadas por los mismos⁴³.

Con respecto a las mejoras voluntarias la única posibilidad admitida para la no aplicación de la mejora establecida en el convenio colectivo sería la modificación *ante tempus* realizada por acuerdo expreso con los representantes de los trabajadores⁴⁴.

2. Consecuencias del incumplimiento de las mejoras

Cuando la mejora queda establecida en una cláusula normativa de un convenio colectivo, su contenido se aplica directa, inmediata e imperativamente sobre las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación, como consecuencia de los principios de automaticidad e imperatividad que se derivan de la eficacia normativa de los convenios colectivos.

Su incumplimiento genera una responsabilidad directa del empresario frente a los trabajadores en cuanto beneficiarios de las mismas⁴⁵ al incorporarse la mejora al contrato de trabajo.

Lo que no parece posible con la legislación actual es que el incumplimiento del empresario de las obligaciones asumidas voluntariamente en materia de mejoras voluntarias, pueda ser objeto de infracción administrativa, lo que se ha considerado deseable de << lege ferenda >>⁴⁶.

El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, no es aplicable, pues el artículo 20 limita las infracciones en materia de Seguridad Social, pero referidas al sistema público y obligatorio, no al complementario; tampoco puede ubicarse en el artículo 5, pues las infracciones laborales contrarias a las cláusulas normativas de los convenios colectivo quedan referidas a colocación, empleo, formación ocupacional, de trabajo temporal y de inserción sociolaboral, sin que el incumplimiento de las mejoras voluntarias, a pesar de formar parte del contenido normativo pueda reconducirse a alguna de ellas.

2.1. La resolución del contrato de trabajo por el artículo 50 del TRET.

El objeto del debate gira en torno a la aplicación del artículo 50 del TRET que permite la resolución indemnizada del contrato de trabajo a instancias del trabajador, cuando el empresario incumple sus obligaciones asumidas en materia de mejoras voluntarias. De las justas causas enumeradas para llevarlo a efecto, dicho incumplimiento puede ser ubicado en la letra c) del apartado 1 que establece << cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario >>.

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han coincidido en que cualquier obligación que incumbe al empresario frente al trabajador en calidad de contraparte de la relación laboral es susceptible de constituir justa causa de extinción, con

⁴³ La STSJ, Cataluña, de 3 de marzo de 2010 recurso núm. 233/2010, aplica la cláusula *rebus sic stantibus* en un pacto de compensación de exceso de horas mediante descansos por un posterior ERE que suspende los contratos, lo que lleva a que no exista exceso de jornada que se pueda compensar.

⁴⁴ STS, 18 de febrero de 2010 recurso núm. 87/2009.

⁴⁵ Al respecto, C. GALA DURÁN, *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, cit., pág. 230.

⁴⁶ Op. et loc. ul. cit.

independencia que el origen de aquella sea contractual o convencional⁴⁷. Lo que se exige para ello es que el incumplimiento sea grave, utilizando como parámetros la intensidad del incumplimiento, voluntariedad, reiteración, perjuicio económico causado al trabajador, etc⁴⁸.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la virtualidad que tienen, las irregularidades o falta de pago por el empleador del complemento por incapacidad temporal establecido en convenio colectivo, para fundamentar la resolución del contrato de trabajo. Así ha considerado que cuando el empresario desatiende en forma voluntaria, grave, y reiterada su deber de abonar el complemento de mejora del subsidio del incapacidad temporal pactado en convenio, durante todo un año, ha incurrido en la justa causa de extinción del contrato de trabajo que tipifica el artículo 50.1.c) del TRET.

Admitida plenamente por la jurisprudencia y doctrina legal, la posibilidad de ubicar los incumplimientos referidos a las mejoras voluntarias en el apartado c) del artículo 50⁴⁹, será cuestión de valorar la gravedad del mismo para que prospere o fracase la resolución contractual solicitada.

⁴⁷ C. VIQUEIRA PÉREZ, *La resolución del contrato de trabajo a instancias del trabajador*, Madrid, 1994, págs. 76 y ss. Vid. STS, 2 de noviembre de 1996, recurso núm. 1176/1996.

⁴⁸ R. ÁLVAREZ GIMENO, *La extinción del contrato de trabajo por incumplimientos empresariales en materia de Seguridad Social*, AS, núm. 10, 2010.

⁴⁹ STS, 18 de febrero de 2013 recurso núm. 886/2012, STS, 2 de noviembre de 1996, recurso núm. 1176/1996, STSJ, Castilla y León, Burgos, 22 de marzo de 2012 recurso núm. 147/2012, STSJ Murcia, 13 de diciembre de 2010, recurso núm. 589/2010 y STSJ Extremadura, 13 de diciembre de 2011, recurso núm.572/2011.

EL AUXILIO POR DEFUNCIÓN: UNA PRESTACION DENOSTADA

María Dolores Ramírez Bendala*

I. Introducción. II. Breve reseña histórica. III. Régimen jurídico. 1. El hecho causante. 2. Sujeto causante. 3. Beneficiarios. 4. Contenido de la prestación. 5. Gestión de las prestaciones. 6. Conclusiones

I. INTRODUCCION

El Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social¹ (TRLGSS), encuadra, dentro de su Capítulo VIII, las Prestaciones por Muerte y Supervivencia. Estas prestaciones vienen a proteger a determinados sujetos, frente a estados de necesidad, causados por la merma de ingresos o aumentos de gastos, derivados del fallecimiento del sujeto causante. Entre aquellas, se encuentra el denominado Auxilio por Defunción, cuya finalidad esencial es la cobertura de los gastos del sepelio que tienen que sufragar los supervivientes, cuando se produce el óbito. A lo largo de este estudio, se analiza esta protección que otorga el sistema de seguridad social, desde distintas perspectivas, con el intento de ofrecer una visión específica del mismo, que ayude a comprender el olvido del que ha sido objeto por parte del legislador.

II. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

Las primeras manifestaciones de esta figura aparecen ligadas a técnicas prevencionistas, encaminadas a paliar estados de necesidad derivados de las situaciones de desprotección a que se enfrentaban los trabajadores y sus familiares. Así, a finales del Siglo XIX las sociedades de socorros mutuos (asociaciones voluntarias sin ánimo de lucro²) recogían entre sus fines la ayuda mutua entre los socios, ante las dificultades derivadas de pérdidas económicas de alguno de sus miembros a causa de enfermedades, accidentes o muerte. En muchos casos, estas sociedades incluían la protección de los familiares del socio partícipe, y en determinados supuestos, las sociedades recogían entre sus aplicaciones, ayudas económicas que pretendían sufragar los gastos derivados del sepelio. Las bases de estas agrupaciones eran la solidaridad y la voluntariedad, por lo que no dejaba de ser una manera de articular la protección social ajena a las funciones estatales.

No es hasta principios del siglo XX, cuando encontramos la primera regulación, de carácter general, de la protección por muerte y supervivencia. La Ley de Accidentes de Trabajo, la llamada Ley Dato de 1.900³, estableció un sistema de responsabilidad objetiva del empresario en los supuestos de accidente de trabajo de sus obreros, fijando

* María Dolores Ramírez Bendala. Profesora del Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Este trabajo se inserta en dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario Para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por la que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

² Los aseguradores eran a su vez los asegurados, obteniendo la ayuda necesaria cuando se materializara la situación de necesidad.

³ Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900.

indemnizaciones y cobertura de gastos médicos y farmacéuticos, que debían ser satisfechos por el patrono. El artículo 5º de esta Ley, establecía la obligación del patrono de sufragar los gastos del sepelio, si el accidente produjese la muerte del obrero. Estos gastos no podían superar la cantidad de 100 pesetas. Se configuraba como una responsabilidad objetiva, que podía asumir directamente el empresario o que podía ser objeto de aseguramiento.

Posteriormente, la Ley de 1.922⁴, en su artículo 6º volvió a regular la obligación de abono de gastos del sepelio, remitiéndose al reglamento de desarrollo para el establecimiento de las cuantías. Se fijaron las mismas, en función del número de habitantes de la población donde ocurriera el fallecimiento. Para una población de 20.000 habitantes la cuantía ascendía a 100 pesetas, aumentando a 200 si la población era superior.⁵

EL Decreto de 22 de junio de 1.956⁶, en su artículo 54 aumenta la cuantía destinada a gastos de sepelio, indicando que consistirá en una indemnización cifrada en el importe de dos mensualidades del salario del causante, no pudiendo ser nunca inferior a 1.000 pesetas.

Por otro lado, el Mutualismo laboral, estableció una protección social complementaria, ampliando la cobertura frente a los riesgos derivados de la muerte del trabajador. Las cuantías prestacionales dependerían de la regulación que de las mismas hiciera cada mutualidad, estableciéndose así notables diferencias en función de sectores o localidades.

El punto de inflexión lo marca la Ley 193/1.963⁷, al establecer, por primera vez, un régimen jurídico, con técnicas específicas de protección; gestionado, bajo la dirección, vigilancia y tutela del Ministerio de Trabajo, por entidades gestoras específicas: Instituto Nacional de Previsión y Mutualidades Laborales. Reconoce la función de Estado como garante de la protección y amparo de los ciudadanos, y la necesidad de establecer un Sistema de Seguridad Social. En este contexto, la Base 10ª recoge, bajo el título de “Muerte y Supervivencia”, los subsidios y pensiones que se derivan de esta contingencia. Entre ellos, el Subsidio de Defunción para hacer frente a los gastos de sepelio, otorgándolo a quien haya sufragado los costes del mismo.

Posteriormente, la Ley de Bases de 1.966⁸ vuelve a regular el subsidio de defunción, enmarcándolo entre las prestaciones de muerte y supervivencia, sin distinción entre la causa motivadora del fallecimiento y ampliando el ámbito subjetivo de los beneficiarios a familiares y convivientes.

El desarrollo reglamentario de esta prestación⁹, vino a establecer la cuantía de la misma, fijándola en 5.000 pesetas, cuando el beneficiario sea alguno de los familiares del fallecido; o el importe de los gastos del sepelio, sin que pueda rebasarse la cantidad

⁴ Ley de Accidentes de Trabajo de 29 de diciembre de 1922.

⁵ SEMPERE NAVARRO, A., MONTOYA MELGAR, A., “Comentarios a la Ley General de Seguridad Social”, pg. 898. Laborum 2003.

⁶ Aprueba el Texto Refundido de la Legislación de Accidentes de Trabajo y Reglamento de Aplicación.

⁷ Ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963.

⁸ Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprueba el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre de 1963.

⁹ Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre y Orden de 13 de febrero de 1967.

anterior, cuando el subsidio se satisfaga a persona distinta de los familiares indicados en la norma, y que demuestre haber soportado los gastos. Incluso prevé el supuesto de que nadie atienda el sepelio siendo entonces beneficiaria la Mutualidad Laboral.

Esta regulación es la que permaneció inalterada en el texto de 1.974¹⁰, con la única excepción del cambio de denominación (auxilio de defunción), y la que se mantiene en la normativa vigente¹¹, con algunas modificaciones introducidas en relación a beneficiarios y cuantía y que serán analizados.

III. RÉGIMEN JURÍDICO

La regulación jurídica del auxilio por defunción, la encontramos, con carácter general, en el TRLGSS, dentro del Capítulo VIII, dedicado a las prestaciones por muerte y supervivencia, que tienen, como nota común, el hecho causante: fallecimiento de un sujeto, que da lugar a un incremento de gastos o defecto de ingresos, que repercuten directamente sobre los familiares o sujetos, que convivieran con el mismo, en el momento del fallecimiento. Precisamente, es esa la necesidad que pretende obtener protección a través de esta regulación. El Art. 171 TRLGSS contiene la enumeración legal de las prestaciones que se pueden generar en caso de muerte, cualquiera que sea su causa, a favor de los sujetos beneficiarios: auxilio por defunción, pensión vitalicia de viudedad, prestación temporal de viudedad, pensión de orfandad, pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal en favor de familiares y en caso de muerte causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional se concederá, además, una indemnización a tanto alzado¹².

Es el artículo 173 del TRLGSS, el que expresamente define la finalidad del auxilio por defunción, estableciendo el derecho al percibo, de forma inmediata, de esta prestación, en el supuesto de fallecimiento del causante, para hacer frente a los gastos del sepelio. Se configura así legalmente, como una cantidad económica destinada a sufragar los gastos derivados de la muerte del sujeto que la genera, y cuyos beneficiarios serán aquellos que acrediten haber soportado dichos gastos.

Se completa el régimen jurídico del auxilio por defunción, con las prescripciones contenidas en el Decreto 3158/1966¹³, algunas de cuyas disposiciones están hoy derogadas, pero manteniendo vigencia las relativas a esta prestación. Específicamente, en el Capítulo V, Sección 2ª, artículo 30 establece y fija la cuantía de la misma: cinco mil pesetas cuando el beneficiario sea alguno de los familiares del fallecido, a los que luego aludiremos, o, en el supuesto de gastos satisfechos por personas distintas, el importe de los gastos ocasionados por el sepelio, estableciendo como límite el importe anterior, y siempre que acrediten haber sufragado dichos gastos¹⁴. Dichas cantidades consistirán en un pago único.

¹⁰ Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

¹¹ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por la que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

¹² Redactado por el apartado uno del artículo 5 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social.

¹³ Decreto de 23 de diciembre de 1966, que 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.

¹⁴ Modificado por la D.A. 10ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

La Ley de la Seguridad Social de 1.966 y el Reglamento anterior, precisaban, para su efectividad, de disposiciones de aplicación y desarrollo, función que viene a realizar la Orden de 13 de febrero de 1.967¹⁵, que continua parcialmente en vigor y contiene algunas prescripciones que deben ser consideradas.

Llama la atención el hecho de que la normativa reguladora de esta prestación, no ha sufrido cambios significativos, salvo algunos relativos a su denominación (subsidio, auxilio), a sujetos beneficiarios y al incremento de la cuantía, totalmente deficientes. Estamos, por tanto, ante una regulación obsoleta y desfasada, que requiere cambios normativos profundos, sobre todo relacionados con el contenido económico del auxilio por defunción.

1. El hecho causante

Es indudable, que el hecho causante que genera el nacimiento del derecho a esta prestación, lo determina el fallecimiento del sujeto causante. Ya en la Orden de 1.967, se hace referencia a muerte, “cualquiera que sea su causa”, incluyéndose, por tanto, los supuestos de muerte natural como la derivada de otros acontecimientos: accidentes o enfermedades sin distinción entre contingencias comunes o profesionales. Considera, además, que la prestación se entenderá causada en la fecha en que se produzca el óbito del sujeto causante. En el mismo sentido, el artículo 173 del TRLGSS alude a “fallecimiento”, sin distinción de las causas que lo hayan producido, y de percepción inmediata del auxilio, una vez constatado aquél. Este extremo deberá ser acreditado mediante el Certificado del Acta de defunción.

Supuesto particular, es el de los trabajadores que hubieren desaparecido con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible su muerte. El artículo 172.3 TRLGSS reconoce el derecho a causar prestaciones por muerte y supervivencia, si no se han tenido noticias del sujeto durante los noventa días naturales siguientes al acaecimiento del suceso, sin embargo, excepciona de esta regla al auxilio por defunción. Éste requiere la exigencia de previa declaración de fallecimiento, la acreditación indubitada del hecho causante, y por ende, del sepelio. No existiendo tal, no tiene sentido esta prestación (al no haber sepelio no hay gastos). Sobre este extremo, tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de diciembre de 2004.

Aspecto a destacar, es el reconocimiento y la concesión por imperativo legal del auxilio por defunción. Como han manifestado los tribunales, la obligación legal del pago por auxilio de defunción, nace por imperativo de la ley; el derecho surge “ope legis”, sin necesidad de reconocimiento judicial expreso y previo, mediante sentencia judicial. El derecho a su percibo no puede venir condicionado a una previa declaración judicial. En la STSJ de Cataluña, de 18 de julio de 2001, el INSS reclama el reintegro de prestaciones indebidas, en concreto el auxilio por defunción, al entender que la sentencia que reconoció las pensiones de viudedad y de orfandad, no contenía pronunciamiento expreso sobre aquél. Entiende la sala, que el INSS no puede soslayar

¹⁵ Establece normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social.

su obligación legal, con fundamento en dicho reconocimiento mediante sentencia; su concesión viene dada por imperativo legal¹⁶.

2. Sujeto causante

A diferencia de otras prestaciones, en ésta, el sujeto causante y el beneficiario no coinciden en la misma persona. El primero será el fallecido, y el segundo los familiares o sujetos que conviviesen con él o que hayan sufragado los gastos del sepelio.

La Orden de 1.967 relaciona, en su artículo dos, a los que entiende como causantes del subsidio por defunción. El Art. 172 del TRLGSS, igualmente, concreta qué sujetos generan, a favor de los beneficiarios, este auxilio. Con carácter general, pueden causar derecho a prestaciones por muerte y supervivencia: las personas integradas en el Régimen General que cumplan la condición general exigida en el artículo 124¹⁷; los perceptores de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural; los pensionistas por incapacidad permanente y jubilación, ambos en su modalidad contributiva. No es necesario acreditar periodo determinado de cotización para causar derecho al auxilio por defunción.

Merece una atención especial, el análisis, en este punto, del requisito, exigido legalmente, de encontrarse en situación de alta o asimilada al alta en el momento del hecho causante. Es indudable, que por la ubicación de este auxilio entre las prestaciones de muerte y supervivencia, la misma se vincula a un criterio estrictamente profesional para poder generar el derecho al mismo. De esta forma, la ley establece que serán sujetos causantes, entre otros, las personas integradas en el Régimen General que cumplan las condiciones exigidas en el Art. 124. Una de éstas, hace referencia a la situación de alta o asimilada al alta, que deben acreditar los sujetos que pretendan beneficiarse de esta prestación. Sin embargo, en la práctica, surgen diversas situaciones donde el alta o situación asimilada, no solo no se puede acreditar, sino que efectivamente no se cumple. En estos casos, si nos atenemos a la regulación expresa, los derechohabientes no podrán exigir prestaciones derivadas del fallecimiento, entre éstas el auxilio por defunción, pues al no cumplir una de las condiciones exigidas al sujeto causante, no habría lugar al reconocimiento del derecho. Estaríamos ante supuestos donde, la imposibilidad de dar cumplimiento al requisito de alta o situación asimilada al alta, generaría situaciones de desamparo para quienes son derechohabientes del sujeto causante, al excluirles de la protección. Estas situaciones han sido objeto de numerosos pronunciamientos judiciales, que han dado lugar a una doctrina jurisprudencial que hace una interpretación flexible y humanizadora del cumplimiento del requisito que se comenta. En efecto, el Tribunal Supremo atenúa la condición de alta o situación asimilada en el momento del hecho causante, en relación con prestaciones por muerte y supervivencia, no exigiendo ésta de forma rigorista, sino atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, con el fin de no privar del derecho a estas prestaciones, a quienes puedan ser beneficiarios, por el mero hecho de no estar, el sujeto causante, en situación de alta en la fecha del fallecimiento; todo ello, al objeto de evitar situaciones excluyentes de la protección, en atención a acontecimientos ajenos a la voluntad del trabajador, que impidieran el mantenimiento del alta o situación asimilada. Entiende,

¹⁶ En el mismo sentido la STSJ de Asturias de 17 de septiembre de 2004.

¹⁷ Básicamente 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.

que las circunstancias personales deben valorarse individualmente, para ponderar este requisito, y analizar, de esta forma, la voluntad del sujeto de no apartarse intencionalmente del mundo laboral, manteniendo vivo el “*animus laborandi*”: trabajador fallecido que padecía graves enfermedades con anterioridad al deceso; causante afectado de enolismo crónico, pancreatitis aguda, alcoholismo y síndrome depresivo; trabajador afectado por VIH, que alterna periodos de trabajo con periodos de desempleo antes del fallecimiento¹⁸.

Sin embargo, en otros supuestos que han sido objeto de debate en sede judicial, no se ha reconocido el derecho al auxilio por defunción al no existir inscripción como demandante de empleo durante largo periodo de tiempo, al entender, que para considerar situación asimilada al alta, al paro involuntario después de agotar prestaciones contributivas o asistenciales, debe mantenerse la inscripción en la oficina de empleo, debiendo ser ésta continuada y permanente. El hecho de no inscribirse como demandante de empleo, durante un largo periodo de tiempo (aunque procediera posteriormente a su inscripción hasta el fallecimiento), determina la falta de voluntad de querer trabajar, no pudiéndose aplicar la doctrina jurisprudencial flexibilizadora. Faltando uno de los requisitos esenciales exigidos para el surgimiento del derecho, éste no puede ser reconocido. Es cierto, que excepcionalmente, se acepta que el causante se considere en situación asimilada al alta, aun sin inscripción en la oficina de empleo, pero siempre que concurren causas excepcionales (enfermedad, trastorno mental u otros análogos) que la justifiquen¹⁹. De la misma forma, no se justifica, de ningún modo, la desvinculación del mundo laboral y del sistema de seguridad social, ni siquiera paliada por una estancia en prisión, cuando en un prolongado espacio temporal no hubo situación ni de alta ni asimilada al alta. Es cierto, que intervalos de breve duración –en relación con la vida laboral del sujeto– en la inscripción como demandante de empleo, o la inexistencia de demanda de empleo debida a cuadros depresivos o étlicos, o a internamientos hospitalarios, no suponen incumplimiento del requisito. Sin embargo, la dilatada situación de paro, sin protección económica ni inscripción en la oficina de empleo, hacen que sea imposible acreditar la condición exigida para causar el derecho a prestaciones de muerte o supervivencia. Si el causante se mantuvo seis años sin actividad laboral, y sin inscripción en oficina de empleo, no suponiendo un cambio cualitativo la postrera inscripción como demandante, ni los periodos de prisión en ese contexto que le antecede, impide considerar cumplidos los requisitos legales exigidos para generar el derecho a prestaciones de muerte y supervivencia²⁰.

3. Beneficiarios

De una primera lectura del artículo 173 TRGSS, se infiere la indeterminación de los sujetos que pueden ser beneficiarios del auxilio por defunción, pues sólo hace referencia a los sujetos que hayan soportado los gastos de sepelio. Se establece, de esta forma, quien va a ser el beneficiario, no exigiendo ningún requisito adicional, de parentesco o convivencia, para poder ser acreedor del derecho: quien ha sufragado los gastos del sepelio. Es evidente, que se exigirá que se acredite fehacientemente este hecho. En principio, cualquier persona que certifique haber sufragado estos gastos puede ser beneficiaria de la prestación, independientemente de su cualidad como

¹⁸ Entre otras las SS TS (unificación de doctrina) de 19 de diciembre de 1996, de 19 de noviembre de 1997, de 12 de marzo de 1998, de 9 de diciembre de 1999 y de 17 de abril de 2000.

¹⁹ STSJ de Galicia de 31 de octubre de 2001.

²⁰ STSJ de Galicia de 12 de noviembre de 2004.

persona física o jurídica, o de la relación de parentesco que le vinculara con el fallecido. A mayor abundamiento, si nadie atendiese al sepelio del fallecido, la Orden de 1.967, establece que será la Mutualidad²¹ la que lo haga, sin que los gastos puedan exceder de la cuantía señalada para la prestación. Resulta irrisorio pensar que, con la cuantía fijada actualmente, puedan ser atendidos estos gastos.

Es en la segunda parte del artículo que se comenta, donde la ley establece una presunción *iruris tantum*, de que los gastos han sido satisfechos por sujetos unidos al causante por vinculaciones familiares o de convivencia. Así, establece un orden de prelación en el que la presunción operará a favor de los sujetos así enumerados. En primer lugar, la presunción acoge al cónyuge superviviente o al sobreviviente de una pareja de hecho²²; en segundo lugar los hijos del fallecido y en tercer lugar los parientes que conviviesen con él habitualmente. No aclara la norma como debe ser esa convivencia habitual, ni especifica el grado de parentesco que deben ostentar estos beneficiarios. Algunos autores consideran que esa convivencia debe ser interpretada en un sentido amplio (“no solamente la convivencia física, sino también de dependencia económica” pudiendo servir de criterio orientador la prestación a favor de familiares)²³.

Por supuesto, es esta una presunción que puede ser destruida mediante prueba en contrario, simplemente acreditando y certificando documentalmente que los gastos han sido abonados por sujetos diferentes a los que alude la norma. En este caso, éstos serán los beneficiarios.

3.1. Algunas especialidades

Al abordar el estudio de los beneficiarios, hemos de acudir a pronunciamientos judiciales, no muy abundantes, que analizan este aspecto en situaciones y ante circunstancias muy concretas. En primer lugar, la presunción establecida en el artículo 173 del TRLGSS, podría quedar rota por el divorcio existente entre la supuesta beneficiaria y el fallecido. Y ello, porque el divorcio parece conllevar de por sí la ruptura de la convivencia entre los que eran cónyuges. Sin embargo, si se demuestra existir real convivencia en el momento del óbito, a pesar de que el vínculo conyugal estaría disuelto por el divorcio, se le reconocería el derecho a la prestación, a la que en su momento fue esposa del causante²⁴.

De la misma forma, aún conviviendo con el fallecido, si no acredita haber efectuado el abono de los gastos del sepelio, no puede presumirse que fuera quien los soportó, siendo entonces beneficiario quien realmente efectuó el pago de dichos gastos²⁵.

Supuesto muy específico, es el resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia de 27 de octubre de 2010, confirmando la de instancia, y que fue objeto de recurso en unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo²⁶, que lo

²¹ Esta referencia se entiende hecha, en la actualidad, a Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

²² Nueva redacción dada por el apartado dos del artículo 5 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

²³ RODRIGUEZ INIESTA, G., “Las prestaciones por muerte y supervivencia”, Laborum, 2009.

²⁴ STSJ de Andalucía de 8 de abril de 2003.

²⁵ STSJ de Andalucía de 21 de septiembre de 2007.

²⁶ STS de 9 de marzo de 2010.

desestimó, pero aportando un planteamiento novedoso. Según el relato de los hechos, el trabajador accidentado y consecuentemente fallecido, de nacionalidad dominicano, trabajaba para una empresa, utilizando para su contratación con ésta documentación de un compatriota. La empresa procedió a su alta y cotizaciones con aquella identidad. Acaecido el accidente laboral, y tras diligencias penales seguidas con motivo del accidente, se pudo constatar que el trabajador fallecido se encontraba en situación irregular en España, careciendo por ello, en el momento del accidente, de contrato y alta en seguridad social. Ante la solicitud de la viuda al INSS de las prestaciones de muerte y supervivencia correspondientes, ésta vio denegada la misma, al no estar el sujeto causante en alta, y no aportar pruebas de su relación laboral por cuenta ajena. Presentada demanda ante la jurisdicción social, la sentencia de instancia le reconoce el derecho al percibo de las prestaciones, tanto el auxilio de defunción, como viudedad y orfandad reclamadas. Esta sentencia es objeto de recurso de suplicación, interpuesto por la mutua de accidentes de trabajo, viendo desestimada su pretensión, al considerar la sala que, los posibles beneficiarios de las prestaciones por muerte y supervivencia, no fueron los falsificadores de la documentación utilizada por el causante para formalizar el contrato de trabajo. La identidad falsa, no altera el hecho real de la prestación de trabajo y la existencia de aseguramiento, de un trabajador determinado. En este supuesto, el trabajador falleció y con su muerte se extinguieron sus posibles responsabilidades. Éstas no pueden ser trasladadas a la viuda e hijos, no pueden ser imputados por ellas, convirtiéndose entonces en beneficiarios de las prestaciones pretendidas.

Otras dudas se plantean, en relación a los sujetos beneficiarios del auxilio de defunción, cuando éstos sean condenados por homicidio, en el contexto de la violencia doméstica o de género, cuando la víctima sea la causante de la prestación. El INSS se ha pronunciado en relación a la pensión de viudedad, declarando la pérdida de la condición de beneficiarios de estos sujetos. Ha extendido, además, los efectos de esta pérdida a otras prestaciones, como el auxilio por defunción. En el Criterio 46/1999²⁷ se analiza esta cuestión, y concluye que, al tratarse de una prestación que se reconoce sin acreditación previa del gasto, por efecto de la presunción establecida en el artículo 173 TRLGSS, al cónyuge superviviente o al sobreviviente de una pareja de hecho, hay que evitar que el autor del delito se lucre a costa de la víctima. Sin embargo, hemos de suponer que si prueba el gasto si podría ser beneficiario del auxilio por defunción²⁸.

4. Contenido de la prestación.

La prestación de auxilio por defunción consiste en una cantidad fija, a tanto alzado, que se abonará de forma inmediata a los sujetos beneficiarios, sin exigencia de requisito adicional de periodo de cotización. El abono lo efectuará la Entidad Gestora a quien haya soportado los gastos del sepelio.

La concreción de la cuantía se encuentra en el Decreto 3158/1.966, y la Orden de 1.967 que la establecen en 5.000 pesetas, cuando el beneficiario sea alguno de los familiares del fallecido, o el importe de los gastos del sepelio, sin que pueda rebasarse la

²⁷ Criterio 46/1999, de 3 de abril de 2009.

²⁸ FARALDO CABANA, C., “La pérdida de la condición de beneficiario de la pensión de viudedad del condenado por homicidio o lesiones en el contexto de la violencia doméstica y de género”, Relaciones Laborales, N° 13, La Ley, 2012.

cantidad anterior, cuando el subsidio se satisfaga a persona distinta de los familiares mencionados en la norma, que demuestre haber soportado los gastos.

Indicar, que estas cantidades, fueron objeto de incrementos en el año 2007²⁹. Efectivamente, la Ley 40/2007, en su disposición adicional décima, contempló la necesidad de actualizar el importe del auxilio por defunción, aunque lo hizo de forma muy insuficiente. Estableció el incremento de la prestación en un 50 por ciento, en los próximos cinco años, a razón de un 10 por ciento anual. A partir de ese momento, en cada ejercicio, se actualizará con arreglo al índice de precios al consumo. Actualmente y para el ejercicio 2013 la cuantía de esta prestación está fijada en 46,41 euros, cuantía del todo irrisoria y deficiente si se atienden a los costes reales de un sepelio.

4.1.- Una visión hacia el exterior

Si hacemos una breve aproximación, a la regulación y contenido de esta prestación en otros países de nuestro entorno, el resultado no puede ser más desalentador. En los países de la Unión Europea que reconocen el derecho a prestaciones de esta naturaleza, encontramos algunos sistemas donde se combina el criterio de carencias de rentas o recursos de los beneficiarios para obtener la prestación y determinar su cuantía. Esto, unido al importe que se reconoce, hace pensar que en nuestro sistema no tiene cabida la regulación actual, del todo obsoleta e insuficiente.

Así, en Austria se puede abonar una ayuda para cubrir los gastos del sepelio (*Zuschuss zu Bestattungskosten*) en caso de que los derechohabientes carezcan de recursos. El importe de esta ayuda puede ser de hasta 436,04 euros.

Dinamarca regula el auxilio por defunción (*begravelseshjaelp*) conectándolo con el derecho al percibo de prestaciones sanitarias. El importe de la ayuda será, como máximo de 1.332 euros, dependiendo de la situación familiar y de los recursos del difunto.

En Francia el auxilio por defunción asciende a 90 veces el salario base diario del asegurado, estableciéndose unos topes máximos y mínimos.

En Bélgica, en el caso de que el fallecimiento del asegurado se haya producido en el marco de su vida privada, se concede un subsidio para cubrir gastos funerarios por una cuantía, a tanto alzado, de 148,74 euros. Se establecen cuantías prestaciones diferentes en caso de muerte por accidente de trabajo y enfermedades profesionales.

Chipre abona una cantidad a tanto alzado, que equivale a 710,88 euros, y en caso de fallecimiento de una persona a cargo del pensionista, el pago equivale a la mitad.

El INAL italiano concede una ayuda única por defunción a los supervivientes que aporten la prueba de haber asumido un incremento de gastos por el fallecimiento del asegurado, por causa de accidente de trabajo y enfermedad profesional, cuya cuantía se fija en 1.936,80 euros.

²⁹ D.A. 10ª de la Ley de Medidas de Seguridad Social Ley 40/2007, de 4 de diciembre de 2.007.

El *subsidio por muerte* portugués se concede a las mismas personas que reciben pensión de superviviente, en forma de una cantidad a tanto alzado que equivale a seis veces el salario de referencia (los dos años de mayores ingresos durante los cinco últimos), siendo su importe máximo 2.515,32 euros.³⁰

De los datos aportados, podemos extraer una primera conclusión: la lamentable regulación y la deficitaria cuantía que nuestro sistema establece para esta prestación.

Quizás sea el momento de hacer una reflexión, sobre la necesidad de mantener esta prestación, o por el contrario introducir importantes modificaciones en este derecho, ajustándolo a la realidad social y económica actual.

4.2.- Datos estadísticos

Es el momento de analizar también los datos numéricos para poder tener un reflejo de las cantidades económicas que nuestro sistema destina a esta prestación. Llama la atención, que no siendo cantidades desorbitadas en relación el resto de las prestaciones del sistema, si deben ser tenidas en consideración, porque no son inestimables.

Así, para el ejercicio 2011, el gasto por esta prestación fue de cerca de seis millones de euros, y el presupuestado para los años 2012 y 2013 fue de 6.196.510 y 7.238.750 euros, respectivamente. En el Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social para el año 2014 se estima una cifra que ronda los 7.150.000 euros³¹.

Quizás, a través de estos datos, nos podamos replantear si realmente el auxilio por defunción cumple la finalidad para la que surgió, y si es suficiente una simple y escueta regulación legal, obsoleta, que se traslada a los años 60 del pasado siglo y que ha sufrido escasísimas modificaciones. La realidad social hoy es diferente, y las situaciones de necesidad a las que se pretende otorgar protección se encuentran en la actualidad totalmente desamparadas.

4.3.- Mutualidades y Regimenes Especiales.

No hay que olvidar, que las Mutualidades existentes en nuestro país, también ofrecen cobertura ante el fallecimiento de alguno de sus mutualistas. Entre otras, la Mutualidad General Judicial fija unas cuantías que oscilan entre 3.000 a 6.000 euros en concepto de auxilio por defunción, y la Mutualidad de Funcionarios de la Administración Civil del Estado, ofrece esta cobertura estableciendo un pago mínimo de 751,28 euros en caso de defunción para gastos de sepelio.

Respecto a los Regimenes Especiales, que aún mantienen su vigencia y no se han integrado en el Régimen General, en su mayoría remiten la regulación del auxilio por defunción a la aquel Régimen, no existiendo notables diferencias.

5. Gestión de las prestaciones

³⁰ Esta información puede consultarse en: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=815&langId=en>.

³¹ Datos extraídos de la página: <http://www.seg-social.es>

El Instituto Nacional de la Seguridad Social tiene encomendada la gestión y administración de las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social, entre ellas el auxilio por defunción³². Hay que considerar que nace el derecho a este auxilio, de forma inmediata, por la muerte del sujeto causante, por imperativo de la ley, reconociéndose a quien haya soportado los gastos del sepelio, previa solicitud.

Destacar, que el artículo 178 del TRLGSS establece las reglas de prescripción para las prestaciones por muerte y supervivencia, señalando que éstas son imprescriptibles, excepción hecha del auxilio por defunción que prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel que tenga lugar el hecho causante de la prestación, en virtud de las reglas generales contenidas en el artículo 43 del mismo texto legal.

El pago de la prestación se efectuara a través de la Tesorería General de la Seguridad Social, entre cuyas funciones se encuentra la ordenación del pago de las obligaciones de la Seguridad Social, o las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales, si la muerte trae causa en contingencias profesionales.

6. Conclusiones

Si tenemos que hacer una valoración genérica de la prestación aquí analizada, la conclusión a la que se llega es desalentadora. En primer lugar, estamos haciendo referencia a una protección cuya regulación se retrotrae al primer texto que intenta sistematizar la seguridad social en el año 1.963. Si comparamos aquella con la actual, se comprueba que, salvo aspectos muy concretos, aunque nada desdeñables, la literalidad de la disposición es prácticamente semejante. La finalidad de la protección es la misma, cobertura de los gastos del sepelio a quien los haya soportado; el ámbito subjetivo de aplicación es similar (salvo la modificación introducida en el año 2.007, incluyendo a las parejas de hecho entre los beneficiarios), y el contenido económico de la prestación es análogo.

Lo cierto es, que a lo largo de la vigencia del auxilio por defunción, las variaciones introducidas por las normas posteriores se refieren básicamente a su denominación (subsidio – auxilio); inclusión de una referencia indistinta a las causas que producen el fallecimiento (independencia de las causas que lo hayan provocado, incluyendo tanto causas naturales como otras que no lo sean y sin diferenciar entre contingencias comunes y profesionales); determinación de los beneficiarios, equiparando a los cónyuges a las parejas de hecho; y por último y más llamativo la revalorización de la cuantía que pasa de 30.05 (cantidad fijada en 1.966) a 46,41 euros en el ejercicio 2.013.

Dejando a un lado la ampliación del ámbito subjetivo, que incluye entre los sujetos beneficiarios de la prestación al sobreviviente de una pareja de hecho, hemos de detenernos en el contenido concreto de la prestación. Ya se ha indicado, como la primera regulación de este subsidio determinaba su cuantía en 100 pesetas, pasando posteriormente a 200 y en el año 1.956 a 1.000. Si comparamos esta cantidad con la actualmente reconocida, se observa que la evolución económica de esta prestación no ha

³² Para los trabajadores del mar, el reconocimiento del derecho lo llevara a cabo el Instituto Social de la Marina y las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales si el fallecimiento es debido a contingencias profesionales y tuvieran asegurado dichos riesgos.

seguido los cauces del resto de las reconocidas por el sistema. Su revalorización ha sido mínima, y tuvo que esperar hasta el año 2.007 para que se efectuara. Por otra parte, la finalidad de cobertura de gastos del sepelio en ningún caso es alcanzada. En la actualidad, dichos gastos superan con creces esta cantidad desfasada e irrisoria, haciéndonos reflexionar sobre la virtualidad del auxilio por defunción.

No entendemos el olvido de esta prestación por parte del legislador, fundamentalmente en su aspecto cuantitativo. Podrían plantearse nuevas técnicas de protección, o cambios en su naturaleza que la llevaran hacia el camino de las prestaciones no contributivas. En este sentido, quizás sea más adecuado, hacer depender el derecho al auxilio por defunción de la carencia de rentas o ingresos por parte de los beneficiarios, de forma que, partiendo del presupuesto de seguridad social destinado a esta prestación, su distribución sea más justa y su cuantía más elevada. De esta forma, acotando el número de beneficiarios en función de niveles de rentas o situaciones de necesidad acreditadas, podría aumentar la cuantía de la prestación, satisfaciendo así, al menos de manera algo más efectiva, la finalidad para la que fue creada. También, y como fórmula alternativa, los más de siete millones de euros que aparecen en el proyecto de presupuestos para el año 2.014, podrían ir destinados a otro tipo de prestaciones que manifestaran la necesidad de incrementos.

En definitiva, ante la impasibilidad de nuestro sistema, el auxilio por defunción podría ser suprimido, destinando estas partidas de gasto a otras finalidades sociales, o bien redistribuyendo las mismas entre sujetos que realmente acrediten una especial situación de necesidad, aumentando así la prestación.

BIBLIOGRAFIA

DÍAZ AZNARTE, M.T.: “Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia”, Bosch, 2.003.

FARALDO CABANA, C.: “La pérdida de la condición de beneficiario de la pensión de viudedad del condenado por homicidio o lesiones en el contexto de la violencia doméstica y de género”, Relaciones Laborales, Nº 13, La Ley, 2012.

NAVARRO ROLDAN, R.: “Antecedentes históricos”, en VV.AA: *Pensión de supervivencia: presente y futuro de la pensión de viudedad*”, La Ley, 2.006.

PONS PONS, J., SILVESTRE RODRIGUEZ, J.: “Los orígenes del Estado de Bienestar en España, 1900-1945: los seguros de accidentes, vejez, desempleo y enfermedad”, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2.010.

RODRIGUEZ INIESTA, G.: “Las prestaciones por muerte y supervivencia”, Laborum, 2009.

SEMPERE NAVARRO, A., MONTOYA MELGAR, A.: “Comentarios a la Ley General de Seguridad Social”, Laborum 2003.

VV.AA (Dir. MONTOYA MELGAR, A.): “Curso de Seguridad Social”, Thomson, Civitas, 2.005.

EL REAL DECRETO 1543/2011, DE 31 DE OCTUBRE, DE PRÁCTICAS NO LABORALES EN EMPRESAS HA DE SER DEROGADO

Cristina Sánchez-Rodas Navarro*

I. Introducción. II. Jóvenes destinatarios de las prácticas no laborales. A exclusiones. III. Practicas realizadas a través de convenios celebrados con los servicios públicos de empleo. IV. Empresas. A. Autónomos y autónomos económicamente dependientes. V. Prácticas no laborales autorizadas. VI. El Acuerdo. A. Lugar de realización de las prácticas. B. Contraprestación económica. C. Duración. VII. Protección social de los becarios. VIII. De las prácticas no laborales el contrato en prácticas. A. Deslinde entre el contrato en prácticas y las prácticas no laborales del Real Decreto 1543/2011. IX. Lagunas de la regulación del Real Decreto 1543/2011. X. La regulación de las prácticas no laborales en empresas ¿competencia exclusiva del Estado?. XI. (I)Legalidad del Real Decreto 1543/2011.

I. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto 1534/2011, de 31 de octubre, se caracteriza por su corta extensión: consta sólo de cinco artículos y tres Disposiciones Finales.

A pesar de la ampulosa denominación dada a este Real Decreto, el mismo no regula todas y cada una de las posibles modalidades que pueden revestir las prácticas no laborales en empresas sino únicamente un supuesto concreto: las prácticas profesionales realizadas con intervención de los Servicios Públicos de Empleo y cuya finalidad es mejorar la empleabilidad de jóvenes que pese a estar suficientemente cualificados carecen, sin embargo, de experiencia profesional.

A estas prácticas profesionales no les resulta aplicable el ET por así preverlo expresamente el legislador. Se trataría de una exclusión constitutiva.

II. JÓVENES DESTINATARIOS DE LAS PRÁCTICAS NO LABORALES

Conforme al artículo 3 del Real Decreto 1543/2011 los destinatarios de estas prácticas son las personas jóvenes, entendiéndose por tales las que tengan edades comprendidas entre los 18 y los 25 años (el Servei d' Ocupació de Catalunya (SOC) interpreta que el requisito de la edad se ha de acreditar en el momento de la fecha de inicio de las prácticas¹).

Han de ser personas suficientes cualificadas, por lo que se les exige poseer “una titulación oficial universitaria, titulación de formación profesional, de grado medio o superior, o titulación del mismo nivel que el de esta última, correspondiente a las

* Cristina Sánchez-Rodas Navarro. Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Sevilla. Este trabajo se inserta en dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario Para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹http://www.oficinadetreball.cat/socweb/export/sites/default/socweb_es/empreses/fixxers/FAQ_Maig2012.pdf

enseñanzas de formación profesional, artísticas o deportivas, o bien un certificado de profesionalidad”.

También han de estar desempleados e inscritos en las oficinas de empleo y no tener “ninguna o muy escasa experiencia laboral”.

La exigencia de este requisito veta el acceso a estas prácticas profesionales a quienes estén dados de alta como autónomos (puesto que no son considerados desempleados) pero también a los que están dados de alta como trabajadores por cuenta ajena pero desempeñen actividades que no guardan relación con su nivel de formación o estudios. Por tanto, el requisito de encontrarse desempleado impedirá a muchos jóvenes adquirir la práctica profesional que precisarían para poder progresar profesionalmente de acuerdo con su nivel de estudios.

La ya citada página web del SOC aclara una cuestión en modo baladí: si el desempleado joven estuviera cobrando la prestación por desempleo dejará de cobrarla si comienza las prácticas puestos que éstas conllevan el alta en Seguridad Social.

Esta última consecuencia no va precisamente a potenciar la realización de prácticas no laborales por quienes sean perceptores de prestaciones por desempleo.

A. EXCLUSIONES

Expresamente se excluyen del ámbito de aplicación material del Real Decreto citado las prácticas académicas externas, curriculares y extracurriculares, de los estudiantes universitarios, que se rigen por su normativa específica (artículo 3.1, segundo párrafo del Real Decreto 1543/2011).

III. PRÁCTICAS REALIZADAS A TRAVÉS DE CONVENIOS CELEBRADOS CON LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO

Los ya de por sí saturados servicios de empleo público ven incrementadas sus atribuciones por el Real Decreto 1543/2011 sin que el mismo aborde la cuestión de un correlativo aumento de medios materiales y humanos.

Las atribuciones que el Real Decreto 1543/2011 encomienda a los servicios públicos de empleo competentes (estatal o autonómicos)² no se limitan a suscribir el convenio con las empresas en las que se vayan a realizar prácticas no laborales, sino a verificar también que las mismas presenten el correspondiente programa de prácticas no laborales y a realizar la preselección de candidatos. Asimismo, los servicios públicos de empleo habrán de ser informados por las empresas de los acuerdos sobre prácticas no laborales que hayan suscrito.

² En el supuesto de que el desarrollo de las prácticas no laborales se realice en empresas con centros de trabajo ubicados en más de una Comunidad Autónoma, el convenio se suscribirá con el Servicio Público de Empleo Estatal (artículo 4.1 Real Decreto 1543/2011).

A título ilustrativo y para tener una somera referencia al número de convenios que se están celebrando, conforme a datos obtenidos a fecha de septiembre 2013 de los propios servicios de empleo autonómicos se observan importantes diferencias por zonas geográficas: mientras que en Navarra el número de convenios celebrados asciende a 8 (personas participantes 14), en Murcia se suscribieron 140 convenios; en el País Vasco 100 (107 participantes) y en Cataluña 229 (440 personas participantes). En cambio, en Andalucía no se ha suscrito convenio alguno, salvo error u omisión de la fuente consultada.

Por último señalar que el Real Decreto 1543/2011 no atribuye explícitamente competencias a los servicios públicos de empleo para rechazar convenios o programas de prácticas.

Tampoco a las empresas o grupos empresariales que deseen celebrar estos convenios se les exige absolutamente ningún requisito en cuanto a su plantilla, características del centro de trabajo, ni tan siquiera la obligación de estar al día en sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social.

IV. EMPRESAS

El artículo 4 del Real Decreto 1543/2011 autoriza a las empresas y grupos de empresas a celebrar convenios con los servicios públicos de empleo competente.

La mención de los grupos de empresa puede ser valorada positivamente como muestra del reconocimiento del legislador de esta realidad económica.

En cuanto a la duración de estos convenios nada se especifica, si bien habrán de entenderse vigentes mientras no concluyan las prácticas objeto del convenio.

Respecto al término empresa, la página web citada del SOC aclara que pueden celebrar convenios para prácticas no laborales tanto “empresas mercantiles como no mercantiles, empresas individuales y sociales sociedades públicas como privadas quedando excluidas en todo caso las Administraciones Públicas”.

La página web del SOC exige a las empresas el requisito de estar al corriente de sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social, así como que las instalaciones del centro de trabajo donde se desarrollen las prácticas cumplan con la normativa de prevención de riesgos laborales. De “lege ferenda” estos requisitos resultan acertados y proporcionados, pero sin embargo hay que dejar constancia de que ninguno de ellos viene impuesto por el Real Decreto 1543/2011 por lo que la Administración Autonómica está realizando una interpretación “ultra vires”.

A. AUTÓNOMOS Y AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

El Real Decreto 1543/2011 no contiene ninguna referencia a los autónomos como posibles suscriptores del convenio para realizar prácticas no laborales.

Pero si los trabajadores autónomos pueden contratar a jóvenes mediante la modalidad del contrato en prácticas igualmente deben poder celebrar estos convenios. Por eso resulta acertada la solución del SOC contenida en su página web de considerar que

también pueden celebrar el convenio trabajadores autónomos que se den de alta como empresarios a los efectos de poder dar de alta en la Seguridad Social a los becarios que realicen las prácticas.

Aplicando los criterios anteriores a los trabajadores autónomos económicamente dependientes se llegaría a la misma conclusión, puesto que lo que el artículo 11.2.a) Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo exige para poder ser calificado como “autónomo económicamente dependiente” es no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena.

Requisito éste último que se acredita en el caso de las prácticas no laborales analizadas puesto que no existirá relación laboral con los becarios. Cuestión distinta es que esta vía legal pudiera ser utilizada abusivamente para eludir la prohibición de la Ley 20/2007, pero la buena fe se presume y quien alegue lo contrario habrá de probarlo.

V. PRÁCTICAS NO LABORALES TUTORIZADAS

Sorprende que el Real Decreto 1543/2011 establezca que estas prácticas no laborales para jóvenes cualificados hayan de realizarse bajo la dirección y supervisión de un tutor cuando personas con la misma edad y títulos habilitantes que los exigidos para realizar estas prácticas no laborales pueden celebrar un contrato en prácticas sin ningún tutor que les supervise.

Este requisito parece haber sido incluido a los efectos de resaltar el carácter no laboral de las prácticas de personas que por su inexperiencia profesional precisarían de ser tuteladas y supervisadas mientras las ejecutan.

Aunque el Real Decreto 1543/2011 no lo especifica, en la página web del SOC se indica que el tutor habrá de ser una persona contratada por la empresa y que tenga experiencia y la formación requerida para las prácticas que se responsabiliza.

VI. EL “ACUERDO”

El acuerdo que suscriban las personas jóvenes y las empresas ha de ser cronológicamente posterior al convenio que estas últimas hayan celebrado con los servicios públicos de empleo competentes.

El Real Decreto 1543/2011 rehúye en todo momento el empleo del término contrato pese a que este “acuerdo” entre la persona joven y la empresa en todo caso sea, cuando menos, un contrato civil, ya que es la manifestación escrita de un acuerdo de voluntades libremente adoptado sobre un objeto y con una causa que se presume legal.

Contenido mínimo de ese acuerdo ha de ser, conforme al artículo 3.3 del Real Decreto 1543/2011, el contenido concreto de la práctica a desarrollar, la duración de la misma, las jornadas y horarios para su realización, el centro o centros donde se realizará, la determinación del sistema de tutorías y la certificación a la que la persona joven tendrá derecho por la realización de las prácticas

A. LUGAR DE REALIZACIÓN DE LAS PRÁCTICAS

Las prácticas no laborales se habrán de celebrar en los centros de trabajo de las empresas que hayan suscrito los preceptivos convenios con los servicios públicos de empleo.

B. CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA

Las personas jóvenes que realicen prácticas no laborales en empresas –a los que el Real Decreto 1543/2011 en ningún momento califica de becarios- cobrarán una beca de apoyo cuya cuantía será, como mínimo, del 80 por ciento del IPREM mensual vigente en cada momento (artículo 3.4 del Real Decreto 1543/2011).

El abono de la beca corre exclusivamente a cargo de la empresa en la que estén realizándose tales prácticas.

En caso de retraso en el abono de la beca o falta de pago ninguna sanción prevé el Real Decreto 1543/2011 para la empresa infractora.

Como aclara la página web del SOC, la beca tributa al calificarse como rendimiento del trabajo. El SOC también aclara que la empresa habrá de entregar al joven un justificante del pago “en forma de nómina”.

C. DURACIÓN

Conforme al artículo 3.3 del Real Decreto 1543/2011 la duración de estas prácticas no laborales será como mínimo de tres meses y como máximo de nueve meses.

La página web del SOC puntualiza que el convenio no puede ser prorrogado, por lo que la empresa cuando solicita las prácticas ha de indicar su duración.

VII. PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS BECARIOS

A las personas que realicen estas prácticas no laborales les serán de aplicación los mecanismos de inclusión en la Seguridad Social contemplados en el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre (artículo 3.5 del Real Decreto 1543/2011).

Serán encuadrados en el Régimen General³, como "asimilados a trabajadores por cuenta ajena", con las mismas peculiaridades que fueron incluidas las personas que participan en programas de formación con prácticas remuneradas en las empresas reguladas en el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre.

En cuanto a la cotización, quedan excluidos de la cotización por desempleo, FOGASA y Formación Profesional.

Respecto a las contingencias comunes y profesionales “se aplican los importes fijos de cotización del “contrato para la formación y el aprendizaje” (art. 44.3 de la Orden cotización 2013).

³Informe de la Tesorería General de la Seguridad Social de 1.2.2012 sobre las consultas planteadas por la Asociación Española de Fundaciones Respecto a la Aplicación del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre.

Es la empresa la que da de alta a los jóvenes en prácticas.

VIII. DE LAS PRÁCTICAS NO LABORALES AL CONTRATO EN PRÁCTICAS

Que una persona que se encuentra realizando prácticas no laborales al amparo del Real Decreto 1543/2011 puede ser contratada al amparo de un contrato en prácticas regulado en el artículo 11.1 ET está fuera de toda duda.

Pero, además, desde la entrada en vigor de Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo hay que tener en cuenta la previsión contenida en su artículo 13.2, segundo párrafo, que prevé que en tales casos las empresas que los contraten se beneficiarán de una reducción de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes del 75% (en vez del 50% que es la regla general prevista en el 13.2 primer párrafo de la Ley 11/2013).

Tal previsión puede ser utilizada abusivamente por los empresarios no sólo para obtener bonificaciones más elevadas sino para alargar ficticiamente el período durante el cual personas cualificadas están vinculadas con la empresa en régimen de prácticas.

A. DESLINDE ENTRE EL CONTRATO EN PRÁCTICAS Y LAS PRÁCTICAS NO LABORALES DEL REAL DECRETO 1543/2011

El deslinde entre ambas figuras no resulta tan evidente como el legislador hubiera deseado. Y ello porque en ambos casos la finalidad perseguida es la misma: que personas jóvenes con un adecuado nivel de formación adquieran experiencia laboral. Es más, la utilidad patrimonial de quien recibe la prestación de servicios es la misma en el caso de las prácticas no laborales que en el contrato en prácticas.

A mayor abundamiento, por lo que se refiere a los títulos habilitantes requeridos para celebrar el contrato en prácticas y las prácticas no laborales, la superposición de titulaciones es evidente, aunque la redacción no sea idéntica en los textos legales que los regulan.

No es pues extraño que estas prácticas no laborales hayan sido tildadas de “sucedáneo del contrato en prácticas”⁴.

Lo anterior no significa que no puedan identificarse divergencias entre ambas regulaciones, que obviamente las hay: salta a la vista, por ejemplo, el hecho –motivado probablemente por la extraordinaria precariedad que conllevan las prácticas no laborales- de que la edad de quienes pueden suscribir un contrato en práctica puede superar a la prevista como tope infranqueable para las prácticas no laborales (25 años). También difiere la duración mínima y máxima prevista para el contrato en prácticas frente a la establecida para las prácticas no laborales.

Pero las diferencias mencionadas a título ilustrativo cabría considerarlas “secundarias” frente a lo que constituye la diferencia esencial y constitutiva: la huida del Derecho del

⁴Joseph Moreno i Gené; “La Regulación de las Prácticas No Laborales en Empresas en el Real Decreto 1543/2011: ¿Un Sucedáneo de Contrato en Prácticas?. Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social nº 247/2012; pp.77-118.

Trabajo del Real Decreto 1543/2011 y que se manifiesta incluso en la terminología utilizada por el Real Decreto 1543/2011: en ningún momento se utiliza el término trabajador/a sino “persona joven”; aunque el acuerdo de voluntades entre la empresa en que se realizarán las prácticas y la persona que las ejecutará es sin duda un contrato, siquiera civil, el término contrato no aparece nunca; y la contraprestación económica que abona el empresario se denomina “beca” y no salario.

IX. LAGUNAS DE LA REGULACIÓN DEL REAL DECRETO 1543/2011

La exclusión de estas prácticas no laborales del ámbito del Estatuto de los Trabajadores hace, lógicamente, que no resulten ni tan siquiera con carácter supletorio aplicables sus previsiones a aquellos aspectos no regulados expresamente por el Real Decreto 1543/2011.

Pero son tan escuetas y limitadas las previsiones contenidas en el Real Decreto 1543/2011 que, lógicamente, se genera una gran incertidumbre respecto multitud de cuestiones de la mayor relevancia.

Así, por ejemplo, no está contemplado legalmente que interrumpa el cómputo de la duración de las prácticas no laborales las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad.

Nada prevé el Real Decreto tampoco en materia de vacaciones, descanso semanal, ausencias con derecho a mantenimiento de la beca, régimen disciplinario...pero lo más llamativo es el silencio del Real Decreto 1543/2011 en materia de jornada⁵ siendo probablemente en este punto donde mayores abusos podrían producirse.

Especialmente alarmante sería que esta indeterminación legal provocase situaciones de injustificadas diferencias de trato entre los becarios que podrían estar obligados a prestar más o menos horas en función de la empresa en que realizaran las prácticas. Lo que provocaría un desequilibrio en el “valor” de la hora de prácticas realizada en relación con el importe mensual de la beca a cobrar. Debería al menos aspirarse a que todos los becarios que realicen este tipo de prácticas y cuya beca no supere el 80% del IPREM realizaran un número de horas de prácticas idénticos en todo el territorio nacional.

No existe ningún tipo de previsión para evitar que se recurra a las prácticas no laborales para suplir bajas de la plantilla o para eludir la realización de contratos temporales.

Ninguna obligación se impone tampoco a los empresarios en materia de prevención de riesgos laborales.

Tampoco se especifica ni en Real Decreto ni en los convenio suscritos por servicios públicos de empleo examinados cuál será la jurisdicción competente en caso de

⁵La página web del SOC indica que la duración de las prácticas no podrá ser superior a 8 horas diarias ni cuarenta semanales.

incumplimientos derivados de esta peculiar relación triangular formada por las empresa, los servicios públicos de empleo y los perceptores de las becas.

A la vista de lo expuesto no parece sino que el legislador confiase ciegamente en la “responsabilidad social empresarial” –invocada en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1543/2011- esperando una conducta ejemplar de las empresas que ofrezcan becas para realizar prácticas no laborales en sus centros de trabajo a jóvenes suficientemente cualificados.

Ante tan desolador panorama hay que concluir con DUQUE GONZÁLEZ que “al parecer el Estado y la Sociedad ya han vendido los derechos sociales de los jóvenes que se incorporarán al mercado y lo máximo que se ofrece es esto y además hay que estar agradecidos y no quejarse demasiado”⁶.

X. LA REGULACIÓN DE LAS PRÁCTICAS NO LABORALES EN EMPRESAS ¿COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO?

Según la Disposición Final Primera del Real Decreto 1543/2011 el mismo se dicta al amparo del título competencial previsto en el artículo 149.1.7 de la Constitución.

A efectos puramente polemizadores cabría plantearse si a la luz de la exégesis que el Tribunal Constitucional ha realizado del artículo 149.1.7 las prácticas no laborales en empresa son efectivamente una materia cuya legislación compete en exclusiva al Estado.

Según una conocida y consolidada jurisprudencia, el término “laboral” previsto en el art. 149.1.7 CE no puede entenderse como indicativo de cualquier referencia al mundo del trabajo, sino que es forzoso dar a ese adjetivo un sentido concreto y restringido, referido sólo al trabajo por cuenta ajena, entendiéndose por consiguiente como legislación laboral aquella que regula directamente la relación que media entre los trabajadores por cuenta ajena y las empresas dentro de cuyo ámbito de organización y dirección prestan sus servicios⁷.

Sin embargo, en el caso de las prácticas no laborales reguladas por el Real Decreto 1543/2011 las mismas están expresamente excluidas del ámbito de aplicación del ET por establecerlo así su artículo 2.2: “no supondrán, en ningún caso, la existencia de relación laboral entre la empresa y la persona joven”.

No obstante, lo anteriormente afirmado no es por sí sola razón para concluir la inaplicación del artículo 149.1.7 de la Constitución pues hay que tener también presente que conforme a una reiterada jurisprudencia constitucional “la formación profesional

⁶Mario Duque González; Becas y Becarios. Camino de su Regulación Laboral. Thomson. Lex Nova. Pamplona. 2012; p.225.

⁷SSTC 95/2002, de 25.4.2002; 190/2002, de 17.10.2002; 111/2012, de 24.5.2012; 228/2012, de 29.11.2012; 244/2012 de 18.12.2012; 16/2013, de 31.1.2013; 35/2013, de 14.2.2013; y 62/2013, de 14.3.2013.

ocupacional y a la formación continua de los trabajadores asalariados son materias que se incardinan en el artículo 149.1.7 de la Constitución”⁸.

La cuestión es, pues, si las prácticas no laborales reguladas en el Real Decreto 1543/2011 pueden incluirse en el concepto de “formación profesional ocupacional” (actual formación de oferta⁹).

Que ésta es voluntad del Ministerio de Trabajo al dictar esta norma es evidente puesto que el artículo 2.1 del Real Decreto 1543/2011 enmarca las prácticas no laborales que regula dentro de las acciones y medidas de políticas activas de empleo a que se refiere el artículo 25.1.b) de la Ley 54/2003, de 16 de diciembre¹⁰, que remite, a su vez, al subsistema de formación profesional para el empleo.

De hecho, la Exposición de Motivos del Real Decreto 1543/2011 indica que las prácticas por el mismo reguladas “están vinculadas a las prácticas profesionales en las empresas contempladas en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo¹¹, por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional para el Empleo”. Prácticas profesionales éstas últimas que a su vez son objeto de desarrollo por el Capítulo III de la Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo¹².

Si se confronta la regulación de las prácticas profesionales reguladas en el Real Decreto 395/2007 y desarrolladas por la Orden TAS/718/2008¹³ con las prácticas no laborales del Real Decreto 1543/2011 se comprueba que entre ambas existen puntos coincidentes, el más relevante que ni en ninguno de los dos casos existirá relación laboral con quien realiza las prácticas.

Pero no es menos cierto que también existen divergencias sustanciales siendo la más significativa que las prácticas profesionales reguladas por el Real Decreto 395/2007 se financian con subvenciones públicas y las empresas podrán recibir una compensación

⁸SSTC 195/1996, de 26.11.1996; 95/2002, de 25.5.2012; 190/2002 de 17.10.2002; y 111/2012, de 24.5.2012, de 24.5.2012.

⁹“Que comprende los planes de formación dirigidos prioritariamente a trabajadores ocupados y las acciones formativas dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados con el fin de ofrecerles una formación que les capacite para el desempeño cualificado de las profesiones y el acceso al empleo” (artículo 4.b) del Real Decreto 395/2007).

¹⁰“Formación y recualificación: acciones y medidas de aprendizaje, formación, recualificación o reciclaje profesional incluidas en el subsistema de formación profesional para el empleo”.

¹¹ Respecto a la constitucionalidad del Real Decreto 395/2007 hay que tener en cuenta que “presenta en esencia los mismos problemas competenciales que dieron lugar a diversos conflictos positivos de competencias promovidos por diversas CC.AA. contra el Real Decreto 1046/2003, derogado por el primero”. Las SSTC 244/2012, de 18.12.2012; 16/2013, de 31.1.2013; 35/2013 de 14.2.2013; y 62/2013, de 14.3. 2013 estimaron parcialmente estos conflictos positivos.

¹² Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, en materia de formación de oferta y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a su financiación.

¹³Prácticas no laborales en empresas prevé la Resolución de 17.7.2013, del Servicio Público de Empleo Estatal, por el que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones para la ejecución de un programa específico de ámbito estatal de mejora de la empleabilidad, la cualificación y la inserción profesional de jóvenes menores de 30 años en aplicación de la Orden TAS/718/2008 (BOE de 23.7.2013).

económica por alumno/hora de práctica. Pero, además, conforme al artículo 24.1 de la Orden TAS/718/2008, son las Administraciones Públicas a las que incumbe promover las prácticas profesionales en las empresas de los trabajadores desempleados, no a los empresarios. Y estas prácticas profesionales desarrolladas por la Orden TAS/718/2008 han de tener lugar, bien simultáneamente a la realización de la acción formativa, o una vez finalizada cuando se haya superado la misma con una evaluación positiva.

A la vista de lo expuesto no puede sino compartirse la opinión de MARTÍNEZ GIRÓN¹⁴ cuando cuestiona la inclusión de “las prácticas en empresas del Real Decreto 1543/2011 en el subsistema de formación profesional para el empleo”.

Llegados a este punto, hay que poner de relieve que las prácticas no laborales en empresas se incluyen legalmente entre las medidas a adoptar dentro de las políticas de empleo tanto por parte del Servicio Público de Empleo Estatal como por las CC.AA. dentro de sus respectivas competencias¹⁵. Así se pone de manifiesto en el Plan Anual de Política de Empleo para 2013 que entre las medidas a realizar por las CC.AA. menciona como “medidas comunes”¹⁶ las prácticas no laborales en empresas (MC008) que se inscriben en el EJE 2. Formación (Formación y Recualificación, Oportunidades de Empleo y Formación).

Pero la anterior afirmación no significa que consideremos que todas las prácticas no laborales en empresas se inserten en el subsistema de formación profesional.

Sólo respecto a las prácticas no laborales que se inserten en el subsistema de formación profesional y que precisamente por ello sean financiadas con subvenciones públicas¹⁷, se predica la competencia exclusiva estatal en cuanto a su legislación por su carácter de “formación de oferta” –antigua formación ocupacional-. Al respecto hay que tener presente que “la plena constitucionalidad del actual sistema de ayudas a la formación y las competencias de la Administración General del Estado en esta materia han sido

¹⁴Jesús Martínez Girón; “Prácticas No Laborales en Empresas: Análisis Crítico del RD 1543/2011, de 31 de Octubre”. Actualización Laboral nº 6/2012; p.2.

¹⁵El artículo 63 del Estatuto de Autonomía establece que corresponden a la Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación del Estado, las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, entre las que se incluyen las políticas activas de empleo, las cuales comprenderán, entre otras materias, la formación de los demandantes de empleo y de los trabajadores en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes.

Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias (SEPEDA), Subvenciones Públicas 2013 destinadas al programa de prácticas formativas y de primera experiencia profesional y a la realización de acciones de formación para el empleo con compromiso de actividad (Boletín Oficial del Principado de Asturias nº 66 de 20.3.2013).

¹⁶“Medidas comunes (medida o programa cuyos aspectos esenciales han sido determinados a través de un instrumento jurídico de aplicación a todo el conjunto del Estado y que puede ser aplicado y en su caso desarrollado en sus aspectos no esenciales por todos los integrantes del Sistema Nacional de Empleo”.

¹⁷Orden de 15.5.2009 (BOJA 28.5.2009 nº 101), por la que se establecen las Bases Reguladoras para la Concesión de Subvenciones para la Realización de Acciones de Formación Profesional para el Empleo con Compromiso de Contratación: “las subvenciones y ayudas en aras de ofrecer una respuesta ágil y rápida a la demanda del mercado laboral, se concederán de forma directa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23.3 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional para el Empleo y la Disposición final tercera de la Orden TAS/718/2008 por el que se desarrolla dicho Real Decreto

ratificadas por las recientes sentencias del Tribunal Constitucional en materia de formación profesional”¹⁸.

Pero la regulación de prácticas no laborales como las previstas en el Real Decreto 1543/2011 que son promovidas y financiadas por los propios empresarios no pueden tener fundamento en el artículo 149.1.7 Constitución porque ni existe relación laboral por cuenta ajena durante la realización de las prácticas ni se incluyen en la formación de oferta.

El hecho de que no se incluyen en la formación de oferta lo evidencia, por ejemplo, el hecho de que Conforme al Plan Anual de Política de Empleo para 2013, Cataluña -que es la Comunidad Autónoma que con diferencia más convenios ha suscrito con empresas al amparo del Real Decreto 1543/2011- no ha asumido la medida común MC0008 (prácticas de empresa) en el EJE 2. Formación (Formación y Recualificación, Oportunidades de Empleo y Formación).

Aun más significativo es el caso de Andalucía, que sí asume la medida común MC008 (prácticas de empresa) pero el Servicio Andaluz de Empleo (SAE) –salvo error u omisión de la fuente consultada- no ha celebrado ningún convenio al amparo del Real Decreto 1543/2011 hasta la fecha. Y difícilmente podrá hacerlo en el futuro puesto que “tras la modificación de la Ley 4/2002 de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, operada por la publicación del Decreto-ley 4/2013, de 2 de abril, se suprime la Formación Profesional para el Empleo del elenco de funciones del Servicio Andaluz de Empleo, quedando atribuida dicha competencia a la Consejería de Educación”.

XI. (I)LEGALIDAD DEL REAL DECRETO 1543/2011

El Real Decreto 1543/2011 se dicta en desarrollo de un precepto del la Ley 56/2003 tal y como puede deducirse de la redacción dada a su artículo 2.1: “dentro de las acciones y medidas de políticas activas de empleo, a que se refiere la letra b), del apartado 1, del artículo 25, de la Ley 65/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, las empresas o grupos empresariales, en colaboración con los Servicios Públicos de Empleo, y en el marco de la responsabilidad social empresarial, podrán suscribir acuerdos con personas jóvenes, con ninguna o muy escasa experiencia laboral, al objeto de realizar prácticas de carácter no laboral”.

Pero conforme a lo previsto en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, la Comisión Permanente del Consejo de Estado ha de ser consultada respecto a los “reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones”.

Sin embargo, como destacó MARTÍNEZ GIRÓN¹⁹, el Real Decreto 1543/2011 carece del preceptivo dictamen del Consejo de Esto, lo que conllevaría aparejada su nulidad al

¹⁸Resolución de 17.7.2013, del Servicio Público de Empleo Estatal, por el que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones para la ejecución de un programa específico de ámbito estatal de mejora de la empleabilidad, la cualificación y la inserción profesional de jóvenes menores de 30 años en aplicación de la Orden TAS/718/2008 (BOE de 23.7.2013).

amparo del artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Precisamente por idéntico defecto formal (carecer del preceptivo informe del Consejo de Estado), la sentencia del Tribunal Supremo de 21.5.2013 (BOE 28.6.2013) estimó el recurso contencioso-administrativo presentado por Comisiones Obreras y declaró nulo de pleno derecho el Real Decreto 1707/2011 que regula las prácticas externas de estudiantes universitarios.

Pero, puesto que a diferencia del Real Decreto 1707/2011, el Decreto 1543/2011 no fue objeto de recurso contencioso-administrativo directo en plazo, ahora las vías de impugnación posibles serían “la vía de excepción al amparo del artículo 6 de la LOPJ” y “el recurso indirecto (artículo 107.3 de la Ley 30/1992) que permite al interesado recurrir un acto administrativo de aplicación del reglamento ilegal, fundando dicha impugnación, precisamente, en la ilegalidad del reglamento en que se apoya el acto recurrido”.

¹⁹Jesús Martínez Girón; “Prácticas No Laborales en Empresas: Análisis Crítico del RD 1543/2011, de 31 de Octubre”. Op. cit.; p.3.

RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN SUPUESTOS DE ACOSO EN EL TRABAJO: BUENAS PRÁCTICAS PARA SU LIMITACIÓN O EXONERACIÓN

María Teresa Velasco Portero*

I. El acoso en el trabajo en el sistema normativo español. II. Las diferentes clases de acoso en el trabajo. III. La responsabilidad del empresario ante el acoso en el entorno laboral. IV. La planificación de la prevención y detección precoz del acoso, ¿obligación empresarial o buena práctica para evitar responsabilidades?. V. La prevención y detección del acoso en la negociación colectiva provincial andaluza

I. EL ACOSO EN EL TRABAJO EN EL SISTEMA NORMATIVO ESPAÑOL

La figura del acoso en el trabajo es tan antigua como las relaciones humanas; sin embargo, su conceptualización y reconocimiento como patología laboral, así como la preocupación del ordenamiento por este problema es relativamente reciente. El texto originario del Estatuto de los Trabajadores no contenía ninguna referencia al acoso, ni laboral ni de naturaleza sexual, y tenemos que esperar hasta finales del año 2003 para que se recoja la primera. Se trata de una modificación al art. 4.2.e) del Estatuto, introducida por la ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que a partir de entonces reconoce que el trabajador tiene derecho a “la protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Este artículo fue nuevamente modificado Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que perfila los conceptos, y establece el derecho a la protección “la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”, siendo esta la redacción actualmente vigente.

La misma Ley 62/2003 también introdujo una nueva causa de despido disciplinario en el art. 54.2 del ET: “g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.” Dicho apartado fue igualmente modificado por la LOI, para introducir una referencia expresa al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, de manera que el texto vigente establece que se considera incumplimiento contractual grave “El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa. ”

De esta manera, nuestro Estatuto hace referencia expresa a dos tipos específicos de acoso (el acoso sexual y el acoso por razón de sexo), sin definirlos, y guarda silencio sobre el que podríamos considerar “tipo general” dentro de las distintas modalidades de acoso en el trabajo, que es el acoso laboral o moral (también llamado *mobbing*). Esto no quiere decir que se una figura intrascendente para nuestro ordenamiento, ya que las conductas en las cuales consiste suponen un atentado contra un diversos derechos fundamentales de la persona. No cabe duda de que el centro sobre el que gravita el

* María Teresa Velasco Portero. Doctora en Derecho. Universidad Loyola Andalucía. Este trabajo se inserta en dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario Para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

concepto de acoso moral en el trabajo es el de afectación a la dignidad personal¹, pero la propia doctrina judicial reconoce que, dado el carácter pluriofensivo del acoso moral en el trabajo, pueden verse comprometidos otros derechos fundamentales de la persona, como el derecho a la no discriminación, a la integridad física y moral, al honor, a la intimidad personal, a la propia imagen, etc.²

II. LAS DIFERENTES CLASES DE ACOSO EN EL TRABAJO

Aunque se pueden establecer distintas clasificaciones dentro del acoso (acoso vertical y acoso horizontal, acoso por parte del empresario o acoso por parte de compañeros o de terceros), en realidad los tipos básicos para nuestra legislación son los siguientes: el acoso moral, el acoso por razón de sexo y el acoso sexual.

a) *El acoso moral o laboral (mobbing)*: No está definido legalmente por lo que en su defecto se acude habitualmente a la definición de Heinz Leymann, pionero en la investigación del acoso en el ámbito laboral desde el punto de vista de la psicología. Los psicólogos consideran *mobbing* aquella situación en la que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema (en una o más de las 45 formas o comportamientos descritos por el Leymann Inventory of Psychological Terroritation-LIPT), de forma sistemática (al menos una vez por semana) durante un tiempo prolongado (más de seis meses), sobre otra persona en el lugar de trabajo³. Hay que distinguirlo de otras situaciones como el estrés, la depresión, la ansiedad o el desgaste personal, que nacen exclusivamente del trabajo o de causas ajenas al mismo, pero no se deben a la acción de otros empleados, jefes o directivos.

La definición de Leymann que recoge la doctrina judicial difiere ligeramente de la anterior, y es repetida en multitud de sentencias: “situación en la que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (como media una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (como media durante unos seis meses) sobre otra persona o personas, respecto de las que mantiene una relación asimétrica de poder, en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo”⁴.

Dentro del tipo general de *acoso moral en el trabajo* los tribunales distinguen tres categorías, en función del bien jurídico afectado: en primer lugar el acoso laboral discriminatorio vinculado a circunstancias raciales o étnicas, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (recogido tanto por la ley 51/2003 de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad como por la antes mencionada ley 62/2003), en segundo lugar el acoso laboral simple, no vinculado a ninguna de las causas anteriores y con carácter discriminatorio⁵ y, por último, el acoso laboral no vinculado a causa discriminatoria, con lesión indistinta o conjunta del derecho a la dignidad, a la integridad moral, al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen⁶.

¹ [TSJ Baleares 30-12-05, EDJ 298116](#); [TSJ Madrid 4-1-06, EDJ 13968](#); [TSJ Aragón 24-1-06, EDJ 23934](#); [TSJ Extremadura 2-6-06, EDJ 248795](#)

² [TSJ Madrid 23-5-06, EDJ 103998](#); [24-4-06, EDJ 91789](#); [31-3-06, EDJ 67897](#); [TSJ Castilla-La Mancha 20-4-06, EDJ 53269](#).

³ MARTÍN Y PÉREZ, *El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing*, 2001.

⁴ Sirvan como ejemplo las SsTSJ CV de 25 -9-2001 y de 14-5-2003, así como la STSJ de Madrid de 6-2-2009.

⁵ [TSJ Cantabria 23-6-04, EDJ 71049](#)

⁶ [TSJ Castilla-La Mancha 20-4-06, EDJ 53269](#)

b) *El acoso laboral por razón de sexo*: De este tipo de acoso sí contamos con definición legal, contenida en el art. 7.2 de la LOI. Se trata de aquellos comportamientos realizados en función del sexo de la persona con el propósito o efecto de atentar contra su dignidad y crear un entorno –en el caso que nos ocupa entorno laboral- intimidatorio, degradante u ofensivo⁷. Según la propia LOI, el acoso por razón de sexo se considerará en todo caso discriminatorio (art. 7.3). Como vemos, se trata de un tipo de mobbing o acoso laboral, al que por su carácter discriminatorio la legislación ha optado por darle entidad propia.

c) *El acoso sexual en el trabajo*: Este tipo de acoso tiene unas características diferentes de las que presenta el acoso moral, y su configuración jurídica es distinta. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de la LOI constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo (art. 7.1. LOI). Si se trata de un entorno laboral, estaremos entonces ante un acoso sexual en el trabajo que, al igual que el acoso por razón de sexo, se considera en todo caso discriminatorio (art. 7.3 LOI).

III. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO ANTE EL ACOSO EN EL ENTORNO LABORAL

Una vez que el acoso se ha producido, el empresario es responsable ante la víctima y en algunos casos también ante la autoridad laboral y ante la propia sociedad, ya que concurren responsabilidades de tipo laboral, civil, administrativo e incluso penal. Esto es así incluso aunque no sea el empresario quien realiza materialmente el acoso, porque se trate de un acoso horizontal o bien de un acoso ascendente⁸. No olvidemos la importancia de los bienes jurídicos protegidos, que determina la amplia batería de medidas de protección que se ofrecen al trabajador afectado.

RESPONSABILIDADES LABORAL Y CIVIL DEL EMPRESARIO

a) Cuestión previa: acciones que puede ejercer el trabajador víctima del acoso

Antes de entrar a reflexionar sobre cuáles son las responsabilidades empresariales hay que tener en cuenta que la víctima puede ejercer diversas acciones tanto en el orden jurisdiccional como en el civil, dependiendo de cuál sea su pretensión. Consecuentemente, en cada procedimiento se determinarán las responsabilidades civiles y laborales de los distintos sujetos implicados. En la jurisdicción social (responsabilidad contractual), sus posibilidades son la de acudir al Proceso sobre tutela de derechos fundamentales regulado en el 175 de la LPL (para que cesen los efectos del acoso y se le reponga en su situación anterior, además de recibir la correspondiente indemnización, a la que se pueden añadir una adicional por vulneración de estos derechos y la dirigida a obtener una reparación adecuada del derecho al honor). También puede solicitar la extinción del contrato prevista en el art. 50 del ET, y recibir

⁷ Es una definición que la LOI toma directamente de la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

⁸ En el acoso horizontal el acosador y la víctima se encuentran en un mismo nivel jerárquico en la empresa. En el vertical ascendente el acosador se encuentra en una posición jerárquicamente inferior mientras que en el acoso vertical descendente, que es el mayoritario y que puede ser ejercido incluso por el propio empresario, el acosador se encuentra en posición jerárquicamente superior.

la indemnización equivalente al despido improcedente. Tras la LOI, esta indemnización es compatible con la indemnización por vulneración de un derecho fundamental.

Por último, en aquellos casos en que el hostigamiento psicológico haya cesado, bien sea porque la empresa ha adoptado las medidas oportunas para poner fin al mismo, o bien porque el trabajador a consecuencia del acoso haya sido alejado temporal o definitivamente de su puesto de trabajo (como consecuencia de haber iniciado un proceso de incapacidad temporal o por haber sido declarado en cualquier grado de incapacidad permanente), el trabajador también puede acudir al Proceso ordinario para la reclamación de indemnización de daños y perjuicios.

Por otra parte, también puede existir una responsabilidad extracontractual, en cuyo caso será competente la Jurisdicción civil. Se trata de los supuestos de responsabilidad extracontractual derivada de daños morales o materiales producidos en el ámbito de una relación de trabajo, como sucede, por ejemplo, en los supuestos de responsabilidad derivada de accidente de trabajo. Por ello, si el acoso moral que genera situaciones de incapacidad temporal o permanente es considerado accidente de trabajo, se podrá reclamar ante la jurisdicción civil el abono de las indemnizaciones pertinentes, al amparo del lo establecido en el art. 1902 del CC. Existe además plena compatibilidad entre la responsabilidad contractual del art. 50 ET y la extracontractual del art. 1902 del CC, por lo que se puede acceder a la jurisdicción civil para demandar indemnización adicional a la que deriva de la resolución del contrato. Esta vía puede ser muy interesante para el trabajador, ya que la jurisdicción social sólo admite la compatibilidad indemnizatoria por vía excepcional y cuando se produzca la vulneración de un derecho fundamental, limitación que no tiene la vía civil.

b) La responsabilidad laboral

De lo anteriormente expuesto se deduce que el empresario puede tener responsabilidades de índole laboral, particularmente en el caso de que el trabajador solicite la extinción de su contrato con la indemnización equivalente al despido improcedente, prevista en el art. 50 ET, pero también aquellas otras acciones específicas en el marco del proceso social, como la de poner fin a la situación de acoso. Sin embargo, no está claro que quepa la extinción indemnizada del contrato cuando el acoso no proviene del empresario, y no se han producido modificaciones sustanciales del contrato que redunden en perjuicio de su formación o menoscabo de su dignidad. En los casos en que el acoso no es ejercido por el empresario sino por un compañero de la víctima o por un tercero parece lógico considerar que la única vía para justificar la resolución del contrato sería acreditar que el empresario ha incumplido gravemente sus obligaciones de prevención, detección y evitación de situaciones de acoso⁹.

c) La responsabilidad civil

Por lo que respecta a la indemnización civil, con la que se pretende la reparación de todos los daños derivados de la situación de acoso (daño emergente, lucro cesante, daños extrapatrimoniales por el sufrimiento derivado de la lesión del derecho fundamental...), está claro que **cuando es el propio empresario el acosador** existe un incumplimiento de sus deberes de respeto a la integridad física, dignidad e intimidad previstos en el art. 4 y 19 del ET, así como de las obligaciones de garantía de seguridad

⁹ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. , “Las acciones de la persona acosada y de la acosadora. Reclamaciones procesales”, en VELASCO PORTERO, M.T., (Dir.) *Mobbing, acoso laboral y acoso por razón de sexo*, (2ª edición) Tecnos, 2011, p. 119.

previstas en la LPL. Por tanto, el empresario incurre en una responsabilidad contractual del tipo previsto en el art. 1101 del CC, de la cual podrá conocer como hemos visto el orden jurisdiccional social¹⁰.

Sin embargo, hemos de preguntarnos nuevamente si existen responsabilidades civiles en el caso de que no sea el propio empresario el acosador. La respuesta tiene matices diferentes, dependiendo de la relación que tenga con la empresa la persona que ejerce el acoso.

Doctrina y jurisprudencia coinciden en afirmar que el empresario también puede responder civilmente **cuando el acoso provenga de un compañero de trabajo**¹¹. Esta responsabilidad es contractual, ya que se está ante incumplimientos contractuales de su obligación de prevención y se podrá sustentar con base en el art. 1.101 CC. Se deriva de las obligaciones generales que tiene el empresario en materia prevención de riesgos laborales, que concretan los derechos del trabajador a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene (art. 4.1 d)) y el derecho a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo (art. 4.1. d)) . El empresario, como ocurre con respecto a todos los riesgos laborales, tiene la obligación de evaluar el riesgo de que se produzcan situaciones de acoso y de adoptar las medidas necesarias para prevenirlo. Por ello, también en los supuestos de acoso entre compañeros, el empresario puede ser responsable civil, por no haber previsto y evitado el riesgo. La responsabilidad del empresario es clara cuando la situación de acoso haya sido denunciada y no haya adoptado las medidas oportunas para paralizar dicha situación. Sin embargo, en el caso de que el empresario desconociese la situación de acoso, los tribunales son más reacios a admitir su responsabilidad. En concreto, la STC 74/2007 establece que esa responsabilidad contractual existe, pero sólo para el caso de que la empresa tenga conocimiento cabal o, al menos, indicios serios del acoso. Siguiendo esta doctrina, la STS de 15 de diciembre de 2008 exoneró de responsabilidad al empresario porque consideró que desconocía la situación de acoso en la empresa

No obstante, la doctrina ha puesto de manifiesto que el empresario tiene la obligación de vigilar las condiciones en que se desarrolla el trabajo y prevenir posibles situaciones de acoso y, por ello, no cabe hablar de una exoneración absoluta de responsabilidad por desconocimiento, sino que habrá que analizar si el empresario fue diligente en la adopción de las medidas necesarias para detectar las posibles conductas de acoso.

Además de la responsabilidad contractual por incumplimiento de los deberes de prevención, podría existir también la llamada responsabilidad vicaria, recogida en el art. 1.903 CC, en virtud del cual el empresario responderá por los perjuicios causados por sus empleados en el ejercicio de sus funciones, salvo que demuestre que actuó con la diligencia debida para prevenirlos.

Por lo que respecta a los **casos en que el acosador es un tercero** (ya sea un cliente o un trabajador de una ETT, por ejemplo), habrá que aplicar la misma regla de que la responsabilidad empresarial depende de que se hayan adoptado o no las medidas necesarias para detectar y detener la situación de acoso, por lo que si la empresa actuó con pasividad responderá ante el trabajador (STSJ Canarias, de 7-1-1998).

Y, para el caso de que el acosador sea un trabajador de una ETT, habrá que estar a la delimitación de responsabilidades entre ETT y empresa usuaria que establecen la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y el art. 16.2 de la Ley de Empresas de

¹⁰ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *op. Cit.* p. 123.

¹¹ Sobre este tema y el siguiente, vid. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *op. Cit.* p. 123 a 125.

Trabajo Temporal (LETT)¹². Si la empresa usuaria, en el cumplimiento de su obligación de vigilar y adoptar las medidas de prevención necesarias para prevenir y evitar situaciones de acoso, descubriese la existencia de una situación de acoso, deberá comunicarlo a la ETT para que adopte las medidas disciplinarias oportunas frente al trabajador acosador. En caso de no hacerlo responderá, por ello. Por su parte, la ETT tiene la obligación de adoptar las medidas disciplinarias que considere oportunas frente al trabajador acosador, ya que el poder disciplinario corresponde a la ETT y no a la empresa usuaria (art. 15.1 LETT)

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL EMPRESARIO

En segundo lugar, hay que recordar que la LISOS (Ley de infracciones y sanciones en el orden social) contempla distintos tipos de sanciones al empresario por las situaciones de acoso que se hayan producido en la empresa. En concreto, su art. art. 8.13 considera infracción muy grave el acoso sexual que se produzca en el ámbito de la dirección de la empresa, cualquiera que sea el sujeto activo del acoso. Por su parte, el art. 8. 13.bis LISOS califica como infracción grave el acoso por razón de sexo o discriminatorio, que se produzca en el ámbito de dirección de la empresa siempre que el empresario tuviera conocimiento del mismo. De acuerdo con lo dispuesto en el primer artículo, el empresario responderá como infracción muy grave por el acoso sexual que haya tenido lugar en su ámbito de dirección, cualquiera que haya sido el sujeto activo del mismo. Parece que se trata de una responsabilidad objetiva del empresario que responde incluso aunque desconociera la existencia del acoso, no obstante, aunque parece más adecuado entender que cuando el empresario haya adoptado todas las medidas necesarias para prevenir, detectar y evitar situaciones de acoso y, a pesar de ello, no haya conocido tal situación, podrá exonerarse de responsabilidad¹³.

El acoso por razón de sexo tiene un tratamiento más suave en la LISOS, ya que para incurrir en la infracción muy grave prevista en el art. 8. 13.bis, se exige que el empresario conociera el acoso por razón de sexo. No podemos dejarnos llevar por una interpretación literal de este precepto, y pensar que cuando el empresario desconociera la situación de acoso se exonerará de responsabilidad. Hay que recordar que el empresario tiene deberes de prevención y protección, por lo que en los casos de que el desconocimiento se produzca por desidia podrá ser sancionado conforme a lo dispuesto en el art. 12.16 LISOS, cuando se pueda afirmar que un ejercicio regular de los dichos deberes de prevención debiera haberle llevado a descubrir la situación de acoso.

Ya que en ambos casos se trata de una infracción muy grave, la sanción a la que puede dar lugar, según el art. 40.1.c) LISOS será de multa, cuya cuantía variará desde 6.251 euros cuando se imponga en grado mínimo hasta 187.515 euros cuando se imponga en grado máximo.

Junto a estas sanciones específicas para los supuestos de acoso sexual y por razón de sexo, el empresario podrá ser sancionado administrativamente por otras posibles situaciones de acoso entre compañeros, con base en el mencionado art. 12.16 LISOS que recoge la infracción por incumplimiento de sus obligaciones de velar por la seguridad y salud en el trabajo.

RESPONSABILIDAD PENAL

¹² Vid. Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.

¹³ En este sentido, RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., op.cit., p. 127.

En los supuestos más graves, el acosador puede incurrir en un delito de acoso sexual previsto en el 184 del CP o en los delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los arts. 311 y 316 CP o en los delitos genéricos de amenazas (art. 169 CP) o coacciones (art. 172 CP) o bien en el recientemente tipificado delito de acoso laboral previsto en el nuevo 173.1 CP¹⁴. Es un tema complejo, que excede los límites de este trabajo (que es estrictamente laboral), aunque no queríamos dejar de reseñar esta posibilidad.

IV. LA PLANIFICACIÓN DE LA PREVENCIÓN Y DETECCIÓN PRECOZ DEL ACOSO, ¿OBLIGACIÓN EMPRESARIAL O BUENA PRÁCTICA PARA EVITAR RESPONSABILIDADES?

De la exposición realizada se desprende la gran importancia que tiene el hecho de que el empresario haya tomado las medidas adecuadas de prevención y detección precoz de las situaciones de acoso a la hora de delimitar su responsabilidad.

A pesar de ello, nuestra legislación no establece de manera específica la obligación empresarial de establecer Planes ni Protocolos estructurados para prevenir y erradicar el acoso en la empresa. Tan solo contamos con lo establecido en el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo, de 26 de abril de 2007, según el cual las empresas tienen el deber de tener “una declaración clara e inequívoca de que el acoso y la violencia no serán tolerados”, especificando además los procedimientos que se seguirán cuando se presenten los casos.

La legislación es más precisa en los casos de acoso sexual y acoso por razón de sexo, con respecto a los cuales el art. 48.1 LOI establece que “Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.”¹⁵. Por otra parte, el art. 45 de la LOI establece que determinadas empresas (como regla general, aunque no solo, las que tengan más de 250 trabajadores) tienen la obligación de elaborar y aplicar un Plan de Igualdad, entre cuyos contenidos debe estar obligatoriamente, las materias de acoso sexual y acoso por razón de sexo (art. 46 LOI).

Poniendo en relación estos preceptos con lo establecido en la LISOS, entendemos que las empresas que estén obligadas a tener Plan de Igualdad deberán contemplar en el mismo un Protocolo antiacoso sexual o por razón de sexo. El resto de las empresas, pese a estar obligadas a promover las condiciones para que no se produzcan estos dos tipos de acoso y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y dar cauce a las denuncias, si no lo hacen a través de un protocolo no serán sancionadas (la LISOS no contempla sanciones por ausencia de estas medidas).

¹⁴ En la redacción dada por la Ley 5/2010 de 22 de junio.

¹⁵ Para las empresas públicas, en cambio, el art. 62 LOI establece el deber de negociar con los representantes de los trabajadores un Protocolo de actuación para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

Sin embargo, una vez cometido el acoso, y detectado por la empresa, deberá adoptar las medidas necesarias para impedirlo, para no incurrir en el mencionado tipo del 8.13 LISOS, calificado como falta muy grave¹⁶(el acoso por razón de sexo será infracción siempre que, conocido por el empresario, no tome las medidas necesarias para impedirlo).

Se puede afirmar entonces que todas las empresas tienen deber de elaborar protocolos preventivos para evitar el acoso en la empresa, cuyo incumplimiento no tiene, aparentemente, sanción alguna; por otra parte, tienen también el deber de elaborar protocolos defensivos, cuyo incumplimiento está sancionado como infracción muy grave.¹⁷

En todo caso, aunque no sea una obligación del empresario elaborar estos protocolos, es evidente que su existencia y el buen funcionamiento de sus mecanismos serán un elemento muy importante para la exoneración de responsabilidad empresarial en los casos en que el acoso llegase a pesar de todo a producirse. Como hemos señalado anteriormente, la responsabilidad civil del empresario en los casos en los casos en que no es él mismo el que ejerce el acoso depende en gran medida de que se hayan adoptado o no las medidas necesarias para detectar y detener la situación de acoso, ya que si la empresa actuó con pasividad responderá ante el trabajador.

Entendemos, por tanto, que la adopción de medidas de detección y prevención del acoso y el establecimiento de Protocolos es una buena práctica a fomentar dentro de las empresas.

V. LA PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DEL ACOSO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PROVINCIAL ANDALUZA

A pesar de lo interesante que es tanto para empresarios como para trabajadores la toma de conciencia de que las relaciones laborales son un campo abonado para las situaciones de acoso, y la implantación de medidas para su prevención y detección precoz, la realidad de nuestra práctica empresarial nos demuestra que los Protocolos son una excepción dentro de la gestión de los recursos humanos.

Como tantos otros temas, es olvidado o pospuesto, tanto por los representantes de la empresa como por los trabajadores.

Prueba de la escasa importancia que se presta en la práctica a este tema es el tratamiento que se le da en los convenios colectivos. Como muestra, hemos analizado los convenios colectivos de ámbito provincial correspondientes a las ocho provincias

¹⁶ 8.1. “Son infracciones muy graves: 13. El acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma. 13 bis. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo.”

¹⁷ Maneiro Vázquez, Y. y Miranda Boto, J.M, “Las obligaciones de la empresa en materia de acoso moral, acoso sexual y acoso por razón de sexo. Los protocolos antiacoso”, en VELASCO PORTERO, M.T., *Mobbing*,op.cit., p. 69.

andaluzas, vigentes a fecha 2-10-2013¹⁸. En total, tan solo 93 convenios hacían algún tipo de referencia al acoso, aunque la gran mayoría se limitan a tipificar el acoso sexual (y solo este, curiosamente) como infracción muy grave. Es un número muy escaso de convenios, dada la importancia que tienen los derechos fundamentales que están afectados. Sin embargo, hay algunas excepciones importantes a esta desatención generalizada a las medidas de prevención y protección, y merece la pena comentarlas.

Convenios que únicamente se ocupan del acoso para tipificarlo como infracción muy grave

Como hemos dicho, son la gran mayoría. Además, curiosamente, tan solo se tipifica expresamente el acoso sexual, omitiendo cualquier tipo de referencia al acoso por razón de sexo o al acoso laboral¹⁹; las sanciones por infracciones muy graves suelen ser la de despido pero, en algunos casos, se prevé el traslado forzoso a otra localidad, lo que en el caso de que se trate de un acosador es una medida interesante para la víctima²⁰.

Este tipo de menciones, tan abundantes, no podemos considerar que sean una adecuada medida de prevención, puesto que ni siquiera recogen los mínimos legales, en el sentido de que el acoso por razón de sexo tiene la misma protección por parte de nuestro ordenamiento que el acoso sexual. No hay definiciones, no hay declaración de intenciones por parte de la empresa ni tampoco fórmulas para que el trabajador pueda reclamar de manera interna para que cese el acoso.

Convenios con alguna mención de tipo declarativo, o de repulsa

¹⁸ En Almería 15, en Cádiz 17, en Córdoba 7, en Granada 7, en Huelva 4, Jaén 14, Málaga 7, y en Sevilla 22.

¹⁹ Sin ánimo de exhaustividad, podemos mencionar, por ejemplo, en la provincia de Almería, el convenio de SANIDAD. Convenio Colectivo de Establecimientos de Hospitalización, Asistencia, Consulta y Laboratorios de Análisis Clínicos de carácter privado mercantil de Almería 2011-2014, el de OFICINAS Y DESPACHOS. Convenio Colectivo Provincial de trabajo para Estudios Técnicos y Oficinas de Arquitectura y Oficinas y Despachos en general para los años 2013-2015; el de la MADERA. Convenio Colectivo del sector Industria de la Madera de Almería, el del sector TRANSPORTES POR CARRETERA. Convenio Colectivo del sector de Transportes por Carretera de viajeros de Almería, el de la LIMPIEZA. Convenio Colectivo provincial de trabajo del sector Empresas de Limpieza de Edificios y Locales de Almería, el del PAN. Convenio Colectivo provincial de trabajo del sector de Industria de la Panadería de Almería y el del CEMENTO. Convenio Colectivo de trabajo del sector de Derivados del Cemento. En Sevilla, el Convenio PAN. Convenio Colectivo del Sector de Industrias de Panadería y Expendedurías de Sevilla. SANIDAD. Convenio Colectivo del sector Hospitalización, Internamiento, Consultas, Asistencia y Laboratorios de Análisis Clínicos de Sevilla. , el de PASTELERIAS Y CONFITERIAS. Convenio Colectivo del sector Confitería, Pastelería, Bollería, Repostería, Churrería, Fabricación de Chocolate y Turrone de Sevilla y provincia, el del CEMENTO. Convenio Colectivo para sector de Derivados del Cemento de Sevilla. En Málaga, el de PAN. Convenio Colectivo de aplicación a las empresas y trabajadores de la actividad de fabricación y venta de pan de Málaga, el de los AUTOMÓVILES. Convenio Colectivo del sector de la Automoción de Málaga, el del CEMENTO. Convenio Colectivo del sector de derivados del Cemento de Málaga. En Granada, el de CLÍNICAS, Convenio Colectivo de trabajo para el sector de establecimientos sanitarios y clínicas privadas de Granada, el del PAN. Convenio Colectivo de trabajo para la Industria de la Panadería de Granada.

²⁰ Es el caso de los convenios del ACEITE. Convenio Colectivo del sector «Industrias del Aceite y sus Derivados de la provincia de Sevilla» y el de la ACEITUNA. Convenio Colectivo del sector de Industrias de Aderezo, Relleno, Envasado y Exportación de Aceituna de Sevilla.

La referencia convencional al acoso se limita a una declaración de carácter muy general, en términos parecidos a los siguientes: “De conformidad con la recomendación y el código de conducta relativo a la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo, de 27 de noviembre de 1991, número 92/131 CEE, las empresas y los representantes legales de los trabajadores se comprometen a crear y mantener un entorno laboral donde se respete la dignidad y libertad sexual del conjunto de personas que trabajan en este ámbito laboral, actuando frente a todo comportamiento o conducta de naturaleza sexual, de palabra o acción, desarrollada en dicho ámbito, y que sea ofensiva para la trabajadora o el trabajador objeto de la misma. Las quejas sobre este tipo de comportamientos podrán canalizarse a través de los representantes legales de los trabajadores, siguiéndose el procedimiento sancionador previsto en el Título XIII del presente Convenio. Acreditada la falta, será calificada como muy grave y sancionada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84, a cuyo efecto constituirá una circunstancia agravante el hecho de que la conducta o comportamiento se lleve a cabo prevaliéndose de una posición jerárquica²¹.”

Otros convenios colectivos se limitan a definir los distintos tipos de acoso²² o solo alguno de ellos²³.

Este tipo de regulaciones del tema tampoco podemos decir que sean una buena práctica a potenciar. Las declaraciones de intenciones y las manifestaciones de repulsa son por supuesto necesarias pero a todas luces insuficientes para evitar el problema, ni tampoco para acreditar que el empresario está tomando las medidas adecuadas de prevención que le eximirían de responsabilidad.

Convenios que otorgan a la Comisión Paritaria las competencias en la materia

Algunos convenios, de entre aquellos que tienen una regulación limitada e insuficiente del tema, le atribuyen a la Comisión Paritaria competencias en este sentido. Se trata de una medida poco afortunada, dada la naturaleza del problema, que exige un procedimiento más cercano a la víctima, que genere confianza y discreción. Como ejemplo, podemos citar el art. 53 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Aderezo, Relleno, Envasado y Exportación de Aceituna de Sevilla:

²¹ **FRUTAS, HORTALIZAS Y FLORES.** Convenio Colectivo de trabajo del sector de manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería. El mismo tenor literal lo encontramos en el **ALIMENTOS.** Convenio Colectivo Provincial de la Industria de la Alimentación de Almería. **HOSTELERIA Y TURISMO.** Convenio Colectivo del Sector Hostelería y Turismo de Almería. Un texto parecido, también generalista, lo encontramos en el **TRANSPORTES POR CARRETERA.** Convenio Colectivo del de Empresas de Transportes por Carretera de Mercancías de Almería, otro también similar en el **OFICINAS Y DESPACHOS.** Convenio Colectivo Provincial de trabajo para los años 2010 a 2013 del sector Despachos de Graduados Sociales de Almería. También encontramos declaración de intenciones en el sentido de que el acoso es una conducta inaceptable en la empresa en el convenio del sector de la **CONSTRUCCION Y OBRAS PUBLICAS.** Convenio Colectivo de Industrias de la Construcción y Obras Públicas de Córdoba. Similares declaraciones de intenciones similares las encontramos en el Convenio Colectivo del sector de la Madera de Córdoba, también en el **INDUSTRIAS EN GENERAL.** Convenio Colectivo del Sector Comercio, Maquinaria Industrial, Agrícola, Material Eléctrico, Aparatos Electrodomésticos y Mobiliarios de Oficina de Sevilla.

²² Es el caso por ejemplo del Convenio Colectivo del sector Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla.

²³ Como el caso del Convenio Colectivo del Sector de Operadores Logísticos de Sevilla que únicamente define lo que se considera mobbing, comprometiéndose a hacer un esfuerzo en evitarlo, compromiso que no se concreta en nada.

“Cláusula de acoso sexual. Para evitar acciones de acoso sexual que se produzcan en el seno de la empresa, se establecen las siguientes medidas: A) La empresa y la representación de los trabajadores y trabajadoras, en su caso, se comprometen a crear y mantener un entorno laboral donde se respete la dignidad y la libertad del conjunto de personas que trabajen en su ámbito. B) La comisión Paritaria velará por el exacto cumplimiento de los derechos en el centro de trabajo, informando cuantas cuestiones puedan llegarle sobre este tema.”²⁴

No queremos decir que la Comisión Paritaria del convenio no deba tener competencias en este sentido, sino que remitir a dicha instancia la vigilancia y control del cumplimiento de los derechos de protección de los trabajadores en este tema es una medida poco eficaz.

Convenios que recogen un conjunto completo de medidas prevención-actuación frente al acoso

Son los menos, pero no por ello podemos restarle importancia. Suelen tener una estructura parecida a la que el art. 62 de la LOI señalaba que debían tener los Protocolos antiacoso sexual y por razón de sexo en la Administraciones Públicas. Dicho artículo establecía que el protocolo tenía que comprender, al menos, los siguientes principios:

- a) El compromiso de los responsables de la empresa de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.
- b) La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres.
- c) El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario.
- d) La identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia.

Podemos hablar entonces, siguiendo a MANEIRO y MIRANDA²⁵, de la existencia de varios tipos de normas: unas normas de actuación preventiva, otras de actuación reactiva y, por último, de una serie de medidas de seguimiento.

Entre las normas preventivas se encuentran todas aquellas destinadas a la formación de los trabajadores y trabajadoras en materia de igualdad, no discriminación y acoso, la información sobre el acoso, la identificación de lo que ha de entenderse por comportamiento inadecuado, así como el deber de la dirección y los superiores jerárquicos de poner en práctica políticas antiacoso. De entre los convenios analizados, tan solo tres contienen un auténtico protocolo antiacoso, al menos con medidas de

²⁴ Lo mismo ocurre en el Convenio Colectivo de Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Sevilla, en el de **TINTORERIAS Y ESTABLECIMIENTOS DE LAVADO Y PLANCHADO**. Convenio Colectivo del sector de Lavanderías Industriales de la provincia de Huelva 2013, 2014 y 2015. **CINEMATOGRAFÍA**. Convenio Colectivo provincial de trabajo del sector de Exhibición Cinematográfica, en el Convenio Colectivo del sector de Limpieza de Edificios y Locales de Córdoba, en el Convenio Colectivo del sector de industrias de fabricación y venta de productos de confitería, pastelería, repostería y bollería de Córdoba y en el Convenio Colectivo del sector de Salas de Exhibición Cinematográfica de Córdoba

²⁵ “Las obligaciones de la empresa...” op. Cit., pp. 78-80.

prevención y medidas reactivas. Son el Convenio colectivo del sector Metal de Córdoba (BOP 4/9/2013), el de la Ayuda a Domicilio de Sevilla y Provincia (BOP 24/8/2013) y el Convenio colectivo del Sector de Hostelería e Sevilla, (BOP 20/5/2010). También hay uno que contiene lo que podríamos llamar un Protocolo esquemático, casi un “esbozo”, que es el de Oficinas y Despachos de Málaga²⁶.

Entre las *normas preventivas* se encuentran todas aquellas destinadas a la formación de los trabajadores y trabajadoras en materia de igualdad, no discriminación y acoso, la información sobre el acoso, la identificación de lo que ha de entenderse por comportamiento inadecuado, así como el deber de la dirección y los superiores jerárquicos de poner en práctica políticas antiacoso. En varios convenios se han encontrado medidas de este tipo, aunque no se establezcan después protocolos de actuación²⁷

Entre las *normas relativas a la actuación reactiva*, MANEIRO Y MIRANDA mencionan las siguientes posibilidades:

- a) Ante quién y cómo ha de presentarse la denuncia
- b) Identificación de los derechos y deberes de la víctima y del presunto acosador
- c) Definición de otras posibles actuaciones paralelas a adoptar durante la resolución del caso
- d) Designación de un responsable o mediador
- e) Respeto a la intimidad de los afectados durante el proceso
- f) Establecimiento de plazos breves para la tramitación

Ya hemos dicho que solo tres de los convenios analizados contemplan auténticos Protocolos, en el sentido de establecer este tipo de medidas. Hay alguno que contempla la creación de una Comisión para la Igualdad de Oportunidades y la no discriminación, con la función de desarrollar medidas de igualdad, pero no podemos decir que esto sea una auténtica medida reactiva.²⁸

De ellos, el más interesante y completo es el establecido en el Convenio colectivo del sector de Hostelería de Sevilla, ya que el del Convenio del Metal de Córdoba es muy escueto y el del sector de ayuda a domicilio es algo más extenso pero, en realidad, solo es el establecimiento de unas líneas generales de actuación que deberán seguir las

²⁶ Ya que, brevemente, define las conductas y señala lo siguiente: “**Artículo 15. Procedimiento de actuación.** En el término de un año desde la publicación del presente convenio (6/10/2010) en las empresas de 50, o más trabajadores, se establecerán un procedimiento específico de actuación que desarrolle lo aquí dispuesto: 1. El procedimiento se desarrollará bajo los principios de rapidez y confidencialidad, garantizando y protegiendo la intimidad y la dignidad de las personas objeto de acoso. 2. Asimismo, se garantizarán y respetarán los derechos de las personas implicadas en el procedimiento. Se creará a nivel de empresa una comisión instructora de tratamiento de situaciones de acoso, con esta u otra denominación, como órgano encargado de la tramitación del proceso contemplado en el presente procedimiento. 3. Las organizaciones firmantes del presente convenio, en la comisión mixta paritaria evaluarán el funcionamiento e implantación en las empresas afectadas del presente procedimiento a los doce meses de su puesta en marcha, con el fin de sugerir cualquier modificación que permita mejorar la consecución de sus objetivos”.

²⁷ Convenio colectivo Confiterías y Pastelerías de Córdoba, Convenio colectivo de Industrias panificadoras de Córdoba, Convenio colectivo del Sector Comercio, Maquinaria Industrial Agrícola, Material Eléctrico, Aparatos electrodomésticos y Mobiliarios de Oficina de Sevilla, Sector Limpieza de Edificios y Locales de Sevilla (que además crea una Comisión Paritaria de Igualdad)

²⁸ Convenio Colectivo del Sector Limpieza de Sevilla,

empresas del sector, que adquieren el compromiso de establecer un Protocolo de Actuación contra el acoso sexual. No se regula de manera concreta el procedimiento a seguir en los casos en que un trabajador esté sufriendo el acoso, solo se dan indicaciones generales de cómo debe ser el procedimiento.

Por tanto, valorando en todo caso cualquier actuación tanto de las empresas como de los convenios en el sentido de concienciar a sus trabajadores de la existencia de este problema, de formarlos para que no se produzca y de describir las situaciones que suponen acoso, consideramos que la auténtica buena práctica empresarial es la de crear una instancia dentro de la empresa en la que se puedan tramitar con las debidas garantías de sumariedad y confidencialidad este tipo de denuncias. El trabajador tiene que saber dónde acudir, y debe estar seguro de la empresa indagará sobre el problema con absoluta indemnidad para el denunciante, y que se tomarán las medidas para el cese inmediato de la conducta y la sanción del acosador. Esto es lo que garantiza la protección de la víctima y, por otra parte, la exoneración de responsabilidades de la empresa.

Sería recomendable, por tanto, que los convenios colectivos incluyeran este tipo de regulación, al estilo de la efectuada en el convenio colectivo de la Hostelería de Sevilla, aunque añadiendo algún procedimiento de evaluación periódica ²⁹.

²⁹ Reproducimos la regulación del Convenio Colectivo del Sector de Hostelería de Sevilla (BOP de 20 de mayo de 2010), por considerarlo buena práctica empresarial: “Artículo 38.º ACOSO SEXUAL.

MEDIDAS PREVENTIVAS DEL ACOSO SEXUAL Y PROTOCOLO DE ACTUACIÓN EN EL ÁMBITO DEL CONVENIO COLECTIVO.

I. DEFINICIÓN.

La definición más reciente de acoso sexual la encontramos en la Directiva 2002/73/CE del parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, utilizando los siguientes términos:

«La situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular, cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.»

En lo que a nuestra normativa interna se refiere, el artículo 4.º del Estatuto de los Trabajadores dispone que todos los trabajadores tienen derecho «al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual».

Por último, el Código de Conducta elaborado en el seno de la Comisión de las Comunidades Europeas, propone la siguiente definición:

«El acoso sexual es la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. Esto puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados.

Se considerará como tal si la conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma; si la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de

empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utiliza de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de esa persona a la formación profesional o al empleo, sobre la continuación en el mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo, y/o dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma.»

II. ADOPCIÓN DE UN CÓDIGO DE CONDUCTA.

Como medida preventiva en las situaciones de acoso sexual se propone la adopción, con las adaptaciones oportunas, del «Código de Conducta sobre las medidas para combatir el acososexual» elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas, en cumplimiento de la Recomendación de dicha Comisión, de fecha 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, y que obra como Anexo I del presente documento de trabajo.

El objeto del Código de Conducta, que deberá difundirse en el seno de la empresa, es proporcionar a los empresarios y a los trabajadores una orientación práctica sobre la protección de la mujer y del hombre en el trabajo, y establecer recomendaciones y procedimientos claros y precisos para evitar el acoso sexual.

III. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN EN LOS CASOS DE ACOSO SEXUAL.

Los principios en los que el protocolo de actuación se basa son la eficacia y efectividad de los procedimientos, así como la celeridad y la confidencialidad de los trámites.

1. Procedimiento informal.—En atención a que en la mayoría de los casos lo que se pretende simplemente es que la conducta indeseada cese, en primer lugar, y como trámite extraoficial, se valorará la posibilidad de seguir un procedimiento informal, en virtud del cual el propio trabajador explique claramente a la persona que muestra el comportamiento indeseado que dicha conducta no es bien recibida, que es ofensiva o incómoda, y que interfiere en su trabajo, a fin de cesar en la misma. Dicho trámite extraoficial podrá ser llevado a cabo, si el trabajador así lo decide, y a su elección, por un representante de los trabajadores, por el superior inmediato, o por una persona del departamento de recursos humanos de la empresa.

El presente procedimiento podría ser adecuado para los supuestos de acoso laboral no directo sino ambiental, en los que lo que se ve afectado es el entorno laboral, creándose un ambiente de trabajo ofensivo, humillante, intimidatorio u hostil.

2. Procedimiento formal: en los casos en los que, por tratarse de un acoso directo, por las circunstancias del caso, o por haberse intentado sin éxito el procedimiento informal, éste no resulte adecuado, se iniciará un procedimiento formal.

– Este se iniciará con la presentación de una denuncia en la que figurará un listado de incidentes, lo más detallado posible, elaborado por el trabajador que sea objeto de acoso sexual. La persona a la que irá dirigida la denuncia será, a elección del trabajador, un miembro del departamento de recursos humanos o de personal, o un miembro de la dirección de la empresa. Asimismo, si así lo decidiera el trabajador, una copia de la misma será trasladada a los representantes legales de los trabajadores.

– La denuncia dará lugar a la inmediata apertura de un expediente informativo, encaminado a la averiguación de los hechos, dándose trámite de audiencia a todos los intervinientes, inclusive a los representantes legales de los trabajadores si así lo hubiera decidido el trabajador afectado, y practicándose cuantas diligencias se estimen necesarias a fin de dilucidar la veracidad de los hechos acaecidos.

Durante la tramitación de tales actuaciones se posibilitará al denunciante o al denunciado, si éstos así lo desean, el cambio en el puesto de trabajo, siempre que ello sea posible, hasta que se adopte una decisión al respecto.

La intervención de los representantes legales de los trabajadores, tanto como la de posibles testigos y de todos los actuantes, deberá observar el carácter confidencial de las actuaciones, por afectar directamente a la intimidad y honorabilidad de las personas.

Se observará el debido respeto tanto a la persona que ha presentado la denuncia como a la persona objeto de la misma.

– La constatación de la existencia de acoso sexual dará lugar a la imposición de las sanciones previstas en el artículo 40.12 del Acuerdo Laboral Estatal para el Sector de Hostelería.

– Cuando la constatación de los hechos no sea posible, y no se adopten por tanto medidas disciplinarias, en ningún caso se represaliará al trabajador denunciante, antes al contrario, se supervisará con especial atención la situación para asegurarse que el acoso no se produce. Asimismo, y siempre que ello sea posible, se procurará una organización del trabajo que impida el contacto continuo de los trabajadores afectados.

– La Comisión Paritaria del Convenio deberá ser informada de todos los casos de acoso sexual tramitados en las empresas que finalicen con imposición de alguna sanción disciplinaria.

ANEXO

CÓDIGO DE CONDUCTA EN MATERIA DE ACOSO SEXUAL

I. La dirección de la empresa manifiesta su preocupación y compromiso en evitar y resolver los supuestos de acoso sexual, y a tales efectos expresa su deseo de que todos los trabajadores sean tratados con dignidad, no permitiendo ni tolerando el acoso sexual en el trabajo.

II. Se entiende por acoso sexual la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

III. Todos los trabajadores tienen la responsabilidad de ayudar a crear un entorno laboral en el que se respete la dignidad de todos. Por su parte, las personas encargadas de cada departamento deberán garantizar que no se produzca el acoso sexual en los sectores bajo su responsabilidad.

IV. Los trabajadores tienen derecho a presentar una denuncia si se produce acoso sexual, las cuales serán tratadas con seriedad, prontitud y confidencialmente. Las mismas deberán contener la descripción de los incidentes y deberán ser dirigidas, a elección del trabajador, a un miembro del departamento de recursos humanos o de personal o un miembro de la dirección de la empresa. Asimismo, si el trabajador lo desea, se pondrán los hechos en conocimiento de los representantes legales de los trabajadores, los cuales intervendrán en la tramitación del expediente informativo.

V. El artículo 32.12 del III Acuerdo Laboral Estatal para el Sector de Hostelería dispone que es falta muy grave, sancionable –a opción de la empresa– con suspensión de empleo y sueldo de 16 a 60 días, o con despido disciplinario, «todo comportamiento o conducta, en el ámbito laboral, que atente el respeto de la intimidad y dignidad de la mujer o el hombre mediante la ofensa, física o verbal, de carácter sexual. Si tal conducta se lleva a cabo prevaleciendo de una posición jerárquica supondrá una circunstancia agravante de aquélla».

En los supuestos en que un trabajador incurra en conductas constitutivas de acoso sexual será sancionado conforme dispone el precepto señalado.”

COHERENCIA Y CONGRUENCIA ENTRE LA VÍA ADMINISTRATIVA Y JURISDICCIONAL EN LOS PROCESOS RELATIVOS AL EJERCICIO DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS. PARTICULARMENTE EN PROCEDIMIENTOS DE SEGURIDAD SOCIAL.

Andrés Ramón Trillo García*

I. Introducción. II. La vía previa en el proceso de Seguridad Social. Régimen jurídico de sus múltiples modalidades. 2.1. La finalidad institucional de la reclamación previa y del recurso administrativo en materia de Seguridad Social. 2.2. Las distintas modalidades de reclamación previa. 2.1.1 *La reclamación previa en los procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte.* 2.1.2. *Reclamación previa contra altas médicas distintas de las dictadas con ocasión del cumplimiento de los 365 días del proceso de incapacidad temporal.* 2.1.3. *Reclamación previa en los procedimientos iniciados de oficio.* 2.1.4. *Reclamación previa contra los actos de las entidades colaboradoras, mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y empresas colaboradoras.* 2.1.5. *Actos de las entidades colaboradoras de la Seguridad Social contra los que cabe la interposición de reclamación previa ante las mismas.* 2.1.6. *Reclamaciones previas contra actos administrativos en materia de Seguridad Social.* 2.2. La tramitación de la reclamación previa. 2.3 Otros sistemas impugnatorios que sustituyen a la reclamación previa en la impugnación de determinados actos. 2.3.1. *La impugnación de las altas de incapacidad temporal emitidas al agotarse el plazo de 365 días de duración del proceso.* 2.3.2. *Procedimiento de revisión de altas médicas derivadas de contingencias profesionales emitidas por las entidades colaboradoras de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 1430/2009.* 2.4. Recursos administrativos previstos en la LRJ-PAC. 2.5. Una resumida crítica al esquema impugnatorio en vía administrativa en materia de Seguridad Social. III. La motivación de las resoluciones en las reclamaciones previas. IV. La congruencia entre la vía administrativa y el proceso. V. A modo de conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

Este trabajo tiene por objeto, estudiar el régimen jurídico de la reclamación previa y los recursos administrativos que en materia de Seguridad Social se establecen como trámites administrativos previos al proceso social, tanto en los procesos iniciados contra actos prestacionales como contra aquello no prestacionales, así como la eficacia de la congruencia entre la vía previa administrativa y la procesal como institución dirigida a eliminar el conflicto y mejorar la seguridad jurídica. En tal sentido consideramos que la unificación de los instrumentos impugnatorios en vía administrativa en una única modalidad, la motivación pormenorizada de las decisiones con el pertinente tratamiento de todas las cuestiones planteadas, y la celeridad en la resolución, podrían constituir una buena práctica que permitiría la reducción de la litigiosidad amén de un funcionamiento más eficaz de la administración de justicia al conseguirse una mayor claridad en las pretensiones.

* Andrés Ramón Trillo García. Letrado de la Administración de la Seguridad Social. Este trabajo se inserta en dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario Para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

II. LA VÍA PREVIA EN EL PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL. RÉGIMEN JURÍDICO DE SUS MÚLTIPLES MODALIDADES.

En la actualidad la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) establece en materia de Seguridad Social hasta ocho procedimientos administrativos reguladores de la vía previa al proceso judicial, cada uno de ellos con trámites, plazos y efectos diferentes y todo ello sin perjuicio de aquellas reclamaciones previas que se presentan contra la Administración cuando actúa como empresario despojada de imperio o cuando lo hace ejerciendo potestades distintas a las relativas en materia de Seguridad Social. En este sentido la nueva ley lejos de conseguir una simplificación en los procedimientos ha realizado el ejercicio contrario, es decir abundar en la diversidad de ellos creando a nuestro juicio una mayor confusión.

Por ello y para clarificar algo la situación vamos a distinguir el régimen jurídico de cada uno de los procedimientos actualmente regulado y comprobar si realmente se cumple en la actualidad el fin institucional de estos procedimientos administrativos.

2.1. La finalidad institucional de la reclamación previa y del recurso administrativo en materia de Seguridad Social.

El artículo 140 de la LRJS establece la necesidad de interponer reclamación previa a la iniciación del proceso social cuando éste tenga por objeto pretensiones en materia de prestaciones de Seguridad Social. A este respecto, el citado precepto establece que “En las demandas formuladas en materia de Seguridad Social contra las entidades gestoras y servicios comunes, incluidas aquellas en las que esta invoque la lesión de un derecho fundamental o libertad pública”. Únicamente se exceptúan de esta obligación las pretensiones sobre derechos fundamentales y libertades públicas cuando se planteen a través del proceso especial de protección de derechos fundamentales y las impugnación ante el Juzgado de las altas médicas 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 las prestaciones de incapacidad temporal para los que está previsto un procedimiento impugnatorio distinto. No obstante, pese a que el precepto prevé únicamente la presentación de la reclamación previa contra entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, lo que provocaría que no se requiriera reclamación previa contra los actos de las entidades colaboradoras, al no tener condición de Administración Pública, lo cierto es que el legislador prevé la posibilidad de interponer reclamación previa ante la entidad gestora en pretensiones de su competencia, a modo de recurso de alzada impropio y también directamente frente a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cuando se pretendan impugnar actos de gestión relativos a la prestación de cese de actividad de los trabajadores autónomos.

El régimen jurídico de la reclamación previa en materia de Seguridad Social, en principio se regula en los artículos 7, 72, 73 y 140 de la LRJS así como en los artículo 120 y 121 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC).

Su finalidad institucional tiende al cumplimiento de dos objetivos, de un lado posibilitar la eliminación del proceso, y de otra favorecer la defensa de la Administración concretando el ámbito del proceso. En relación con la primera finalidad la reclamación previa se caracteriza por constituirse como un recurso administrativo especial de carácter devolutivo tal como indica la sentencia del Tribunal Constitucional 60/1989 de 16 de marzo, mientras que por otro lado la sentencia del Tribunal Supremo de 198 de

marzo de 1997 señala que la reclamación previa se constituye como un presupuesto procesal de carácter preceptivo establecido al objeto de que la Administración tenga en consideración los términos del litigio a efectos de la sentencia. Ahora bien, en tanto en cuanto supone una carga para el ciudadano que limita el acceso a la tutela judicial efectiva debe ser interpretada como una carga relativa que atiende a la finalidad de evitar el proceso y no como una prerrogativa absoluta de la Administración desprovéyéndola de rigidez., así lo señala el Tribunal Constitucional en su sentencia de 191/1993 de 14 de junio, o en la sentencia 108/2000 de 5 de mayo. Se trata por tanto de una privilegio al que la Administración puede renunciar expresa o tácitamente tal como señalan las sentencias del TSJ de Murcia 18 de enero de 1993 (AS/1993/249), o de 18 de diciembre de 1998 (AS/1998/7028) y así, señalan dichas sentencias que: “es sólo la Administración quien debe alegar la falta de reclamación previa en caso de ser necesaria, pero en modo alguno el particular, de suerte que si la Administración de la Seguridad Social ha acudido al litigio y no se ha opuesto en el acto de juicio a la falta de reclamación previa ni ha estimado necesaria para entrar en el debate judicial, debe considerarse un privilegio renunciable por el Ente demandado en cuyo favor se estableció”, entendiéndose que el trámite se ha cumplido cuando el juicio se celebra una vez transcurrido el plazo para resolverla administrativamente, (Sentencias del TSJ y de Castilla y León/Burgos de 13 de diciembre de 2006, JUR/2007/60438). En fin se trata de un trámite que se debe interpretar con cierta flexibilidad que posibilite la subsanación sin rigidez. De manera que no constituye forma esencial del juicio, sino un procedimiento administrativo anterior a éste, ni el plazo para resolver es procesal y no sustantivo, al no afectar al derecho ejercitado, por lo que el incumplimiento del mismo sólo acarrea una pérdida del trámite. (Sentencia del TSJ de Cataluña de 29 de julio de 2005 AS/2005/3615).

Por otro lado el artículo 151.2 de la LRJS prevé respecto de los procedimientos de impugnación de actos no prestacionales, que para interponer la demanda resulta imprescindible acreditar haber agotado la vía administrativa previa en las forma prevista que sea exigible en cada caso según la normativa reguladora del acto¹, de manera que se acuerdo con lo establecido en los artículos 69 y 70 de la LRJS podrán caber contra el acto que se pretende impugnar la presentación de reclamación previa o de recurso administrativo en la modalidad adecuada según la naturaleza y rango del órgano que la emite, es decir recurso de reposición o de alzada, que se registrarán por lo dispuesto en la LRJ-PAC y cuya naturaleza jurídica es claramente impugnatoria².

2.2. Las distintas modalidades de reclamación previa.

2.1.1 La reclamación previa en los procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte.

El artículo 71.2 LRJS dispone que la reclamación previa se deberá interponer, ante el órgano que dictó la resolución en el plazo de 30 días desde la notificación de la misma,

¹ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael. “proceso de Oficio y de Impugnación de actos administrativos en materia laboral y se Seguridad Social no prestacionales, una lectura desde la Seguridad Social”. Jornadas de Formación del Cuerpo Superior de Letrado de la Administración de la Seguridad Social (Inédito).

² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús Y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Tomo 2. Pag. 2284, 2ª Edición. Civitas. Madrid 1999.

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^{3 4}. Por otro lado, pese a que el artículo 228.1 de la LGSS establece el plazo de 15 días para dictar resolución desde que se presentó ante el Servicio Público de Empleo Estatal la solicitud en tiempo y forma, lo cierto es que las solicitudes se entienden desestimadas cuando transcurren tres meses desde la presentación de aquella, plazo es que el mismo en el que se entiende desestimada la solicitud de la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos por aplicación de lo establecido en el artículo 42.3 LRJ-PAC.

No obstante, de esta obligación se está eximido, como más adelante veremos en los procedimientos de impugnación de altas médicas dictadas con ocasión del cumplimiento de los 365 días de duración del proceso.

En la tramitación del procedimiento se aplicarán las mismas reglas establecidas en la LRJ-PAC señalándose el plazo de 45 días hábiles para dictar resolución debiéndose en otro caso entender denegada la reclamación previa por silencio negativo.

2.1.2. Reclamación previa contra altas médicas distintas de las dictadas con ocasión del cumplimiento de los 365 días del proceso de incapacidad temporal.

El segundo párrafo del artículo 71.2 LRJS señala que en los procedimientos de impugnación de altas médicas no exentas de reclamación previa según el apartado 1 de este artículo se interpondrá en el plazo de once días desde la notificación de la resolución. También en este caso el plazo para contestar es más rápido estableciéndose

³ A este respecto la disposición adicional quincuagésima segunda de la ley general de la Seguridad Social establece que en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, una vez transcurrido el plazo máximo fijado por la norma reguladora del procedimiento sin que haya recaído resolución expresa de que se trate se entenderá desestimada la petición por silencio administrativo.

⁴ El Real Decreto 286/2003, de 7 de marzo establece los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social, indicando los siguientes plazos:

- Pensión de jubilación en su modalidad contributiva y pensión de vejez del seguro Obligatorio de vejez e invalidez: 90 días.
- Prestaciones de incapacidad permanente, sus revisiones, lesiones permanentes no invalidantes e invalidez SOVI: 135 días.
- Prestaciones de muerte y supervivencia y viudedad: 90 días.
- Recargos de las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedad profesional: 135 días
- Prestaciones por incapacidad temporal (pago directo): 30 días
- Prestaciones por maternidad y paternidad: 30 días.
- Asignaciones económicas por hijo a cargo: 45 días.
- Prestaciones económicas por nacimiento de hijo: 45 días.
- Prestaciones por parto múltiple: 45 días.
- Reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria: 1 día.
- Asistencia sanitaria en desplazamientos al extranjero: 45 días.
- Revisión de Oficio de actos declarativos de derechos: 135 días.
- Reconocimiento de prestaciones devengadas y no percibidas: 30 días.
- Pensiones otorgadas por el seguro escolar: 90 días.
- Pensiones de invalidez, en su modalidad no contributiva: 90 días.
- Pensiones de jubilación en su modalidad no contributiva: 90 días.
- Prestaciones sanitarias complementarias. Régimen especial del mar: 90 días.
- Reintegro de gastos por asistencia sanitaria prestada con medios ajenos a la Seguridad Social. Régimen especial del Mar. 90 días.
- Abono por desplazamientos y dietas por traslados de enfermos. Régimen especial del mar: 90 días.
- prestaciones amparadas en la normativa comunitaria europea o en las normas de convenios bilaterales, tratados o acuerdos internacionales: 180 días.

por el artículo 71.5 LRJS el plazo de siete días hábiles entendiéndose desestimada en el caso de que transcurra dicho plazo.

2.1.3. Reclamación previa en los procedimientos iniciados de oficio.

El artículo 71.4 LRJS determina que “cuando en el reconocimiento inicial o la modificación de un acto o derecho en materia de Seguridad Social, la entidad gestora correspondiente esté obligada a proceder de oficio, en el caso de que no se produzca acuerdo o resolución, el interesado podrá solicitar que se dicte, teniendo esta solicitud calor de reclamación previa”.

De este modo cuando el procedimiento administrativo se inicia de oficio y se dicta resolución con la que está en desacuerdo el interesado, éste podrá presentar reclamación previa en el plazo de treinta días computado desde el día en el que se dictó la resolución administrativa. Por otro lado, si la Administración inicia el procedimiento para dictar un acto favorable del interesado y no dicta resolución en plazo, este podrá presentar reclamación previa en el plazo de treinta días contados a partir del día en que se entiende desestimada la solicitud por silencio mientras que si el procedimiento fue iniciado para dictar un acto desfavorable podrá entenderse caducado el procedimiento por lo que se procedería archivar el expediente administrativo de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LRJ-PAC.

Por otro lado, si la entidad gestora debe iniciar el procedimiento de oficio y no lo hace, el interesado podrá solicitar que se dicte el acto teniendo tal solicitud el valor de reclamación previa, de manera que contra la resolución que se dicte se podrá interponer demanda y en su caso, una vez transcurridos cuarenta y cinco días sin resolución, podrá interponer la acción judicial.

En los procedimientos iniciados a instancia del interesado el plazo para interponer la reclamación previa se computa a partir del momento en que la solicitud tiene entrada en el registro del órgano competente para resolver, mientras que en los procedimientos iniciados de oficio por la administración el plazo para interponer la reclamación previa comienza a partir de la fecha en que se dicta el acto de inicio. En todo caso, si transcurre el plazo de caducidad establecido para presentar reclamación previa y no hubiera prescrito el derecho se podrá reiterar la presentación de la reclamación sin perjuicio de los efectos económicos de la prestación que se reconozca se retrotraigan tres meses de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la LGSS.

2.1.4. Reclamación previa contra los actos de las entidades colaboradoras, mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y empresas colaboradoras.

El artículo 71.3 LRJS señala que si la resolución expresa o presunta se dite por una entidad colaboradora, la reclamación previa se interpondrá, en el mismo plazo que el establecido para presentarla ante las entidades gestoras, ante la propia entidad colaboradora si tuviera la competencia para resolver, o en otro caso ante el órgano correspondiente de la Entidad gestora u organismo público gestor de la prestación.

El precepto es verdaderamente confuso toda vez que en principio todas las prestaciones de Seguridad Social que gestionan las entidades colaboradoras, con la excepción de las prestaciones por cese de actividad de los trabajadores autónomos, competen a las entidades gestoras de la Seguridad Social de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 LGSS.

No obstante, la práctica actual exige para que se interponga reclamación previa ante la entidad gestora contra actos de gestión de las entidades colaboradoras que el acto

expreso o presunto de la mutua de la entidad colaboradora, mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales o empresa colaboradora en la gestión, y en segundo lugar, que la entidad gestora tenga atribuida la competencia por razón de la materia para conocer de la reclamación previa, lo que parece que únicamente alcanzaría a los supuestos de determinación de contingencia. A mi juicio esta interpretación restrictiva no se corresponde con la literalidad del precepto sino al contrario, la finalidad del mismo debe responder al establecimiento de un recurso “per saltum” ante la entidad que en cuanto poder público tiene atribuida constitucionalmente la competencia gestora del sistema.

Precisamente la interpretación restrictiva de la norma provoca que generalmente contra los actos de las entidades colaboradoras no quepa reclamación previa, residenciando únicamente la posibilidad de interponer reclamación previa cuando así lo prevea una norma.

2.1.5. Actos de las entidades colaboradoras de la Seguridad Social contra los que cabe la interposición de reclamación previa ante las mismas.

El artículo 19 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por el que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos establece que “los órganos jurisdiccionales del orden social serán competentes para conocer de las decisiones del órgano gestor, relativas al reconocimiento, suspensión o extinción de las prestaciones por cese de actividad, así como el pago de las mismas. Con independencia de lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de esta ley, el interesado podrá efectuar reclamación previa ante el órgano gestor antes de acudir al órgano jurisdiccional social competente. La resolución del órgano gestor habrá de indicar expresamente la posibilidad de presentar reclamación, así como el plazo de la interposición”. En relación con este precepto, el artículo 16 de la misma ley establece que corresponde a las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales la gestión de las funciones y servicios derivados de la prestación económica por cese en la actividad así como proceder al reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de la prestación”.

Los indicados preceptos no establecen ninguna norma más en relación a los plazos de interposición ni de la tramitación de esta singular reclamación previa susceptible de presentar ante entidades que no tiene la naturaleza de administraciones públicas, sino la de entidades privadas integrantes del sector público, si bien parece lógico entender que les serán de aplicación las normas reguladoras de la reclamación previa a interponer ante las entidades gestoras de la Seguridad Social, bien en los procedimientos iniciados a instancia del interesado como a los iniciados de oficio.

2.1.6. Reclamaciones previas contra actos administrativos en materia de Seguridad Social.

Como ya dijimos de acuerdo con lo establecido en el artículo 151.2 LRJS para interponer demanda contra actos no prestacionales de la Seguridad Social en la modalidad procesal establecida en el Capítulo VII del título II de la ley procesal social será imprescindible acreditar haber agotado la vía previa administrativa, si bien esta será distinta según la naturaleza del acto, de manera que habrá actos administrativos para los que será necesaria la interposición de los recursos ordinarios regulados en la LRJ-PAC mientras que para otros será necesaria la interposición de la reclamación previa prevista en el artículo 71 LRJS.

En este sentido, el artículo 96.2 LGSS dispone que las resoluciones relativas a las sanciones que las Entidades impongan a los trabajadores y beneficiarios de prestaciones, conforme a lo establecido en el artículo 47 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, serán recurribles ante los órganos jurisdiccionales del orden social, previa reclamación ante la Entidad Gestora competente en la forma prevista en el artículo 71 del Texto Refundido de Ley de Procedimiento Laboral, sustituido en la actualidad con idéntico contenido por el mismo precepto de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social,

2.2. La tramitación de la reclamación previa.

Como se ha indicado anteriormente el artículo 71.2 de la LRJS señala que la reclamación previa se deberá presentar en el plazo de 30 días contados a partir de la notificación de la resolución contra la que se esté en desacuerdo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 58 y 59 LRJ-PAC.

La reclamación se deberá presentar por escrito y deberá contener los datos previstos en el artículo 70 LRJ-PAC, es decir los datos esenciales que permitan la identificación del interesado, el lugar donde prefiere la notificación de los actos que se deriven de la presentación de la interposición de la reclamación previa, hechos, razones y petición en que se concrete la reclamación, lugar y fecha, firma del interesado o de su representante, firma y acompañamiento en su caso del documento que acredite la representación si se actúa a través de representante. La reclamación previa se podrá presentar en cualquiera de los registros establecidos en el artículo 38 LRJ-PAC. No obstante la doctrina jurisprudencial otorga eficacia a las reclamaciones previas presentadas fuera de plazo si se interpuso la demanda antes de dicho plazo y se obtiene respuesta de la Administración antes de la celebración del juicio, STS de 17 de diciembre de 1996.

El artículo 71.7 LRJS dispone que una vez presentada la reclamación previa, la administración competente emitirá un recibo o devolverá copia sellada de la misma, pues tanto uno como otro justificante deberá presentarse con la demanda. Así el citado precepto establece: "Las entidades u organismos gestores de la Seguridad Social expedirán recibo de la presentación o sellarán debidamente, con indicación de la fecha, las copias de las reclamaciones que se dirijan en cumplimiento de lo dispuesto en esta ley. Este recibo o copia sellada o el justificante de la presentación por los procedimientos y registros alternativos que estén establecidos por la normativa administrativa aplicable, deberán acompañarse inexcusablemente con la demanda".

La tramitación por la entidad gestora de la reclamación previa presentada se regirá por las reglas de instrucción y prueba establecidas en la LRJ-PAC siendo necesaria la audiencia del interesado cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la ley ritual administrativa común el interesado no haya podido ser oído, se presenten nuevas pruebas o se hayan tenido en cuenta nuevos hechos o documentos aún cuando no se considerarán hechos nuevos, las reclamaciones previas, informes, propuestas o documentos aportados al expediente antes de recaer la resolución contra la que se presenta la reclamación previa.

El plazo de resolución es de 45 días hábiles y en el caso de las reclamaciones previas contra altas médicas el plazo de siete días como ya se dijo, aplicándose para ello las previsiones establecidas en el artículo 48 LRJ-PAC contándose por tanto los sábados y el mes de agosto, y entendiéndose en todo caso una vez transcurrido el plazo para resolver que se ha desestimado la reclamación a no ser que se dicte con posterioridad resolución estimatoria.

Igualmente, como veremos más adelante las resoluciones que se dicten deberán ser motivadas en los términos establecidos en el artículo 54 LRJ-PAC y notificadas en los términos indicados en los artículos 58 y 59 LRJ-PAC, debiéndose hacer constar la notificación en el expediente.

2.3 Otros sistemas impugnatorios que sustituyen a la reclamación previa en la impugnación de determinados actos.

2.3.1. La impugnación de las altas de incapacidad temporal emitidas al agotarse el plazo de 365 días de duración del proceso.

Como ya se ha dicho el artículo 71.1 LRJS dispone que no será necesario presentar reclamación previa en los procedimientos de impugnación de altas médicas dictadas en procesos de incapacidad temporal cuando se haya agotado el plazo de 365 días de duración. El precepto se refiere únicamente a aquellas resoluciones contra las que cabe la presentación del escrito de disconformidad previsto en el artículo 128.1.a) de la LGSS, pero no contra las que se dicte antes de dicho momento o después a consecuencia de la gestión de una prórroga.

A este respecto, el artículo 128.1.a) LGSS dispone que una vez agotado el plazo de duración de 365 días del proceso de incapacidad temporal, el INSS, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con el límite de 180 días más, o determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS.

Ahora bien, si el INSS opta por emitir el alta médica se iniciará un procedimiento impugnatorio extraordinario llamado por el legislador “de disconformidad”. Así el artículo 128.1.a) LGSS señala que contra el alta médica emitida por el INSS al cumplir los 365 días se podrá manifestar por el interesado su disconformidad ante la Inspección Médica del Servicio Público de Salud correspondiente en el plazo de 4 días naturales, produciendo de inmediato la suspensión del alta médica. En tal sentido si la Inspección Médica del Servicio de Salud discrepa del criterio del INSS podrá señalarlo así en el plazo de 7 días, también naturales, indicando las razones y fundamento de la discrepancia, manteniéndose los efectos de la suspensión al menos hasta que dicte definitivamente resolución el INSS.

Por el contrario, si la Inspección Médica se pronunciara confirmando la decisión de la Entidad Gestora o transcurriera el plazo de once días naturales desde la fecha de la notificación de la resolución por la que se acordaba el alta médica, esta alta adquirirá plenos efectos y si la entidad reconsiderara su resolución se considerará prorrogada la situación de incapacidad temporal con el límite de 180 días. Pues bien, son única y exclusivamente estas resoluciones contra las que no cabe reclamación previa de manera que contra la resolución definitiva.

2.3.2. Procedimiento de revisión de altas médicas derivadas de contingencias profesionales emitidas por las entidades colaboradoras de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 1430/2009.

La razón de este singular procedimiento administrativo impugnatorio la encontramos en la previsión establecida en la disposición adicional decimo novena de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas de Seguridad Social que determinaba que

reglamentariamente se regularía el procedimiento administrativo por el que el INSS a instancias de los interesados podría revisar las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal derivadas de contingencias profesionales. Este desarrollo reglamentario tuvo lugar en el artículo 4 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se establece un procedimiento para impugnar las altas médicas derivadas de contingencias profesionales emitidas por las entidades colaboradoras ante el INSS con la especialidad de que el escrito solicitando la revisión tendrá valor de reclamación previa y, por tanto, su resolución únicamente será directamente impugnabile ante la jurisdicción social.

El citado precepto señala que el trabajador podrá instar la revisión de las altas médicas derivadas de contingencias profesionales emitidas por entidades colaboradoras en el plazo de 4 días naturales desde que se emitió dicha alta por medio del modelo normalizado a disposición del trabajador en la página Web del INSS, que debe ser acompañado por el historial clínico o copia de sus solicitud a la entidad colaboradora.

Una vez presentada la solicitud de revisión, ésta tendrá efectos suspensivos prorrogándose provisionalmente el proceso de incapacidad temporal y manteniéndose el pago delegado de la prestación. Para ello el INSS comunicará a la empresa que el trabajador ha presentado la solicitud de revisión el mismo día.

De igual manera la entidad gestora comunicará a la entidad colaboradora la iniciación del procedimiento para que en el plazo improrrogable de de dos días hábiles aporte los antecedentes clínicos e informe de la causa del alta, de manera que si esta no remitiera la citada documentación en plazo se dictará la resolución que proceda, teniendo en cuenta la información facilitada por el interesado.

Por otra parte si el trabajador solicitara al facultativo del Servicio Público de Salud la emisión de un parte de baja derivado de contingencia común, dicho facultativo deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar el procedimiento de revisión, si bien si emitiera parte de baja por contingencia común se iniciará el abono de la prestación derivada de contingencia común suspendiéndose el abono de la prestación por contingencia profesional hasta que se dicte resolución por el INSS y se proceda en su caso a las compensaciones que correspondan.

El procedimiento de revisión finalizará mediante resolución que debe emitir la entidad gestora en el plazo máximo de 15 días hábiles, contados a partir del día en que se aporte la documentación solicitada a la entidad colaboradora. Dicha resolución se emitirá previo informe del equipo de Valoración de las Incapacidades, que deberá examinar y valorar el caso concreto. No obstante, si durante la tramitación del procedimiento se llega al mes duodécimo del proceso se debe archivar el procedimiento y el INSS acordará cualquiera de las tres decisiones previstas en el artículo 128.1.a) LGSS, es decir, prorrogar el proceso, o bien, acordar el alta o, por último iniciar el expediente de calificación de la incapacidad permanente.

La resolución que dicte la entidad gestora determinará la fecha y efectos del alta médica o en su caso el mantenimiento del trabajador en baja médica con alguno de los siguientes pronunciamientos posibles:

- a) Anulación del alta médica con el mantenimiento de la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional.
- b) Determinar la contingencia de los procesos concurrentes, sus efectos económicos y las compensaciones que procedan.
- c) Modificar la fecha de efectos del alta médica emitida por la entidad colaboradora.
- d) Confirmar el alta médica que en su día emitió la entidad colaboradora declarando por tanto, que las prestaciones percibidas que, desde la fecha que determine la entidad

gestora y, derivadas de contingencias profesionales son indebidas con la obligación de su reintegro por el trabajador.

2.4. Recursos administrativos previstos en la LRJ-PAC.

Como vimos contra determinados actos no prestacionales procede la necesaria interposición de los recursos administrativos establecidos en la LRJ-PAC. Así el artículo 23.1 del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (en adelante RPS) establece que se podrá interponer recurso ordinario en el plazo de un mes ante el órgano superior competente por razón de la materia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de este Reglamento, cuya resolución agotará la vía administrativa”. De este modo cabrá la interposición del recurso de alzada contra los actos sancionadores dictados por órganos administrativos que no agoten la vía administrativa y el recurso potestativo de reposición, cuando la autoridad que dicte el acto agote dicha vía.

Por otro lado, si se sancionara a otra Administración Pública se tendrá que realizar antes de presentar la demanda ante la jurisdicción social el requerimiento previsto en el artículo 44.1 de La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de manera que *“En los litigios entre Administraciones públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa: No obstante, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá ser requerida previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada”*.

2.5. Una resumida crítica al esquema impugnatorio en vía administrativa en materia de Seguridad Social.

La comparación más ajustada para describir la situación actual es la de una jungla en la que conviven distintos instrumentos jurídicos que aún cuando tienen la misma finalidad es distinta su naturaleza, tramitación y plazos. En este sentido se produce la circunstancia de la razón de ser de la reclamación previa es la de agotar la vía previa administrativa, en sustitución de la conciliación, cuando la jurisdicción ante la que se ejerce la pretensión contra una administración pública es la civil o la social, reservando el recurso administrativo cuando la jurisdicción competente para conocer de la fiscalización del acto administrativo es la contencioso-administrativa. Pues bien, se introduce el recurso administrativo previo en la Jurisdicción Social que además cohabita con la reclamación previa ante actos de idéntica naturaleza, y que lo único cualitativamente que añade es confusión.

Igualmente el régimen de plazos en unos y otros instrumentos impugnatorios es muy desigual de manera que conviven procedimientos con plazos extremadamente breves frente a otros con una duración innecesaria.

Considero por tanto, que procede una simplificación del régimen impugnatorio, y una adecuación de los plazos de los trámites a fin de que se cumplan con suficiencia las garantías rituales y se pueda cumplir su finalidad de reexaminar la pretensión y fijar el campo de juego en el proceso superando la sensación actual de constituir un trámite inútil que únicamente supone una carga para el futuro demandante.

III. LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES EN LAS RECLAMACIONES PREVIAS.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 54.1.b) de la LRJ-PAC las resoluciones de las reclamaciones previas deberán estar motivadas con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho toda vez que supone la resolución de un procedimiento impugnatorio, y con mayor razón cuando además limiten derecho subjetivos o intereses legítimos, circunstancia típica en la mayoría de los supuestos.

La motivación supone explicar la decisión y por tanto, dar a conocer las razones de hecho y de derecho que justifican la decisión adoptada. En tal sentido, como señalan GONZÁLEZ PÉREZ Y GONZÁLEZ NAVARRO⁵, una cosa es el motivo del acto y otra distinta la motivación como requisito formal en el que se expresan las razones que sirven de fundamento a la decisión dictada. Se trata de la sujeción de la decisión a determinados requisitos de forma de manera que la infracción de dicho deber determina la anulabilidad del acto de conformidad con lo establecido en el artículo 63.2 LRJ-PAC, si esto determina indefensión.

Ciertamente como indican los citados autores, la motivación cumple diversas finalidades:

- Opera como una causa de control de la causa de manera que obliga a la administración a realizar un examen más riguroso del ordenamiento jurídico.
- Funciona como un sistema de control indirecto de la opinión pública que en último término intentará persuadir al destinatario del acto y prevenir de eventuales impugnaciones.
- Permite a su vez conocer mejor la voluntad manifestada por el órgano administrativo decisorio.
- Por último, facilita el control jurisdiccional.

Precisamente esta última finalidad es la que nos interesa más en este trabajo, toda vez que permitirá conocer y determinar la extensión y límites del debate, lo que en los tiempos actuales se ve dificultado por la costumbre administrativa de emitir resoluciones en masa con sucintas resoluciones que se limitan a explicar que no se han ofrecido a la Administración hechos o fundamentos nuevos que desvirtúen la resolución administrativa impugnada.

Es cierto que las entidades gestoras de la Seguridad Social se encuentran con múltiples dificultades para dictar resoluciones pormenorizadas al tener que dictar actos en masa urgidas por la obligación de satisfacer necesidades vitales, ahora bien considero también, que las resoluciones administrativas que resuelvan reclamaciones previas se deben pronunciar de forma expresa y detallada sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en la misma. De esta forma las decisiones deben contener una motivación sucinta no necesariamente exhaustiva, pero sí suficiente con la cita de las normas aplicables a cada una de las alegaciones del reclamante de modo que se explicita el proceso lógico y jurídico que determina la decisión administrativa. Así, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1996 (RJ 1996/330) la motivación de los actos no está en relación con el tamaño de los argumentos utilizados, sino con la adecuación de los argumentos empleados y los hechos discutidos. En este sentido una argumentación adecuada y congruente permitirá en un proceso tan informal como el social facilite el ejercicio del derecho a la defensa así como el eventual control jurisdiccional.

⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús Y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Tomo 2. Pag. 1497, 2ª Edición. Civitas. Madrid 1999.

IV. LA CONGRUENCIA ENTRE LA VÍA ADMINISTRATIVA Y EL PROCESO.

El artículo 72 LRJS dispone que “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 la 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”, por otra parte el artículo 143.4 al regular la modalidad del proceso de Seguridad Social señala que: “En el proceso no podrán aducirse por ninguna de las partes hechos distintos de los alegados en el expediente administrativo, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que hubieran podido producirse con anterioridad”.

Nuevamente tenemos que decir que la exigencia de congruencia se fundamenta en los principios de seguridad jurídica y en la consecuente proscripción de la indefensión que obliga a las partes a determinar con claridad el contenido del proceso. La LRJS intenta evitar que las alegaciones sorpresa que se planteen en el juicio oral puedan provocar indefensión a alguna de las partes, de esta manera el juego de reclamación previa y resolución de la misma debería delimitar la extensión del proceso, si se tiene en cuenta que nos encontramos, aunque no lo parezca, ante un proceso revisorio de una actividad administrativa revestida de una presunción de legitimidad y de legalidad realizada por una administración que sirve con objetividad los intereses generales. Así, la sentencia del TS de 18 de julio de 2005 (RJ/2005/7043) señala lo siguiente: “El derecho a no sufrir indefensión, como afirma a las SSTC 226/2000 –con cita de las sentencias del propio Tribunal 48/1984, de 4 de abril; 70/1984, de 11 de junio; 50/1988, de 22 de marzo, y 116/1995, de 17 de julio está materialmente dirigido <<a garantizar la posibilidad de ambas partes procesales de alegar o probar cuanto consideren preciso a la defensa de sus intereses y derechos en función de igualdad recíproca>>. Y es claro, que, en el procedimiento en que se dictó la sentencia de instancia el recurrente vio eliminada esta posibilidad de defensa. La Ley de Procedimiento Laboral, cuida con esmero las alegaciones sorpresa que, en un proceso oral como el regulado en dicha norma, impiden la adecuada defensa de la parte. Así se prohíbe la modificación sustancial de la pretensión, (art. 85.1), o la reconvencción que no hubiera sido previamente anunciada en conciliación o reclamación previa (art. 85.2) o se impone la obligación de comunicar al Juzgado que se acudirá a juicio con asistencia técnica (art. 21.2 y 3)”.

Pese a que en el artículo 72 de la LRJS se establece una regla de congruencia conceptual, indudablemente más amplia que la establecida en el artículo 143.4 LRJS que reduce la congruencia a las cuestiones fácticas, lo cierto es que la jurisprudencia ha optado por entender que prevalece la regla especial sobre la general y que por tanto, la congruencia no se reduce al ámbito de las posiciones establecidas en la vía de reclamación administrativa, es decir la reclamación previa y su resolución, sino que la novedosa alegación en juicio se puede extender a todas aquellas cuestiones y hechos que no habiendo sido tratados en la reclamación y en su resolución consten en el expediente administrativo. De este modo, se pueden alegar hechos que hayan sido alegados en el curso del procedimiento administrativo y que consten en el expediente aún cuando hubieran sido ignorados por ambas partes en la reclamación previa y en su resolución. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 15/1990, de 1 de febrero señala: “Es preciso rechazar todo supuesto que implique <<una aplicación excesivamente rígida de la regla contenida en el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Laboral..., sobre todo si se tiene en cuenta que la congruencia no debe tener como único criterio el contenido de la reclamación previa, sino el conjunto de

pretensiones y argumentos suscitados en los trámites previos al proceso, incluyendo la petición inicial y el resto de los datos aportados por el expediente administrativo correspondiente”.

En relación con la congruencia procesal, la doctrina jurisprudencial distingue efectos diferentes según la naturaleza de los hechos no alegados en la reclamación previa o en su resolución, a efectos de su apreciación por el juez en el proceso. De esta manera el tratamiento será distinto según que los hechos alegados tengan la consideración de constitutivos de la pretensión en cuyo caso corresponderá al interesado probar su existencia, al igual que ocurrirá con los hechos impeditivos o extintivos. En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2003 (RJ 2003, 3640) señala que: “el hecho de que la entidad gestora desestime la solicitud por una causa cuando consideren improcedente la causa aplicada en la resolución administrativa, pero procedente lo que debidamente acreditado no se tuvo en cuenta por el organismo gestor. De no ser así, la tutela judicial y la garantía de la cosa juzgada podría no otorgarse en contra del mandato del proceso que exige que ni las partes, ni desde luego el órgano jurisdiccional, puedan traer a debate cuestiones nuevas, es decir, pretensiones que no hayan sido planteadas ante la Administración, por 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”.

De esta manera el Juez de oficio puede desestimar una pretensión pese a que la administración demandada no opuso una determinada circunstancia fáctica en la resolución administrativa que resolvía la reclamación previa, pero que consta en el expediente administrativo, y que está referida bien a que el demandante no cumple los requisitos imprescindibles para adquirir el derecho (hechos constitutivos impeditivos), bien porque concurre una causa de extinción. La razón de esta libertad de apreciación del juez la encontramos en la sujeción del órgano jurisdiccional al principio de legalidad y por ende, la imposibilidad de que por el juez se otorguen tutelas infundadas.

Como indica la sentencia del Tribunal Supremo antes citada esta solución no produce indefensión alguna para el demandante pues “en principio quien afirma en un proceso la concurrencia de los requisitos que fundan su derecho ha de estar en condición de probarlos y no puede invocar una situación de indefensión por que 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 ha de ser probado en el proceso y que además constaba ya en el expediente administrativo”. A mayor abundamiento hay que tener en consideración que los artículos 87, 88 y 89 de la LRJS permiten garantizar en todo caso la audiencia del demandado sobre las causas de oposición no alegadas con anterioridad.

También el principio de “iura novit curia” permite al Juez tomar en consideración circunstancias no tenidas en cuenta en la vía impugnatoria administrativa tal como señala la sentencia del TS de 7 de julio de 2004.

Cosa distinta ocurre con los hechos excluyentes que han de ser alegados por la parte demandada, y que requieren para cumplir con el paradigma de congruencia que sean alegados en la vía previa administrativa. Así, se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2005 (RJ 2005/3401) que indica textualmente: “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”. La citada sentencia hace mención expresa a la excepción de prescripción no alegada en

vía administrativa y en relación con la misma dispone: “la excepción material de prescripción, que, por tratarse de un hecho excluyente, necesita de expresa alegación para que pueda ser judicialmente apreciado, no bastando con que simplemente su realidad pueda deducirse de la prueba. Esto trae como consecuencia que su falta de alegación al resolver en vía administrativa la petición impide también su alegación en el seno del proceso, so pena de quebrantar la congruencia, pues la introducción de esta excepción por primera vez en el acto del juicio es sorpresiva para el actor y le causa indefensión, porque no le ha permitido preparar debidamente su defensa, si es que pensara que podría rebatir la alegación que en tal sentido se le hubiera hecho al resolver administrativamente su petición, o, en otro caso (esto es, si opinara que realmente su crédito hubiera prescrito), la falta de alegación temporánea de la repetida excepción material le ha inducido a interponer una demanda que de otro modo quizá no hubiera ejercitado, o la habría planteado en otros términos”.

V. A MODO DE CONCLUSIONES.

1.- Consideramos que se debe proceder a una reducción y simplificación de las distintas modalidades de instrumentos impugnatorios en vía administrativa. En tal sentido, entendemos que carece de fundamento el mantenimiento de recursos administrativos que cumplan la misma finalidad que la reclamación previa ante la vía jurisdiccional. De este modo bastaría el mantenimiento de las modalidades de reclamación previa que se distinguen por el inicio del procedimiento, es decir, aquellas que se inician a instancias del interesado y las iniciadas de oficio.

2.- Toda vez que la competencia en materia de gestión de la Seguridad Social reside en las Entidades gestoras de la Seguridad Social las reclamaciones previas interpuestas contra actos de entidades colaboradoras de la Seguridad Social deberían ser conocidas por las entidades gestoras, con la desaparición de los actuales procedimientos de disconformidad y de revisión de las altas médicas emitidas por las entidades colaboradoras. Esto permitiría ampliar el ámbito de gestión de las entidades colaboradoras a cambio de unas mayores de fiscalización de las entidades gestoras.

3.- Entendemos que se deberían racionalizar los plazos de tramitación de las reclamaciones previas, reduciendo los plazos establecidos y ampliando los plazos establecidos para la tramitación de los procedimientos de disconformidad y revisión de altas médicas emitidas por entidades colaboradoras que son demasiado breves.

4.- Sería necesario incidir en la motivación de las resoluciones decisorias de las reclamaciones previas, de manera suficiente y con un tratamiento específico de todas las cuestiones planteadas en la reclamación previa evitándose las contestaciones formularias.

5.- El mayor esfuerzo en la motivación debe dar lugar también a una mayor delimitación del procedimiento, una intensificación de la institución de la congruencia y la consecución de un mayor grado de seguridad jurídica.

PRÁCTICAS DEL PROCESO LABORAL APLICABLES A LOS SINDICATOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

María Dolores Rubio de Medina*

I. El reconocimiento en la Constitución de los sindicatos sin personalidad jurídica. II. La adquisición de la personalidad jurídica sindical en el derecho español. III. Concreción del orden jurisdiccional laboral competente para solventar cuestiones relacionadas con los sindicatos sin personalidad jurídica. IV. Prácticas procesales previas a la interposición de la demanda y las derivadas de la aplicación de modalidades procesales específicas a los sindicatos sin personalidad jurídica. IV. 1. Las reclamaciones previas a la vía judicial. IV.2. La acumulación de acciones. IV.3. La modalidad procesal de impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito de los estatutos sindicales. IV.4. La modalidad procesal de impugnación de los estatutos sindicales

I. EL RECONOCIMIENTO DE LOS SINDICATOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

Los sindicatos en el derecho español, tanto en su creación como en el ejercicio de su actividad, son libres, dentro de los límites impuestos por la Constitución y la Ley, debiéndose de regirse en su estructura interna y en su funcionamiento por principios democráticos (art. 7 de la Constitución -en adelante CE-). Constitucionalmente no se realiza ninguna referencia a la personalidad jurídica de los sindicatos, a diferencia de otros países - sirva como ejemplo el art. 39 de la Constitución Italiana¹- por esta razón, cabe preguntarse si en nuestro sistema de relaciones jurídico-sociales pueden existir las asociaciones de trabajadores o los sindicatos sin personalidad jurídica, y en el supuesto que existan, si se someten control de la jurisdicción social, y en su caso, las prácticas jurisprudenciales más relevantes relacionadas con esta materia.

El desarrollo del contenido del art. 28.1 de la CE, que reconoce el derecho a sindicarse libremente, que en el momento de la entrada en vigor del texto constitucional se regulaba a través de la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, se concretó mediante la aprobación de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical –en adelante LOLS-, concretamente en su Título I, el cual:

a) Establece, siguiendo las premisas constitucionales y los tratados internacionales, el “*derecho a fundar sindicatos sin autorización previa, así como el derecho a suspenderlos o a extinguirlos, por procedimientos democráticos*” –art. 2 de la LOLS-, con ello se reconoce el derecho a la libertad sindical individual –salvo para aquellas

* María Dolores Rubio de Medina. Doctora en Derecho. Este trabajo se inserta en dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario Para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ Art. 39 Costituzione della Repubblica Italiana: “*L’organizzazione sindacale è libera. Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge. È condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica. I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce.*”

personas que tienen expresamente prohibida la afiliación o la fundación a un sindicato como se recoge en los apartados 3 a 5 del art. 1 y en el art. 3 de la LOLS-, sin vincularla con ninguna formalidad asociativa con personalidad jurídica de forma expresa. Tampoco se establece imperativamente la inscripción de las asociaciones sindicales en ninguna Oficina de depósito o en algún Registro público.

b) No obliga a que el funcionamiento de los sindicatos o de las asociaciones sindicales se realice bajo la previa exigencia de adquirir personalidad jurídica. El interés de la LOLS es potenciar el reconocimiento internacional de la autonomía organizativa, de manera que frente a la injerencia de los poderes públicos, reconoce expresamente a las asociaciones sindicales el derecho a *“redactar sus estatutos y reglamentos, organizar su administración interna y actividades y formular su programa de acción”* -art. 2.2.a) de la LOLS-, sin imponerles la obligación de depositar o inscribir los estatutos en una Oficina de registro o de depósito.

Lo que establece la LOLS es el mecanismo o el itinerario procedimental para que los sindicatos que se constituyen conforme a la misma puedan adquirir personalidad jurídica. Llama la atención la redacción del art. 4.1 de la LOLS que establece: *“los sindicatos constituidos al amparo de esta Ley, para adquirir la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, deberán depositar, por medio de sus promotores o dirigentes, sus estatutos en la oficina pública establecida al efecto...”*. La norma dice *“para adquirir personalidad jurídica”*, en ningún caso se impone como una obligación, lo que si hubiera sucedido, por ejemplo, si hubiera utilizado la frase *“tendrá que adquirir”*, de lo que deduce que esta refiriéndose a un trámite administrativo y distinto de la constitución del sindicato, así lo ha indicado la jurisprudencia al señalar, respecto al depósito de los estatutos de las organizaciones empresariales, que *«el depósito de los estatutos y el registro de la oficina pública, son exigencias formales, para dotarlas de publicidad, que no pueden coartar en ningún caso, el derecho de asociación empresarial. De suerte que el control de la autoridad administrativa ha de ser un control objetivo de la legalidad y no un control de oportunidad»*, así lo interpreta la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de diciembre de 2004.

Estos argumentos son causa suficiente para plantear la hipótesis de que corresponderá a los fundadores o responsables de un sindicato, en el ejercicio de su autonomía y de su democracia interna, ejercida por sus afiliados o por sus fundadores en asamblea, optar por seguir o no, los trámites legales para adquirir personalidad jurídica, poniendo en práctica las acciones necesarias para realizar los trámites administrativos regulados en el art. 4 de la LOLS. Mecanismo procedimental que puede ser objeto de control judicial y que en algunos supuestos se reglamenta en disposiciones autonómicas, como por ejemplo, por el Decreto 14/1986, de 5 de febrero, por el que se regula el régimen de depósito de los estatutos de los sindicatos de trabajadores en Andalucía.

Antes de establecer las prácticas procesales laborales es necesario describir el sistema con el que los sindicatos adquieren personalidad jurídica en nuestro país, a efectos de la mejor comprensión de las modalidades procesales que pueden aplicarse a estas asociaciones sin personalidad jurídica.

II. LA ADQUISICIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA SINDICAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

Para que un sindicato pueda adquirir personalidad jurídica es preciso que entregue los estatutos y el acta fundacional, junto con la documentación complementaria que proceda

y que en muchos casos se concreta en la normativa autonómica², en la Oficina de depósito correspondiente al ámbito de actuación territorial del sindicato.

La persona funcionaria encargada de la unidad administrativa correspondiente realizará un control formal -no material, que corresponderá a los tribunales- de la documentación aportada. Su labor se limitará a asegurarse que las disposiciones estatutarias contienen, al menos, los requisitos requeridos por el art. 4.2 de la LOLS. Dispondrá de un plazo de 10 días³ para proceder a realizar la publicidad del depósito o para requerir, por una sola vez, a sus promotores o dirigentes para que, en el plazo máximo de otros 10 días hábiles, subsanen los defectos que hubiere detectado en su análisis forma.

Transcurrido el plazo de 10 días –y presentados o no los documentos subsanatorios, en su caso-, admitirá el depósito de los estatutos procediendo a su publicidad (envío al Boletín Oficial correspondiente al ámbito territorial para su publicidad y publicación en el tablón de anuncios de la Oficina de depósito) de estimar que los mismos reúnen los requisitos legales; o por el contrario, de estimar que la documentación aportada no es correcta o en el supuesto que no hubiere sido debidamente subsanada dentro de plazo, procederá rechazando el depósito de los estatutos. El sindicato adquirirá personalidad jurídica y plena capacidad de obrar transcurridos 20 días hábiles a computar desde el día siguiente de la aceptación del depósito de los estatutos -art. 4.7 de la LOLS-.

Expuesto el mecanismo de adquisición de la personalidad jurídica, se indican, sin carácter exhaustivo, alguno de los supuestos en los que un sindicato no ha adquirido personalidad jurídica, a efectos de vincularlos, posteriormente, con las prácticas procesales del orden social. Alguna de estas causas se relacionan con la propia voluntad de los sindicatos –manifestada a través de sus fundadores, promotores o afiliados reunidos en asamblea- y otras causas derivadas del procedimiento administrativo implantado por la LOLS. Se resaltan los siguientes supuestos o causas:

a) Las derivadas de la puesta práctica de los estatutos de estructura compleja (federación o confederaciones). En el seno de los sindicatos complejos pueden crearse facciones o sectores (sindicatos provinciales, funcionales, etc.), incluso corrientes internas, a las que los estatutos del sindicato matriz impiden adquirir personalidad jurídica propia⁴ e independiente de la organización en la que se integran; es decir, que la normativa estatutaria de obligado cumplimiento les prohíbe acudir a la Oficina de depósito para adquirir personalidad jurídica propia independiente a la del sindicato principal en la que se integran por lo que se podrían plantear la impugnación judicial de las disposiciones estatutarias que le impiden tener mayor autonomía organizativa.

² Por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía se aplica lo dispuesto en el art. 2 del Decreto 14/1986, de 5 de febrero.

³ Hábiles, por aplicación del art. 48.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁴ La responsabilidad que asume el sindicato matriz respecto a una facción interna, en muchos casos, trasciende lo que establece la normativa, dado que el art. 5 de la LOLS en lo que se refiere a la asunción de la responsabilidad es bastante limitado, puesto que al no tener personalidad jurídica propia las actuaciones de estas corrientes o facciones resulta difícil establecer los límites de la responsabilidad: ¿cuándo estamos ante una acción de un grupo de afiliados o cuándo en el ejercicio regular de las funciones representativas? La solución, bajo mi punto de vista, es que la jurisprudencia adopte prácticas similares a las del levantamiento del velo de la personalidad jurídica que ha aplicado de forma reiterada para los sindicatos con estructura compleja que están integrados por asociaciones sindicales que tienen personalidad jurídica propia (federaciones o confederaciones sindicales). Al respecto, entre otras, han interpretado la unificación de la responsabilidad patrimonial de distintos sindicatos para asumir las responsabilidades patrimoniales de los sindicatos inferiores, aunque tengan personalidad jurídica propia, la STSJ de Extremadura de 9 de febrero de 1993, STSJ de Canarias/Sta. Cruz de Tenerife de 21 de marzo de 1995; y STSJ de Andalucía, Málaga de 27 de marzo de 1995.

Se deberá tener en cuenta que cuando utilizan el mismo nombre ya registrado por el sindicato matriz, difícilmente podría prosperar en una reclamación procesal laboral, puesto que el uso del nombre por entidades o personas no autorizadas se considera jurisprudencialmente una violación de la libertad sindical, así lo establece, por ejemplo, la STS de 17 de enero de 2006, que interpreta <<el derecho a la preservación del propio nombre e identificación se revela como algo insito en la esencia de la libertad y de la actividad sindical, de tal forma que no puede sostenerse con verdadera consistencia jurídica que el derecho fundamental consagrado en el art. 28.1 CE no quede dañado por la utilización pública de una denominación ya adoptada y registrada por un sindicato legalmente constituido o que, en todo caso, esa grave conducta haya de quedar relegada al ámbito de un contencioso ordinario entre los sindicatos implicados, puesto que una de las primeras y más fundamentales facultades inherentes a la libertad sindical ha de ser, necesariamente, la de la libre y no compartida utilización de una exclusiva denominación en el ejercicio de la actividad sindical>>, por lo tanto necesitaría la autorización del sindicato en el que se integra para obtener la personalidad jurídica utilizando el nombre del sindicato matriz junto con un elemento diferenciado que impida la confusión de sindicatos.

En consecuencia, si la facción pretende obtener personalidad jurídica con la oposición del sindicato matriz, tendrá que hacerlo con un nombre completamente distinto, y ello al margen de las posibles repercusiones sancionadoras que tenga esta decisión para sus promotores por incumplir los estatutos del sindicato matriz (expulsión del sindicato matriz, por ejemplo). El problema tiene repercusiones en relación con las responsabilidades jurídicas que asumen frente a los terceros, puesto que al margen del contenido del art. 5 de la LOLS, se aplicaría el art. 10.4 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación –en adelante LODA-, de aplicación supletoria, que establece: *“Sin perjuicio de la responsabilidad de la propia asociación, los promotores de las asociaciones no inscritas, responderán, personal y solidariamente, de las obligaciones contraídas con terceros. En tal caso, los asociados, responderán solidariamente por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos frente a terceros, siempre que hubieran manifestado actuar en el nombre de la asociación”*.

b) Cuando la persona funcionaria encargada de la Oficina de depósito hubiere rechazado el depósito de los estatutos fundacionales aportados por entender que éstos no reúnen los requerimientos mínimos exigidos por la normativa.

Al respecto conviene puntualizar la diferencia que existe en lo tocante a la forma de adquirir personalidad jurídica entre los sindicatos –art. 7 CE y LOLS- y las asociaciones a las que se refiere el art. 22 de la CE, reguladas por la LODA. Mientras las asociaciones tienen personalidad jurídica y plena capacidad de obrar desde el momento del otorgamiento del acta de constitución –art. 5.2 de la LODA-, los sindicatos no adquieren ni personalidad jurídica ni plena capacidad de obrar hasta que no transcurran 20 días a computar desde la aceptación del depósito de los estatutos, como se ha indicado, de ahí la importancia del control formal que no material⁵ que deberá de realizar la persona encargada de la unidad administrativa competente para tramitar el depósito de los estatutos, a efectos de determinar si éstos, el acta fundacional y la documentación complementaria, reúnen o no los requisitos legales exigidos.

⁵ La existencia de límites formales a la actuación de la persona encargada de los registros de asociaciones ha sido analizado por la jurisprudencia, entre otras, en las SSTC 101/1991, de 13 de marzo y 173/1998; indicando, además, que entre otras prácticas, su actuación deberá ser proporcionada y respetuosa con el contenido del derecho fundamental de asociación, tal como indica la STC 292/2000, de 30 de noviembre.

La práctica jurisprudencial establece las pautas de actuación de la autoridad administrativa que tuviere competencias para tramitar el depósito de los estatutos, considerando que <<al igual que ocurre para los sindicatos, esta libertad de constitución no se encuentra supeditada a una autorización administrativa y, que el depósito de los estatutos y el registro de la oficina pública, son exigencias formales, para dotarlas de publicidad, que no pueden coartar en ningún caso, el derecho de asociación sindical. De suerte que el control de la autoridad administrativa ha de ser también un control objetivo de legalidad y no un control de oportunidad>>, tal como establece la STSJ Comunidad Valenciana núm. 384/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 20 de diciembre de 2004.

Los límites a la actuación de la autoridad encargada de la oficina del depósito, y con ello de la adquisición de la personalidad jurídica del sindicato al rechazar el depósito de los estatutos por no conformidad con los fines perseguidos por las asociaciones en sus estatutos, han sido puntualizados de manera más intensa en la STSJ de Extremadura de 23 de enero de 2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), cuyo Fundamento de Derecho Cuarto precisa, citando la STS de 14 de enero de 1986, que <<la Administración no tiene una habilitación legal para realizar una valoración de la licitud o determinación jurídica –ex ante- de los fines y medios expresados en los Estatutos, supeditando el control autorizante previo a la inscripción a la licitud y fines asociativos, puesto que la inscripción representa un trámite, (...), teniendo en cuenta que, como indica el apartado 3º del artículo 22 de la Constitución, la inscripción en el Registro se establece a los solos efectos de publicidad. Este criterio mantenido por la jurisprudencia del tribunal Supremo, no hace sino reiterar los precedentes criterios manifestados por las sentencias de dicho Tribunal de 3 de julio de 1979, que ya reconoció a toda persona el derecho de asociarse libremente y el ejercicio de ese derecho no sujeto a restricciones más que las previstas en la ley, deduciéndose la regla general del ejercicio del derecho de asociación a las Asociaciones cuyos fines sean lícitos, y en su inscripción constituye una consecuencia obligada, siempre que sus Estatutos estén ajustados a la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, incumbiendo a la Administración, únicamente, puntualizar defectos formales de Estatutos pero no denegar la inscripción, (...)>>.

c) Cuando una autoridad pública o cualquier persona que acredite un interés directo, personal y legítimo, en el transcurso del período que va desde la aceptación de los estatutos y la adquisición de la personalidad jurídica, ponga en juego lo dispuesto en el art. 4.6 de la LOLS; es decir, cuando promueva *“ante la autoridad judicial la declaración de no conformidad a derecho de cualesquiera estatutos que hayan sido objeto de depósito y publicación”*. Incluso, podría solicitar judicialmente la suspensión del transcurso del período de los 20 días necesarios para adquirir la personalidad jurídica, no es descabellado pensar en esta hipótesis cuando está en juego la celebración de unas elecciones sindicales y se pretende evitar que un sindicato adquiera personalidad jurídica para poder presentar candidaturas a las elecciones.

d) Supuestos en los que son las propias agrupaciones de trabajadores las que han optado por actuar sin adquirir personalidad jurídica como si fueran una especie de comunidad de bienes; en estos casos, deberá quedar claro, que el sometimiento a los principios de la democracia interna exigidos por el art. 7 de la CE, exige un ejercicio real y efectivo de la misma por parte de los responsables de cualquier sindicato, lo que conlleva que deberá de aplicar estos principios tanto en su vertiente interna (dentro del sindicato, por ejemplo, cuando los órganos competentes sancionan a un afiliado por el procedimiento establecido en los estatutos o cuando eligen a los directivos) como en su vertiente externa (en relación con los actos adoptados por los órganos internos del sindicato pero que tienen relevancia externa, como por ejemplo en la venta de inmuebles que sean propiedad patrimonial del sindicato, en la posible firma de acuerdos extraestatutarios o

en la celebración de elecciones sindicales en las empresas) y, dentro de esa exigencia democrática, tendría que actuar en garantía de los terceros que con él se relacionan y con sus propios miembros, tal como establece el art. 10.2 de la LODA, por lo que aunque la LOLS no lo exija, deberían presentar para su depósito los estatutos para adquirir la personalidad jurídica.

Una vez expuestas algunos ejemplos de sindicatos sin personalidad jurídica, es necesario concretar las prácticas procesales del orden social, para lo cual es necesario determinar:

- a) La concreción del orden jurisdiccional competente para conocer los asuntos derivados de los sindicatos sin personalidad jurídica que se han expuesto en líneas anteriores.
- b) El procedimiento a seguir para solventar las actuaciones relacionadas con el depósito de los estatutos de los sindicatos sin personalidad jurídica, o para la impugnación de los estatutos.

III. CONCRECIÓN DEL ORDEN JURISDICCIONAL LABORAL COMPETENTE PARA SOLVENTAR CUESTIONES RELACIONADAS CON LOS SINDICATOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

Aplicando el contenido de las letras j), k), l) y m) del art. 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social –en adelante LRJS-, el ámbito del orden jurisdiccional social, entre otras cuestiones, tiene competencias para conocer:

1.º Los problemas derivados de la *“constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de los sindicatos, impugnación de sus estatutos y su modificación”* -art. 2.j) de la LRJS-. Es decir, son adecuados para el conocimiento de las prácticas procesales relacionadas con la falta de adquisición de la personalidad jurídica por rechazo del depósito de los estatutos por parte de la autoridad laboral competente para tramitar administrativamente el procedimiento necesario para que el sindicato pueda adquirir personalidad jurídica.

2.º *“En materia de régimen jurídico específico de los sindicatos, tanto legal como estatutario, en todo lo relativo a su funcionamiento interno y a las relaciones con sus afiliados”* -art. 2.k) de la LRJS-. Dentro de este supuesto podría encontrarse, por ejemplo, el funcionamiento de los sindicatos complejos, de los que forman parte, al tratarse de federaciones o confederaciones, sindicatos, facciones, secciones o corrientes sindicales sin personalidad jurídica propia por imperativo estatutario. Como se ha indicado, aunque la pretensión de alguna de estas corrientes o facciones de obtener personalidad jurídica propia e independiente del sindicato principal tiene ciertos límites, como es la no utilización del nombre ya registrado, nada impide que puedan pretender la adquisición de la personalidad jurídica con otro nombre completamente distinto. En este caso, el papel de los tribunales sería el de valorar el derecho de las organizaciones sindicales a redactar sus estatutos y sus reglamentos, a organizar su administración interna, y a organizar sus actividades y formular el programa de acción [art. 2.2.a) de la LOLS], dado que el límite a esta actividad se encuentra en el funcionamiento democrático exigido por la Constitución; cualquier discrepancia respecto a si el funcionamiento de los sindicatos respeta la democracia interna exige que sea solventada por los Tribunales de lo social, en caso de conflicto entre las partes implicadas.

3.º *“Sobre la responsabilidad de los sindicatos y (...) por infracción de normas de la rama social del Derecho”* -art. 2.m) de la LRJS-.

En lo que se refiere a la competencia expresa de los órganos jurisdiccionales del orden social para el conocimiento de las cuestiones relacionadas con la falta de personalidad

jurídica, su determinación se relaciona con la materia a analizar y con el ámbito territorial de actuación del sindicato sin personalidad jurídica. En consecuencia:

1.º A los Juzgados de lo Social les corresponderá, en única instancia, el conocimiento de asuntos que no estén atribuidos expresamente a otros Tribunales sociales; es el caso, por ejemplo, cuando una autorización administrativa impide la adquisición de la personalidad jurídica de un sindicato al rechazar el depósito de los estatutos por no reunir los requisitos exigidos por la normativa.

De manera específica será competente: a) El Juzgado de lo Social correspondiente al domicilio de la sede del sindicato -art. 10.2.d) de la LRJS-. b) El Juzgado correspondiente al lugar en que se produzcan los efectos del acto que den lugar al proceso en los asuntos referidos al régimen jurídico específico de los sindicatos, tanto legal como estatutario, en todo lo relativo a su funcionamiento interno y a las relaciones con sus afiliados; así como en asuntos que traten de determinar la responsabilidad de los sindicatos por infracción de normas de la rama social del Derecho -art. 10.2.e) de la LRJS-.

2.º Corresponderá al conocimiento de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, en única instancia del conocimiento de los asuntos relacionados con el rechazo del depósito de los estatutos como requisito previo para adquirir personalidad jurídica, cuando estas asociaciones tengan un ámbito de actuación superior a un Juzgado de lo Social y no superior al de una Comunidad Autónoma -arts. 7.a) y 11.1.b) de la LRJS-.

Igualmente les corresponde a estos tribunales. a) En única instancia, el conocimiento de los asuntos referidos al régimen jurídico específico de los sindicatos -legal y/o estatutario-, así como los asuntos relativos a su funcionamiento interno y a las relaciones con sus afiliados, siempre que su ámbito territorial de actuación sea superior a la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de una Comunidad Autónoma, siendo competente el Tribunal en cuya circunscripción se produzcan los efectos del acto que diera lugar al proceso -arts. 7.a) y 11.1.c) de la LRJS-. b) El conocimiento de los recursos de suplicación establecidos en la LRJS contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de su circunscripción -art. 7.c) LRJS-, expresándose en el mismo sentido en el art. 191.3.f) de la LRJS respecto a las sentencias dictadas en materia de impugnación de los estatutos de los sindicatos. c) Las cuestiones de competencia que se susciten entre los Juzgados de lo Social de su circunscripción.

3.º Para los mismos asuntos debatidos anteriormente, cuando se trate de sindicatos en los que el ámbito de actuación territorial expresado en los estatutos fuere superior al de una Comunidad Autónoma, la competencia corresponderá a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

4.º Finalmente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo tendrán competencia en los asuntos relacionados en el art. 9 de la LRJS.

IV. PRÁCTICAS PROCESALES PREVIAS A LA INTERPOSICIÓN DE DEMANDA Y LAS DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE MODALIDADES PROCESALES ESPECÍFICAS A LOS SINDICATOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

IV. 1. Las reclamaciones previas a la vía judicial

En el supuesto de que se debata ante los tribunales el rechazo del depósito de los estatutos de un sindicato por parte de la Administración como paso previo para adquirir

personalidad jurídica, no procederá interponer reclamación previa a la vía judicial, dado que se encuentra expresamente exceptuada para la impugnación de los estatutos y su modificación –art. 70 de la LRJS⁶-. Se interpondrá directamente la demanda, sin mayores demoras, una vez emitido el pronunciamiento de la autoridad laboral rechazando el depósito de los estatutos. Si el proceso es intentado por otro sindicato –el ya mencionado caso de los sindicatos complejos-, no hay que interponer la conciliación o mediación previa a la que alude el art. 63 de la LRJS, al encontrarse exento expresamente en el art. 64 de la misma norma.

IV.2. La acumulación de acciones

El art. 26.1 de la LRJS recoge expresamente la no acumulación de acciones procesales relacionadas con esta cuestión, al señalar que “*Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 3 y 5 de este artículo, en el apartado 1 del artículo 32 y en el artículo 33, no podrán acumularse entre sí ni a otras distintas en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvención, las acciones de (...) impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, (...) y las de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas*”. La práctica judicial atribuye al secretario judicial la labor de requerir a la parte demandante para que en el plazo de 4 días hábiles subsane el defecto, eligiendo la acción que pretende mantener, en los términos indicados en el art. 27 LRJS.

IV.3. La modalidad procesal de impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito de los estatutos sindicales

Cuando los promotores o fundadores de un sindicato presentan la documentación correspondiente en la Oficina de depósito de los estatutos y la autoridad administrativa rechaza el mismo por estimar que no reúnen, previa apertura del plazo necesario para subsanar, los requisitos indicados en el art. 4.2 de la LOLS, como quiera que junto con los estatutos se presenta el acta fundacional, al rechazar el depósito de los estatutos, se impide que el sindicato adquiera personalidad jurídica. En estos casos, se podrá reclamar judicialmente interponiendo una demanda ante el orden social, para lo cual deberán de seguir:

1.º Una modalidad procesal específica, desarrollada en la Sección 1.ª del Capítulo X del Título II del Libro II de la LRJS –arts. 167 al 172-.

2.º De manera supletoria, para lo no previsto en la misma, se aplicarán las disposiciones o prácticas procedimentales del proceso laboral ordinario -arts. 80 al 101 de la LRJS-.

Tendrán legitimación activa para interponer la demanda los promotores y los firmantes del acta de constitución –arts. 167.1 de la LRJS-, inclusive los dirigentes provisionales los cuales se encuentran autorizados para firmar el acta de constitución⁷. La legitimación pasiva corresponderá, conforme al art. 167.2 LRJS, a la Administración

⁶ Aunque el Capítulo X del Título II del Libro II de la LRJS se divide en: Sección 1.ª. *Impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito*; Sección 2.ª *Impugnación de los estatutos de los sindicatos*; y Sección 3.ª *Estatutos de las asociaciones empresariales*; considero que el art. 70 LRJS se refiere a las 3 secciones en su totalidad, dado que el título del citado Capítulo X *De las impugnaciones relativas a los estatutos de los sindicatos y de las asociaciones empresariales o a su modificación* –que abarca del art. 167 al 176- no deja dudas acerca de su contenido, además, la denegación del depósito de los estatutos por parte de la autoridad administrativa reside precisamente en el análisis de los estatutos.

⁷ Es el caso previsto en el art. 2.1 del decreto 14/4986, de 5 de febrero, por el que se regula el régimen de depósito de los estatutos de los sindicatos de trabajadores en Andalucía.

pública a la que esté adscrita la Oficina de depósitos de estatutos que fuere autora de la resolución de rechazo del depósito de los estatutos. El Ministerio Fiscal, siempre será parte en estos procesos, cuestión justificable entre razones porque el rechazo de los estatutos podría suponer una violación de un derecho fundamental, el derecho de asociación, que por disponerlo así el art. 184 de la LRJS, tendrá que tramitarse a través de esta modalidad específica, no a través de la modalidad prevista en el Capítulo XI del Título II del Libro II de la LRJS que concreta las normas específicas para tramitar la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.

La interposición de la demanda se realizará *“el plazo de diez días hábiles, contados a partir de aquel en que sea recibida notificación de la resolución denegatoria expresa o transcurra un mes desde la presentación de los estatutos sin que hubieren notificado a los promotores los defectos a subsanar”* –art. 168 LRJS-.

La demanda se presentará con las puntualizaciones exigidas por el art. 80.1 de la LRJS adaptadas al rechazo de los estatutos, acompañándose de la copia de los estatutos aportados en la Oficina de depósito de los estatutos y de la resolución denegatoria del depósito de los estatutos emitida por la autoridad competente; o por la copia de la documentación que acredite la presentación de los estatutos en la unidad administrativa ante la que se hubieren presentado, supuesto que sirve para valorar la existencia de denegación por silencio administrativo. Una vez tuviere entrada en el Juzgado o Tribunal la demanda, se procederá a actuar conforme a las reglas aplicables al proceso laboral ordinario, correspondiéndole expresamente al secretario judicial la obligación de requerir a la Oficina pública competente del envío del expediente relativo a ese sindicato cuyos estatutos ha rechazado, teniendo la misma la obligación de remitirlo en el plazo de 5 días a computar desde que tuviere entrada en la correspondiente Oficina el requerimiento solicitando su remisión. Finalmente, la sentencia, de estimar la demanda, procederá ordenando de inmediato el depósito de los estatutos sindicales en la correspondiente oficina pública –art. 171 de la LRJS-. Una práctica judicial que complementará la normativa es que, de tratarse una sentencia estimatoria que imponga a la Oficina de depósito la obligación de aceptar el depósito de los estatutos, indique la fecha en que este depósito tendrá efecto, dado que será esta fecha la que determina el inicio del cómputo de los 20 días hábiles necesarios para que el sindicato adquiera personalidad jurídica y tenga plena capacidad de obrar.

IV.4. La modalidad procesal de impugnación de los estatutos sindicales

Se desarrolla en la Sección 2.^a del Capítulo X del Título II del Libro II de la LRJS –arts. 173 al 175-. Personalmente considero que las reglas inherentes a esta modalidad procesal son aplicables para impugnar los estatutos de los sindicatos cuyos estatutos han sido aceptados en depósito por la Oficina competente y se han publicado en el tablón de anuncios⁸, además de remitirse el anuncio correspondiente al Boletín Oficial, y que aún no tienen personalidad jurídica, dado que es en el momento de aceptación del depósito cuando comienzan a transcurrir los 20 días para adquirir personalidad jurídica. Igualmente es el mecanismo previsto, para por ejemplo, una facción sindical que

⁸ En el mismo sentido, la STS 4 de noviembre de 1997, que establece que el art. 170 del Real Decreto Legislativo 2/1995 –en la actualidad habría que aplicar el art. 173 de la LRJS- reconoce <<la legitimación activa para impugnar los estatutos de un Sindicato, y se refieren ‘tanto en el caso de que estén en fase de constitución como los que hayan adquirido personalidad jurídica’; lo que evidencia que la Ley permite el ejercicio de la acción después de completado el plazo de veinte días hábiles desde la publicación de los estatutos, puesto que el transcurso de tal plazo es el requisito para adquirir personalidad jurídica, según se lee en el artículo 4.7 de la ya mencionada Ley Orgánica de Libertad Sindical>>.

pertenece a un sindicato pretende impugnar los estatutos del sindicato en el que se integra a efectos que se le permita adquirir personalidad jurídica propia, suponiendo que esa agrupación matriz ya tenga personalidad jurídica.

La legitimación para interponer la demanda, aplicando el art. 173.1 de la LRSJ, le corresponde al Ministerio Fiscal y a quienes acrediten un interés directo, personal y legítimo. El Ministerio Fiscal siempre será parte en estos procesos. La legitimación pasiva corresponderá al sindicato cuyos estatutos se impugnan en el supuesto que tenga personalidad jurídica y a los promotores del sindicato y los firmantes del acta de constitución, inclusive sus dirigentes provisionales cuando el sindicato no hubiere adquirido dicha personalidad jurídica.

No se indica el plazo para interponer la demanda; no siendo aplicable en ningún caso el plazo de 10 días hábiles al que se refiere el art. 168 de la LRJS, cuestión que ya analizada por la STS 18 de febrero de 1997⁹, aunque al basarse su interpretación en una demanda que pretende combatir la impugnación de una modificación estatutaria, y al entender que el plazo indicado no es aplicable para las impugnaciones de los estatutos de los sindicatos que ya han depositado sus estatutos fundacionales en la Oficina de depósito correspondiente, no entra a determinar el plazo aplicable –cuestión ampliamente debatida por la doctrina¹⁰-. Si se ha pronunciado respecto al plazo la STS 4 de noviembre de 1997¹¹, qué interpretó que la impugnación de los estatutos a través de esta modalidad procesal laboral no se encuentra sometida a plazo de caducidad.

Al Secretario judicial le corresponde requerir a la Oficina pública dónde se hubieren presentado los estatutos para su depósito o donde estuvieren depositados los estatutos de los sindicatos que ya hubieren adquirido personalidad jurídica para que remita una copia autorizada del expediente - art. 174 de la LRJS-, expediente que deberá de ser remitido en el plazo de 5 días hábiles, a computar desde la fecha de recepción de la notificación. Finalmente, la sentencia dictada tendrá que cumplir, conjuntamente, las disposiciones contenidas en los arts. 97 y 175 de la LRJS, procediendo, en el caso de ser estimatoria, a declarar la nulidad de las cláusulas que no sean conformes a derecho o de los estatutos en su integridad, de haberse impugnado la totalidad de los mismos; y una vez dictada, tendrá que ser comunicada a la Oficina que se encuentre tramitando o hubiese tramitado el depósito de los estatutos, a efectos que ésta proceda en consecuencia, anotando en el expediente relativo al sindicato el resultado de la sentencia.. Si se tratare de un depósito de estatutos que se encontrare en suspenso, se continuará con los trámites necesarios para su depósito.

⁹ Referida a la norma aplicable en este momento, el art. 166 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

¹⁰ Vid. al respecto María Dolores Rubio de Medina: *El proceso sobre impugnación de los estatutos de los sindicatos o su modificación*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, págs. 37 y 38, donde se exponen las opiniones de los autores acerca del plazo para impugnar los estatutos de los sindicatos cuyo depósito ha sido aceptado por la Oficina de depósito correspondiente.

¹¹ La STS de 4 de noviembre de 1997, estableció en su Fundamento de Derecho Tercero que la Ley de Procedimiento Laboral aplicable en este momento –el mencionado Real Decreto Legislativo 2/1995- que esta norma no desconoce <<de modo absoluto el instituto de la caducidad de la acción. como se comprueba mediante la lectura, entre otros, de sus artículos 103; 114; 134 y 138. Sin embargo, no establece un plazo semejante en el procedimiento de impugnación de los estatutos de un sindicato, por lo que no cabe someter esta acción a dicho instituto restrictivo de derecho, sin perjuicio que se vea sujeta a los plazos de deterioro legalmente aplicables para su prescripción>>.

LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO: ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE

Fuencisla Rubio Velasco*

I. Introducción. II. Clases de responsabilidades. 1. Responsabilidad contractual. 2 Responsabilidad extracontractual o aquiliana. 3. Responsabilidad derivada de ilícito penal. III. Elementos subjetivos de la responsabilidad patrimonial. 1. El perjudicado o víctima del accidente de trabajo. 2. Responsables u obligados al resarcimiento. IV. Jurisdicción competente. V. Evolución doctrinal. VI. Un punto de inflexión: la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 15 de enero de 2008. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Los accidentes en el ámbito laboral, especialmente en la construcción, han ido en aumento a pesar de las medidas de protección adoptadas.

Una de las razones por la que se ha producido este aumento radica en la no observancia de las normas sobre prevención de riesgos en nuestro país.

La responsabilidad del empresario por los daños sufridos por el trabajador como consecuencia de un accidente laboral, es tema de sumo interés en el campo de la responsabilidad.

El objeto de este trabajo girará en torno al carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad; los elementos subjetivos; y en especial, un estudio pormenorizado de la jurisdicción competente para conocer de las demandas de responsabilidad civil o patrimonial por los daños y perjuicios que el trabajador puede solicitar frente al empresario, es decir, la jurisdicción que resultará competente para resolver sobre las indemnizaciones derivadas de un (posible) incumplimiento por parte del empresario de las normas preventivas, a consecuencia del cual, el trabajador sufre un daño.

Podemos comenzar con dos planteamientos que *a priori* no ofrecen duda alguna: si estamos ante una responsabilidad de carácter contractual, la jurisdicción competente será la social; por el contrario, si consideramos que la responsabilidad tiene naturaleza extracontractual, la jurisdicción competente será la civil.

La cuestión controvertida será dilucidar si la responsabilidad del empresario se basa en el incumplimiento por parte de éste de las obligaciones preventivas que surgen del contrato de trabajo, ya que el empresario asume la obligación de seguridad con respecto a sus trabajadores, tal y como recoge la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales¹, en su artículo 14².

II. CLASES DE RESPONSABILIDADES

* Fuencisla Rubio Velasco. Este trabajo se inserta en dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario Para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ BOE de 10 de noviembre de 1995.

² Art. 14. LPRL “1. Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.” En adelante LPRL.

La responsabilidad derivada de un accidente laboral puede ser de tres tipos: contractual, extracontractual y derivada de un ilícito penal³.

1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Si un contrato impone a una de las partes intervinientes el cumplimiento de una determinada obligación, si no es cumplida, se genera la responsabilidad contractual con la consiguiente indemnización de los daños y perjuicios causados⁴.

El accidente tendrá la consideración de laboral cuando se produzca en el ámbito del contrato de trabajo. Por lo que *a sensu contrario*, si no hay contrato de trabajo, existirá evidentemente un accidente, pero no será laboral⁵. Pues, como es sabido, el contrato de trabajo vincula al empresario y al trabajador⁶.

Como consecuencia del contrato de trabajo que une a las partes, el empresario estará obligado a garantizar la seguridad del trabajador. Así lo establece el artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores⁷, el artículo 19.1 ET.⁸; y el artículo 14 de la LPRL, la cual lo expone con mayor claridad, en su apartado 2⁹, cuando precisa que “en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”, continúa “a estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de evaluación de riesgos”, añadiendo, que “el empresario desarrollará una acción permanente con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo”. Reiterando lo expuesto en el apartado 3 del citado artículo, “el empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales”. De la explicación detallada del artículo, podemos deducir que de todo contrato de trabajo derivaría hacia el empresario la obligación de seguridad para con el trabajador que presta sus servicios.

Por tanto, si el empresario incumple alguna medida de seguridad y debido a ello el trabajador sufre un accidente con lesiones o daño, conllevará el nacimiento de la

³ Art. 1089 CC.: “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.

⁴ Art. 1101 CC.: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla”.

⁵ GIL SUÁREZ, L.; “RESPONSABILIDAD CIVIL O PATRIMONIAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO: CLASES, ELEMENTOS SUBJETIVOS Y JURISDICCIÓN COMPETENTE (I)” Actualidad Laboral, n. 10, marzo 2005, La Ley, p. 1129.

⁶ Art. 1 ET.: “1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

⁷ Art. 4.2 ET.: “En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:... d) A su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene”. En adelante ET.

⁸ Art. 19.1 ET.: “El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene”.

⁹ Redactado pos la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales. BOE de 13 de diciembre de 2003.

responsabilidad contractual, ya que se dan las condiciones del artículo 1101 CC¹⁰, quedando el empresario sujeto “a la indemnización de los daños y perjuicios causados”. Es evidente que esta responsabilidad se encuadra dentro del contrato de trabajo. Se trata de una responsabilidad contractual laboral que sólo se produce entre las partes del contrato de trabajo, es decir, entre empresario y trabajador¹¹.

2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O AQUILIANA

Se contempla en diferentes preceptos del Código Civil, siendo uno de ellos el artículo 1902 CC¹².

Para que podamos hablar de esta responsabilidad se requiere que la acción u omisión negligentes o culpables no impliquen el incumplimiento de una obligación contractual, es decir, que entre la persona que comete la acción u omisión y el perjudicado no exista nexo contractual. Además es necesaria una relación de causalidad.

Es difícil que se dé esta clase de responsabilidad sobre el empresario, pues lo normal es que la responsabilidad empresarial derivada del accidente tenga su origen en un incumplimiento de las obligaciones que se imponen en el contrato de trabajo¹³.

3. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ILÍCITO PENAL

Según el artículo 1902 CC, “Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal”.

En consecuencia, si del accidente de trabajo deriva la muerte de un trabajador puede ser constitutivo de delito¹⁴. Pero además deberá, en su caso, asumir la responsabilidad civil generada por la infracción penal cometida¹⁵; pudiendo, en cualquier caso, el perjudicado o víctima reservar el ejercicio de la acción civil derivada de la infracción para dirigirse ante los Tribunales del orden civil o social¹⁶.

En las tres clases de responsabilidades se dan los mismos requisitos:

- a) Un acto u omisión culposo o imprudente.
- b) Un resultado dañoso o lesivo.
- c) Un vínculo causal o relación de causalidad entre el acto u omisión y el daño.

Siendo la diferencia entre ellas, el origen de la responsabilidad.

¹⁰ Art. 1101 CC.: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla”.

¹¹ GIL SUÁREZ, L.; “RESPONSABILIDAD CIVIL O PATRIMONIAL DERIVADA...”, op. cit., p. 1130.

¹² Art. 1902 CC.: “El que por acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado”.

¹³ GIL SUÁREZ, L.; “RESPONSABILIDAD CIVIL O PATRIMONIAL DERIVADA...”, op. cit., p. 1131.

¹⁴ Art. 142.1 CP.: “El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años”.

¹⁵ Art. 116.1 CP.: “Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno”.

¹⁶ Art. 112.1 LE Crim.: “Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar”.

III. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. EL PERJUDICADO O VÍCTIMA DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

El perjudicado o víctima del accidente de trabajo sería la persona que sufre las consecuencias del mismo, lesión o daño. Y será el que reciba la indemnización compensatoria.

Cuando nos encontramos ante un accidente laboral, lo normal es que el perjudicado sea el trabajador que presta sus servicios en la empresa donde se produce el siniestro. Aunque puede darse el supuesto en el que, debido al accidente laboral, se vean lesionadas terceras personas que no tienen vínculo laboral con tal empresa, en este caso, estaremos ante un accidente o siniestro común, pero no calificado como laboral o de trabajo¹⁷.

2. RESPONSABLES U OBLIGADOS AL RESARCIMIENTO

La obligación civil o patrimonial de resarcimiento recae sobre el responsable o causante del accidente, que será el que haya actuado de forma negligente o imprudente. En estos supuestos, suele ser el empresario¹⁸. En algunos casos es posible que no concurra responsabilidad en el empresario, de forma que la obligación indemnizatoria recaiga sólo sobre otra u otras personas distintas de aquél.

IV. JURISDICCIÓN COMPETENTE

Entramos en el análisis de la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de los accidentes de trabajo, primero tendremos que descartar la penal, entrando en el fondo de los órdenes civil y social.

Desde hace tiempo existe diversidad de opiniones vertidas tanto por la Sala de lo Social, como por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en clara referencia a la determinación de la competencia y conocimiento de procesos de reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad patrimonial.

Como declara GIL SUÁREZ, se trata de una problemática espínosa y ardua, encerrando incontables dificultades¹⁹.

V. EVOLUCIÓN DOCTRINAL

Grosso modo, la regla inicial básica es:

- a) Si la responsabilidad patrimonial se basa en el artículo 1101 CC, la jurisdicción competente será la laboral derivada de un incumplimiento del contrato de trabajo.
- b) Si la responsabilidad es la que resulta del artículo 1902 CC, al ser extracontractual, conocerá el orden civil.

¹⁷ GIL SUÁREZ, L.; “RESPONSABILIDAD CIVIL O PATRIMONIAL DERIVADA...”, op. cit., p. 1132.

¹⁸ Art. 14.4 LPRL: “Las obligaciones de los trabajadores establecidas en esta Ley, la atribución de funciones en materia de protección y prevención a trabajadores o servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención complementarán las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona.”

¹⁹ GIL SUÁREZ, L.; “RESPONSABILIDAD CIVIL O PATRIMONIAL DERIVADA...”, op. cit., p. 1140.

En un principio era la Sala de lo Civil la que se atribuía la competencia para conocer de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo. Así lo demuestra la Sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1997²⁰: “La materia para determinar la competencia laboral se encuentra referida a las cuestiones que afectan al propio ámbito del contrato de trabajo que vincula al trabajador y al empresario y a aquellos otros relacionados con los conflictos colectivos, la Seguridad Social y las Mutualidades. Tal circunstancia vinculante o condicionante no concurre en el supuesto que nos ocupa, en que lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la específica órbita del contrato de trabajo y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil”²¹.

Y la Sentencia de 19 de mayo de 1997²² expone que, “...es constante, reiterada y notoria la doctrina de esta sala que admite la compatibilidad de las pretensiones que nacen del accidente, con fundamento en distintas causas de pedir y que en lo que concierne a la regularidad de las conductas y encaje de éstas en los supuestos que provienen los arts. 1902 y 1903 CC por culpa aquiliana, corresponde su conocimiento al orden jurisdiccional civil”²³.

Sigue la Sentencia que, “...cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual, y al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible”²⁴.

Al hilo de lo anterior, debemos tener en cuenta, el Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 1993²⁵, que establece que, “las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo son una de las manifestaciones más antiguas del intervencionismo del estatal en la autonomía de la voluntad de las partes en la relación de trabajo”, y que “el trabajador, en la prestación de servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene, estando el empresario obligado a facilitar una formación práctica adecuada en dicha materia a los trabajadores que contrata”²⁶, concluyendo con “en el caso concreto de autos, no obstante la *vis atractiva* que caracteriza al orden jurisdiccional civil y las concomitancias que ofrece con los supuestos de culpa extracontractual prevenidos en los arts. 1902 y 1903 CC, el órgano jurisdiccional competente para conocer del mismo es el correspondiente al del orden social”²⁷.

Esta doctrina de la Sala Especial de Conflictos de Competencia fue asumida y compartida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 24 de diciembre de 1997²⁸, donde se enjuició el caso en el que “la empresa no adoptó las medidas de seguridad adecuadas para evitar el suceso, por lo que incumplió la relación

²⁰ RJ 1997/2186.

²¹ Véase F.Jº 3º.

²² RJ 1997/3885.

²³ Véase F.Jº 1º.

²⁴ Véase F.Jº 3º.

²⁵ RJ 1993/10131.

²⁶ Véase F.Jº 3º.

²⁷ Véase F.Jº 3º. Autos del TS (Sala de Conflictos de Competencia) de 4 abril 1994, RJ 1994/3196; y de 10 junio 1996, RJ 1996/9676.

²⁸ RJ 1997/8905.

laboral, dado que no observó las normas de seguridad en el trabajo frente al trabajador”²⁹. Se basa en el incumplimiento de la relación laboral.

A partir de mediados del año 2000 la posición y doctrina que propugnaba la competencia de la jurisdicción civil se fue consolidando y afianzando. Así la Sentencia de 8 de octubre de 2001³⁰ que, tal y como expone, deberá fundamentarse en los artículos 1902 y 1903 CC, ya que si se fundara únicamente en el incumplimiento de las medidas de seguridad, que en la relación laboral constituye una obligación típica del empresario, la competencia correspondería al orden jurisdiccional social, concluyendo que “fundadas las demandas en los arts. 1902 y 1903 CC, debe concluirse que la competencia para conocer de las mismas correspondía al orden jurisdiccional civil y que, por tanto, deben prosperar los motivos fundados en defecto en el ejercicio de la jurisdicción”³¹.

Otra Sentencia a tener en cuenta es la de 21 de julio de 2003³² donde la Sala ha vuelto “a su doctrina tradicional de afirmar la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la responsabilidad del empresario frente al trabajador por los daños y perjuicios sufridos por éste durante el desempeño de su trabajo, si bien precisando que para ello la demanda habría de fundarse en los arts. 1902 o 1903 CC y no en la infracción de medidas de seguridad en el trabajo”³³.

En el mismo sentido, la Sentencia de 1 de octubre de 2003³⁴ declararía que “la doctrina jurisprudencial reiterada estima compatible la reclamación laboral con la reclamación civil, dados sus fundamentos jurídicos diversos y la dualidad de pretensiones que no son compatibles entre sí”, siguiendo que “esta Sala tiene señalada la compatibilidad de ambas jurisdicciones en accidente de trabajo, habida cuenta que esta pretensión se apoya en los arts. 1902 y 1903 CC, lo que hace perecer el motivo y no cabe plantear lo aducido en él de un posible enriquecimiento injusto, porque se funda en causas indemnizatorias diversas”³⁵.

Para terminar la argumentación sobre la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer, encontramos la Sentencia de 18 de diciembre de 2003³⁶ que declara como competente la jurisdicción civil.³⁷

En relación a la jurisdicción social, la Sala se lo Social del Tribunal Supremo ha declarado su competencia para conocer de las acciones de responsabilidad patrimonial que venimos haciendo referencia.

Entre otras, tenemos la Sentencia de la Sala de lo Social de 1 de diciembre de 2003³⁸ que afirma, “el empleador, asume la obligación en el contrato de trabajo de *garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo* (art. 14.2 LPRL), deber de seguridad en el trabajo que es calificado de básico en los arts. 4.2 d) y 19.1 ET. Esta obligación, impuesta *ex lege*, debe implicar que la no observancia de las normas garantizadoras de la seguridad en el trabajo, por el empleador, constituye un incumplimiento del contrato de trabajo, contrato que constituye el parámetro esencial para determinar y delimitar la competencia del orden jurisdiccional laboral, conforme prescriben los arts. 9.2 LOPJ y 2

²⁹ Véase F.D. Único. STS (Sala de lo Civil) de 24 diciembre 1997.

³⁰ RJ 2001/7551.

³¹ Véase F.D. 3º, STS (Sala de lo Civil) de 8 de octubre de 2001.

³² RJ 2003/6039.

³³ Véase F.D. 3º, STS (Sala de lo Civil) de 21 de julio de 2003.

³⁴ RJ 2003/6206.

³⁵ Véase F.D. 2º, STS (Sala de lo Civil) de 1 octubre de 2003.

³⁶ RJ 2003/8793.

³⁷ Véase F.D. 2º, STS (Sala de lo Civil) de 18 de diciembre de 2003.

³⁸ RJ2004/1168.

LPL. Así pues, si el incumplimiento de la norma de seguridad se produce en la esfera de influencia del contrato de trabajo, (...) debe corresponder al orden social, reservándose al orden jurisdiccional aquellos otros supuestos que se produzcan fuera del campo delimitado por el contrato de trabajo”³⁹.

Hasta ahora, sería la doctrina dominante del orden civil competente para conocer.

VI. UN PUNTO DE INFLEXIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1ª) DE 15 DE ENERO DE 2008⁴⁰

Deberíamos tener en cuenta que al hablar de responsabilidad extracontractual, no sólo habrá que atender a la existencia o no de una relación contractual previa entre las partes, sino que tendremos que ver de dónde procede el daño, es decir, si la obligación de resarcir es causa de un daño derivado de un incumplimiento contractual, o si se produce mediando culpa o negligencia.

En definitiva, si nos encontramos ante un ilícito laboral, se tratará de un incumplimiento de contrato y será competente el orden social. Si se trata de un ilícito civil derivado de culpa o negligencia del empresario más allá de los límites del contrato, la competencia será de la jurisdicción civil.

Esta dualidad de órdenes se traduce en que el perjudicado o víctima del daño tendrá la opción de elegir ante qué jurisdicción plantea su pretensión.

La Sentencia de 15 de enero de 2008 expone que, “Esta Sala considera que en los supuestos de reclamaciones civiles como consecuencia del incumplimiento de una relación laboral creada por un contrato de trabajo, para deslindar la competencia es decisivo determinar si el daño se imputa a un incumplimiento laboral o bien a una conducta ajena totalmente al contrato de trabajo. En el ilícito laboral el fundamento para imputar la responsabilidad se halla en la infracción de una norma reguladora de esta materia, ya sea estatal o colectiva. Para delimitar el incumplimiento laboral se debe estudiar, por tanto, si existe la infracción del deber de protección y la calificación de los hechos, en los que se requiere que el empresario actúe como tal. Por ello, para que sea competente la jurisdicción civil, el daño ha de deberse a normas distintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral, puesto que, cuando exista un incumplimiento de dicha relación, deberá declararse la competencia de la jurisdicción social.”

Prosigue el Tribunal que “habrá incumplimiento del contrato de trabajo en aquellos casos en que se vulneren las normas voluntarias, colectivas o legales, reguladoras del mismo, porque, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1258 CC, los contratos obligan desde el momento de su perfección *no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley*”⁴¹.

De ahí, que el argumento que utiliza el Tribunal Supremo sea el de la competencia de la jurisdicción social ya que la infracción de medidas de seguridad, causantes del daño, forma parte del contenido del contrato de trabajo⁴².

La citada sentencia no sólo afirma que existe una responsabilidad contractual del empresario debido al accidente de trabajo, sino que establece que ésta es la única que se puede dar; de ahí que sea la jurisdicción laboral la competente.

³⁹ Véase F.D. 2º, STS (Sala de lo Social) de 1 de diciembre de 2003.

⁴⁰ RJ 2008/1394.

⁴¹ Véase F.Jº 5º. En el mismo sentido, véase STS (Sala 1ª) de 19 de mayo de 2008.

⁴² Véase en este sentido, la STS (Sala 1ª) de 16 de abril de 2008 que remite a la STS de 15 de enero de 2008.

La STS (Sala 1ª) de 4 de junio de 2008⁴³ sigue el camino de la STS de 15 de enero de 2008, explicando cuando se produce el incumplimiento “habrá incumplimiento del contrato de trabajo en aquellos casos en que se vulneren las normas voluntarias, colectivas o legales, reguladoras del mismo, porque, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1258 CC, los contratos obligan desde el momento de su perfección *no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley.*” De acuerdo con lo anterior, prosigue la sentencia, “debe considerarse que la responsabilidad por accidentes de trabajo nace del incumplimiento de una obligación legal, porque la Ley está determinando el contenido obligacional del contrato de trabajo. La obligación de seguridad pertenece al ámbito estricto del contrato de trabajo, porque forma parte del contenido contractual al establecerlo la Ley de Prevención de riesgos laborales en el artículo 14: se trata de una obligación general de diligencia incorporada por Ley al contenido del contrato de trabajo”.⁴⁴

Ahora bien, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de julio de 2008⁴⁵ estima la competencia del orden civil, “siempre que, como es este caso, la demanda no se funde en el incumplimiento de las obligaciones del empresario derivadas del contrato de trabajo sino en la culpa extracontractual del art. 1902 del Código Civil”.⁴⁶

Tras el estudio pormenorizado de las recientes Sentencias dictadas al respecto, no hay discusión que para el supuesto de las obligaciones resultantes del contrato de trabajo y, por lo tanto, de las responsabilidades derivadas del incumplimiento conocerán los tribunales del orden social, en base a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁴⁷.

Parte de la doctrina adopta este argumento, mediante el cual, las acciones de responsabilidad civil derivadas de un accidente de trabajo (excepto las que traen causa en un ilícito penal), son conocidas por un mismo orden, el social; tanto si se trata de responsabilidad originada por culpa extracontractual, como por culpa contractual.⁴⁸

Lo que tendremos que considerar es si la jurisdicción social será la única competente para conocer de la responsabilidad extracontractual derivada de un accidente de trabajo, ya que admite que tal responsabilidad existe y que, en el supuesto de poder ser apreciada, ¿correspondería al orden civil? Pues la respuesta afirmativa a esta pregunta la encontramos en la STS (Sala 1ª), de 3 de julio de 2008 que, aprecia la existencia de responsabilidad extracontractual en base a la infracción del deber preventivo de falta de adopción de las pertinentes medidas de seguridad, lo que resultó determinante en la producción del accidente⁴⁹.

⁴³ RJ 2008/4238.

⁴⁴ Véase F.D. 5º.

⁴⁵ JUR 2008/307407.

⁴⁶ Véase F.D. 3º. En el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª) de 7 febrero JUR 2008/137388.

⁴⁷ RCL/1985/1578. BOE de 2 de julio de 1985. En el mismo sentido PARDO GATO, J. R.; [La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo](#): fijación de la doctrina definitiva por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. [Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña](#), ISSN 1138-039X, N° 12, 2008.

⁴⁸ Exceptuando la que se deriva de un ilícito penal. GIL SUÁREZ, L.; “RESPONSABILIDAD CIVIL O PATRIMONIAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO: CLASES, ELEMENTOS SUBJETIVOS Y JURISDICCIÓN COMPETENTE (y II)” Actualidad Laboral, n. 11, junio 2005, La Ley, p. 1255.

⁴⁹ Véase F.D.1º.

VII. CONCLUSIONES

La responsabilidad del empresario que con su proceder negligente o culposo causa un accidente de trabajo, normalmente no tiene encaje en los arts. 1902 y 1903 CC sino en el art. 1101 del mismo texto legal, dado que una de las obligaciones que impone el contrato de trabajo al empresario es precisamente la llamada deuda de seguridad para con sus trabajadores, y esta obligación contractual resulta vulnerada por esa actitud imprudente. En mi opinión se trataría de una responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de una obligación propia del contrato de trabajo, y en consecuencia, la competencia para conocer corresponderá al orden social.

Las sentencias y autos estudiados aprecian la concurrencia de un incumplimiento contractual del empresario sólo cuando queda acreditada la infracción de un precepto concreto de la normativa reguladora de la prevención de riesgos en el trabajo y de la seguridad e higiene en el mismo; si lo que se considera acreditado es una actuación culposa del empresario que causa un accidente laboral, pero no se llega a apreciar infracción de una norma concreta de prevención de riesgos laborales se tratará de un supuesto de culpa extracontractual o aquiliana, competencia del orden civil.

Además, al hilo de lo anterior, en cualquier caso, el contrato de trabajo obliga al empresario a dar seguridad al trabajador en su prestación de servicios, tal y como exponen los arts. 4.2 d) y 19.1 ET y art. 14.2 LPRL, y los actos imprudentes que den origen a un accidente laboral violan claramente esa obligación. Así lo explica el art. 14.2 LPRL en cuanto que, “deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo” y el empresario está obligado a adoptar “cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud” de sus empleados.

La extensa normativa sobre prevención de riesgos laborales está comprendido dentro del Derecho del Trabajo, por lo que, si cualquier persona “por acción u omisión...interviniendo culpa o negligencia”, causa un accidente de trabajo, genera una responsabilidad que se insertará dentro del campo del derecho del trabajo y de la seguridad social.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- DE LA SERNA FERRER M^a J. y otros; El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2001.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.; Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales. Práctica jurídica. Ed. Tecnos. Madrid. 2006.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.; “[Responsabilidad civil por accidentes de trabajo: ¿es la limitación de la responsabilidad extracontractual un criterio adecuado para determinar el orden jurisdiccional competente? \(Comentario a la STS 1^a de 15 de enero de 2008\)](#)” [Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica](#), ISSN 0213-0556, [Nº 1, 2008](#), págs. 603-616. La Ley. 2008.
- LUQUE PARRA, M.; La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo. Consejo económico y social. Madrid. 2002.
- MERCADER UGUINA, J.R.; “Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad social y derecho de daños.” La Ley. Madrid. 2001.
- MONGE FERNÁNDEZ, A. (coord.); Responsabilidad y construcción. Aspectos laborales, civiles y penales. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009.

GIL SUÁREZ, L.; “Responsabilidad civil o patrimonial derivada de accidente de trabajo: clases, elementos subjetivos y jurisdicción competente (I).” Actualidad Laboral, n. 10, marzo 2005. La Ley. 2005.

GIL SUÁREZ, L.; “Responsabilidad civil o patrimonial derivada de accidente de trabajo: clases, elementos subjetivos y jurisdicción competente (II).” Actualidad Laboral, n. 11, junio 2005. La Ley. 2005.

[RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.;](#) “[De nuevo sobre el orden social competente para conocer sobre la responsabilidad patrimonial del empresario por accidente del trabajador.](#)” [Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica](#), ISSN 0213-0556, [Nº 1, 2008](#).

[CALVO GALLEGO, F.J. e IGARTUA MIRÓ, M. T.;](#) “[Responsabilidad civil por accidente de trabajo, orden jurisdiccional competente y extensión de la responsabilidad contractual.](#)” [Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social](#), ISSN 0213-0750, [Nº 55, 2000](#).

PARDO GATO, J. R.; “[La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo: fijación de la doctrina definitiva por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo](#)”. [Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña](#), ISSN 1138-039X, [Nº 12, 2008](#).

PROBLEMAS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LAS TASAS JUDICIALES EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL: DE LA EXPANSIÓN A LA EXENCIÓN

Ana María Chocrón Giráldez*

I. Introducción. II. Régimen normativo. III. La desigualdad entre las partes de la relación jurídico-laboral. 1. El acceso a la jurisdicción (social) en condiciones de igualdad. Perspectiva constitucional general. 2. El acceso a los recursos (suplicación y casación). IV. Tasas judiciales y justicia gratuita. V. Breve reflexión final

I. INTRODUCCIÓN

En poco tiempo el devengo de tasas judiciales se ha convertido en un tema de plena actualidad por el peligro evidente de que su “reinstauración” se convierta en un límite para el acceso de la ciudadanía a la Administración de Justicia -básicamente por razones de carácter económico-, lo que ha provocado un profundo rechazo social.

La conocida popularmente como “Ley de Tasas” (Ley 10/2012, de 20 de noviembre), modificada por el Real Decreto Ley 3/2013, de 22 de febrero, se proyecta sobre dos ámbitos netamente diferenciados: el de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Nos centraremos únicamente en el primero de ellos vinculado a la denominada tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en el que se incluye por primera vez el orden jurisdiccional social (junto al civil y contencioso administrativo), afectando a un colectivo especialmente vulnerable -trabajadores y asimilados- y mermando, de paso, el carácter tuitivo que tiene ampliamente reconocido el ordenamiento jurídico laboral.

Estas líneas tienen como objetivo poner de manifiesto cómo el nuevo régimen de tasas judiciales entraña o puede entrañar una denegación encubierta de la justicia que necesariamente ha de repercutir en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución. De otra parte, se analiza el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre las tasas en el ámbito concreto del orden social que, sin entrar a valorar una eventual inconstitucionalidad de las normas discutidas, ha declarado, como se dirá, la exención de pago a trabajadores y sindicatos.

II. RÉGIMEN NORMATIVO

La Ley 10/2012, modificada por el Real Decreto Ley 3/2013, sustituye la regulación de la tasa judicial hasta entonces vigente en el artículo 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social que había restablecido determinadas tasas por promover el ejercicio de la jurisdicción en los órdenes civil y contencioso-administrativo, silenciando cualquier referencia al orden social. Sin embargo, la nueva regulación instaura una comprometida expansión de las

* Ana María Chocrón Giráldez. Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla. Este trabajo se inserta dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

tasas ampliando los órdenes jurisdiccionales sobre los que se aplica. Es decir: si con el sistema anterior se aplicaba a los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo, la nueva configuración se extiende también al orden social, quedando fuera el orden penal y el militar¹.

Tomando ese dato como referencia y a tenor de lo previsto en la Ley 10/2012, deben ser subrayados los siguientes elementos normativos:

- El acceso a la instancia laboral sigue siendo, como hasta ahora, gratuito, si bien, por primera vez se aplican las tasas judiciales a la fase de recurso (art. 1).
- El hecho imponible de la tasa viene representado por el ejercicio de la potestad jurisdiccional originada a su vez por el ejercicio de determinados actos procesales. En el ámbito laboral por la interposición de los recursos de suplicación y casación (art. 2)
- Es sujeto pasivo de la tasa quién promueva el ejercicio de la potestad jurisdiccional y realice el hecho imponible de la misma (art. 3), sin mayor consideración a la disimilitud entre el trabajador y el empresario que integran la relación jurídico laboral.
- No mitiga esta desigualdad material entre las partes la exención subjetiva que en el orden social, se reconoce a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, exención del 60% en la cuantía de la tasa que les corresponda por la interposición de los recursos de suplicación y casación (art. 4).

La reforma operada por el Real Decreto Ley 3/2013, al que antes se hizo referencia, se limita a aspectos muy concretos y no implica una modificación sustancial del régimen establecido en la Ley de tasas. Dos de sus más significativas novedades son la reducción de la cuantía de las tasas en determinados supuestos y su no exigencia en función de la naturaleza del proceso en otros. En ese orden, la propia Exposición de Motivos que antecede a su articulado reconoce que aunque por sí mismas (las tasas), “no se consideran lesivas de derecho alguno, podrían llegar a darse casos concretos e individualizados en los que la cuantía fijada en la tasa resultara excesiva. Consecuentemente, aún partiendo de la legitimidad de la vigente configuración de la tasa, es necesario arbitrar los mecanismos que eviten que, ni siquiera con carácter residual, la cuantía de las tasas pueda generar efectos indeseados”.

A pesar de todo, a nuestro entender y dejando a salvo lo que luego se dirá en materia de justicia gratuita, la reforma no deja de ser un barniz respecto de lo establecido antes por la Ley estatal. Siguen quedando condicionados por la tasa principios básicos del ordenamiento constitucional -tales como el principio de igualdad y el derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 14 y 24 de la Constitución)- que comprometen seriamente la constitucionalidad de la norma.

Ambas disposiciones normativas, la Ley y su posterior reforma, generalizan el pago por el acceso a la Administración de Justicia lo que entraña un efecto disuasorio para un amplio segmento de la población incluyendo a pequeñas y medianas empresas. En esa línea, no faltarán los casos en que, ante la imposibilidad de litigar por medios propios a causa de los costes del proceso, resulte preferible para el demandante desistir de sus pretensiones antes que recurrir en vía judicial.

¹ Lo que hizo prever un incremento de denuncias penales, exentas de tasas, para resolver conflictos propios del orden civil, como la responsabilidad derivada de accidentes de tráfico o incumplimientos contractuales, con el correlativo aumento de la carga de trabajo de los Tribunales penales y la disminución de los civiles, MOLINS GARCÍA-ATANCE “Las nuevas tasas judiciales”, *Diario La Ley*, núm. 8023, de 2012 (edición on line)

III. LA DESIGUALDAD ENTRE LAS PARTES DE LA RELACIÓN JURÍDICO LABORAL

El orden jurisdiccional social tiene como finalidad prioritaria la tutela de los derechos de los trabajadores que hayan podido ser infringidos en el desarrollo de la relación jurídica que le une con el empresario, a quien se le reconoce una posición de superioridad derivada de su poder de dirección en el marco de las relaciones de trabajo. Esta idea preside los planteamientos socializadores que se hallan en la base del Derecho laboral como ordenamiento que rompe con el esquema de concurrencia de voluntades iguales y libres a la hora de contratar (propia del ordenamiento civil), tan pronto se constata la existencia una desigualdad material entre las partes derivada no sólo de la superioridad económica del empresario sobre el trabajador, sino también, de la desigual posición en el contrato de trabajo, al existir una relación de subordinación o dependencia entre ambos. Se instaura, en definitiva, un carácter tuitivo que ha venido inspirando tradicionalmente al orden social de la jurisdicción².

Lo ha venido entendido así el propio Tribunal Constitucional desde sus primeros pronunciamientos. La STC 3/1983, de 25 de enero, justifica la diferencia de trato entre las partes de la relación jurídico laboral “en la necesidad de equilibrar una desigualdad originaria entre el trabajador y el empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro”. Este planteamiento no quiebra, sostiene el Alto Tribunal, “por la contemplación aislada de supuestos excepcionales realmente existentes en que la elevada cualificación del trabajador, su remuneración o su relativa autonomía en la prestación de trabajo, reduzcan o maten las respectivas posiciones de las partes”.

Así las cosas, nos encontramos con que este esquema trasciende incluso de la norma sustantiva a la procesal y, en ese sentido, se admite que el principio ineludible de igualdad de las partes en el proceso (o “igualdad de armas”, proyección procesal del artículo 14 de la Constitución), no implica necesariamente y en todo caso una actuación procesal idéntica de éstas. El principio de igualdad de las partes en el proceso supone un reconocimiento al equilibrio en las posibilidades de defensa y ataque, de alegación, prueba, conclusión e impugnación, lo que lleva a considerar este principio conectado con la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa y, en consecuencia, implícito igualmente en el artículo 24 de la Constitución. En sentido contrario, se produce indefensión a la parte que haya de soportar más cargas o tener menos oportunidades de levantarlas, o gozar de menos derechos procesales y cumplir más obligaciones (SSTC 98/1987, de 10 de junio; 25/1988, de 22 de julio).

Por eso, debe reconocerse al legislador laboral el mérito de haber acometido la tarea de introducir en el proceso de trabajo los correctivos oportunos -muy significativamente la gratuidad del proceso- que coadyuven a una igualdad de facto entre los sujetos contendientes³.

² Véase sobre este punto la reflexión de MERCADER UGUINA, sobre la necesidad corregir las desigualdades sociales para dar cumplimiento a uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico – la igualdad- establecidos en el artículo 1.1 de la Constitución, en “Algunas reflexiones sobre el modelo social de la Constitución española, 25 años después”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furió Ceriol*, núm.40, 2002, pág. 168.

³ La exención de depósitos y consignaciones para recurrir a los trabajadores y beneficiarios del régimen público de la Seguridad Social (artículos 229 y 230 LJS), o la imposición en exclusiva al empresario de la obligación de pagar los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria en caso de litigar con temeridad (artículo 97.3 LJS), son otras de las medidas que se establecen con el objetivo de excluir los obstáculos que puede encontrar el trabajador para litigar en igualdad de condiciones. Todo lo

Consecuentemente, el pago de una tasa para acceder a los tribunales laborales no haría sino acentuar una desigualdad material entre trabajadores y empresarios que, como hemos señalado, ha venido siendo reconocida por la doctrina constitucional e históricamente combatida desde el ordenamiento laboral.

No puede desconocerse, sin embargo, que la idea de establecer una tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional ha sido avalada por el propio Tribunal Constitucional sobre la base de entender que “el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, pues le incumbe crear la configuración de la actividad judicial y, más concretamente, el proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones” (STC 206/1987, de 21 de diciembre)⁴.

Bien puede entonces concluirse, por ahora, que desde el punto de vista constitucional la tasa por sí misma no resulta infractora de ningún derecho fundamental. Otra cosa serán las consecuencias derivadas de su insatisfacción que, a nuestro parecer, sí pueden generar serias dudas acerca de su ajuste al contenido de la Constitución.

1. El acceso a la jurisdicción (social) en condiciones de igualdad. Perspectiva constitucional general

Aunque la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24 de la Constitución no agota su contenido en el mero acceso a los tribunales de justicia, debe reconocerse que el acceso a la jurisdicción constituye un elemento esencial de este derecho fundamental por cuanto supone activar el mecanismo necesario para obtener del Juez una decisión fundada en derecho (STC 111/2000, de 5 de mayo). Consecuentemente, negando el libre acceso a los tribunales de justicia se está imposibilitando manifiestamente el resto de vertientes que integran la tutela judicial prevista en la Constitución⁵. Pues bien, a propósito de esas consideraciones se ha ido elaborando a lo largo del tiempo un cuerpo de doctrina, hoy perfectamente afianzada, en relación con los requisitos establecidos legalmente para acceder a la jurisdicción de cara a la remoción de obstáculos o impedimentos. Razona el Tribunal Constitucional que “la efectividad del derecho a la jurisdicción no consiente interpretaciones y aplicaciones de los requisitos legales caracterizados por el rigorismo, formalismo o la desproporción entre los fines que preservan y la consecuencia de cierre del proceso que conllevan” (STC 19/2003, de 30 de enero).

De esta forma el principio *pro actione* opera con especial intensidad en el ámbito de acceso a la jurisdicción cuyo objeto es “evitar que determinadas aplicaciones o interpretaciones de los presupuestos procesales eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en derecho

cual llevó a afirmar que “si en el momento actual existe una manifestación de la jurisdicción que cumple plenamente con las exigencias del artículo 24 de la Constitución, esa jurisdicción es, sin duda alguna, la social”, GIMENO SENDRA en “El derecho a un proceso laboral justo”, *Tribuna Social*, núm. 76, 1997, pág. 11.

⁴ Más recientemente SSTC 20/2012, de 6 de febrero; 79/2012, de 17 de abril; 115/2012, de 4 de junio; 116/2012, de 4 de junio; 125/2012, de 18 de junio; 164/2012, de 1 de octubre y 190/2012, de 29 octubre.

⁵ Artículo 24 de la Constitución “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

sobre la pretensión a él sometida” (SSTC 112/1997, de 3 de junio; 191/2001, de 1 de octubre). Precisamente, la identificación de ciertos obstáculos o impedimentos en el ejercicio del libre acceso a los tribunales, condujo en su día al legislador a adoptar algunas medidas paliativas entre las que se encontraba la supresión de las tasas judiciales operada por la Ley 25/1986, de 24 de diciembre, al entender que la justicia debe conjugarse con otros valores constitucionales como la igualdad y la libertad, y que debe, asimismo, procurarse a todos los ciudadanos cualquiera que sea su situación económica o posición social⁶.

Por otra parte, se ha resaltado también la necesidad de que la tutela dispensada por los tribunales sea “efectiva” y en ese sentido se apunta su relación con la “posibilidad práctica de la tutela”⁷ o, en otras palabras, con las facilidades para la obtención de ésta, lo que conlleva la eliminación de los obstáculos que impidan o demoren su prestación. En efecto, tratándose del ejercicio de un derecho fundamental -el acceso a los tribunales de justicia- su disfrute efectivo no puede verse impedido o limitado por la capacidad económica del trabajador al punto que lo conviertan en un mero propósito y que motive en los ciudadanos un estado general de insatisfacción o incluso un deterioro de la convivencia social que pudiera desembocar en el empleo de fórmulas autotutelares⁸.

Por esa razón, el propio Tribunal Constitucional ha declarado que el reiterado derecho fundamental no puede verse conculcado por “disposiciones legales que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas o carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador” (SSTC 273/2005, de 27 de octubre; 20/2012, de 16 de febrero, y 116/2012, de 4 de junio).

Por tanto, todas estas consideraciones son las que explican que la salvaguarda del libre acceso a los tribunales laborales haya llevado históricamente al legislador a mantener fuera del ámbito de aplicación de las tasas judiciales al orden jurisdiccional social. Se explica, en definitiva, como una forma de paliar o atenuar la desigualdad natural de las partes de la relación jurídica material. Desde esa perspectiva es claro que poner trabas al acceso a la justicia al trabajador no puede, en modo alguno, entenderse como ajustado a la Constitución, amén de ignorar tanto las peculiaridades derivadas de las pretensiones materiales propias del derecho laboral como su repercusión procesal.

2. El acceso a los recursos (suplicación y casación)

Sobre el acceso a los recursos el Tribunal Constitucional ha venido elaborando en sus pronunciamientos una doctrina conforme a la cual se trata de un derecho que tiene una relevancia constitucional distinta a la del acceso a la jurisdicción. Así, mientras el derecho a la obtención de una resolución judicial razonada y fundada goza de una protección constitucional en el artículo 24.1, el derecho a la revisión de esta resolución es, en principio y dejando a salvo la materia penal, un derecho de configuración legal al

⁶ En realidad, esta solución supone la implicación del Estado en la concesión de una tutela judicial encaminada a la provisión de los medios necesarios para hacer que este derecho sea real y efectivo.

⁷ ALMAGRO NOSETE, *Constitución y proceso*, Barcelona, 1984, pág. 96.

⁸ En tal sentido hay que recordar que la efectiva realización del derecho a la tutela judicial se halla íntimamente vinculada con el mandato del artículo 9.2 de la Constitución dirigido a los poderes públicos para que promuevan las condiciones necesarias a fin de que “la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

que no resulta aplicable el principio *pro actione* (por todas, SSTC 37/1995, de 7 de febrero; 184/2000, de 10 de octubre; 181/2001, de 17 de septiembre). Igualmente se reconoce que los requisitos de admisión de los recursos son más laxos que los exigidos para el acceso a la jurisdicción toda vez que lo que se pide en ese momento no es más que la revisión de la respuesta judicial contenida en la sentencia de instancia previamente dictada la cual, si resuelve el núcleo del asunto, ya dará por satisfecha la tutela judicial efectiva sin que se haya producido indefensión. Por consiguiente, el sistema de recursos frente a las resoluciones judiciales se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales.

Por otra parte, es igualmente cierto que desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva el legislador no tiene la obligación de establecer necesariamente un sistema de recursos. Ahora bien, si opta por establecerlo -y la legislación procesal laboral lo hace-, resulta relevante desde el punto de vista constitucional el derecho a hacer uso de ese sistema. En paralelo, la regulación del recurso no podrá contrariar los principios constitucionales, ni establecer presupuestos de admisibilidad que supongan un obstáculo para la eficacia de ese derecho constitucional.

La STC 46/1986, de 21 de abril argumenta en ese sentido que si bien las leyes reguladoras de los distintos órdenes jurisdiccionales pueden establecer requisitos procesales para la admisión de los recursos, éstos no pueden ser fijados arbitrariamente sino “teniendo siempre presente el fin pretendido al establecerlos, evitando que se conviertan en meros obstáculos procesales”. Por su parte, el Preámbulo de la Ley 10/2012 reconoce que “la regulación de la tasa judicial no es sólo una cuestión meramente tributaria, sino también procesal”.

En tal caso debemos plantearnos si acaso la expansión de la tasa en el orden jurisdiccional social constituye un obstáculo procesal, que no se compadece con las exigencias constitucionales, para quien accede a la jurisdicción en defensa de su puesto de trabajo.

La imposibilidad de recurrir una decisión judicial cuando existe la posibilidad legal de hacerlo no es una cuestión de poca importancia. Con razón se ha dicho que si bien “la existencia de un recurso no puede conjurar la posibilidad de que una litis acabe siendo resuelta de forma injusta, sí que es cierto que permite disminuir las posibilidades de que así sea”⁹. Además, no puede dejar de tenerse en cuenta las exigencias derivadas de los principios constitucionales de igualdad (art.14) y tutela judicial efectiva (art. 24), de tal suerte que en ningún caso las especialidades procesales pueden resultar atentatorias de los mencionados principios.

Por tanto, partiendo una vez más de la desigualdad en la relación jurídica trabajador-empresario, el hecho de exigir al trabajador recurrente el pago de una tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 2 Ley 10/2012), -que en algunos casos puede resultar desorbitada (500 € para recurrir en suplicación y 750 para recurrir en casación)-, restringe su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso porque se vería impedido para interponerlo cuando carece de suficientes medios económicos a tal efecto¹⁰.

Además, las consecuencias procesales de la imposición de una tasa -o más propiamente de la insatisfacción de la tasa-, se prevén en el artículo 8.2 de la Ley

⁹ MONTOYA MELGAR, GALIANA MORENO, SEMPERE NAVARRO y RÍOS SALMERÓN, *Curso de procedimiento laboral*, Tecnos, Madrid, 2010, pág.192.

¹⁰ En ese sentido se denuncia que es un grave ataque contra el beneficio de justicia gratuita atribuido tradicionalmente a los trabajadores” MORALES VALLEZ “Las tasas judiciales en el orden jurisdiccional social”, *Actualidad Laboral*, núms. 7-8, 2013, pág. 918.

10/2012 al contener esta norma un requisito que condiciona la viabilidad del recurso lo que ha provocado que se promueva su inconstitucionalidad sobre la base de la desproporción entre el impago de la tasa y la gravosa respuesta judicial de cierre del acceso a la justicia¹¹. Dice este precepto: “el justificante del pago de la tasa con arreglo al modelo oficial, debidamente validado, acompañará a todo escrito procesal mediante el que se realice el hecho imponible de este tributo. En caso de que no se acompañase dicho justificante, el Secretario judicial requerirá al sujeto pasivo para que lo aporte en el plazo de diez días, no dando curso al escrito hasta que tal omisión fuese subsanada. La ausencia de subsanación de tal deficiencia, tras el requerimiento del Secretario judicial a que se refiere el precepto, dará lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según proceda”.

Por consiguiente, se está alterando la posición de las partes dado que la falta de recursos económicos puede privar de su interposición a quienes carezcan de medios suficientes para afrontar los pagos que pudieran derivarse de la casación y de la suplicación. Frente a esa evidencia no cabe oponer que el impacto de la tasa venga limitado o minimizado por la exención a trabajadores autónomos y por cuanta ajena del 60% de la cuantía de la tasa para la interposición de dichos recursos (art. 4.3). Es más, esta previsión puede ser interpretada como indicativa de que dicha exención presupone que los trabajadores sí que tienen que abonar esta tasa¹², quedando exentas en todo caso las personas a las que se les haya reconocido la asistencia gratuita.

En ese estado de cosas, bajo el prisma del estricto ordenamiento jurídico, lo dicho entra en flagrante y directa contradicción con el artículo 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG) que dispone de forma evidente la gratuidad de la justicia para trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social sin necesidad de un previo reconocimiento (art.2).

Por lo mencionado, y ante una posible colisión interpretativa de las normas en juego, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo por acuerdo del Pleno no jurisdiccional de fecha 5 de junio de 2013, fija las pautas interpretativas sobre las tasas en el orden social concluyendo que no es exigible el pago de tasas al trabajador, beneficiario de la seguridad social, funcionario o sindicato que recurra en suplicación o casación.

IV. TASAS JUDICIALES Y JUSTICIA GRATUITA

El punto de partida ha de ser necesariamente el artículo 119 de la Constitución, al establecer que “la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”. Con ello se consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, pues “su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar” (STC 138/1988, de 8 de julio).

Pero lo que es más importante a los efectos que nos ocupa: esta norma entiende que la gratuidad de la justicia se puede disponer ex lege, y, en virtud de la Ley, la LAJG lo dispone en su artículo 2 que regula el ámbito personal de aplicación de sus disposiciones, extendiendo el derecho a la justicia gratuita, entre otros, “a los

¹¹ BELTRÁN AGUIRRE, “Las nuevas tasas judiciales y los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la igualdad en la Ley”, *Revista Aranzadi doctrinal*, núm 10/2013 (edición on line).

¹² Como acertadamente pone manifiesto MOLINS GARCÍA-ATANCE “Las nuevas tasas judiciales”, op. cit.

trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales”.

Así las cosas, la Ley de tasas 10/2012, amplía los órdenes jurisdiccionales sobre los que se aplica expandiéndose al orden social al que impone por primera vez una tasa para los recursos extraordinarios. Al mismo tiempo, en su artículo 4 prevé una exención subjetiva para quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Lo expuesto puede llevar a interpretar que la citada Ley rompe el planteamiento de la LAJG toda vez que los trabajadores pasan a estar gravados por una tasa y sólo cuando acrediten insuficiencia de recursos podrán beneficiarse de la exención.

El Real Decreto Ley 3/2013 modifica la Ley de tasas pero, como se ha dicho, no introduce ninguna novedad en el anterior régimen. Sin embargo, sí se ve en la necesidad de “acomparar” sus efectos con la LAJG, lo que motiva la reforma de ésta última. Esta reforma no afecta al citado artículo 2 de la LAJG, esto es, mantiene la misma concesión legal del beneficio a los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social.

Ante las evidentes dudas planteadas en la jurisdicción social, la Sala Cuarta, sin entrar a valorar una eventual inconstitucionalidad de la Ley de tasas, asevera:

“Si antes del RDL 3/2013 y a la luz de la Ley 10/2012 podían existir dudas interpretativas sobre la desaparición parcial del beneficio de justicia gratuita que tenían los trabajadores y beneficiarios al margen de la insuficiencia de recursos para litigar, en la actualidad, después de la entrada en vigor de la nueva redacción de la LAJG llevada a cabo por el RDL 3/2013 ya no ha duda de que la interpretación de ambas normas ha de conducir a la afirmación de que el sistema de gratuidad de la justicia establecido en esa norma implica que los trabajadores (y por extensión los beneficiarios del sistema público de Seguridad Social, que tienen el mismo beneficio) no han de abonar tasa alguna por la interposición de los recursos de suplicación y casación”.

En consonancia con lo anterior, otros interesados exonerados del pago de las tasas son los funcionarios y personal estatutario según lo previsto en el artículo 21.5 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (“Los funcionarios y el personal estatutario en su actuación ante el orden jurisdiccional social como empleados públicos gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los mismos términos que los trabajadores y beneficiarios del sistema de seguridad social”), y los sindicatos (“Los sindicatos estarán exentos de efectuar depósitos y consignaciones en todas sus actuaciones ante el orden social y gozarán del beneficio legal de justicia gratuita cuando ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la seguridad social”) de conformidad con el artículo 20.4 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

V. BREVE REFLEXIÓN FINAL

Queda por esclarecer la posible inconstitucionalidad de la Ley de tasas especialmente por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva¹³, no tanto por la exigencia de la tasa en sí misma considerada cuanto por el obstáculo procesal que su impago supone para el acceso a la jurisdicción. En el orden jurisdiccional social no llega

¹³ Recursos de inconstitucionalidad núms. 973, 1024, 4948, 4972 de 2013, todos ellos admitidos a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional

a entenderse que los trabajadores estén exentos en la instancia y tengan que abonar, sin embargo, una tasa en vía de recurso para la misma defensa de sus intereses.

Bien mirada la Ley de tasas puede representar una peligrosa ocasión de instaurar una justicia para ciudadanos con insuficiencia de recursos, amparados por el beneficio de justicia gratuita, y otra para ciudadanos con recursos elevados que pueden permitirse el pago de la tasa, mientras que la franja más amplia de la población - aquella con rentas medias- va a ver restringido su derecho a obtener la tutela judicial efectiva.

De momento el Tribunal Supremo ha arrojado luz sobre un tema que se torna especialmente sensible en estos momentos de crisis económica con una considerable destrucción de puestos de trabajo. Cabría en ese sentido recordar a Bertolt Brecht cuando se preguntaba “si habría canto en los tiempos oscuros”. Y se respondía que sí, que pese a la dificultad del momento “sí, habrá canto sobre los tiempos oscuros”.

