



REVISTA

# DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

## LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA Y ECONÓMICA: UN ANÁLISIS CON ENFOQUE DE GÉNERO

NÚMERO 10, FEBRERO DE 2019

AVANCES Y RETROCESOS EN LA UNIVERSALIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE ASISTENCIA SANITARIA.  
ESPECIAL ATENCIÓN A LAS PERSONAS EXTRANJERAS

*M<sup>a</sup> Belén Fernández Collados*

EL REEMBOLSO DEL GASTO SANITARIO FRENTE A TERCEROS OBLIGADOS AL PAGO

*Faustino Cavas Martínez*

EL RÉGIMEN DE COPAGO DE LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA Y SU IMPACTO EN LAS MUJERES PENSIONISTAS

*M<sup>a</sup> Carmen López Aniorte y Antonio Megías Bas*

TRABAJADORAS ASALARIADAS Y AUTÓNOMAS ANTE LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD:  
LA SUBSISTENCIA DE ESTEREOTIPOS SEXISTAS EN LA LEY Y EN LA JURISPRUDENCIA

*M<sup>a</sup> Carmen López Aniorte*

LA (DES)PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS CUIDADORES NO PROFESIONALES

*Alejandra Selma Penalva*

LA VALORACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA.  
UN PROCESO ADMINISTRATIVO CON MÁS SOMBRAS QUE LUCES

*Guillermo Rodríguez Iniesta*

LA JUBILACIÓN PARCIAL, FLEXIBLE Y ACTIVA COMO FÓRMULAS PARA EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO

*Francisco Miguel Ortiz González-Conde*

ENTIDAD EDITORA

*Dykinson, S.L.*



Centro de Estudios  
SAGARDOY



CÁTEDRA UNESCO  
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

ISSN 2341-135X

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



#### ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)



© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015, Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2341-135X

REVISTA  
**DERECHO SOCIAL  
Y EMPRESA**

*El objetivo de esta Revista es conseguir los máximos índices de calidad,  
y está indexada en las siguientes bases de datos:*

latindex

BASE DE DATOS  
ISOC



Dialnet

vlex  
vlex.com

MIAR

*Colabora:*





# Revista Derecho Social y Empresa

CÁTEDRA UNESCO PROMOCIÓN SOCIO LABORAL  
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY  
EDITORIAL DYKINSON



## DIRECTORA

**Pilar Núñez–Cortés Contreras**

*Cátedra UNESCO Promoción Socio Laboral Centro de Estudios Sagardoy  
Profesora Titular de Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Loyola Andalucía*

## EDITORA

**Esperanza Macarena Sierra Benítez**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

## SECRETARIA

**Amanda Moreno Solana**

*Profesora Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III de Madrid*

## CONSEJO ASESOR

### PRESIDENTE

**Juan Antonio Sagardoy Bengoechea**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense (Madrid)*

### MIEMBROS

**María del Mar Alarcón Castellanos**

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

**Lourdes Arastey Sahún**

*Magistrada del Tribunal Supremo (Madrid)*

**Philippe Auvergnon**

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Directeur de Recherche del CNRS,  
miembro del Centre de droit comparé du travail et de la sécurité du travail  
Université Bordeaux (Francia)*

**Marie Cécile Escande-Varniol**

*Catedrática de Derecho del Trabajo  
Université Lyon 2 (Francia)*

**Carolina Gala Durán**

*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Autónoma de Barcelona*

**Santiago García Echevarría**

*Catedrático de Política Económica de la Empresa  
Universidad Alcalá de Henares (Madrid)*

**Joaquín García Murcia**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense (Madrid)*

**Abbo Junker**

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Zentrum für  
Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht Ludwig-Maximilians  
Universität München (Alemania)*

**Lourdes Mella Méndez**

*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Santiago Compostela*

**Antonio Ojeda Avilés**

*Catedrático de Derecho del Trabajo*

**Mariano Sampedro del Corral**

*Magistrado del Tribunal Supremo*

**Cristina Sánchez-Rodas Navarro**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Sevilla*

**Esperanza Macarena Sierra Benítez**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Sevilla*

**Michele Tiraboschi**

*Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de*

*Módena y Reggio Emilia (Italia) y Director Científico de ADAPT*

**Jorge Tua Fernández**

*Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad*

*Universidad Autónoma de Madrid*

**Fernando Valdés Dal-Ré**

*Magistrado del Tribunal Constitucional*

**Luis Enrique de la Villa Gil**

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad Autónoma (Madrid)*

## **COMITÉ EDITORIAL**

### **PRESIDENTE**

**Íñigo Sagardoy de Simón**

*Doctor en Derecho, Presidente de Sagardoy Abogados (Madrid)*

### **DIRECTOR**

**Martín Godino Reyes**

*Doctor en Derecho, Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid)*

### **MIEMBROS**

**Valentín Bote Álvarez-Carrasco**

*Director del Servicio de Estudios de Randstad Research*

**Jaime Cabeza Pereiro**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Vigo*

**Macarena Castro Conte**

*Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

**Antonio Cebrián Carrillo**

*Abogado, Socio Director S&C Abogados (Madrid)*

**Teresa Cervera Soto**

*Directora de Recursos Humanos, Paradores de Turismo*

**Manuel Correa Carrasco**

*Profesor Titular de la Universidad Carlos III de Madrid*

**Martin Fröhlich**

*Attorney-at-law (Rechtsanwalt), Cologne (Alemania)*

**María Jesús Herrera Duque**

*Doctora en Derecho, Socia de Sagardoy Abogados (Madrid)*

**Fernando Lousada Arochena**

*Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia*

**José Antonio Marcos Herrero**

*Abogado, Director de Recursos Humanos de Agencia Sanitaria de Poniente (Málaga)*

**José Manuel Martín Martín**

*Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid)*

**Ana Matorras Díaz-Caneja**

*Profesora Agregada. Universidad Pontificia Comillas (Madrid)*

**María Luisa Molero Marañón**

*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

**Rocío Molina González-Pumariega**

*Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

**Horacio Molina Sánchez**

*Profesor Titular de Área. Universidad Loyola Andalucía*

**Amanda Moreno Solana**

*Profesora Doctora, Universidad Carlos III (Madrid)*

**Leonor Victoria Pablos Fernández**

*Directora de Recursos Humanos, Ferrovial (Madrid)*

**Vicente Pérez Menayo**

*Consejero de Empleo y Seguridad Social en la Embajada de España en Bélgica*

**Anselmo Presencio Fernández**

*Director Recursos Humanos, Persan*

**Iván Rodríguez Cardo**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Oviedo*

**Carmen Sáez Lara**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba*

**Lavinia Serrani**

*Editorial Coordinator of ADAPT International, Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali (Italia)*

**Francesca Sperotti**

*Research Fellow e Responsabile Relazioni Internazionali, ADAPT, Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali (Italia)*

**Helmut Weber**

*Consejero Técnico Jefe de Unidad, Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Alemania)*

## **EVALUADORES EXTERNOS**

**Francisco Alemán Páez**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba*

**Inmaculada Benavente Torres**

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Córdoba*

**Jesús Cruz Villalón**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

**José Manuel del Valle Villar**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo  
Universidad de Alcalá de Henares (Madrid)*

**José Luis Gil Gil**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Alcalá de Henares (Madrid)*



**Luis Gordo González**

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad Autónoma de Madrid*

**María Sonsoles Gutiérrez de la Peña**

*Inspectora de Trabajo y de la Seguridad Social (Madrid)*

**María Teresa Igartua Miró**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

**Risa L. Lieberwitz**

*Catedrática de Derecho del Trabajo. Cornell University, ILR School (USA)*

**Paz Menéndez Sebastián**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Oviedo*

**Jesús R. Mercader Uguina**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III (Madrid)*

**Julia Muñoz Molina**

*Profesora Titula de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Córdoba*

**Patricia Nieto Rojas**

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad Carlos III de Madrid*

**Daniel Pérez del Prado**

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Carlos III de Madrid*

**Eduardo Rojo Torrecilla**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Autónoma de Barcelona*

**Tatsiana Ushakova**

*Doctora en Derecho, Acreditada como Profesora Titular de Ciencias Sociales y Jurídicas*

**Teresa Velasco Portero**

*Profesora Titular de Área  
Universidad Loyola Andalucía*

## El sentido de la Revista Derecho Social y Empresa

Dentro del campo de las ciencias sociales, con enfoque internacional, de derecho comparado e interdisciplinar, la Revista Derecho Social y Empresa, es una publicación científico-técnica, en el ámbito Jurídico Laboral y de la Seguridad Social, cuyo objetivo es dar a conocer a nivel internacional los debates sobre la regulación y la organización del trabajo en la empresa y en la sociedad, los sistemas de relaciones industriales y las políticas de empleo.

La Revista Derecho Social y Empresa tiene dos números al año, ambos incluyen artículos académicos (Estudios), así como un barómetro del mercado de trabajo en España. El primer número de cada año tiene un contenido monográfico y versará sobre un tema predefinido por el Comité Editorial.

La Revista cuenta con un Comité Científico y un Comité Editorial, que reúnen a prestigiosos juristas, académicos y profesionales, principalmente del entorno europeo (España, Francia, Italia y Alemania) y también de los Estados Unidos de América.

De las opiniones expresadas en los artículos únicamente son responsables los propios autores.

Para cualquier propuesta de colaboración siga las instrucciones de publicación de la Revista.



# Revista Derecho Social y Empresa

ÍNDICE NÚM. 10, FEBRERO 2019

## «LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA Y ECONÓMICA: UN ANÁLISIS CON ENFOQUE DE GÉNERO»

### COORDINADORA

M<sup>a</sup> CARMEN LÓPEZ ANIORTE



### PRESENTACIÓN

M<sup>a</sup> CARMEN LÓPEZ ANIORTE

### ARTÍCULOS

**Avances y retrocesos en la universalización de las prestaciones de asistencia sanitaria.**

**Especial atención a las personas extranjeras**

M<sup>a</sup> BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS

**El reembolso del gasto sanitario frente a terceros obligados al pago**

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

**El régimen de copago de la prestación farmacéutica y su impacto en las mujeres pensionistas**

M<sup>a</sup> CARMEN LÓPEZ ANIORTE Y ANTONIO MEGÍAS BAS

**Trabajadoras asalariadas y autónomas ante la protección por maternidad:  
la subsistencia de estereotipos sexistas en la ley y en la jurisprudencia**

M<sup>a</sup> CARMEN LÓPEZ ANIORTE

**La (des)protección social de los cuidadores no profesionales**

ALEJANDRA SELMA PENALVA

**La valoración y determinación de la situación de dependencia.**

**Un proceso administrativo con más sombras que luces**

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

**La jubilación parcial, flexible y activa como fórmulas para el envejecimiento activo**

FRANCISCO MIGUEL ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE

**El trabajo autónomo en edad avanzada: aspectos preventivos y de Seguridad Social**

M<sup>a</sup> MONSERRATE RODRÍGUEZ EGÍO

**La viabilidad del sistema público de pensiones: cuestiones actuales**

PRUDENCIO JOSÉ RIQUELME PEREA Y ÁNGEL MANZANARES GUTIÉRREZ

**The italian pension system.**

**The relocation agreement: technical aspects and operational processes**

ELENA SIGNORINI Y GINA ROSAMARÌ SIMONCINI

**INSTRUCCIONES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS**

# PRESENTACIÓN

Bajo el título *La protección de la salud desde una perspectiva jurídica y económica: un análisis con enfoque de género*, el núm. 10 de la *Revista de Derecho Social y Empresa* recoge parte de los resultados derivados del Proyecto de Investigación DER2016-76557-R, sobre “El futuro del sistema español de protección social, análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad (V): Salud, familia y bienestar”. Dicho Proyecto pretende contribuir a solucionar los problemas sociales y financieros relativos a la prevención y protección de la salud de las personas beneficiarias y a la protección social de quienes asumen las tareas de cuidado de personas menores y dependientes, en un contexto de precariedad laboral generalizada, envejecimiento de la población, y obstinada persistencia de la brecha laboral y prestacional femenina derivada del mantenimiento de estereotipos sexistas y del desigual reparto del trabajo de cuidados entre hombres y mujeres.

El proyecto se articula en torno a dos ejes. Uno de ellos se centra en el análisis jurídico y económico de las políticas públicas de prevención y protección de la salud, poniendo el foco en el fenómeno del envejecimiento de la población y en los retos que este plantea en materia de asistencia sanitaria, exigencia de cuidados y envejecimiento activo. El otro gira en torno a la necesidad de garantizar una adecuada y no discriminatoria protección a quienes cuidan a menores y dependientes, y a la urgencia de avanzar en la universalización de los servicios de cuidados externos en el entendimiento de que, de no adoptarse las medidas precisas, “los déficits actuales en la prestación de servicios de cuidado y su calidad crearán una grave e insostenible crisis del cuidado a nivel mundial y aumentarán más aún la desigualdad de género en el trabajo” (OIT, *Care work and care jobs for the future of work*, 2018).

El número monográfico da comienzo con tres trabajos en los que se analizan, desde ángulos distintos, la prestación de asistencia sanitaria y los problemas que genera su financiación. El primero, del que es autora Belén Fernández Collados, lleva por título “Avances y retrocesos en la universalización de las prestaciones de asistencia sanitaria. Especial atención a las personas extranjeras”; en el mismo se defiende la ruptura entre el Sistema Nacional de Salud y la Seguridad Social a través de su desvinculación financiera, al tiempo que se aboga por el reconocimiento del derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria a toda la ciudadanía. El segundo, del que es autor Faustino Cavas Martínez, se titula “El reembolso del gasto sanitario frente a terceros obligados al pago”; el autor apuesta por reforzar la sostenibilidad financiera del sistema público de salud mediante la reclamación puntual por parte de las Administraciones sanitarias del importe de la prestación sanitaria suministrada a personas sin derecho a la asistencia sanitaria gratuita o bonificada,

especialmente, cuando exista un tercero obligado al pago. Este primer bloque temático lo cierra el trabajo “El régimen de copago de la prestación farmacéutica y su impacto en las mujeres pensionistas”, cuya autoría corresponde a M<sup>a</sup> Carmen López Aniorte y Antonio Megías Bas, y en el que se analizan dos aspectos del régimen de copago farmacéutico generalizado establecido en 2012: su dudosa “eficacia” en orden al cumplimiento del objetivo de reducción del gasto en prestación farmacéutica, y su eventual efecto discriminatorio en las mujeres pensionistas.

Un segundo bloque temático aborda la problemática de los trabajos de cuidados a menores y dependientes. En el artículo titulado “Trabajadoras asalariadas y autónomas ante la protección por maternidad: la subsistencia de estereotipos sexistas en la ley y en la jurisprudencia”, del que es autora M<sup>a</sup> Carmen López Aniorte, se analizan los estereotipos de género presentes en la normativa reguladora de la protección por maternidad -y en la doctrina del TJUE y del TC que la interpreta- determinantes de una desigual regulación de los permisos por maternidad y paternidad, que discrimina indirectamente a las mujeres al hacer recaer sobre ellas el coste laboral de la decisión de tener descendencia. Por su parte, Alejandra Selma Penalva, en el trabajo “La (des)protección social de los cuidadores no profesionales”, estudia la feminización del trabajo de cuidados, tanto del que es realizado de forma profesional como del que se lleva a cabo por parientes y personas allegadas, denunciando las diferentes formas de desprotección social que sufre un colectivo, conformado mayoritariamente por mujeres, que realiza una tarea esencial para la consecución del Estado de bienestar. Finalmente, en el artículo “La valoración y determinación de la situación de dependencia. Un proceso administrativo con más sombras que luces”, Guillermo Rodríguez Iniesta examina el proceso administrativo para la determinación y valoración de las situaciones de dependencia y/o falta de autonomía personal, poniendo de manifiesto su complejidad, la presencia de ciertas dosis de subjetividad en la evaluación y la inseguridad jurídica resultante, circunstancias que afectan negativamente a las personas llamadas a ser beneficiarias de los derechos reconocidos en la Ley de Dependencia.

El tercer bloque, conformado por dos artículos, estudia el trabajo a una edad avanzada desde el punto de vista preventivo y de protección social. El primero de ellos, del que es autor Francisco Miguel Ortiz González-Conde, se titula “La jubilación parcial, flexible y activa como fórmulas para el envejecimiento activo”; en el mismo, tras analizarse las figuras de jubilación que conforman jurídicamente el envejecimiento activo en España, se advierte que este es, en realidad, una construcción social de difícil concreción jurídica que, además, genera situaciones problemáticas de coexistencia entre rentas del trabajo y de sustitución. Por su parte, en el segundo artículo del bloque, sobre “El trabajo autónomo en edad avanzada: aspectos preventivos y de seguridad social”, M<sup>a</sup> Monserrate Rodríguez Egío analiza determinados supuestos de trabajo autónomo a una edad avanzada, prestando

especial atención al régimen de cobertura de las contingencias comunes y profesionales, así como a la protección jurídica de la salud laboral, estudio que permite reflexionar a la autora acerca del eventual incumplimiento, en tales trabajos, de los parámetros de calidad y bienestar necesarios para lograr una prolongación efectiva y saludable de la vida activa.

El cuarto y último bloque temático está conformado por dos artículos que afrontan sendos estudios de los sistemas de pensiones español e italiano, en cuanto pilares del Estado de bienestar y garantía de suficiencia económica y calidad de vida de las personas de edad avanzada. En el trabajo titulado “La viabilidad del sistema público de pensiones: cuestiones actuales”, cuya autoría corresponde a Prudencio José Riquelme Perea y Ángel Manzanares Gutiérrez, se sintetizan las principales controversias suscitadas acerca de la viabilidad del sistema público español de pensiones, y se presentan propuestas para la mejora del modelo actual. Por su parte, Elena Signorini y Gina Rosamarì Simoncini, en su artículo “The italian pension system. The relocation agreement: technical aspects and operational processes”, estudian el sistema de pensiones italiano, así como alguna de sus respuestas a los desafíos que representan para el mismo la reciente crisis económica y el alto nivel de desempleo resultante.

En los trabajos arriba referenciados, el equipo de investigación del Proyecto DER2016-76557-R sobre “El futuro del sistema español de protección social, análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad (V): Salud, familia y bienestar” formula propuestas concretas con las que aspira a mejorar -con medidas eficientes, equitativas y correctoras de la discriminación laboral sufrida por las mujeres- las soluciones normativas adoptadas hasta el momento en las materias examinadas. El fin último perseguido es el de contribuir a garantizar, a mujeres y hombres por igual, el nivel óptimo de bienestar correspondiente a un Estado Social y Democrático de Derecho, e integrante del núcleo esencial y básico del contrato social del que se han dotado las sociedades avanzadas tras la II Guerra Mundial. No se debe olvidar que, como ya reconocía la Constitución de la OIT en 1919 y, más tarde, la Declaración de Filadelfia en 1944 (actual Carta de la OIT) “una paz duradera solo puede ser establecida sobre la base de la justicia social”.

**M<sup>a</sup> CARMEN LÓPEZ ANIORTE**

Murcia, 2018



# ARTÍCULOS

# AVANCES Y RETROCESOS EN LA UNIVERSALIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE ASISTENCIA SANITARIA. ESPECIAL ATENCIÓN A LAS PERSONAS EXTRANJERAS<sup>1</sup>

M<sup>a</sup> BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Murcia*

Fecha de recepción: 7/11/2018

Fecha de aceptación: 16/11/2018

**SUMARIO:** 1. LA EVOLUCIÓN -A GRANDES RASGOS- DE LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA EN ESPAÑA. 1.1. De la pretendida universalización propugnada constitucionalmente hasta su mayor materialización en 2011. 1.2. La reforma de 2012. 1.3. La contrarreforma de 2018. 2. EL CASO ESPECÍFICO DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS. 2.1. Delimitación conceptual del objeto de estudio. 2.2. El punto de partida: de la Ley de 1985 a la versión originaria de la LO 4/2000. 2.3. La práctica universalización a través de la LO 4/2000. 2.4. La reforma de 2012. 2.5. La contrarreforma de 2018. 3. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** Desde que se proclamara la Constitución del 78 el Sistema Nacional de Salud ha aspirado a alcanzar la universalización de sus prestaciones. Para tal fin, es imprescindible la ruptura entre el Sistema Nacional de Salud y la Seguridad Social a través de su desvinculación financiera, así como el reconocimiento del derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria a todos los ciudadanos, incluidos los extranjeros con independencia

.....

1 Este trabajo de investigación ha de insertarse en el Proyecto de investigación del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad: “El futuro del sistema español de protección social. Análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad (V). Salud, familia y bienestar” DER2016-76557-R.

de su situación administrativa en España. En este trabajo de investigación se analiza críticamente el camino trazado a este respecto a través de la normativa, haciendo especial hincapié en el caso específico de las personas extranjeras y en la situación anterior a la reforma de 2012, en contraposición con la misma y con la posterior contrarreforma de 2018.

**ABSTRACT:** Since the Constitution of 1978 was proclaimed, the National Health System has aspired to achieve the universalization of its benefits. For this purpose, the break between the National Health System and Social Security through its financial untying, as well as the recognition of the right to health care benefits to all citizens, including foreigners regardless of their situation, is essential. administrative in Spain. In this research work, the path traced in this respect is critically analyzed through legislation, with special emphasis on the specific case of foreigners and in the situation prior to the 2012 reform, as opposed to the same and with the Subsequent counter reform of 2018.

**PALABRAS CLAVE:** Asistencia sanitaria, extranjero, universalización, seguridad social.

**KEYWORDS:** Healthcare, foreigner, universalization, social security.

# 1. LA EVOLUCIÓN -A GRANDES RASGOS- DE LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA EN ESPAÑA

## 1.1. De la pretendida universalización propugnada constitucionalmente hasta su mayor materialización en 2011

Tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre dos modelos de protección social: “*bismarckiano*” y “*beveridgeano*”, contributivo y asistencial. En España, aunque se parte de un sistema claramente contributivo, a raíz de la implantación de los Seguros Sociales<sup>2</sup>, la promulgación de la Constitución del 78 supone el inicio de un largo camino hacia la universalización del sistema, una paulatina progresión hacia el modelo “*beveridgeano*”, que ha sufrido un importante revés con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (RDL 16/2012), enmendado con el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud (RDL 7/2018).

El reconocido sentir universalista del art. 43 de la Constitución española del 78<sup>3</sup>, que entre los principios rectores de la política social y económica proclama el derecho a la asistencia sanitaria, con un mandato a los poderes públicos para que instauren un servicio público de asistencia sanitaria sin exclusiones<sup>4</sup>, ha tenido una larga y lenta evolución desde que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS, en adelante) diera un primer paso hacia su consecución, pues “el cordón umbilical con la estructura del Sistema de Seguridad Social -donde la asistencia sanitaria forma parte de su acción protectora con su propia ordenación jurídica-, nunca se rompió”<sup>5</sup>.

La universalización de la asistencia sanitaria, por un lado, está íntimamente ligada a la escisión entre Sistema Nacional de Salud (SNS) y Seguridad Social, y con ello a su desvinculación financiera, y, por otro lado, al reconocimiento del derecho a las prestaciones de

.....  
2 El denominado Seguro Obligatorio por Enfermedad se reguló en la Ley de 14 de diciembre de 1942, desarrollada por el Reglamento de 11 de noviembre de 1943 y numerosas Órdenes Ministeriales.

3 MONTTOYA MELGAR, A.: “Equidad y universalidad en la sanidad pública”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 174, 2015, (BIB 2015\1041).

4 BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: “La universalización de la asistencia sanitaria operada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de salud pública: tardío e insuficiente cumplimiento del mandato ínsito en el artículo 43 de la Constitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2012, (BIB 2012\67).

5 TORTUERO PLAZA, J.L.: “El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios” en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, 2016, p. 57.

asistencia sanitaria “a todos los ciudadanos” sin condicionantes de aseguramiento, residencia, nacionalidad... Es por ello, que, sin un ánimo especialmente exhaustivo, conviene recordar los hitos normativos que han ido fraguando dicha evolución entorno a ambos aspectos fundamentales.

La LGS crea el SNS, basado en los Servicios de las CC.AA. y coordinado por el Estado, pero no hace efectivo un claro deslinde de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social<sup>6</sup>. De hecho, el tenor literal del art. 1.2.a) del Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre, de estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS, en adelante), en su versión originaria, atribuía al INSS competencias sobre: “el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria”. Y aunque la Ley 24/1997, de 17 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, en atención a la recomendación del Pacto de Toledo, procede a la separación financiera de la Seguridad Social, configurando la asistencia sanitaria como una prestación no contributiva, no sería hasta la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999, cuando se prevé la asunción por el Estado de la totalidad de la financiación de la asistencia sanitaria, a través del Presupuesto del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), suprimiéndose la referencia a la aportación procedente de cotizaciones sociales. Una situación que ratifica la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS en adelante), con lo que parece quedar zanjada, al menos teóricamente<sup>7</sup>, la vinculación de la financiación de la asistencia sanitaria al trabajo y a la cotización a la Seguridad Social.

Pero la desvinculación financiera no ha significado que el SNS sustituya a la Seguridad Social como nueva forma de organizar y prestar la asistencia sanitaria, simplemente se han superpuesto ambos sistemas<sup>8</sup>, distinguiéndose entre las prestaciones sanitarias otorgadas como prestación contributiva y como prestación no contributiva. A este respecto, el Tribunal Constitucional en STC 98/2004, de 25 de mayo (RTC 2004, 98), ha afirmado que la asistencia sanitaria ha de ubicarse en el ámbito material correspondiente a la sanidad (art. 149.1.16 CE) y no a la seguridad social (art. 149.1.17 CE) (FJ 5). Y ha sido apoyándose

.....

6 Cfr. APARICIO TOVAR, J.: “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria” en MOLINA NAVARRETE, C., MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N. (Coord.) VV.AA.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, 2002, pág. 1563 y MONTOYA MELGAR, A.: “Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al sistema nacional de salud (Apunte para un estudio)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, 2004 (BIB 2004\542), entre otros.

7 Cfr. DE LA VILLA GIL, L.E.: “El derecho a la asistencia sanitaria” en CASAS BAAMONTE, M.E, DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J.: *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2004, p.

8 SEVILLA, F.: *La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social*. Fundación Alternativa. Documento de Trabajo 86/2006, p. 16.

en esta demarcación competencial como las CC.AA. han contribuido en gran medida a la universalización del sistema<sup>9</sup>, cuestión que merecería ser tratada monográficamente y excede los límites de esta investigación.

En referencia al reconocimiento de la prestación de asistencia sanitaria a todos los ciudadanos, sin más condicionante, el camino es aún más largo. La propia exposición de motivos de la LGS narra las dificultades que históricamente ha encontrado la configuración del sistema sanitario español, y pone de manifiesto su clara intención de extender la titularidad del derecho a la protección de la salud a “todos los ciudadanos y a los extranjeros residentes en España”, en concordancia con lo dispuesto en los arts. 43 y 49 del texto constitucional. Se impone, en consecuencia, el concepto de ciudadanía frente al de asegurado y beneficiario propio de los Seguros Sociales y de los conocidos como sistemas “*bismarckianos*”, aunque no desaparezca del todo<sup>10</sup>, es más, en la misma exposición de motivos se puntualiza que “por razones de crisis económica que no es preciso subrayar”, no es viable la obtención gratuita de dichas prestaciones, disponiendo una aplicación paulatina. Se instituye así la diferenciación entre universalidad y gratuidad, a la que tres décadas después aludirá el Tribunal Constitucional (STC 139/2016, de 21 de julio de 2016) para justificar la involución que en 2012 sufre el progresivo avance iniciado por la LGS hacia la universalización en el acceso a las prestaciones de asistencia sanitaria. Poco después, el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes, reconoce el derecho a “las prestaciones de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes”, entendiendo por tales “las personas cuyas rentas, de cualquier naturaleza, sean iguales o inferiores en cómputo anual al Salario Mínimo Interprofesional”, o aunque superen dicho límite, “el cociente entre las rentas anuales y el número de menores o incapacitados a su cargo fuera igual o menor a la mitad del Salario Mínimo Interprofesional” (art. 1). De tal manera que solo un ínfimo porcentaje de la población española queda al margen del sistema de cobertura universal, quienes además de no percibir rentas superiores a las indicadas se encuentren en alguna de estas situaciones<sup>11</sup>:

.....

9 “La proclamación de la universalidad (teórica) ha venido de la mano de la legislación básica del Estado y la tendencia a la universalidad (real) de la mano de las Comunidades Autónomas, lo que ha generado importantes niveles de desigualdad territorial, que afectan tanto a la extensión de los titulares del derecho, como a la amplitud de la cartera de servicios” TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.*, p. 59.

10 Como señala, CANTERO MARTÍNEZ, J. y GARRIDO CUENCA, N.M.: “Ciudadanía, asistencia sanitaria y Unión Europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 18, 2014, p. 92, pese a haber estado muy cerca, nunca se ha logrado que cualquier ciudadano, por el mero hecho de serlo, pueda beneficiarse de las prestaciones del sistema público sanitario español, sin exigirle ningún otro requisito administrativo adicional ligado a su nacionalidad o a su afiliación en un determinado régimen de Seguridad Social.

11 Un estudio en profundidad sobre la prestación sanitaria contextualizada en tales fechas puede verse en GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Aranzadi, 2003.

1. Desempleados, una vez agotada la prestación o el subsidio por desempleo.
2. No realicen una actividad remunerada.
3. Ejercen profesiones liberales no integradas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
4. Determinados religiosos.
5. Españoles que se hallen temporalmente en España sin ser trabajadores por cuenta ajena residentes en países pertenecientes al espacio económico europeo y sin un convenio internacional bilateral a este respecto<sup>12</sup>.

Esta situación ha sido denunciada repetidamente por el Defensor del Pueblo en sus informes anuales. De hecho, el 11 de mayo de 2010 se admitió a trámite una Proposición de Ley sobre la universalización del derecho a la asistencia sanitaria pública a las personas con nacionalidad española y residencia en territorio nacional<sup>13</sup>, pero no llegó a prosperar.

Finalmente, es la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, la que, en su Disposición adicional sexta, como cláusula de cierre, extiende el derecho al acceso a la asistencia sanitaria pública “a todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico”, y puntualiza que lo será, como mínimo, con el mismo alcance dispuesto en la cartera de servicios comunes del SNS. Si bien, una vez más el espíritu universalista de la norma se ve frenado por la realidad económica, previéndose que esta cláusula será efectiva para las personas que hayan agotado la prestación o el subsidio de desempleo a partir del 1 de enero de 2012, y que para el resto de colectivos afectados habrá que atender a la evolución de las cuentas públicas.

Pero las bondades de la Ley 33/2011 no son tantas como parecen y su efectividad no es la esperada, por muchos e importantes motivos:

1. La protección brindada a las personas que hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo no tiene una vigencia inmediata, comienza a partir del 1 de enero de 2012.
2. El hecho de condicionar la extensión del derecho a la asistencia sanitaria de los colectivos distintos a los parados sin prestación por desempleo a la evolución de las cuentas públicas, sin la garantía de un plazo determinado, no parece ser una solución, sino un simple aplazamiento *sine die*, que además se vio poco después truncado por el RDL 16/2012.

.....

12 BELTRÁN AGUIRRE, J.L., *op. cit.*

13 (BOE de las Cortes, serie B, núm. 249-1, de 14 de mayo de 2010).

3. Dado que el derecho a la asistencia sanitaria pública se condiciona a la residencia en territorio nacional, los españoles residentes en el extranjero, que no sean trabajadores por cuenta ajena, y se encuentren temporalmente en España, siguen desprotegidos si no residen en un país del espacio económico europeo, o con un convenio bilateral con España.
4. No hay un auténtico pronunciamiento sobre la bifurcación entre Seguridad Social y SNS y se mantienen los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por MUFACE, MUGEJU e ISFAS<sup>14</sup>.

## 1.2. La reforma de 2012

La lenta pero constante evolución hacia un auténtico sistema universal nunca alcanzado, parece encontrar su punto más álgido con la Ley 33/2011, para después retroceder con el RDL 16/2012 a una situación más propia de la época de los Seguros Sociales que a la interpretación constitucional hasta la fecha comúnmente aceptada. Sorprendentemente la exposición de motivos del RDL 16/2012 pretende “garantizar a los ciudadanos una asistencia sanitaria pública, gratuita y universal”, precisamente regulando “la condición de asegurado con el fin de evitar algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”, algo claramente antagónico: universalidad y sistema asegurativo.

El capítulo 1 del RDL 16/2012 bajo la rúbrica “De la asistencia sanitaria en España” modifica el art. 3 LCCSNS, que pasa de regular los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria, a regular la condición de asegurado (art. 3), e incorpora los arts. 3 bis y 3 ter sobre el reconocimiento y control de la condición de asegurado y la asistencia sanitaria en situaciones especiales, respectivamente. Así pues, mientras que con anterioridad a la reforma de 2012 la LCCSNS simplemente consideraba titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria a los españoles en territorio nacional -el caso de los extranjeros se analiza en el siguiente epígrafe-, tras la modificación introducida por el RDL 16/2012, tendrán la condición de asegurado<sup>15</sup> quienes se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

1. Trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.

.....

14 BELTRÁN AGUIRRE, J.L., *op. cit.*

15 Sobre la condición de asegurado *vid.* TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “Los requisitos exigidos para ser asegurado o beneficiario” en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, 2016, pp. 73 y ss.



2. Pensionistas del sistema de Seguridad Social.
3. Perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
4. Quienes, habiendo agotado la prestación o el subsidio por desempleo, figuren inscritos en la oficina correspondiente como demandantes de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título<sup>16</sup>.

No obstante, podrán ostentar la condición de asegurado, también, los nacionales que acrediten no superar el límite de ingresos determinado reglamentariamente<sup>17</sup>.

Igualmente, quedan protegidos los beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España, y ostentan tal condición:

1. El cónyuge o persona con análoga relación de afectividad inscrita como tal.
2. El ex cónyuge a cargo del asegurado.
3. Los descendientes y personas asimiladas a cargo del asegurado que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%<sup>18</sup>.

Quienes no puedan ser calificados como asegurado o beneficiario podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria bien mediante el pago de la misma o bien a través de la suscripción de un convenio especial.

.....

16 El tenor literal del art. 3.2.d LCCSNS tras la reforma por RDL 16/2012 se refería al supuesto de “haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título”, pero la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, eliminó la necesidad de figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, bastando con “encontrarse en situación de desempleo”.

La Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014, volvió a modificar este precepto, esta vez para añadir el requisito de residencia en España. A su vez, se incorpora la disposición sexagésima quinta a la LGSS (en su versión del 94), señalándose que, a efectos del mantenimiento del derecho de las prestaciones sanitarias en las que se exija la residencia en territorio español, se entenderá que el beneficiario de dichas prestaciones tiene su residencia habitual en España aun cuando haya tenido estancias en el extranjero siempre que estas no superen los 90 días a lo largo de cada año natural.

Y la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, añade que “A los solos efectos de lo dispuesto en este artículo, la realización de trabajos por cuenta ajena o propia, por un periodo inferior a seis meses, cuando no se acceda a nueva prestación o subsidio por desempleo, no impedirá recuperar la condición de parado que agotó la prestación o el subsidio por desempleo”.

17 Téngase en cuenta que se declara inconstitucional y nula la remisión del límite de ingresos a una determinación reglamentaria STC 139/2016.

18 Como advierte, ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: “Sobre la naturaleza jurídica de las prestaciones sanitarias: ¿sanidad o sanidad y Seguridad Social? Reflexiones tras la publicación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones”, *Nueva Revista Española del Trabajo*, núm. 161, 2014, p. 135, no deja de ser paradójico que los mayores de 26 años no tengan la condición de beneficiarios, pero sí la de asegurados al acreditar la carencia de ingresos. Igualmente, en el caso de las personas con discapacidad, mientras que la LCCSNS exige un 65% de grado de discapacidad, el art. 5 del RD 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, señala como beneficiarias de las prestaciones sanitarias las personas que estén afectadas por una discapacidad en grado igual o superior al 33%.

La regulación de la condición de asegurado y beneficiario es desarrollada por el RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, que deroga expresamente la disposición del RD 1088/1989, por la que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes.

Del análisis del art. 3 LCCSNS en su redacción dada por el RDL 16/2012, posiblemente, cabría decir, que el retroceso en la universalización de la prestación de asistencia sanitaria es fundamentalmente conceptual, ya que, aunque la condición de asegurado y beneficiario son “un claro arcaísmo”<sup>19</sup>, *de facto*, prácticamente la totalidad de los ciudadanos nacionales y residentes en España quedaban protegidos por el SNS, a través de “resquicios legales” como no superar un determinado límite de ingresos para los nacionales<sup>20</sup>, o las situaciones de urgencia por enfermedad grave o accidente para los extranjeros, cuya interpretación puede ser ciertamente ambigua. No obstante, ello en modo alguno justifica la postura adoptada por el legislador, no tanto porque deje fuera del sistema a los nacionales no residentes, cosa que ya ocurría antes de la reforma cuando se pensaba que el sistema prácticamente había alcanzado la universalización, también por la importancia conceptual a la hora de su configuración dada la evolución ya consolidada y los compromisos internacionales en un estado definido constitucionalmente como Estado Social.

Con todo, la reforma de 2012 ha sido avalada por el Tribunal Constitucional, la STC 139/2016, de 21 de julio de 2016, con los votos particulares del Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, al que se ha adherido la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y del Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, únicamente ha declarado inconstitucional la referencia del art. 3.3 LCCSNS -tras su reforma por RDL 16/2012- a que el límite de ingresos para poder ostentar la condición de asegurado se determine reglamentariamente, desestimando el recurso en todo lo demás<sup>21</sup>. Para el TC el principio de universalidad no equivale a la gratuidad de las prestaciones sanitarias con cargo a los fondos públicos y llega a señalar que “la universalización legislativamente proclamada ha sido más bien un objetivo a conseguir, atendiendo a las circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado las eco-

.....

19 APARICIO TOVAR, J., *op. cit.*, p. 51.

20 En este sentido, para LOMAS HERNÁNDEZ, V.: “De ciudadano a asegurado o el tránsito inacabado hacia la universalización de la asistencia sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 8/2013, p. 61, <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>, “no podemos hablar en puridad de cambio real de modelo”, no se han producido cambios drásticos en el marco del aseguramiento sanitario, puesto que al igual que antes de 2012 para tener cubierta la asistencia sanitaria gratuita es preciso o mantener vinculación con la Seguridad Social o carecer de recursos suficientes, siendo además destacable que se ha elevado el límite de ingresos que antes era el salario mínimo interprofesional en cómputo anual y pasó a ser cien mil euros brutos anuales.

21 Un análisis de la sentencia puede verse en SÁNCHEZ FIERRO, J.: “El Tribunal Constitucional ante una reforma sanitaria aprobada por Real Decreto-Ley”, *Foro, Nueva época*, vol. 19, núm. 2, 2016, <http://dx.doi.org/10.5209/FORO.55381>.

nómicas” citando a este respecto el Auto del Tribunal Constitucional ATC 96/2011, de 21 de junio (FJ 6), según el cual “la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema”.

### **1.3. La contrarreforma de 2018**

El respaldo constitucional de la reforma de 2012 no ha convencido a buena parte de la sociedad y desde la Unión Europea, la Organización de las Naciones Unidas, algunas CC.AA., el Defensor del Pueblo, el movimiento asociativo, la doctrina científica y determinados partidos políticos, se ha solicitado la derogación o la modificación del RDL 16/2012. Es por ello que, el Partido Socialista, nada más llegar al Gobierno, ha derogado sustancialmente la reforma de 2012 a través del RDL 7/2018.

El RDL 7/2018, en su exposición de motivos, tras enarbolar el acceso al SNS en condiciones de equidad y universalidad como un derecho primordial de toda persona, considera que el mismo fue vulnerado “*de facto*” con la entrada en vigor del RDL 16/2012, al privar de atención sanitaria con cargo a los fondos públicos a determinados ciudadanos, y recuerda algunos de los compromisos internacionales adquiridos por España a este respecto, así como la evolución normativa preexistente y su involución con el RDL 16/2012 sustentado en criterios economicistas, tildados en esta exposición de motivos como “coyunturales y de limitado alcance temporal”. Con el claro objetivo de “garantizar el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, en las mismas condiciones, a todas las personas que se encuentren en el Estado Español”, se modifican los arts. 3, 3 bis y 3 ter LCCSNS, lo que supone la recuperación de la titularidad del derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria a todas las personas residentes en España y la ruptura, de nuevo, con el modelo asegurativo con cargo a los fondos públicos de la Seguridad Social.

El art. 3 LCCSNS retoma su rúbrica originaria regulando “los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria”, en vez de la condición de asegurado, y los requisitos para hacer efectivos esos derechos con cargo a los fondos públicos vuelven a ser encontrarse en uno de estos tres supuestos: españoles residentes en España, extranjeros con residencia regularizada en España, o tener reconocido el derecho por cualquier otro título jurídico. Aunque el tenor literal del precepto cambia con respecto a la versión anterior a 2012, no así su significado, con la novedad de hacer patente el compromiso con la sostenibilidad financiera del SNS, de manera que la asistencia sanitaria solo será con cargo

a fondos públicos cuando no exista un tercero obligado al pago, no se tenga la obligación de acreditar la cobertura obligatoria por otra vía, o no se pueda exportar el derecho de cobertura sanitaria desde el país de origen o de procedencia de la persona que requiere la asistencia. También los extranjeros en situación administrativa irregular quedan protegidos por el sistema (art. 3 ter LCCSNS), como se verá en el epígrafe siguiente de este trabajo.

Otro aspecto fundamental de la contrarreforma de 2018 es que la competencia en relación al reconocimiento y control del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a los fondos públicos se atribuye al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social con la colaboración de las entidades y administraciones públicas y no al INSS o, en su caso, al Instituto Social de la Marina como en 2012 (art. 3 bis LCCSNS).

## 2. EL CASO ESPECÍFICO DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS

### 2.1. Delimitación conceptual del objeto de estudio

Antes de analizar el derecho a la prestación de asistencia sanitaria de las personas extranjeras, es preciso definir quienes entrarían dentro de esa denominación, ya que el término “extranjero” no es absoluto, ni se aplica a una única categoría de individuos, su carácter es relativo, considerándose como tal a quien no posee la nacionalidad del Estado con el que se relaciona<sup>22</sup>. Además, en consonancia con el ámbito de aplicación de la vigente LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOE, en adelante), los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes son de aplicación el régimen comunitario, suelen quedar excluidos de toda referencia jurídica a los extranjeros, quedando la palabra extranjero relegada a los extranjeros extracomunitarios a los que les es aplicable la LOE conforme al art. 1 de la misma.

Los extranjeros pueden encontrarse en España en situación de estancia, cuando su permanencia en territorio español es inferior a 90 días<sup>23</sup> (art. 30 LOE), o de residencia (art. 30 bis), que a su vez podrá ser temporal (art. 31 LOE) o de larga duración (art. 32 LOE). El art. 45 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento

.....

22 FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: “El contrato de esclavo. Concepto de extranjero y su integración social a través de los derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento español y europeo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (Civitas), núm. 110, Marzo/Abril, 2002, p. 291.

23 Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 33 LOE para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.

de la LOE, tras su reforma por LO 2/2009 (RDLOE, en adelante) distingue nueve situaciones de residencia temporal: no lucrativa (arts. 46-51 RDLOE); por reagrupación familiar (arts. 52-61 RDLOE); trabajo por cuenta ajena (arts. 62-72 RDLOE); investigación (arts. 63-84 RDLOE); trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul-UE (arts. 85-96 RDLOE); trabajo por cuenta ajena de duración determinada (arts. 97-102 RDLOE); trabajo por cuenta propia (arts. 103-109 RDLOE); trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios (arts. 110-116 RDLOE); y exceptuada de la obligación de obtener autorización de trabajo (arts. 117-119 RDLOE), a las que habría que añadir las situaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales (arts. 123- 146 RDLOE)<sup>24</sup>. Cuando el extranjero que se halla en cualquiera de estas situaciones cuenta con la preceptiva autorización acorde con la naturaleza de la misma, se dice que se trata de un extranjero en situación administrativa regular, frente a quienes carecen de esta y se les califica de extranjeros en situación administrativa irregular, “irregulares”, “no autorizados”, “sin papeles” e incluso con el término más inapropiado de “ilegales”...

La situación administrativa irregular puede ser inicial o sobrevenida, y su condición jurídica queda definida *a contrario sensu* en la LOE y su desarrollo reglamentario, donde el ejercicio de determinados derechos depende de la regularidad administrativa del extranjero. El art. 13 de la Constitución española señala que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”, lo que significa que, aunque los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros son derechos constitucionales dotados de la protección constitucional, son derechos de configuración legal, de tal manera que la titularidad, y sobre todo la igualdad en el ejercicio de los derechos, depende del derecho afectado (STC 107/1984, de 23 de noviembre, F.J. 3º). El Tribunal Constitucional establece tres tipos de derechos<sup>25</sup>:

1. “Los que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos.
2. Los que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen).



24 Residencia temporal por circunstancias excepcionales: por arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público (arts. 123-130 RDLOE); de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género (arts. 131-134 RDLOE); por colaboración contra redes organizadas (arts. 135-139 RDLOE); y de extranjeros víctimas de trata de seres humanos (arts. 140-146 RDLOE).

25 Clasificación que tal y como pusieron de relieve TEROL BECERRA, M. y RODRÍGUEZ RAMOS, M<sup>a</sup>. J.: “Constitución, extranjeros y derecho al trabajo” en Sánchez-Rodas Navarro, C. (Coord.): *Extranjeros en España – Régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2001, p. 66, pronto fue revalidada mediante la STC 99/1985, si bien, dichos autores también resaltan que la STC 99/1985 solo alude a dos clases de derechos: los que corresponden por igual a españoles y extranjeros; y los que pertenecerán o no a los extranjeros según dispongan los tratados y las leyes, y ello con el propósito de “simplificar” la clasificación” y “por razones puramente metodológicas impuestas por la sistemática del discurso”.



3. Los que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”. (F. J. 4<sup>o</sup> STC 107/1984).

Al primer grupo pertenecen los llamados derechos y libertades fundamentales, vinculados a la dignidad humana e inherentes a la persona (art. 10.1 CE), tales como el derecho a la vida, a la libertad ideológica, religiosa y de culto, a la libertad y seguridad, al honor, a la libertad de expresión, a la tutela judicial efectiva y a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que no constituyan delito, todos ellos protegidos y reconocidos en las declaraciones sobre Derechos Humanos.

El derecho a la protección de la salud viene reconocido en el art. 43 CE, que por su ubicación en el Texto Constitucional, constituye un mero principio informador o rector de la política social, que reconoce el derecho a la protección de la salud y atribuye a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios<sup>26</sup>. Así pues, el derecho a la asistencia sanitaria<sup>27</sup> pese a estar vinculado con el derecho a la vida y a la integridad física, pertenece a la tercera categoría de derechos. No obstante, la autorización al legislador a establecer “restricciones y limitaciones” en el ejercicio de estos derechos no es incondicionada, pues “solo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida” (F. J. 4<sup>o</sup> STC 236/2007).

Por todo ello, cuando se habla de la universalidad de la prestación de asistencia sanitaria, el caso específico de los extranjeros y su supeditación a la situación de regularidad administrativa es especialmente controvertido, de ahí la trascendencia del análisis de su evolución normativa, que como en el caso de los nacionales, tras años de avances, en 2012 dio un polémico paso atrás.

## 2.2. El punto de partida: de la Ley de 1985 a la versión originaria de la LO 4/2000

El hecho de que España haya sido tradicionalmente un país de emigración que apenas recibía personas extranjeras parece haber influido en que, pese a que el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria es una de las reivindicaciones más antiguas de las enti-

.....

26 CAMPO CABAL, J. M.: *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 110-111.

27 Debe hablarse de derecho a la asistencia sanitaria, no de derecho a la salud, pues los seres humanos no disponemos del derecho a la salud, debiendo hacerse referencia al derecho a unas determinadas prestaciones, las sanitarias, con las que se intenta conseguir la preciada salud. ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Derecho de la protección social. Derecho a la seguridad social. Derecho a la asistencia sanitaria y Derecho a los servicios sociales*, Civitas, Thomson Reuters, 2016, p. 339.

dades defensoras de los derechos de los inmigrantes<sup>28</sup>, ni la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, ni su primer desarrollo reglamentario (Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo), abordaran dicha cuestión. Es por tanto el Reglamento de 1996, aprobado por RD 155/1996, de 2 de febrero, el que por vez primera hace referencia a los derechos y deberes de los extranjeros en España (arts. 1-11), y en su art. 9 precisa que los extranjeros que se encuentren legalmente en territorio español podrán acceder a las prestaciones y servicios sociales organizados por los poderes públicos para la protección de la salud, de acuerdo con lo dispuesto por la legislación específica en la materia.

Dado que la LGS en su art. 1.2 especificaba que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”, únicamente los extranjeros en situación de regularidad administrativa podían disfrutar de las prestaciones de asistencia sanitaria<sup>29</sup>, bien por formar parte del sistema de Seguridad Social *ex art. 7 LGSS*<sup>30</sup>, bien por carecer de recursos económicos conforme a lo dispuesto por el RD 1088/1989, desarrollado por Orden de 13 de noviembre de 1989 y por la Resolución de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria de 29 de diciembre de 1989. En consecuencia, con este contexto normativo el resto de extranjeros únicamente quedaban protegidos por el sistema sanitario en los casos de accidente o enfermedad profesional<sup>31</sup> y de maternidad<sup>32</sup>, y aunque carecieran de recursos no se beneficiaban de la asistencia sanitaria gratuita, circunstancia que conducía a la aplicación del art. 16.3 LGS, considerándolos pacientes privados con obligación de pagar el coste efectivo del servicio médico recibido<sup>33</sup>. La carencia de medios económicos que caracteriza a este colectivo, hacía impensable un posible recurso a entidades sanitarias privadas<sup>34</sup>, siendo

.....

28 TARABANI-CASTELLANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 78.

29 *Vid.* el breve recorrido histórico que realiza DE VAL TENA, A. L.: “El derecho de los trabajadores inmigrantes a la protección de la salud” en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Informes y Estudios, Gobierno de Cantabria, Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, 2003, pp. 1425-1428.

30 Tanto el art. 7 del entonces vigente RD-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, como del actual RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

31 En este sentido el art. 10.3 del Decreto 2766/1967, de 15 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y de ordenación de los servicios médicos en el régimen general, dispone que será beneficiaria de la asistencia sanitaria la víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional “aunque la relación de empleo se haya celebrado en contra de una prohibición legal”.

32 De acuerdo con el art. 14.1.e) del Decreto 2766/1967 tendrán derecho a la asistencia por maternidad “las trabajadoras extranjeras, cualquiera que sea su nacionalidad, al servicio de empresas, comprendidas en el Régimen General de la Seguridad Social”.

33 No obstante, tal y como pone de manifiesto MERCADER UGUINA, J., R.: “El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios” en VV.AA.: *Movimientos migratorios y Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2004, p. 213, la exigencia de pago puede resultar infructuosa, bien por la probable insolvencia del inmigrante, bien por la dificultad de localizar al paciente una vez que ha sido dado de alta.

34 MERCADER UGUINA, J., R.: “La protección social de los trabajadores extranjeros” en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Informes y Estudios, Gobierno de Cantabria, Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, 2003, p. 1196.

en la mayoría de los casos atendidos por los servicios de urgencias, sobre la base de que, en última instancia, la inasistencia constituía una violación del derecho a la vida y a la integridad física, protegidos tanto por la Constitución como por el Derecho Internacional.

### 2.3. La práctica universalización a través de la LO 4/2000

La insólita<sup>35</sup> aprobación de la LO 4/2000 constituyó un antes y un después en materia de extranjería, no tanto por regular los derechos y libertades de los extranjeros, como por no supeditar el ejercicio de tales derechos a su situación de regularidad administrativa. Se relativiza la irregularidad del extranjero<sup>36</sup> y se añade un inusitado concepto: el del extranjero empadronado en el municipio en el que reside habitualmente, estableciéndose un complicado modelo de reconocimiento de derechos en función de las concretas y muy variadas situaciones en las que el extranjero podía encontrarse en España<sup>37</sup>.

La versión primigenia de la LO 4/2000 regula el derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria expresamente y de forma independiente del derecho a la Seguridad Social, y extiende este derecho, en determinados supuestos, a los extranjeros en situación administrativa irregular, lo que supuso prácticamente la universalización del acceso de los extranjeros a las prestaciones de asistencia sanitaria.

Curiosamente, la redacción originaria del art. 12 LO 4/2000, no fue modificada ni por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, ni por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, y la LO 2/2009, de 11 de diciembre, simplemente la reformó para evitar una posible confusión interpretativa<sup>38</sup>. Es decir, dicho precepto, pervivió a la LO 8/2000 en la que únicamente quedaron inmutables los arts. 2, 3, 12 y 14 LO 4/2000, lo que supuso una dura restricción de los derechos y garantías de la versión inicial, y, sin embargo, no sobrevivió a los conocidos popularmente como “recortes anti-crisis” del RDL 16/2012.

El tenor literal del originario art. 12 LO 4/2000<sup>39</sup> señalaba que: “1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles<sup>40</sup>.”

.....

35 Debe recordarse que ha sido la primera Ley aprobada sin el apoyo del grupo parlamentario del partido gobernante.

36 Cfr. GOIG MARTÍNEZ, J. M.: *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, Madrid, Editorial Universitas internacional, 2004, pp. 122-124.

37 Cfr. LUJÁN ALCARAZ, J.: “El trabajo de los extranjeros en España en la LO 4/2000 de 11 de enero”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999.

38 TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “Artículo 12. El derecho a la asistencia sanitaria”, en MORENEO PÉREZ, J.L. (Dir.): *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Ed. Comares, Granada, 2012, p. 234.

39 Desde este momento, para diferenciar el tenor literal del originario art. 12 y del reformado en 2012, para aludir al primero se empleará “art. 12 LO 4/2000” y al segundo “art. 12 LOE”.

40 La LO 2/2009, sustituyó “residan habitualmente” por “que tengan su domicilio habitual”, con el objeto de evitar una posible confusión interpretativa por la cual se identificara erróneamente “residencia habitual” con “residencia legal”. Cfr. TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., *op. cit.*, p. 234.



2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. 3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto”.

Así pues, si se pone en conexión este precepto con los arts. 10.1 y 14.1 LO 4/2000, los cuales, reconocen el derecho a la Seguridad Social, tanto a nivel contributivo, como no contributivo, de los extranjeros que se hallen en situación de regularidad, y con el art. 1.2 LGS que proclama el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria de todos los españoles y ciudadanos extranjeros que residan legalmente en España, se puede concluir que el art. 12 LO 4/2000 con el término “extranjeros que se encuentren en España” se está dirigiendo a aquellos extranjeros que con independencia de su situación administrativa, en casos excepcionales, quedan protegidos por el sistema sanitario español, ya que el supuesto normal, el de encontrarse de forma regular en España viene ya recogido en los arts. 10.1 y 14.1 LO 4/2000 y en el art. 1.2 LGS, supuestos en los que no es necesario empadronarse para recibir la prestación de asistencia sanitaria, como tampoco lo es para los españoles.

El art. 12 LO 4/2000, recoge, por tanto, cuatro casos excepcionales en los que se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros con independencia de su situación administrativa: el de los empadronados en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, o tengan su domicilio habitual (conforme a la terminología de la LO 2/2009); los supuestos de urgencia, que se concretan en los casos en los que los extranjeros sin estar empadronados tengan un accidente, o contraigan una enfermedad grave; el de los menores de dieciocho años; y el de las embarazadas. Además, la LO 4/2000 en su art. 62.1.d bis se refiere al derecho de los extranjeros en situación de internamiento “a recibir asistencia médica y sanitaria adecuada y ser asistidos por los servicios de asistencia social del centro”. Se trata de un supuesto especial, donde la atención sanitaria se presta respondiendo a criterios de humanidad y de salud pública, frente a posibles situaciones de hacinamiento en dichos centros de internamiento<sup>41</sup>.

En definitiva, en sentido estricto, la única novedad relevante de este importantísimo precepto residía en el apartado 1 del art. 12 LO 4/2000, en la atribución del derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros empadronados en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, por cuanto supone superar de modo radical el requisito

.....

41 Sobre este tema *vid.* ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Madrid, Tecnos, Colección Andaluza de Relaciones Laborales, 2001, pp. 394-396.

tradicional de la “residencia legal”<sup>42</sup>, convirtiéndose el Padrón municipal, por decisión de la Ley, en el requisito habilitante para el disfrute del derecho a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los españoles<sup>43</sup>.

Aunque la extensión del derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros irregulares fue aplaudida por la doctrina científica, no faltaron las voces que se alzaron en contra de la fórmula empleada, en el entendimiento de que si lo que se pretendía era extender el derecho a la asistencia sanitaria a cualquier extranjero con independencia de su situación administrativa, la inscripción en el Padrón, no es un acto administrativo idóneo para que de él se extraigan consecuencias jurídicas ajenas a su función<sup>44</sup>, pues su cometido es simplemente reflejar en un registro el domicilio y las circunstancias de todas las personas que habitan en su término municipal, sin contar con el riesgo que entraña para los extranjeros irregulares dar a conocer sus datos y situación en el Padrón municipal<sup>45</sup>.

#### 2.4. La reforma de 2012

La disposición final tercera del RDL 16/2012 reforma el art. 12 LO 4/2000 vaciándolo prácticamente de contenido, pues su tenor literal al señalar que “los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”, no hace más que remitir la regulación del derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria a la LGS, a la LCCSNS y a su desarrollo reglamentario (el RD 1192/2012).

Desde la entrada en vigor del RDL 16/2012 y hasta la aprobación del RDL 7/2018, el art. 3 LCCSNS circunscribe la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, a las personas que ostenten la condición de asegurado (art. 3.1 y 3.2 LCCSNS), beneficiarios de un asegurado (art. 3.4 LCCSNS), o a quienes acrediten que no perciben ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros<sup>46</sup>, ni tengan cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía (art. 2.1.b) RD 1192/2012). Esta previsión es la aplicable a los españoles -tal y como ya se ha analizado- y a los extranjeros que residan en España con una situación administrativa regular (art. 1.2

42 MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 12” en MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: (Coord.): *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 Y RD 864/2001)*, Granada, 2001, pp. 232-234.

43 LUJÁN ALCARAZ, J.: “El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero”, *Aranzadi Social*, núm. 21, mayo, 2000, p. 12.

44 FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La protección social de los extranjeros en España”, *Aranzadi Social*, núm. 21, 2002, p. 55, en el mismo sentido MERCADER UGUINA, J. R., *op. cit.*, “La protección...”, p. 1203.

45 *Vid.* ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *op. cit.*, pág. 387 y GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C.: “La situación de los extranjeros ante el sistema de protección social español”, *Foro de la Seguridad Social*, núm. 2, octubre de 2000, pp. 68-69.

46 Adviértase que la STC 139/2016 ha declarado inconstitucional, y por tanto nulo, el inciso “siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente” del art. 3.3 LCCSNS LCCSNS, en la redacción dada al mismo por el art. 1.1 del RDL 16/2012.

LGS). Sin embargo, los extranjeros en situación administrativa irregular, aun careciendo de recursos económicos, quedan excluidos de la asistencia sanitaria a cargo de fondos públicos a través del SNS, debiendo sufragar el coste de la prestación o suscribir un convenio especial, salvo determinadas “situaciones especiales” que dispone la propia LCCSNS en su art. 3 *ter*, y que coincide con las previstas en su día por el derogado art. 12 LO 4/2000 en sus apartados 2, 3 y 4: situaciones de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa hasta la situación de alta médica; asistencia al embarazo, parto y postparto; y asistencia a los extranjeros menores de dieciocho años en las mismas condiciones que los españoles. Desaparece, por tanto, la posibilidad de que los extranjeros inscritos en el padrón municipal accedan a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (art. 12.1 LO 4/2000).

Por lo que hace al convenio especial<sup>47</sup>, el RD 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del SNS, su art. 3 determina como requisitos para la suscripción y el mantenimiento del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria:

- “Acreditar la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial.
- Estar empadronadas, en el momento de presentar la solicitud de suscripción del convenio especial, en algún municipio perteneciente al ámbito territorial al que extiende sus competencias la administración pública competente para su suscripción.
- No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título, ya sea por aplicación de la normativa nacional, de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que en dicha materia hayan sido suscritos por España con otros países”.

Los extranjeros en situación administrativa irregular podrán suscribir este tipo de convenios, siempre que puedan acreditar la residencia por un periodo mínimo de un año y costearse la cuota mensual (60€ para los menores de 65 años y 157€ para los mayores de dicha edad, sin perjuicio de que dicha cuota pueda ser incrementada por las CC.AA. cuando incorporen en el convenio otras prestaciones asistenciales de la cartera de servicios complementaria arts. 6.1 y 2.2 RD 576/2013). Una cuota que aunque se asemeja a las propias de las aseguradoras privadas, puede resultar excesivamente onerosa para los ex-

.....

47 Para mayor abundamiento sobre los convenios especiales *vid.* KAHALE CARRILLO, D. T.: “La suscripción de un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria para aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario” en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, 2016, pp. 235 y ss.

trajeros que al encontrarse en situación administrativa irregular viven en una situación verdaderamente precaria<sup>48</sup>.

Además, debe tenerse muy presente que únicamente permite acceder con carácter estrictamente individual a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del SNS<sup>49</sup>, por lo que no abarca las prestaciones de la cartera suplementaria<sup>50</sup>, ni la cartera común de servicios accesorios<sup>51</sup>, algo ciertamente criticable<sup>52</sup>.

Por todo lo cual, puede afirmarse que el RDL 16/2012 supuso un cambio muy significativo en el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros, al dejar a los extranjeros en situación administrativa irregular y mayores de edad, -que difícilmente van a suscribir un convenio especial-, excluidos del sistema, salvo en situaciones de urgencia por enfermedad grave o accidente, y asistencia al embarazo, parto y postparto. Claramente, el RDL 16/2012 interrumpe un proceso de universalización del derecho a la asistencia sanitaria, iniciado con la LGS y se retrotrae a un modelo de cobertura sanitaria vinculado a la cotización de cuotas por los trabajadores<sup>53</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en contra de lo que podría auspiciarse tras los Autos 239/2012<sup>54</sup> y 114/2014 sobre la constitucionalidad de las normas vasca y navarra desoyendo lo establecido en el RDL 16/2012<sup>55</sup>, ha avalado la constitucionalidad del RDL 16/2012. La STC 139/2016, de 21 de julio de 2016, señala que los cambios en el régimen de asistencia sanitaria a los extranjeros empadronados, sin autorización de residencia en España son “una lícita opción del legislador que queda dentro de su margen de configuración que le es propio, sin que con ello se vulnere el art. 43 en relación con el art. 13 CE”, ya que “dentro del margen del legislador de establecer sus prioridades, la norma examinada no responde a una opción arbitraria, sino a la preservación de bienes o intereses constitu-

.....  
48 DELGADO DEL RINCÓN, L. E.: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 163, 2014, p. 201.

49 Las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente (art. 8 bis LCCSNS).

50 La prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica y el transporte sanitario no urgente (art. 8 ter LCCSNS).

51 Las actividades, servicios o técnicas de apoyo a la mejora de una patología de carácter crónico (art. 8 quáter LCCSNS).

52 Cfr. SOBRINO GUIJARRO, I.: “Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España”, *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, nº 2, 2013, pp. 135 y ss.

53 DELGADO DEL RINCÓN, L. E., *op. cit.*, p. 195.

54 “El derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido verse concretado” (F.J. 5).

55 En contra, SANGÜESA RUÍZ, N.: “El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: sobre la legitimidad constitucional del RD-Ley 16/2012”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja*, núm. 13, diciembre 2015, p. 245, advirtió la necesidad de evitar “la tentación” de entender los Autos TC 239/2012 y 114/2014 como “una suerte de ‘adelanto’” del pronunciamiento del TC ante los recursos de inconstitucionalidad planteados frente al RDL 16/2012.

cionalmente protegidos, como el mantenimiento del sistema sanitario público, sin desconocer las posibilidades del sistema en un momento de intensas complicaciones económicas, observándose, en la distinción entre extranjeros con autorización de residencia y los que carecen de ella, la debida proporcionalidad y dando cumplimiento a las obligaciones internacionales en la materia”.

## 2.5. La contrarreforma de 2018

Pese a la entrada en vigor del RDL 16/2012 y la declarada constitucionalidad de la regulación del derecho a la asistencia de los extranjeros por la STC 139/2016<sup>56</sup>, muchas CC.AA., bien por motivos técnico-sanitarios, bien por razones ideológicas, adoptaron medidas para mantener en su ámbito territorial la cobertura sanitaria de los extranjeros en situación irregular, destacan a este respecto: Andalucía, Asturias, Cataluña, Galicia, Castilla y León, Valencia, Canarias, Navarra y País Vasco<sup>57</sup>, siendo especialmente interesante el régimen previsto en la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por el que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra<sup>58</sup>. Situación que recuerda la propia exposición de motivos del RDL 7/2018, que critica la “inequidad manifiesta” y la “situación de inseguridad jurídica” que provocó no solo que dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que se resida un inmigrante en situación irregular tenga o no derecho a la asistencia sanitaria gratuita, también el hecho de que la mayoría de las iniciativas normativas promulgadas con este fin fueran impugnadas y/o anuladas.

Con el RDL 7/2018 se retoma el camino hacia la universalidad del SNS, que la reforma de 2012 quebró, al excluir a los extranjeros mayores de edad en situación administrativa

56 Para mayor abundamiento, *vid.* ALONSO GARCÍA, M. N.: “La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular a la luz de la STC 139/2016, de 21 de julio de 2016: Universalidad vs. Gratuidad”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm.2, 2017, (BIB 2017\10782).

57 *Vid.* BENLLOCH SANZ, P.: “La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular: situación actual y perspectivas” en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, 2016, pp. 162 y ss., que distingue tres posiciones: 1) Las CC.AA. que han optado por una aplicación estricta del RDL 16/2012; 2) Las que anunciaron desde el primer momento que no aplicarían estrictamente el RDL 16/2012; 3) Otro grupo que ha desarrollado otros mecanismos o procedimientos para continuar prestando asistencia sanitaria a los inmigrantes en situación irregular. También resulta de gran interés GUINDO MORALES, S.: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares” en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, 2016, pp. 267 y ss.

58 *Vid.* BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: “El requisito de “residencia” exigido a los extranjeros para el acceso a prestaciones y servicios públicos: su alcance a la luz de la doctrina del TC”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.11, 2015, (BIB 2015\17295), que remite el análisis de dicha Ley Foral a ENÉRIZ OLAECHEA, F. J.: “El derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita de las personas inmigrantes en situación administrativa irregular”, en ALENZA GARCÍA, J. F. y ARCOS VIEIRA, M<sup>a</sup>. L. (Dir.) VV.AA. en: *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, Thomson-Reuters- Aranzadi, 2013, pp. 538-541 y CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Asistencia sanitaria pública al extranjero no comunitario y, en especial, al que carece de autorización administrativa de residencia en España”, en PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.) VV.AA. en: *Tratado de Derecho Sanitario, Volumen I*, Thomson-Reuters- Aranzadi, 2013, p. 581.



irregular, salvo en los casos de embarazo, parto y posparto o de urgencia por enfermedad grave o accidente. Su exposición de motivos justifica la “contrarreforma” incidiendo fundamentalmente en cinco argumentos:

- La garantía del ejercicio del acceso al SNS en condiciones de equidad y universalidad y a la protección efectiva de la salud de la ciudadanía como derecho primordial de toda persona. Máxime cuando se trata de colectivos de especial vulnerabilidad, amenazados por la exclusión social.
- La protección internacional -supranacional y europea- del derecho a la protección de la salud como derecho de todo ser humano.
- La involución del carácter universalista existente del sistema desde la CE y la Ley 14/1986 hasta el RDL16/2012.
- El carácter meramente economicista de la reforma de 2012 y pese a ello la no consecución de esos fines.
- La oposición encontrada por parte de la Unión Europea, la Organización de las Naciones Unidas, las comunidades autónomas, el Defensor del Pueblo, la sociedad civil, el movimiento asociativo, las sociedades científicas profesionales y algunos partidos políticos.

La reforma -o contrarreforma- de 2018 supone una modificación sustancial del tenor literal de los arts. 3, 3 bis y 3 ter LCCSNS. El nuevo art. 3 ter LCCSN bajo la rúbrica “Protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español” parte del reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria de “las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España”, “en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española”. Si bien, matiza que dicha asistencia será con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, cuando: no tengan obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía; no puedan exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o de procedencia; y no exista un tercero obligado al pago.

Finalmente, el apartado 3 del art. 3 ter LCCSN encarga a las CC.AA., en el ámbito de sus competencias, la fijación del procedimiento para la solicitud y expedición del documento certificativo que acredite a las personas extranjeras para poder recibir las prestaciones de asistencia sanitaria. Matizando, en el apartado 4 del mismo precepto, que las CC.AA. habrán de comunicar al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, mediante el procedimiento que se determine, los documentos certificativos que se expidan a tal fin.

Como puede advertirse, el RDL 7/2018 apuesta por una auténtica universalización

del derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria de las personas extranjeras en España al prescindir de la diferenciación entre extranjeros en situación irregular menores de 18 años, en situación de embarazo, parto o postparto y empadronados o no. Se pone así punto y final a la polémica utilización del empadronamiento como requisito de acceso al SNS, ya que la inscripción en el Padrón no es la fórmula más apropiada para otorgar el derecho a la asistencia sanitaria, al no tratarse de un acto administrativo idóneo para que de él se extraigan consecuencias jurídicas ajenas a su función, la complejidad que puede conllevar por los numerosos requisitos documentales de los que se hace depender junto a la acreditación de la residencia habitual y la diversidad de prácticas en orden a acreditar las situaciones según la localidad de la que se trate y, sobre todo, porque debido al riesgo que entraña para los extranjeros en situación administrativa irregular dar a conocer sus datos y situación en el Padrón municipal la medida no suponía la plena universalización.

### 3. CONCLUSIONES

- Como ya se ha expuesto, desde la promulgación de la LGS en 1986 se ha ido avanzando gradualmente hacia un sistema universal de protección sanitaria que fue irrumpido por el RDL 16/2012, y que, de nuevo, con la entrada en vigor del RDL 7/2018 se ha encauzado. El RDL 7/2018 ha sido convalidado por el Congreso de los Diputados el 6 de septiembre de 2018, pero ello, probablemente, no asegura -absolutamente o más bien indefinidamente- que no vuelva a producirse un cambio fundado de nuevo en razones económicas, no solo por lo ajustada que ha sido la votación en el Congreso de los Diputados (173 votos a favor, 133 en contra y 31 abstenciones, es decir, ha tenido en contra los votos de los representantes del Partido Popular y Ciudadanos), donde los representantes de los partidos políticos de corte más liberal han votado en contra en un momento en el que no cuentan con la mayoría parlamentaria, también porque el propio TC ha avalado el RDL 7/2018 y ha reconocido que el RDL 16/2012 “supone un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada”, pero que “la universalización legislativamente proclamada ha sido más bien un objetivo a conseguir, atendiendo a las circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado las económicas”.
- La atribución competencial del reconocimiento y control del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar

Social es fundamental para que la escisión entre SNS y Seguridad Social sea efectiva, debiendo ser alabada la reforma que en este sentido.

- La plausible decisión de reconocer el derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria a los extranjeros en situación administrativa irregular sin hacer depender el derecho de la inscripción en el padrón municipal, no significa que la puesta en práctica de la efectiva asistencia sanitaria de estos extranjeros no plantee otros problemas derivados del propio RDL 7/2018. La decisión de consignar a las CC.AA. la fijación del procedimiento para la solicitud y expedición del documento certificativo que acredite el derecho a la asistencia sanitaria es bastante cuestionable básicamente por tres razones: puede conducir inexorablemente hacia ciertas desigualdades entre extranjeros según residan en una u otra comunidad autónoma<sup>59</sup>; la mayoría de las CC.AA., al posicionarse frente a la reforma de 2012 de alguna manera ya cuentan con la regulación de dicho procedimiento; y algunas de esas CC.AA. han visto esa regulación anulada por sentencia judicial<sup>60</sup>. Adviértase que mientras que determinadas CC.AA. exigen la inscripción en el padrón municipal para el acceso a la prestación sanitaria de los extranjeros irregulares (Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana), algunas, incluso por un determinado periodo de tiempo (tres meses, en el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que en su versión originaria establecía un plazo de un año), otras no supeditan el derecho a ningún requisito de empadronamiento (La Ley Foral 8/2013 por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra), aunque precisamente por ello ha sido declarada nula por la STC 17/2018, de 22 de febrero de 2018. Así pues, pese a parecer superada la diferenciación entre extranjeros empadronados o no, todo apunta a que esa diferenciación va a seguir existiendo y que además va a ser un elemento discriminatorio entre CC.AA. Siendo cuanto menos preocupante saber qué ocurrirá cuando un extranjero irregular que reside en una C.A. en la que se le ha expedido un certificado acreditativo de su derecho a la prestación sanitaria, se desplace a otra C.A.: si conserva el derecho o no, o si solo se le atenderá en caso de ser menor de edad, situación de embarazo, parto o postparto, o por tratarse de una urgencia por enfermedad grave o accidente, aunque ni la LO ni la LCCSNS aluden ya a esa distinción...

59 Como apunta MONTOYA MELGAR, A. *op. cit.*, “La organización territorial descentralizada a la que responde nuestro modelo público sanitario no deja de tener, pese a los mandatos constitucionales de igualdad, sus riesgos de fragmentación y desigualdad, tanto en el acceso a las prestaciones como en su contenido, financiación y gestión” y la propia LGS fue consciente de ello, y así lo hizo constar en su propia Exposición de Motivos.

60 LOMAS HERNÁNDEZ, V.: “Comentario de urgencia sobre el Real Decreto Ley 7/2018 de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud: principales novedades”, *Aranzadi digital*, núm.1, 2018, (BIB 2018\11484).



- El RDL 7/2018 no garantiza el acceso a la prestación sanitaria a los extranjeros en situación de estancia temporal. Son titulares del derecho “las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español” (art. 3 LCCSNS) y el art. 3 ter LCCSNS referido a la protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en territorio español, en su apartado 3, al determinar que son las CC.AA. quienes fijarán el procedimiento para la solicitud y expedición del documento que acredite su derecho a recibir la prestación, señala que para las personas extranjeras en situación de estancia temporal conforme a la LOE, “será preceptiva la emisión de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las comunidades autónomas”. Se encuentran en esta situación muchos de los extranjeros que entran en España de forma regular, como turistas, cuando su intención real es buscar empleo e intentar regularizar su situación.
- No se ha superado del todo el binomio asegurad/beneficiario, pues sigue vigente en el acceso a la prestación farmacéutica.

Por todo ello, sería muy alentador que la tramitación como Proyecto de Ley del RDL 7/2018 diera respuesta a algunos de los problemas apuntados.

**M<sup>a</sup> BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Murcia*

# EL REEMBOLSO DEL GASTO SANITARIO FRENTE A TERCEROS OBLIGADOS AL PAGO

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Murcia*

Fecha de recepción: 7/11/2018

Fecha de aceptación: 16/11/2018

**SUMARIO:** 1. TITULARIDAD DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA Y MODALIDADES DE ACCESO AL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO. 2. SITUACIONES QUE PERMITEN REPERCUTIR A TERCEROS EL COSTE DE LA ASISTENCIA SANITARIA: 2.1. Asegurados o beneficiarios del sistema de Seguridad Social pertenecientes al mutualismo administrativo que no hayan sido adscritos a recibir asistencia sanitaria del SNS. 2.2. Asegurados o beneficiarios de empresas colaboradoras de la asistencia sanitaria del Sistema de Seguridad Social, en aquellas prestaciones cuya atención corresponda a la empresa colaboradora conforme al convenio o concierto suscrito. 2.3. Accidentes de trabajo o enfermedades profesionales a cargo de las Mutuas, del INSS o del ISM. 2.4. Seguros obligatorios. 2.5. Convenios o conciertos con otros organismos o entidades. 2.6. Ciudadanos extranjeros. 2.7. Otros terceros obligados al pago. 3. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** Las personas que no tienen reconocido el derecho a la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, como aseguradas o beneficiarias, vienen obligadas a sufragar el importe de la prestación suministrada por los servicios públicos de salud. Existen, no obstante, numerosas situaciones en las que la existencia de un tercero obligado al pago permite a las Administraciones sanitarias reclamar a dichos terceros el coste de los servicios prestados,

reclamación que de llevarse a efecto puntualmente contribuiría a reforzar la sostenibilidad financiera del sistema público de salud.

**ABSTRACT:** People who do not have right to obtain free health care as insured or beneficiaries are obliged to cover the amount of assistance provided by public health services. There are, however, many situations in which the existence of a third person obligated allows sanitary authorities to claim the cost of services provided. The timely execution of this action would help to firm up the financial viability of the national health system.

**PALABRAS CLAVE:** Sistema sanitario público, acceso de terceros, reembolso del gasto sanitario.

**KEYWORDS:** Public health system, third-party access, health spending reimbursement.

## 1. TITULARIDAD DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA Y MODALIDADES DE ACCESO AL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO

**S**i bien las normas reguladoras del sistema sanitario público, partiendo del reconocimiento del derecho a la protección de la salud contenido en el artículo 43 de la Constitución Española, proclaman la universalidad y la gratuidad del derecho a la asistencia sanitaria en España -con lo que, *a priori*, todos los ciudadanos españoles y extranjeros que residen legalmente en el territorio nacional serían titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria-, lo cierto es que la regulación legal y reglamentaria viene a delimitar el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria financiada con fondos públicos, estableciendo requisitos y situaciones incluidas, lo que supone que determinadas personas queden excluidas de la cobertura sanitaria pública y, caso de acceder a ella, obligadas a financiar las prestaciones recibidas.

Sin que podamos realizar aquí una exposición detallada de los sujetos con derecho a asistencia sanitaria (como asegurados o beneficiarios) y de las condiciones de acceso a la misma, podríamos resumir diciendo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), en los artículos 3 y 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (modificados por el RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y vueltos a reformar por el RDL 7/2018, para restituir el derecho a la protección de la salud y atención sanitaria con cargo a fondos públicos a las personas extranjeras que, encontrándose en España pero sin residencia legal en nuestro territorio, carezcan de tal derecho por otro título) y en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud (SNS), tendrán acceso a los servicios y prestaciones del sistema sanitario público: las personas que trabajen por cuenta ajena o por cuenta propia y estén afiliadas a la Seguridad Social, en alta o en situación asimilada al alta<sup>1</sup>; las personas perceptoras de una pensión u

.....

1 La legislación de seguridad social sigue disponiendo que la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidente de trabajo forma parte de la acción protectora del Régimen General la Seguridad Social [art. 42.1.a) LGSS].

otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social; las personas que, habiendo agotado la prestación o el subsidio por desempleo, mantengan la situación de desempleo y residan en España, sin tener derecho a asistencia sanitaria por otro título; las personas con discapacidad igual o superior al 33% que no tengan derecho a la asistencia sanitaria por otra causa, en los términos que determine la ley; las personas no aseguradas por otra vía que no superen un determinado nivel de ingresos (fijado actualmente en 100.000 euros al año); y los menores sujetos a tutela administrativa. Todas estas personas tienen reconocido el derecho a asistencia sanitaria en condición de asegurados o aseguradas.

La asistencia sanitaria se extiende igualmente, en las condiciones legalmente previstas, a las personas que dependen económicamente de un asegurado (beneficiarios). También se extiende a otros supuestos especiales, como los españoles en el exterior, apátridas, solicitantes de protección internacional, víctimas de trata de seres humanos, entre otros.

Las personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del SNS podrán acceder a la prestación de asistencia sanitaria pública mediante el pago de la correspondiente contraprestación (según baremo) o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria (art. 2.5 Ley 16/2003, DA 3ª RD 1192/2012, RD 576/2013, de 26 de julio, Orden SSI/1475/2014, de 29 julio).

Las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de seguridad social de funcionarios públicos gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, siguen siendo titulares del derecho de asistencia sanitaria conforme a su régimen jurídico específico, incluidos los funcionarios y funcionarias que hubieren ingresado en cualquier Administración pública con posterioridad al 1 de enero de 2011 en cuerpos que formen parte del campo de aplicación del mutualismo (DA 7ª RD 1192/2012).

En resumen, por tanto, todas las personas que ostenten la condición de aseguradas o beneficiarias tendrán garantizada la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del SNS, la cual se hará efectiva por las administraciones sanitarias competentes mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual.

Quienes no ostenten la condición de persona asegurada o beneficiaria, podrán acceder a la cobertura del sistema sanitario público, pero con la consideración de “pacientes privados” obligados a satisfacer el importe de la atención recibida.

Como categoría independiente de las anteriores y relevante desde el punto de vista de la financiación, cabe citar los supuestos de seguros obligatorios especiales y aquellos otros casos en los que existe un tercero obligado al pago a quien el servicio público de salud puede reclamarle el gasto sanitario realizado, tanto si la persona que ha sido atendida reviste la condición de asegurada o beneficiaria del SNS como si no tiene esa consideración.

El artículo 16 de la LGS prescribe que las normas de utilización de los servicios sanita-

rios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos, sea como usuarios o beneficiarios, o como pacientes privados. Quiere decirse con ello que el contenido de la asistencia sanitaria y la forma de acceso a la misma de aquellas personas que no tenga derecho a la prestación con cargo a fondos públicos, o cuando exista un tercero obligado al pago, serán los mismos que para el resto de pacientes con derecho a asistencia sanitaria financiada con recursos públicos<sup>2</sup>.

## 2. SITUACIONES QUE PERMITEN REPERCUTIR A TERCEROS EL COSTE DE LA ASISTENCIA SANITARIA

Como regla general, la facturación por la atención a pacientes privados será efectuada por las respectivas administraciones de los centros de salud, tomando como base los costes efectivos (art. 16.3 LGS). Añade este mismo precepto que los ingresos obtenidos mediante el cobro de los servicios tendrán la condición de propios de los servicios de salud correspondientes y que en ningún caso estos ingresos puedan revertir directamente en aquellos que intervienen en la atención de estos pacientes.

La reclamación por las Administraciones sanitarias del reintegro del coste de la atención prestada se hará al paciente directamente o, caso de existir, a cualquier tercero responsable obligado al pago. El artículo 83 de la LGS dispone que “los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente”. Añade este precepto que los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social; que en ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos pacientes, y que, a estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar al tercero responsable el coste de los servicios prestados.

Es habitual que las Administraciones competentes establezcan precios públicos o tasas por los actos asistenciales y servicios sanitarios prestados por sus servicios de salud a

.....

2 A lo largo de este trabajo evitamos establecer la asimilación entre asistencia sanitaria financiada con cargo a fondos públicos y asistencia sanitaria “gratuita”, debido a que la sanidad pública se financia con impuestos procedentes de los usuarios y a que una parte de dicha asistencia, concretamente la prestación farmacéutica, se rige por el sistema de copago, modalidad de financiación compartida del gasto farmacéutico que se ha visto reforzada a partir del RDL 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

pacientes sin derecho a asistencia sanitaria o cuando existan terceros obligados al pago<sup>3</sup>; también puede regir algún concierto o convenio (como el existente en el ámbito de los accidentes de tráfico) que fije los importes y el procedimiento a seguir para reclamar al tercero responsable el coste de los servicios prestados.

En el ámbito de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, la disposición adicional décima del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) establece que no tendrán la naturaleza de recursos de la Seguridad Social los ingresos procedentes de la atención sanitaria prestada por el INGESA a usuarios sin derecho a asistencia sanitaria, así como en los supuestos de seguros obligatorios y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago. A tal efecto, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales y de Igualdad fijará el régimen de precios y tarifas de tales atenciones, presta-

.....

3 La STSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de julio de 2011 (rec. 463/2007), señala que es compatible con la normativa estatal el establecimiento de precios públicos en el ámbito sanitario a través de normas reglamentarias de una comunidad autónoma en su respectivo ámbito competencial. Según esta doctrina, es el propio legislador estatal quien, en el artículo 83 LGS, habilita para el establecimiento de precios públicos en el ámbito sanitario. Recuerda la sentencia que en virtud del artículo 26 de la Ley estatal 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, no existe con carácter general una reserva de ley para el establecimiento de precios públicos. En los distintos servicios de salud dependientes de las comunidades autónomas se han fijado tasas o precios públicos para reclamar el reembolso del gasto sanitario realizado cuando los pacientes no tienen derecho a asistencia sanitaria o existe un tercero obligado al pago:

- Orden de 8 de mayo de 2018, por la que se modifica la Orden de 14 de octubre de 2005, por la que se fijan los precios públicos de los servicios sanitarios prestados por centros dependientes del Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA 15 mayo 2018).
- Orden SLT/42/2012, de 24 de febrero, por la que se regulan los supuestos y conceptos facturables y se aprueban los precios públicos correspondientes a los servicios que presta el Instituto Catalán de la Salud (DOGC 2 marzo 2012).
- Decreto 56/2014, de 30 de abril, por el que se establecen las tarifas de los servicios sanitarios prestados en los centros dependientes del Servicio Gallego de Salud y en las fundaciones públicas sanitarias (DOG 21 mayo 2014).
- Orden de 17/11/2014, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen los precios públicos de la asistencia sanitaria y de los servicios prestados en la red de centros sanitarios dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (DOCM 21-11-2014).
- Decreto 78/2008, de 13 de noviembre, por el que se aprueban los precios públicos por actos asistenciales y servicios sanitarios prestados por la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León a pacientes no beneficiarios de la Seguridad Social o cuando existan terceros obligados al pago (BOCyL 19-11-1998); modificado por Decreto 25/2010, de 17 de junio, por el que se actualizan los precios públicos por actos asistenciales y servicios sanitarios prestados por la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León (BOCyL 23-6-2010).
- Ley 18/2001, de 14 de diciembre, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Resolución de 25 de enero de 2018, de la Vicepresidenta y Consejera, por la que se publican las tarifas actualizadas de las tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2018 (DOE 31-1-2018).
- Orden 731/2013, de 6 de septiembre, del Consejero de Sanidad, por la que se fijan los precios públicos por la prestación de los servicios y actividades de naturaleza sanitaria de la Red de Centros de la Comunidad de Madrid (BOCM 10-9-2013).
- Resolución 626/2014, de 5 de junio, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud Osasunbidea, por la que se actualizan las tarifas por prestación de servicios en los centros y establecimientos asistenciales del servicio navarro de salud Osasunbidea (BON 9-7-2014).
- Acuerdo de 15 de febrero de 2017, del Consejo de Administración del Ente Público Osakidetza-servicio vasco de salud, por el que se aprueban las tarifas por prestación de servicios sanitarios y docentes a terceros obligados al pago durante el ejercicio 2017 (BOPV 2-3-2017).
- Real Decreto Legislativo 1/2005, de 25 de febrero, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tasas de la Generalitat Valenciana, cuyos arts. 171 y ss. regulan las tasas por prestación de asistencia sanitaria.



ciones y servicios, tomando como base sus costes estimados<sup>4</sup>. Estos ingresos generarán crédito por el total de su importe y se destinarán a cubrir gastos de funcionamiento, excepto retribuciones de personal, y de inversión de reposición de las instituciones sanitarias, así como a atender los objetivos sanitarios y asistenciales correspondientes. El procedimiento que regula los ingresos en efectivo comprendidos en esta disposición se contiene en el Real Decreto 450/1995, de 24 de marzo, que aunque se refiere a la disposición adicional vigésimo segunda del TRLGSS de 1994 y al INSALUD, cabe entender que sigue siendo aplicable, con las debidas adaptaciones, siempre y cuando no exista una regulación específica<sup>5</sup>.

Asimismo, el artículo 168.3, pár. 2º, de la vigente LGSS establece que “(c)on independencia de las acciones que ejerciten los trabajadores o sus causahabientes, el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria o comunidad autónoma correspondiente y, en su caso, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Igual derecho asistirá, en su caso, al empresario que colabore en la gestión de la asistencia sanitaria, conforme a lo previsto en la presente ley”. Para ejercitar el referido derecho de resarcimiento, la entidad gestora y, en su caso, las mutuas o empresas que colaboren con la Seguridad Social, tendrán plena facultad para personarse en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectiva la indemnización, así como para promoverlo directamente, considerándose como terceros perjudicados a efectos de lo dispuesto en el artículo 113 del Código Penal.

En principio, y salvo que el objeto de discrepancia sea la liquidación de tasas por prestación de servicios sanitarios [supuesto en el que la competencia judicial corresponderá al orden contencioso-administrativo] o acciones de reintegro de prestaciones sanitarias entre entidades gestoras y colaboradoras con la seguridad social [para cuyo conocimiento son competentes los tribunales laborales], el cobro de las facturas giradas por los servicios de salud se someterá a las prescripciones del derecho privado, solventándose las posibles incidencias en el orden jurisdiccional civil. En cuanto al plazo de prescripción de la acción de reembolso que pueda resultar aplicable, nos encontramos ante una obligación de origen legal y carácter personal, para la que no está señalado un plazo de prescripción espe-

.....

4 En este sentido, una Resolución de 20 de julio de 2006, del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, revisada por otras del mismo organismo de 16 de junio de 2009 y 19 julio 2013, regula los precios a aplicar por los centros sanitarios del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria en Ceuta y Melilla, por las asistencias prestadas en los supuestos cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago o a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, así como por los servicios prestados por el Centro Nacional de Dosimetría y por la reproducción de documentos de la biblioteca de la entidad gestora.

5 GÓMEZ ZAMORA, L.J., “Terceros obligados al pago y régimen jurídico del aseguramiento obligatorio de la asistencia sanitaria”, en PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, volumen I, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 263.



cífico, de forma que podrá estimarse que dicho plazo es el genéricamente establecido para tales casos en el artículo 1964 del Código Civil, esto es, el de quince años<sup>6</sup>. El cómputo de este plazo se iniciará desde la finalización total de la prestación asistencial que origina la reclamación y no (como sucede en la llamada culpa aquiliana) desde la ocurrencia del siniestro o a partir de la determinación última de los perjuicios ocasionados<sup>7</sup>.

Como se ha comentado, el artículo 83 de la LGS establece que los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la consideración de ingresos propios del servicio de salud correspondiente, y que las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar al tercero responsable el coste de los servicios prestados. En similares términos se pronuncian el artículo 168.3 y la disposición adicional décima del vigente texto refundido de la LGSS.

Para conocer los concretos supuestos en los que es posible repercutir sobre terceros el coste de la asistencia sanitaria prestada por los servicios públicos de salud, debemos acudir a lo dispuesto en el Anexo IX del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud, al que remite su artículo 2.7. Bajo la rúbrica “*Asistencia sanitaria cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago*” se agrupan los siguientes supuestos en los que los servicios públicos de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas:

1. Asegurados o beneficiarios del sistema de Seguridad Social pertenecientes a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), Mutualidad General Judicial (MUGEJU) o al Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), que no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud.
2. Asegurados o beneficiarios de empresas colaboradoras en la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social, en aquellas prestaciones cuya atención corresponda a la empresa colaboradora conforme al convenio o concierto suscrito.
3. Accidentes de trabajo o enfermedades profesionales a cargo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo (actualmente, Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social), del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina.



6 SAP Islas Baleares, Sección 4ª, de 9 abril 1999. El plazo de 15 años previsto en el art. 1964 del CC es también de aplicación a las acciones de reembolso de gastos sanitarios que se dirijan entre sí las compañías de seguros en los accidentes de tráfico: SAP Valencia, Sección 7ª, de 3 mayo 2011 (rec. 75/2011).

7 Sentencias de la AP Islas Baleares de 15 marzo 2002 (rec. 476/2001), 20 marzo 2006 (rec. 683/2005) y 31 mayo 2007 (rec. 226/2007). Igual solución se alcanza en la sentencia de la AP Madrid de 21 abril 1997 (rec. 1034/1994).

4. Seguros obligatorios de los deportistas federados y profesionales, de vehículos de motor, de viajeros, de caza y cualquier otro seguro obligatorio.
5. Convenios o conciertos con otros organismos o entidades. Se reclamará el importe de la asistencia prestada, de acuerdo con los términos del convenio o concierto correspondiente.
6. Ciudadanos extranjeros:
  - a) Asegurados o beneficiarios en un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y Suiza, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social.
  - b) Asegurados o beneficiarios de otros países extranjeros, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por España.
7. Otros obligados al pago.
  - a) Accidentes acaecidos con ocasión de eventos festivos, actividades recreativas y espectáculos públicos en caso de que se haya suscrito contrato de seguro de accidentes o de responsabilidad civil que cubra las contingencias derivadas de estas actividades.
  - b) Seguro escolar.
  - c) Cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes.

En todos estos casos, los servicios públicos de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, incluido el transporte sanitario, la atención de urgencia, la atención especializada, la atención primaria, la prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica, las prestaciones con productos dietéticos y la rehabilitación.

### **2.1. Asegurados o beneficiarios del sistema de Seguridad Social pertenecientes al mutualismo administrativo que no hayan sido adscritos a recibir asistencia sanitaria del SNS**

Los asegurados y beneficiarios de MUFACE, MUGEJU e ISFAS pueden recibir la prestación de asistencia sanitaria directamente de la mutualidad, con sus propios medios, o a través de conciertos suscritos con otras entidades o establecimientos públicos o privados, preferentemente con instituciones de la Seguridad Social. Cuando la asistencia se preste mediante concierto, los mutualistas podrán elegir libremente, bien en el momento de la afiliación o alta, bien dentro del periodo que se señale al efecto, la entidad o establecimien-

to público o privado a través del cual hayan de recibir la prestación de dicha asistencia<sup>8</sup>.

El régimen jurídico de los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren MUFACE, MUGEJU e ISFAS con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, se contiene en la disposición adicional 19ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Estos conciertos tendrán la naturaleza de contratos de concesión de servicios, regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público. No obstante, los conciertos que celebre MUGEJU han de convenirse de forma directa entre la Mutualidad y la entidad correspondiente, previo informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Justicia y de la Intervención delegada en el organismo.

Con carácter general, los asegurados y beneficiarios deben acudir a los facultativos y centros incluidos en el cuadro médico-sanitario de la entidad que hayan elegido, y si por decisión propia o de sus familiares, utilizaren servicios sanitarios distintos a los que les correspondan, vendrán obligados a su abono, sin derecho a reembolso, salvo que nos encontremos ante un supuesto de urgencia vital o de denegación injustificada de asistencia sanitaria por parte de los servicios designados al mutualista<sup>9</sup>. De concurrir alguna de estas dos excepciones, la regulación del mutualismo administrativo prevé que el mutualista atendido por servicios ajenos pueda exigir el reintegro de los gastos que dicha asistencia le haya ocasionado, reclamación que procederá en el caso de que hubiera satisfecho la factura; en caso contrario, y cabe entender que esta será la opción preferente, el centro sanitario público reclamará el gasto correspondiente a la asistencia prestada a la mutualidad, en su condición de tercero obligado al pago.

## **2.2. Asegurados o beneficiarios de empresas colaboradoras de la asistencia sanitaria del Sistema de Seguridad Social, en aquellas prestaciones cuya atención corresponda a la empresa colaboradora conforme al convenio o concierto suscrito**

De conformidad con lo establecido en el artículo 102 de la LGSS, las empresas individualmente consideradas y en relación con su propio personal, podrán colaborar en la gestión de la Seguridad Social de diversas formas y respecto de diversas prestaciones. Dentro de la

.....

8 Art. 71 del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo; art. 71 del Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Mutualismo Judicial y art. 61 del Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

9 Art. 78 del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo; art. 72 del Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Mutualismo Judicial y art. 62 del Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

modalidad de colaboración voluntaria, el apartado 1.a) del citado precepto prevé que las empresas puedan asumir directamente el pago, a su cargo, de las prestaciones por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las prestaciones derivadas de asistencia sanitaria y recuperación profesional (por tales contingencias), incluido el subsidio consiguiente que corresponda durante la indicada situación. Las condiciones por las que ha regirse dicha colaboración serán establecidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, debiendo armonizarse el interés particular por la mejora de prestaciones y medios de asistencia con las exigencias de la solidaridad nacional.

Podrán colaborar en la forma antes indicada las empresas que cumplan los siguientes requisitos, contenidos en la Orden de 25 noviembre de 1966:

- Tener más de 250 trabajadores fijos afiliados y en alta en el RGSS o más de 100 trabajadores fijos y en alta si la empresa tuviera la finalidad, exclusiva o no, de prestar asistencia sanitaria.
- Poseer instalaciones sanitarias propias suficientemente adecuadas para prestar la asistencia sanitaria que corresponda.
- Cumplir correctamente con sus obligaciones laborales.
- Haber solicitado autorización al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, previo informe de la Inspección de Trabajo, de la Inspección de Servicios Sanitarios, de las correspondientes entidades gestoras y del comité de empresa.

La asistencia sanitaria a los trabajadores se prestará en coordinación con los servicios sanitarios públicos, estará sometida a la Inspección de dichos servicios y se ajustará a las instrucciones generales y particulares que se dicten para regular su prestación.

Por tanto, las empresas en régimen de colaboración voluntaria podrán asegurar la asistencia sanitaria y otras prestaciones, suscribiendo el correspondiente convenio o concierto, debiendo acudir a cada convenio o concierto suscrito para constatar si la empresa colaboradora es tercera obligada al pago por aquellas prestaciones suministradas a sus trabajadores por el servicio público de salud pero cuya atención correspondería a la empresa colaboradora, según el acuerdo suscrito<sup>10</sup>.

### 2.3. Accidentes de trabajo o enfermedades profesionales a cargo de las Mutuas, del INSS o del ISM

Como se sabe, las empresas pueden concertar la cobertura de las contingencias profesionales que afecten a su personal con una mutua o directamente con la entidad ges-

.....

10 GÓMEZ ZAMORA, L.J., “Terceros obligados al pago y régimen jurídico...”, *cit.*, p. 271.

tora (INSS o ISM). Cuando la cobertura se concierta con la entidad gestora, la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales se presta por los respectivos servicios públicos de salud. En cambio, cuando la empresa ha optado por asegurar los riesgos profesionales con una mutua colaboradora de la Seguridad Social, es ella la que se hace cargo de las prestaciones económicas, sanitarias y, en su caso, recuperadoras, derivadas de la actualización de dichos riesgos.

En caso de carencia o insuficiencia de recursos propios, las mutuas, en los términos y condiciones que establezcan las disposiciones de aplicación y desarrollo, podrán hacer efectivas las prestaciones sanitarias y recuperadoras a su cargo mediante conciertos con otras mutuas, con las administraciones públicas sanitarias o con medios privados, debiendo la mutua afrontar el coste de dicho gasto sanitario, de conformidad con lo establecido en tales acuerdos.

Determinada la contingencia como accidente de trabajo o enfermedad profesional, el importe de las prestaciones sanitarias derivadas de dicha contingencia y que hubiera administrado al trabajador la sanidad pública, habiendo optado la empresa por la cobertura de tales riesgos con una mutua, deberá ser reintegrado por esta al servicio público de salud. A este respecto, interesa señalar que el artículo 6 del Real Decreto 1430/2009 regula el procedimiento de determinación de la contingencia causante de un proceso de incapacidad temporal, en caso de discrepancia con la calificación atribuida al accidente o la enfermedad padecidos por el trabajador. Dispone este precepto que el facultativo de la mutua que asista al trabajador, tras el reconocimiento médico preciso y la práctica de las pruebas oportunas, podrá inicialmente considerar que la patología causante es de carácter común y remitirlo al servicio público de salud para su tratamiento, entregando al trabajador informe médico sobre la patología y su diagnóstico, tratamiento dispensado y motivos que justifican la determinación de la contingencia como común, así como los informes relativos a las pruebas practicadas. Pero, a su vez, el facultativo del servicio público de salud al que ha sido derivado el trabajador puede discrepar de la calificación otorgada por la mutua, en cuyo caso, y previa emisión de la baja médica para que el trabajador comience a recibir las prestaciones económicas y sanitarias derivadas de su situación de IT, podrá formular su discrepancia conforme al procedimiento normado en el citado RD 1430/2009. De igual mismo modo se procederá cuando la mutua califique *ab initio* la contingencia como profesional, asumiendo las prestaciones económicas y sanitarias derivadas de la misma, pero considere que la contingencia causante de la IT es común, presentando una solicitud que dará lugar a un expediente de calificación y, en su caso, cambio de la contingencia determinante de las anteriores prestaciones. La resolución del INSS determinará el carácter común o profesional de la contingencia y el sujeto obligado al pago de las prestaciones derivadas de la misma y a la prestación de asistencia sanitaria, en su caso.

Por otro lado, se suscita la duda respecto de cuál sea el procedimiento a seguir en los supuestos de existencia de duplicidad de terceros obligados al pago, como ocurre en las situaciones harto frecuentes de accidentes de circulación que simultáneamente merecen la caracterización de accidentes de trabajo, sean *in itinere* o en sentido propio, y en los que serían terceros responsables, a efectos de que el centro sanitario público que hubiera atendido de urgencia al trabajador pudiera reclamarles el reintegro del importe de la asistencia prestada, tanto la mutua como la entidad aseguradora. Como veremos más adelante, en el ámbito de los diversos servicios públicos de salud existen convenios con las asociaciones representativas de las compañías aseguradoras para determinar quién debe hacerse cargo de los gastos sanitarios, de modo que cuando la compañía está perfectamente identificada y no rechaza el pago, el centro de salud se dirige directamente contra esta. En caso contrario (inexistencia de seguro o negativa de la compañía a asumir el coste sanitario) la factura se emite contra la mutua con la que la empresa hubiera asegurado los riesgos profesionales, pudiendo la entidad colaboradora exigir posteriormente el reembolso, si procede, frente a la compañía aseguradora del conductor responsable del accidente de conformidad con lo previsto en el artículo 168.3 LGSS.

Esta reclamación procederá también cuando la mutua haya proporcionado directamente la asistencia sanitaria al trabajador accidentado. A este respecto, la jurisprudencia civil tiene declarado mayoritariamente que, cuando el trabajador asegurado por la mutua es el único responsable del accidente productor de las lesiones, la mutua no puede dirigirse contra el trabajador ni contra la compañía con la que aquel tuviera asegurado el vehículo, pues dicha acción de reembolso exige que el hecho causante de la asistencia sanitaria haya sido producido por un tercero, que sea presuntamente responsable del mismo, civil o penalmente, y no tiene esa condición de tercero responsable la compañía aseguradora del vehículo del trabajador causante único del accidente<sup>11</sup>. En estos casos, la mutua atiende una obligación propia al hacer frente al importe de los gastos sanitarios causados por el accidente sufrido por el trabajador de la empresa que tiene suscrita con ella la cobertura sanitaria, sin estar legitimada según las normas generales –arts. 1158 y 1210 del Código Civil, artículo 43 de la Ley de Contrato del Seguro–, para reclamar en nombre del lesionado frente a otros seguros privados que el mismo pueda tener para cubrir idéntico riesgo<sup>12</sup>. Sin embargo, esta doctrina no es pacífica, pues también hay pronunciamientos que reconocen el derecho de la mutua que se ha hecho cargo de la asistencia sanitaria de reclamar frente a la entidad aseguradora del trabajador siniestrado, argumentando que para interponer la acción de reembolso no se precisa la existencia de una persona que haya causado



11 Sentencias de la AP Barcelona, sección 16ª, de 17 de julio de 2000 (rec. 971/1999) y 12 diciembre 2000 (rec. 857/2000); sentencia de la AP de Almería, Sección 3ª, núm. 104/2003, de 7 de abril (rec. 52/2003).

12 Sentencia de la AP Murcia, sección 4ª, núm. 296/2004, de 19 de octubre (rec. 283/2004).



las lesiones que determinen la asistencia sanitaria, sino que basta con que haya un tercero obligado al pago del coste de las prestaciones sanitarias (no cualquier otro gasto), como puede ser una compañía de seguros en virtud de un seguro de daños o de personas<sup>13</sup>.

Los artículos 16 y siguientes del Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, regulan el procedimiento de reclamación de deuda que ha de seguirse por la mutua para obtener el reintegro del coste de las prestaciones sanitarias que hubiera satisfecho a personas que carezcan del derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social o cuando exista un tercero responsable u obligado al pago. La mutua liquidará el crédito generado por las prestaciones y servicios sanitarios que hubiera prestado e instará su pago de los sujetos obligados al mismo, en el plazo máximo de dos meses a contar desde la fecha de recepción de la reclamación. Cuando los sujetos obligados no efectúen el pago de la deuda en el plazo previsto, la mutua lo remitirá a la TGSS a efectos de su recaudación conforme a lo establecido en el artículo 84.2 LGSS. Se prevé además que las mutuas puedan personarse directamente en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectivo el resarcimiento.

## **2.4. Seguros obligatorios**

### *2.4.1. Seguro obligatorio de los deportistas federados*

La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, regula el marco jurídico en el que debe desenvolverse la práctica deportiva en el ámbito del Estado, bajo los principios de cooperación y coordinación con las comunidades autónomas con competencias en la materia.

Su artículo 59 contempla dos supuestos con dispar repercusión en materia de asistencia sanitaria:

- La asistencia sanitaria derivada de la práctica deportiva general del ciudadano, que constituye una prestación ordinaria del régimen de aseguramiento sanitario, pudiendo prestarse por el sector público en el correspondiente régimen o por entidades privadas mediante seguros generales de asistencia sanitaria.
- En el caso de deportistas federados que participen en competiciones oficiales de ámbito estatal, los mismos habrán de estar en posesión de un seguro obligatorio que cubra los riesgos para la salud derivados de la práctica de la modalidad deportiva correspondiente, y ello con independencia de otros aseguramientos especiales que puedan establecerse.

.....

13 Sentencia de la AP Huesca, sección 1ª, núm. 171/2005, de 16 de junio (rec. 390/2004).

En este último supuesto, para el caso de que la asistencia sanitaria sea prestada por una entidad distinta a la aseguradora, esta vendrá obligada al reintegro de los gastos producidos por dicha asistencia, conforme a lo establecido en el artículo 83 de la LGS. En el caso de que la asistencia sea prestada por la sanidad pública, esta podrá dirigirse contra la compañía con la que se hubiera suscrito el correspondiente seguro obligatorio deportivo y reclamarle el gasto sanitario generado, con independencia del derecho de repetición que la aseguradora pueda ejercer frente a la tomadora del seguro de acuerdo con las cláusulas particulares de la póliza<sup>14</sup>. Asimismo, la entidad con la que se hubiera suscrito el seguro debe proceder al reintegro del gasto que hubiera generado a la sanidad pública la atención del deportista lesionado, aunque aquella hubiera encomendado la prestación de los servicios sanitarios a una tercera entidad, sin que tal circunstancia (subcontratación) le permita declinar su responsabilidad frente a la entidad que prestó la asistencia, que ninguna vinculación contractual tiene con la sociedad intermedia<sup>15</sup>.

El RD 849/1993, de 4 de junio, determina las prestaciones mínimas del seguro obligatorio deportivo. Dicho seguro será suscrito por la correspondiente Federación, como tomadora del seguro, para los deportistas inscritos en la misma, que participen en competiciones estatales de ámbito estatal, y cubrirá, en el respectivo ámbito de protección, los riesgos para la salud, los derivados de la práctica deportiva en que el deportista asegurado esté federado, incluido el entrenamiento, y en ello en los términos de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y con arreglo, como mínimo, a las prestaciones que se detallan en el anexo que acompaña al texto normativo mencionado.

#### 2.4.2. Seguro obligatorio de vehículos de motor

La normativa reguladora del seguro obligatorio de vehículos de motor se contiene en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (reiteradas veces modificado), y en segundo lugar en el Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor.

Según la precitada normativa, todo propietario de vehículos a motor que tenga su esta-

.....

14 Así, SSTSJ Comunidad Valenciana, Cont-Admvo., núm. 739/2004, de 30 septiembre (rec. 1363/2001), núm. 750/2004, de 6 de octubre (rec. 1373/2001) y núm. 851/2004, de 2 noviembre (rec. 1357/2011), estimando procedente la liquidación de tasas sanitarias practicada por la comunidad autónoma valenciana contra determinada entidad aseguradora, por la atención prestada a deportistas federados afiliados a la Mutualidad de Futbolistas Españoles en centros de la red pública hospitalaria de la Generalitat, como consecuencia de lesiones sufridas en eventos deportivos; y ello sin perjuicio de que, caso de que la aseguradora privada tenga que pagar al servicio público de salud por prestaciones sanitarias a mutualistas en supuestos de no urgencia vital, la Federación correspondiente venga obligada a reembolsarle la suma anticipada, en aplicación de las cláusulas particulares de la póliza.

15 Sentencia de la AP La Rioja núm. 340/2003, de 8 octubre (rec. 57/2003).



cionamiento habitual en España estará obligado a suscribir y mantener en vigor un contrato de seguro por cada vehículo de que sea titular, que cubra, hasta la cuantía de los límites del aseguramiento obligatorio, la responsabilidad civil por los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. El seguro también lo podrá concertar una persona con algún interés, distinta del propietario.

Por otro lado, la Ley 21/2007, de 11 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de Octubre, y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, requieren la previa determinación del responsable para que nazca la obligación de resarcir los daños causados.

Para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación se aplican las cuantías indemnizatorias fijadas en las tablas que se publican y actualizan anualmente y que componen el “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación” del Real Decreto Legislativo 8/2004. Pero no se incluye aquí la asistencia sanitaria, sino que son cuantías indemnizatorias. El apartado 6º del primer artículo del anexo determina que, además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se compensarán en todo caso los gastos de asistencia médica y hospitalaria y, además, en las indemnizaciones por muertes, los gastos de entierro y funeral.

Los distintos servicios públicos de salud tienen suscritos convenios con las compañías aseguradoras y con el Consorcio de Compensación de Seguros que tarifican el coste de la asistencia sanitaria y facilitan la reclamación, estableciendo qué entidad aseguradora debe hacerse cargo de los gastos sanitarios dependiendo de que en el accidente se hayan visto implicados uno o varios vehículos.

#### *2.4.3. Seguro obligatorio de caza*

El seguro obligatorio de caza viene regulado por la normativa en materia de caza de las comunidades autónomas con competencia en la materia y, subsidiariamente, por el artículo 52 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza; por los artículos 73 a 76 y, subsidiariamente, por el resto de los preceptos de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro que le sean de aplicación; por el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre ; por el Reglamento del seguro de responsabilidad civil del cazador, de suscripción obligatoria, aprobado por el Real Decreto 63/1994, de 21 de enero, y en lo que no se oponga a lo anterior por el Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

El seguro de responsabilidad civil del cazador, de suscripción obligatoria, constituye una especialidad del seguro de responsabilidad civil que tiene por objeto la cobertura, dentro de los límites fijados en el Real Decreto 63/1994, de aquella responsabilidad en la que pueda incurrir el cazador con armas con ocasión de la acción de cazar (art. 1.1 RD 63/1994)<sup>16</sup>.

La disposición adicional única del Real Decreto 63/1994 establece que el Instituto Nacional de la Salud (actual INGESA) y las demás entidades gestoras del Sistema Nacional de Salud tendrán derecho a reclamar de las entidades aseguradoras, conforme al artículo 83 de la LGS, el importe de la asistencia sanitaria y farmacéutica que hubieran prestado a los terceros perjudicados hasta el límite de la cobertura voluntaria del seguro de responsabilidad civil del cazador causante del siniestro, caso de haberse suscrito un seguro voluntario. Si únicamente ha sido concertado el seguro obligatorio o en caso de inexistencia de seguro, el derecho de reclamación será ejercitable, según los casos, frente a la entidad aseguradora o al Consorcio de Compensación de Seguros y hasta el límite del aseguramiento obligatorio.

#### 2.4.4. *Cualquier otro seguro obligatorio*

El seguro de suscripción obligatoria cumple la función de preservación del patrimonio del asegurado ante el evento de verse comprometido por una deuda derivada del atendimento de los efectos de un siniestro<sup>17</sup>. Su instauración obedece a la constitución de un patrimonio independiente al que se responsabiliza de las consecuencias económicas del siniestro y al que, en méritos de ese mecanismo indemnizatorio, se le hace blanco de la acción directa que la ley pone en manos del perjudicado para que la entidad aseguradora asuma de modo inmediato la función reparadora que le viene encomendada<sup>18</sup>.

Además de los expuestos (circulación, caza...), existen otros muchos supuestos en los que se exige un seguro obligatorio, al menos de la responsabilidad civil. Sin ánimo de exhaustividad, podemos mencionar la necesidad de suscribir seguros en las instalaciones nucleares, en materia de responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales según la normativa europea, en el transporte colectivo, polígonos de tiro, en materia de hidrocarburos, embarcaciones de recreo (incluidas motos acuáticas), tenencia de animales potencialmente peligrosos, etc. Será la regulación secto-

16 Para un estudio de la institución, vid. SÁNCHEZ CALERO, F.J., "El seguro obligatorio de caza", en VV.AA., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pp. 763-790.

17 SOTO NIETO, F., "El seguro obligatorio y el seguro voluntario", en VV.AA., *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*, Mapfre, Madrid, 1997, p. 414.

18 SOTO NIETO, F., "El seguro obligatorio...", *cit.*, pp. 415-416.

rial de cada actividad la que establecerá los requisitos y la que nos indique los supuestos en que es necesario el aseguramiento<sup>19</sup>.

## **2.5. Convenios o conciertos con otros organismos o entidades**

Se reclamará el importe de la asistencia prestada por el servicio público de salud, de acuerdo con los términos del convenio o concierto correspondiente. En principio, estos acuerdos tendrán fuerza vinculante entre las partes.

Cabe recordar que los asegurados y beneficiarios de MUFACE, MUGEJU e ISFAS pueden recibir la prestación de asistencia sanitaria directamente de la mutualidad, con sus propios medios, o a través de conciertos suscritos con otras entidades o establecimientos públicos o privados, preferentemente con instituciones de la Seguridad Social.

## **2.6. Ciudadanos extranjeros**

El anexo IX del RD 1030/2006 contempla dos supuestos de ciudadanos extranjeros que figurarán como terceros obligados al pago de la asistencia sanitaria, y son:

- Los asegurados o beneficiarios en un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y Suiza, no residentes en España (turistas, transeúntes...), en los supuestos y condiciones establecidos en los Reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social.
- Por otro lado, los asegurados o beneficiarios de otros países extranjeros, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por España.

En relación con los primeros, el artículo 19 del Reglamento (CE) nº 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, establece que la persona asegurada y los miembros de su familia que se hallen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente tendrán derecho a las prestaciones en especie necesarias, desde un punto de vista médico, durante su estancia, tomando en consideración la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia. La institución del lugar de estancia facilitará las prestaciones por cuenta de la institución competente, según las disposiciones de la legislación del lugar de estancia, como si los interesados estuvieran asegurados en virtud de dicha legislación.

.....

19 GÓMEZ ZAMORA, L.J., *cit.*, p. 278.

El artículo 35 del mismo Reglamento regula el procedimiento de reembolso en estos supuestos, que será íntegro y se determinará y efectuará con arreglo al régimen establecido en el Reglamento de aplicación, ya sea previa justificación de los gastos reales, ya con arreglo a importes a tanto alzado para los Estados miembros cuyas estructuras jurídicas o administrativas no hagan adecuada la práctica del reembolso basado en el gasto real. Los Estados miembros, o sus autoridades competentes, podrán convenir otras formas de reembolso o renunciar al reembolso entre las instituciones que de ellos dependan.

La Disposición Adicional 3ª del RD 1992/2012 se refiere al supuesto de “Asistencia sanitaria por aplicación de los reglamentos comunitarios o convenios internacionales”. En estos casos, los nacionales de otros países tendrán derecho a esta prestación cuando residan en territorio español o durante sus desplazamientos temporales, en la forma extensión y condiciones establecidas en las disposiciones comunitarias o bilaterales indicadas.

En ambos supuestos será la Administración General del Estado la que deberá desarrollar la actividad de reintegro, en el ámbito propio de sus competencias, por más que en el preámbulo del RDL 16/2012 se reconozca el sistemático incumplimiento de la normativa comunitaria y el coste económico que ello supone para el erario público español por la “imposibilidad de garantizar los retornos de los gastos ocasionados por la prestación de los servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos”.

## 2.7. Otros terceros obligados al pago

Se tratan a continuación otros supuestos en los que existe un tercero obligado al pago de la asistencia sanitaria, sea por existir un seguro obligatorio que cubre el riesgo, sea por haberse suscrito un seguro voluntario, o porque alguna norma determina que del gasto sanitario realizado debe responder un tercero.

### *2.7.1. Accidentes acaecidos con ocasión de eventos festivos, actividades recreativas y espectáculos públicos*

El servicio público de salud podrá repercutir el gasto derivado de la asistencia prestada con ocasión de accidentes ocurridos en eventos festivos, actividades recreativas y de espectáculos públicos, en caso de que se haya suscrito contrato de seguro de accidentes o de responsabilidad civil que cubra las contingencias derivadas de esas actividades.

Es habitual que la suscripción de un seguro de accidentes o de responsabilidad civil es condición previa para que la Administración autorice el ejercicio de una actividad recreativa, quedando obligado el asegurador, dentro de los límites establecidos en la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro, y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo

del asegurado de indemnizar a un tercero por los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho. Jurisprudencialmente se ha precisado que la sanidad pública puede dirigir directamente la acción de reembolso frente a la entidad aseguradora, como tercero obligado al pago, sin necesidad de previa declaración de responsabilidad civil del asegurado (promotor del evento)<sup>20</sup>.

Específicamente, el Reglamento de Espectáculos Taurinos aprobado por Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero, establece en su artículo 91.1.e) la obligación de suscribir “Póliza de seguro colectivo por la cuantía suficiente para cubrir cualquier riesgo o accidente que con motivo del festejo pueda producirse”.

### *2.7.2. Seguro escolar*

El art. 2 de la Ley de 17 de julio de 1953 vino a establecer que “el seguro escolar se aplicará con carácter obligatorio a todos los estudiantes españoles que reúnan las condiciones que reglamentariamente se establezcan”, y el art. 5 de la misma ley establece que la prestación, en caso de accidente, consistirá en asistencia sanitaria y, en su caso, en la indemnización o pensión que corresponda. Por otra parte, según el art. 9 de la misma ley, la aplicación del seguro escolar quedaba encomendada al Instituto Nacional de Previsión, por medio de una Mutualidad dependiente del Servicio de Seguros Voluntarios.

Actualmente, el seguro escolar es un seguro que protege a los estudiantes, menores de 28 años, que cursen estudios oficiales desde 3º de Educación Secundaria Obligatoria (E.S.O.), hasta el final del tercer ciclo universitario, mediante prestaciones sanitarias y económicas, en caso de enfermedad, accidente escolar e infortunio familiar.

La entidad gestora de la seguridad social habrá de compensar al servicio público de salud que hubiera atendido al estudiante en caso de enfermedad o accidente laboral el coste de la asistencia prestada. En el supuesto de que el centro docente tuviera suscrito, además, un seguro voluntario que cubra los riesgos de enfermedad o accidente, se daría un supuesto de doble aseguramiento por unas mismas contingencias, situación en la que será la entidad aseguradora con la que se hubiera suscrito la póliza de accidentes la que contraiga la obligación, si no de prestar, sí al menos de abonar la prestación de servicios sanitarios “pues asume como principal la obligación de indemnizar cuando acaece el evento asegurado por el contrato”, convirtiéndose por medio de la póliza en tercero obligado al pago

.....

20 Así, Sentencia de la AP Islas Baleares núm. 223/2007, de 31 de mayo, estima la demanda formulada por el servicio público de salud balear contra la compañía aseguradora, exigiendo el reintegro del gasto sanitario invertido en la atención de una menor que resultó accidentada en un espectáculo de feria (castillo hinchable) asegurado por aquella, sin necesidad de que haya recaído una previa declaración de responsabilidad civil del asegurado al no venir exigido este requisito por las normas de aplicación (art. 83 LGS, Disp. Adic. 22ª LGSS/1994, RD 63/1995).

por mor de una especie de “reaseguro”, que desplaza de la obligación de prestar asistencia a los Entes Gestores de la Seguridad Social; de no ser así, se produciría una situación de enriquecimiento injusto de la aseguradora que estaría percibiendo una prima por la cobertura de un riesgo que difícilmente podría activarse al coincidir con las contingencias ya cubiertas por el seguro escolar obligatorio<sup>21</sup>.

*2.7.3. Otros supuestos en los que el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias debe ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes*

En el último inciso del Anexo IX del Real Decreto 1030/2006 se extiende la obligación de reclamar el coste de la asistencia sanitaria prestada por los servicios públicos de salud a “cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, otros seguros públicos o privados o responsabilidad de terceros por las lesiones o enfermedades causadas a la persona asistida, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes y no con cargo a los fondos comunes de la Seguridad Social o de los Presupuestos Generales del Estado adscritos a la sanidad”.

Conforme al panorama normativo analizado, y particularmente a lo dispuesto en el artículo 83 LGS y concordantes, cabe extraer el principio de que los servicios públicos de salud pueden reclamar las prestaciones sanitarias por ellos efectuadas de cualquier tercero obligado al pago, expresión amplia que viene a indicar que, siempre que exista una persona o entidad que legal o reglamentariamente o por virtud de contrato o, incluso, por responsabilidad extracontractual, deba asumir el pago, subsiste la facultad de reclamación, sin que sea causa excluyente que el paciente resulte ser afiliado a la Seguridad Social con derecho a asistencia sanitaria pública, pues en dichos supuestos los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financian con los ingresos de la Seguridad Social ni con los fondos comunes de los Presupuestos Generales del Estado adscritos a la sanidad, sino que resultan ser a cargo de los terceros responsables u obligados al pago, aunque dicha obligación provenga de la existencia de un seguro privado. La acción de reclamación y la correspondiente obligación de pago por el tercero tiene, pues, su origen fundamental en la ley y seguramente su finalidad responde a la voluntad legal de no destinar fondos adscritos a la sanidad pública cuando las prestaciones sanitarias correspondientes están ya cubiertas por otros mecanismos, ya públicos o privados<sup>22</sup>.



21 STSJ Galicia, Contencioso-administrativo, núm. 963/2003, de 27 junio (rec. 9569/1998).

22 Entre otras, Sentencias de la AP Islas Baleares, Sección Cuarta, de 25 marzo 1999, 2 mayo 2000 (rec. 102/98) y 31 mayo 2007 (rec. 226/2007); asimismo, Sentencia de la AP Madrid de 29 de julio de 2005 (rec. 625/2004) y Sentencia de la AP A Coruña de 20 septiembre 2001.



A estos efectos, resulta irrelevante que el asegurado haya incumplido con la obligación establecida en las condiciones generales de la póliza de comunicar a la entidad aseguradora su intención de acudir a un centro no concertado y solicitar su autorización, por impedirlo el principio de relatividad de los efectos del contrato recogido en el artículo 1.257 del Código Civil, que da lugar a que la Administración sanitaria que hubiera atendido al asegurado “como tercero que es respecto al contrato de seguro concertado por la entidad demandada y los asegurados, no pueden verse afectado por el supuesto incumplimiento por parte de esta, de alguno de sus pactos o estipulaciones”<sup>23</sup>.

De tan amplia formulación jurisprudencial puede extraerse la conclusión de que no solo en los supuestos de urgencia vital o de derivación realizada desde un centro concertado [por carecer de los medios humanos y/o materiales necesarios] surgirá para la entidad aseguradora la obligación de reintegrar a la sanidad pública el importe de la asistencia que esta hubiera satisfecho, sino que bastará con que la Administración sanitaria tenga constancia de la existencia de una póliza de seguro que cubra las contingencias de enfermedad o accidente del asegurado. La doble cobertura otorgaría así un derecho de reembolso al sistema sanitario público frente a la aseguradora privada en su condición de “tercero responsable”, incluso en los supuestos en que el paciente hubiera acudido voluntariamente a la sanidad pública por tener derecho a ella.

Puede mencionarse aquí el supuesto, ya tratado, al que se refiere el artículo 168.3 de la LGSS, que contempla, como supuesto especial de responsabilidad en orden a las prestaciones, aquellos hechos que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, en cuyo caso, con independencia de las acciones que ejerciten los trabajadores o sus causahabientes, el INGESA o la comunidad autónoma correspondiente y, en su caso, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, si procede, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Igual derecho asistirá, en su caso, al empresario que colabore en la gestión de la asistencia sanitaria, conforme a lo previsto en la legislación de seguridad social.

Asimismo, cabe referirse por su relevancia a la posibilidad de reclamar a los responsables penales el coste de la asistencia sanitaria que con su delito o falta han ocasionado. A este respecto, el artículo 116 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprueba el actual Código Penal, señala que toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del derecho se derivaren daños o perjuicios. Este precepto, en unión al sistema descrito con anterioridad, sería suficiente para que las Administraciones sanitarias competentes se personaran como actores civiles en los procesos judiciales ins-

.....

23 Sentencia de la AP Islas Baleares núm. 230/2002, de 26 de abril (rec.198/2002).



tando el reintegro del gasto sanitario ocasionado por la comisión de un delito o falta a los penalmente responsables<sup>24</sup>.

### 3.- CONCLUSIONES

Conforme a todo lo expuesto, no cabe sino concluir que los servicios públicos de salud pueden reclamar las prestaciones sanitarias por ellos efectuadas de cualquier tercero obligado al pago, siendo esta (la de “tercero obligado al pago”) una expresión amplia según la doctrina jurisprudencial, que viene a indicar que, siempre que exista una persona o entidad que, legal o reglamentariamente, o por virtud de contrato, o incluso por responsabilidad extracontractual, debe asumir el pago, subsiste la facultad de reclamación.

Frente al carácter potestativo con el que viene formulado este derecho de reclamación en el artículo 83 LGS [al establecer que “las Administraciones Públicas (...) *tendrán derecho a reclamar* del tercero responsable el coste de los servicios prestados”], el reglamento [Anexo IX del RD 1030/2006] se expresa en términos de mayor contundencia al contener un mandato imperativo [“Asistencia sanitaria cuyo importe *ha de reclamarse* a los terceros obligados al pago”], lo que responde al interés general de no cargar sobre el presupuesto de la sanidad pública el coste de una prestación a la que el paciente no tiene derecho o, aunque lo tenga, existe un tercero que debe responder de su financiación para evitar situaciones de enriquecimiento injusto de entidades que ofrecen determinadas prestaciones sirviéndose de los recursos propios de la sanidad pública, sin satisfacer contraprestación alguna.

Ciertamente, la descentralización territorial de la gestión de la asistencia sanitaria, la dispersión normativa existente en la materia y la ausencia de un procedimiento común en todas las comunidades autónomas para repercutir el coste a los terceros obligados, son circunstancias que no facilitan la activación de esta vía de recaudación, con la consiguiente pérdida de ingresos para los servicios públicos de salud y negativos efectos sobre la sostenibilidad y la eficiencia del SNS.

**FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Murcia*

.....

24 GÓMEZ ZAMORA, J.L., “Terceros obligados al pago...”, *cit.*, p. 283.

# EL RÉGIMEN DE COPAGO DE LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA Y SU IMPACTO EN LAS MUJERES PENSIONISTAS\*

M<sup>a</sup> CARMEN LÓPEZ ANIORTE

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Murcia*

ANTONIO MEGÍAS BAS

*Contratado predoctoral FPU-UM*

*Universidad de Murcia*

Fecha de recepción: 17/12/2018

Fecha de aceptación: 8/01/2019

**SUMARIO:** 1. PLANTEAMIENTO: RÉGIMEN DE COPAGO FARMACÉUTICO Y PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. 2. UNA CUESTIÓN PREVIA: EL REPARTO COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 3. EL RÉGIMEN DE COPAGO ESTABLECIDO POR EL REAL DECRETO LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL. 3.1. El equilibrio de las cuentas públicas como justificación de la reforma. 3.2. Situación previa: participación económica reducida de las personas usuarias. 3.3. El vigente régimen de copago generalizado. 4. EL INEXISTENTE IMPACTO ECONÓMICO POSITIVO PARA LAS ARCAS PÚBLICAS DEL SISTEMA DE COPAGO ESTABLECIDO EN 2012. 5. EL RÉGIMEN DE COPAGO GENERALIZADO COMO CIRCUNSTANCIA GENERADORA DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO. 6. LA “CORRECCIÓN” DEL RÉGIMEN DE COPAGO GENERALIZADO POR PARTE DE ALGUNAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 6.1. Algunos ejemplos. 6.2. Justificación de las medidas. 7. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** En presente estudio analiza si el régimen de copago farmacéutico generalizado establecido en 2012 coloca a las mujeres pensionistas en una situación de desventaja particular respecto de los pensionistas varones, generando discriminación indirecta por razón de sexo. Asimismo se estudian las medidas adoptadas por las comunidades autónomas para atender las necesidades de las personas más vulnerables. La investigación se enfrenta al obstáculo de que no siempre los datos oficiales se ofrecen desagregados por sexo, incumpliendo la normativa estatal sobre la materia.

**ABSTRACT:** This study analyzes whether the generalized copayment system of the medicaments established in 2012 places women pensioners at a particular disadvantage compared to male pensioners, generating indirect discrimination based on sex. The measures taken by the autonomous communities to meet the needs of the most vulnerable people are also studied. The investigation faces the obstacle that not always the official data are offered disaggregated by sex, which violates the state regulations on the matter.

**PALABRAS CLAVE:** Prestación farmacéutica, copago, mujeres pensionistas, discriminación indirecta.

**KEYWORDS:** Medicaments, copayment system, women pensioners, indirect discrimination.

## 1. PLANTEAMIENTO: RÉGIMEN DE COPAGO FARMACÉUTICO Y PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) proclama que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”<sup>1</sup> (art. 1); derechos que habrán de ser disfrutados “sin distinción alguna” por razón de sexo (art. 2), y entre los que se encuentran el derecho a la vida (art. 3) y el derecho a la Seguridad Social (art. 22).

Desde la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la ONU ha trabajado intensamente para que la igualdad entre mujeres y hombres sea una realidad en todo el mundo, como evidencia la aprobación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y la creación de ONU Mujeres (2010). Más recientemente, la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible (2015), ha declarado que las mujeres y las niñas en todo el mundo “deben tener igual acceso a una educación de calidad, a los recursos económicos y a la participación política, así como a las mismas oportunidades que los hombres en el empleo, el liderazgo y la adopción de decisiones a todos los niveles, eliminando todas las formas de discriminación y violencia contra las mujeres”.

En esta misma línea, la igualdad de entre mujeres y hombres constituye un valor fundamental en la Unión Europea, contemplado en el Tratado de la Unión Europea (Preámbulo, arts. 2, 3.3, y 21), en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [arts. 8, 153.1.i) y 157] y en la Carta de los Derechos Fundamentales (Preámbulo, 20, 21, 23). En 2010, la Comisión adoptó la Carta de la Mujer, en la que afianzó su compromiso por la igualdad entre los sexos, y, en 2011, el Consejo adoptó el Pacto Europeo por la Igualdad de Género.

A nivel interno, destacan dos normas fundamentales: la CE, que reconoce el principio de igualdad de trato y establece la prohibición de discriminación en atención a determi-

.....

\* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación DER2016-76557-R, sobre “El futuro del sistema español de protección social. Análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad (V): Salud, familia y bienestar”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, e incluido en la Convocatoria 2016 de Proyectos de I+D+I, correspondientes al Programa Estatal de investigación, desarrollo e innovación orientada a los Retos de la Sociedad.

<sup>1</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

nadas circunstancias, entre ellas el sexo (arts. 1,9,14, 35); y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI), cuyo art. 3 define el principio de igualdad de trato como “la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta”. A diferencia de la discriminación directa, que surge cuando una persona es, ha sido o “pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable” (art. 6.1 LOI), la indirecta, más sutil y difícil de detectar, aparece cuando “una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados” (art. 6.2 LOI).

En las páginas que siguen se analizará si el régimen de copago farmacéutico generalizado establecido en 2012 pudiera colocar a las mujeres pensionistas en una situación de desventaja particular respecto de los pensionistas varones, en los términos señalados en el art. 6.2 LOI, lo que obliga a realizar un análisis con perspectiva de género de las medidas adoptadas<sup>2</sup>.

Partimos de la constatación de que el régimen de financiación de la prestación farmacéutica, desde la creación del sistema español de Seguridad Social, ha ido evolucionando hacia una sucesiva reducción de derechos, en detrimento de las personas beneficiarias. Este proceso ha culminado con la aprobación del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que ha instaurado un régimen de copago generalizado que afecta de manera especial a los colectivos más vulnerables, como lo son las personas pensionistas de bajos ingresos.

Partiendo de un sucinto análisis del régimen jurídico del copago de la prestación farmacéutica ambulatoria establecido en 2012, este trabajo estudia los efectos del mismo en las mujeres pensionistas, quienes, tras ocupar empleos más precarios y peor remunerados que los hombres, obtienen pensiones significativamente más bajas cuando alcanzan la edad de jubilación. A este respecto, conviene tener presente que la tasa de paro femenina a finales del tercer trimestre de 2018 fue del 16,22%, y la masculina del 13,12%<sup>3</sup>; a finales de 2017, del total de trabajos a tiempo parcial, 2.072.100 eran ocupados por mujeres y 733.300 por hombres<sup>4</sup>; el salario medio anual de las mujeres en 2016 fue de 20.131 €,

.....

2 Sobre la necesidad de incorporar la perspectiva de género a las investigaciones sobre derechos humanos con el fin de evitar que las conclusiones de la investigación sean inexactas e incompletas o incluso perjudiciales, véase, United Nations Human Rights-Office of the High Commissioner, *Integrating a gender perspective into human rights investigations*, New York and Geneva, 2018.

3 <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4247>, en línea, fecha de consulta: 18 de noviembre de 2018.

4 <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4181>, en línea, 2 de febrero de 2018.

mientras que el de los hombres alcanzó los 25.924 €<sup>5</sup>; y, a resultas de los anteriores datos –y de otras circunstancias a las que más adelante se hará referencia–, en octubre de 2018 la pensión de jubilación media femenina fue de 825,48 €, mientras que la masculina ascendía a 1.276,71 €<sup>6</sup>.

Tras el establecimiento del régimen de copago en 2012, se corre el riesgo de abandono o de no iniciación del tratamiento prescrito por parte de colectivos vulnerables, lo que puede lesionar el derecho a la protección a la salud (art. 43.1 CE), íntimamente relacionado con el derecho fundamental a la vida y la integridad física (art 15 CE). De este modo, esta medida podría contribuir a incrementar la desigualdad de las mujeres en la etapa de la jubilación, al mermar su ya maltrecha capacidad económica, devaluando su bienestar y dañando su salud, lo que vulneraría los arts. 14, 15 y 43 CE, así como el art. 50 CE, que exige a los poderes públicos garantizar “la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad”.

## 2. UNA CUESTIÓN PREVIA: EL REPARTO COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La prestación farmacéutica, como se ya se ha indicado, se halla directamente vinculada al derecho a la protección a la salud (art. 43.1 CE), el cual, pese a su clara vinculación con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), no tiene atribuida, por la Constitución española, la naturaleza de derecho subjetivo de eficacia directa, siendo configurado como un principio rector de la política social y económica<sup>7</sup>. Por ello, corresponde a la ley establecer “los derechos y deberes de todos al respecto” –pudiendo esta, en un momento dado, no solo ampliarlos sino también restringirlos– y a los poderes públicos “organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” (art. 43.2 CE). Ahora bien, en la adopción de eventuales medidas restrictivas en la materia, se tendrá que actuar con cautela pues, dada la íntima

5 INE, Encuesta Estructura Salarial 2016.

6 <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadsocial/detalle/3389>, consultada el 3 de noviembre de 2018.

7 Sobre la materia, in extenso, pueden verse, APARICIO TOVAR, J., “La Seguridad Social en la Constitución”, en (MARTÍN JIMÉNEZ, R., y SEMPERE NAVARRO, A.V., Coord.), y El modelo social en la Constitución española de 1978, Ministerio de Trabajo e inmigración, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2003, pp. 787-814; y “Derecho a la asistencia sanitaria”, en AAVV, Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea, Laborum, 2016, pp. 31-56. También puede consultarse, ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M., La constitucionalización de la Seguridad Social: la experiencia española e italiana en su 40 y 70 aniversario, Editorial Bomarzo, Albacete, 2016.

conexión del derecho a la salud con el derecho fundamental a la vida e integridad física, aquel constituye un derecho básico sin el cual los restantes derechos no pueden ejercerse de forma efectiva.

La intervención de los poderes públicos, en el ámbito de la prestación farmacéutica, se desarrolla en dos niveles. De un lado, se encuentran las medidas dirigidas a garantizar la seguridad y calidad de los medicamentos. Y, de otro, las encaminadas a garantizar el acceso a los mismos a quienes los necesiten, independientemente, en principio, de su capacidad económica<sup>8</sup>. En relación con este segundo nivel, el art. 10.1.14 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, LGS), reconoce a “todos” el derecho a “obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado”, derecho que se puede exigir a las Administraciones públicas sanitarias competentes. Por su parte, el art. 91 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, reconoce “el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la utilización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las comunidades autónomas en ejercicio de sus competencias”.

La prestación farmacéutica es una competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El primero tiene competencia exclusiva en materia de “bases y coordinación general de la sanidad”, “legislación sobre productos farmacéuticos” (art. 149.1.16 CE), y sobre “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas” (art. 149.1.17CE). Así pues, en materia de prestación farmacéutica<sup>9</sup>, las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo establecido en sus Estatutos de Autonomía, *a priori*, pueden asumir competencias de desarrollo legislativo y ejecución en la materia, pero no tienen permitido legislar sobre productos farmacéuticos<sup>10</sup>.

.....

8 Cfr. LENS CABRERA, C., “Financiación pública y fijación del precio de los medicamentos”, en AAVV, Curso Básico de Derecho Farmacéutico. 100 cuestiones esenciales, Asociación Española de Derecho Farmacéutico (ASEDEF), Edición 2014, pp. 513-514.

9 Téngase en cuenta que el TC, en S. 98/2014, de 25 de mayo, señala que cuanto afecta a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud ha de considerarse “sanidad” (art. 149.1.16) y no Seguridad Social, a partir del momento en que dichas prestaciones han dejado de estar financiadas con cargo a la Seguridad Social.

10 Sobre el reparto competencial en la materia, a partir del análisis de la STC 210/2016, de 15 de diciembre, puede verse, LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Constitucionalidad de previsiones legales de la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre selección, mediante convocatoria pública, de los medicamentos o productos sanitarios que se dispensan por las oficinas de farmacia cuando se prescriban por principio activo o denominación genérica”, en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social TOMO XXXIII: 2016, 2018*, en prensa.



### 3. EL RÉGIMEN DE COPAGO ESTABLECIDO POR EL REAL DECRETO LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL

#### 3.1. El equilibrio de las cuentas públicas como justificación de la reforma

Desde la creación del sistema de la Seguridad Social, la financiación de la prestación farmacéutica ha sufrido cambios sustanciales que han ido mermando los derechos de las personas beneficiarias. Durante los años setenta se mantuvo un sistema de copago reducido que ha permanecido hasta el 2012. Bajo el argumento de la gravísima crisis económica iniciada en 2008, y con la finalidad de garantizar el equilibrio de las cuentas del Estado, la Unión Europea ha exigido a España recortes en los servicios públicos esenciales. Dichos recortes -que tienen justificación constitucional tras la reforma en 2011 del art. 135 CE- han incidido en la prestación farmacéutica en los términos que se exponen a continuación, pero no han impedido, como se podrá comprobar más adelante, que el gasto público farmacéutico continuara creciendo, aspecto que merecería un estudio económico detenido que escapa del objeto del presente trabajo.

#### 3.2. Situación previa: participación económica reducida de las personas usuarias

El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, incluyó en su Anexo V, apartado 3, el régimen de participación económica de las personas usuarias en la prestación farmacéutica, régimen que ha estado vigente hasta la entrada en vigor del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril.

El Real Decreto 1030/2006 preveía tres situaciones:

1. Régimen de aportación normal: con carácter general, la participación económica que correspondía satisfacer a las personas usuarias en el momento de la dispensación en oficina de farmacia era del 40% sobre el PVP, independientemente de su renta.
2. Régimen de aportación reducida: constituía el abono de un 10% sobre el PVP, sin que el importe total de la aportación pudiera exceder de 2,64 € por envase (importe susceptible de actualización por el Ministerio competente), en los siguientes grupos terapéuticos:
  - Medicamentos para el tratamiento de enfermedades crónicas o graves, clasificados en los grupos o subgrupos terapéuticos recogidos en la normativa aplicable y de acuerdo con las condiciones establecidas.

- Efectos y accesorios pertenecientes a los grupos reglamentariamente establecidos.
  - Medicamentos que proporcionaba el Sistema Nacional de Salud a través de receta oficial a los enfermos de SIDA.
3. Personas, tratamientos y productos exentos de aportación:
- Pensionistas y colectivos asimilados, personas afectadas de síndrome tóxico y personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica.
  - Tratamientos derivados de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.
  - Productos cuya dispensación al personal usuario se realizara en los centros o servicios asistenciales sanitarios.

### 3.3. El vigente régimen de copago generalizado

El Real Decreto Ley 16/2012 añadió un nuevo artículo 94 bis a la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en el que se fijó un nuevo régimen de aportación -de las personas usuarias y de las que tienen la condición de beneficiarias de las mismas- en la prestación farmacéutica ambulatoria, menos ventajoso que el anterior. La nueva regulación contempla, en el art. 102 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2015, un sistema de copago que se extiende a colectivos vulnerables, como el de las personas pensionistas, pero sin establecer indicadores ni criterios que puedan corregir las discriminaciones sufridas por las mujeres durante su vida activa y tras la jubilación, y del que solo quedan excluidos determinados colectivos<sup>11</sup>.

La norma prevé la aportación de las personas usuarias y las que tienen la condición de beneficiarias de las mismas en la prestación farmacéutica ambulatoria, que es la que se dispensa mediante “receta médica u orden de dispensación hospitalaria, a través de oficinas o servicios de farmacia” (art. 102.1). Así pues, se mantiene la exención del copago a pacientes en régimen interno, personas no están obligadas a aportar cantidad alguna por los

.....

11 Quedan exentas de aportación las personas usuarias (y sus beneficiarios/as) que pertenezcan a una de las siguientes categorías (art. 102.8): a) Personas afectadas de síndrome tóxico y personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica (este colectivo ya se encontraba exento de aportación en la normativa anterior al Real Decreto Ley 16/2012). b) Personas receptoras de rentas de integración social (la exclusión del régimen de copago de este colectivo constituye una novedad del Real Decreto Ley 16/2012; con anterioridad a esta norma se les aplicaba el porcentaje general de aportación del 40%). c) Personas receptoras de pensiones no contributivas (colectivo también exento de aportación en la normativa anterior al Real Decreto Ley 16/2012). d) Personas paradas que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo en tanto subsista su situación (en la regulación anterior se les aplicaba el porcentaje de aportación del 40%). e) Personas con tratamientos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional (colectivo ya exento de aportación en la normativa anterior al Real Decreto Ley 16/2012).

medicamentos administrados durante su estancia hospitalaria, incluidos los tratamientos en hospital de día.

La aportación de las personas usuarias y las que tienen la condición de beneficiarias de las mismas se efectuará en el momento de la dispensación del medicamento o producto sanitario (art. 102.3), será proporcional a su nivel de renta (art. 102.4), y estará vinculada a su condición de persona activa o de pensionista, conforme a las siguientes reglas (art. 102.5):

- Un 60 % del precio venta al público (PVP) para las personas usuarias y las que tienen la condición de beneficiarias de las mismas, cuya renta sea igual o superior a 100.000 € consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del IRPF.
- Un 50 % del PVP para las personas que ostenten la condición de aseguradas activas y las que tienen la condición de beneficiarias de las mismas, cuya renta sea igual o superior a 18.000 € e inferior a 100.000 €, consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del IRPF.
- Un 40 % del PVP para las personas que ostenten la condición de aseguradas activas y las que tengan la condición de beneficiarias de las mismas, y no se encuentren incluidas en los apartados a) o b) anteriores.
- Un 10 % del PVP para las personas que ostenten la condición de aseguradas como pensionistas de la Seguridad Social y las que tengan la condición de beneficiarias de estas, con excepción de las personas incluidas en el apartado a).

Tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 16/2012, las personas beneficiarias en activo pasan de una contribución del 40% del PVP, independiente de la renta, a aportar un 40%, 50% o 60% del PVP, de acuerdo con sus ingresos. Por su parte, quienes perciben una pensión transitan de la gratuidad a una aportación del 10% del PVP, sin tener en cuenta la cuantía de su pensión ni valorar el impacto de género de una previsión que afectará de forma especialmente peyorativa sobre las mujeres, al disfrutar de pensiones medias más bajas que los hombres. Se pone fin, de este modo, a la exención del copago de la prestación farmacéutica de las personas pensionistas<sup>12</sup>, en un momento en el que la crisis económica y el alto nivel de desempleo las ha convertido, en muchos casos, en sostén económico de sus descendientes en paro. Con esta medida se corre el riesgo de que las personas más vulnerables de este colectivo, mayoritariamente mujeres de edad avanzada, no inicien o

.....

12 Un clarificador cuadro comparativo en relación con la aportación de la persona usuaria, antes y después de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, puede verse en, <http://www.ocu.org/salud/derechos-paciente/noticias/reforma-sanitaria-copago>, en línea, fecha de consulta: 13 de marzo de 2018.

abandonen el tratamiento prescrito<sup>13</sup>, lo que puede tener repercusiones sobre su estado de salud individual y sobre el Sistema Nacional de Salud en su conjunto, que habrá de asumir el mayor coste sanitario derivado del empeoramiento de determinadas patologías derivadas por la no iniciación o el abandono del tratamiento farmacéutico.

Con el objeto de “garantizar la continuidad de los tratamientos de carácter crónico y asegurar un alto nivel de equidad a los pacientes pensionistas con tratamientos de larga duración”, la norma mantiene, para personas usuarias con tratamientos crónicos, la aportación del 10% del PVP, con una contribución máxima de 4,24 €, en los medicamentos pertenecientes a los grupos ATC; y, además, establece topes mensuales máximos a la aportación de las personas jubiladas, de 8, 18 o 61,75 €, dependiendo, respectivamente, de que la renta sea inferior a 18.000 €, igual o superior a 18.000 € e inferior a 100.000 €, o superior a 100.000 € [art. 102. 6, b), c) y d)], sin tener en cuenta los sesgos de género. El importe de las aportaciones que superen las cuantías mencionadas será objeto de reintegro por la Comunidad Autónoma correspondiente, con una periodicidad máxima semestral (art. 102.7); de forma paulatina, la mayor parte de las CCAA han ido adoptando medidas, a través de la receta electrónica, para evitar que se siga efectuando el copago farmacéutico una vez que la persona pensionista haya alcanzado el tope mensual fijado en función de su renta<sup>14</sup>.

#### 4. EL INEXISTENTE IMPACTO ECONÓMICO POSITIVO PARA LAS ARCAS PÚBLICAS DEL SISTEMA DE COPAGO ESTABLECIDO EN 2012

**L**a Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante, LCSNS), en su art. 16, establece que la prestación farmacéutica “comprende los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis pre-

.....

13 En este sentido, son significativos los datos que ofrece la Exposición de Motivos del Decreto 240/2015, de 29 de diciembre, de la Conserjería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Comunidad Valenciana (DO de la Comunidad Valenciana núm. 7688/30-12-2015), por el que aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones al colectivo de pensionistas, destinadas a compensar gastos relacionados con la protección de la salud durante el ejercicio presupuestario de 2016.

14 Como excepción a la regla general, en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, las personas pensionistas siguen “copagando” los medicamentos una vez superado el límite mensual correspondiente a su renta (<https://www.laverdad.es/murcia/municipios-cubriran-farmacos-20181205010106-ntvo.html>, en línea, fecha de consulta: 15 de diciembre de 2018).

cisas según sus requerimientos individuales, durante el período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad”<sup>15</sup>.

La norma utiliza el término “menor coste posible”, poniendo de manifiesto que la prestación farmacéutica no necesariamente es gratuita para las personas beneficiarias, y que su coste y su financiación constituyen una preocupación para quienes legislan. No en vano, el gasto público farmacéutico supone uno de los principales componentes del gasto sanitario español, como se deduce de los datos aportados por el Ministerio de Hacienda, en la serie de gasto farmacéutico y sanitario del periodo comprendido entre junio 2014 a agosto 2018<sup>16</sup>. Estos datos contemplan el gasto farmacéutico hospitalario, el gasto en productos farmacéuticos sanitarios por receta médica u orden de dispensación y, finalmente, el gasto en productos sanitarios sin receta médica u orden de dispensación. Nos centraremos en el segundo supuesto, ya que es el referente al tratamiento ambulatorio de personas con una determinada patología.

El gasto total en productos farmacéuticos y sanitarios, según los datos del Ministerio de Hacienda, es de 18.986.630,01 €, en el año 2014; de 20.772.710,52 €, en el año 2015; de 20.994.153,99 €, en el año 2016; y de 21.646.218,39 €, en el año 2017. Por su parte, el gasto farmacéutico ambulatorio en el año 2014 fue de 9.945.508,68 €, un 47,62% del total gastado en productos farmacéuticos y sanitarios. El año siguiente el gasto fue de 10.061.831,68 €, un 51,56% del total; en el año 2016 el gasto supuso 10.467.919,69 €, un 50,14% del gasto, y, finalmente, en el año 2017, último año del que tenemos datos anuales, es de 10.729.493,65 €, que representa el 50,43% del gasto total<sup>17</sup>. De estos datos, que no se aportan desagregados por sexos -lo que vulnera el artículo 20 de la LOI- se infiere un aumento del gasto farmacéutico ambulatorio, desde el año 2014.

A la vista de las cifras expuestas, el Real Decreto Ley 16/2012 no está alcanzando uno de sus objetivos principales, consistente en la reducción del gasto farmacéutico. A partir de 2014, se produce un cambio de tendencia, pues tanto el gasto farmacéutico como el sanitario empiezan a crecer, incremento que se mantiene en el gasto farmacéutico en 2015, 2016 y 2017; es significativo que en estos últimos años se supere el gasto farmacéutico de 2012.



15 En parecidos términos es definida la prestación farmacéutica en la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios: “La prestación farmacéutica comprende los medicamentos y los productos sanitarios, así como el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban y los utilicen de forma adecuada a sus necesidades clínicas y en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el periodo de tiempo adecuado, con la información necesaria para su correcto uso y al menor coste posible”. Sobre el objeto de la prestación farmacéutica puede verse, FERRANDO GARCÍA, F.M., “Los factores determinantes del contenido de la prestación farmacéutica”, *Revista de Derecho Social*, 2017, n.º. 79, p.113-140.

16 <http://www.hacienda.gob.es/eu-ES/CDI/Paginas/EstabilidadPresupuestaria/InformacionAAPPs/Indicadores-sobre-Gasto-Farmacéutico-y-Sanitario.aspx>, consultada el 23 de noviembre de 2018.

17 Véase: <http://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/EstabilidadPresupuestaria/InformacionAAPPs/Indicadores-sobre-Gasto-Farmacéutico-y-Sanitario.aspx>, cit.

## 5. EL RÉGIMEN DE COPAGO GENERALIZADO COMO CIRCUNSTANCIA GENERADORA DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO

La más grave de todas las consecuencias negativas que pueden derivarse del nuevo régimen de copago generalizado de la prestación farmacéutica ambulatoria, es el riesgo de abandono o no iniciación del tratamiento prescrito, por parte de colectivos especialmente vulnerables por sus rentas bajas, entre los que se encuentran las mujeres, con el consiguiente incremento del gasto sanitario y la eventual vulneración del derecho a la protección a la salud (art. 43.1 CE), íntimamente conectado con el derecho fundamental a la vida y la integridad física (art 15 CE).

Investigaciones llevadas a cabo en la Comunidad Autónoma de Cataluña, sobre el tratamiento farmacológico, concluyeron que un 17'6% de los medicamentos recetados por primera vez no se recogen en la farmacia durante el primer mes. No se puede establecer que este hecho sea exclusivamente consecuencia del régimen de copago farmacéutico, sino que se debe a una decisión multifactorial de quienes padecen una enfermedad. Sin embargo, la investigación pone de manifiesto que, entre los distintos factores que provocan que la persona no inicie el tratamiento, además de valorar el riesgo-beneficio del medicamento o afrontar la recuperación a través de vías alternativas a la farmacológica con prescripción médica, se encuentran factores como la incidencia del copago en función de la renta o la medida tomada por algunas comunidades de cobrar un euro por receta<sup>18</sup>. Dentro de este grupo se sitúan las personas mayores<sup>19</sup> –muchas de ellas con la obligación de atender a sus descendientes en paro-, con patologías asociadas a la edad y bajas pensiones, y respecto de las que no se tienen en cuenta los sesgos de género.

Según datos de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, en octubre de 2018, el número de mujeres pensionistas es de 2.272.482, mientras que el de hombres pensionistas asciende a 3.690.099, lo que evidencia que un elevado número de mujeres no percibe pensión dado que es superior el número de mujeres que de hombres con más

.....

18 El Instituto de Investigación Sant Joan de Deu difunde la investigación del Dr. Aznar Lou, el cual, en su tesis doctoral considera que la entrada en vigor del copago fijo provocó un aumento de aquellas personas que decidieron no iniciar el tratamiento, hecho que afectó y aumentó, según la investigación publicada en su tesis doctoral, en todos los grupos poblacionales estudiados, concluyendo que el grupo más afectado fue el de las personas pensionistas con rentas medias y bajas. Para más información, véase: [http://www.fsjd.org/es/-casi-dos-de-cada-10-medicamentos-recetados-no-van-a-recogerse-a-la-farmacia-\\_162850](http://www.fsjd.org/es/-casi-dos-de-cada-10-medicamentos-recetados-no-van-a-recogerse-a-la-farmacia-_162850), así como, [http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/113316/1/IAL\\_TESIS.pdf](http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/113316/1/IAL_TESIS.pdf), consultadas el 8 de noviembre de 2018. El denominado “euro por receta” fue establecido en la Comunidad de Madrid y en la de Cataluña; medida fue declarada inconstitucional en las SSTC 71/2014, de 8 de mayo, y 85/2014, de 29 de mayo.

19 Según los datos aportados por el Gobierno de España a través de la Secretaria de Estado de Seguridad Social, el número de pensiones a 1 de octubre de 2018 era de 9.656.942, siendo el importe medio de la pensión por jubilación de 1.104,73 €.



de 65 años<sup>20</sup>. Por su parte, la pensión media femenina se sitúa en 825,48 €, mientras que la masculina asciende a 1.276,71 €<sup>21</sup>. No cabe duda de que una de las razones de que las mujeres no accedan a las pensiones o de que estas sean de reducida cuantía es la brecha salarial y la mayor precariedad laboral femenina, pero no es la única causa. No se debe perder de vista la circunstancia de que muchas de las mujeres que hoy tienen más de 65 años de edad se vieron duramente afectadas durante su juventud por la normativa laboral franquista que las discriminaba y las confinaba en el hogar, para preservar su “función reproductora” y su “específica condición femenina”<sup>22</sup>; dicha normativa les exigía “licencia marital” para concertar un contrato de trabajo<sup>23</sup>, les prohibía el acceso a la función pública y a numerosas actividades que se consideraban exclusivamente masculinas (fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, judicatura, fiscalía, abogacía del Estado, inspección de trabajo...) <sup>24</sup>, peligrosas o insalubres<sup>25</sup>, y les imponía la “excedencia forzosa” por matrimonio (medida prevista en varias Reglamentaciones, que acabó exigiendo a las mujeres de determinadas profesiones un “celibato contractual”)<sup>26</sup>.

A la vista de los anteriores datos, no cabe duda de que el actual régimen de copago generalizado de la prestación farmacéutica, extendido a pensionistas -con independencia de la cuantía de la pensión- puede convertirse en una nueva circunstancia generadora de discriminación indirecta por razón de sexo, con incidencia negativa

20 Véase, <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p08/l0/&file=03002.px>, en línea, fecha de consulta, 13 de diciembre de 2018.

21 <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadsocial/detalle/3389>, consultada el 3 de noviembre de 2018.

22 Téngase en cuenta, antes de la finalización de la Guerra Civil española, el Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938 ya anunciaba que el Estado prohibiría “el trabajo nocturno de las mujeres...” y libertaría “a la mujer casada del taller y de la fábrica”; en esta línea, la Ley de 18 de julio de 1938 estableció un régimen obligatorio de subsidios familiares, encaminado - según indica su Preámbulo-, a impedir que la madre se viera obligada a buscar en la fábrica o en el taller “un salario con que cubrir la insuficiencia del conseguido por el padre, apartándola de su función suprema e insustituible que es la de preparar sus hijos, arma y base de la Nación, en su doble aspecto espiritual y material”.

23 Art. 11.d) de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944. Sobre la materia, véase, DIÉGUEZ CUERVO, G., “La autorización marital para el trabajo en Derecho español”, *Revista de Política Social*, núm. 63, julio-septiembre 1964, pp. 133 y ss.

24 En la última etapa del franquismo, la Ley 56/1961 reconoce el derecho de las mujeres a participar, en las mismas condiciones que los hombres, en oposiciones, concursos-oposiciones y otros sistemas para la provisión de plazas de cualesquiera Administraciones públicas. Sin embargo, todavía se les impide el ingreso a las Armas y Cuerpos de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire; a los Institutos armados y Cuerpos, servicios o carreras que impliquen normalmente utilización de armas para el desempeño de sus funciones; a la Administración de Justicia en los cargos de Magistrados, Jueces y Fiscales, salvo en las jurisdicciones tutelar de menores y laboral; y a la Marina Mercante (personal titulado), excepto para las funciones sanitarias. Años más tarde, la Ley de 28 de noviembre de 1966 admitió a las mujeres en la carrera judicial y fiscal.

25 Por su carácter su carácter “penoso, insalubre o inmoral” quedaron prohibidos para las mujeres los trabajos enumerados en la larga lista del art. 1 del Decreto de 26 de agosto de 1957 (engrase, limpieza, reparación de máquinas peligrosas; manejo de prensas, guillotinas, cizallas, taladros mecánicos...; los desarrolladas a más de cuatro metros de altura sobre suelo discontinuo o inestable; los que implican un excesivo esfuerzo físico; y determinados trabajos de transporte o arrastre); el trabajo en espectáculos taurinos (art. 2 RNT de 17 de junio de 1943); y los subterráneos en toda clase de minas (Convenio núm. 45 OIT, ratificado por el Gobierno español en 1958).

26 Un exhaustivo estudio sobre la materia, puede verse en GALIANA MORENO, J.M., “No discriminación por razón de sexo y excedencia forzosa por matrimonio en la doctrina del TCT y del Tribunal Constitucional”, *REDT*, núm. 14, 1983, pp. 269 y ss.



en la salud de las mujeres, al ser potencialmente mayor el número de mujeres que el número de hombres con edad avanzada, que se puede encontrar en la necesidad de no iniciar o abandonar el tratamiento prescrito como consecuencia de sus bajas pensiones.

Junto a la relevante objeción anterior, el nuevo sistema de copago generalizado también admite estas otras críticas<sup>27</sup>:

- El largo plazo establecido para los reintegros -de periodicidad máxima semestral- en el caso de pensionistas con reducidas pensiones, puede acabar neutralizando la finalidad perseguida por la norma de garantizar con la medida “la continuidad en los tratamientos” y de asegurar “un alto nivel de equidad a los pacientes pensionistas con tratamientos de larga duración”. Por ello, mientras el actual régimen de copago se mantenga, para proteger la salud de quienes perciben las pensiones más bajas –por debajo de los 18.000 €-, en todas las Comunidades Autónomas, se deben generalizar mecanismos que permitan a las oficinas de farmacia aplicar el tope mensual máximo aplicable a cada pensionista, en el momento de la dispensación del medicamento o producto sanitario. Afortunadamente, este objetivo ya se ha cumplido en casi todo el territorio estatal, con la excepción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, donde todavía no se ha generalizado la receta electrónica.
- A efectos de concretar la aportación de la persona beneficiaria, se tienen en cuenta los datos del ejercicio fiscal anterior, sin considerar que su situación económica puede haber variado sustancialmente en el momento de la prescripción del medicamento. Sería necesario establecer un protocolo que permitiera la actualización de estos datos de forma ágil y contemplara la perspectiva de género.
- Para el cálculo de la aportación farmacéutica, la normativa no discrimina entre los supuestos en los que la persona usuaria presenta una declaración de la renta individual y aquellos otros en los que realiza una declaración conjunta. En el primer caso, solo se tendrán en cuenta los ingresos de la persona beneficiaria, y, en el segundo, todos los ingresos familiares. Conforme a esta regulación, las personas beneficiarias pertenecientes a familias con idénticos ingresos tendrán que soportar un copago mayor o menor, dependiendo de la modalidad de declaración de la renta por la que hayan optado, lo que no resulta equitativo, razón por la cual esta previsión también habría de ser modificada.

.....  
27 Véanse las críticas al cambio normativo, realizadas por la Organización de Consumidores y Usuarios, en <http://www.ocu.org/salud/derechos-paciente/noticias/reforma-sanitaria-copago>, cit., (en línea; fecha de consulta: 13 de marzo de 2016).

- El art. 102.4 Real Decreto Legislativo 1/2015, prevé que la aportación de las personas usuarias y de quienes tienen la condición de beneficiarias de las mismas deberá ser proporcional al nivel de renta. Sin embargo, el sistema instaurado ni es proporcional ni progresivo, pues contempla un tramo de renta muy amplio, entre 18.000€ y 100.000 €, en el que se abona un mismo porcentaje equivalente al 50% del PVP, resultando especialmente injusto con las rentas medias y bajas en comparación con las altas<sup>28</sup>, y, en particular, con las mujeres al no tener en cuenta las desigualdades sufridas durante su vida activa y tras la jubilación. Así, una persona beneficiaria que obtenga una renta de 18.000 €, independientemente del número de miembros de su unidad familiar, soportará un copago del 50%, al igual que quien declare 100.000 €, mientras que quien declare unos ingresos de 200.000 € solo aportará un 10% más (el 60%). Por su parte, toda persona asegurada activa con rentas inferiores a 18.000 € aportará el 40%, sin tener en cuenta la cuantía concreta de los ingresos declarados, los cuales pueden situarse muy por debajo del SMI en el caso de las personas trabajadoras a tiempo parcial, siendo, de nuevo, las mujeres las más perjudicadas, al ocupar mayoritariamente los trabajos a tiempo parcial -según datos del Instituto Nacional de Estadística<sup>29</sup>- y soportar una brecha salarial, respecto de los hombres, del 35,34 %.
- Por último, también resulta criticable el mantenimiento de un tratamiento diferenciado para el personal funcionario de mutualidades y clases pasivas de MUFACE, MUGEJU e ISFAS, que mantienen el sistema de aportación farmacéutica anterior, situado en el 30%, independientemente de su condición de personas activas o de pensionistas, y que no permite a quien esté en el segundo grupo beneficiarse de los topes mensuales máximos que rigen para las restantes personas jubiladas.

.....

28 Recuérdese la polémica suscitada en relación con la falta de proporcionalidad del sistema de copago, como consecuencia de las declaraciones realizadas por la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Gobierno del Partido Popular, en las que anunciaba su pretensión de ajustar el copago a pensionistas situados en el tramo de renta que oscila entre los 18.000 a los 100.000 € anuales, lo que se interpretó como un nuevo incremento de la aportación para el colectivo situado dentro de este tramo (Véase, <http://www.publico.es/sociedad/sanidad-quiere-aumentar-copago-farmaceutico.html>, en línea, fecha de consulta, 9 de noviembre de 2018). Ante la polémica suscitada, el Ministerio acabó excluyendo el asunto de la agenda política ([http://www.elconfidencialdigital.com/te\\_lo\\_aclaro/Copago-farmaceutico-iguales-pensionistas\\_0\\_2856314354.html](http://www.elconfidencialdigital.com/te_lo_aclaro/Copago-farmaceutico-iguales-pensionistas_0_2856314354.html), en línea, fecha de consulta, 9 de noviembre de 2018).

29 En 2017, los hombres ocupados (en miles de personas) eran un total de 10.266,3 de los cuales 9.514,3 estaban ocupados a tiempo completo y 752 a tiempo parcial. Por su parte, ese mismo año, las mujeres ocupadas eran un total de 8.558,5 de las cuales 6.491,6 trabajaban a tiempo completo y 2.066,9 a tiempo parcial (véase, <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10893>, en línea, fecha de consulta: 7 de noviembre 2018). Así pues, en 2017, mientras los hombres que trabajaban a tiempo parcial eran un 3,99% del total de las personas ocupadas, las mujeres casi triplicaban este dato al alcanzar la cifra del 10,97%. En cuanto a los datos sobre personas con dedicación a tiempo completo, los hombres suponen el 50,54% del total y las mujeres el 34,48%.

## 6. LA “CORRECCIÓN” DEL RÉGIMEN DE COPAGO GENERALIZADO POR PARTE DE ALGUNAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

### 6.1. Algunos ejemplos

Tras el establecimiento del régimen de copago generalizado por parte del Gobierno Central, ocho CCAA han previsto ayudas destinadas a los colectivos más vulnerables con la finalidad de paliar los efectos más negativos del copago farmacéutico. Se trata de las comunidades autónomas de Andalucía, Valencia, Extremadura, Castilla y León, Galicia, País Vasco, Navarra y Cataluña, las cuales ofrecen diferentes tipos de exenciones a pensionistas, enfermos crónicos, familias con rentas bajas, etc.<sup>30</sup>

Por razones de espacio, nos limitaremos a analizar las medidas adoptadas en las Comunidades Valenciana, Vasca y Navarra<sup>31</sup>.

- Tres años más tarde de la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, y tras el cambio de gobierno producido en la Comunidad Valenciana en las elecciones autonómicas celebradas en mayo de 2015, en dicha Comunidad se dictaron dos normas emanadas de la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública: el Decreto 239/2015, de 29 de diciembre, dirigido al colectivo de personas con diversidad funcional, y el Decreto 240/2015, de 29 de diciembre, para pensionistas, normas reglamentarias por las que se aprobaron las bases reguladoras para la concesión de subvenciones destinadas a compensar gastos relacionados con la protección de la salud, durante el ejercicio presupuestario de 2016.

Ambas normas, a diferencia de la regulación homóloga vasca y navarra, no fueron impugnadas ante el TC, y entraron en vigor el 1 de enero de 2016, fecha a partir de la cual las medidas previstas resultaron plenamente aplicables a las personas beneficiarias de las mismas. Si bien es cierto que el Gobierno central, a través del Abogado del Estado, presentó un recurso contencioso-administrativo contra sendos decretos ante el TSJ de la Comunidad Valenciana, ello no afectó a la efectiva concesión de las subvenciones durante

.....

30 [https://www.consalud.es/autonomias/que-cc-aa-ofrecen-ayudas-economicas-para-compensar-el-copago-farmacologico\\_54451\\_102.html](https://www.consalud.es/autonomias/que-cc-aa-ofrecen-ayudas-economicas-para-compensar-el-copago-farmacologico_54451_102.html), consultada el 20 de octubre de 2018.

31 Tras la aprobación del Real Decreto Ley 16/2012, las comunidades autónomas vasca y navarra, en el año 2012, dictaron sendas normas, un Decreto de 26 de junio de 2012, en el caso del País Vasco, y una Ley de 19 de octubre de 2012, en el de la Comunidad Foral Navarra, con las que intentaron contrarrestar –infructuosamente– los efectos de la normativa estatal, mediante la adopción de dos medidas idénticas, consistentes en: a) la recuperación del porcentaje de aportación económica general previsto en la normativa anterior derogada, del 40% sobre el PVP. b) La declaración de exentas de aportación de las personas usuarias (y sus beneficiarios/as) incluidas en determinadas categorías. Ambas medidas tuvieron un corto recorrido pues fueron suspendidas por el TC en 2012 y 2013.

todo el ejercicio presupuestario de 2016, puesto que el recurso no llevaba aparejada la suspensión cautelar de las medidas.

Para los años 2017 y 2018, la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Comunidad Valenciana ha mantenido las subvenciones, a través de distintos decretos<sup>32</sup>. De este modo, a día de hoy, la Comunidad Valenciana ha conseguido reducir, respecto de los colectivos más vulnerables, los efectos más negativos para la salud de estas personas del sistema de copago generalizado establecido por el Real Decreto-Ley 16/2012.

- Las ayudas adoptadas en la Comunidad Autónoma del País Vasco tienen como objetivo permitir que las personas en situación de enfermedad y de necesidad no abandonen, por cuestiones económicas, los tratamientos médicos sujetos a financiación pública que les han sido prescritos en Osakidetza (organismo autónomo para prestar atención sanitaria integral a la ciudadanía)<sup>33</sup>. Dichas ayudas han sido reguladas por los Decretos 247/2017, de 14 de noviembre y 447/2013, de 19 de noviembre.

A diferencia de la Comunidad Valenciana, donde las personas beneficiarias de las ayudas no han de solicitarlas, al iniciarse el procedimiento de oficio, en Euskadi, para poder obtener la ayuda es necesario presentar la solicitud cada año, una vez se apruebe la convocatoria, pudiéndose solicitar a través de un procedimiento simplificado la devolución de los gastos realizados en la propia comunidad autónoma en el período considerado en la convocatoria. También es posible solicitar, a través del procedimiento ordinario, el reintegro de los gastos realizados fuera de la Comunidad Autónoma. La Comunidad protege a su ciudadanía permitiendo que una misma persona pueda solicitar las ayudas por ambos procedimientos, con el único límite de no admitir la sobrefinanciación de los tratamientos médicos prescritos.

- También el Gobierno de Navarra promueve ayudas económicas para la adquisición de medicamentos, por parte de las personas con menos recursos. El Gobierno autonómico atiende, de esta forma, a las necesidades de su ciudadanía, buscando una alternativa legal que permita paliar los efectos adversos del régimen del copago farmacéutico establecido a nivel estatal, y del fallo del Tribunal Constitucional en contra de las medidas iniciales autonómicas que eliminaban o reducían el copago farmacéutico; de este modo, al igual que otras comunidades autónomas, pretende

.....

32 Véanse, el Decreto 194/2016, de 23 de diciembre, del Consell, por el que aprueban las bases reguladoras y la convocatoria para la concesión de subvenciones directas al colectivo de pensionistas, destinadas a compensar gastos relacionados con la protección de la salud durante el ejercicio presupuestario de 2017; y el Decreto 217/2017, de 22 de diciembre (con idéntico título), para el año 2018.

33 Para más información, véase: [https://www.osakidetza.euskadi.eus/r85-skacer01/es/contenidos/informacion/acerca\\_sistema\\_sanitario/es\\_sanidad/acerca\\_sistema\\_sanitario.html](https://www.osakidetza.euskadi.eus/r85-skacer01/es/contenidos/informacion/acerca_sistema_sanitario/es_sanidad/acerca_sistema_sanitario.html), consultada el 10 de noviembre de 2018.

que el coste de los fármacos sujetos a financiación pública no sea un obstáculo para las personas con menos recursos económicos.

Para ello, la administración foral facilita que las personas con tarjeta sanitaria del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea -en activo y pensionistas- con rentas inferiores a 18.000 € anuales, paguen un tope de 8,23 € mensuales en medicamentos financiados; mientras que las personas -en activo y pensionistas- con rentas inferiores a 6.000 € anuales, asuman un límite de 2,6 € mensuales. La solicitud se realiza a instancia de parte cada año, teniendo en cuenta la administración autonómica, para el reconocimiento de la ayuda, la declaración de la renta del año anterior<sup>34</sup>.

## 6.2. Justificación de las medidas

Tras las medidas adoptadas por determinadas comunidades autónomas, encaminadas a paliar los efectos del régimen de copago farmacéutico establecido en 2012 en colectivos vulnerables, se hallan razones de interés público, social, económico o humanitario. Muy explícita es, en este sentido, la exposición de motivos del Decreto 194/2016, de 23 de diciembre, norma que pone el acento en la existencia en la Comunidad Valenciana de “personas en situación de desamparo, que requieren una actuación protectora para atender unas necesidades que no están cubiertas por la seguridad social en el actual contexto normativo”.

Las ayudas contempladas en la Comunidad Valenciana han tenido los siguientes efectos, tal como se señala en el preámbulo del Decreto 217/2017, de 22 de diciembre: 1) El abandono de los tratamientos se ha reducido 39,5 % respecto del mismo periodo de 2015, lo que significa que han sido abandonados 92.644 tratamientos menos. 2) Se ha reducido, asimismo, un 10,6 % el número de tratamientos no iniciados respecto al mismo periodo de 2015, por consiguiente, han sido iniciados 32.135 tratamientos más. En los ocho primeros meses de aplicación de las medidas, 764.404 personas se han beneficiado de las ayudas, de las cuales un 58 % son mujeres y un 42 % hombres. Estas, por tanto, han permitido alcanzar los objetivos propuestos, al garantizar el tratamiento y el restablecimiento de la salud, a través de la prestación farmacéutica, eliminando los obstáculos económicos en los colectivos más vulnerables, mayoritariamente mujeres.

Por su parte, el Parlamento Vasco, con la convocatoria de ayudas –que se viene llevando a cabo desde el año 2013- pretende “establecer los mecanismos para facilitar la continuidad del tratamiento y reducir así las posibles desigualdades que se puedan producir en determinadas personas en tratamiento médico que, por sus limitaciones económicas

.....

34 Para más información, véase: [https://www.navarra.es/home\\_es/Temas/Portal+de+la+Salud/Ciudadania/Servicios+on+line/Ayudas+medicamentos/](https://www.navarra.es/home_es/Temas/Portal+de+la+Salud/Ciudadania/Servicios+on+line/Ayudas+medicamentos/), en línea, fecha de consulta: 10 de diciembre de 2018.

o situación de exclusión social, se encuentren en situación de riesgo de no seguimiento óptimo u abandono de las prescripciones médicas”; así lo señala el preámbulo del Decreto 247/2017 de 14 de noviembre<sup>35</sup>, de modificación del Decreto por el que se regulan las ayudas destinadas a facilitar la adherencia a los tratamientos médicos prescritos por personal del sistema sanitario de Euskadi<sup>36</sup>. A diferencia del Gobierno valenciano, el vasco no aporta datos del número de personas que se benefician de estas medidas integradoras.

El ejecutivo navarro, en el contexto de incertidumbre sobre la inequidad de la medida que adoptó el Gobierno central, y teniendo en cuenta la dificultad de acceso a los medicamentos de las capas sociales con menos renta, encargó a la Dirección General de Salud, en colaboración con la Subdirección de Farmacia y el Departamento de Hacienda, la realización de un análisis sobre la aportación real que efectuaban las personas en Navarra por sus medicamentos, en función de los tramos de renta en los que se encontraban; el objetivo del estudio era detectar las situaciones de dificultad en el acceso a los medicamentos y, por otra parte, investigar sobre el cumplimiento o no del tratamiento farmacológico como consecuencia del copago. Dicho estudio concluyó que, entre enero de 2014 y enero de 2016, las personas activas con rentas inferiores a 18.000 € dejaron de recoger casi el 12% de los medicamentos que tenían prescritos. Sin embargo, entre las personas pensionistas con renta menor de 18.000 €, el porcentaje era del 2,4%, constatando, además, que existían más de 1.300 pacientes activos con rentas bajas que aportaban más de 300 € al año para la adquisición de medicamentos; más de 780 pacientes con rentas inferiores a 6.000 € que aportaron más de 300 € e, incluso, 15 pacientes con rentas inferiores a 6.000 € que habían tenido que afrontar un copago de 1.000 € (los datos no se ofrecen desagregados por sexo, lo que, supone, una vez más, el incumplimiento de la LOU). Ante estas cifras, el Departamento consideró inequitativo que solo las personas pensionistas con rentas inferiores a 18.000 € tuvieran unos topes máximos de aportación mensual de 8,23€ (98,8€ año), mientras que pacientes activos con rentas inferiores a esta cantidad se vieran obligados a aportar en algunos casos hasta 1.000€<sup>37</sup>.

Llegados a este punto, parece claro que las ayudas han sido útiles y positivas, al permitir garantizar la iniciación y el mantenimiento de tratamientos dirigidos al restablecimiento de la salud de colectivos especialmente vulnerables, mayoritariamente mujeres, mediante la eliminación de los obstáculos económicos que el régimen de copago farmacéutico establecido por la normativa estatal representa para los mismos. Ahora bien, esos efectos positivos solo se han logrado en las comunidades autónomas que las han adoptado (solo

.....

35 Para más información, véase: <https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/2017/11/1705522a.pdf>, consultada el 10 de noviembre de 2018.

36 Decreto 447/2013, de 19 de noviembre, por el que se regulan las ayudas destinadas a facilitar la adherencia a los tratamientos médicos prescritos por personal del Sistema Sanitario de Euskadi (<https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/2013/11/1305170a.pdf>, consultada el 10 de noviembre de 2018).

37 Nota de prensa del Gobierno navarro: [http://www.navarra.es/home\\_es/Actualidad/Sala+de+prensa/Noticias/2017/06/30/Ayudas+al+copago+farmaceutico.htm](http://www.navarra.es/home_es/Actualidad/Sala+de+prensa/Noticias/2017/06/30/Ayudas+al+copago+farmaceutico.htm), consultada el 10 de noviembre de 2018.



ocho de un total de diecisiete), lo que sin duda genera desigualdad entre la ciudadanía según su lugar de residencia.

## 7. CONCLUSIONES

1. En octubre de 2018, el número de pensionistas de sexo femenino es de 2.272.482, mientras que el de sexo masculino asciende a 3.690.099, lo que evidencia que un elevado número de mujeres no percibe pensión alguna dado que, conforme a los datos del INE, es superior el número de mujeres que de hombres con más de 65 años. Por su parte, la pensión media femenina se sitúa en 825,48 €, mientras que la masculina asciende a 1.276,71 €. Sin duda, una de las causas de que muchas mujeres no accedan a las pensiones y de que, cuando las disfrutan, sean de reducida cuantía es la mayor precariedad laboral femenina y la brecha salarial que estas sufren a pesar del reconocimiento de la igualdad formal entre hombres y mujeres en la CE. Pero no es el único motivo; también influye en los anteriores datos el que muchas de las mujeres que hoy tienen más de 65 años de edad fueran víctimas durante su juventud de la normativa laboral franquista que las discriminaba directamente y las excluía del mercado laboral, para preservar su “función reproductora” y su “específica condición femenina”.
2. Una normativa que afecte a personas pensionistas y que sea elaborada sin tener en cuenta una perspectiva de género puede acabar generando efectos perjudiciales en las mujeres, constitutivos de discriminación indirecta por razón de sexo. Así ocurre con régimen de copago generalizado establecido por el Real Decreto Ley 16/2012; tras la entrada en vigor de esta norma, quienes perciben una pensión de jubilación contributiva pasan de la gratuidad a una aportación del 10% del PVP, independientemente de la cuantía de la pensión percibida y sin que se valore el enorme impacto de género de una previsión que afectará de forma especialmente peyorativa en las mujeres, al disfrutar estas de una pensión media que representan el 65% de la pensión media masculina.
3. Llegados a este punto, cabe afirmar que el régimen de copago generalizado de la prestación farmacéutica, extendido a pensionistas con independencia de la cuantía de la pensión, constituye es una circunstancia generadora de discriminación indirecta por razón de sexo, con incidencia negativa en la salud de las mujeres, al ser potencialmente mayor el número de mujeres que el número de hombres con edad avanzada, que se puede encontrar en la necesidad de no iniciar o abandonar el tratamiento prescrito como consecuencia de sus bajas pensiones. Con ello, estas mujeres verían vulnerados



- sus derechos reconocidos en los arts. 14, 15 y 43 CE, infringiéndose asimismo el art. 50 CE, que exige a los poderes públicos garantizar “la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad”. Ahora bien, las repercusiones de las medidas no solo alcanzarían a los estados de salud individuales sino que son susceptibles de incidir sobre el Sistema Nacional de Salud en su conjunto, que habrá de asumir el mayor coste sanitario derivado del empeoramiento de determinadas patologías como consecuencia de la no iniciación o del abandono del tratamiento farmacéutico.
4. Pese al negativo impacto social del régimen de copago generalizado -que ha obligado a algunas CCAA a adoptar medidas correctoras-, el Real Decreto Ley 16/2012 no ha conseguido alcanzar su principal objetivo, consistente en la reducción del gasto farmacéutico. Este, lejos de disminuir, empezó a crecer a partir de 2014, incremento que se mantuvo en 2015, 2016 y 2017, siendo significativo que en estos años se haya superado el gasto farmacéutico de 2012.
  5. Un total de ocho comunidades autónomas, por razones de interés público, social, económico o humanitario, han establecido distintas ayudas encaminadas a paliar los efectos negativos del régimen de copago farmacéutico generalizado en colectivos desfavorecidos. Tales ayudas han sido útiles y positivas, al permitir garantizar la iniciación y el mantenimiento de tratamientos dirigidos al restablecimiento de la salud de colectivos especialmente vulnerables, mayoritariamente mujeres, mediante la eliminación de los obstáculos económicos que el régimen de copago farmacéutico representa para los mismos. Pero tales efectos positivos solo se han logrado en las comunidades autónomas que han adoptado medidas correctoras, lo que está generando desigualdad entre personas vulnerables en España en atención a su lugar de residencia.
  6. El fracaso del régimen de copago generalizado en la consecución del objetivo de reducir el gasto farmacéutico, unido a sus deplorables efectos en los colectivos más vulnerables, mayoritariamente mujeres, y a la desigualdad territorial que están generando las heterogéneas respuestas –o la falta de las mismas- que las CCAA ofrecen a esta problemática, aconsejan su derogación, al menos, para las personas pensionistas con ingresos inferiores a 18000 € anuales.

**M<sup>a</sup> CARMEN LÓPEZ ANIORTE**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Murcia*

**ANTONIO MEGÍAS BAS**

*Contratado predoctoral FPU-UM  
Universidad de Murcia*

# TRABAJADORAS ASALARIADAS Y AUTÓNOMAS ANTE LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD: LA SUBSISTENCIA DE ESTEREOTIPOS SEXISTAS EN LA LEY Y EN LA JURISPRUDENCIA\*

M<sup>a</sup> CARMEN LÓPEZ ANIORTE

*Catedrática de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Murcia*

Fecha de recepción: 26/11/2018

Fecha de aceptación: 16/12/2018

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL TRABAJO POR CUENTA AJENA. 2.1. Planteamiento. 2.2. La madre-cuidadora como titular originaria y principal del derecho. 2.3. Los bienes jurídicos tutelados. 2.3.1. Protección de la salud de la madre. 2.3.2. Protección de la persona menor y conciliación de la vida familiar y laboral. 2.3.3. La presencia de estereotipos sexistas en la doctrina del TJUE y del TC: de la STJUE de 12 de julio de 1984 (Caso Hofmann) a la STC 111/2018, de 17 de octubre. III. LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL TRABAJO AUTÓNOMO. 3.1. Autoempleo como alternativa al desempleo femenino: ¿empoderamiento o precarización? 3.2. Las peculiaridades de la protección por maternidad en el RETA. 3.3. El superado debate sobre el derecho de cesión del descanso por maternidad. 3.4. La precaria protección por maternidad de las trabajadoras autónomas excluidas del RETA. 3.4.1. Planteamiento. 3.4.2. La atribución legal a la otra persona progenitora del derecho al descanso por maternidad. 3.4.3. Nuevos déficits de protección de una normativa obsoleta y basada en estereotipos sexistas: soluciones jurisprudenciales. IV. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** En este trabajo se analizan los estereotipos de género presentes en la normativa reguladora de la protección por maternidad en el trabajo asalariado y autónomo, así como en la doctrina del TJUE y del TC que la interpreta. Los prejuicios sexistas impregnados en la cultura, en las normas y en las resoluciones judiciales siguen atribuyendo a la madre trabajadora el rol de cuidadora prioritaria, rol que se silencia y enmascara tras el argumento de la necesidad de tutelar “las particulares relaciones” entre la madre y la criatura recién nacida. La desigual regulación de los permisos por maternidad y paternidad discrimina indirectamente a las mujeres pues, al imponerles el ejercicio de los derechos de conciliación en caso de parto y convertir al padre en un mero colaborador, hace recaer sobre ellas el coste laboral de la decisión de tener descendencia; coste que es especialmente alto en el trabajo por cuenta propia, lo que desincentiva el autoempleo femenino.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the gender stereotypes present in the regulations governing maternity protection in paid and autonomous work, as well as in the doctrine of the ECJ and the Spanish Constitutional Court. The sexist prejudices impregnated in the culture, in the laws and in the judicial resolutions continue to attribute to the working mother the role of priority carer, a role that is silenced and masked with the argument of the need to protect “the particular relationships” between the mother and the newborn baby. The unequal regulation of maternity and paternity leave indirectly discriminates against women because, by imposing on them the exercise of conciliation rights in the event of childbirth and turning the father into a mere collaborator, the labor cost of having offspring falls on the working women; cost that is especially high at self-employment, which discourages female self-employment.

**PALABRAS CLAVE:** Trabajo asalariado, trabajo autónomo, protección por maternidad, corresponsabilidad, discriminación, estereotipos sexistas.

**KEYWORDS:** Salaried work, self-employment, maternity protection, co-responsibility, discrimination, sexist stereotypes.

## I. INTRODUCCIÓN

El ejercicio de los derechos de conciliación familiar y laboral en términos de corresponsabilidad real entre ambos sexos es, en pleno siglo XXI, una asignatura pendiente<sup>1</sup>. Ello constituye un lastre que impide garantizar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo asalariado y autónomo, pues obstaculiza el empleo y precariza las condiciones laborales de las trabajadoras, con la consiguiente merma de sus derechos en materia de Seguridad Social. A este respecto, la Comisión Europea, en su *Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019*, ha reconocido que para poner fin a la disparidad entre sexos en el mundo laboral “habrá que promover el equilibrio entre responsabilidades familiares y profesionales”, así como “una distribución más equitativa del tiempo dedicado al cuidado de los hijos y del hogar”<sup>2</sup>.

En el caso de España, en apenas seis meses, se han sucedido numerosos acontecimientos jurídicos que permiten augurar un inminente cambio normativo favorable a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres: 1) en abril 2018, el TC admite a trámite el recurso de amparo de un padre y de la Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción (PPIINA)<sup>3</sup>, en el que se solicita el reconocimiento de la prestación de paternidad en términos equiparables a la de

.....

\* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación DER2016-76557-R, sobre “El futuro del sistema español de protección social. Análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad (V): Salud, familia y bienestar”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, e incluido en la Convocatoria 2016 de Proyectos de I+D+I, correspondientes al Programa Estatal de investigación, desarrollo e innovación orientada a los Retos de la Sociedad.

1 Véase, MOLINA NAVARRETE, C., “El «fin» de la «re-conciliación» trabajo/familia como derecho social fundamental ¿«sexuado»? sin «corresponsabilidad» no hay «paraíso» de igualdad”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 47, 2018, pp. 16-34.

2 Comisión Europea, *Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016, p. 19. Son demoledores los datos que, en el caso de España, evidencian la enorme brecha laboral de género existente, derivada, en buena medida en la falta de corresponsabilidad entre sexos en los cuidados de menores, mayores y dependientes: la tasa de paro femenina a finales del tercer trimestre de 2018 fue del 16,22%, y la masculina del 13,12% (<http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4247>, en línea, fecha de consulta: 18-11-2018); a finales de 2017, del total de trabajos a tiempo parcial, 2.072.100 eran ocupados por mujeres y 733.300 por hombres (<http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4181>, en línea, 2 de febrero de 2018); el salario medio anual de las mujeres en 2016 fue de 20.131,41 euros, mientras que el de los hombres alcanzó los 25.924,43 euros, representando el salario medio anual femenino el 77,6% del masculino (INE, Encuesta Estructura Salarial 2016); y sus pensiones son significativamente más reducidas: la pensión de jubilación media de las mujeres en junio de 2018 fue de 805 €, frente a la de los hombres que alcanzó los 1.254 € ([http://www.seg-social.es/Internet\\_1/Estadistica/Est/Pensiones\\_y\\_pensionistas/Pensiones\\_contributivas\\_en\\_vigor/Por\\_edades/150225](http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Pensiones_y_pensionistas/Pensiones_contributivas_en_vigor/Por_edades/150225), en línea, fecha de consulta: 10 julio 2018).

3 <https://igualeseintransferibles.org/>, en línea, fecha de consulta: 8 de septiembre de 2018.

maternidad; 2) en junio de 2018, el pleno del Congreso aprueba la toma en consideración de la proposición de ley de reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores en caso de nacimiento, adopción o acogimiento, que contempla permisos y prestaciones iguales e intransferibles para ambas personas progenitoras<sup>4</sup>; 3) en julio de 2018, la LPGE para 2018 amplía la duración de la protección por paternidad de cuatro a cinco semanas; 4) y en octubre de 2018, la Ministra de Política Territorial y Función Pública firma un acuerdo con CC.OO., UGT, CSIF y CIGA para ampliar progresivamente, en el ámbito de la Administración General del Estado, el permiso de paternidad hasta las 16 semanas, equiparándolo al de maternidad<sup>5</sup>.

En el actual contexto social y jurídico, la admisión a trámite por el TC del recurso de amparo arriba aludido, bajo la justificación de su “especial trascendencia constitucional” (art. 50.1 LOTC)<sup>6</sup>, permitía confiar en un cambio en la doctrina del TC en la materia. Se podía, ciertamente, esperar que el Alto Tribunal, en cumplimiento del mandato contenido en el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), conforme al cual “la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”, tomara la decisión de remover los obstáculos que se derivan de la desigual regulación de la protección por maternidad y paternidad actualmente existente, que impiden o dificultan la igualdad real efectiva entre mujeres y hombres, en los términos exigidos por el art. 9.2 CE.

Pero las expectativas no se han cumplido. La STC 111/2018, de 17 de octubre, dictada por el Pleno -conformado por nueve magistrados y dos magistradas, una de las cuales ha emitido voto particular-, ha confirmado la doctrina constitucional sobre la materia, en la que se defiende que la finalidad de la protección por maternidad no es otra que la de preservar la salud de la mujer trabajadora y “proteger las particulares relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo de puerperio”. Ello le permite concluir que, siendo el objeto de la protección por paternidad el de “favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, y, por tanto, distinto al de la protección por maternidad, son diferentes las situaciones que se traen a “comparación”, por lo que “no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley, la diferente duración de los

.....

4 [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-131.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-131.PDF), en línea, fecha de consulta, 8 de septiembre de 2018.

5 [http://www.seat.mpr.gob.es/dam/es/portal/prensa/archivo\\_grafico/galerias/2018/Octubre/20181029-sindicatos/20181029acuerdossindicatos.pdf.pdf](http://www.seat.mpr.gob.es/dam/es/portal/prensa/archivo_grafico/galerias/2018/Octubre/20181029-sindicatos/20181029acuerdossindicatos.pdf.pdf), en línea, fecha de consulta: 7 de noviembre de 2018.

6 Especial trascendencia constitucional, basada en tres motivos: “1º. Porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2, b)]. 2º. La posible vulneración del derecho fundamental que se denuncia pudiera provenir de la ley o de otra disposición de carácter general [STC 155/2009, FJ 2, c)]. 3º El asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica relevante y general repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2, g)]”.

permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social”.

Como manifiesta la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón, en el Voto Particular a la STC 111/2018, el Alto Tribunal ha perdido “la ocasión de diferenciar, de forma clara, entre los objetivos y finalidades con proyección constitucional asociados a las medidas de protección del hecho biológico de la maternidad –en conexión con los arts. 15 y 43 CE-, y las finalidades, con igual cabida constitucional, asociadas tanto a la garantía de igualdad de trato en el mercado laboral -arts. 14 y 35.1 CE-, como al desarrollo de medidas de conciliación de la vida laboral y personal –art. 18 CE- que deben ser proyectadas, sin ninguna diferencia, a los hombres y a las mujeres que tienen descendencia, a riesgo de convertirse, de no ser así, en medidas generadoras de discriminación indirecta”.

En las páginas que siguen, se estudiarán los bienes jurídicos protegidos por la normativa reguladora de la protección por maternidad, utilizando, a tal efecto, una perspectiva de género<sup>7</sup>. Asimismo, se analizará si la actual regulación de los permisos por maternidad y paternidad, de diferente duración, garantiza la igualdad real y efectiva de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo asalariado y autónomo, en los términos exigidos por el art. 4 LOI –aspecto no examinado por el TC en la aludida sentencia-, o si, por el contrario, dicha normativa favorece la perpetuación de estereotipos y roles tradicionales<sup>8</sup>, dificulta la corresponsabilidad entre ambos sexos<sup>9</sup>, y discrimina indirectamente a las mujeres.

## II. LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL TRABAJO POR CUENTA AJENA

### 2.1. Planteamiento

En el trabajo asalariado, la maternidad biológica se configura como un supuesto suspensivo del contrato de trabajo (art. 45.1.d ET), regulado en el art. 48.4 ET, que implica el cese temporal de la ejecución de las prestaciones recíprocas de trabajar y remunerar la

.....

7 Sobre la necesidad de integrar la dimensión de género en la impartición de justicia, véase, POYATOS MATAS, G., “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”, *iQual. Revista de Género e Igualdad*, núm. 2, 2018, Editum, Universidad de Murcia, en prensa.

8 Como advierte la OIT, en su informe, *Care work and care jobs for the future of work* (en línea, fecha de consulta: 24 de julio de 2018), es necesario adoptar medidas urgentes respecto del trabajo de cuidados, pues, de lo contrario, aumentará “más aún la desigualdad de género en el trabajo”. Como se indica en el informe, las mujeres realizan el 76,2 % de todo el trabajo de cuidados no remunerado.

9 Sobre la materia, véase, BALLESTER PASTOR, M.A., “La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”, *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012, [http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/6172/5820](http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/6172/5820), en línea, fecha de consulta: 22 de noviembre de 2018.



actividad laboral<sup>10</sup>, generando los derechos a reserva de puesto de trabajo (art. 48.1 ET) y a prestaciones de la Seguridad Social (arts. 177-182 LGSS).

A diferencia del derecho laboral al descanso por maternidad, que solo requiere la vigencia del contrato de trabajo, el nacimiento del subsidio se condiciona al cumplimiento de determinados requisitos [afiliación, alta o situación asimilada (art. 165.1 LGSS) y un período mínimo de cotización (art. 178 LGSS)]. Para reducir las eventuales situaciones de desprotección por incumplimiento del requisito de carencia, tras la reforma operada por la LOI, se establecieron distintos períodos mínimos de cotización en función de la edad de la persona protegida, llegándose a obviar tal exigencia cuando esta es menor de 21 años (art. 178.1 LGSS).

Cumplidas las exigencias señaladas, la persona beneficiaria tendrá derecho a un subsidio equivalente al 100 por 100 de su base reguladora, idéntica a la establecida para la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (arts. 179.1 LGSS y 6 295/2009). Las normas de Seguridad Social aseguran, de este modo, durante todo el período de descanso, en el trabajo por cuenta ajena, prestaciones equivalentes al 100% de las rentas salariales dejadas de percibir, con el objeto de impedir que se produzca una merma de ingresos en un momento en que, con la llegada de un nuevo miembro a la familia, se produce un incremento extraordinario de gastos.

Ahora bien, la mera flexibilización de los requisitos de carencia, por sí sola, no impedía el eventual reconocimiento del derecho a la suspensión contractual sin derecho a subsidio, en los supuestos en los que la persona beneficiaria fuera mayor de 21 años. Para obviar tal discordancia normativa entre el ordenamiento laboral y el de la Seguridad Social, la LOI configuró una prestación no contributiva por maternidad (hoy regulada en los arts. 109.3, 181 y 182 LGSS) destinada a reconocer a la madre, en estos casos, el derecho a percibir un subsidio, de reducida cuantía, durante las seis semanas posteriores al parto de descanso obligatorio, duración que se amplía en 14 días naturales en determinadas circunstancias.

## **2.2. La madre-cuidadora como titular originaria y principal del derecho**

El art. 48.4 ET, tras señalar que la duración de la suspensión contractual será de “dieciséis semanas ininterrumpidas”, precisa que “el período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto”. Así pues, la madre trabajadora es la titular originaria del derecho. Como se irá justificando a lo largo del presente trabajo, la atribución de tal derecho a la trabajadora que ha dado a luz,

.....

<sup>10</sup> La protección por maternidad tiene amparo en el art. 39.2 CE. Un análisis comparado sobre el tratamiento que la Constitución Española y la Constitución Italiana dispensan a la maternidad, puede verse, en, ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M., *La constitucionalización de la Seguridad Social: la experiencia española e italiana en su 40 y 70 aniversario*, Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 43, 113, 120, y 119.



con exclusión del otro progenitor, no solo se debe a razones biológicas (protección de su salud) y jurídicas (protección de sus derechos laborales), sino también a los estereotipos sexistas que le atribuyen el rol de cuidadora. Ello explica que cuando la LOI, en el 2007, reconoció al padre –o a la otra persona progenitora- un permiso “por paternidad” propio e intransferible, lo dotó inicialmente de una duración anecdótica de 13 días, insuficientes para que aquel pudiera involucrarse en la crianza; en la actualidad, el permiso se ha ampliado a 5 semanas, pero sigue sin garantizar la corresponsabilidad entre ambos sexos<sup>11</sup>.

El legislador marca, de este modo, distancia, entre la protección por maternidad biológica y por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento (de igual duración que la protección por maternidad), donde trabajadores y trabajadoras se encuentran en un plano de igualdad en cuanto titulares legales indistintos<sup>12</sup>. Como se ha señalado, en la suspensión contractual por maternidad es la madre la titular del derecho, pudiendo esta “optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre”, sin perjuicio “de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre” (art. 48.4, párrafo segundo ET). De este modo, la trabajadora puede ceder al otro progenitor hasta las 10 semanas adicionales (o el número superior que corresponda en los casos de ampliación del permiso), que podrán ser disfrutadas de forma simultánea o sucesiva con el período de descanso de la progenitora.

Como excepción a la regla general, conforme a la cual el padre puede disfrutar del descanso por maternidad de forma parcial y derivada de la madre, en los tres supuestos que a continuación se enumeran, aquel –o la otra persona progenitora- puede acceder al descanso por maternidad y a la correspondiente prestación de forma completa, directa y subsidiaria, por imposibilidad de disfrute del descanso por la madre: a) fallecimiento de esta; b) paternidad biológica mediante contrato de gestación por sustitución; c) cuando la madre no tuviera derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones (este supuesto se analizará en el epígrafe correspondiente a la protección por maternidad de las trabajadoras por cuenta propia).

En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que esta realizara o no un trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del tiempo de suspensión, computado desde la fecha del parto, “y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto” (ter-

.....

11 Al igual que el permiso por maternidad, el de paternidad es un supuesto suspensivo del contrato de trabajo, contemplado en el art. 48.7 ET, que genera dos derechos básicos en el trabajo por cuenta ajena: a reserva de puesto de trabajo (art. 48.1 ET) y a una prestación de la Seguridad Social sustitutiva de las rentas salariales dejadas de percibir; esta se regula en los arts. 183 a 185 LGSS y 22 a 30 RD 295/2009.

12 En este sentido, el art. 48.5 ET, en su último párrafo, establece: “En caso de que ambos progenitores trabajen, el periodo de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos y con los límites señalados”.

cer inciso del primer párrafo del art. 48.4 ET). La LOI introduce dos mejoras respecto de la regulación precedente. De un lado, reconoce expresamente el derecho del otro progenitor a disfrutar de este descanso, aunque la madre no se encuentre de alta en la Seguridad Social, siempre que aquel reúna por sí mismo los requisitos pertinentes. Y, de otro, prevé que no se le descuente el tiempo de suspensión disfrutado por la madre antes del parto. Ambas novedades persiguen la protección de la persona menor, tras la desaparición de la “cuidadora principal”, así como facilitar la conciliación familiar y laboral del padre.

Por su parte, la paternidad biológica mediante contrato de gestación por sustitución es un supuesto suspensivo del contrato de trabajo y una situación protegida de la prestación por maternidad de configuración jurisprudencial<sup>13</sup>, y sin cobertura legal<sup>14</sup>. En relación con esta controvertida materia, cabe destacar la STS de 25 de octubre de 2016, que reconoce la prestación por maternidad a un trabajador, padre biológico mediante contrato de gestación por sustitución, con el razonamiento de que si bien la normativa actual omite la contemplación de estos supuestos, “no es tan cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de la vida familiar y laboral”.

Sin ahondar en el debate ético y jurídico que la gestación por subrogación suscita, ha de subrayarse el carácter innovador del citado pronunciamiento. El TS, alejándose del criterio mantenido en la STC 111/2018, de 17 de octubre, donde se sigue haciendo referencia a objetivos obsoletos de la tutela por maternidad, como la protección de “las particulares relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo de puerperio”, la STS de 25 de octubre de 2016 reconoce de forma inequívoca que, mediante la protección por maternidad, se persiguen las finalidades constitucionales de “protección del menor”, y de “conciliación de la vida familiar y laboral”, aspectos en los que se profundiza en el apartado siguiente.

### **2.3. Los bienes jurídicos tutelados**

Como ya se ha adelantado, no existe consenso sobre los bienes jurídicos protegidos por la normativa protectora de la maternidad biológica, más allá de la protección de la salud de la trabajadora durante el embarazo, el parto y el puerperio (que, obviamente, no se cuestiona). Ahora bien, junto a la salud de la madre, dicha normativa también persigue, como precisa la STS de 25 de octubre de 2016, de un lado, la protección de la criatura recién nacida, ser inmaduro e indefenso que reclama intensos cuidados de las personas progeni-

.....

13 Véanse, STS 25 octubre 2016 (RJ 2016/6167), y SSTSJ Madrid 18 de octubre de 2012 (AS 2012/2503) y 23 de diciembre de 2014 (AS 2015/406).

14 El ET y la LGSS no contemplan este supuesto. No en vano, el contrato de gestación por sustitución es nulo *ex art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*; por su parte, los arts. 6.2 y 3 del Código Civil y el art. 10 de la Ley 14/2016 prohíben la renuncia de la madre a la filiación.

toras durante sus primeros meses de vida (cuidados que facilitarán el afianzamiento de las relaciones entre ambas partes)<sup>15</sup>; y, de otro, la conciliación de la vida personal y familiar, aspecto que ha de ser planteado en términos de corresponsabilidad entre ambos sexos.

### 2.3.1. Protección de la salud de la madre

Para el TC, la finalidad primordial perseguida por la normativa protectora de la maternidad es la tutela de la salud de la mujer trabajadora. En este sentido, la STC 75/2011, de 19 de mayo, manifiesta que “la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de la legislación laboral pretende preservar la salud de la trabajadora embarazada sin detrimento de sus derechos laborales”; y, de forma más amplia, la STC 111/2018, de 17 de octubre afirma que “la finalidad primordial que persigue desde siempre el legislador al establecer el descanso por maternidad (...) es la protección de la salud de la mujer trabajadora, durante el embarazo, parto y puerperio”.

De este modo, para el TC, en la maternidad biológica, quedan en un segundo plano, hasta prácticamente desaparecer, los bienes jurídicos de protección de la persona menor y de conciliación entre la vida familiar y laboral, que, paradójicamente, la doctrina del TS y del propio TC considera capitales para el disfrute del permiso de maternidad por el padre biológico mediante contrato de gestación por sustitución (STS de 25 de octubre de 2016), así como en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento (STC 75/2011, de 19 de mayo). El objetivo de favorecer “la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, asimismo, estaría presente en la protección por paternidad (STC 111/2018, de 17 de octubre), así como en los supuestos en los que el padre (o la otra persona progenitora) disfruta del descanso por maternidad de forma derivada o subsidiaria.

La LOI reforzó el bien jurídico de la protección de la salud de la madre –y también de la persona menor- al permitir que la otra persona progenitora pudiera seguir haciendo uso del periodo de suspensión por maternidad inicialmente cedido aunque, en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, esta se encontrara en situación de incapacidad temporal. Tal previsión constituye un avance respecto de la regulación precedente, pero es insuficiente dado que no contempla el derecho al disfrute íntegro del descanso en los supuestos en los que la enfermedad se manifieste durante todo el período de duración del permiso, incluidas las seis semanas posteriores al parto. Otra medida que robustece la tutela de la madre trabajadora, establecida por la LOI, es el reconocimiento del subsidio no contributivo por maternidad durante el descanso obligatorio.



15 En palabras de RIVAS VALLEJO, M.P., *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 72, “la suspensión del contrato en caso de maternidad se articula en una prohibición que rige sobre la trabajadora y que tiene por finalidad garantizar su salud y la del recién nacido, impidiendo que su regreso prematuro al trabajo perjudique a uno o a otro o a ambos, así como la relación materno y paterno-filial”.

### *2.3.2. Protección de la persona menor y conciliación de la vida familiar y laboral*

#### 2.3.2.1. Planteamiento

Conforme a la doctrina del TC, en la maternidad biológica, el cuidado de la persona menor y la conciliación entre la vida familiar y laboral son bienes jurídicos que quedan absorbidos y neutralizados por la “protección de la salud de la madre”, que el Alto Tribunal considera “finalidad primordial de la protección en caso de parto”. Sin embargo, no cabe ninguna duda de que tales bienes jurídicos concurren en la figura jurídica analizada; así lo evidencia el hecho de que los mismos “reaparecen” y se visibilizan con total nitidez, cuando es el padre quien disfruta del permiso de maternidad de forma derivada o subsidiaria.

Llegados a este punto, cabe afirmar que, una vez atendido el bien jurídico de protección de la salud de la madre, los otros dos, es decir, la protección de la persona menor -mediante el trabajo de cuidados y el afianzamiento de vínculos afectivos-, y el ejercicio de los derechos de conciliación necesarios para materializar tal protección y hacerla compatible con el trabajo, han de corresponder a ambas personas progenitoras, en términos de corresponsabilidad real, lo que la normativa actual no garantiza.

El carácter “disuasorio” de la contratación de mano de obra femenina que las normas protectoras de la maternidad generan, y la legítima aspiración masculina a ejercer los derechos de conciliación en igualdad de condiciones que las mujeres, han determinado que el legislador haya ampliado al máximo el período de descanso por maternidad del que puede hacer uso el padre, y le haya reconocido un permiso de paternidad independiente del de la madre y no transferible, que actualmente tiene una duración de 5 semanas. Con estas medidas se ha pretendido combatir, al menos en la letra de la norma, el estereotipo sexista de que la crianza de la prole es un rol exclusivamente femenino. Sin embargo, son poco numerosos los supuestos en los que los padres acceden a la maternidad compartida<sup>16</sup>, y muy escasa la duración del permiso por paternidad, pese a su disfrute mayoritario<sup>17</sup>. Por ello, la actual normativa reguladora de la protección por maternidad y paternidad resulta ineficaz en orden a garantizar el ejercicio de los derechos de conciliación en términos de corresponsabilidad real entre mujeres y hombres, no permite superar los estereotipos de género arraigados en la sociedad en materia de cuidados, y desincentiva la contratación de mano de obra femenina, generando discriminación indirecta por razón de sexo.

.....

16 De enero a junio de 2018 se han seguido 122.421 procesos por maternidad, de los que solo 1.325 han sido compartidos, lo que supone un 1,08% del total (Prestaciones familiares enero-junio 2018, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Secretaría de Estado de Seguridad Social).

17 En 2017, los procesos por maternidad (un total de 268.328) y por paternidad (264.632) se encontraban prácticamente equiparados, representando los segundos el 98,6 % de los primeros. Véase el documento *Prestaciones de la Seguridad Social. Año 2017*, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

2.3.3. *La presencia de estereotipos sexistas en la doctrina del TJUE y del TC: de la STJUE de 12 de julio de 1984 (Caso Hofmann) a la STC 111/2018, de 17 de octubre*

En la concreción de los bienes jurídicos protegidos por la normativa protectora de la maternidad realizada por el TC, ha pesado significativamente el criterio mantenido desde hace décadas por el TJUE, impregnado de estereotipos sexistas. Para este órgano judicial, la protección de maternidad persigue, además de la recuperación física de la madre, una finalidad conciliatoria exclusivamente femenina. Particularmente, *la STJUE de 12 de julio de 1984 (Caso Hofmann)*<sup>18</sup>, ha defendido que las medidas legales de los Estados miembros consistentes en la concesión de un periodo de descanso por maternidad, una vez expirado el plazo legal de protección por posparto, reservando ese derecho a la madre trabajadora, con exclusión del padre, constituyen medidas adecuadas al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, en cuanto tienen la doble finalidad de proteger la condición biológica de la mujer, y “las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto”.

Esta doctrina ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores<sup>19</sup>, e incluso, 26 años más tarde, en la relativamente reciente STJUE de 30 de septiembre de 2010 (Caso Roca Álvarez), en la que, sin embargo, se aprecia una evolución positiva respecto de la conceptualización del permiso de lactancia, al que sí se le atribuye una finalidad conciliatoria en términos de corresponsabilidad entre hombres y mujeres, tras entenderse desligado del hecho biológico de la lactancia natural.

En el ámbito interno, entre otras muchas, la STC 75/2011, de 19 de mayo<sup>20</sup>, dictada por el Pleno –conformado por 9 magistrados y una magistrada–, obvia de forma absoluta la finalidad conciliatoria de la protección por maternidad –como si no existiera una criatura que proteger– y, una vez más, carga las tintas en la fundamentación biológica de la misma<sup>21</sup>, para marcar las diferencias entre la protección por maternidad y por adopción y acogimiento, a la que sí se le reconoce una finalidad conciliatoria que se niega a la protec-

.....

18 STJUE 184/83, Rec. p. 3047, apartado 25.

19 En la misma línea, SSTJUE de 14 de julio de 1994, Webb, C-32/93, Rec. p. I-3567, apartado 20; de 30 de junio de 1998, Brown, C-394/96, Rec. p. I-4185, apartado 17; y de 1 de febrero de 2005, Comisión/Austria, C-203/03, Rec. p. I-935, apartado 43.

20 Cuestión de inconstitucionalidad 3515-2005, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida.

21 A tal efecto, se basa en la doctrina previa del TC: “la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre” (STC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 4). En la misma línea, la STC 324/2006, de 20 de noviembre (FJ 6) precisa: “la baja de maternidad está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora. Su principal fundamento no está en la protección a la familia, sino en la de las madres. Como dice el considerando decimocuarto de la Directiva 92/85/CEE, la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, hace necesario un derecho a un permiso de maternidad”.



ción por maternidad. A este respecto, el Alto Tribunal señala que, en el caso de parto, la finalidad primordial perseguida por la Ley “es preservar la salud de la madre trabajadora ante un hecho biológico singular, (...) haciendo compatible esa protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora con la conservación de sus derechos profesionales”; mientras que en la adopción y en el acogimiento “no se trata de garantizar la recuperación de la madre trabajadora (...) sino de facilitar la integración del menor adoptado o acogido en la familia adoptiva o de acogimiento, y de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares”.

Como ya se ha adelantado, era deseable que el TC, tras la admisión a trámite del recurso de amparo de un padre que solicitaba el reconocimiento de la prestación de paternidad en términos equiparables a la de maternidad, revisara su obsoleta doctrina sobre la materia y dictara una sentencia adecuada a la realidad social de nuestro tiempo; pero tales expectativas no se han cumplido. El Alto Tribunal, en su sentencia de 17 de octubre de 2018, además de recurrir a la fundamentación biológica del permiso –que es inobjetable– defiende, en la misma línea mantenida por el TJUE, en su sentencia de 12 de julio de 1984 (Caso Hofmann) y otras posteriores, que la protección por maternidad persigue “proteger las particulares relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo de puerperio”, obviando, incomprensiblemente, el bien jurídico de la protección de la persona menor así como el de conciliación entre la vida familiar y laboral.

Las doctrinas expuestas, del TJUE y del TC, merecen ser revisadas desde una perspectiva de género, pues, además de hallarse impregnadas de estereotipos sexistas incompatibles con la normativa de la Unión Europea que proclama la igualdad entre mujeres y hombres como un valor fundamental de la misma<sup>22</sup>, con los arts. 14 y 9.2 CE, y con el art. 4 LOI, desconocen, de un lado, que el bien jurídico tutelado por la normativa protectora de la maternidad es plural -de naturaleza biológica y conciliatoria-, y de otro, que las medidas de conciliación dirigidas exclusivamente a las mujeres, además de carecer de amparo constitucional, repercuten negativamente en la contratación de mano de obra femenina y en sus condiciones laborales<sup>23</sup>, generando discriminación indirecta por razón de sexo.

.....

22 Véase el Tratado de la Unión Europea (Preámbulo, arts. 2, 3.3, y 21), el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [arts. 8, 153.1.i) y 157] y la Carta de los Derechos Fundamentales (Preámbulo, 20, 21, 23). En 2010, la Comisión adoptó la Carta de la Mujer y, en 2011, el Consejo adoptó el Pacto Europeo por la Igualdad de Género. Por su parte, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en su considerando 3 señala que “la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples”. Sobre la discriminación múltiple sufrida por las mujeres en el ámbito del trabajo, puede verse, FERRANDO GARCÍA, F.M., “La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 427, 2018.

23 Sobre la materia, véase, MARTÍNEZ GARCÍA, M.L., “Maternidad y discriminación de las mujeres en el empleo”, *Anales de Derecho*, núm. 35, 2/2017.

Solo las semanas inmediatamente posteriores al parto, dirigidas a la recuperación física de la madre y, en su caso, las previas al alumbramiento, presentan una fundamentación biológica<sup>24</sup>. El resto del descanso tiene una finalidad conciliatoria, el mismo propósito que ambos tribunales no dudan en reconocer al permiso de lactancia, que, al igual que la maternidad, presenta un origen biológico. Es cuestionable el razonamiento empleado en la STJUE de 12 de julio de 1984 (Caso Hofmann) y posteriores, y en la STC 111/2018, de 17 de octubre, cuando señalan que el permiso de maternidad, además de tutelar la condición biológica de la mujer se encamina a “proteger las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto”. No en vano, estas relaciones también es muy importante que se establezcan entre la criatura y padre, tal como demuestran distintos estudios<sup>25</sup>.

Los argumentos esgrimidos por el TJUE y el TC respecto del permiso de lactancia son aplicables a la mayor parte del permiso por maternidad: es un tiempo de cuidado a favor del hijo o hija y una medida conciliatoria de la vida familiar y laboral. Su carácter conciliatorio se deduce con claridad de la redacción del art. 48.4 ET, cuando prevé que las semanas adicionales a las seis posteriores al parto puedan ser transferidas a la otra persona progenitora, o cuando permite que, en determinados supuestos, esta última disfrute, íntegramente, del permiso por maternidad. En la medida en que a dicho período se le reconozca carácter conciliatorio, que evidentemente lo tiene, no puede excluirse de su disfrute a la otra persona progenitora, pues ello constituiría una diferencia de trato por razón de sexo contraria al art. 14 CE.

El propio TS, en la sentencia de 25 de octubre de 2016, varias veces citada, sobre reconocimiento de la prestación por maternidad a un padre biológico mediante contrato de gestación por sustitución, admite expresamente que la “finalidad de la prestación de maternidad está relacionada no solo con el descanso obligatorio y voluntario por el hecho del parto, sino también con la atención o cuidado del menor”, de suerte que el reconocimiento de la prestación por maternidad en este supuesto se dirige a lograr “los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral”<sup>26</sup>.

.....

24 A este respecto, téngase en cuenta que Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, que refunde la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 y modificaciones posteriores, en su considerando 24 señala: “El Tribunal de Justicia ha reconocido reiteradamente que, en lo que respecta al principio de igualdad de trato, es legítimo proteger la condición biológica de una mujer durante el embarazo y la maternidad, así como promover medidas de protección de la maternidad con el fin de lograr una verdadera igualdad”.

25 Por todos, HUERTA, M.C. *et altri*, “Fathers’ leave, fathers’ involvement and child development: Are they related? Evidence from Four OECD Countries”, en *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, nº 40, 2013 (Publicaciones de la OCDE, 2013).

26 Sobre este controvertido tema, puede verse, HIERRO HIERRO, F.J., “Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 190/2016. BIB 2016\80288.



Como ya precisó la STC 229/1992, de 14 de diciembre, en relación con la prohibición del trabajo femenino en el interior de las minas, “este tipo de prohibición responde más a un estereotipo que a diferencias reales naturales o biológicas, y produce en todo caso en el mercado de trabajo unos efectos claramente discriminatorios”, por lo que concluyó que “no existe razón alguna (salvo que esté en juego el embarazo o la maternidad) que pueda justificar la exclusión absoluta de la mujer en este tipo de trabajo”.

Este razonamiento del TC ha de ser trasladado al ámbito ahora examinado, lo que obliga a diferenciar entre las previsiones estrictamente protectoras de la maternidad biológica, que sí admitirían un trato diferenciado de las mujeres (las seis semanas inmediatamente posteriores al parto), y las que, aunque puedan traer su causa en el nacimiento de una criatura, tienen una finalidad conciliatoria (a partir de la semana séptima del descanso por maternidad). Estas últimas semanas de descanso, al no tener como objeto la protección de la salud materna –si así fuera, este período no podría ser cedido–, han de destinarse tanto a hombres como a mujeres, para que unos y otras compartan por igual los cuidados familiares.

El reconocimiento de derechos de conciliación dirigidos exclusiva o preferentemente a las trabajadoras se asienta en estereotipos de género, ahonda en la brecha de cuidados entre sexos, y repercute negativamente en el acceso al empleo de las mujeres, en sus condiciones laborales y en sus carreras profesionales, generando techo de cristal y brecha salarial y prestacional. Por ello, ha resultado decepcionante que la STC de 17 de octubre de 2018 haya perdido la oportunidad de reconocer la existencia de previsiones tuitivas de la maternidad biológica que, pese a su aparente justificación, discriminan indirectamente a las mujeres al poner “a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro” (art. 6.2 LOI).

### III. LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL TRABAJO AUTÓNOMO

#### 3.1. Autoempleo como alternativa al desempleo femenino: ¿empoderamiento o precarización?

La crisis económica que se arrastra desde 2008 ha traído consigo un alto índice de desempleo y precariedad laboral. En este contexto, el autoempleo ha centrado la atención del legislador<sup>27</sup>, que lo ha considerado una fuente propicia para la generación de trabajo

.....

27 Especialmente, en la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación del empleo, y en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

asalariado y autónomo, y un medio adecuado para reducir el paro. Todo ello adquiere especial relevancia en el caso de las mujeres, para las que el trabajo por cuenta propia podría constituir una alternativa al desempleo y a la precariedad laboral que sufren con mucha mayor intensidad que los hombres<sup>28</sup>.

Las estadísticas demuestran la reciente propensión de las mujeres al trabajo por cuenta propia<sup>29</sup>, pese a lo cual, la tasa de trabajo autónomo femenino sigue situándose, año tras año, por debajo de la masculina, de suerte que, a fecha de 31 de julio de 2018, solo 35,5% del total de las personas dadas de alta en el RETA eran mujeres<sup>30</sup>. Como hipótesis de trabajo, cabría considerar que son dos las razones principales de la brecha ocupacional de género en el trabajo autónomo, muy superior a la del trabajo asalariado<sup>31</sup>:

1. El autoempleo no parece el mejor camino para el empoderamiento femenino, pudiendo conducir a una mayor precarización; de hecho, el trabajo autónomo común adolece de un gran déficit de tutela laboral respecto del trabajo asalariado<sup>32</sup>, dado que en el mismo no se reconoce el derecho a una remuneración suficiente, ni a un descanso mínimo diario, semanal o anual; tampoco está garantizado un derecho efectivo a la prevención de riesgos laborales más allá de la “autotutela”, ni siquiera en los casos de riesgo durante el embarazo y la lactancia<sup>33</sup>; la protección por contingencias profesionales y por cese de actividad es opcional<sup>34</sup>; y, además, se permite el trabajo autónomo a mayores de 16 años<sup>35</sup>, pero se les excluye del sistema de la Seguridad Social hasta los 18 años<sup>36</sup>.

.....

28 Recuérdese que la tasa de paro femenina, a finales del tercer trimestre de 2018, fue del 16,22%, y la masculina del 13,12% (<http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4247>, en línea, fecha de consulta: 18-11-2018); por su parte, del total de trabajos a tiempo parcial existentes a finales de 2017, 2.072.100 fueron ocupados por mujeres y 733.300 por hombres (<http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4181>, en línea, 2 de febrero de 2018).

29 Según la Asociación de Trabajadores Autónomos (ATA), en su Informe Mujer Autónoma 2018, las mujeres representan el 45,2% del crecimiento de las personas trabajadoras autónomas en 2017, siendo ellas quienes están siendo “las protagonistas de la recuperación económica y la generación de empleo”, resultando el autoempleo femenino “más fiable” en orden a la generación de un sólido tejido empresarial al mantenerse más tiempo los negocios liderados por mujeres (<https://ata.es/wp-content/uploads/2018/03/INFORME-MUJER-ESPAN%CC%83A-2018-ok.pdf>, en línea, 18-11-2018).

30 Los datos exactos son: 1.165.166 mujeres dadas de alta como autónomas, frente a 2.113.244 hombres ([http://www.mitramiss.gob.es/es/sec\\_trabajo/autonomos/economia-soc/NoticiasDoc/NoticiasPortada/Nota\\_Autonomos\\_AfilJulio\\_2018.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/NoticiasDoc/NoticiasPortada/Nota_Autonomos_AfilJulio_2018.pdf), en línea, fecha de consulta: 18-11-2018).

31 En el conjunto del sistema de la Seguridad Social, en septiembre de 2018, las mujeres alcanzaron el 46,11% del total de las altas. (<http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadsocial/detalle/3375>, en línea, fecha de consulta: 19-11-2018).

32 Sobre la materia, véase, *in extenso*, RODRÍGUEZ EGÍO, M., *Hacia un trabajo autónomo decente*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2016. En el Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente (TRADE) la tutela jurídico-laboral es mayor, pero constituyen un porcentaje muy pequeño (cerca al 6%) del total de las personas trabajadoras autónomas.

33 Véase, art. 8 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA).

34 Art. 26.3 LETA.

35 Art. 9 LETA.

36 Art. 7.1.b) LGSS.

2. La vigente regulación de la protección por nacimiento de hijo o hija atribuye a las mujeres el rol de cuidadoras principales o exclusivas, dificultándoles el desarrollo de actividades por cuenta propia en igualdad de condiciones que los hombres.

Dado que el déficit de tutela laboral del trabajo autónomo afectaría, en principio, por igual a hombres y mujeres, en las páginas que siguen se analiza la adecuación del régimen jurídico del descanso en caso de parto al trabajo autónomo femenino.

### **3.2. Las peculiaridades de la protección por maternidad en el RETA**

Las mujeres que trabajan por cuenta propia -encuadradas o no en el Régimen de Autónomos (en adelante, RETA)-, no solo han de enfrentarse al déficit de tutela laboral que el trabajo autónomo significa para hombres y mujeres, sino, también, a otros desafíos compartidos con las restantes mujeres trabajadoras, relacionados con los procesos biológicos vinculados a la maternidad y la desigual regulación de los permisos en caso de parto destinados a uno u otro sexo; desafíos que poseen un mayor impacto peyorativo en el trabajo autónomo que en el asalariado.

Ciertamente, en la medida en que la mujer que trabaja por cuenta propia desarrolla su actividad en régimen de autoorganización y asumiendo el riesgo de la misma<sup>37</sup>, la repercusión de la maternidad en el desarrollo de su trabajo, en el mantenimiento de su empleo y en sus ingresos, es mayor que en el caso de las trabajadoras asalariadas. A diferencia de estas últimas, que tienen derecho a la suspensión del contrato y a la reserva del puesto de trabajo, las autónomas -titulares de su propio negocio, que dirigen y gestionan-, en iguales circunstancias, se verán obligadas, bien al cese temporal o definitivo de la actividad, bien a la designación de una persona que temporalmente la desarrolla. Ambas posibilidades pueden incidir negativamente en la situación económica de la trabajadora, y poner en peligro su actividad económica o profesional. Para aminorar, en la medida de lo posible, estos efectos adversos, es previsible que la autónoma reduzca el período de disfrute del descanso o que decida disfrutarlo a tiempo parcial, con el fin de mantener, aunque solo sea durante algunas horas al día, su participación en el negocio.

Por su parte, en lo que se refiere a la protección en materia de Seguridad Social en caso de parto, no hay grandes diferencias entre el trabajo asalariado y el autónomo pues, de acuerdo con lo establecido en el art. 318 a), párrafo primero, LGSS, le resultará aplicable al RETA “lo dispuesto en los capítulos VI y VII del título II, respectivamente”, para el Régimen General, salvo en materia de determinación de la base reguladora para el cálculo

.....

37 Sobre el concepto de persona trabajadora autónoma, puede verse, LÓPEZ ANIORTE, M.C., “La difusa e incompleta configuración subjetiva del RETA en la LGSS 2015”, *Revista de derecho social*, núm. 73, 2016, pp. 45-68.

de su cuantía (que será, al igual que en el Régimen General, el 100% de dicha base)<sup>38</sup>. De acuerdo con esta regulación, el nivel de protección en el trabajo autónomo del RETA durante el descanso por maternidad es idéntico al de las personas asalariadas del Régimen General en materia de situaciones protegidas, periodo de carencia, duración y distribución. Las más importantes singularidades que todavía se mantienen están directamente relacionados con las características de la actividad, que es desarrollada por cuenta propia y sin sometimiento al poder directivo de un tercero.

La primera especificidad conecta con la circunstancia de que las personas trabajadoras autónomas son responsables de la obligación de cotizar; por ello, para el reconocimiento y el abono de las prestaciones, es razonable que se les exija hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social en el momento del hecho causante (arts. 47 y 314 LGSS)<sup>39</sup>. De no estar al corriente, les será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, constitutivo del RETA. Durante la baja por maternidad de la persona trabajadora autónoma se le aplicará una bonificación del 100 % de la cuota a la Seguridad Social<sup>40</sup>.

La segunda peculiaridad se vincula con el hecho de que no existe una normativa que regule la jornada en el trabajo autónomo, ni que defina el trabajo por cuenta propia a tiempo parcial. Y, a pesar de ello, el art. 318 a), párrafo segundo, LGSS, prevé que las personas encuadradas en el RETA podrán percibir los subsidios por maternidad y paternidad en régimen de jornada parcial, en los términos y condiciones que se establezcan. El apartado 8 de la Disposición Adicional Primera del RD 295/2009, de 6 de marzo, ha desarrollado esta materia, dando lugar al primer supuesto de regulación del trabajo autónomo a tiempo parcial contemplado en nuestro ordenamiento jurídico<sup>41</sup>. Dicha norma incluye algunas singularidades, siendo la más significativa que la percepción del subsidio y la reducción de la actividad solo podrá efectuarse en el porcentaje del 50%. El reconocimiento del derecho a percibir el subsidio por maternidad a tiempo parcial en el trabajo autónomo contribuirá a atemperar las eventuales repercusiones económicas peyorativas del descanso por maternidad en el negocio, al permitir la compatibilidad entre la presencia parcial en este y el cuidado de la criatura.

La exigencia de una declaración de situación de actividad es la tercera y última de las diferencias entre el RETA y el Régimen General, en materia de protección por maternidad,

.....

38 Véase, art. 138 a) LGSS.

39 Cfr. CERVILLA GARZÓN, M.J., “El requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas del RETA: incidencia en los aplazamientos concedidos con anterioridad al hecho causante”, *Temas Laborales*, núm. 116, 2012, p. 271. Este requisito también se encuentra regulado en los arts. 28.2 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y 57.2 Orden de 24 de septiembre de 1970.

40 Art. 38 LETA.

41 Con posterioridad, la LETA, atendiendo una vieja reivindicación del colectivo, reconoció de forma general el trabajo autónomo a tiempo parcial mediante la incorporación de cuatro nuevas previsiones en otras tantas disposiciones de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, con entrada en vigor diferida por sucesivas LPGE.

que se destacan. Para disfrutar de dicha prestación, la autónoma deberá presentar declaración sobre la persona que gestionará directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza del que sea titular o, en su caso, deberá comunicar el cese temporal o definitivo de la actividad ante la entidad gestora, dentro de los quince días siguientes a la fecha del parto o del inicio del descanso<sup>42</sup>. La contratación de una persona asalariada que sustituya a la autónoma durante su baja por maternidad dará lugar a una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social<sup>43</sup>, y no impedirá, en su caso, la consideración de aquella como trabajadora autónoma económicamente dependiente<sup>44</sup>. Si la trabajadora no optara por mantener abierto el negocio sino por el cese temporal en la actividad, la misma tendrá derecho a una bonificación en la cuota por contingencias comunes durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de la reapertura, siempre que la reincorporación se llevara a cabo en los dos años siguientes a la fecha del cese<sup>45</sup>; dicha bonificación contribuirá a compensar la merma de ingresos producida por la eventual pérdida de clientela durante el cierre temporal del negocio.

### **3.3. El superado debate sobre el derecho de cesión del descanso por maternidad**

Hace algunos años, la jurisprudencia no reconocía a las trabajadoras por cuenta propia –ni a las incluidas ni a las excluidas del Sistema de Seguridad Social<sup>46</sup>–, el derecho a ceder al padre parte del derecho al descanso por maternidad y del correspondiente subsidio, al considerar que solo las vinculadas mediante contrato de trabajo tenían atribuido tal derecho por el ET (art. 48.4 ET). El nuevo criterio interpretativo mantenido, entre otras, por la STSJ País Vasco de 2 de diciembre de 2008<sup>47</sup>, unido a la previsión contenida en el art. 1 del RD 295/2009, de 6 de marzo, que extiende la normativa sobre la opción a favor de la otra persona progenitora a todos los regímenes del Sistema, permiten concluir que esta cuestión ha quedado definitivamente zanjada.

Todo ello supone un paso importante, aunque insuficiente, en el camino hacia la corresponsabilidad y la igualdad de oportunidades de las autónomas, quienes, habida cuenta de

.....

42 Véase, art. 12, párrafo segundo, RD 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el RETA, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia. La Resolución de 4 de febrero de 2004, del INSS, extendió esta norma a la prestación por maternidad y por riesgo durante el embarazo, norma que, tras la entrada en vigor de la Ley de Igualdad también se entiende aplicable a las situaciones de riesgo durante la lactancia y de paternidad.

43 Art. 38, último párrafo, LETA, en relación con el art. 1 del Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre.

44 Art. 11.2. a) LETA.

45 Véase, art. 38 bis LETA.

46 Véase, STS de 28 de diciembre de 2000 (RJ 2001/1882).

47 AS 2009/1128. En el mismo sentido, STSJ País Vasco 9 de diciembre de 2008 (JUR 2009/305865). Un comentario a la sentencia TSJ País Vasco de 2 de diciembre de 2008 puede verse en OLARTE ENCABO, S., “Transferencia de la prestación por maternidad de las trabajadoras autónomas: la equiparación plena con las trabajadoras por cuenta ajena”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 57, 2010, pp. 29-36.

la dedicación personal requerida, y ante el riesgo de una eventual pérdida de la clientela, es razonable que tengan interés en reincorporarse a la actividad por cuenta propia lo antes posible, tras el parto<sup>48</sup>. La pronta reincorporación ahora se facilita por el ordenamiento de la Seguridad Social, que reconoce a las autónomas el derecho de cesión a la otra persona progenitora de parte del periodo de descanso. No obstante, es evidente que sería más justo e igualitario que el padre tuviera un derecho propio al descanso en caso de parto de igual duración al de la madre, y no condicionado a la cesión voluntaria por parte de esta.

### 3.4. La precaria protección por maternidad de las trabajadoras autónomas excluidas del RETA

#### 3.4.1. Planteamiento

No se puede obviar, en este trabajo, la referencia a un colectivo de personas trabajadoras por cuenta propia que, sorprendentemente, todavía permanece excluido del sistema de la Seguridad Social. Se trata del colectivo conformado por profesionales de la arquitectura, procuraduría de los tribunales, ingeniería, medicina, gestión administrativa y abogacía, que, al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimoctava LGSS<sup>49</sup>, no tienen la obligación de causar alta en el RETA en caso de haber optado por una mutualidad de previsión social alternativa a este Régimen Especial.

Al quedar fuera del sistema de la Seguridad Social, a estas profesionales no les resultaba aplicable la disposición adicional undécima bis LGSS 1994 –hoy art. 318 a) LGSS 2015–, careciendo de protección por maternidad (y de las restantes prestaciones) si la mutualidad alternativa no contemplaba dicha contingencia, lo que era bastante común, al tomar estas mutualidades como referencia al profesional varón que no asume responsabilidades familiares.

Una jurisprudencia consolidada venía impidiendo a las profesionales excluidas del RETA la posibilidad de transferir el descanso por maternidad al otro progenitor, bajo el argumento de que solo puede ejercitar tal derecho la madre trabajadora asalariada, al ser a esta a la que se le reconoce, *ex art. 48.4 ET*, el derecho a la suspensión contractual por maternidad<sup>50</sup>; razonamiento que, en realidad, actuaba en detrimento de todas las trabajadoras autónomas, como ya se ha señalado.

.....

48 Resulta de especial interés el Auto TS de 15 de octubre de 2009 (Nº Recurso 226/2009), que resuelve la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por Telefónica de España SA frente a la STSJ País Vasco de 2 de diciembre de 2008, siendo la sentencia de contraste la STS (Sala de lo Social) de 18 de marzo de 2002.

49 Con anterioridad, esta previsión estaba contenida en la Disp. Ad. 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.

50 Por todas, SSTS (Sala de lo Social), de 28 de diciembre de 2000, Nº de Recurso 1479/2000 (madre registradora de la propiedad) y de 20 de noviembre de 2001, Nº de Recurso 201/2001 (madre abogada en ejercicio y cotizante a la Mutualidad de la abogacía).



La solución ofrecida por los órganos judiciales a esta problemática obstaculizaba la conciliación familiar y laboral de las aludidas profesionales y de la otra persona progenitora, impedía la corresponsabilidad en la crianza, desprotegía a la persona menor, y era incompatible con el derecho a la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el desarrollo de idéntica actividad profesional. Pero tal interpretación era la que permitía el tenor literal de la Ley, dado que, de un lado, las profesionales no podían transferir un derecho del que carecían, y de otro, el legislador no reconocía al padre un derecho al descanso en caso de parto independiente del de la madre, más allá del reducido permiso de paternidad creado por la LOI. Así lo interpretó tanto el TC español (STC 75/2011, de 19 de mayo) como el TJUE (Sala 4ª, sentencia de 19 de septiembre de 2013).

#### *3.4.2. La atribución legal a la otra persona progenitora del derecho al descanso por maternidad*

La LOI, con el propósito de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares y poner fin a la desprotección de la persona menor, añadió un párrafo al art. 48.4 ET, en el que se prevé que, en el caso de que la madre no tuviera derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, la otra persona progenitora, en el caso de trabajar por cuenta ajena, tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que le hubiera correspondido a la madre.

Esta materia ha sido desarrollada reglamentariamente por el art. 3.4 RD 295/2009, de 6 de marzo, para todo el sistema de la Seguridad Social. Esta norma reconoce el derecho a la protección de maternidad a la otra persona progenitora, cuando, en caso de parto, la madre fuera trabajadora por cuenta propia incorporada, en razón de su actividad profesional, a una mutualidad de previsión social establecida por el colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones, bien por no estar prevista la protección por maternidad en la mutualidad, bien, por no observar las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad por causas ajenas a su voluntad. Si la madre tuviese derecho a prestaciones por maternidad en el sistema de previsión alternativo al RETA, independientemente de su duración o cuantía, o si careciera del mismo por no haber incluido la cobertura de dicha prestación, no se reconocería el derecho a la otra persona progenitora.

La regulación prevista en el art. 3.4 RD 295/2009 permite a la madre trabajadora sin derecho a prestaciones continuar ejerciendo su actividad profesional tras el alumbramiento, y que sea el padre –si reúne los requisitos pertinentes– quien disfrute íntegramente del descanso por maternidad, acumulándolo, en su caso, al descanso por paternidad. En este supuesto, el bien jurídico que la norma tutela a través de la protección “por maternidad”



no es, en ningún caso, la protección de la salud de la madre –esta queda desamparada-, sino la protección de la criatura y los derechos de conciliación de la otra persona progenitora. Ante la completa desatención de la profesional que ha sido madre por parte de la mutualidad alternativa al RETA, el art. 3.4 RD 295/2009 aspira a proteger a la persona menor, así como a propiciar la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el ejercicio de la misma actividad profesional colegiada y un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares entre ambos sexos.

### 3.4.3. Nuevos déficits de protección de una normativa obsoleta y basada en estereotipos sexistas: soluciones jurisprudenciales

Los efectos perseguidos por la LOI tras los cambios normativos descritos en el apartado anterior, podrían quedar neutralizados tras la entrada en vigor de la regulación prevista en la disposición adicional 46<sup>a</sup> de la Ley 27/2011<sup>51</sup>. Desde el establecimiento, en 1995, del régimen de opción analizado, y hasta el año 2011, el legislador no había fijado medidas que garantizaran un mínimo de cobertura por parte de las mutualidades de previsión social. Para mejorar la tutela dispensada, la disposición adicional 46<sup>a</sup> de la Ley 27/2011 –hoy, disposición adicional 19<sup>a</sup> LGSS- estableció la necesidad de que las mutualidades de previsión social alternativas al RETA ofrecieran a sus afiliados y afiliadas, a partir del 1 de enero de 2013, un nivel mínimo de cobertura, en lo que se refiere a las contingencias cubiertas -entre las que obligatoriamente debe encontrarse la maternidad-, y a la intensidad de la protección dispensada; ello no obstante, el nivel mínimo de protección solo se ha establecido respecto de las pensiones, pero no en cuanto a los subsidios temporales, como la maternidad.

Pese a la aparente bondad de la nueva regulación, la misma podría suponer un retroceso, pues, en la medida en que las mutualidades alternativas han debido incluir obligatoriamente la cobertura de la prestación por maternidad a partir del 1 de enero de 2013, desde esta fecha, podría quedar sin aplicación la previsión *ex art. 48.4 ET*, que reconoce a la otra persona progenitora el derecho al disfrute del permiso por maternidad (y de la correspondiente prestación) cuando la madre no tuviera cubierta esta contingencia de acuerdo con las normas que rigen su actividad. Así pues, aún en el supuesto de que la cuantía de la prestación resultara insignificante y de que la duración del derecho al descanso ni siquiera alcanzara las seis semanas de descanso mínimo obligatorio, la otra persona progenitora podría no tener derecho a la protección por maternidad, debiendo ambas personas proge-

.....

51 Sobre la materia, puede verse, GARCÍA ROMERO, B., “La diferente protección por maternidad biológica de las profesionales colegiadas autónomas según estén integradas en el RETA o en una Mutualidad de previsión social alternativa”, Comunicación XXVI Congreso Nacional Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre *Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios*, Córdoba, 2 y 3 de junio de 2016.

nitoras reincorporarse a su actividad profesional poco después del alumbramiento, en perjuicio de sus derechos de conciliación y de la persona menor, que quedaría desprotegida.

La problemática generada en torno al menguado derecho a la protección por parto en el caso concreto de las abogadas no integradas en el RETA, y al reconocimiento legal del derecho al descanso por maternidad al padre, condicionado a que “la madre no tuviera derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones” (art. 48.4 ET), ya ha llegado a los tribunales.

El Plan Universal de la Mutualidad General de la Abogacía solo contempla el derecho a percibir una indemnización en forma de pago único por parto/lactancia. La cuestión jurídica que, en este caso, se plantea es la de si dicha indemnización se puede considerar una “prestación por maternidad” en los términos exigidos en el párrafo 3º del art. 48.4 ET, con los efectos de impedir al padre el disfrute del derecho íntegro al descanso y al subsidio que le hubiera correspondido a la madre, de estar integrada en el sistema de la Seguridad Social.

La duda jurídica ha sido resuelta por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS, en sentencia de 28 de junio de 2018<sup>52</sup>. El TS ha concedido al padre, magistrado de profesión, la licencia de maternidad de 16 semanas que no pudo ser disfrutada por la madre, en el entendimiento de que la Mutualidad General de la Abogacía no contempla un descanso por maternidad de 16 semanas retribuidas sino una indemnización en forma de pago único.

Procede advertir que el art. 373.2 LOPJ reconoce a jueces, juezas, magistrados y magistradas una licencia en caso de parto. Sin embargo, el Reglamento 2/2011, de 28 de abril, de la Carrera Judicial, desarrolla este precepto legal sin reconocer el derecho del padre –o de la otra persona progenitora- al descanso por maternidad, en el supuesto de que la madre fuera trabajadora autónoma sin derecho a suspender su actividad profesional por maternidad con derecho a prestaciones. Ante la omisión normativa, el Alto Tribunal aplica analógicamente el art. 48.4, párrafo 3º, ET, y llega a la conclusión de que la abogada no ha tenido derecho a prestaciones por maternidad; no reconoce tal carácter al pago único percibido como indemnización, por no haber permitido el mismo que aquella suspendiera su actividad profesional.

Al margen de lo dudoso que, de por sí, resulta el régimen de opción entre el RETA y las mutualidades alternativas -por falta de coherencia con el carácter contributivo y solidario de nuestro modelo de Seguridad Social, por desproteger a las profesionales que han sido madres y a las criaturas recién nacidas, y por vulnerar su derecho a la igualdad de oportunidades-, esta particular sentencia ha de ser valorada de forma positiva. La misma asegura la protección de la persona menor, al tiempo que tutela los derechos profesionales

.....  
52 N° de Recurso 183/2017.

de la madre trabajadora por cuenta propia y los de conciliación del padre, facilitando la corresponsabilidad. Sin embargo, no resuelve todos los problemas prácticos que genera la redacción de la disposición adicional 19<sup>a</sup> LGSS; cabría plantearse, a título de ejemplo, si, en el caso de que la indemnización no hubiera sido de pago único y se hubiese fraccionado en cuatro mensualidades, la respuesta judicial habría sido la misma.

Tan deficiente y obsoleta cobertura ha sido diseñada tomando como referente al “profesional varón” que no asume responsabilidades familiares; por esta razón, a las profesionales colegiadas que deseen tener descendencia les será, sin duda, más ventajosa la opción por el RETA, pese a resultar más onerosa.

#### IV. CONCLUSIONES

1. Son tres los bienes jurídicos protegidos por la normativa protectora de la maternidad: la protección de la salud de las trabajadoras; la protección de la persona menor; y la conciliación de la vida personal y familiar. Una vez atendido el bien jurídico de protección de la salud de la madre, de carácter biológico, los otros dos competen a ambas personas progenitoras, en términos de corresponsabilidad real, lo que la normativa actual, de forma injustificada, no garantiza, desincentivando la contratación laboral de mujeres y el autoempleo femenino.
2. La atribución legal a las trabajadoras asalariadas o autónomas, con exclusión del otro progenitor, de un derecho individual al descanso en caso de parto de 16 semanas, no solo se debe a razones biológicas (protección de su salud) y jurídicas (protección de sus derechos laborales), sino también a la persistencia en el ordenamiento jurídico de estereotipos sexistas que les asigna el rol de cuidadoras.
3. Las doctrinas del TJUE y del TC en la materia, muy alejadas de la realidad social de nuestro tiempo, deben ser revisadas. De un lado, porque se hallan impregnadas de estereotipos sexistas incompatibles con el principio de igualdad y no discriminación; claro ejemplo de ello es la trasnochada afirmación de que la protección por maternidad tiene por finalidad proteger “las particulares relaciones entre la madre y su hijo”. Y, de otro, porque desconocen que el bien jurídico tutelado por la normativa protectora de la maternidad no es solo de naturaleza biológica sino también conciliatoria, y que las medidas de conciliación destinadas a las mujeres previstas en dicha normativa repercuten negativamente en la contratación de mano de obra femenina y en sus condiciones laborales, generando discriminación indirecta por razón de sexo.

4. Las mujeres que trabajan por cuenta propia no solo han de enfrentarse al déficit de tutela laboral propio del trabajo autónomo y que afecta por igual a ambos sexos, sino, también, a otros desafíos compartidos con las restantes mujeres trabajadoras, relacionados con la desigual regulación de los permisos por maternidad y paternidad, que hace recaer sobre ellas el rol de cuidadoras y el coste laboral de la decisión de tener descendencia. Tales desafíos poseen un especial impacto peyorativo en el trabajo autónomo, donde “no se tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo” ni garantizado el mantenimiento de la clientela durante el período de descanso.
5. Urge la supresión legal del obsoleto sistema de opción entre el RETA y las mutualidades alternativas de determinados colegios profesionales que, al configurar las contingencias cubiertas, toman como referencia al trabajador varón que no asume responsabilidades familiares. No es admisible que el ordenamiento jurídico permita la insolidaria huida del sistema de la Seguridad Social, en un momento en el que es imperioso reforzar su financiación, hacia un modelo privado de protección que afianza estereotipos sexistas, desprotege a las criaturas recién nacidas, no garantiza la protección de la maternidad biológica, discrimina a las mujeres e impide la corresponsabilidad de ambos sexos en el trabajo de cuidados.

**M<sup>a</sup> CARMEN LÓPEZ ANIORTE**

*Catedrática de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Murcia*

# LA (DES)PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS CUIDADORES NO PROFESIONALES

ALEJANDRA SELMA PENALVA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Murcia*

Fecha de recepción: 4/12/2018

Fecha de aceptación: 28/12/2018

**SUMARIO:** I. EL PROBLEMA SOCIAL DE LOS CUIDADOS NO RETRIBUIDOS. II. CONCEPTO Y TIPOS DE CUIDADOS NO PROFESIONALES. III. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES. 3.1. La causa cambiaria o altruista como elemento identificador esencial. 3.2. La simulación parcial o absoluta y los problemas prácticos que esta conlleva. 3.3. Los trabajos colaborativos: un nuevo reto en el proceso de delimitación de fronteras de la relación laboral no declarada. IV. LA (INCOMPLETA) SOLUCIÓN LEGAL ACTUAL. V. PROPUESTAS DE REGULACIÓN. VENTAJAS E INCONVENIENTES. VI. CONSIDERACIONES FINALES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** Las estadísticas se ocupan cada año de confirmar que el cuidado de personas que no pueden valerse por sí mismas es una tarea realizada principalmente por mujeres, tanto si se trata de trabajos realizados de forma profesional como no profesional por parientes y allegados. En el presente trabajo se analizan las diferentes formas de desprotección social que, todavía en el siglo XXI, sufren los cuidadores de personas dependientes. Y es que a pesar de que esta resulta una tarea esencial para la consecución del Estado de bienestar, muchas veces, y por distintos motivos, las personas que lo realizan quedan alejadas del sistema de protección que actualmente dispensa nuestro sistema de Seguridad Social.

**ABSTRACT:** The statistics confirm that the care of people who can't fend for themselves is a task performed mainly by women, whether it is work done professionally or not by relatives or neighbors. In the present paper, the different forms of social deprivation that, even in the XXI century, suffer the caregivers of dependent people are analyzed. And is that although this is an essential task for the achievement of the welfare state, many times, and for different reasons, the people who do it are far from the protection system currently dispensed by our Social Security system.

**PALABRAS CLAVE:** Cuidado no profesional, servicio doméstico, cobertura de la Seguridad Social, fraude, simulación, desprotección.

**KEYWORDS:** Non-professional care, domestic service, Social Security coverage, fraud, simulation, lack of protection.

## I. EL PROBLEMA SOCIAL DE LOS CUIDADOS NO RETRIBUIDOS

Nadie discute que ancianos, niños y personas con discapacidad necesitan una atención especial. Tampoco resulta un hecho controvertido el que el internamiento del sujeto no siempre es una opción viable. Lo que sí en cambio suscita serias controversias es el tipo de protección jurídica que se ha de ofrecer al sujeto que se encarga de realizar estas tareas de cuidado.

La escasa visibilidad y cobertura social que nuestro ordenamiento jurídico venía ofreciendo a los empleados de hogar se intentó corregir modificando tanto el elenco de derechos incluidos en la relación laboral especial que este colectivo mantiene con el cabeza de familia, como sustituyendo el tradicional régimen especial por el sistema especial de Seguridad Social con el fin de equiparar la protección que reciben este tipo de empleados al resto de trabajadores por cuenta ajena cuando atraviesan una situación de necesidad.

Ahora bien, no se puede olvidar que esta no es la única forma en la que se pueden realizar las labores de atención y cuidado de las familias. De hecho, gran parte de los problemas prácticos relacionados con las tareas de cuidado provienen del cuidado no profesional. Son muchos los motivos que pueden llegar a obligar a uno de los miembros de la familia a sacrificar sus oportunidades profesionales con el fin de hacerse cargo de personas dependientes que se encuentren a su cargo. Precisamente es esta forma de trabajo humano no retribuido la que, en la práctica, alcanza las cotas más altas de desprotección social. Y es que no solo implica renunciar a realizar una actividad retribuida fuera del hogar familiar, sino que también, muchas veces, como consecuencia directa de ello, se pierde toda expectativa de acceder a cualquiera de las prestaciones que nuestro ordenamiento jurídico confiere a sus afiliados.

Aunque en abstracto, el deber de atención y cuidado de las cargas familiares recaen por igual sobre hombres y mujeres, en la práctica, y pese a los nuevos movimientos sociales en favor de la corresponsabilidad en la atención de hijos y familiares, es un hecho notorio que todavía sigue recayendo principalmente sobre personas de sexo femenino. De esta manera, lo que podría ser un problema general, se convierte, de hecho, en un problema femenino. Como los datos estadísticos permiten comprobar, son las mujeres quienes, unas veces por motivos biológicos y otras por condicionamientos sociales, se ocupan de forma principal de las labores de atención y cuidado de la familia. Así pues, la prevalencia abru-



madora del sexo femenino se registra tanto en lo que respecta al cuidado que se realiza de forma profesional como el que se presta de forma informal en el entorno familiar<sup>1</sup>. Precisamente por lo que respecta a los cuidados no profesionales, son estos condicionamientos sociales los que, a su vez, explican que sean las mujeres las que disfruten, con mayor frecuencia que los hombres, de las distintas medidas de suspensión y flexibilización de jornada previstas en nuestro ordenamiento jurídico para salvaguardar la conciliación de la vida laboral y familiar<sup>2</sup>.

A pesar de que, en los últimos años se han ido poniendo en práctica cierto tipo de iniciativas destinadas a compensar la brecha de género que, en estas situaciones, provocaban en las pensiones de jubilación e Incapacidad Permanente, se ha de advertir que las medidas hasta ahora vigentes, están ideadas para ofrecer soluciones puntuales ante situaciones de abandono meramente ocasional o circunstancial del puesto de trabajo por razones familiares (sea este por cuenta ajena o por cuenta propia<sup>3</sup>), pero en cambio, las vías que existen para garantizar protección social a una persona que se ha visto obligada a renunciar o a abandonar su vida profesional para hacer frente a la atención de sus cargas familiares, son todavía insuficientes<sup>4</sup>.

Así, quien no haya realizado un trabajo retribuido o no alcance el periodo mínimo de cotización exigido para tener derecho a pensión de jubilación, deberá conformarse con la

1 MOLINA NAVARRETE, C., “El régimen cuasi-profesional de cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar: visualizando un trabajo con rostro de mujer”, *Centro de Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 297, 2007, págs. 33-78. También destaca la importante presencia femenina en el sector de los cuidados domiciliarios, tanto familiares como profesionales, RAMÍREZ GARCÍA, J.M., “El cuidado de personas dependientes: perfil y costes personales”, *TS nova: trabajo social y servicios sociales*, nº. 14, 2017, pág. 9.

2 De forma rotunda, la SAN (Sala de lo Social) de 13 de noviembre de 2013 (AS/2013/3023), reconoce expresamente que se parte “de una premisa que no está cuestionada por constituir un hecho notorio. Se trata de la afirmación relativa a que los derechos de conciliación de la vida familiar y la protección de la maternidad y el derecho de lactancia están mayoritariamente ejercitados por mujeres”. Aunque los hechos notorios no necesitan ser probados, existen hoy en día múltiples datos estadísticos que permitirían confirmar dicha circunstancia. Así, al respecto, véase MEIL LANDWERLIN, G., “El uso de los permisos parentales por los hombres y su implicación en el cuidado de los niños en Europa”, *Revista latina de sociología*, nº. 1, 2011, pág. 8 del soporte informático.

3 Aunque tradicionalmente las medidas legales previstas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral por motivos familiares estaban ideadas únicamente para trabajadores por cuenta ajena, en los últimos años, se empiezan a poner en práctica iniciativas destinadas a facilitar la atención de las cargas familiares en el trabajo autónomo. En concreto, se trata de iniciativas destinadas, de forma prioritaria a evitar que la necesidad de prestar laborales de atención y cuidado a familiares que, por distintos motivos, no puedan valerse por sí mismo, provoque el abandono, temporal o permanente, de la actividad profesional que se venía realizando. A estos efectos, véase el Capítulo IX, dedicado a analizar los “Incentivos al inicio y a la conservación del trabajo autónomo desde la perspectiva de la Seguridad Social. Especial referencia a los supuestos de conciliación de la vida familiar y laboral, págs. 279-302 en AAVV, *Trabajo autónomo y fomento del emprendimiento: mitos y realidades* (coord. Luján Alcaraz y Ferrando García), Bomarzo, Albacete, 2016.

4 Así, por ejemplo, la prestación familiar contributiva de naturaleza no económica ideada para compensar la cotización que el sujeto deja de ingresar durante los periodos de excedencia por cuidado de hijos o familiares y durante el tiempo no trabajado en los casos de acceder a una reducción de jornada por causas familiares, implica, por propia esencia, que el beneficiario se reincorpore al trabajo y que, en virtud de la carrera de cotización que acredite, acceda a una pensión de jubilación o de IP. También, en el reciente complemento a las pensiones de jubilación, en el que, para que este pueda entrar en juego, se requiere, que el beneficiario, atendiendo a su propia carrera profesional, tenga derecho a acceder a esta prestación, presupuesto sin el cual este complemento económico no podrá aplicarse.

protección no contributiva prevista por el sistema para hacer frente a las situaciones de necesidad (por esencia, ligada a los ingresos del hogar familiar), o bien, hacer frente a las obligaciones económicas mensuales que implica la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social, generando así una obligación económica a largo plazo, insostenible para muchos cuidadores.

## II. CONCEPTO Y TIPOS DE CUIDADOS NO PROFESIONALES

**E**n la práctica, el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas puede realizarse bien de forma profesional, por personas o instituciones, bien de forma no profesional por allegados al sujeto necesitado de cuidados. Unas y otras formas de prestación del servicio poseen diferente naturaleza jurídica, quedan regulados por normas distintas, poseen su propio régimen de derechos y obligaciones, generan distinto nivel de cobertura social, y por supuesto, quedan afectados por problemas y necesidades de variada índole y tipología. Así, si la economía sumergida, la falsa temporalidad, la inmigración irregular y el incumplimiento del SMI resultan los problemas más habituales en el ámbito de las relaciones profesionales de cuidado, la falta de visibilidad social y económica de este tipo de actividades y su consiguiente desprotección social, constituyen los principales obstáculos a los que, todavía en el siglo XXI, se han de enfrentar los cuidadores no profesionales.

Aunque socialmente se asocia el cuidado no profesional de las personas dependientes con vínculos de familiaridad, resulta imprescindible advertir que también pueden presentarse otras formas de colaboración social, también altruistas y desinteresadas. En este último caso, se habrá dado lugar a un supuesto excluido del ámbito laboral: bien por tratarse de un cuidado familiar (art. 1.3.e ET), bien por constituir una colaboración amistosa, benévola o de buena vecindad (art. 1.3.d ET). Pese a todo, no se puede negar que la diferencia entre cuidado profesional y cuidado no profesional en ocasiones resulta difícil de apreciar, presentándose multitud de situaciones fronterizas, en las que la delimitación de la verdadera naturaleza del vínculo jurídico que une a las partes resulta particularmente compleja.

En cualquier caso, debe advertirse que el concepto de cuidado no profesional radica en la causa altruista que inspira la actuación del cuidador, no pudiéndose en modo alguno vincular la profesionalidad o no profesionalidad del servicio prestado al coste económico que estas labores representan para la persona dependiente o los familiares. Piénsese por

ejemplo en los servicios de asistencia social que pudiera llevar a cabo el personal laboral contratado por una entidad local, una ONG, una asociación de familiares, etc. con el fin de hacer frente, como si de un nuevo servicio social se tratara, de las necesidades que experimentan sus ciudadanos, vecinos, afiliados o asociados. Y es que, en este tipo de casos, los sujetos que realicen las tareas de cuidado sin duda perciben una retribución por las labores realizadas (y las llevarán a cabo por haber suscrito un contrato de trabajo, o incluso un contrato de arrendamiento civil de servicios con la entidad o institución que se ha comprometido a prestar el servicio), aunque no sean las familias afectadas las que se tengan que hacer cargo de dicho importe.

Resulta muy importante diferenciar la noción coloquial y la noción jurídica de la figura del “cuidador no profesional”. Y es que mientras nadie discute el carácter no profesional de aquella persona que, de forma altruista, se ocupe de la atención y cuidado de un miembro de su entorno que no pueda valerse por sí mismo completamente, el concepto legal es mucho más restringido.

La única norma que hoy en día define el concepto de “*cuidado no profesional*” es la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Familiar de las Personas Dependientes (en adelante Ley 39/2006), que en su art. 2.5 los define como “*la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizado*”. Como se puede apreciar, se trata de una previsión que, aunque en principio solo estría haciendo referencia a las personas reconocidas administrativamente como dependientes, realmente resume muy bien el concepto social del “cuidado no profesional” que desempeñará toda aquella persona que se ocupe de la atención, compañía y cuidado de otro que, por razón de edad, enfermedad o discapacidad, no tenga autonomía plena. Ahora bien, aunque cualquier tipo de cuidado familiar puede implicar las mismas dificultades de acceso al mercado de trabajo o de conservación del empleo, resulta fundamental destacar que solo los cuidadores no profesionales de personas declaradas en situación de dependencia (en cualquiera de los grados previstos en el art. 26 Ley 39/2006) podrán acceder a los derechos y prestaciones reconocidos en el texto de la citada ley (cfr. art. 18 Ley 39/2006)<sup>5</sup>. Adviértase que, entre otros factores, para poder considerar a una persona dependiente resulta preciso que la merma en las facultades psíquicas, físicas o sensoriales que experimente sea previsiblemente definitiva, lo que excluye muchas situaciones en la que, en la práctica, también se necesita un apoyo familiar, difícilmente compatible con la actividad profesional durante el periodo de tiempo en el que se presenta, con clara repercusión sobre la carrera de cotización del cuidador.

.....

5 Adviértase además que, a efectos de acceder al elenco de derechos previstos en la Ley 39/2006, para poder calificar a una persona como “cuidador no profesional” a efectos jurídicos, es preciso que exista una declaración administrativa que, a raíz de una solicitud previa de las personas interesadas, así lo constate.

El “cuidado no profesional” se conceptúa entonces como el antónimo a los “cuidados profesionales”, definidos como “los prestados por una institución pública o entidad, con y sin ánimo de lucro, o profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios a personas en situación de dependencia, ya sean en su hogar o en un centro” (2.6 Ley 39/2006). Pese a la ambigüedad de la definición legal, y aunque no se trate de un servicio especializado, también deberá considerarse como un “cuidado profesional” el realizado en virtud de una relación laboral que, en ocasiones, podrá revestir la forma de relación laboral especial de empleados de hogar. Y es que, a diferencia del cuidador no profesional, la atención profesional implica que el sujeto que la realiza, vive de su trabajo, obteniendo una retribución por realizar las citadas labores de cuidado.

A su vez, a efectos de la atención de personas dependientes, la Ley 39/2006, dentro del concepto genérico de cuidado no profesional (esto es, altruista y desinteresado), distingue dos tipos: el cuidado prestado por familiares y el que realizan personas del entorno del dependiente (art. 2.5 Ley 39/2006). Esto es: el cuidado no profesional prestado por personas vinculadas al dependiente por lazos de *parentesco* (afinidad o consanguinidad hasta el cuarto grado inclusive)<sup>6</sup>; y el cuidado no profesional que llevan a cabo de forma altruista personas *del entorno* del dependiente.

Adviértase que el cuidado no profesional prestado por personas del entorno del dependiente con las que no mantiene un vínculo familiar (posiblemente por las serias dificultades que en la práctica plantea diferenciarlo de una relación laboral encubierta y el alto riesgo de fraude que implica), se configura en la propia norma como excepcional y residual<sup>7</sup>. Tanto es así que, en la práctica, vienen siendo escasísimas –aunque no imposi-

.....

6 Así, el art. 1.1 del citado RD 615/2007 precisa que “a los efectos de lo previsto en los artículos 2.5, 14.4 y 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, podrán asumir la condición de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia, su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco”. Esta enumeración de situaciones familiares, se completa por el Real Decreto 1051/2013 incluyendo expresamente las situaciones asimiladas a la relación familiar (parejas de hecho, tutores y personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento), por el que se regulan las prestaciones del Servicio de Atención y Ayuda Domiciliaria establecidas en la Ley de Dependencia.

7 Tal y como contempla el art. 1.2 RD 615/2007, hay que tener en cuenta que “cuando la persona en situación de dependencia tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, la despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención, la administración competente podrá excepcionalmente permitir la existencia de cuidados no profesionales por parte de una persona de su entorno que, aun no teniendo el grado de parentesco señalado en el apartado anterior, resida en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino, y lo haya hecho durante el periodo previo de un año”. Se entiende que, para que entre en juego esta excepción, no tienen que existir parientes, o los que existan, no estén dispuestos a hacerse cargo de la atención de la persona dependiente. Como pone de manifiesto FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., esta figura, “queda pendiente de una mayor concreción jurídica, al estar delimitada a través de conceptos muy indeterminados: «insuficiencia de recursos»; «despoblación»; «circunstancias geográficas»; «circunstancias de otra naturaleza»; «municipio vecino»; o el propio significado del concepto «entorno rural». Lo que sin lugar a dudas contribuye a la tantas veces criticada desigualdad territorial en la aplicación de la Ley de Dependencia, dado que cada Comunidad Autónoma puede definir dichos términos” en “Los cuidados en el entorno familiar más de una década después. Los vaivenes en su regulación, su aplicación por la doctrina judicial y sus efectos en materia de igualdad”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº. 210, 2018, pág. 8 del soporte informático.

bles- las situaciones en las que sean otros allegados, con los que no se mantiene vínculo familiar alguno, los que realicen este tipo de tareas (como podrían ser, por ejemplo, ahijados, vecinos o amigos<sup>8</sup>).

### III. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES

Como es sabido, existen determinadas colaboraciones productivas, unas con causa altruista y otras con causa cambiaria, que pueden presentar una apariencia muy similar al contrato de trabajo. Tal y como la práctica viene demostrando, la diferenciación de figuras afines constituye una controversia con la que constantemente deberá enfrentarse el intérprete a la hora de aplicar el Derecho del Trabajo. Son muy diversos los ejemplos de relaciones jurídicas civiles, mercantiles e incluso administrativas en las que los derechos y obligaciones a los que respectivamente se han obligado las partes implicadas son muy similares a los que integran el contenido de una relación laboral: así, esto es lo que ocurre por ejemplo, con el arrendamiento civil de obras o servicios, con las colaboraciones de becarios, con el voluntariado social en el seno de entidades altruistas o con el margen de dependencia inherente a los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Ahora bien, por mucho que la jurisprudencia progresivamente vaya respondiendo a las demandas sociales de clarificación de situaciones confusas, y haya sentado, a golpe de sentencia los criterios determinantes de la calificación de vínculos controvertidos, la constante evolución de las formas humanas de colaboración productiva provoca que constantemente se sigan planteando nuevos problemas de delimitación de fronteras. Y es que existen múltiples situaciones en las que se realizan prestaciones de servicios de forma personal y en interés de otro sujeto, aunque no todas ellas puedan encuadrarse en el concepto de relación laboral que perfila el art. 1.1 ET. Como es obvio, no son las situaciones enumeradas las únicas figuras que pueden inducir a confusión a la hora de delimitar las fronteras del contrato de trabajo. Sin duda, la Ley 39/2006, al aprobar por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico una Ley de dependencia, introdujo también en nuestro ordenamiento jurídico una figura nueva: la del “cuidador no profesional” del dependiente que, bajo determinados presupuestos va a presentar un perfil extremadamente parecido con el trabajador dependiente y por cuenta ajena.

.....

8 Salvo que estos, en defecto de parientes dispuestos a hacerse cargo de la atención de una persona dependiente, puedan considerarse, además, personas del entorno geográfico del dependiente en los términos exigidos por el art. 1.2 RD 615/2007, anteriormente citado.

Nadie discute que, para poder apreciar la existencia de un vínculo laboral primero se deberá constar la existencia de un vínculo cambiario<sup>9</sup>, en virtud del cual se pretenda intercambia una actividad productiva por su equivalente económico. Por tanto, el objeto de esta relación sinalagmática, será dual, y estará compuesto tanto por la prestación de servicios como por la retribución del trabajo prestado. A su vez, para poder calificar como “laboral” la actividad productiva que constituye el objeto del contrato, esta debe realizarse respetando de forma simultánea cinco características: voluntaria, personal, retribuida, dependiente y por cuenta ajena (art. 1.1 ET). Tales presupuestos se erigen en elementos constitutivos de la relación laboral, y actúan como rasgos diferenciadores que permiten distinguir el contrato de trabajo de otras colaboraciones productivas con las que la relación laboral puede presentar, al menos en apariencia, ciertos puntos de identidad.

### 3.1. La causa cambiaria o altruista como elemento identificador esencial

Ahora bien, a pesar de que la doctrina constantemente se ha ocupado de precisar el verdadero alcance y significado de cada uno de estos cinco presupuestos de laboralidad, y de que en el último siglo han recaído infinidad de sentencias a través de las cuales el juzgador se ocupa de ofrecer una respuesta clara a situaciones controvertidas, todavía, la práctica cotidiana sigue presentando problemas de difícil solución. Y es que progresivamente surgen nuevas formas de colaboración humana o atípicas prestaciones de servicios sobre los que no será del todo útil recurrir a criterios identificativos anteriores, recaídos a la hora de analizar supuestos muy diferentes al que en ese momento se ha de calificar.

En concreto, esto es lo que ocurre a la hora de interpretar el verdadero alcance del art. 1.3.d) ET, que proclama expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la legislación laboral “las prestaciones realizadas a título de amistad, benevolencia o buena vecindad”. Se trata de un precepto, con finalidad meramente ejemplificativa, que tiene como principal objetivo facilitar la labor del intérprete reiterando la exclusión del ámbito laboral de aquellas relaciones en las que falta uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo enumerados en el art. 1.1 ET: y es que, como es obvio, al faltar la causa retributiva en este tipo de colaboraciones altruistas, no podrá estar presente la nota de la “retribución” que identifica a los contratos cambiarios en general, y al contrato de trabajo en particular. Ahora bien, por clara y lógica que parezca dicha exclusión, y por mucho que doctrina y jurisprudencia a lo largo de los años se hayan ocupado de concretar su alcance, progresi-

.....

9 O, al menos, potencialmente cambiario, dado que el deber de retribuir no siempre coincide con el efectivo abono de la retribución debida. Sobre este tema, véase SELMA PENALVA, A., “*Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.



vamente la sociedad ofrece nuevas modalidades de colaboraciones desinteresadas, y con ellas, nuevos problemas de delimitación de los contornos de la laboralidad.

Poco a poco se va demostrando que son muchas más las aplicaciones prácticas de la exclusión de laboralidad que contempla el citado art. 1.3.d) ET de las que en un principio podría parecer. Y es que no solo quedarían encuadradas en su tenor literal aquellas colaboraciones altruistas esporádicas, sino también otro tipo de actividades de interés social realizadas de forma organizada y continuada. Así, quedarían comprendidas en esta exclusión no solo las funciones que determinados sujetos realizan en favor del partido político o del sindicato en el que se encuentran afiliados, la colaboración de uno de los miembros de una pareja sentimental (sin vínculo conyugal) en el negocio que regenta el otro, las actividades de los voluntarios en el seno de ONGS, y también, como es obvio, respecto al tema que nos ocupa, la atención no profesional que pueda recibir en su domicilio una persona que no puede valerse por sí misma por personas de su entorno social, vecinal o sentimental con los que no se mantienen vínculos familiares.

### **3.2. La simulación parcial o absoluta y los problemas prácticos que esta conlleva**

No se puede negar que las controversias suscitadas en torno al ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo muchas veces se plantean cuando se ha hecho uso de un falso *nomen iuris*. En definitiva, unas veces por la intención de los contratantes (o al menos de uno de ellos) de hacer pasar desapercibida la relación laboral encubriéndola bajo una apariencia jurídica que no le corresponde, y otras por desconocimiento de los perfiles concretos que identifican nuevas figuras, se puede estar excluyendo injustificadamente la aplicación del Derecho del Trabajo. Así, el intérprete deberá enfrentarse constantemente al problema de delimitación de fronteras de figuras afines, hasta tal punto, que esta labor de identificación de la verdadera naturaleza de la relación jurídica se convierte en un presupuesto previo y esencial para garantizar la correcta aplicación del Derecho del Trabajo. Así pues, es precisamente el cuidado no profesional realizado por personas del entorno del dependiente con las que no mantiene un vínculo familiar, el que, en la práctica, va a suscitar problemas más serios de identificación, pues el cuidado no profesional realizado por personas que, sin ser familiares, se encuentran en “el entorno” del dependiente se va a materializar en la práctica de una forma extremadamente parecida al desarrollo de una prestación laboral de servicios, aunque lo haga realmente en virtud de un vínculo jurídico (de amistad, benevolencia o buena vecindad) que no comparte en ese caso ni el objeto ni la causa que identifican al contrato de trabajo. En concreto, las tareas de un cuidador no profesional, en muchos aspectos, pueden resultar muy cercanas a las que realiza un empleado de hogar.



Aunque aparentemente resulta sencillo diferenciar en abstracto, apoyándose la definición legal, el cuidado de las personas dependientes que se realiza de forma no profesional de una actividad que verdaderamente encaja en el perfil de una prestación laboral, en la práctica, el proceso de delimitación de fronteras es mucho más difícil de lo que en principio parece. Para diferenciar las relaciones jurídico laborales de cualquier otro tipo de colaboración social (ya sea familiar, de amistad, benevolencia o de buena vecindad) en virtud de la que se preste atención a una persona que no puede valerse por sí misma, será necesario recurrir al criterio de la *retributividad* de los servicios prestados, pues es precisamente a esta característica a la que debe reconducirse, al menos en lo que al problema de delimitación de fronteras se refiere, la noción de “profesionalidad” que utiliza el legislador. Y es que, si el sujeto que lo lleva a cabo no obtiene de él fuente de ingresos de ningún tipo, tal actividad no podrá constituir el *medio de vida* del que debería depender en realidad su *profesionalidad*.

Así, será determinante que el sujeto que lleva a cabo de labor de atención y cuidado de un dependiente obtenga ingresos por esa colaboración social o, por el contrario, únicamente actúe impelido por una motivación altruista y desinteresada, sin intención de obtener por ello contraprestación económica alguna. En definitiva, será el *modus vivendi* del cuidador el punto de referencia del que se debe partir a la hora de proceder a la delimitación de fronteras. Y es que es obvio que una actuación altruista no podrá constituir nunca la actividad productiva y retribuida que constituye el objeto de una relación laboral.

Ahora bien, los fenómenos de fraude y simulación sin duda, complican el proceso de identificación pues ¿qué ocurre cuando se sospecha que media una contraprestación económica no declarada? ¿Y si se abona una compensación económica pero muy inferior a lo que debería ser un salario normal de mercado en atención a las horas de trabajo? ¿Y si el cuidador se conforma con una prestación económica materializada de forma prácticamente exclusiva en forma de salario en especie? Todavía puede resultar más complejo, si cabe, abordar los problemas prácticos que, precisamente en este ámbito material, en los últimos años están suscitando los denominados trabajos colaborativos.

### **3.3. Los trabajos colaborativos: un nuevo reto en el proceso de delimitación de fronteras de la relación laboral no declarada**

A raíz de la crisis económica que ha sufrido España han surgido nuevas formas de colaboración social destinadas a satisfacer intereses recíprocos que, pese a poder incluirse dentro del grupo de los trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad y, por tanto, quedar excluidas del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, en ciertos casos, pueden pre-

sentar una apariencia muy similar a lo que podría ser una relación laboral encubierta<sup>10</sup>. El concepto tradicional de trabajo colaborativo define a esta figura como una forma particular de *producción entre pares*<sup>11</sup>. Ahora bien, gracias a la facilidad de las comunicaciones interpersonales que permiten los avances informáticos, con el paso de los años, este concepto empieza a sobrepasar el ámbito meramente vecinal y agrícola en el que inicialmente se gestó<sup>12</sup>, para extenderse a sectores muy variados de la sociedad, llegando incluso, en los casos más extremos, a manifestarse bajo la forma de *colaboración de masas*<sup>13</sup>. Y es que a través de trabajos colaborativos se pueden llegar a satisfacer numerosas necesidades sociales, sin coste o a un coste muy reducido. Aunque los trasportes compartidos son los trabajos colaborativos que tienen mayor aceptación social<sup>14</sup>, existen múltiples actividades que se pueden prestar a través de estas formas de actividad: lavado de ropa, cuidado de niños y ancianos, cocina casera, atención del hogar, paseos de perro, montaje de muebles, o en definitiva, cualquier tipo de actividad que pudiera considerarse incluida en lo que se viene denominado “bancos de tiempo”<sup>15</sup>.



10 Estas y otras cuestiones, se analizan, *in extenso*, en SELMA PENALVA, A., “La amistad en un contexto virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo”, *Información laboral*, nº.2, 2018, págs. 17-39.

11 Por el momento, ninguna norma jurídica utiliza el término “trabajo colaborativo”, Por ese motivo, para poder concretar su verdadera naturaleza, se hace necesario recurrir a consideraciones sociológicas. El término fue acuñado por Yochai Benkler, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Está basado en los principios filosóficos del bien común y del altruismo y en unos cuantos principios operativos, con enfoque por resultados, que guían al proyecto, y que comparten quienes toman parte en él, generalmente voluntarios. [https://es.wikipedia.org/wiki/Trabajo\\_colaborativo](https://es.wikipedia.org/wiki/Trabajo_colaborativo).

12 Yochai Benkler describe al trabajo colaborativo como *el sistema de producción, distribución y consumo de bienes de información que se caracteriza por acciones individuales descentralizadas, ejecutadas a través de medios ampliamente distribuidos y ajenos al mercado y a sus estrategias*.

La base del trabajo colaborativo es la de compartir el conocimiento a través de Internet. Es un trabajo masivo, en el sentido de los medios de comunicación de masas, como la prensa, la radio y la televisión, que son vistos simultáneamente por muchas personas ubicadas en distintos lados y sin contacto entre sí, pero unidos por ese medio de comunicación.

13 Modalidad de prestación de servicio que se lleva a cabo gracias a la existencia de un sistema socio-técnico que permite a miles de personas cooperar eficazmente para crear un resultado que es de todos, que no reconoce a un autor exclusivo y que puede usarse, independientemente de que se haya o no colaborado en su creación, [https://es.wikipedia.org/wiki/Trabajo\\_colaborativo](https://es.wikipedia.org/wiki/Trabajo_colaborativo). Una modalidad de esta forma de colaboración de masas podría ser el «crowdfunding», en la que los particulares no realizan un trabajo concreto sino una aportación económica que contribuirá a financiar un objetivo común. Sobre este tema DE LA VEGA GARCÍA, F., “La gestión de pagos en el «crowdfunding»”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 37, 2018, págs. 255-276.

14 GONZÁLEZ ORDEN, D., VALLEJO ANDRADA, A., SARASOLA, J.L., “Nuevos movimientos sociales: el transporte: El caso Bla-BlaCar y Uber”, *IJERI: International journal of Educational Research and Innovation*, nº. 3, 2015, págs. 143-155; VELASCO SAN PEDRO, L.A., “El consumo colaborativo en el transporte de personas”, *Diario La Ley*, nº 8601, 2015.

15 A través de los “bancos de tiempo” se intenta obtener un intercambio recíproco de servicios entre dos o más sujetos o, en el caso de que no exista un servicio intercambiable, a cambio de una compensación económica por las molestias generadas (cuyo importe, por su propia naturaleza) ha de ser muy inferior al precio de mercado. Al respecto, se ha afirmado que los bancos de tiempo, correctamente utilizados, constituyen una herramienta muy útil para ayudar a alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres, facilitando la conciliación de la vida laboral y familiar. En este sentido, sobre los bancos de tiempo se ha dicho ([https://es.wikipedia.org/wiki/Banco\\_de\\_tiempo](https://es.wikipedia.org/wiki/Banco_de_tiempo)) que se intercambian servicios por favores o favores por favores, dando lugar a una especie de mercado alternativo, muchas veces potenciado por las tecnologías de la información. Su finalidad es mejorar el bienestar social y localidad de vida sin consumir recursos económicos (ni públicos ni privados). Sobre este tema, véase LEGARRETA IZA, M., “Cuidados y sostenibilidad de la vida: una reflexión a partir de las políticas del tiempo”, *Papeles del CEIC, International Journal on Collective Identity Research*, nº. 1, 2014, págs. 1 y ss. del soporte informático.

En concreto, pueden suscitar serios problemas de interpretación algunos trabajos colaborativos que se materializan en forma de intercambio de diferentes servicios entre particulares (cando lugar a una moderna forma de trueque) sin que formalmente ninguno de ellos presente (al menos a efectos de la concreta prestación realizada) la condición ni de empresario ni de trabajador, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia.

Precisamente en torno al intercambio de diversas prestaciones de hacer entre particulares, como se acaba de mencionar, conviene recordar que con ocasión de la crisis económica han proliferado ciertas formas de acción ciudadana, inspiradas por el ahorro y facilitadas por las redes sociales, en virtud de las cuales, los particulares evitan contratar la prestación de cierto tipo de servicios, recurriendo a una suerte de intercambio de servicios personales, la mayor parte de ellos relativos al ámbito estrictamente doméstico. En este sentido, las necesidades de los núcleos familiares pueden ser muy diferentes y la capacidad imaginativa prácticamente infinita (planchar a cambio de pasear al perro, hacer la compra por recoger a los niños del colegio, alojamiento a cambio de compañía, etc.). En este tipo de ocasiones, aunque se hayan puesto en contacto a través de internet, son los particulares los que suscriben el acuerdo entre sí, sin que a estos efectos exista empresa intermediadora alguna que se ocupe de gestionar la oferta y demanda de servicios a cambio de comisión.

Basta una primera aproximación a cualquier portal digital de anuncios para comprobar que se trata este de un tipo de acuerdo de ayuda recíproca que ha proliferado con sorprendente rapidez en épocas de desempleo y cuya naturaleza jurídica no siempre encaja con facilidad en ninguna de las categorías contractuales típicas. En muchas de las situaciones expuestas, habida cuenta de la naturaleza de las prestaciones intercambiables, se podrá apreciar con facilidad que no se está ante un contrato de trabajo encubierto pues no concurren todas las notas que han de identificar este tipo de relación jurídica (art. 1.1 ET), aunque esto no siempre es así.

Por lo que respecta a la constatación de una relación laboral encubierta debe resaltarse que hoy en día las dificultades más serias de diferenciación se plantean ante los intercambios de atención o limpieza por alojamiento y manutención que han proliferado de forma abrumadora a raíz de la crisis económica. Aunque se realicen en beneficio de ambas partes implicadas, que voluntaria y conscientemente asumen todas y cada una de las condiciones pactadas, presentan contornos especialmente cercanos a la prestación laboral de servicios no declarada. Y es que a pesar de que el propio art. 2.2 del RD 1620/2011 por el que se regula la relación laboral especial del servicio del hogar familiar contempla como “*relación de colaboración a la par*” y por tanto, excluida del ámbito del Derecho del trabajo aquella que da lugar a la *acogida temporal en régimen de convivencia familiar* de un sujeto con el que no se mantienen vínculos ni de consanguinidad ni de afinidad para realizar trabajos que tengan un *carácter marginal* siempre que esté ausente el carácter retribuido de los

servicios prestados, es también un hecho notorio que muchas veces, el servicio doméstico, la atención de personas dependientes o las labores de mantenimiento y cuidado de fincas o animales domésticos, pese a presentar una clara naturaleza laboral, se mantienen desde sus inicios, valiéndose de la intimidad que reporta el hogar familiar, dentro de la economía sumergida<sup>16</sup>.

Pues ¿qué respuesta hay que ofrecer a las colaboraciones cambiarias entre particulares en las que unos y otros pretenden intercambiar entre sí servicios de distinta naturaleza jurídica sin que medie una contraprestación monetaria? ¿Deben considerarse colaboraciones de buena voluntad situadas al margen del derecho del trabajo? O por el contrario, ¿pueden considerarse que dan lugar a una relación laboral encubierta en la que la totalidad del salario, contraviniendo las especificaciones de la relación laboral especial de empleados de hogar, se ha abonado en especie? Sin duda, se trata de cuestiones complejas, sobre la que todavía no se han pronunciado nuestros jueces y tribunales, y que por tanto, permanecen por el momento al margen del derecho. Ahora bien, a pesar de que no se trate de fenómenos ilícitos (hasta ahora), no se discute que colocan al sujeto que presta esta forma de servicios, al margen de cualquier tipo de protección jurídica: mientras se llevan a cabo estas tareas (salvo, por supuesto, que se compatibilicen con otra actividad productiva distinta), no se percibirá el salario mínimo, ni se cotizará a la Seguridad Social, ni se tendrá cobertura ante ninguna de las situaciones de necesidad que pueda contemplar nuestro sistema (a excepción de la asistencia sanitaria respecto a la que rige el principio de universalidad de las prestaciones<sup>17</sup>).

#### IV. LA (INCOMPLETA) SOLUCIÓN LEGAL ACTUAL

**S**on muchas las formas jurídicas a través de las cuales se pueden desarrollar las tareas de cuidado y atención de una persona que no puede valerse por sí misma. Desde el trabajo autónomo especializado, el trabajo doméstico, las colaboraciones vecinales o los cuidados familiares, todas ellas, se caracterizan en mayor o menor medida por la desprotección en la que se encuentran. Desde el elevado índice de trabajos no declarados que se

.....

16 Y es que no siempre se intercambia un servicio a cambio de otro, sino el derecho a uso y disfrute de una vivienda a cambio de un servicio, y es entonces cuando se genera una situación que guarda una estrecha cercanía con una relación laboral no declarada en la que se ha acordado fijar única o principalmente una retribución en especie (superando así los porcentajes máximos que, según el art. 26 ET, puede alcanzar la retribución en especie sobre el salario global del trabajador en cuestión).

17 Al respecto, véase el reciente Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

realizan, bien por cuenta ajena, bien por cuenta propia, amparados por la intimidad que representa el domicilio familiar, hasta la dificultad inherente de compatibilizar este tipo de cuidado con el desarrollo de una actividad profesional a tiempo completo que este tipo de atenciones implica para las personas de su entorno, pasando por la escasa cobertura social que, aun tras su reforma, sigue reportando el sistema Especial de Seguridad Social de los Empleados de Hogar, el resultado es igualmente un alejamiento de los sujetos implicados del nivel de cobertura social medio que reciben los trabajadores en España.

Pero no se trata únicamente de un problema económico, sino que este debe interpretarse desde una perspectiva de género. Y es que, en la práctica, el trabajo de cuidados en la sociedad actual, tanto cuando se realiza de forma profesional como no profesional, recae de forma principal sobre personas de sexo femenino, provocando, por un motivo u otro, el consiguiente detrimento en sus carreras de cotización. Combatir esta práctica resulta muy complejo. Son distintos los factores los que intervienen de forma conjunta para producir este resultado: la mayor implicación afectiva y emocional de las mujeres, costumbres sociales muy arraigadas, la especial responsabilidad que inculca a las mujeres el sistema educativo, atavismos del modelo patriarcal clásico, etc. En síntesis, una confluencia de causas, psicológicas, sociales, culturales, económicas o educativas, muy difíciles de erradicar. Sin duda, el legislador, consciente de este problema intenta compensar los defectos del mercado de trabajo, pero las medidas que por el momento utiliza no son suficientes para remediar la situación, sino solo para atenuar ligeramente sus efectos.

En concreto, la Ley 39/2006 supuso un gran avance en la protección jurídica de las labores de cuidado. Sin duda, con esta norma, el legislador intentaba evitar que el sacrificio de oportunidades laborales que implica la atención constante de una persona dependiente, conllevara, como consecuencia directa e inescindible, la desprotección social del sujeto que realiza estas tareas. En su texto, se intenta evitar la falta de cobertura social de los cuidadores de hecho a través de una doble vía de actuación: por una parte, oferta un catálogo amplio de diversos servicios sociales con el fin de descargar a la familia de sus responsabilidades constantes, lo que en definitiva se traduce en una mayor posibilidad de compatibilizar la atención de un dependiente con el desarrollo de una actividad profesional; Al mismo tiempo, articula la posibilidad de incorporar a los cuidadores no profesionales al sistema de Seguridad Social (pese a que estrictamente no realicen una actividad productiva en virtud de la cual poder realizar este encuadramiento) mediante la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social. En concreto, esta posibilidad de cobertura contemplada, de forma muy ambigua, en la Disposición Adicional cuarta de la Ley 39/2006 se desarrolla por el RD 615/2007, en el que se opta por permitir a los cuidadores no profesionales que reúnan determinadas circunstancias, suscribir un convenio especial con la Seguridad Social.

Ahora bien, pese a estos ambiciosos propósitos, la práctica ha demostrado que estas iniciativas finalmente no han cumplido el fin de protección social que perseguían. La crisis económica que atravesó España ha provocado, por una parte, que la cartera de servicios públicos especialmente implantados para lograr la atención de personas dependientes no fuera realmente tan completa y eficaz como inicialmente se preveía<sup>18</sup>. De la misma forma, el convenio especial con la Seguridad Social, que en un primer momento se configuró como obligatorio y totalmente gratuito, ha derivado en un modelo muy diferente<sup>19</sup>.

Sin duda, este convenio especial con la Seguridad Social, persigue un objetivo loable: ya que estas personas realizan un trabajo muy importante para la sociedad, ahorrando gastos al Erario público (que en otro caso, quedaría obligado a prestar la atención necesaria que garantizara su subsistencia a personas dependientes sin recursos), coadyuvando con ello a la consecución del Estado social, se les recompensa facilitándoles su inclusión en el RGSS, por ese motivo podrán suscribirlo tanto los sujetos que no realicen ningún tipo de actividad productiva puesto que las labores de atención y cuidado les requieran una jornada completa, como aquellos sujetos que solo requieran una dedicación parcial (4.1 RD 615/2007). Ahora bien, tan restrictivo es el ámbito subjetivo y objetivo de este convenio, que, en realidad, su eficacia es bastante reducida, por lo que se aleja bastante de la finalidad que inicialmente pretendía. Entre otras limitaciones, cabe poner de manifiesto las siguientes:

Solo pueden suscribirlo los cuidadores no profesionales de personas dependientes, no aquellos sujetos que se encarguen de la atención y cuidado de otros sujetos (como pueden ser, niños o familiares más allá del segundo grado, personas convalecientes de una larga enfermedad, pero con perspectivas de recuperación a medio plazo, o sujetos con merma de sus capacidades pero que no hayan obtenido la calificación ni siquiera de dependientes moderados). Si esto ocurre, y a pesar de que dichas tareas también implican un importantísimo sacrificio personal y laboral, no procederá aplicar entonces la Ley 39/2006, y por lo tanto, tampoco podrá calificarse administrativamente al cuidador como no profesional, ni por tanto, tendrá derecho a acceder a los derechos que dicha norma le reconoce, entre ellos la posibilidad de suscribir este convenio especial con la Seguridad Social.

Se trata de un convenio voluntario, lo que hace que, en la práctica, sean pocos los hogares familiares que quieran asumir un gasto añadido, bajo la expectativa de una hipotética

.....

18 Haciendo así recaer el peso de la atención y cuidado de las personas que no pueden valerse por sí mismas sobre las familias, que se convierten entonces en un pilar esencial para las personas dependientes, en detrimento de sus expectativas laborales. AAVV, *“El cuidado de las personas dependientes ante la crisis del Estado de bienestar”* (Coord. Muñoz Fernández y Álvarez Aguado), Tirant lo Blanch, 2013.

19 Adviértase que la DT 13ª introduce una importantísima modificación sobre el régimen jurídico del convenio con la Seguridad Social que pueden suscribir los cuidadores de personas dependientes, quedando a partir de 1 de enero de 2013 las cuotas de cotización a cargo exclusivo de los suscriptores y pasando a partir de ese momento a ser voluntario y no obligatorio.



cobertura económica en situaciones de jubilación. Ahora bien, se trata de una situación sin duda difícil de remediar pues, si es el propio particular el que corre a cargo de la cotización a la Seguridad Social, ¿cómo obligarle a asumir un gasto más en la que ya muchas veces es una economía familiar mermada? Esta es sin duda la explicación de que, según las estadísticas oficiales, el 94% de los cuidadores no profesionales de personas dependientes, no cotiza a la Seguridad Social, lo que demuestra que en la práctica, se trata de un convenio prácticamente inoperante<sup>20</sup>.

La base de cotización prevista es muy reducida (salvo en los casos excepcionales en los que se pretenda mantener una base de cotización anterior según el art. 4.2 RD 615/2007), pues será únicamente la correspondiente al tope mínimo de la base de cotización al RGSS (art. 4.1 RD 615/2007) por lo tanto, ofrecerá una cobertura social muy pequeña, lo que quizá tendría sentido cuando se trataba de un convenio de suscripción obligatoria y gratuito para el beneficiario, pero que hoy en día resulta paradójico dado que la cotización corre a cargo del beneficiario. En cualquier caso, esta particularidad de su régimen jurídico provocará que, incluso los sujetos que lo suscriban, accedan finalmente a una pensión inferior a la media del país. Parece que la finalidad del convenio no debería ser solo ofrecer un mínimo vital básico a sus suscriptores, sino evitar en su conjunto la brecha de género en las pensiones, combatiendo simultáneamente todas las causas que la provocan.

Los arts. 14.4 y 18 de la Ley 39/2006 contemplan la posibilidad de que, en situaciones excepcionales, la persona dependiente pueda percibir una prestación económica con el fin de ser atendido por un el cuidador no profesional. Se trata de una ayuda que únicamente se podrá percibir cuando el cuidador haya cursado alta y cotización en el RGSS. Como a simple vista se puede apreciar, se trata de una previsión legal muy ambigua pues suscita diversas preguntas: por ejemplo ¿por qué la percepción económica la recibe la persona dependiente y no el cuidador no profesional? ¿Por qué se valora la capacidad económica de la persona dependiente y no la del cuidador no profesional, a pesar de que es este, al fin y al cabo, el que sacrifica sus oportunidades laborales para realizar esta tarea de atención social? ¿Por qué se trata de una ayuda económica destinada a sufragar un apoyo *no profesional* cuando este, por esencia, no persigue retribución? ¿No sería más razonable vincularla al cuidado profesional de personas dependientes sin recursos para evitar su internamiento hospitalario?

Y es que, aunque esta particular prestación está claramente condicionada al grado de dependencia de la persona y a la carencia de rentas del hogar familiar, en realidad, su puesta en práctica no depende del cumplimiento de unos presupuestos objetivos y claramente predeterminados a nivel nacional, sino de las posibilidades económicas que en cada

.....  
20 *El País*, 1 de marzo de 2017.

momento pueda acreditar cada CCAA, lo que en la práctica la convierte en una medida simbólica, con una aplicación real muy reducida<sup>21</sup>.

Pero la desprotección social que actualmente sufre, en su conjunto, el ámbito de las tareas de cuidado, no radica solo en este hecho. Sin duda, un problema muy importante difícil de solventar normativamente es el hecho de que la intimidad del domicilio familiar en el que se prestan los servicios, facilita la economía sumergida. Y es que la Inspección de Trabajo solo podrá realizar las comprobaciones oportunas previa autorización de entrada por parte del titular de la vivienda o por orden judicial, lo que en la práctica provocará que un elevado porcentaje de los trabajos profesionales (tanto por cuenta propia como por cuenta ajena) que consistan en el cuidado de personas que no pueden valerse por sí mismas se realicen al margen del sistema de Seguridad Social. Pero no solo eso: la particularmente difusa frontera que existe entre la prestación de servicios profesionales de cuidado y el trabajo amistoso contribuye a acentuar este problema, provocando que pasen desapercibidas relaciones laborales encubiertas, contribuyendo así a incrementar la economía sumergida.

Otro factor que contribuye a acrecentar las dificultades de delimitación entre figuras jurídicas de perfiles cercanos es sin duda el hecho de que, por el momento, no se ha perfilado con claridad el régimen jurídico de las labores de atención del hogar familiar y las personas que en él conviven cuándo estas se realizan por cuenta propia. Así pues, ni doctrinal ni jurisprudencialmente se ha clarificado si existe una presunción inherente de laboralidad consustancial a los servicios domésticos, o si por el contrario, rasgos tales como la libre sustitución, por su propia voluntad de la persona que habitualmente realiza el trabajo, la pluralidad de clientes, el importe total de hora trabajada, o la realización del trabajo en festivos, podrían ser indicios indicativos de que este tipo de servicios, como cualquier otro de nuestro mercado, también puede prestarse por cuenta propia, dependiendo por tanto de la voluntad de los contratantes optar por una u otra posibilidad. Y es que mientras en el trabajo por cuenta ajena de cuidados domésticos, le corresponde al empleador (en este caso al cabeza de familia) cursar el alta y asumir los costes vinculados a la cotización periódica de su empleado, si se trata de un supuesto de trabajo autónomo, estas obligaciones desaparecen, quedando el propio trabajador autónomo obligado a afiliarse en el RETA y a hacerse cargo del importe de su cotización mensual. En cualquier caso, esta confusión entre figuras, en la práctica, suele acentuar todavía más la economía sumergida,

.....

21 Tema que analizan con detenimiento KAHALE CARRILLO, D.T., “La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y la Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, en AAVV, *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral: II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, vol. 1, Laborum, Murcia, 2018, págs. 213-225; y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 74, págs. 80 -104.

confiando cada una de las partes implicadas el correcto cumplimiento por parte del otro de sus respectivos deberes.

## V. PROPUESTAS DE REGULACIÓN. VENTAJAS E INCONVENIENTES

**D**ada la escasísima utilización de este tipo de convenio especial de Seguridad Social, la ministra de sanidad, Carmen Montón, durante su comparecencia en el Congreso de los Diputados el pasado mes de julio de 2018, anunció que, durante el último trimestre de 2018 se recuperaría el sistema de cotización obligatorio y totalmente gratuito de los cuidadores no profesionales, inicialmente previsto por el RD 615/2007, pero desarticulado con ocasión de la crisis económica, aunque en la fecha de cierre de este trabajo (14 de noviembre de 2018), todavía no se había puesto en práctica la medida prometida<sup>22</sup>.

Sobre este tema, no se puede negar que la cobertura social que han de recibir los cuidadores no profesionales constituye un tema no exento de polémica. Y es que, los escasos recursos de los que dispone la Seguridad Social hacen siempre discutible cualquier decisión que implique un aumento de gasto. Posiblemente no se trate en esta ocasión de diferencias de opinión sustentadas en la utilidad social de esta medida (cuya finalidad loable es sin duda admitida de forma generalizada) sino que lo que se plantean son dudas y discrepancias relacionadas con el incierto número de beneficiarios potenciales, lo que hace muy difícil de cuantificar el coste final de esta iniciativa (pues es de imaginar que, de ser gratuita su cotización, se eleven sustancialmente las solicitudes de reconocimiento de la condición de cuidador no profesional de persona dependiente a tiempo completo o parcial y, en consecuencia, el número de suscriptores de este convenio especial con la Seguridad Social), problema que se agravará debido al elevado riesgo de fraude consustancial a las labores que se realizan amparadas por la intimidad de un domicilio familiar.

Hay que advertir que, independientemente de si se configura como voluntario o como obligatorio, el convenio especial con la Seguridad Social solo podrán suscribirlo los “cuidadores no profesionales”, pero sin duda, de llegar a aplicarse esta reforma, saldrá a la luz un problema que por el momento permanece solo latente: la ambigüedad con que normativamente se perfila la posibilidad de que los cuidados no profesionales de la persona dependiente los realice alguien de su entorno con quien no se mantienen vínculos de familiaridad. Por lo tanto, lo que actualmente (al ser el convenio a cargo económico

.....  
22 Iberley.es, 16 de julio de 2018.

del suscriptor) no deja de ser un problema de delimitación simbólico, podrá adoptar una importancia fundamental, pues es de prever que los intentos de fraude se elevarán al ofrecerse una cobertura gratuita<sup>23</sup>.

Así pues, será esencial determinar si el cuidado de la persona dependiente se realiza verdaderamente de forma “no profesional” (es decir, tal actividad no puede desarrollarse en virtud de un contrato cambiario a través del cual el cuidador pretenda lograr un medio de vida). Y es que las especiales condiciones económicas que este implica podría favorecer el fraude, haciendo pasar por labores de cuidado altruista lo que no deja de ser una relación productiva encubierta (normalmente por cuenta ajena, aunque también podría ser por cuenta propia) en la que no se declara la retribución realmente percibida o esta se recibe íntegra o sustancialmente, en especie.

En cualquier caso, no está de más acompañar estas reflexiones de otras relacionadas con la desprotección que hoy en día también sufren las personas necesitadas de cuidados, en las que muchas veces, el hecho de tener que sufragar los costes salariales y sociales que genera la contratación de un cuidador resultan totalmente insostenibles, ámbito propicio para que prosperen fenómenos de trabajo no declarado, con los que en realidad, más que un fraude a la Seguridad Social, se pretende únicamente poder obtener, habida cuenta de los medios disponibles, la atención de una situación de extrema necesidad. Se trata de una situación que sin duda se ha de tener en cuenta a la hora de abordar cualquier medida de reforma normativa que se quiera emprender pues, toda modificación que intente endurecer las obligaciones de cotización y reforzar el control del fraude en ámbito del sector de cuidados domésticos con el fin de evitar que pasen desapercibidas muchas relaciones laborales encubiertas bajo la falsa apariencia de un trabajo amistoso o de buena vecindad, aunque esté destinada a mejorar la protección social del cuidador profesional (o pseudoprofesional), conllevará en muchos casos una minoración paralela e igualmente intensa del nivel de renta de la persona dependiente, en detrimento de su calidad de vida.

Habida cuenta de que esta situación hace muy difícil emprender una reforma del régimen jurídico de los cuidadores no profesionales, quizá a estos efectos, podría plantearse como medida razonable, la reestructuración de la prestación económica que pueden percibir las personas dependientes para garantizar su atención por parte de un cuidador no profesional (arts. 14.4 y 18 Ley 39/2006). Y es que quizá habría que hacerla depender de la situación de carencia de rentas del propio cuidador, y no de la persona dependiente. Adviértase que al no exigirse convivencia para reconocer la labor de cuidado en el entorno

.....

23 Y es que, ha de admitirse, que el concepto de “personas del entorno del dependiente”, aunque configurado como residual (art. 1.2 RD 615/2017), resulta excesivamente ambiguo, lo que, sin duda, contribuirá a acentuar el problema de delimitación con las relaciones laborales falsamente calificadas como tareas de cuidado no profesional realizadas por parte de personas allegadas.

familiar, la situación económica de cuidador y dependiente pueden llegar a ser muy diferentes. A estos efectos, conviene llamar la atención sobre el hecho de que, en la práctica, muchas personas dependientes son beneficiarias de prestaciones a cargo de la Seguridad Social, por IP, viudedad o jubilación, que les aseguran unas rentas mensuales que, aunque claramente escasas para hacer frente a la multitud de gastos que implica la atención de la dependencia -y por tanto, difícilmente compaginables con la figura del cuidador profesional, cuando es el propio dependiente el que deba hacer frente a este gasto- no van a permitir acreditar la carencia del mínimo vital necesario al que, en la práctica, se está vinculando la percepción de esta prestación excepcional.

Así, aunque todos los cuidadores no profesionales pueden si lo desean suscribir el convenio especial con la Seguridad Social que les garantizaría una protección social mínima ante situaciones de necesidad, asumiendo ellos mismos su coste, podría proponerse desde estas líneas una medida que, sin resultar extremadamente costosa sí contribuiría a mejorar notablemente la situación de ciertos colectivos en situación de especial necesidad: así pues, sería conveniente estudiar la posibilidad de que aquellos cuidadores que se encuentren en una situación económica más extrema, puedan percibir una ayuda económica, suficiente al menos para sufragar los gastos de cotización que la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social implicaría. Se modificarían así los elementos subjetivos de la tradicional prestación económica de personas dependientes para atender el cuidado no profesional, de poquísima utilización práctica.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

**R**esulta imprescindible destacar que, aunque en muchas ocasiones se asocian las labores de cuidado a las de atención de personas dependientes, no se puede olvidar que son muchas y variadas las formas de atención de la familia que dificultan el acceso o conservación de un puesto de trabajo a jornada completa, que también socialmente siguen recayendo sobre personas de sexo femenino.

Desde estas líneas procede poner de manifiesto lo que, en realidad, por su importancia, debería ser la conclusión única a la que conduce este estudio: únicamente garantizando una red pública y adecuada de servicios destinados a la óptima atención de la familia, se podrán evitar los graves inconvenientes que, de hecho, inciden sobre la vida activa de las personas que se encargan de su cuidado. El resto de iniciativas, por muchos recursos económicos que se invierta en ellas, no serán nunca ni lo suficientemente útiles ni perfectas.

Y es que siempre existirá el problema de la economía sumergida y el fraude de ley, quizá consustancial al mercado de trabajo español que, sin duda, lastrará su eficacia, elevando exponencialmente sus costes.

En cambio, una atención pública materializada en forma de servicios directos al ciudadano, no solo conseguirá mejorar la calidad de vida de las personas dependientes y de sus familiares, sino que también logrará crear puestos de trabajo de calidad (pues en ese caso, las personas que se encarguen de realizar la atención y cuidado en las instituciones públicas pasarán a ser empleados públicos, sin que la intimidad del trabajo en el domicilio familiar eleve el riesgo de simulación). Al mismo tiempo, permitirá que el cuidador no sacrifique sus expectativas profesionales, garantizando con ello que la atención de un dependiente no genere una merma en los ingresos periódicos del hogar familiar. Por mucho que se quiera volver a instaurar la gratuidad del convenio especial con la Seguridad Social que pueden suscribir los cuidadores no profesionales, no se ha de olvidar que este solo ofrecerá protección a los cuidadores de personas dependientes y no de otros colectivos también necesitados de cuidado (como pueden, los menores de edad, entre otros) y además, como mucho, podrá procurar acceso a pensión de jubilación, IP o asistencia sanitaria, pero no podrá en modo alguno reportar a la persona que lo suscribe una fuente de ingresos periódica que facilite su calidad de vida.

Pese a todo, basta con realizar un breve recorrido a los servicios públicos de cualquier Comunidad Autónoma para comprobar la escasez de plazas en guarderías públicas o centros de día para personas de más edad, la imposibilidad absoluta de compaginar una jornada laboral completa con el horario lectivo de colegios y escuelas infantiles. Y es que esto en la práctica no se traduce en la adaptación del horario de trabajo al que, o modo de mera posibilidad, hace referencia el legislador, sino en la reducción de jornada o incluso, en la solicitud de una excedencia por motivos familiares, con la consiguiente merma de ingresos y cotizaciones del sujeto que la disfruta.

En síntesis, si se quiere acabar con la brecha de género en los salarios y en las pensiones, la única medida definitiva sería incrementar el número de centros públicos en los que, con eficiencia y calidad, se presten labores de atención y cuidado a las personas que, por cualquier motivo, no puedan valerse por sí mismas, con una amplitud de horario suficiente para abarcar el transcurso de una jornada completa de trabajo. Sin listas de espera ni masificación. Todo lo demás son parches, brindis al sol, declaraciones de intenciones no operativas, que solo servirán para cronificar el problema<sup>24</sup> y, en definitiva, para acentuar

.....

24 Si no se toman medidas eficaces, esta desigualdad de género en los próximos años se intensificará todavía más. Y es que el envejecimiento de la población hace prever un inminente repunte de las labores de cuidado domiciliario, sean estas profesionales o familiares, con la desprotección social que, por un motivo u otro, ambas alternativas implican. Situación que pone de manifiesto, RAMÍREZ GARCÍA, J.M., “El cuidado de personas dependientes: perfil y costes personales”, *TS nova: trabajo social y servicios sociales*, nº. 14, 2017, pág. 9.



la diferencia de oportunidades laborales que actualmente existe entre mujeres y hombres, en detrimento del Estado de bienestar que proclama la CE.

Por último, y sin olvidar la insuficiente protección que, en general reciben en España todas las formas de cuidado, desde estas líneas no se quiere dejar de destacar la escasísima ayuda pública que actualmente tiene la maternidad en España. Las cifras no mienten: la baja tasa de natalidad que registra hoy en día nuestro país obedece principalmente a las serias dificultades que encuentran nuestras mujeres a la hora de compatibilizar familia y trabajo. Ante la escasísima duración de los permisos parentales<sup>25</sup>, y excluidas de la Ley de dependencia (pues el recién nacido, aunque necesite atención constante, no es, a los efectos de la Ley 39/2006, una persona dependiente), solo pueden acceder a las mínimas ayudas fiscales previstas para los contribuyentes con cargas familiares actualmente previstas<sup>26</sup>, o a una de las escasas guarderías públicas que ofertan algunos Ayuntamientos.

Combatir la desigualdad de género en el mercado de trabajo español requiere necesariamente eliminar las barreras que dificultan a las personas de sexo femenino acceder o conservar un empleo. Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, se trata de un reto difícil, cuya consecución implicará la remoción de parámetros sociales muy asentados. Ahora bien, un análisis exhaustivo de la situación, permite concluir que existe una vía de actuación que contribuiría a atenuar notablemente el problema: el alcance del sistema educativo público. Y es que si este incluyera las escuelas infantiles (entre 0 y 3 años) y ampliará su horario, hasta las 19.00 h., elevando al mismo tiempo la duración de los permisos por maternidad con el fin de que estos alcancen, como mínimo, las 24 semanas que la OMS recomienda como periodo de lactancia mínimo para salvaguardar la salud del neonato, desaparecerían la mayor parte de los problemas de conciliación que en la práctica, lastran el empleo femenino. Hasta que esto no ocurra, cualquier expectativa de conciliación (y con ella, de igualdad efectiva y real entre mujeres y hombres) será solo una utopía. Aunque sin duda se trataría de una reforma costosa, sería tremendamente efectiva a la hora de alcanzar una verdadera igualdad de género en el mercado de trabajo. Cualquier otra medida que se quiera implantar, no será capaz de combatir el importantísimo coste económico que hoy en día supone la conciliación para los hogares familiares ni conseguirá superar los recelos que, todavía hoy, las empresas manifiestan frente a la contratación femenina (precisamente porque siguen presuponiendo que estas asumirán con mayor implicación que los hombres la atención de la familia)<sup>27</sup>, situaciones que sin duda, contribuyen todavía

.....  
25 Pues, sumadas, maternidad y paternidad, no alcanzan a los seis meses de deberían ser de lactancia mínima.

26 Sobre este tema, véase MIRAS MARÍN, N., “Los incentivos fiscales a la maternidad”, en AAVV, *Retos en materia de igualdad de género en el siglo XXI*” (coord. Selma Penalva), Dykinson, Madrid, 2018.

27 Situación que la Ley de Igualdad, pese a los esfuerzos realizados, no ha logrado remediar. Sobre este y otros temas, véase AAVV, “*El principio de igualdad en la negociación colectiva*”, SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), KAHALE CARRILLO y VELASCO PORTERO (coord.), Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2016.

más a lastrar la carrera de cotización de las mujeres con cargas familiares, acentuando la brecha de género.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

AAVV, “*El cuidado de las personas dependientes ante la crisis del Estado de bienestar*” (Coord. Muñoz Fernández y Álvarez Aguado), Tirant lo Blanch, 2013.

AAVV, “*El principio de igualdad en la negociación colectiva*”, SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), KAHALE CARRILLO y VELASCO PORTERO (coord.), Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2016.

AAVV, *Trabajo autónomo y fomento del emprendimiento: mitos y realidades* (coord. Luján Alcaraz y Ferrando García), Bomarzo, Albacete, 2016.

DE LA VEGA GARCÍA, F., “*La gestión de pagos en el «crowdfunding»*”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 37, 2018, págs. 255-276.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B., “*Los cuidados en el entorno familiar más de una década después. Los vaivenes en su regulación, su aplicación por la doctrina judicial y sus efectos en materia de igualdad*”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº. 210, 2018, págs. 49-78.

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “*La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales*”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 74, págs. 80 -104.

GONZÁLEZ ORDEN, D., VALLEJO ANDRADA, A., SARASOLA, J. L., “*Nuevos movimientos sociales: el transporte: El caso Bla-BlaCar y Uber*”, *IJERI: International journal of Educational Research and Innovation*, nº. 3, 2015, págs. 143-155.

KAHALE CARRILLO, D.T., “*La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y la Seguridad Social de cuidadores no profesionales*”, AAVV, *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral: II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Vol. 1, Laborum, Murcia, 2018, págs. 213-225.

LEGARRETA IZA, M., “*Cuidados y sostenibilidad de la vida: una reflexión a partir de las políticas del tiempo*”, *Papeles del CEIC, International Journal on Collective Identity Research*, nº. 1, 2014, soporte informático.

MEIL LANDWERLIN, G., “*El uso de los permisos parentales por los hombres y su implicación en el cuidado de los niños en Europa*”, *Revista latina de sociología*, nº. 1, 2011, soporte informático.

- MIRAS MARÍN, N., “Los incentivos fiscales a la maternidad”, en AAVV, *Retos en materia de igualdad de género en el siglo XXI* (coord. Selma Penalva), Dykinson, Madrid, 2018.
- MOLINA NAVARRETE, C., “El régimen cuasi-profesional de cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar: visualizando un trabajo con rostro de mujer”, *Centro de Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 297, 2007, págs. 33-78.
- RAMÍREZ GARCÍA, J.M., “El cuidado de personas dependientes: perfil y costes personales”, *TS nova: trabajo social y servicios sociales*, nº. 14, 2017, págs. 9-22.
- SELMA PENALVA, A., “Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- “La amistad en un contexto virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo”, *Información laboral*, nº.2, 2018, págs. 17-39.
- VELASCO SAN PEDRO, L.A., “El consumo colaborativo en el transporte de personas”, *Diario La Ley*, nº 8601, 2015, soporte informático.

**ALEJANDRA SELMA PENALVA**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad de Murcia*

# LA VALORACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA. UN PROCESO ADMINISTRATIVO CON MÁS SOMBRAS QUE LUCES

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

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

*Universidad de Murcia*

Fecha de recepción: 16/11/2018

Fecha de aceptación: 24/12/2018

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. DE LA COMPLEJIDAD DEL PROCESO DE DETERMINACIÓN Y VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Y LA FALTA DE AUTONOMÍA PERSONAL. 2.1. Un aspecto previo. Su delimitación de otras figuras afines. 2.2. Aspectos y consideraciones básicas sobre el procedimiento administrativo para la determinación y valoración de situaciones de dependencia y de falta de autonomía personal. 2.3. La revisión del grado de dependencia. 3. UNA VISIÓN COMPARATIVA CON LA VALORACIÓN DE LAS SITUACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE, INVALIDEZ, DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD JUDICIAL. 3.1. La valoración de la incapacidad permanente. 3.2. La valoración de la invalidez no contributiva. 3.3. La valoración de la gran invalidez y la necesidad del concurso de otra persona. 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA VALORACIÓN DE LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA, INCAPACIDAD Y DISCAPACIDAD. 4.1. Sobre la “bondad” o eficacia de los baremos. 4.2. Puntos de encuentro entre las situaciones de incapacidad, invalidez, discapacidad y dependencia. 4.3 Últimas reflexiones.

**RESUMEN:** El presente estudio aborda el complejo proceso administrativo en la determinación y valoración de las situaciones de dependencia y/o falta de autonomía personal,

pese a que está dotado de una cierta objetividad en su determinación. La realidad se ha venido imponiendo y nos muestra un proceso administrativo muy complejo con ciertas dosis de subjetividad de los evaluadores y con un resultado de inseguridad jurídica para el llamado a ser beneficiario de los derechos reconocidos en la LD. A ello se une también los problemas, a la hora de aceptar o no que haya “pasarelas” con otras situaciones que pueden llegar a coincidir en una persona, como la condición de incapacitado para el trabajo/ incapacitado judicial/ o discapacitado con la de dependiente.

**ABSTRACT:** The present study addresses the complex administrative process in determining and evaluating situations of dependence and/or lack of personal autonomy, although it is endowed with a certain objectivity in its determination. The reality has been imposed and shows a very complex administrative process with certain doses of subjectivity of the evaluators and a result of legal uncertainty for the call to be beneficiary of rights recognized in LD. This also binds problems, when accepting or not having “footbridges” with other situations that may coincide in a person, such as the condition of incapacitated for work/incapacitated judicial/or disabled with that of dependent. The assessment and determination of the dependency situation. An administrative process with more shadows than lights.

**PALABRAS CLAVE:** Dependencia, valoración, asimilaciones, discapacidad, incapacidad.

**KEYWORDS:** Dependence, valuation, assimilation, handicap, inhabity.

## 1. INTRODUCCIÓN

El art. 1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (LD), proclama como objetivo de la misma “... regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de la ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia ...”; y en su artículo 2 recoge las definiciones relativas a qué debe entenderse por autonomía. Dependencia, actividades básicas de la vida diaria y necesidades de apoyo para la autonomía personal, que configuran la falta de autonomía personal y la situación de dependencia.

El procedimiento para la determinación de la dependencia y/o falta de autonomía personal se norma en los arts. 26 y siguientes de la LD y parten del siguiente esquema básico:



En realidad, más que un procedimiento administrativo nos encontramos con dos, uno previo a otro: a) El de valoración y reconocimiento de la situación de dependencia<sup>1</sup>; y b) El de reconocimiento de la prestación o prestaciones en función del Programa Individual de Atención (PIA). El plazo previsto en la ley entre solicitud y reconocimiento de la prestación es de seis meses, salvo cuando se trate de prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, que quedarán sujetas a un

1 El reconocimiento de la situación de dependencia viene determinado por el grado de autonomía de la persona para el desenvolvimiento en tareas básicas de la vida diaria, en este sentido véase: STSJ (cont. adv.) 35/2017, de 1 de febrero (JUR 2017/6223).



plazo suspensivo máximo de dos a años<sup>2</sup>. La concreta valoración de la situación se lleva a cabo actualmente por el baremo aprobado por RD 174/2011, de 11 de febrero<sup>3</sup> (BVD). El baremo cuenta con cuatro anexos.

El anexo I<sup>4</sup> recoge el baremo de valoración en grados (tal y como indica el art. 26.1 LD), distinguiendo tres grados<sup>5</sup>: -Grado I o Dependencia moderada. Entendiendo por ello cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal. Ello, a tenor del baremo, lleva consigo una puntuación final de 25 a 49 puntos<sup>6</sup>.

- Grado II o Dependencia severa. En esta situación estaría la persona que precisa de ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. El baremo señala que su puntuación final estará comprendida entre los 50 a 74 puntos<sup>7</sup>.

.....

2 Un detallado análisis de la falta generalizada del cumplimiento de este plazo por parte de las CC.AA y otras cuestiones la determinación de la capacidad económica de los beneficiarios y garantía del principio de igualdad; de la falta de cumplimiento de la obligación de cooperación a la que vienen obligadas las CC.AA con el IMSERSO; etc., puede verse en el detallado informe n.º 1035 de fiscalización sobre las medidas de gestión y control adoptadas por las Comunidades Autónomas para la adecuada aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia aprobado en sesión de 29 de mayo de 2014.

3 Con anterioridad a su aprobación, la valoración se llevaba a cabo conforme al baremo aprobado por RD. 504/2007, de 20 de abril. La DA. 4-ª del indicado RD preveía que, transcurrido el primer año de aplicación de la LD, el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) evaluaría los resultados obtenidos proponiendo, si ello fuere necesario las modificaciones que entendiéndose oportuno. El 1 de junio de 2010 en el Consejo Territorial del SAAD propuso una modificación del baremo, de la escala de valoración específica de los menores de 3 años y confirmó el tratamiento que iba llevando a cabo en la homologación de los reconocimientos previos para aquellas personas que tengan reconocido el complemento de gran invalidez en las pensiones de incapacidad permanente (garantizando como mínimo el grado I) y del complemento de necesidad del concurso de otra persona en las pensiones no contributivas. El RD 174/2011, de 11 de febrero, contiene además las siguientes previsiones: a) Sobre la efectividad del reconocimiento de situaciones vigentes de gran invalidez y necesidad de concurso de tercera persona (DA. Primera); b) la valoración de la necesidad del concurso de tercera persona para el reconocimiento de prestaciones no contributivas y el disfrute de otros beneficios sociales en que se requiera tal concurso, se hará conforme al baremo que se aprueba (DA. Segunda); c) Se prevé que finalizado el octavo año de vigencia de la LD se haga una nueva valoración de resultados de la aplicación del nuevo baremo (DA. Tercera); d) las personas ya declaradas en situación de dependencia quedan exoneradas de una nueva valoración (DT. Primera); e) Los procedimientos de valoración iniciado antes de la vigencia del RD pero que no se hayan llevado a término, se harán las valoraciones conforme al nuevo baremo (DT. Segunda); y f) Previsión de que en el plazo de un año se lleve a cabo una adaptación del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre procedimiento de valoración de las discapacidades (DF. Tercera), que sería llevada a cabo por el RD 1364/2012, de 27 diciembre. Téngase en cuenta además que en la actualidad la denominación del consejo es “Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia”; y que el reglamento para su funcionamiento fue aprobado en sesión extraordinaria del Pleno de dicho Consejo el 1 de marzo de 2018. En su art.3.3 se recogen sus funciones relacionadas con la valoración y entre ellas está la de acordar el baremo al que se refiere el art.27 de la LD con los criterios básicos del procedimiento de valoración y de las características de los órganos de valoración. Sobre las reformas llevadas a cabo con posterioridad a la entrada en vigor de la LD, véase: SÁNCHEZ FIERRO, J.C. y COBO GÁLVEZ, P.: Las reformas de la valoración de las situaciones de dependencia. Perspectivas de futuro, Fundación CASER para la Dependencia, Actas de la Dependencia, Número 7/marzo de 2013. Se puede consultar en la siguiente dirección: [https://www.fundacioncaser.org/sites/default/files/interior%20completo\\_baja.pdf](https://www.fundacioncaser.org/sites/default/files/interior%20completo_baja.pdf). Consultado a 2-11-2018.

4 Este anexo se cuenta a su vez con 4 anexos: A) Tabla de pesos de la escala general; B) Tabla de pesos de la escala específica; C) Tabla de coeficientes del tipo de apoyo de otra u otras personas; y D) Formulario de recogida de información. El anexo III fija las instrucciones para la aplicación de este anexo II.

5 Inicialmente dentro de cada grado se contemplaban dos niveles que con la reforma introducida en el art. 26 de la Ley 39/2006 por el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, fueron suprimidos.

6 Ver anexo I. Introducción.

7 Ver anexo I. Introducción.

- Grado III o Gran dependencia. Ello implica que la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal. La puntuación que a esta situación asigna el baremo es de 75 a 100 puntos<sup>8</sup>.

Este baremo es aplicable en cualquier situación de discapacidad y en cualquier edad, a partir de los 3 años<sup>9</sup>.

El baremo tiene un anexo II de valoración específica de dependencia para personas menores de tres años, con una estructura parecida al anterior, que se completa con el anexo IV que fija las instrucciones para su aplicación.

Como se podrá adivinar el proceso de determinación y valoración de las situaciones de dependencia y/o falta de autonomía personal, es un proceso complejo si bien –aparentemente- dotado de una cierta objetividad en su determinación. No obstante, la realidad se ha venido imponiendo y cabe poner en duda si ciertamente no estamos ante un proceso administrativo excesivamente complejo, farragoso, con ciertas dosis de subjetividad de los evaluadores y con un resultado de inseguridad jurídica para el llamado a ser beneficiario de los derechos reconocidos en la LD.

A ello se une también los problemas, a la hora de aceptar o no que haya “pasarelas” con otras situaciones en las que se puede llegar a coincidir en una persona la condición de incapacitado para el trabajo/incapacitado judicial/discapacitado (una o varias de esas situaciones) con la de dependiente. Y esto es lo que será objeto de análisis a continuación.

## 2. DE LA COMPLEJIDAD DEL PROCESO DE DETERMINACIÓN Y VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Y FALTA DE AUTONOMÍA PERSONAL

### 2.1. Un aspecto previo. Su delimitación de otras figuras afines

En principio contamos con una definición legal de la mismas, la recogida en el art. 2.1 (autonomía) y 2 (dependencia) que se completa con las definiciones que se recogen también en dicho artículo, en sus números 3 (actividades básicas de la vida diaria) y 4 (necesidades

.....

8 Ver anexo I. Introducción.

9 Para edades inferiores se utiliza el baremo específico del anexo II.

de apoyo para la autonomía personal), pero la realidad no suele ser luego tan sencilla. Quizás ello venga influenciado por el hecho de que de la dependencia se ocupan múltiples disciplinas y colectivos profesionales (rehabilitación, geriatría, psicología, psiquiatría, trabajadores sociales, juristas, etc.)<sup>10</sup>. De aquí que surjan múltiples definiciones, baremos, etc., que pretenden delimitarlas. La definición legal es útil, pero no suficiente, ya que el problema que plantea es su delimitación de figuras con las que guarda una conexión más o menos importante, como son la discapacidad, incapacidad laboral, invalidez e incapacidad judicial. Y, por otro lado, también precisa de su distinción de situaciones vitales como el envejecimiento hasta el punto de que a veces pueda pensarse como elemento básico en la situación de dependencia es la edad. Lo cual tiene una relevante importancia, al fin y al cabo –suele pensarse– más tarde o temprano una persona por su edad llegará a ser dependiente. No cabe negar a ello su grado de verdad, pero no siempre es determinante.

También otro aspecto que complica la valoración y determinación es que la dependencia se liga a la dificultad o imposibilidad de llevar a cabo actividades básicas de la vida diaria y pese a que aparecen delimitadas por el art.2.3 de la LD “... *las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas*”, como se podrá luego ver quedan abiertas a múltiples interpretaciones, pero que sin embargo en el baremo quedan –aparentemente– limitadas. Y por otro lado queda siempre la valoración o ponderación concreta de esa limitación para la ABVD con respecto a otras.

Por otro lado, la relación/distinción con otras situaciones a veces es confusa, y así:

#### A) Dependencia y Discapacidad (e invalidez no contributiva)

Su vinculación aparece claramente en la propia definición de dependencia, recuérdese dependencia es “... *el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal*” (art. 2.2

.....

10 En este sentido véanse:

- QUEREJETA GONZÁLEZ, M.: *Discapacidad/Dependencia. Unificación de criterios de valoración y clasificación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. IMSERSO, 2004, Madrid.
- GARCÍA CALVENTE, Y.: “Delimitación de conceptos y análisis de los principales ordenamientos”, capítulo I de la obra colectiva *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, directores CALVO ORTEGA, R. y BARCÍA CALVENTE, Y., edit. Thomson Civitas, Pamplona, 2007, pp. 31-66.
- PÉREZ YÁÑEZ, R.M.: “La protección social de la discapacidad generadora de dependencia”, capítulo VI de la obra colectiva *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, directores CALVO ORTEGA, R. y BARCÍA CALVENTE, Y., edit. Thomson Civitas, Pamplona, 2007, pp. 385-415.

LD), parece que dentro del contexto de la salud de una persona una persona dependiente presenta una discapacidad. Ahora bien, eso no significa que deba que superponer o confundir ambas situaciones. La dificultad más o menos importante para realizar una actividad no lleva aparejada necesariamente la necesidad de la ayuda de otra persona para realizarla. Podría decirse que la discapacidad es una cualidad de la dependencia pero que debe tenerse en cuenta que hay discapacidad sin dependencia. La clave radica en la necesidad de contar con la ayuda de otra persona<sup>11</sup>.

#### B) Dependencia e Incapacidad Permanente

Quizás el mayor problema lo presenta en su relación con el grado de incapacidad Gran Invalidez (art. 194.6 LGSS). Una persona a la que se le reconozca ¿el grado de gran invalido es un dependiente? y lo correlativo ¿un dependiente es un gran invalido? Conceptualmente parece que ambas situaciones puedan equipararse, pero la gravedad o grado dependencia a reconocer estará en función de la intensidad de la ayuda que se precise.

#### C) Dependencia e Incapacidad judicial

Si partimos del art. 200 del Código Civil resulta que son causas de incapacitación judicial “...las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma” parece que el ámbito en que ambas sería más probable en el que se aproximaran sería en el terreno de la falta de autonomía personal, es decir en “... la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria” (art. 2.1 LD), pero adviértase que en su relación no queda tan claro como en la dependencia la afectación y el concurso de otra persona para las ABVD.

## 2.2. Aspectos y consideraciones básicas sobre el procedimiento administrativo para la determinación y valoración de las situaciones de dependencia y de falta de autonomía personal

En el anexo I del baremo nos encontramos con el baremo de valoración de los grados y niveles de dependencia (BVD) y el anexo III recoge las instrucciones para su aplicación.

.....

11 En este sentido véase QUEREJETA GONZÁLEZ, M.: *Discapacidad/Dependencia. Unificación de criterios de valoración y clasificación*, en id. pág. 27. Sobre la evolución histórica de la definición de discapacidad véase VÉRDUGO, M.A., VICENT, C, CAMPO, M. y JORDÁN DE URRÍÉS, B.: “Definiciones de discapacidad en España: un análisis de la normativa y la legislación más relevante”, Servicio de información sobre discapacidad (SID), Madrid, 2001.

Nos encontramos con una serie de aspectos generales a seguir en el proceso de valoración, que en síntesis son los siguientes<sup>12</sup>:

- A) La aplicación del baremo se fundamentará en: 1) los informes existentes relativos a la salud de la persona y el entorno habitual en que ella se tiene que desenvolver<sup>13</sup>; 2) en la información obtenida mediante la observación, la comprobación directa y la entrevista personal<sup>14</sup> de evaluación llevadas a cabo por profesional cualificado y formado específicamente para ello<sup>15</sup>.
- B) En la cumplimentación del oportuno formulario de valoración se debe: 1) identificar el nivel de desempeño de todas las tareas consideradas; 2) el concreto problema en su realización; y 3) el tipo y frecuencia de los apoyos necesarios en aquellas tareas en las que quede demostrada una situación de dependencia. Se entenderá como desempeño la capacidad individual para llevar a cabo por sí mismo, de una forma adecuada, y sin apoyos de otra u otras personas, actividades o tareas en su entorno habitual<sup>16</sup>. En todas las actividades o tareas se identificará el nivel de su desempeño teniendo en cuenta si es positivo o negativo.
- C) En el proceso de valoración dependencia se deberá de tener en consideración que: 1) la dependencia es un estado permanente y por tanto no debe haber posibilidad razonable de recuperación o mejoría; 2) Se considerará que los apoyos se precisan en las tareas cuando su intervención resulte imprescindible en la mayoría de las veces o siempre en las que estas tengan lugar; 3) Que la edad, enfermedad o la discapacidad son condiciones necesarias, pero no bastante para establecer la situación de dependencia a efectos del reconocimiento oficial.
- D) En las tareas en que concurra situación de dependencia deberán de identificarse los problemas de desempeño según su relación con el funcionamiento global de la persona valorada (de tipo físico, mental o ambos).

.....

12 Sobre la valoración de las situaciones de dependencia, véase:

• BARRIOS BAUDOR, G.: "El sistema integral de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Grados de dependencia y su valoración. Reconocimiento del derecho", capítulo 12 de la obra colectiva *Comentario a la Ley de la Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia y Normas Autonómicas*, obra dirigida por SEMPERE NAVARRO, A.V, edit. Thomson Aranzadi, 2008, Pamplona, pp. 332-383.

13 Se entiende que los informes de salud permitirán conocer las condiciones de salud y entorno que pueden afectar a las actividades básicas de la vida diaria. Resultarán de interés en su examen las fechas en que se realizaron, el tratamiento recibido o que se esté recibiendo y las posibilidades de mejoría o no; si cursan por brotes, su intensidad, etc.

14 Para la entrevista se recomiendan preguntas relativas al funcionamiento de las actividades y tareas básicas diarias y se intentará identificar situaciones reales de dependencia a efectos de la protección de aquellas otras derivadas de factores ajenos a la protección (culturales, sobre protección, preferencias personales, etc.).

15 Si la persona presenta deficiencias mentales o limitaciones en la capacidad de comunicación la entrevista será con la participación de otra persona que conozca bien la situación. Si los déficits cursan por brotes, la valoración se realizará por la situación basal.

16 Se valora el desempeño siempre, aunque no se realice la tarea, y, en su caso, con el empleo de los productos de apoyo prescritos, y con independencia de los apoyos de otra u otras personas que se puedan estar recibiendo. Se toma en cuenta las barreras y en su caso facilitadores de su entorno físico (en el que regularmente realiza su vida diaria).



E) En las tareas en que se presente dependencia se deberá de precisar el tipo de apoyo (supervisión, físico parcial, máximo o apoyo especial) y su frecuencia (casi nunca, algunas, bastantes o la mayoría de veces, o siempre).

El baremo recoge una relación de actividades y tareas que comprende la valoración <sup>17</sup> teniendo en cuenta intervalos de edad<sup>18</sup>. Y finalmente dentro de estas cuestiones generales el anexo indica cómo se determina la puntuación final y grado de dependencia, que será de acuerdo a una suma ponderada de valores asignados a la tarea antes indicadas, con una serie de ponderaciones específicas.

Resultan curiosas las advertencias recogidas en las instrucciones del baremo “... Dichas normas, junto con las orientaciones recogidas en sus “Instrucciones de Aplicación”, deben ser conocidas antes de la aplicación del BVD y seguidas en todo momento durante el proceso de valoración por el/la profesional o profesionales responsables”.

Por otro lado, se hacen una serie de recomendaciones en la valoración de colectivos específicos como: menores de edad, personas con limitación visual y/o auditiva; personas con discapacidad intelectual, enfermedad mental y otras que afecten al normal funcionamiento de la mente; y personas con dificultades de comunicación.

Para llevar a cabo una correcta aplicación del baremo a continuación se establecen unos criterios de aplicación que como antes se ha dicho se consideran de seguimiento estricto por el evaluador y que comprenden aspectos tales a cómo deben valorarse las tareas relativas a comer y beber (llevar los alimentos a la boca, cortarlos, etc.); higiene personal íntima (relativas a la micción y defecación); lavarse (abrir y cerrar grifos, lavarse las manos, acceder a la bañera o ducha, etc.); otros cuidados corporales (peinarse, cortarse las uñas, etc.); vestirse (reconocer y alcanzar la ropa, abrocharse los botones, etc.) mantenimiento de la salud (solicita asistencia, pedir ayuda, etc.); cambios posturales y manteamientos de la posición del cuerpo (permanecer sentado o de pie, levantarse, etc.); desplazamientos dentro del hogar o fuera del hogar; realización de tareas domésticas (preparar comidas, hacer la compra, etc.); tomar decisiones (gestionar dinero, dirigir sus hábitos de higiene, etc.).

Por su parte el anexo II recoge la escala –en parecidos término al anexo I- para la valoración específica de situaciones de dependencia en edades de cero a tres años y el anexo IV las instrucciones para su aplicación.

Como se puede apreciar un proceso laborioso y complejo. Pero la dificultad no solamente cabe apreciarla por las exigencias del baremo oficial y de sus criterios, si no por que

.....

17 Comer y beber; higiene personal relacionada con la micción y defecación; lavarse; otros cuidados corporales (peinarse, cortarse la uña, ...); vestirse; mantenimiento de la salud (solicitar asistencia, ...); cambiar y mantener la posición del cuerpo; desplazarse dentro del hogar; desplazarse fuera del hogar, realizar tareas domésticas; y tomar decisiones (cuando se vean afectadas las funciones mentales).

18 Los grupos de edad son: 3-6; 7-10; 11-17; y 18 y más años.



implícitamente se reconocen las dificultades en su aplicación con la publicación de numerosas guías “oficiales” parciales para la orientación de los evaluadores, como, por ejemplo:

- “*Guía de orientación práctica profesional de la valoración reglamentaria de la situación de dependencia: Productos de Apoyo para la Autonomía Personal*”, elaborado por el IMSERSO, publicada en BOE n.º 42 de 18 de febrero de 2011.
- “*Guía de orientación en la práctica profesional de la valoración reglamentaria de la situación de dependencia en personas con esclerosis múltiple y otras enfermedades desmielinizantes*”, elaborada por el IMSERSO con la participación de la Federación Española para la Lucha contra la Esclerosis Múltiple.
- “*Guía de orientación en la práctica profesional de la valoración reglamentaria de la situación de dependencia en personas con parálisis cerebral*”, elaborada por el IMSERSO, con la participación del centro de Referencia Estatal de Discapacidad y Dependencia de San Andrés de Rabanedo.
- “*Guía de orientación en la práctica profesional de la valoración reglamentaria de la situación de dependencia de personas con enfermedad de Parkinson*”, elaborada por el IMSERSO en colaboración con la Federación Española de Parkinson.

Si bien y respecto a estas guías debe advertirse que fueron publicadas con anterioridad a la vigencia del actual baremo.

Resulta bastante llamativo que pocas noticias se tengan acerca de controversias judiciales en torno a la calificación y determinación de la dependencia. Acúdase a los diversos repertorios de pronunciamientos judiciales y pocos encontrarán sobre el particular<sup>19</sup>.

### 2.3 La revisión del grado de dependencia

La LD en su artículo 26.1 norma con carácter general la revisión del grado de dependencia en los siguientes términos<sup>20</sup>:

- Están legitimados para ello: el interesado y sus representantes, así como de oficio la propia administración competente.
- Son causas que justifican la revisión: a) la mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia; y b) el error en el diagnóstico o en la aplicación del baremo.



<sup>19</sup> Los pocos que se encuentran tratan de otras cuestiones, como la relativa a la jurisdicción competente, en este sentido véase la STS 12-3-2014 rec. 1474/2013.

<sup>20</sup> En su número 2 se prevé también la posibilidad de modificación o extinción de las prestaciones reconocidas en función de la situación personal del beneficiario cuando se produzca alguna variación de cualquiera de los requisitos establecidos para su reconocimiento, o por incumplimiento de las obligaciones reguladas en la presente Ley.

El procedimiento administrativo que se sigue es el mismo que para la declaración inicial de dependencia. No obstante, llama la atención un motivo el “error en la aplicación del baremo”<sup>21</sup>. Algo que no se prevé en los procesos de revisión de una incapacidad permanente (art. 200 LGSS), ni tampoco para la revisión de las “minusvalías” declaradas al amparo del RD 1971/1991, de 23 de diciembre <sup>22</sup>y que viene a corroborar la dificultad de la valoración de las situaciones de dependencia y que en cierta forma aportan un grado de inseguridad jurídica, ya que puede confundirse con un cambio de criterio en la valoración y eso no sería atendible.

### 3. UNA VISIÓN COMPARATIVA CON LA VALORACIÓN DE LAS SITUACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE, INVALIDEZ, DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD JUDICIAL<sup>23</sup>

#### 3.1. La valoración de la incapacidad permanente

El art. 194.2 de la LGSS, sus apartados 2 y 3 señalan lo siguiente<sup>24</sup>:

*«2. La calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca.*

*A efectos de la determinación del grado de incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de*

21 Motivo que también se contempla para las declaraciones de invalidez no contributiva, art. 5.1 letra c) del RD 357/1991, de 15 de marzo.

22 Ver su artículo 11.

23 Véase RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Dependencia, discapacidad, invalidez e incapacidad permanente. Aspectos relativos a su determinación y valoración. Puntos de encuentro”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, n.º 13, 2017, pp. 137-171.

24 Sobre el procedimiento de valoración de las situaciones de incapacidad permanente, véanse:

- CID BABARRO, C.: “Determinación de una incapacidad”, capítulo 2 de la obra colectiva *Incapacidad Permanente. Claves prácticas y aspectos jurisprudenciales*, director CI BAVARRO, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, 97-134.

- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La valoración y revisión de la incapacidad permanente”, capítulo 1, Título IV de la obra colectiva *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Ediciones Laborum, Murcia, 2018, pp. 595-624.

- ROQUETA BUJ, R.: “La incapacidad permanente”, parte segunda, capítulo tercero de la obra *La Incapacidad para trabajar*, obra en coautoría ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C., ed. La Ley, Tratados, Madrid, 2013, pp. 505-542.

- SERRANO ARGÜELLO, N.: “Las incapacidades permanentes: su evaluación, calificación, revisión, efectos económicos y régimen de incompatibilidades”, capítulo IV de la obra colectiva *Las incapacidades laborales. Análisis práctico de su regulación*”, coord. BLANCO MARTÍN, J.M., edit. Lex Nova Thomson Reuters. Pamplona, 2016, pp. 296-375.

*la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en aquella en que estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente”.*

*3. La lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos, serán objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social».<sup>25</sup>*

Previsión de desarrollo reglamentario que todavía no ha visto la luz<sup>26</sup>. De aquí que todavía se entienda subsistente de conformidad con la DT. 26 de la LGSS, el sistema de grados de la incapacidad del art. 137 LGSS/1994 en su versión anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 24/1997.

Esta nueva redacción del art. 137 LGSS plantea varios problemas en su aplicación al no haber tenido en cuenta lo siguiente:

A) No tiene en cuenta la situación actual del mercado de trabajo, pues parece que parte de la consideración de que un trabajador mantiene una continuidad en su profesión, algo que en muchos casos está alejado de la realidad. En un gran número de ocasiones el trabajador está ocupado en lo que el mercado le ofrece en cada momento, sea o no la profesión para la que está preparado y es aquí en la que no queda claro cuál será la que haya de tenerse en cuenta al momento de valorar la hipotética situación de incapacidad. Si nos limitamos “ *echar una foto*” a la profesión ejercida al momento del hecho causante nos puede llevar, en carreras profesionales variopintas, a valorar situaciones irreales. La solución que ofrecía la versión anterior a la reforma del art. 137 de la LGSS (la reforma de 1997) era al menos para las situaciones derivadas de enfermedad común o profesional más acertada<sup>27</sup>.

.....

25 La finalidad confesada era que la “*Establecimiento de una mayor seguridad jurídica en la determinación de las pensiones de invalidez. A tal fin, se prevé la elaboración de una lista de enfermedades, y de su valoración a los efectos de la reducción en la capacidad de trabajo y, correlativamente, de la presumible pérdida de la capacidad de ganancia, que será aprobada por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social*”

26 Sobre la falta de desarrollo reglamentario véase ROQUETA BUJ, R.: “La Incapacidad permanente”, ob. cit. capítulo I, pp. 377-387.

27 Sobre la dificultad de la determinación de la profesión habitual en orden a la calificación de la incapacidad permanente véase ALBER EMBUENA, V.: “El concepto de profesión habitual en la incapacidad permanente”, Revista de Información Laboral, núm. 6/2016, BIB 2016/3229; RIVAS VALLEJO, P.: “La profesión habitual a efectos de incapacidad permanente, un concepto al margen de la realidad de mercado de trabajo”, Revista Doctrina Aranzadi Social núm. 17/20075/2007. Y sobre las paradojas o situaciones curiosas que ello puede llegar a plantear en la práctica, véase: SORIGUERA SERRA, A.: “Profesión habitual, distinta, equivalente, o segunda invalidez permanente total: ¿el hombre-orquesta o el santo grial?”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 2/2010; HIERRO HIERRO, J.: “Incapacidad permanente total, profesión habitual y contingencia causante: el caso del jugador de baloncesto ocupado en labores de conductor de autobús”, Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento núm.

- B) Por otro lado, no debe olvidarse que habrá que plantearse cuáles serían entonces las funciones a tomar en consideración. Y así podría llegar a entenderse que solamente deban ser las del conjunto de trabajos que constituyan el contenido del puesto de trabajo al margen de la categoría profesional, como en tiempos pretéritos se hacía<sup>28</sup>. Este criterio sería luego superado por otro que predicará tomar en consideración el conjunto de tareas que conforman la categoría profesional del trabajador<sup>29</sup>. En definitiva, considerando que la profesión habitual no es exactamente la que coincida con el trabajo exacto que esté realizando en un momento concreto, sino aquella para la que esté cualificada y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle, sin perjuicio de las limitaciones que pudiera tenerse por las exigencias de una titulación concreta. En esta línea estaría la reforma introducida por la Ley 24/1977, con la remisión al “*concepto de grupo profesional*”, lo que suponía una extensión y consecuentemente restricción en orden a considerar la incapacidad de un individuo y supone aceptar que la inclusión en uno u otro grupo profesional estará a lo que disponga el convenio colectivo o acuerdo de empresa y los representantes trabajadores. En realidad es aceptar un criterio que de cara a evitar la extinción de la relación laboral y en su caso de flexibilidad interna en las empresas puede tener una finalidad lógica (uno de los objetivos fundamentales era facilitar el percibo de una pensión de incapacidad permanente y el trabajo de aquellos colectivos que tienen normada una segunda actividad), pero que dado los términos en que fue planteada generaba confusión y numerosos interrogantes<sup>30</sup>. Tampoco debe olvidarse que la reforma de 1997 sigue sin estar operativa ya que precisaba de un desarrollo reglamentario posterior que no ha llegado a producirse (como se indica a continuación). Por otro lado, la conexión profesión habitual con grupo profesional no parece que haya tenido mucho predicamento en la doctrina judicial<sup>31</sup>.
- C) La idea de que exista una lista de enfermedades, su valoración y determinación de grados de incapacidad, es en principio plausible, pues se presenta con el objetivo de evitar disparidades en la valoración y aportar un cierto grado de seguridad jurídica. El conocimiento de las múltiples ocupaciones existentes en el mercado y las funciones que en ellas se desempeñan complican la valoración de una incapacidad. Acudir a los convenios colectivos, a los certificados de profesionalidad, etc., para conocer las tareas desempeñadas son orientaciones muy socorridas, pero no aportan la seguridad que se pretende.



26/2007, parte Justicia Deportiva.

28 V. STCT 24 de mayo de 1975 (Ar. 2648).

29 V. STCT 1 de marzo de 1977 (Ar. 1210) y STS 17 de enero de 1989 (RJ 1989/259).

30 En este sentido pueden verse la SSTSJ Cataluña de 12 de abril de 2000 y 1 de septiembre de 2000 (AS 2000, 2256; y JUR/2000/307100). Ver RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente”, capítulo primero, parte cuarta de la obra colectiva *Compatibilidad de Prestaciones de Seguridad Social con Trabajo*, dirigida por SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 480-482.

31 V. STS 28 de febrero de 2005.

Prueba de la tremenda dificultad de elaborar un listado de enfermedades y su valoración, es que han transcurrido 18 años desde aquella previsión sin que se haya llevado a cabo la misma, teniendo que seguir utilizando la anterior definición de grados de incapacidad laboral. Las dificultades son tremendas ya que no se trata de valorar el daño o menoscabo corporal (propio de un accidente de tráfico), ni de una discapacidad, pues la valoración no es abstracta, sino en relación con la profesión y la pérdida de capacidad laboral para ella.

No obstante el INSS sigue perseverando en estos intentos y así puede indicarse la publicación de su Guía de Valoración Profesional<sup>32</sup>. La guía se presenta como resultado del trabajo de un grupo de profesionales del INSS iniciado en 2007 con el propósito de poner a disposición de los inspectores médicos y de los miembros de las EVIS un instrumento que recogiera “*la información laboral más relevante existente en diferentes publicaciones oficiales, relativa a las competencias y tareas de las distintas profesiones*” y “*la elaboración de un sistema propio de valoración de los requerimientos profesionales, entendidos estos como las aptitudes psicofísicas que debe poseer un trabajador para realizar concreto*”. Ahora bien, teniendo en cuenta que “*Los requerimientos profesionales que se muestran para cada ocupación son requerimientos teóricos y tienen, por tanto, un carácter orientativo para los diferentes profesionales que intervienen en la valoración de las incapacidades laborales. Corresponderá al inspector médico que realice el reconocimiento del trabajador o al Equipo de Valoración de Incapacidades que califique la posible situación de incapacidad del mismo, adaptar dichos requerimientos a la valoración individualizada de un trabajador concreto*”.

La Guía recoge un total de 502 fichas que incluye la totalidad de las ocupaciones de la Clasificación Nacional de Ocupaciones de 2011 (CNO11). La estructura de cada ficha parte de tres bloques diferenciados:

1. *Identificación de la profesión y descripción de competencias y tareas*<sup>33</sup>.
2. *Requerimientos profesionales*<sup>34</sup>.
3. *Posibles riesgos y circunstancias específicas*<sup>35</sup>.

.....

32 La tercera edición (2014) de esta guía puede verse en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/198948.pdf>.

33 El apartado recoge una recopilación de la información más relevante existente en las diferentes clasificaciones nacionales y otras fuentes de información laboral, con el objetivo de identificar las circunstancias específicas en las que se desarrollan las actividades laborales y las competencias y tareas asignadas a cada ocupación (CON-11; CNAE 2009; CNCP; Permisos administrativos que se requieran –conducir, armas, etcétera, incluso aunque no sean obligatorios pero la práctica del mercado laboral la vengán exigiendo-); y un cuadro de enfermedades profesionales asociadas.

34 Se definen las aptitudes o facultades psicofísicas que debe poseer un trabajador para realizar una profesión determinada. Los requerimientos que se analizan son: carga física; carga biomecánica; manejo de cargas; trabajo de precisión; sedestación; bipedestación; marcha por terreno irregular; carga mental; dependencia; audición; voz; olfato y o gusto; y sensibilidad. Cada requerimiento se valora en atención al nivel de intensidad o exigencia en función de las características del trabajo.

35 Se recogen las circunstancias externas al trabajador que pueden influir en desarrollo de la actividad laboral: riesgos derivados del ambiente laboral (exposiciones al ruido, polvo, etc.); riesgos derivados del material o herramientas de trabajo (manejo de vehículos, maquinaria que origina vibraciones, etc.); y específicas del medio laboral (trabajo en alturas, subterráneo, etc.).



Como ya se ha dicho en el apartado anterior la valoración es de por sí un proceso complejo ya que no se cuentan con baremos (como en la discapacidad o en la dependencia) o tablas de incapacidades (como por ejemplo en la incapacidad temporal). Y por otro lado la valoración no puede tomar en cuenta otros factores que los estrictamente patológicos o residuales. Factores de tipo subjetivo (preparación, formación del trabajador, etc.) u otros como la edad y la dificultad de encontrar otro empleo, no pueden llevarnos a determinar la existencia de una incapacidad laboral o no. A lo sumo, tendrán influencia en un mayor porcentaje de la pensión de incapacidad permanente total. De hecho el incremento de la pensión de IPT con un 20 por ciento más obedeció en su momento a evitar la interpretación subjetiva y amplia de la IPA que los tribunales venían haciendo<sup>36</sup>.

También merece ser reseñado algo que podría pensarse que ayuda al proceso de valoración y son las denominadas presunciones las equiparaciones previstas en el Decreto de 22 de junio de 1956, que aprobó el texto refundido de la Ley y Reglamento de accidentes de trabajo, recogidas en sus arts. 37 a 41<sup>37</sup>.

Pero no debe olvidarse que su valor actual es de carácter orientativo y no es infrecuente que los tribunales en su labor valorativa consideren “... *preceptos que, a pesar de no estar contenidos en la LGSS, la jurisprudencia social lo ha considerado desde antiguo “como orientadores é indicativos para aplicar lo dispuesto en los artículos 135-5 y 6º, en los que se definen la incapacidad absoluta y la gran invalidez”*”<sup>38</sup>.

Otro punto de valoración objetiva que nos puede servir de ayuda es el baremo contenido como anexo en la Orden de 15 de abril de 1969 que determina el importe de las indemnizaciones por baremo de las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes causadas por riesgos profesionales. Aunque se refiere a situaciones no invalidantes en algunos casos son utilizadas, tanto por los tribunales como la administración, para determinar el límite entre una lesión no invalidante y una incapacidad permanente parcial. En este sentido véase el caso de las rigideces articulares (números 71 a 81 del baremo) cuando superen el porcentaje de limitación a la movilidad allí previsto.

### **3.2. La valoración de la invalidez no contributiva**

La valoración y calificación del grado de discapacidad se lleva a cabo conforme a lo normado en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre<sup>39</sup>. Dicha disposición tiene dos partes nítida-

.....

36 Art. 11.4 de la Ley 24/1972, 21 junio.

37 Y así, por ejemplo: se considera situación de IPP quien haya perdido la visión completa de un ojo, si subsiste la del otro (art. 37); o como IPT a quien haya perdido el pulgar completo de la mano rectora (art. 38); como IPA la visión completa de la visión en ambos ojos (art. 39).

38 Por todas puede verse STS 1094/2014, de 3 de marzo (Rec. 1246/2013).

39 Supuso la derogación del Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio, sobre reconocimiento, declaración y calificación de las condiciones de subnormal y minusválido, dictado al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto-



mente diferenciadas, una que regula el procedimiento administrativo a seguir y otra que recoge los baremos a utilizar en el proceso de valoración, calificación y graduación de la discapacidad<sup>40</sup>.

La competencia corresponde a<sup>41</sup> los órganos correspondientes a las CC.AA. que ejerzan esta competencia y en su caso al IMSERSO (en Ceuta y Melilla) donde resida el interesado las cuales: diagnosticarán, valorarán y orientarán sobre las situaciones de discapacidad; su grado, la necesidad del concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, así como la dificultad para utilizar transportes públicos. Los dictámenes técnico-facultativos que son la base para el reconocimiento de grado serán emitidos por los órganos técnicos competentes dependientes de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a quienes hubieran sido transferidas las funciones en materia de calificación del grado de discapacidad y minusvalía y por los equipos de valoración y orientación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales en su ámbito competencial. De tales órganos técnicos y equipos de valoración y orientación formarán parte, al menos, médicos, psicólogos y trabajadores sociales, conforme a criterios interdisciplinarios.

Las situaciones de discapacidad se califican en grados según su alcance y responde a criterios técnicos unificados, fijados mediante los baremos que se recogen como anexo, siendo objeto de valoración tanto las discapacidades que presente la persona<sup>42</sup>, como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social<sup>43</sup>. El grado de discapacidad se expresa en porcentajes.



ley 36/1978, de 16 de noviembre, de Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, procede a la unificación en el Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) de las competencias y facultades en orden al reconocimiento, declaración y calificación de la condición de minusválido; la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 5 de enero de 1982, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Real Decreto que desarrollaba al anterior y que regulaba las actuaciones técnicas de los centros base del Instituto Nacional de Servicios Sociales para la emisión de dictámenes sobre las circunstancias físicas, mentales y sociales de las personas con minusvalía; y la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984 que establecía el baremo para la determinación del grado de minusvalía y la valoración de diferentes situaciones exigidas para tener derecho a las prestaciones y subsidios previstos en el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero.

40 Sobre el proceso de valoración de la discapacidad/minusvalía véase:

- BLANCO MARTÍN, J.M.: “La pensión no contributiva de invalidez”, capítulo V, obra colectiva Incapacidades Laborales. Análisis práctico de su regulación”, coord. BLANCO MARTÍN, J.M, edit. Lex Nova Thomson Reuters, Pamplona, 2016, pp. 395-400 y 413-425.
- BLASCO LAHOZ, J.F.: “La calificación y revisión del grado de discapacidad”, en Revista Doctrina Aranzadi Social, núm. 9/2013, parf. 65/2013, BIB 2013/2.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “El modelo de valoración de la invalidez no contributiva tras las reformas legislativas en cascada”, capítulo 3, Título IV, de la obra colectiva Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación, Ediciones Laborum, Murcia, 2018, pp. 657-678.

41 Art. 6, 7 y 8.

42 Anexos I y II.

43 Anexo III. Teniendo en cuenta factores como el entorno familiar, la situación laboral y profesional, los niveles educativos y culturales y el entorno habitual de la persona con discapacidad.

La valoración de las situaciones de discapacidad y la calificación de su grado se efectuará previo examen del interesado por los órganos técnicos competentes<sup>44</sup>. Estos órganos técnicos podrán recabar de profesionales de otros organismos los informes médicos, psicológicos o sociales pertinentes para la formulación de sus dictámenes. Si las circunstancias lo aconsejaren dicho órgano podrá emitir su dictamen en virtud de informes médicos psicológicos o sociales emitidos por profesionales autorizados.

El dictamen propuesta deberá de contener necesariamente el diagnóstico, tipo y grado de la minusvalía y, en su caso, las puntuaciones de los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona y la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes públicos colectivos<sup>45</sup>.

El procedimiento termina con resolución expresa del órgano competente que deberá indicar el grado o no de discapacidad y la puntuación obtenida en los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona o dificultades de movilidad, si procede y la fecha en que tendrá lugar o no una revisión futura. El reconocimiento del grado de discapacidad se entenderá producido desde la fecha de la solicitud<sup>46</sup>. El grado de discapacidad podrá ser objeto de revisión, bien por mejoría o por agravamiento ateniéndose al plazo marcado en la resolución inicial o bien cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha en que se dictó la resolución administrativa anterior. En el caso de que se acredite suficientemente error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento de grado, en que no será preciso agotar el plazo mínimo<sup>47</sup>.

El citado RD 1971/1999, contiene una serie de indicaciones a tener en cuenta en la valoración de la discapacidad:

- La calificación del grado de discapacidad que realicen los órganos técnicos competentes, será independiente de las valoraciones técnicas efectuadas por otros organismos en el ejercicio de sus competencias públicas. En nada pues le vincularía una declaración de incapacidad del INSS. Lo que evidencia ya el querer señalar o afirmar su propia autonomía.
- La valoración de los factores sociales complementarios se obtendrá a través de la aplicación del baremo contenido en el anexo I, apartado B), relativo, entre otros factores, a entorno familiar, situación laboral y profesional, niveles educativos y

.....

44 Véase la STS 18 de febrero de 2015 (RJ 2015, 1398), en relación con la prestación de jubilación anticipada por aplicación de coeficientes reductores, sobre la competencia de los órganos administrativos para la acreditación de la necesidad del concurso de una tercera persona para actos de la vida diaria, sin que corresponda la misma a los órganos judiciales.

45 Art. 9 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre.

46 Art. 10 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre.

47 Art. 11 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre.

culturales, así como a otras situaciones del entorno habitual de la persona con discapacidad.

- Para la determinación final del grado de discapacidad se tendrá en cuenta la puntuación obtenida en el baremo de factores sociales complementarios sin que esta pueda sobrepasar los 15 puntos, pero siempre y cuando el porcentaje mínimo obtenido en la valoración de la discapacidad no sea inferior al 25 por 100.
- La evaluación de aquellas situaciones específicas de discapacidad a las que hace referencia los arts. 358 y 367 de la LGSS para tener derecho a un complemento por necesitar el concurso de una tercera persona, se realizará teniendo en cuenta lo siguiente: a) el baremo que figura como anexo II ha sido derogado y hay que acudir para ello a las previsiones que para tal situación se recogen en el RD 174/2011, de 11 de febrero; b) La relación exigida entre el grado de discapacidad y la determinación de la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes colectivos, se fijará por aplicación del baremo que figura como anexo III, considerando que existe tal dificultad siempre que el presunto beneficiario se encuentre incluido en alguna de las situaciones descritas en los apartados A), B) o C) del baremo o, aun no estándolo, cuando obtenga un mínimo de 7 puntos por encontrarse en alguna de las situaciones recogidas en los restantes apartados del citado baremo.
- Por otro lado, en relación con los baremos anexos al mismo se fijan también una serie de pautas, a destacar:
  - Necesidad de documentación previa del proceso patológico que da lugar a la deficiencia.
  - La relevancia en la valoración estará en la severidad de las consecuencias de la enfermedad y no en ella en sí misma.
  - Las deficiencias a valorar deben ser permanentes entendiendo como tales aquellas alteraciones orgánicas o funcionales no recuperables, es decir, sin posibilidad razonable de restitución o mejoría de la estructura o de la función del órgano afectado.
  - Se fija un período de espera mínimo entre el tiempo que ha de transcurrir entre el diagnóstico e inicio del tratamiento y el acto de la valoración.
  - Las deficiencias permanentes de los distintos órganos, aparatos o sistemas se evaluarán, siempre que es posible, mediante parámetros objetivos. Si bien las pautas de valoración atienden al efecto sobre la capacidad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, es decir, en el grado de discapacidad que ha originado la deficiencia.
  - La deficiencia ocasionada por enfermedades que cursan en brotes debe ser evaluada en los períodos intercríticos.

- La evaluación debe responder a criterios homogéneos. Con este objeto se definen las actividades de la vida diaria<sup>48</sup> y los grados de discapacidad a que han de referirse los Equipos de Valoración<sup>49</sup>.
- Con carácter general se establecen cinco categorías o clases, ordenadas de menor a mayor porcentaje, según la importancia de la deficiencia y el grado de discapacidad que origina<sup>50</sup>.
- Cuando coexistan dos o más deficiencias en una misma persona –incluidas en las clases II a V– podrán combinarse los porcentajes, utilizando para ello la tabla de valores que aparece al final de este anexo, dado que se considera que las consecuencias de esas deficiencias pueden potenciarse, produciendo una mayor interferencia en la realización de las A.V.D. y, por tanto, un grado de discapacidad superior al que origina cada uno de ellas por separados.



48 Que actualmente se encuentran recogidos en el RD/1742011, de 11 de febrero, su disposición adicional segunda dispone: “Valoración de la necesidad del concurso de otra persona para el reconocimiento de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social y para el disfrute de cualquier beneficio, servicio o ayuda en los que sea necesaria la acreditación de esta situación. La determinación de la situación de dependencia y de la necesidad del concurso de otra persona a que se refieren los artículos 145.6, 182 bis 2.c), 182 ter, del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social se realizará mediante la aplicación del baremo aprobado por este real decreto, con las especificaciones relativas a la edad y tipo de discapacidad que se establecen en el mismo. Se estimará acreditada la concurrencia de ambas situaciones cuando de la aplicación del baremo se obtenga una puntuación que dé lugar a cualquiera de los grados y niveles de dependencia establecidos. La determinación de la situación de dependencia, mediante la aplicación de este baremo, servirá también para el disfrute de cualquier beneficio, servicio o ayuda establecidos por cualquier Administración pública o entidad en los casos en que sea necesaria la acreditación de ayuda de tercera persona”. La referencia entiéndase hecha a los actuales arts. 364, 353 y 354 de la LGSS.

49 Grados de discapacidad: Grado 1: discapacidad nula. Los síntomas, signos o secuelas, de existir, son mínimos y no justifican una disminución de la capacidad de la persona para realizar las actividades de la vida diaria; Grado 2: discapacidad leve. Los síntomas, signos o secuelas existen y justifican alguna dificultad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, pero son compatibles con la práctica totalidad de las mismas; Grado 3: discapacidad moderada. Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar algunas de las actividades de la vida diaria, siendo independiente en las actividades de autocuidado; Grado 4: discapacidad grave. Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar la mayoría de las A.V.D., pudiendo estar afectada alguna de las actividades de autocuidado; Grado 5: discapacidad muy grave. Los síntomas, signos o secuelas imposibilitan la realización de las A.V.D.

50 Estas cinco clases se definen de la forma siguiente:

- CLASE I. Se encuadran en esta clase todas las deficiencias permanentes que han sido diagnosticadas, tratadas adecuadamente, demostradas mediante parámetros objetivos (datos analíticos, radiográficos, etc., que se especifican dentro de cada aparato o sistema), pero que no producen discapacidad. La calificación de esta clase es 0 por 100.
- CLASE II. Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad leve. A esta clase corresponde un porcentaje comprendido entre el 1 por 100 y el 24 por 100.
- CLASE III. Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los sistemas o aparatos, originan una discapacidad moderada. A esta clase corresponde un porcentaje comprendido entre el 25 por 100 y 49 por 100.
- CLASE IV. Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los aparatos o sistemas, producen una discapacidad grave. El porcentaje que corresponde a esta clase está comprendido entre el 50 por 100 y 70 por 100.
- CLASE V. Incluye las deficiencias permanentes severas que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad muy grave. Esta clase, por sí misma, supone la dependencia de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, demostrada mediante la obtención de 15 o más puntos en el baremo específico (anexo 2). A esta categoría se le asigna un porcentaje del 75 por 100.

- Y finalmente a los efectos de garantizar la uniformidad en los criterios de aplicación de los baremos en todo el territorio del Estado, se creará una Comisión Estatal, integrada por representantes del Ministerio competente y de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a quienes hubieran sido transferidas las funciones en materia de valoración de situaciones de discapacidad y calificación de su grado.

En definitiva se trata de un proceso de valoración muy complejo y difícil en su aplicación directa, lo que ha llevado consigo a que la propia Dirección General del IMSERSO lo reconozca abiertamente “... *la amplitud y la complejidad del procedimiento de valoración hacen difícil el empleo directo del BOE*” y haya tenido que publicar una guía facilitar la práctica diaria de los órganos técnicos de valoración, denominada “*Valoración de las situaciones de Minusvalía*”, con la participación de los profesionales de los órganos técnicos de valoración de todo el Estado y la colaboración de la Facultad de Medicina de la Universidad de Salamanca<sup>51</sup>.

### 3.3. La valoración de la gran invalidez y la necesidad del concurso de la ayuda de otra persona

El RD 174/2011, de 11 de febrero, tiende “*puentes*” a la protección otorgada por el sistema de Seguridad Social, tanto para los incapacitados permanentes como para los inválidos. Y así su DA. Primera y en relación con la gran invalidez señala que a las personas que tenga reconocida tal situación se les reconocerá la situación de dependencia, en el grado que corresponda, garantizándoles en todo caso el grado I de dependencia moderada<sup>52</sup>. Y para los que se encuentre en situación de invalidez no contributiva y se les haya reconocido la necesidad de concurso de otra persona, también se les habilita una “*pasarela*” para el reconocimiento de la situación de dependencia en el grado que corresponda función de la puntuación obtenida por el RD 1971/1999, de acuerdo con la siguiente tabla<sup>53</sup>:

De 15 a 29 puntos	Grado I
De 30 a 44 puntos	Grado II
De 35 a 72	Grado III

.....

51 IMSERSO: *Valoración de las situaciones de minusvalía*, Colección Manuales y Guías, Serie catálogos y guías. Madrid, 2000. Se puede consultar en <http://sid.usal.es/idocs/F8/8.1-4569/Valoraciones.pdf>.

52 La DT primera precisaba que sería al nivel I, que ahora ya ha desaparecido con la reforma de 2012.

53 Téngase en cuenta que La DT primera hace referencia dentro de esos grados al nivel 2, que ahora ya han desaparecido con la reforma de 2012. La reforma de 2012 afecto a tres ámbitos: a los órganos de valoración, al procedimiento y al baremo. Sobre la reforma de 2012 puede verse el análisis de SÁNCHEZ FIERRO, J.C.: *Las reformas de la valoración de las situaciones de dependencia. Perspectivas de futuro*. El estudio puede verse en [http://www.fundacioncaser.org/sites/default/files/1.\\_reformasdelavaloracion\\_fierroycobo.pdf](http://www.fundacioncaser.org/sites/default/files/1._reformasdelavaloracion_fierroycobo.pdf), consultado en 3 de agosto de 2017.

Por otro lado, la DA. Segunda de este RD también se refiere a valoración de la necesidad del concurso de otra persona para el reconocimiento de prestaciones no contributivas previstas en los arts. 353, 354 (prestaciones familiares) y 364 (invalidez no contributiva) de la LGSS, indicando que a partir de su entrada en vigor se hará conforme a las previsiones de dicho RD. Entendiendo acreditada la necesidad cuando al menos se alcance el grado I de dependencia.

Por tanto y, en resumen:

- Para acreditar el concurso de otra persona en la invalidez no contributiva y para la asignación por hijo discapacitado a cargo cuando el hijo esté afecto a un grado de discapacidad igual o superior al 75%, se aplicará el baremo de las situaciones de dependencia<sup>54</sup>.
- Mientras que para el resto de prestaciones de la Seguridad Social que requieran el 33% o un 65% se aplicará el RD 1971/1999.
- Y para la Gran Invalidez, no hay baremo aplicable.

Y finalmente concluye que la situación de dependencia declarada conforme a dicho baremo servirá para el disfrute de cualquier beneficio, servicio o ayuda establecidos por cualquier Administración Pública o entidad en los casos que sea preciso la acreditación de ayuda de tercera personal.

## 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA VALORACIÓN DE LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA, INCAPACIDAD Y DISCAPACIDAD

### 4.1. Sobre la “bondad” o eficacia de los baremos

A lo largo de este estudio se han ido comentando diversos aspectos generales y controvertidos de los procesos de evaluación y determinación de las situaciones de incapacidad permanente, discapacidad y dependencia. Se aprecia un interés loable en la búsqueda de la objetividad máxima por creer encontrar en un baremo o una tabla, con sus valores, el grado o porcentaje exacto del déficit que afecta a una persona. Pero aprehender la realidad

.....

54 Ver RODRÍGUEZ RUIZ, E.: *Discapacidad y sus efectos en el ámbito jurídico laboral*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma. Madrid, 2015, pág. 359.



es una misión cuasi imposible y los resultados hasta ahora vistos lo evidencian. Una valoración vía baremos comporta que los mismos sean dinámicos y no estáticos, lo que supone una continua reconsideración de criterios en base a las nuevas evidencias científicas o avances tecnológicos que ayuden a paliar o eliminar déficits, situaciones de restricción o de dependencia.

En el ámbito de la Seguridad Social la Ley 24/1997 ya lo intentó, cuando modificó la invalidez permanente para el “*Establecimiento de una mayor seguridad jurídica en la determinación de las pensiones de invalidez. A tal fin, se prevé la elaboración de una lista de enfermedades, y de su valoración a los efectos de la reducción en la capacidad de trabajo y, correlativamente, de la presumible pérdida de la capacidad de ganancia, que será aprobada por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social*”<sup>55</sup>. Han pasado 26 años y estamos igual, al menos oficialmente. Los intentos están ahí con la publicación por parte del INSS de guías orientativas generales como la “*Guía de Valoración Profesional*”<sup>56</sup>; o específicas como “*Guía de Ayuda para la Valoración de las Enfermedades Profesionales*”<sup>57</sup>, o bien diversos manuales de actuación para médicos del INSS para la valoración de patologías infecciosas<sup>58</sup>; cardiopatías, etc. Y adviértase una cosa, en el ámbito de la Seguridad Social, de momento, la gestión es única. De aquí que con la evaluación de una situación de incapacidad laboral se podrá estar de acuerdo o no, pero normalmente será similar con la que se pueda uno encontrar en cualquier lugar de España. En realidad la reforma de 1997, lo que apuntaba era la discrepancia existente con las valoraciones llevadas a cabo en los órganos jurisdiccionales, máxime cuando ante discrepancia en lo acordado por uno u otros, poco o nulo éxito tenía en los Tribunales Superiores de Justicia y mucho menos en unificación de doctrina, por el consabido criterio de que en materia de incapacidad, difícilmente pueden encontrarse supuestos con identidad sustancial, pues cada caso se decide en función de todas sus circunstancias<sup>59</sup>.

En el terreno de la discapacidad ocurre otro tanto, la propia administración estatal ha publicado alguna guía y para la dependencia téngase en cuenta lo ya indicado en el apartado 3.2.2 *ut supra*.

.....

55 De su exposición de motivos.

56 INSS: *Guía de Valoración Profesional*, 3.ª edición, Madrid, 2014. Se puede consultar en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/198948.pdf>. Consultado en 2-11-2018.

57 INSS: *Guía de ayuda para la Valoración de las Enfermedades Profesionales*, 1.ª Edición, Madrid. Se puede consultar en [http://www.seg-social.es/Internet\\_1/LaSeguridadSocial/Publicaciones/Publicacionesporcon28156/Informacionsobrepen47075/G%C3%BAaEEPP/index.htm](http://www.seg-social.es/Internet_1/LaSeguridadSocial/Publicaciones/Publicacionesporcon28156/Informacionsobrepen47075/G%C3%BAaEEPP/index.htm). Consultado en 2-11-2018.

58 Se puede consultar en [https://www.google.es/search?rlz=1C1GGRV\\_enES751ES751&q=manual+de+actuacion+para+m%C3%A9dicos+del+inss+cardiopatas&oq=manual+de+actuacion+para+m%C3%A9dicos+del+inss+cardiopatas&gs\\_l=psy-ab.3...33i160k1.8792.15461.0.16041.17.16.0.0.0.482.2101.1j3j1j2j1.8.0..3..0...1.1.64.psy-ab..9.7.1881.goujqwWJw9k](https://www.google.es/search?rlz=1C1GGRV_enES751ES751&q=manual+de+actuacion+para+m%C3%A9dicos+del+inss+cardiopatas&oq=manual+de+actuacion+para+m%C3%A9dicos+del+inss+cardiopatas&gs_l=psy-ab.3...33i160k1.8792.15461.0.16041.17.16.0.0.0.482.2101.1j3j1j2j1.8.0..3..0...1.1.64.psy-ab..9.7.1881.goujqwWJw9k). Consultado en 2-11-2018.

59 Por todas STS 6 julio de 2001 (RJ 2001, 7311).

Si los baremos aprobados son tan complejos que la propia administración los reconoce e intenta paliar tales déficits mediante guías generales o específicas, la bondad del sistema valorativo está en entredicho, al menos de momento y el objetivo de objetividad y seguridad jurídica no se ha cumplido.

Un dato a tener en cuenta, la “*Ley de Dependencia*” ha generado un diferente nivel de desarrollo en las Comunidades Autónomas y así se reconoce en la propia exposición de motivos del RD-ley 20/2012, de 13 julio, lo que conlleva a que en el mejor de los casos a la hora de valorar una situación de dependencia haya que tener en cuenta la normativa estatal, la autonómica y los criterios y sugerencias del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Y finalmente una preocupación se quiere hacer llegar. Si se admiten baremos con criterios añadidos, manuales de instrucciones que se van actualizando con el tiempo, etc., el problema se va a trasladar fundamentalmente al ámbito de las revisiones de discapacidad y de dependencia. Se trata de la viabilidad de admitir revisiones por mal o error aplicación de los baremos ¿Cuál será su correcto entendimiento? Ya que si pasado un determinado tiempo, una persona es llamada a revisión de su discapacidad o dependencia y conforme a los nuevos criterios fijados desde aquella fecha, ahora ya no es correcto el porcentaje de discapacidad o grado dependencia ¿deberá modificarse el porcentaje o grado? ¿ampara la revisión los cambios de criterio? En una incapacidad permanente laboral no, o hay un cambio sustancial en la situación previa o no se modifica el grado de incapacidad, ni al alza, ni tampoco a la baja<sup>60</sup>. Por otro lado ¿porque debe pechar con las consecuencias de una mala praxis de la administración el ciudadano? Si hubo error en la aplicación del baremo por el evaluador ¿Qué responsabilidad alcanza al ciudadano? ¿O es que no se es consciente del valor y trascendencia que tiene una declaración de discapacidad o dependencia?

#### **4.2. Puntos de encuentro entre las situaciones de incapacidad, invalidez, discapacidad y dependencia**

Es bastante frecuente que la persona que obtiene el reconocimiento de una incapacidad permanente pretenda hacer valerla para a su vez obtener el reconocimiento de una discapacidad, al menos en el porcentaje mínimo que da acceso a la condición de discapacitado, con el fin de obtener las ventajas laborales, de Seguridad Social, económicas, fiscales, etcétera que ello puede comportar. O viceversa obtenido un porcentaje más o menos impor-

.....

<sup>60</sup> Véase la STS 6 abril de 2004, sobre la improcedencia de proceder a la revisión del grado de discapacidad por la aprobación de un nuevo baremo (RJ 2004/2672).

tante de discapacidad, pretenda obtener o al menos apoyar una pretensión de declaración de incapacidad permanente, con el fin de lucrar prestaciones contributivas del Sistema de Seguridad Social. En el mismo sentido puede ocurrir con quien haya sido reconocido como dependiente y pretenda postular una incapacidad permanente o discapacidad. Similar propósito puede tener quien partiendo de una situación de dependencia pretenda una invalidez no contributiva. Y finalmente se podría llegar a plantear si una incapacidad judicial puede tener efecto sobre una incapacidad permanente, invalidez no contributiva, dependencia o discapacidad o a la inversa.

En definitiva, si nos encontramos ante estas situaciones ¿hay “vasos” comunicantes? Vaya por delante la conclusión: no hay “pasarelas” que operen en uno u otro trayecto de forma automática, pero cabe y pueden buscarse puntos comunes de encuentro<sup>61</sup>.

#### A) El reconocimiento automático de un porcentaje de discapacidad

La Ley 26/1990, de 20 de diciembre, vino a introducir en el Sistema de Seguridad Social prestaciones no contributivas de invalidez, jubilación y familiares, en su DA. Tercera. 2. estableció dos presunciones:

a) Cuando a una persona se le haya reconocido una invalidez permanente en el grado de absoluta se le presumirá afecto a una minusvalía igual al 65%.

b) Si la invalidez permanente, hubiera sido en el grado de gran invalidez se presumirá afecto a una minusvalía o enfermedad crónica igual o superior al 75% y estar precisado de la ayuda de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

Esa previsión y reconocimiento tenían sentido si se relacionaban con lo previsto en el apartado 1 de la DA Tercera. Hasta aquellas fechas era posible que si una persona interesaba (o bien se tramitaba de oficio) una declaración de invalidez permanente y tramitada la misma se acordara la declaración de inválido permanente sin derecho a prestaciones económicas (por ejemplo, por no acreditar el período mínimo de cotización exigible), lo que en definitiva y sin exagerar venía a suponer una “muerte civil” para esa persona, ya que automáticamente sería baja en el sistema, se le extinguiría el contrato de trabajo (en el caso de trabajadores por cuenta ajena) y todo ello sin derecho a prestación alguna; y con la dificultad añadida de que la administración de la Seguridad Social cuestionaría un alta posterior con cotizaciones para sanar tal defecto<sup>62</sup>. La previsión de la DA Tercera tenía cierto sentido y era

61 Véase RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Dependencia, discapacidad, invalidez e incapacidad permanente. Aspectos relativos a su determinación y valoración. Puntos de encuentro”, ob. cit. pp. 137-171.

62 Recuérdese que tal posibilidad sería rechazada por los Tribunales, en tal sentido –entre otras- puede verse la STS 14-10-1991 (Ar. 1991, 7659) y que el criterio de la administración sobre la no toma de consideración de las nuevas cotizaciones sería rechazado por el TS, entre otras STS 21-1-2015 (Rec. 127/2014).

dar una salida a esas situaciones en que el INSS se veía abocado –por la obligación que tiene la administración de resolver un procedimiento administrativo -a efectuar tales declaraciones, no te reconozco una invalidez contributiva, pero te facilito el acceso a la invalidez no contributiva.

Ahora bien, téngase en cuenta que al DA. Tercera 2, precisaba una cosa que pasa a veces desapercibida “A los efectos previstos en el número anterior...” es decir, del reconocimiento del derecho a una situación de invalidez sin derecho a pensión contributiva ¿Cuál era su significado y alcance? ¿general? o ¿limitado a facilitar el cumplimiento de uno de los requisitos de la invalidez no contributiva y evitar la necesidad de pasar un nuevo examen o valoración de dolencias?

B) La equiparación de *minusválidos* “LISMI” a inválidos “no contributivos”

El RD 357/1991, 15 de marzo, desarrollaba reglamentariamente las previsiones de la Ley 26/1990, su Disposición Transitoria primera, número 2 vino a establecer una asimilación automática y también una presunción:

- Aquellos que sean beneficiarios de los subsidios económicos de la Ley 13/1982, de 20 de diciembre, de Integración Social del *Minusválido* (LISMI) que soliciten la invalidez no contributiva y en su caso el subsidio de ayuda a tercera persona, no tendrán que acreditar nuevamente el grado de minusvalía surtiendo efectos a tal finalidad el grado de minusvalía ya reconocido.
- Se presumirá afectas a una minusvalía en un grado igual al 65% aquellas personas que con anterioridad a la entrada en vigor de dicho Real Decreto sean beneficiarias de una pensión asistencial por razón de incapacidad y que soliciten una pensión de invalidez no contributiva

Esta presunción y asimilación tenía una finalidad, facilitar el tránsito de las prestaciones LISMI y del Fondo Nacional de Asistencia Social a las nuevas no contributivas instauradas en 1990<sup>63</sup>.

También merece ser recordada la Disp. Ad. Tercera que en su apartado 2, establecía dos presunciones: a) afecto a una minusvalía del 65% a quien hubiere sido declarado inválido permanente absoluto; y b) afecto a una minusvalía en porcentaje del 75 o más por ciento a quien se le hubiera reconocido la situación de gran invalidez, en ambos casos en el nivel contributivo. Equiparaciones que tuvieron poca virtualidad en la práctica cuando el Tribunal Supremo se pronunció en contra de declaraciones de incapacidad permanente contributiva sin derecho a prestaciones económicas<sup>64</sup>.

C) La equiparación a discapacitados de los pensionistas de la Seguridad Social o de Clases Pasivas del Estado.



63 Ver DA. 9.ª y Transitoria primera de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre.

64 Véase STS 19 junio 2007 (RJ 2007/8509).

La ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad en su art. 1.2 disponía que tendrán la consideración de persona con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33% y que en todo caso, se considera afectados a un grado de *minusvalía* en tal porcentaje a los pensionistas de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez, así como a los pensionistas de clases pasivas del estado que tuvieren reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Realmente lo que hacía tal previsión legal era fijar un umbral de protección, la condición de *minusválido* precisa alcanzar el 33% de discapacidad. Y en segundo lugar una asimilación mínima respecto a aquellos que ya tuvieran una incapacidad permanente contributiva en los grados pensionables.

Pero también téngase en cuenta que la norma señalaba que tal reconocimiento lo era “... a los efectos de esta Ley”<sup>65</sup>.

Desde su entrada en vigor se fueron produciendo decisiones administrativas heterogéneas, contradictorias, todas ellas emanadas de las administraciones públicas al objeto de cómo acreditar tal asimilación a la condición de *minusválido* y los efectos que ello conllevaba<sup>66</sup>. Ello llevó a que el RD 1414/2006, de 1 de diciembre, se encargará de<sup>67</sup>:

- Precisar quienes tienen la consideración de persona con discapacidad aquellas que alcance al menos una minusvalía del 33%.
- Unas asimilaciones legales para los pensionistas de IPT, IPA o GI; y para los pensionistas de Clases Pasivas del Estado que tuvieren reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad para el servicio o inutilidad.
- Y por otro lado se regulaba como se puede acreditar el grado de *minusvalía* igual al 33% mediante los siguientes documentos<sup>68</sup>:
- Por Resolución o certificado expedido por el IMSERSO u órgano competente de la Comunidad Autónoma respectiva.

65 Ver art. 1.2. párrafo tercero.

66 Véanse, entre otros, pronunciamientos: a) a favor de una equiparación automática: SSTSJ Castilla La Mancha núm. 46/2016, de 14 enero (JUR 2016/24897), núm. 1130/2006, de 3 julio (JUR 2006/240196); STSJ Galicia núm. 1267/2012, de 6 de marzo (JUR 2012/108841); SSTSJ Extremadura núm. 499/2007, de 19 de julio (JUR 2007/306999), núm. 203/2007, de 22 de marzo (JUR 2007/214161), núm. 289/2007, de 5 de marzo (JUR 2007/24190) y ; b) en contra de una asimilación entre una incapacidad permanente contributiva y un determinado porcentaje de minusvalía o discapacidad: STSJ Aragón núm. 419/2015, de 29 junio (JUR 2015/180170); STSJ Galicia 4609/2011, de 14 diciembre (JUR 2012/5855); SSTSJ Castilla y León núm. 1295/2007, 12 septiembre (JUR 354745), núm. 117/2007, de 21 de febrero (JUR 2007/132616), núm. 1287/2006, de 18 septiembre (JUR 2006/257943); STSJ País Vasco núm. 2257/2007, de 11 septiembre (JUR 2008/35853); STSJ Asturias núm. 120/2007, de 23 de marzo (JUR 2007/213981); STSJ Castilla y León; STSJ Valencia 3636/2006, de 28 de noviembre (JUR 2007/113162).

67 Art. 1 del RD 1414/2006, de 1 de diciembre.

68 Art. 2 del RD 1414/2006, de 1 de diciembre.

- Resolución del INSS reconociendo la situación de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez.
- Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda (MEH) o del Ministerio de Defensa (MD), para las pensiones de jubilación o retiro por incapacidad para el servicio o inutilidad.

Advirtiendo además que no será exigible resolución o certificado del IMSERSO u órganos de la Comunidades Autónomas a los pensionistas antes referenciados.

Se trata de una asimilación de mínimos, es decir, la resolución del INSS, MEH o MD reconociéndoles la condición de pensionista parten con un 33% de discapacidad, si quieren o entienden que su situación es superior a dicho porcentaje podrán pedir al IMSERSO o los organismos de la Comunidad Autónoma competente un reconocimiento que se hará aplicando el baremo recogido en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre. Ahora bien, si instado este reconocimiento el IMSERSO o CA entendieran que no se alcanza el 33% se limitarían a establecer esta circunstancia, sin más efectos.

La acreditación del grado de minusvalía tendrá validez en todo el territorio nacional.

En realidad tal equiparación tenía unos efectos limitados a las materias –por así decirlo- de la propia Ley 51/2003, pero para otros se requería que el interesado se sometiera a una nueva valoración, ahora vía RD 1971/1999<sup>69</sup>.

#### D) Incapacitados, discapacitados y su asimilación a dependientes

La Resolución del IMSERSO de 23 de mayo de 2007, publicaba el acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se establecen los acuerdos en materia de valoración de dependencia<sup>70</sup> establece en su acuerdo segundo lo siguiente:

*“Homologación de reconocimientos previos (PASARELAS).*

*Quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia, con el grado y nivel*

.....

69 En relación con el alcance de la equiparación véase por todas la STS 278/2016, de 7 de abril (rec. 20126/2014). Se debatía allí la pretensión de una persona que había sido declarada en situación de IPT para la profesión habitual y solicitó el reconocimiento de la condición de discapacitado ante el órgano competente de la CA, lo que le sería denegado pues solo alcanzaba una discapacidad del 9%. Acudió entonces a la Jurisdicción Social en la que encontró apoyo a su pretensión y la CA recurrió en casación para la unificación de doctrina que determinó que en la atribución de la condición o estatus de persona con discapacidad pertenece al ámbito normativo de la Ley 13/1982 (LISMI) y no al de la Ley 51/2003 y así se indicaba de forma expresa en su art. 10 la competencia de los equipos multiprofesionales para llevar a cabo tal valoración; mientras que la Ley 51/2003 despliega sus efectos en las materias que norma pero no en otras. Recuerda que las incapacidades laborales se determinan en consideraciones de empleo y trabajo, mientras que las discapacidades atienden a otros ámbitos de la vida social, como es la educación, la participación en actividades sociales, etc. Por ello el legislador puede establecer espacios comunes de encuentro, pero junto a ellos hay otros que corresponden privativamente a la Seguridad Social o a la protección de los discapacitados.

70 BOE de 7 junio de 2007.



que se determine mediante la aplicación del IVD, garantizando en todo caso el Grado I Dependencia Moderada, nivel I.

Quienes tengan reconocida la necesidad de asistencia de tercera persona según el anexo 2 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación de grado de minusvalía, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia”.

Se trata de, como expresivamente dice, dos pasarelas: a) una procedente del nivel contributivo de la Seguridad Social para las situaciones de pensionistas de gran invalidez; y b) la procedente de aquellos que hubieren pedido el reconocimiento de la condición de discapacitado y consiguientes prestaciones económicas y se les reconozca la necesidad del concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida<sup>71</sup>.

Un dato o un matiz que puede ser relevante, la dependencia se caracteriza por precisar “... de otras personas o ayudas importantes para realizar las actividades básicas de la vida diaria...”<sup>72</sup> y la gran invalidez por ser la situación en la que el trabajador afecto a ella “...necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida de la tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”<sup>73</sup>. Como se puede apreciar uno es más amplio que otro.

#### E) Las asimilaciones a discapacitados llevadas a cabo por RD. Legislativo 1/2013

El RD. Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, vino a dar cumplimiento al mandato de la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto para la adaptación normativa a la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad y derogó expresamente la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en ma-



71 Art. 5.4 del RD 1971/1999, de 23 diciembre.

72 Art. 2.2 de la Ley 39/2006, de 14 diciembre.

73 Art. 194.6 LGSS/1994, en su versión original.

Sirva de ejemplo la interpretación que los Tribunales vienen haciendo de la situación de gran invalidez:

- a) La constatación de que la persona se encuentra en fase terminal y que el desenlace fatal lo será en próximas fechas no impide la determinación de la misma pues solamente está condicionada a la existencia de la necesidad de una tercera persona, STS 12 de mayo de 2003 (RJ, 2003, 4076).
- b) Basta con la imposibilidad de realizar una o cualquiera de los actos más esenciales de la vida, STJ País Vasco 18 abril de 2000 (AS 2000, 3157).
- c) El hecho de haber adquirido habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos más esenciales de la vida, TS 10 de febrero de 2015 (RJ 2015, 533).

teria de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Su art. 4.2 –como antes se indicó- vino a señalar lo siguiente:

*2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.*

Su artículo 5 determinaba su ámbito de aplicación en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, señalando como tales: a) Telecomunicaciones y sociedad de la información; b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; c) Transportes; d) Bienes y servicios a disposición del público; e) Relaciones con las administraciones públicas; f) Administración de justicia; g) Patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico; y h) Empleo; y cuyas medidas específicas se regulaban en el Título I de la Ley.

Y aquí volvemos a lo mismo, a preguntarnos cuál será el alcance de esa asimilación (“...y a todos los efectos...”), teniendo en cuenta que dentro del contenido o ámbito de derechos que se reconocen a los discapacitados se encuentran: prestaciones sociales y económicas (art. 8); farmacéuticas (art. 9); etc.

#### F) Otras equiparaciones legales

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas de medidas en materia de Seguridad Social vino a disponer en su DA. 9.ª lo siguiente:

*“A los efectos de la aplicación de la Ley General de la Seguridad Social, se entenderá que están afectadas por un grado de discapacidad en un grado igual o superior al 65%, aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces”.*

Se trata de un reconocimiento con evidente trascendencia ya que supone en el ámbito del sistema de Seguridad Social efectos relevantes en la acción protectora, por ejemplo: en los complementos a mínimos de pensiones (viudedad y orfandad); en la invalidez no contributiva (se cumple automáticamente el grado o porcentaje mínimo de discapacidad); en la protección familiar (cuantía y acceso a la asignación por hijo a cargo y en la prestación no económica); acceso a los servicios sociales. Y

también con una hipotética protección futura dado el apoyo prometido por la DA. 11ª de dicha Ley 40/2007, rubricada como “Apoyo a las familias de las personas con discapacidad”, que da un mandato al Gobierno para que en el plazo de un año presente un estudio en el Congreso de los Diputados “... *que analice globalmente las diferentes posibilidades para las familias de las personas en situación de discapacidad (patrimonio protegido, previsión social complementaria, convenio especial con la Administración de la Seguridad Social y beneficios fiscales) a fin de garantizar una renta suficiente para las personas discapacitadas que, por la naturaleza o gravedad de sus afecciones, no puedan realizar a lo largo de su vida una actividad profesional y se encuentren desprovistas de apoyo familiar*”.

Adviértase ya dos cosas: a) El reconocimiento afecta al Sistema de Seguridad Social; y b) El reconocimiento se establece sin límites o modulación, es decir, bastará que un juez haya declarado incapaz a una persona para que automáticamente el sistema le reconozca que tiene un 65%, todo ello sin tener en cuenta el alcance y significado de la incapacitación judicial y las medidas o límites a la restricción de la capacidad de obrar que el juez de lo civil haya acordado. Lo que parece en principio excesivo.

Sin ánimo de ser exhaustivo podría también señalarse la recogida, por ejemplo, en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el art. 58.6 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, señala<sup>74</sup>:

*“A los efectos de este Impuesto, tendrán la consideración de discapacitados los contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento.*

*En particular, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento, cuando se trate de minusválidos cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado”.*

74 Véase ROVIRA FERRER, I.: “Las nuevas deducciones en el IRPF para las familias numerosas, los familiares a cargo de personas con discapacidad y determinadas familias monoparentales”, Revista Quincenal Fiscal núm. 10/2015, BIB 2015/1645; y GALLEGO PERAGÓN, J.M. “La discapacidad: jurídicamente un concepto encrucijada”, Revista Quincenal Fiscal núm. 3/2011, BI 2011/77.

Como se puede ver dos asimilaciones: a) Pensionistas de la Seguridad Social en el grado de IPT/IPA o GI; pensionista de jubilación o retiro por incapacidad de clases pasivas del estado, con una equiparación mínima del 33%; y b) Incapacitados Judicialmente, aunque no alcancen dicho grado<sup>75</sup>.

Similar asimilación es la que también hizo el art. 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, hoy derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

Y finalmente cabría señalar la recogida en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, se dispuso en su art. 2 que:

*“Artículo 2. Beneficiarios.*

*1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular.*

*2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:*

*a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.*

*b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.*

*3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”.*

Precepto que también limitaba sus efectos a lo previsto en dicha Ley y venía a establecer su propia y única consideración de personas discapacitadas. Curioso es el último inciso cuando habla de cómo acreditar el grado de discapacidad “... *por resolución judicial firme*”. Si se entiende referido al juez de lo civil, cabría preguntarse qué competencias tiene este para determinar un grado de discapacidad, pues su declaración solo opera en el terreno de la capacidad de obrar, pero no en otro ámbito<sup>76</sup>.

75 Sobre la problemática jurídica de los incapacitados judicialmente véase ROMERO COLOMA, A.: *Capacidad, incapacidad e incapacitación*, Colección Scientia Jurídica, Ed. Reus, Madrid, 2013.

76 Véase:

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 16/2003, BIB 2003/1448.
- RUBIO TORRANO, E.: “Protección patrimonial de las personas con discapacidad y competencias autonómicas”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 11/2013, BIB 2013/339.
- TASENDE CALVO, J.J.: Discapacidad y proceso civil, Revista Doctrinal Aranzadi-Civil-Mercantil, núm. 13/2007, BIB 2007/1390.

### 4.3. Últimas reflexiones

A lo largo de este estudio ya se han ido haciendo diversas críticas, observaciones y valoraciones del proceso de valoración y determinación de la situación de dependencia y falta de autonomía personal y que obviamente se vuelve a insistir sobre ellas. El proceso pretende ser objetivo, pero deja margen a la apreciación personal y por tanto a la subjetividad del evaluador (a su observación, comprobación y resultado de una entrevista personal con el interesado o con otras personas). Por otro lado, se dirige y orienta la valoración del evaluador a los parámetros que entiende oportunos y fija una serie de instrucciones pormenorizadas para la aplicación del baremo que deben ser conocidas y seguidas en todo momento por el evaluador, luego escaso margen parece que le va a quedar al mismo. Orientaciones en las que destaca un detallismo que alcanza el hastío en su deseo de controlar la visión que el legislador entiende correcta. Y como tampoco se está seguro se llegan a elaborar y publicar otras guías, orientaciones sobre determinados aspectos de la valoración (fundamentalmente en atención a concretas patologías). Se podrá pensar en la bondad de tales criterios u orientaciones, por ejemplo, que facilitan la aplicación uniforme del baremo o el trabajo de los evaluadores. Podría ser cierto, pero tiene un lado o aspecto negativo que es llegar a confundir la aplicación de una norma (entiéndase el baremo) con la interpretación (o interés) que en el mismo y en cada momento concreto tenga su autor. El problema será si se entiende que ello alcanza a los operadores jurídicos o incluso a operadores técnicos (evaluadores al margen de la Administración) que discutan o tenga otra valoración sobre la situación de dependencia del sujeto evaluado. Obviamente no se puede pretender que tales criterios en la aplicación del baremo vinculen a todos, si es así el campo a la –como mínimo- discrecionalidad de la administración está garantizado.

Una segunda consideración final es la relativa a la necesidad y posibilidad de que haya o no pasarelas o puntos comunes entre las situaciones de dependencia, discapacidad, incapacidad permanente. Es obvio que hay opinión común de que no son equiparables de forma matemática, de tal suerte que un grado de incapacidad permanente arroje necesariamente una discapacidad en un determinado porcentaje, un grado de dependencia (y llegado el caso una incapacitación civil). Y que por otro lado que la finalidad u objetivos a cubrir de unas y otras son distintos: la falta o reducción de la capacidad laboral y consiguiente pérdida de ingresos; el superar una situación desventajosa a consecuencia de un déficit o discapacidad que limita o impide el desempeño de un rol normal; la necesidad de atención de otras personas o ayudas importantes para realizar las actividades básicas de la vida diaria. Aparentemente no debería de haber problema y de hecho ya se han señalado varios casos en que se han establecido puentes entre distintas situaciones. Ahora bien, estos “puentes” no han sido pacíficos en su interpretación, quizás debido a la ambigüedad y

falta de claridad con que han sido establecidos y porque las administraciones responsables de unas u otras situaciones no están por la labor de colaborar en favor de quienes deben de servir, que no es otro que el ciudadano que no llega a entender que se le diga que tal situación se equipara a otra, pero no se equipara para todo.

Básicamente la controversia –la que llega a los órganos judiciales- suele ser muy parecida, resulta que a un ciudadano se le reconoce una situación de incapacidad permanente total o absoluta y sabe, porque le han informado, que ello comporta a ser asimilado a discapacitado; como no tiene ningún documento o acreditación que lo diga expresamente, acude a quien se supone que debe facilitarle tal acreditación; y este le dice que tiene que pasar un nuevo reconocimiento. Aunque eso no lo entiende (ya que la Ley General de Discapacidad señala que se considerará discapacitado a quien tenga reconocida una IPT, IPA o GI.), se somete a la nueva valoración y, sorprendentemente para él, resulta que no alcanza el mínimo del 33% para ser considerado discapacitado. Como sigue sin entenderlo decide acudir a los tribunales, en la confianza de que harán entrar en razón a la administración reacia a cumplir la Ley. La respuesta que le dará el oportuno órgano judicial será que la declaración que hace el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013 no es equivalente a la atribución de un grado de *minusvalía* concreto, sino únicamente una equiparación entre situaciones jurídicas distintas que se califican en una más genérica de discapacidad; y que por ello no se puede con base en dicho precepto obligar a los equipos competentes de valoración de discapacidades a emitir un informe de valoración de la misma; informe que carecería de contenido puesto que no requeriría una evaluación previa que podría ser diferente al resultado del 33 por ciento mínimo que se precisa para buscar la equiparación y por tanto tendrá el valor que la norma que reconoce la equiparación quiera darle<sup>77</sup>. El pronunciamiento técnico y jurídicamente será correcto, pero desde luego incomprensible para el ciudadano. Quizás la solución pueda venir de la intervención del Consejo Nacional de la Discapacidad (art. 55 RD. Legislativo. 1/2013, de 29 noviembre), en atención a las competencias que le han sido reconocidas.

**GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA**

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

*Universidad de Murcia*

77 En este sentido véase por todas la STS 29-1-2008 (RJ 2008, 2063).



# LA JUBILACIÓN PARCIAL, FLEXIBLE Y ACTIVA COMO FÓRMULAS PARA EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO<sup>1</sup>

FRANCISCO MIGUEL ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Murcia*

Fecha de recepción: 30/11/2018

Fecha de aceptación: 30/12/2018

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. ENVEJECIMIENTO ACTIVO EN EDADES INFERIORES A LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN. 2.1. La jubilación parcial anticipada. 2.2 La jubilación flexible. 3. ENVEJECIMIENTO ACTIVO EN EDADES SUPERIORES A LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN. 3.1. La jubilación parcial diferida y la jubilación demorada. 3.2. La jubilación activa. 4. VALORACIÓN CRÍTICA SOBRE LAS MODALIDADES DE ENVEJECIMIENTO ACTIVO. 4.1. Modalidades principalmente por cuenta ajena. 4.2. Modalidades por cuenta propia. 5. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** El presente trabajo analiza las tres figuras de jubilación que configuran jurídicamente el envejecimiento activo: la jubilación parcial (anticipada o diferida), la jubilación flexible o demorada y la jubilación activa. El envejecimiento activo se ha instaurado como el concepto principal sobre el que deben enfocarse los sistemas de pensiones; sin embargo, se trata de un constructo social, de difícil concreción jurídica por implicar un alto grado de indeterminación, dando lugar a situaciones problemáticas de coexistencia entre rentas del trabajo y rentas de sustitución.

.....

1 El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2016-78123-R sobre implicaciones procesales de la reforma del mercado de trabajo, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, e incluido en la Convocatoria 2016 del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientado a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the three forms of active ageing according to Social Security law: partial retirement (anticipated or deferred), flexible or delayed retirement and active retirement. Active ageing has been configured as the main concept on which pension systems should focus, but it is a social construct with a high degree of concreteness and indeterminacy, and this causes problematic situations of coexistence between replacement income and incomes of work.

**PALABRAS CLAVE:** Envejecimiento activo, jubilación parcial, jubilación flexible, jubilación activa.

**KEYWORDS:** Active aging, partial retirement, flexible retirement, active retirement.

## 1. INTRODUCCIÓN

**D**urante el año 2019 se actualizarán numerosas disposiciones transitorias en materia de jubilación<sup>2</sup>. Así, la edad ordinaria de jubilación pasará a los 65 años y 8 meses (en progresión hasta los 67 años en 2027), la base reguladora se obtendrá dividiendo 308 bases de cotización entre 264 meses inmediatamente anteriores al mes previo del hecho causante (hasta el incremento máximo previsto de 350 bases entre 300 meses), los años tomados para el cálculo serán 22 (hasta los 25 años en 2022) y será el último año en vigor del tramo de porcentajes aplicables del 0,21 por 100 para 163 meses y 0,19 por 100 las restantes 83 (debiendo transcurrir dos fases transitorias más, hasta alcanzar definitivamente el 0,19 por 100 los 248 primeros meses y 0,18 por 100 los 16 últimos meses, en 2027).

También, la regulación sobre jubilación parcial se actualizará, exigiéndose con 33 años de cotización una edad mínima de 62 años y 4 meses (hasta alcanzar los 65 en 2027), ó a los 61 años y 8 meses, siempre y cuando se acrediten 34 años y 9 meses de cotización (hasta los 63 años y 36 años y medio de cotización en el momento del hecho causante en 2027).

Igualmente, para el nuevo año 2019 debería entrar en vigor el “factor de sostenibilidad” calculado en función de la esperanza de vida durante sobre el quinquenio anterior, en este caso 2012-2017<sup>3</sup>, aplicable a la cuantía inicial de la pensión, en función de la evolución de la esperanza de vida en el momento en que se produzca la jubilación<sup>4</sup>. Sin embargo, con la aprobación de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, la Disp. Final 38ª ha pospuesto su entrada en vigor en fecha hasta el 1 enero 2023, previo acuerdo del Pacto de Toledo.

A pesar de todo ello, sin duda, el aparatado más llamativo a prestar atención es el epígrafe quinto de la Disp. Transitoria 4ª LGSS, por el que se extendía la normativa de jubilación previa a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y moder-

.....

2 Disposiciones transitorias séptima a décima de la Ley General de la Seguridad Social (RD Leg 8/2015, de 30 de octubre, en adelante, LGSS).

3 Disposición final única LGSS.

4 Un análisis crítico de la medida, en SUÁREZ CORUJO, B.: “El factor de sostenibilidad: ¿El caballo de troya del sistema público de pensiones?”, *Temas Laborales*, núm. 21, 2013, p.26-29. Sobre el encaje constitucional con el mandato del art. 50 de pensiones adecuadas y actualizadas, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., “El factor de sostenibilidad de las pensiones de jubilación y la garantía de la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2014, p. 12 (LALEY 2684/2017).

nización del sistema de Seguridad Social (es decir, la resultante de la reforma 40/2007), a determinados supuestos de pensiones de jubilación causadas con anterioridad al del 1 enero 2019. En concreto, una edad ordinaria de jubilación de 65 años y una edad mínima de acceso a la jubilación anticipada a 61 años, en el momento de la solicitud. Dada la expiración del plazo transitorio previsto, es de prever la existencia de una bolsa de trabajadores integrantes de este colectivo que hayan aguardado hasta esta fecha en busca de disminuir los efectos de los coeficientes penalizadores y porcentajes aplicables, incluida la modalidad de jubilación parcial anticipada<sup>5</sup>.

Durante el nuevo curso, queda por ver también, si el Gobierno relanzará esta modalidad de jubilación a niveles pre-reformas ó impulsará su aplicabilidad en sectores productivos en los que tradicionalmente ha encajado con mayor arraigo. Sin duda, el envejecimiento activo viene regulándose mediante excepciones a la regla general de incompatibilidad entre pensión y trabajo, por la que tradicionalmente, el alta en el trabajo causaba la suspensión en la pensión<sup>6</sup>, en concreto, la Ley 27/2011, de 11 agosto, arriba citada y el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 marzo, a través de las jubilaciones parcial, flexible, activa y otras compatibilidades en trabajos marginales. El marco legal del envejecimiento activo queda entonces configurado en tres niveles:

En primer lugar, la jubilación parcial, a su vez, la primera posibilidad de compatibilizar pensión y trabajo surgida en el ordenamiento español de Seguridad Social. Esta modalidad de jubilación fue introducida por la Ley 32/1984, de 2 agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 marzo, del Estatuto de los Trabajadores, y desarrollada por el RD 1991/1984, de 31 octubre, por el que se regulan el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial.

Con posterioridad, sobre la institución jurídica operaron diversas reformas, primero con el RD-Ley 15/1998, de 27 noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, poco después con la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, y muy especialmente, las reformas operadas por Ley 35/2002 de 12 julio, para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible y la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Las modificaciones al actual art. 215 LGSS, art. 12.6 ET y RD 1131/2002, se han dirigido tanto a la versión anticipada como diferida de la prestación.



5 Jubilaciones con anterioridad al 1 abril 2013 previstas en convenios colectivos de o acuerdos colectivos de empresa y debidamente registrados en la entidad gestora. Con ello se pone punto y final a agravios comparativo entre jubilados parciales que no pudieron acogerse a esta figura.

6 La única excepción hasta la fecha era la jubilación parcial, y la prevista a los profesores universitarios eméritos, entendidos por estos, referencia entendida únicamente al sector público FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *La jubilación flexible en la práctica. Novedades Introducidas por la Ley 35/2002, de 12 julio*, Aranzadi, 2002, p. 84-85.

2003	2004	2005	2006	2007
10.867	15.740	20.928	27.809	28.982
6,24%	9,05 %	9,80%	13,14%	13,53%
2008	2009	2010	2011	2012
35.449	35.045	26.818	25.877	29.216
14,10%	12,90%	9,80%	9,39%	9,69%
2013	2014	2015	2016	2017
18.360	23.804	25.354	28.987	30.521
5,90%	8,01%	8,78%	9,45%	9,87%

Tabla 1. Número de altas de jubilación del total del sistema (excluido SOVI)<sup>7</sup>

En segundo lugar, la jubilación flexible, introducida mediante la Ley 35/2002, de 12 julio, para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, y desarrollada por RD 1132/2002, de 31 de octubre, cuyo punto de encuentro respecto de la jubilación parcial, únicamente radica en la compatibilización parcial de trabajo y pensión y la reducción del importe de la pensión de jubilación. En esencia se puede resumir el objeto de esta modalidad de jubilación bajo la expresión del profesor Borrajo de “rentas sin tiempo libre, malo, pero tiempo libre sin rentas, peor<sup>8</sup>”. En términos cuantitativos, la acogida de la medida comenzó siendo escasa desde sus inicios<sup>9</sup>, en tanto que no ha alcanzado ni el millar de perceptores anuales, en gran medida, por el recurso a otras modalidades de jubilación, que han permitido adelantar edad y mantener una tasa de sustitución elevada, quedando configurada como una modalidad de categorías profesionales mejor posicionadas. Sin embargo, el total de altas por jubilación demorada, o sea, por acceso a la jubilación a una edad superior a la que resultase de aplicación, evolucionó incrementándose en una primera etapa, hasta alcanzar un punto de inflexión en 2013, momento en el cual se ha reducido a favor de la jubilación activa, como refleja la siguiente tabla<sup>10</sup>.

2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
12.455	16.363	16.941	16.979	18.002	21.202	14.877	13.561	13.522	13.218

Tabla 3. Altas de jubilación demorada en el total del sistema

7 Informe Económico-financiero. Presupuesto de la Seguridad Social 2018. Anexo p. 151, (en línea 29.XI.2018) [http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/1470bfe5-65ee-4621-9c0d-29f06fb66d8e/Anexo\\_Infor\\_Econ\\_FinanDEF2018.pdf?MOD=AJPERES&CVID=](http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/1470bfe5-65ee-4621-9c0d-29f06fb66d8e/Anexo_Infor_Econ_FinanDEF2018.pdf?MOD=AJPERES&CVID=)

8 BORRAJO DACRUZ, E., “Envejecimiento de la sociedad y jubilación gradual y flexible”, *Actualidad laboral*, núm. 2, 2003, p. 406.

9 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *La jubilación flexible en la práctica*, cit. 2002, p. 34. También, sobre las altas en los últimos ejercicios, el Informe del Pacto de Toledo sobre la compatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación y la realización de una actividad, 2012, p. 8.

10 Informe Económico-financiero. Presupuesto de la Seguridad Social 2018...cit. p. 182.

En tercer lugar, la jubilación activa, creada por el RD-Ley 5/2013, el cual se publicó en atención al mandato de la DA 37ª Ley 27/2011 al Gobierno, para la presentación de un proyecto de ley que regulase la compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades. La jubilación activa se configura como una opción a favor del trabajador que incluye en su ámbito de aplicación a trabajadores autónomos y de cuya cotización, art. 4 RD-Ley 5/2013, no se desprenden efectos sobre la futura pensión, a diferencia de la jubilación parcial<sup>11</sup>, que es posible solo bajo acuerdo entre empresario y trabajador (art. 12.6 ET), y exclusiva para trabajadores por cuenta ajena, repercutiéndose sobre la cuantía final de la prestación

	2013	2014	2015	2016	2017
<b>Total</b>	9.094	18.066	25.369	32.597	40.159
<b>RETA</b>	7.517	15.115	21.412	27.548	33.704
<b>OTROS</b>	1.577	2.951	3.957	5.049	6.455

Tabla 3. Evolución del número de jubilaciones activas desde su entrada en vigor<sup>12</sup>

En síntesis, puede apreciarse que el envejecimiento activo se trata de un concepto de difícil conceptualización, por la variedad de significados que puede adoptar, y por tanto, no resulta tarea fácil su regulación. Para ello, el legislador debe plantearse con claridad cuáles son las notas definitorias u objetivos del envejecimiento activo ¿Extender la vida laboral? ¿Equilibrar la sostenibilidad del sistema de pensiones?

No siempre desde el Derecho de la Seguridad Social se atinará a alcanzar ambos simultáneamente, pues en función de las posibilidades que otorgue la norma, el resultado variará por el grado de compatibilidad otorgado y de la cotización exigida en contrapartida<sup>13</sup> y del mínimo de edad pensionable, el cuál pasará a basarse en parámetros como la estructura económica del país, la evolución de la producción y el consumo, y la incidencia de la demografía<sup>14</sup>. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el grado de flexibilidad de la pensión de jubilación y la prestación de trabajo, se determinará a nivel jurídico por cinco variables<sup>15</sup>: el carácter obligatorio o voluntario, el carácter diversificado de edades

.....

11 SELMA PENALVA, A., “Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2013, págs. 65-87. La jubilación parcial se convierte en una opción para incrementar la cuantía de su pensión.

12 Informe Económico-financiero. Presupuesto de la Seguridad Social 2018...*cit.* p. 181.

13 GALA DURAN, C.: “Las medidas de fomento del envejecimiento activa y su posible impacto sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones”, *Relaciones Laborales*, (LALEY 6616/2015) p. 10 de 29.

14 LÓPEZ CUMBRE, L., “Jubilación flexible en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario 1, 2002, p. 86.

15 ALARCÓN CARACUEL, R.M., “El concepto de jubilación flexible”, *Temas Laborales*, núm. 66, 2002, p. 134.



de jubilación según la actividad, la disponibilidad de anticipo, la posibilidad de compatibilización con el desempeño de un puesto o actividad, y la reversibilidad de las medidas y sus consecuencias.

## 2. ENVEJECIMIENTO ACTIVO EN EDADES INFERIORES A LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN

### 2.1. La jubilación parcial anticipada

El clásico esquema de relación entre extinción contractual y derecho a la pensión de jubilación, hace tiempo que adquirió notable grado de complejidad al instrumentalizarse como política de empleo<sup>16</sup>. A inicios de la década del dos mil, la jubilación parcial experimentó una etapa de carácter expansivo. Las reformas de 2001 y 2002, potenciaron las condiciones de aplicación de la jubilación parcial, al permitirle con carácter diferido a la edad ordinaria y con relevistas que fueran contratados temporales de la propia empresa y no solo desempleados. Hasta ese momento, la jubilación parcial no había tenido el éxito esperado, bien por la rigidez de su régimen jurídico<sup>17</sup>, simultaneidad de contratos, y presunción de relación laboral indefinida del relevista<sup>18</sup>, o bien por razones prácticas de las empresas. El “*interés repentino*” por la jubilación parcial anticipada, no se debió a una utilización masiva coherente con la finalidad perseguida por esta institución jurídica<sup>19</sup>. Además, los incentivos aparecían centrados principalmente sobre el trabajador (priorizando por encima del empresario o la administración) y del trabajador relevado (en la mayor parte de los casos, el contrato de duración temporal no se convertía en indefinido y, en caso de hacerlo daba lugar a bonificaciones<sup>20</sup>).



16 MONTOYA MELGAR, A., y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. extraordinario 1, 2002, p. 19-20.

17 La mayoría de la doctrina entiende la exclusión de los trabajadores temporales, pero dados todos los requisitos, sería difícil argumentar la negativa, en LÓPEZ BALAGUER, M., *Jubilación parcial en el contrato de trabajo. Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en material de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 55.

18 Las SSTs de 12 abril 2011 (rec. 1872/2010), 13 junio 2011 (rec. 89/2011) y 21 noviembre 2011 (rec. 570/2011) deniegan el derecho a pensión de jubilación parcial anticipada a un trabajador fijo discontinuo cuya contratación se repite en fechas ciertas, pero no a tiempo completo, por entender, que esta modalidad contractual es equivalente a contrato a tiempo parcial por art. 12.3 ET, el cual está excluido de las previsiones legales de jubilación parcial. No obstante, la STSJ Islas Baleares, núm. 338/2012, de 31 mayo, (rec. 83/2012) sí reconoce el derecho de acceso a jubilación parcial anticipada a un trabajador fijo discontinuo cuya actividad no se repite en fechas ciertas, a diferencia del anterior, por estar referenciado en el art. 15.8 ET, y por ende, salvo pacto en contrario, presumido a tiempo completo. En la misma línea, STSJ Castilla y León, Valladolid, núm. 1427/2016 de 12 septiembre (rec. 1119/2016).

19 PAREDES RODRÍGUEZ, J.M., *La jubilación parcial en el sistema español de Seguridad Social*, CES, 2009, p. 66.

20 DESDENTADO BONETE, A., y DURÁN HERAS, A., “Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario 1, 2002, p.54.

La reforma de 2011 evidenció la ruptura de la tendencia anterior de promover el envejecimiento activo y su reemplazo por criterios economicistas en pro de la sostenibilidad y viabilidad del sistema de pensiones español<sup>21</sup>. En 2013 se intentó alejar la conexión entre jubilación parcial como jubilación anticipada<sup>22</sup>, dando lugar indirectamente a la consideración de esta modalidad de jubilación como medio de transmisión generacional de conocimientos y experiencias<sup>23</sup>, paradójicamente su objetivo inicial. A pesar de este cierre de puertas al anticipo parcial del retiro, la Disp. Final 3ª LGSS ha dejado entreabierto una minúscula ventana, al facultar al Ministerio de Empleo la rebaja en la edad de jubilación parcial, según art. 215 LGSS, como medida de fomento de empleo, pero siempre que estas medidas conduzcan al reemplazo de jubilados por trabajadores en situación de desempleados.

No obstante, el cambio de actitud del legislador no se manifestó de forma repentina o improvisada, al contrario, debe apuntarse como momento de inflexión la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. La reforma puso fin a la jubilación parcial anticipada como puente con el que sortear la penalización por anticipada a trabajadores que carecían de la condición de cotizantes no mutualistas<sup>24</sup>.

Esta tendencia restrictiva se aceleró, a su vez, por la Disp. Transitoria 2ª RD-Ley 8/2010 de 20 de mayo, que implantó directamente las modificaciones, dejando sin efecto la transitoriedad en ese aumento de edad de la jubilación parcial anticipada, recogido en la Disp. Transitoria 17ª LGSS-1994, con las consecuencias peyorativas que dicha celeridad implicó sobre expectativas de derecho<sup>25</sup> o derechos adquiridos<sup>26</sup> en expedientes de regulación de empleo o convenios colectivos y acuerdos colectivos de empresa<sup>27</sup> suscritos con anterioridad al 31 de diciembre de 2012<sup>28</sup>.



21 FERRANDO GARCÍA, F., “La jubilación parcial”, en GARCÍA ROMERO, B. Y LÓPEZ ANIORTE, M.C., La reforma de la pensión de jubilación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 244.

22 TORTUERO PLAZA, J.L., *La reforma de la jubilación. Marco de Referencia y Ley 27/2011, de 1 agosto, sobre Actualización y Modernización del Sistema de la Seguridad Social*, Aranzadi Thompson Reuters, Pamplona, 2012, p. 112.

23 PANIZO ROBLES, J.A., “Las nuevas reglas de acceso a la jubilación: a propósito del Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo”, *CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 361, 2013, p. 79.

24 LÓPEZ GANDÍA, J. Y TOSCANI GIMÉNEZ, D., La reforma de la jubilación. Comentarios a la Ley 27/2011, de 1 agosto, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 107.

25 Únicamente se respetó para quienes fueron mutualistas antes del 1 de enero de 1967 corresponde la aplicación del art. 166.2 a) LGSS-1994. De otro lado, no caben los planes o acuerdos que solo reúnan como requisito el compromiso empresarial de estudiar a petición de los trabajadores con el Comité de empresa las propuestas que se le presenten sobre contratos de relevo y jubilación gradual y flexible, sin obligarse la empresa a conceder a sus trabajadores el acceso a la jubilación parcial, SSTs de 22 de septiembre de 2015, 16 de abril de 2013 y 19 de junio de 2013 (rec. 1419/2015 y 580/2013, y rec.102/2012), pero sí son válidos, los planes o acuerdos que hayan sido efectivamente registrados por el INSS, según STS País Vasco de 26 junio de 2018 (rec. 1250/2018).

26 A favor STSJ Cataluña de 4 septiembre de 2015 (rec. 1607/2015), en contra STSJ País Vasco de 27 mayo de 2014 (rec. 798/2014).

27 STS de 25 febrero 2013 (rec. 560/2012) no reconoce el derecho a pensión de jubilación anticipada al acuerdo recogido en un convenio colectivo sectorial, y no en convenio o acuerdo de empresa, al que literalmente se refiere la Disp. Transitoria 2ª RD-Ley 8/2010.

28 STS de 17 julio de 2018 (rec. 2387/2016) “no estamos en presencia de una *res dubia* que pueda ser resuelta acudiendo a la respetada interpretación *pro beneficiario* (...) Si la voluntad del legislador hubiera sido ampliar el período temporal durante el que podría excepcionalmente alcanzarse la jubilación parcial referida a los sesenta años, lo hubiera explicitado con claridad en cualquiera de las normas posteriores”.

La actual jubilación parcial anticipada es fruto de modificaciones en sus dos componentes esenciales, la pensión y el contrato de relevo.

Respecto a la suscripción del contrato de relevo, este debe concertarse siempre por el tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad ordinaria de jubilación y por una jornada de duración igual o superior a la reducción de la jornada acordada con el trabajador sustituido. Las reformas han actuado sobre la duración, jornada e identidad de funciones entre trabajos. La jornada del relevista puede concentrarse en los meses siguientes a la suscripción del contrato de relevo, permaneciendo en alta durante el restante tiempo hasta la jubilación del relevado, sin que por ello el cese tenga la consideración de despido improcedente, ni la jubilación parcial se convierta en total anticipada<sup>29</sup>.

La DF 1ª Ley 27/2011, flexibilizó la exigencia de que el trabajador sustituto realizase las mismas tareas que el trabajador sustituido<sup>30</sup>, al exigir al relevista una correspondencia entre sus bases de cotización y la pensión del jubilado (no de la base de cotización del trabajador sustituido antes de que accediese a la jubilación parcial), de al menos el 65 por 100 del promedio de las bases de cotización correspondientes a los 6 últimos meses computados a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación parcial, requisito de finalidad loable, pero susceptible incluso de supresión en sí mismo<sup>31</sup>.

En caso de sustitución del relevista, por causar excedencia, el contrato del segundo relevista podrá tomar forma de interinidad, dada su dependencia al reingreso en la empresa del primer relevista, siempre que se produzca antes de la edad de jubilación ordinaria del trabajador relevado, “*la interinidad modula la duración del segundo contrato del relevista sustituto, pero no desvirtúa la naturaleza del contrato de relevo en cuanto a su objeto y finalidad*”<sup>32</sup>.

Respecto a la dinámica de la pensión de jubilación, la Ley 40/007 sentó como antecedente el incremento de todos los requisitos de acceso, además de la edad, un periodo de cotización de 15 a 30 años y el aumento del intervalo máximo de reducción de jornada, estando referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, de un 25-75 por 100, a 25-85 por 100, para los supuestos en que el trabajador relevista fuese contratado a jornada completa y contrato indefinido.

Al mismo tiempo exigió un nuevo requisito de antigüedad en la empresa de, al menos, 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. Este singular requisito de antigüedad o presunción de fraude<sup>33</sup>, debe ser interpretado como la equivalencia a “a

.....

29 STS de 19 enero de 2015 (rec. 627/2014) Quedan exceptuados los supuestos de extinción de contrato por despido colectivo (STS de 29 mayo de 2008, rec. 1900/2007), o por causas objetivas basadas en motivos económicos, organizativos, técnicos o productivos (STS de 22 septiembre de 2010, rec. 4166/2009)

30 STS de 26 diciembre de 2011 (rec. 4268/2010)

31 PAREDES RODRÍGUEZ, J.M., *La jubilación parcial en el sistema español de Seguridad Social*, CES, 2009, p. 132.

32 SSTs de 4 diciembre de 2010 (rec. 4508/09) y 7 de diciembre de 2010 (rec. 77/2010)

33 LÓPEZ GANDÍA, J., *La nueva regulación de la jubilación parcial tras la reforma del 2007*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 33.

la vinculación o prestación de servicios ininterrumpida durante los seis años precedentes<sup>34</sup>, con abstracción del régimen de Seguridad Social encargado de satisfacer la prestación, de modo que, cabría el reconocimiento de pensión de jubilación parcial a trabajadores afiliados al RGSS que en el momento del hecho causante, pero con mayor número de cotizaciones en el RETA<sup>35</sup>, o a los administradores societarios que hayan permanecido al menos 6 años de alta en el RGSS, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena<sup>36</sup>, o incluso el servicio prestados a la administración empleadora en régimen funcionarial, no limitándose la interpretación exclusivamente al período de actividad en régimen laboral, sino computando la antigüedad acreditada en la empresa anterior conforme art. 44 ET<sup>37</sup>.

La Ley 27/2011 suprimió del contrato de relevo el requisito de identidad entre los puestos de trabajo de relevista y relevado, y aumentó la cotización del relevista por la base de cotización que hubiese correspondido de seguir trabajando a jornada completa. El requisito de edad continuó en 61 años y el periodo de cotización de 30 años, excluyendo la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias. Estos cambios situaron la edad de jubilación parcial anticipada en un escalón distinto a la de jubilación anticipada de la época, a la que solo se podía acceder a los 63 años y acreditando un periodo previo de cotización de 33 años.

La segunda modificación reciente, operada por el RD-Ley 5/2013 corrigió esta disparidad de edades entre jubilación parcial y anticipada abierta por la anterior reforma de 2011<sup>38</sup>, equiparando la edad respecto a la jubilación anticipada a tiempo completo por voluntad del trabajador, de 61 años a 63 años para carreras de cotización de 36 años y 6 meses, o directamente 65 años, a excepción de los trabajadores que conservasen la condición de mutualistas<sup>39</sup>. Sin embargo, el aumento del periodo de cotización de 30 a 33 años no guardó nuevamente relación con la figura análoga de jubilación anticipada a tiempo completo de carácter voluntario, cuyo periodo de cotización se ha elevado hasta 35 años. La novedad se contuvo en cuanto a la reducción para los trabajadores discapacitados o con trastorno mental, que deberán acreditar una carencia mínima de 25 años.

También, se modificaron los porcentajes de reducción de jornada, con carácter general fijados entre 50 por 100 ó 75 por 100 cuando el trabajador relevista fuese contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida<sup>40</sup>, pero en este caso, bajo obligación empresarial de mantener el puesto de trabajo durante 2 años a partir del momento de la edad ordinaria de jubilación del trabajador sustituido. Además, el art. 12.7.b) ET ha

.....

34 STS de 25 marzo de 2013 (rec. 1775/2012)

35 STS de 20 enero de 2009 (rec. 4605/2005)

36 STSJ Navarra, de 17 abril 2018 (rec. 80/2018)

37 STS de 25 marzo de 2013 (rec. 1775/2002)

38 DEL VALLE LA JOZ, J.I., "Novedades en la regulación de la jubilación parcial", AA.VV.: *La reforma de la Seguridad Social de 2011*, LexNova, Valladolid, 2011, p.198.

39 Disp. Trans. Tercera LGSS, norma 2ª, apartado 1

40 FERRANDO GARCÍA, F., "La jubilación parcial"...*cit.* p. 243.

previsto que el contrato de relevo, se extinga al finalizar el período correspondiente al año en que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.

Esta peculiaridad en la contratación “*de efectos indefinidos pero inscritos en ámbito temporal acotado*”, más que una garantía frente a la amortización de puestos o fomento de la contratación, parece tratarse de una compensación a la reducción del tiempo de trabajo del jubilado parcial, mediante el mantenimiento de las cotizaciones de ambos trabajadores, función que difícilmente logra casar los objetivos de rejuvenecimiento de plantilla y envejecimiento activo<sup>41</sup>.

En cualquier caso, la extinción prematura del contrato de relevo obliga al empresario a la concertación de un nuevo contrato en términos similares al extinguido, por el tiempo restante, o de lo contrario deberá hacer frente reintegro de la pensión que haya percibido el pensionista a tiempo parcial, Disp. Final 1ª Ley 27/2011 y arts. 7 y 9 RDL 5/2013. Con todo, el requisito del contrato de relevo, dada la flexibilidad de la institución parece que ha quedado como efecto testimonial en respuesta a una justificación del exceso del gasto colectivo<sup>42</sup>.

En el supuesto inverso, de salida del jubilado parcial en la empresa, si bien es cierto que la regla general es la extinción de la jubilación parcial por extinción del contrato a tiempo parcial<sup>43</sup>, art. 16 d) RD 1131/2002, también lo es que pensión y prestación por desempleo resultarán compatibles, en cuyo caso la extinción de la jubilación parcial se producirá en la fecha de extinción del subsidio, salvo que la solicitud se produjese tiempo después de cualquier prestación efectiva de servicios por haber compactado el total jornadas minoradas<sup>44</sup>, incluso no se entenderá como causa de extinción de la pensión de jubilación parcial, cuando el contrato inicial sea reemplazado por otro de la similar naturaleza y jornada, aun con una empresa diferente<sup>45</sup>.

## 2.2. La pensión de jubilación flexible

La jubilación flexible permite el envejecimiento activo desde otro extremo, al romper la regla general de incompatibilidad entre jubilación y trabajo una vez causada y lucrada la

.....

41 CASAS BAAMONDE, M.E., RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., y VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo”, *Relaciones Laborales*, (LALEY 2112/2013) p. 22 de 27.

42 CALVO GALLEGO, F.J., *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2002, p. 50.

43 STS de 22 enero de 2013 (rec. 1998/2012) el despido colectivo de la totalidad de la plantilla, incluida la extinción del contrato del jubilado parcial, es equiparable a un despido improcedente por lo que no se produciría la extinción de la pensión de jubilación parcial, manteniendo el derecho a su disfrute hasta que cumpla la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada.

44 STSJ Cataluña de 1 junio de 2018 (rec. 1792/2018) no es posible accionar rentas de sustitución si el trabajo hacía más de dos años que se había prestado y además el trabajador se encontraba afectado por un expediente temporal de suspensión de empleo.

45 STS de 27 marzo de 2013 (rec. 2297/2012).



prestación<sup>46</sup>. La Ley 35/2002 introdujo un segundo párrafo al entonces art. 165.1 LGSS (1994), permitiendo a un trabajador con pensión de jubilación, volver a reincorporarse al mercado laboral para realizar un trabajo parcial por cuenta ajena, a diferencia de la jubilación parcial, que solo se puede acceder sin haber causado el derecho a la pensión de jubilación, y siempre que se cumplan los demás requisitos legales. Conforme al actual art. 12.6 ET y art. 5 RD 1132/2002, los trabajadores al reducir la jornada entre un 25 y un 50 por 100, minoran la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a un trabajador a tiempo completo comparable, es decir, la jornada de trabajo del jubilado oscila entre el 50 y 75 por 100 de la jornada de referencia a tiempo completo. Fuera de ese intervalo la compatibilidad es inexistente y por tanto comporta el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas, a la sazón, no en la cuantía del porcentaje de jornada realmente realizado, sino del 25 por 100, por constituir el mínimo de derecho absoluto de la jornada establecida al efecto<sup>47</sup>. Para el trabajador, el recurso a esta jubilación no estará motivada tanto por la reducción de carga de trabajo, sino por el cómputo ventajoso de las nuevas cotizaciones de cara a la base reguladora. Una vieja aspiración social contenida en el art. 8.2 RD 1132/2002<sup>48</sup>.

En concreto, el recálculo afecta a la base reguladora y al porcentaje aplicable a la misma en función del nuevo período de cotización acreditado, y quedando siempre garantizado el importe inicial de la pensión (incluidas las revalorizaciones habidas), en caso de que el resultado de la nueva base implicase una reducción del importe de la pensión<sup>49</sup>. No cabe olvidar que se trata de un trabajo a tiempo parcial, por lo que la incidencia de mejora es reducida<sup>50</sup>.

Además, la prolongación de la vida activa en el trabajo cuando se alcanza la edad ordinaria de jubilación o por reincorporación desde la jubilación completa a la actividad laboral, conforme al art. 8.2 RD 1132/2002, pueden suponer una disminución del coeficiente reductor que se hubiese aplicado en el momento inicial de causar derecho a la pensión de acuerdo con lo dispuesto para las jubilaciones anticipadas<sup>51</sup>. Por ello, la comunicación de actividades a la Entidad gestora es primordial en estos tipos de jubilación. Con carácter previo, para comunicar el inicio de la nueva actividad a tiempo parcial. De lo contrario,

.....

46 RODRÍGUEZ INIESTA, G., "Jubilación flexible", en AA.VV., *Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar"*, Civitas, Madrid, 2009, p. 816, aboga por considerarla como una modalidad de jubilación parcial.

47 STSJ Cataluña de 1 junio de 2018 (rec. 971/2018).

48 GARCIA NINET, J.I., "Jubilación parcial y jubilación flexible y contrato de relevo. Nuevos intentos de utilización de esta modalidad contractual. Reparto del empleo e incentivo a la prolongación de la vida laboral a tiempo parcial", *Tribuna Social*, núm. 147, 2003, p. 14.

49 Esta regulación contrasta con el art. 16.2 Orden de 18 de enero de 1967, por el cual, la base reguladora inicial se mantenía con independencia de las nuevas cotizaciones, una vez reanudada la pensión de jubilación.

50 DEL REY GUANTER, S., y GALA DURÁN, C., "La jubilación gradual y flexible. Aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva", Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 158.

51 STSJ Cataluña de 26 de julio de 2011 (rec. 3488/2010).



entrarían en juego el art. 55 LGSS de cobro indebido y reintegro de lo indebidamente percibido, y las sanciones recogidas por el art. 25 LISOS. Con carácter posterior, para activar la mejora, pues esta solo surte efectos una vez efectuado de nuevo el cese en el trabajo.

### 3. ENVEJECIMIENTO ACTIVO EN EDADES SUPERIORES A LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN

#### 3.1. La jubilación parcial diferida y la jubilación demorada

La jubilación parcial diferida o posterior a la edad ordinaria de jubilación, a diferencia de la modalidad anticipada, ofrece al sistema de Seguridad Social un ahorro en el coste de las pensiones, a la vez que asegura la continuidad de ingreso de cotizaciones, a través de la prolongación de la vida activa en la continuidad de la relación laboral previa, al contar el trabajador ya con la edad ordinaria de jubilación en el momento de cese<sup>52</sup>. La reforma del régimen jurídico de la jubilación llevada a cabo por la Ley 27/2011 afectó indirectamente a la jubilación parcial diferida, al igual que sucedió con la reforma de 2007, esta modalidad de jubilación parcial no se ha visto especialmente afectada en cuanto a dinámica de la prestación y contrato de relevo<sup>53</sup>:

Sobre el contrato de relevo de los trabajadores que hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación y que reúnan los demás requisitos, el art. 215.1 LGSS, en el sentido dado por la reforma de 2013, se basta con una de reducción de jornada entre 25 por 100 y 50 por 100.

Sobre la dinámica de la prestación, el art. 215.1 LGSS, se adapta a la nueva edad ordinaria de retiro del art. 205.1 a) LGSS<sup>54</sup> de 67 años ó 65 años con 38 años y 6 meses de cotización acreditados, de aplicación progresiva según la DA 22ª LGSS que remite a la nueva DT 20ª de la misma norma. No se contempla a este respecto excepción alguna, de manera que la edad establecida en el art. 205.1 a) LGSS también será aplicable a quienes tuvieran la condición de mutualista el 1 enero de 1967 pese a que este colectivo, como dispone el art. 5.2 Ley 27/2012, puede acceder a la jubilación anticipada a partir de los 65 años. Para el recálculo de la pensión del jubilado parcial, el último párrafo del art. 210.2 LGSS, excluye expresamente a los jubilados parciales<sup>55</sup>, a partir de los 65, del incremento de un porcen-

52 FERRANDO GARCÍA, F., “La jubilación parcial”...*cit.* 264.

53 CAVAS MARTÍNEZ, F., “Cambios en la pensión de jubilación tras la Ley 2/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, 2008, núm. 2, p. 16.

54 DEL VALLE DE JOZ, J.I., “Novedades en la regulación de la jubilación parcial”...*cit.* p. 219.

55 STS de 15 diciembre de 2011 (rec. 1765/2011).

taje adicional del 2 por 100 si se han acreditado al menos 25 años cotizados al cumplir la edad ordinaria, entre 25 y 37 años cotizados, el porcentaje a aplicar es del 2,75 por 100, y para más de 37 años, un incremento del 4 por 100.

Las cotizaciones efectuadas durante la prestación de servicios a tiempo parcial, en caso de sumar todas ellas el tiempo de uno o más años, cabría computarlas a estos efectos, calculando el tiempo de cotización según el RD 1131/2002<sup>56</sup>, sin perder de vista que conforme al art. 18.2 de dicha norma reglamentaria, que para el cálculo de la base reguladora de la pensión toma en cuenta las bases de cotización correspondientes al período de trabajo a tiempo parcial en la empresa donde redujo su jornada y salario, incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido de haber realizado en la empresa, en dicho período, el mismo porcentaje de jornada desarrollado antes de pasar a la situación de jubilación parcial, y siempre que la misma se hubiese simultaneado con un contrato de relevo<sup>57</sup>. Tampoco se considerará a efectos de porcentajes, como período cotizado a tiempo completo, el período de tiempo cotizado que medie entre la jubilación parcial y la jubilación ordinaria o anticipada, a no ser que se hubiese simultaneado la jubilación parcial con un contrato de relevo, y se hubiera realizado en la empresa el mismo porcentaje de jornada desarrollado antes de pasar a la situación de jubilación parcial.

### **3.2. La jubilación activa**

El modelo de envejecimiento activo previsto por el RD-Ley 5/2013 ha ampliado la compatibilidad de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva con el ejercicio de cualquier trabajo por cuenta propia o cuenta ajena y se realice a tiempo parcial o completo<sup>58</sup>, siempre que se trate de pensionistas de edad como mínimo en la edad ordinaria de jubilación exigida, y cuya pensión alcance el 100 por 100 de la base reguladora, debiendo concurrir ambos criterios simultáneamente<sup>59</sup>. No obstante, tras la intervención de la Disp. Final 5ª de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajador Autó-

56 SSTS de 21 de marzo de 2011 (rec. 2396/2010) y 15 de diciembre de 2011 (rec. 1765/2011).

57 Esta forma de cálculo de la base reguladora se mantiene aunque la empresa hubiera incumplido la obligación de sustituir al trabajador. Al respecto la STS de 15 julio de 2010 (rec. 2784/2009) declaró que el art. 18 RD 1131/2002 no puede interpretarse en un sentido restrictivo que haga caer sobre el trabajador las consecuencias del incumplimiento empresarial, en conexión con la STS 22 septiembre 2006, que entendió que las posibles irregularidades de la contratación entre la empresa y el sustituto podrán originar los perjuicios correspondientes para ambas partes contratantes, pero no se proyectan a la jubilación anticipada del trabajador sustituido, salvo el caso de que se alegue y pruebe su participación en tales irregularidades”.

58 La Disp. Final 17ª Ley 3/2017, de 27 de junio, de PGE para 2017 y sucesivamente la Disp. Adicional 126ª Ley 6/2018 de 3 de Julio, de PGE 2018, han retrasado hasta el 1 enero 2019 la entrada en vigor del trabajo por cuenta propia a tiempo parcial, previstos en los arts. 1.1, 24, y 25.4 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

59 En relación a la progresividad de la Disposición transitoria vigésima de la LGSS hasta el año 2027.

nomo, se autoriza el percibo del 100 por 100 de la base reguladora, cuando el autónomo tenga contratado a su cargo, al menos a un trabajador por cuenta ajena.

Esta modalidad de jubilación, o dicho con mayor rigor, de compatibilidad, resulta novedosa en tanto que permite el inicio de una nueva actividad como de mantener la relación laboral que tenía con su empresa, sin cese del trabajador<sup>60</sup>, ni suspensión de la pensión, únicamente una reducción en la cuantía<sup>61</sup>.

En concreto, la cuantía de la pensión de jubilación activa será fija, independientemente del grado de parcialidad o no de la jornada laboral, y equivaldrá al 50 por 100 del importe inicial de la pensión. Durante el percibo de la prestación, se revalorizará en su integridad en los términos que corresponda, recibiendo el trabajador la mitad del importe de la pensión revalorizada acumulada, según art. 3.1 RD-Ley 5/13. Sin embargo, el complemento a mínimos, ni computará en la división de la pensión inicial, ni computarán los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con el trabajo. La Entidad gestora, toda vez que tenga noticia de la extinción de la relación laboral por cuenta ajena o del cese en la actividad por cuenta propia, restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación.

A modo de garantía, la DA 1ª RD-Ley 5/2013, trasladada al apartado 6 del art. 214 LGSS, limita las decisiones extintivas improcedentes previas a los 6 meses anteriores al inicio de la compatibilidad, siempre y cuando se trate de trabajos encuadrados dentro del mismo grupo profesional. Además, la empresa debe mantener durante todo el periodo de contrato de trabajo del pensionista, el nivel de empleo existente en la misma antes de su inicio, tomando como variables de referencia, el promedio diario de trabajadores de alta en la empresa en el periodo de los 90 días anteriores a la compatibilidad.

## 4. VALORACIÓN CRÍTICA SOBRE LAS MODALIDADES DE ENVEJECIMIENTO ACTIVO

### 4.1. Modalidades principalmente por cuenta ajena

En primer lugar, sobre el requisito de la edad, la diferencia entre jubilación flexible y jubilación activa es sonante. Mientras que a la jubilación flexible se causa desde cualquier

60 MERCADER UGUINA, J.R., “¿Puede producirse la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo sin cesar el trabajador en su actividad?: El RD-LEY 5/2013 y el valor interpretativo del oficio de Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 4 octubre de 2013”, *Revista de información Laboral*, núm. 1, 2014, p. 249.

61 RODRÍGUEZ PIÑERO, M., Y VALDÉS DAL-RE, F., Y CASAS BAAMONDE, M.E., “La nueva regulación de la jubilación en el RD-LEY 5/2013, de 15 marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2013, p. 10.

situación de jubilación previa, pues la norma solo exige haber accedido a la pensión sin mencionar de la edad<sup>62</sup>, la jubilación activa no tiene lugar si se proviene desde jubilaciones anticipadas, sea la causa imputable o no al trabajador, sino únicamente reuniendo el requisito de edad máxima del art. 205.1.a) LGSS, entre los 67 años de edad y los 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización. Tampoco en jubilaciones con edades inferiores a la ordinaria por actividades penosas, tóxicas, peligrosas o insalubres<sup>63</sup>. En cualquier caso, el límite de edad mínima para comenzar a compatibilizar trabajo y pensión, será el previsto para la jubilación parcial, de 63 años y una cotización efectiva de 36 años y medio, ó 63 años y 33 años de cotización, mediante la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la voluntad del trabajador.

En segundo lugar, respecto al periodo de carencia, el carácter sobrevenido de la jubilación flexible provoca que el tiempo de cotización exigido sea el propio de la modalidad de jubilación inicial con que se causó pensión, es decir, con carácter anticipada hasta 35 ó 33 años de cotización, respectivamente según la voluntariedad o no de la causa de jubilación, y con carácter ordinario, de hasta 35 años cotizados ó 38 años y medio, previo y posterior a la reforma de 2011.

En cambio, la jubilación activa únicamente es causada tras completar el 100 por 100 de la base reguladora correspondiente, un requisito gravoso y una cuestión controvertida tanto a nivel de doctrina *iustlaboralista* (abogando por una rebaja de los requisitos<sup>64</sup>) como a nivel de jurisprudencia. La STS núm. 449/2017, de 30 mayo (rec. 2268/2015) descartó la posibilidad de alcanzar dicho porcentaje con las cotizaciones efectuadas en los trabajos posteriores<sup>65</sup>. Del mismo tenor, la STS núm. 48/2018, de 24 enero ha descartado esta posibilidad al reseñar además la imposibilidad material de adicionar las nuevas cotizaciones, por tratarse de cuotas de menor cuantía, en efecto, únicamente en concepto de incapacidad temporal y contingencias profesionales, y consiguientemente supondría discriminar favorablemente a quienes cotizan menos, objeto carente de justificación y contrario al espíritu de la norma. En cualquier caso, de la jubilación flexible y activa quedan excluidas la parte proporcional de las pagas extraordinarias, incluidas las mejoras en la cotización con

62 GALA DURAN, C.: “Las medidas de fomento del envejecimiento activa y su posible impacto sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. Extraordinario 2, 2015 (LALEY 6616/2015) p. 6 de 29, Incluida la jubilación bonificada y la postergada más allá de la edad ordinaria, y el momento en que se decide optar por esta fórmula (pudiendo solaparse incluso el momento de la jubilación total y el pase a la jubilación flexible)-

63 SELMA PENALVA, A., “Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2013, págs. 65-87.

64 GALA DURAN, C.: “Las medidas de fomento del envejecimiento activa...” *cit.* p. 17 de 29.

65 La sentencia confunde cotizaciones realizadas con posterioridad al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación por mantenimiento de la actividad más allá de esta, con cotizaciones de IT y contingencias profesionales y cuota de solidaridad, posteriores al hecho mismo de la jubilación, en CAVAS MARTÍNEZ, F., “Requisitos de acceso a la pensión de jubilación activa. Comentario a la STS Social, de 30 de mayo de 2017, rcud. 2268/2015”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 13, 2017, p.187-188.

65 años o más del art. 311 LGSS, con la salvedad hecha respecto de los periodos asimilados a cotización, dada la omisión a la cotización efectiva<sup>66</sup>.

En tercer lugar, respecto a los ámbitos subjetivos, junto a los trabajadores por cuenta ajena, también los trabajadores por cuenta propia pueden causar pensión de jubilación activa, situación que no se daría en la jubilado flexible que pretendiese causar alta parcial en el RETA, pues ni el art. 12 ET es de aplicación a trabajadores por cuenta propia, ni cabe el alta a tiempo parcial en este régimen de Seguridad Social<sup>67</sup>.

Quedarían excluidos de la jubilación flexible, los trabajadores del Régimen especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, el Régimen especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y el Régimen especial de la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia<sup>68</sup>, conforme a la Disposición Adicional 1ª RD 1132/2002.

Asimismo, el régimen de incompatibilidades del art. 5.2 RD 1132/2002 y art. 213.2 LGSS, hacen remisión a la incompatibilidad para el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público<sup>69</sup> y desempeño de altos cargos<sup>70</sup>. Esta inadecuación se predica igualmente para el cargo de alcalde<sup>71</sup> y para el puesto de notario, a pesar de su inclusión a efectos de Seguridad Social en el RETA<sup>72</sup>.

Respecto de la jubilación activa, también se excluye el desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público por parte de sus titulares, art. 33 RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado (LCPE), y los funcionarios del Régimen de Clases Pasivas del Estado que hasta la fecha estaban regidos por su propia normativa, más beneficiosa<sup>73</sup>.

Mención especial requieren los socios trabajadores de cooperativas que hayan optado por el aseguramiento como trabajadores por cuenta ajena. El art. 215.5 LGSS<sup>74</sup> les reconoce el derecho a jubilación parcial cuando la cooperativa concierte con un socio de duración determinada de la misma o con un desempleado, la realización en calidad de socio

66 MUÑOZ RUIZ, A.B., “Reglas de incompatibilidad y compatibilidad de la pensión de jubilación o retiro en el régimen especial de funcionarios públicos”, en MERCADER UGUINA, J.R., Y ARAGÓN GÓMEZ, C., *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo*, LexNova, Valladolid, 2013, p. 222.

67 CEA AYALA, A., “Compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo. Breve referencia a la jubilación flexible”, *Actualidad Laboral*, 2014, núm. 2, 2014 (LALEY 138/2014), p. 9 de 13, en referencia a la STSJ Cataluña de 3 de enero de 2006, (rec. 9220/2004).

68 STSJ Cataluña de 3 enero 2006 (rec. 9220/2004).

69 STSJ Cataluña de 8 enero de 2018 (rec. 5674/2017). La incompatibilidad de la pensión de jubilación flexible por actividad laboral en sector público como profesor asociado, según art. 1.1 Ley 53/1984.

70 STS Andalucía, Sevilla de 1 febrero de 2018 (rec. 575/2017). Los servicios prestados para el Senado y la Junta de Andalucía, tales servicios no pueden ser considerados como constitutivos de una relación laboral. También STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2016.

71 STSJ Cataluña 18 diciembre de 2013 (rec. 2932/2013).

72 STSJ Andalucía, Málaga de 11 junio de 2015 (rec. 578/2015).

73 La Disp. Adicional 2ª RD-Ley 5/2013 modificó el art. 33 LCPE. No obstante, este régimen se encuentra en la actualidad en fase de extinción progresiva conforme al RD-Ley 13/2010, de 1 de enero de 2011.

74 Anterior Disposición Adicional 64ª LGSS de 1994.



trabajador o de socio de trabajo, de la jornada dejada vacante por el socio que se jubila parcialmente, con las mismas condiciones establecidas para la celebración de un contrato de relevo en el artículo 12.7 ET. La medida favorece la renovación intergeneracional de la cooperativa y evita el cierre o descapitalización de la cooperativa por jubilación de sus socios trabajadores en atención al reembolso de las correspondientes aportaciones obligatorias.

En cuarto lugar, respecto a la cotización por el trabajo prestado en calidad de pensionista, la jubilación activa prevé una situación más “económica” respecto a la jubilación flexible. El silencio del RD 1132/2002 conduce a la jubilación flexible a una cotización similar a la de un trabajador a tiempo parcial. Sin embargo, el RD-Ley 5/2013 contempla para la jubilación activa únicamente la cotización de empresarios y trabajadores por incapacidad temporal y por contingencias profesionales respecto de la nueva actividad. Para el supuesto de trabajadores por cuenta propia es obligatoria la cobertura de las contingencias profesionales, que a excepción de los TRADE, no todos los trabajadores autónomos la presentan cubierta, y para los trabajos por cuenta ajena, se introduce una “cotización especial de solidaridad” de 6 puntos porcentuales a cargo del empresario y 2 a cargo del trabajador, pero que en ningún caso es tenida en cuenta para el cálculo. Más gravosa se presenta la cotización para el jubilado parcial y el contratado de relevo, debiendo ser íntegra en ambos casos (art. 215.2 g LGSS y la Disp. Transitoria 22.2 RD-Ley 5/2013), medida que fulmina la consideración de la jubilación parcial como iniciativa de fomento de empleo, a pesar de que ya venía excluido de las reducciones a la cotización<sup>75</sup>.

En quinto lugar, precisamente sobre la cuantía de la prestación se aprecian las mayores diferencias entre el RD-Ley 5/2013 y el RD 1132/2002. A pesar de no coincidir en sus ámbitos aplicativos, sí son susceptibles de zonas de fricción, como sería el caso un beneficiario de pensión ordinaria de jubilación al 100 por 100 de su base reguladora que inicia un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, queda incardinado dentro de los dos supuestos, con opciones de reducción de jornada y cuantía también diferentes<sup>76</sup>. A efectos prácticos de la cuantía, al momento del inicio de la actividad, la reducción de la pensión en la jubilación activa no es proporcional al tipo de jornada, sino que se mantiene constante al 50 por 100 del importe resultante en el reconocimiento inicial (sin exceder del límite máximo de pensión pública) independientemente del grado de parcialidad de la jornada, como sí garantiza la jubilación flexible. Y a su vez, con la incorporación al trabajo desde la jubilación activa «se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación», art. 214.5 LGSS. Es decir, se restituirán los complementos a mínimos si correspondiesen, pero nunca habrá

75 LÓPEZ GANDÍA, J. Y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *La reforma de la jubilación*, cit. p. 118.

76 RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “La compatibilidad de las pensiones de Seguridad Social con el trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, núm. 119, p.186.



lugar a un recalcu de la base reguladora, a diferencia de la jubilación flexible, que permite mejoras sobre la cuantía de la pensión futura.

En sexto lugar, la compatibilidad con otras prestaciones del sistema, el art. 8 RD 1132/2002 sobre jubilación flexible, permite que el trabajo completado a tiempo parcial devenga como prestaciones compatibles la incapacidad temporal y la maternidad<sup>77</sup>, pero no así la incapacidad permanente causada con posterioridad, en cualquiera de sus grados, que pudiera corresponder al jubilado-trabajador- inválido<sup>78</sup>.

Tampoco precisa la norma, si en caso de despido del trabajador flexible, cabe el percibo de las prestaciones por desempleo, debiendo ser negativa la respuesta<sup>79</sup>, habida cuenta de que no se ha cotizado por esta contingencia, es de razonable certeza su no devengo, debiendo reanudarse el cobro de la pensión revisada.

Las cotizaciones causadas durante el tiempo de jubilación flexible, pueden ser susceptibles de cálculo para las pensiones de viudedad y orfandad, pudiendo los beneficiarios optar por el cálculo de la pensión conforme a estas nuevas cotizaciones o bien, las cotizaciones computadas en situación previa de activo de jubilado-fallecido. En este último caso, la base reguladora es aquella que en su momento sirvió para determinar la pensión de jubilación, una vez completadas las pertinentes revalorizaciones<sup>80</sup>. Respecto de la jubilación activa, la norma no contiene ningún tipo de previsión respecto a la pensión de viudedad y orfandad. En tanto que no existe cotización respecto a la mejora de la pensión, debe entenderse por analogía, que corresponde aplicar la misma base reguladora tomada en consideración para determinar la pensión de jubilación, igualmente revalorizada<sup>81</sup>.

Finalmente, en ambos supuestos de jubilación flexible y activa, el legislador ha previsto que los titulares de la pensión mantengan la consideración legal de pensionistas. La diferencia entre el RD-Ley 5/2013 y el RD 1132/2002 está en la consideración de pensionista también a efectos de las prestaciones sanitarias. Esta omisión cobra sentido al ponerla en sintonía con la reforma sanitaria de la época, operada por Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones<sup>82</sup>.

En suma, las medidas de envejecimiento activo de la Ley 27/2011 y el RD-Ley 5/2013 sobre la ya existente jubilación flexible, lo han sido de un modo implícito por el incremento

.....

77 Probablemente, la previsión legal a la prestación de maternidad sea en relación a la adopción y acogimiento.  
78 Véase POZO MOREIRA, F.J., “La incapacidad permanente alcanzada la edad de jubilación en el contexto de la jubilación flexible”, en ARISTIZÁBAL RODRÍGUEZ, E.F., (Coord.), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2017, págs. 771-776.  
79 RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R., “La jubilación flexible y la jubilación parcial”, *Tribuna Social*, núm. 152, 2003, p. 26.  
80 Al igual que también sucede en los fallecimientos en situación de jubilación parcial.  
81 Art. 9 de la Orden de 13 de febrero de 1967.  
82 Un análisis completo, puede verse en VV.AA., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2016.

en la edad ordinaria de jubilación<sup>83</sup>, lo que comporta un desincentivo<sup>84</sup> en pro de la modalidad activa, con mayor ámbito subjetivo y material que el previsto por la jubilación flexible. O dicho de otro modo, el legislador premia a los jubilados a abandonar su actividad habitual para emprender como profesionales autónomos nuevos, independientemente del tipo de trabajo que realicen o hayan realizado durante su trayectoria activa, y penaliza a quienes deseen compatibilizar la pensión de jubilación con una actividad por cuenta ajena<sup>85</sup>.

## 4.2. Modalidades por cuenta propia

A su vez, cabe distinguir dos supuestos de envejecimiento activo a través de un trabajo por cuenta propia *ex. art.* 213.4 LGSS (sin perjuicio de la opción de jubilación activa tratada más arriba): la jubilación compatible a nivel general con un trabajo por cuenta propia y la jubilación de los profesionales mutualistas con colegiación obligatoria.

En el primer supuesto, la Disp. Adicional 31ª Ley 27/2011, permitió la compatibilidad de ingresos derivados del trabajo por cuenta ajena con la pensión de jubilación, cuando los ingresos totales anuales no superasen a la cuantía del salario mínimo interprofesional en término anual<sup>86</sup>. Esta previsión supuso la apertura para el reconocimiento de actividades que hasta la fecha habían quedado al mercado irregular por estar afectadas de incompatibilidad<sup>87</sup>, la posibilidad de compatibilizar la pensión de vejez con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y el desempeño de las funciones a ella inherentes, conforme al art. 93.2 de la OM 24 septiembre 1970<sup>88</sup>, e indirectamente un tímido reconocimiento al baremo económico como cuantificador del requisito de habitualidad en la caracterización del trabajo autónomo<sup>89</sup>, aunque con multitud de lagunas en su proceder<sup>90</sup>.

83 CEA AYALA, A., “Compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo. Breve referencia a la jubilación flexible”, *Actualidad Laboral*, 2014, núm. 2, 2014, (LALEY 138/2014), p. 165-ss.

84 DE LA MAZA, S. Y CRUZ ROCHE, I., “La flexibilización de la edad de jubilación aspectos económicos de la política social”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2002, núm. 66, p. 113, desechan la idea de que la proyección de un aumento sobre base reguladora posterior compense respecto de las rentas del trabajo obtenidas.

85 LÓPEZ INSUA, B.M., “La jubilación parcial en el marco de las políticas de fomento del envejecimiento activo y de reparto del empleo”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 16, 2016, págs. 53-72, (LALEY 1903/2016), p. 10 de 31.

86 STSJ Madrid, de 18 diciembre de 2017, (rec.881/2016) los ingresos constatados en IRPF indican que podrían derivar del ejercicio de una efectiva actividad profesional.

87 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “El porvenir en la actividad por cuenta propia de los profesionales colegiados y su provisional compatibilidad con la pensión de jubilación de la Seguridad Social”, *Economía Española y Protección Social*, núm. 3, 2011, p.110.

88 STSJ La Rioja, de 19 abril de 2018 (rec. 101/2018) sobre la problemática de determinar las funciones inherentes a la titularidad del negocio en el sector de la hostelería.

89 BENAVIDES VICO, A., “El nuevo régimen de jubilación tras el Real Decreto-Ley 5/2013. Aspectos prácticos”, *Relaciones Laborales*, (LALEY 7751/2013), p. 28 de 33.

90 LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Hacia el envejecimiento activo...*cit.*”, p. 68. El nuevo art. 165.4 LGSS no precisa que ejercicio fiscal ha de tenerse en cuenta a efectos de verificación, ni el computo de los ingresos del año anterior, o la reversibilidad de la situación.

No obstante, al no concurrir la obligación de cotizar, no se generan nuevos derechos, ni de mejora sobre la pensión causada, ni sobre otras prestaciones de Seguridad Social. El acceso a esta compatibilidad es independiente de que la jubilación inicial sea ordinaria, anticipada o parcial, sino que se trata de actividades por cuenta propia a posteriori. Respecto a la situación contraria, esto es, una pensión de jubilación causada a través del RETA, y suspendida para la realización de trabajo por cuenta ajena que implican el alta, conforme al art. 94.2 b) OM 24 septiembre 1970, las cotizaciones posteriores solo computan en la mejora del porcentaje aplicable a la pensión inicialmente reconocida en caso de efectuarse en el mismo RETA y por tiempo superior a un año<sup>91</sup>.

El segundo supuesto de hecho sobre la jubilación de profesionales con colegiación obligatoria se presenta bastante más conflictivo que el anterior. El art. 16 de la Orden de 18 enero 1967, exceptuaba de la incompatibilidad general entre trabajo y pensión prevista para RGSS y RETA, a los trabajadores incluidos en una Mutualidad Laboral, como único colectivo. La Disposición Adicional 37<sup>a</sup> de la Ley 27/2011, reforzó estas previsiones, siempre y cuando los profesionales colegiados compatibilizar la pensión y trabajo que diera lugar a su inclusión en una Mutualidad y no se estuviera de alta en el RETA. Se afirma que la polémica de esta previsión tanto por la forma<sup>92</sup> como por el fondo<sup>93</sup>.

Respecto a la forma, meses antes de la reforma de 2011, la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo sobre régimen de incompatibilidad de la percepción de jubilación del sistema de la Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados, estableció en su único artículo la incompatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo del pensionista al ejercer una actividad profesional por cuenta propia exento de causar alta en autónomos, conforme había sucedido durante cuatro décadas<sup>94</sup>. En el transcurso de ambas normas, el Tribunal Supremo resolvió la legalidad de la misma en STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 junio de 2012 (rec. 295/2011). La sentencia declaró la no vulneración de ninguna norma de rango superior por parte de la Orden, y su coherencia respecto del régimen general de incompatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el desarrollo de una actividad por cuenta propia, a pesar de que el profesional colegiado hubiera optado por incorporarse a una mutualidad alternativa.

Respecto al fondo, la doctrina científica interpretó de distinta manera el verdadero objetivo perseguido el legislador, si la equiparación de condiciones de protección social

.....

91 SSTSJ Andalucía, Sevilla, de 14 junio de 2018 (rec. 2022/2017) y de 8 noviembre de 2017 (rec. 3244/2016).

92 GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La reforma de la jubilación Ordinaria" en García Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J., La reforma de la Seguridad Social de 2011, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 135. A tenor de la Disp. Derogatoria Única de la Ley 27/2011 no parece que la Disp. Adicional 37<sup>a</sup> Ley 27/2011 intentase derogarla.

93 TORTUERO PLAZA, J.L., La reforma de la jubilación...*cit.*, p. 129.

94 Disp. Adicional Única Orden TIN/1362/2011, de 23 mayo. a excepción de aquellos trabajadores que ya viniesen compatibilizando con anterioridad a su entrada en vigor o quienes sin serlo, hubieran alcanzado la edad de 65 años.

de estos trabajadores en modo similar a las condiciones de los beneficiarios del sistema de Seguridad Social<sup>95</sup>, o bien un incentivo a las políticas de prolongación de la vida activa<sup>96</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Desde la óptica de la pensión de jubilación, el envejecimiento activo se ha encauzado a través de la compatibilidad entre pensión de jubilación y desarrollo de una actividad o profesión remunerada; sin embargo, las reformas han terminado por desnaturalizar la jubilación parcial y segregar a los trabajadores mediante exigentes requisitos para la jubilación activa.

La apuesta por el mantenimiento de la actividad del trabajador maduro no puede resultar a costa o en detrimento del fomento del empleo. La condición más onerosa de la jubilación parcial (cotización íntegra por jubilación como relevista) y de la jubilación activa (edad y porcentajes máximos), suponen un desincentivo a la actividad laboral, aunque pueda no serlo respecto de la sostenibilidad, de ahí la necesidad de flexibilizar cotizaciones e ingresos. Precisamente, sobre la compatibilidad entre trabajo y pensión, cabe hacer dos precisiones:

De un lado, el intervalo de reducción de jornada para la jubilación parcial *ex art.* 12.6 del ET, conforma un mínimo de derecho necesario absoluto, indisponible, por lo que el exceso o defecto de jornada quedaría afectado por la incompatibilidad del art. 16 de la Orden 18 de enero 1967.

De otro lado, el papel discordante de los ingresos en la compatibilidad, ya que la pensión se reduce a la mitad en la jubilación activa, independientemente de los ingresos devengados por el trabajo o de los ingresos percibidos por otras vías, mientras que la compatibilidad ordinaria con trabajos por cuenta propia del art. 213.4 LGSS marca el SMI anual como límite.

La norma solo se refiere a retribuciones por actividades del trabajo o profesionales, pero podría resultar interesante debatir el rol de otros ingresos, por ejemplo, dividendos, plusvalías por la venta de acciones, ganancias patrimoniales, incluso gastos compensatorios justificados en concepto de transporte, dietas, etc., como así se hace respecto de la pensión mínima.

.....

95 LÓPEZ ANIORTE, M.C., "Hacia el envejecimiento activo: Análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014, p. 52.

96 LÓPEZ GANDÍA, J.Y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *La reforma de la jubilación...cit.* p. 52.

Con ello, se acentuaría el cariz de rentas de sustitución de la pensión de jubilación de cara al envejecimiento activo, pues hasta la fecha, el legislador ha enfocado el envejecimiento activo como un factor de sostenibilidad del sistema.

**FRANCISCO MIGUEL ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE**

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Murcia*

# EL TRABAJO AUTÓNOMO EN EDAD AVANZADA: ASPECTOS PREVENTIVOS Y DE SEGURIDAD SOCIAL<sup>1</sup>

M<sup>a</sup> MONSERRATE RODRÍGUEZ EGÍO

*Profesora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Murcia*

Fecha de recepción: 17/12/2018

Fecha de aceptación: 18/12/2018

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL TRABAJO AUTÓNOMO EN EDAD AVANZADA 2.1. El trabajo autónomo en edad avanzada como factor de riesgo. 2.2. Edad avanzada y aptitud para el desarrollo del trabajo autónomo. 2.3. La compatibilidad entre la jubilación y el trabajo autónomo como factor de riesgo. 3. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** Los datos recientes sobre personas que trabajan por cuenta propia alertan de un proceso de envejecimiento entre este colectivo y, con ello, advierten de la necesidad de un mayor nivel de protección, particularmente, en materia de seguridad y salud en el trabajo. Este trabajo analiza de forma crítica determinados supuestos del trabajo autónomo a una edad avanzada, prestando especial atención al régimen de cobertura de las contingencias comunes y profesionales, así como, a la protección jurídica de la salud laboral de este colectivo.

**ABSTRACT:** Recent data on self-employed workers reveal an aging process among this group and, therefore, warn of the need for a higher level of protection, particularly in

.....

1 Este trabajo de investigación ha de insertarse en el Proyecto de investigación del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad: “El futuro del sistema español de protección social. Análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad (V). Salud, familia y bienestar” DER2016-76557-R.



terms of safety and health at work. This work critically analyzes certain cases of autonomous work at an advanced age, paying special attention to the coverage of common and work-related risks, as well as to the legal protection of the occupational health of this collective.

**PALABRAS CLAVE:** Edad avanzada, trabajo autónomo, salud laboral, protección social.

**KEYWORDS:** Advanced age, autonomous work, occupational health, social protection.

## 1. INTRODUCCIÓN

Las importantes transformaciones que se están produciendo en la evolución demográfica de los países industrializados como consecuencia del envejecimiento de la población<sup>2</sup> y de la baja tasa de natalidad -con inversión de la pirámide poblacional-, y sus nefastos efectos respecto del sostenimiento de los sistemas de pensiones<sup>3</sup>, han contribuido a la adopción de políticas y medidas legislativas dirigidas a la prolongación de la vida activa<sup>4</sup>, al retraso de la edad de jubilación y a la compatibilidad entre la jubilación y el trabajo por cuenta propia<sup>5</sup>, dentro de los márgenes que permite la normativa vigente en la materia<sup>6</sup>.

Si el crecimiento económico y sostenible de España depende del crecimiento del trabajo autónomo, sobre todo en esta larga y dura crisis<sup>7</sup>, no es posible olvidar que los datos recientes sobre este colectivo alertan de un proceso de envejecimiento entre el colectivo de personas que trabajan por cuenta propia y, con ello, de la necesidad de un mayor nivel de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo<sup>8</sup>.

2 Sobre el envejecimiento de la población y la inversión de la pirámide demográfica provocada por una menor tasa de natalidad y por el aumento de esperanza de vida, cfr. PÉREZ BILBAO, J., y NOGARAEDA CUIXART, C., NTP 367: *Envejecimiento y Edad*, INSHT, p. 1.

3 Sobre la sostenibilidad del Sistema de la Seguridad Social y la suficiencia de las pensiones, vid. APARICIO TOVAR, J., “La sostenibilidad como excusa para una reestructuración del sistema de la Seguridad Social”, *Cuaderno de Relaciones Laborales*, cit., p. 289, para quien el debate de la suficiencia de las pensiones debe resolverse mejorando los ingresos del Sistema y no recortando gastos.

4 Entre la doctrina, puede verse, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Trabajadores de «edad avanzada»: empleo y protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 33, 2001, pp. 215-250; TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “La edad avanzada en relación al empleo, la jubilación y la seguridad social: envejecimiento activo, política de reinserción y derecho antidiscriminatorio”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2015, pp. 203-219.

5 Vid. LÓPEZ ANIORTE, M. C., “Acerca de la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación en el trabajo por cuenta propia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 156, 2012, pp. 59-82; LÓPEZ ANIORTE, M. C., “Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación”, *Nueva Revista Española de derecho del trabajo*, nº 164, 2014.; GARCÍA ROMERO, B., y LÓPEZ ANIORTE, M. C. (coord.) en AA.VV., *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. SEMPERE NAVARRO, A.V., “El debate sobre incompatibilidad de pensiones y trabajo productivo”, *Aranzadi Social*, nº 9, 2013.

6 Medidas que se incluyen en el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

7 Quizá, como advierte, GALIANA MORENO, J. M., “Hitos, condicionantes y tendencias en la evolución de las prestaciones de vejez en España”, GARCÍA ROMERO, B., y LÓPEZ ANIORTE, M. C., (coord.) en AA.VV., *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. p. 38, se esté ante “la peor crisis por la que el mundo atraviesa desde la de 1929”.

8 Sobre el concepto de trabajo autónomo y trabajador de edad madura y sobre la opción del trabajo autónomo para las personas trabajadoras de edad, puede verse, ROJO TORRECILLAS, E., “Reflexiones generales sobre el trabajo autónomo como posible, y limitada, vía de acceso al mercado laboral para los trabajadores de edad”, *Documentación Laboral*, vol. IV., nº 112, 2017, pp.103-121.

El Marco Estratégico 2014-2020, aprobado por la Comisión de la UE, en materia de seguridad y salud (en adelante Marco Estratégico SST 2014-2020)<sup>9</sup>, tras reconocer que la prevención de riesgos y el fomento de unas condiciones más seguras y saludables en el lugar de trabajo son factores fundamentales para mejorar la calidad del empleo, las condiciones laborales y para promover la competitividad, subraya los efectos positivos de la buena salud de las personas trabajadoras sobre las arcas de los sistemas de seguridad social.

Ciertamente, la seguridad y salud en el trabajo no solo debe ser un asunto de ‘estado’ para garantizar una adecuada protección del derecho fundamental a la vida e integridad física de la persona, sino que, además, mantiene una íntima conexión con el principio de sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social<sup>10</sup>.

Así, una deficiente protección en materia de seguridad y salud en el trabajo aumenta el riesgo de sufrir daños de origen laboral y de aumentar el coste económico que supone hacer frente a esas situaciones desde el punto de vista personal, social, mercantil, etc. (pérdida de ingresos, prestaciones de seguros privados, prestaciones de la seguridad social, pérdida de cotizantes por incapacidad, entre otras).

El envejecimiento de la población trabajadora, en la medida en que suele ir acompañada de una pérdida de salud de este colectivo, como es obvio, también genera un incremento de los gastos derivados de la prestación de asistencia sanitaria y farmacéutica. Ahora bien, mientras que en el trabajo por cuenta ajena las cotizaciones por contingencias profesionales soportadas por la empresa contribuyen a paliar dichos gastos, en el trabajo autónomo, como regla general, esa cotización tiene un carácter voluntario, lo que dificulta el conocimiento de la siniestralidad en este colectivo<sup>11</sup>, y contraviene lo acordado en el Pacto de Toledo.

Desde el punto de vista de la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social ha de ser un objetivo prioritario evitar que las personas trabajadoras sufran accidentes o padezcan

9 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a un Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, aprobado el 6 de junio de 2014. (COM (2014) 332 final).

10 Cfr. PÉREZ BILBAO, J., y NOGARAEDA CUIXART, C., “NTP 367: Envejecimiento y Edad”, *INSHT*, p. 4, confirman que el envejecimiento de la población debe ser objeto de atención tanto por las políticas de planificación demográfica como por parte de las políticas económicas, además de por las empresas en el ámbito del trabajo por cuenta ajena.

11 En este sentido, ALMODÓVAR MOLINA, A., GALIANA BLANCO, L., GÓMEZ-CANO ALFARO, M., y MUÑOZ NIETO-SANDOVAL, M. *Análisis del mercado laboral, condiciones de trabajo y siniestralidad. Una perspectiva según la edad*, *INSHT*, 2013, p. 44, respecto del estudio de la siniestralidad realizado aclaran: “aunque hubiera sido deseable utilizar como denominador de los índices de incidencia la población afiliada con contingencias profesionales cubiertas, estos datos no se encuentran a disposición del INSHT desglosados por los rangos de edad pretendidos (16 a 30 años, 31 a 54 años y 55 y más años). En consecuencia, para calcular las tasas de incidencia se ha utilizado la población asalariada como denominador -procedente de la EPA-, exceptuándose del análisis a los trabajadores autónomos. Dado que no todos los autónomos tienen las contingencias profesionales cubiertas, esta circunstancia obliga a excluir del análisis, por un lado, a todos los trabajadores autónomos y, por otro, los accidentes de trabajo sufridos por estos, tratando de no infraestimar la incidencia de los accidentes de trabajo”.

enfermedades profesionales o cualquier otro daño de origen laboral, debiendo procurar que aquellas disfruten de buena salud a lo largo de toda su vida laboral, desde el primer empleo, como base para que puedan trabajar más tiempo<sup>12</sup>.

No cabe duda de que la protección de la seguridad y salud de las personas en edad avanzada que trabajan contribuye a combatir los efectos, a largo plazo, del envejecimiento de la población, en consonancia con los objetivos de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

El Parlamento Europeo, en una reciente Resolución<sup>13</sup>, afirma que el envejecimiento de la población de la UE constituye uno de los principales retos de los Estados miembros. Además, considera que existen desigualdades en la esperanza de vida en función de las distintas categorías sociolaborales y de la dureza del trabajo. Al mismo tiempo, manifiesta que las personas mayores de 55 años que trabajan son especialmente sensibles a los cánceres, a las enfermedades cardíacas, a los trastornos respiratorios, a los trastornos del sueño, además de a los trastornos musculoesqueléticos<sup>14</sup>.

A fecha 30 de septiembre de 2018, del total de personas que realizan un trabajo autónomo afiliadas en la Seguridad Social (en el RETA 3.258.896), 1.979.898 eran autónomos personas físicas y, entre ellos, un 45,81% (907.034) tenían entre 40 y 54 años, y el 26,76% (530.009) 55 o más años<sup>15</sup>. Más del 70,0% (72,7 %) de los autónomos supera los 40 años de edad,<sup>16</sup> aunque este porcentaje desciende al 57,1 % entre los procedentes de otros países

Como advierte la doctrina<sup>17</sup>, respecto de la noción de personas trabajadoras “de edad



12 Vid. Marco Estratégico SST 2014-2020, p. 2. Para IGARTUA MIRÓ, M. T., “Hacia un enfoque más economicista en la política europea de seguridad y salud en el trabajo: Reflexiones críticas a la luz del Marco Estratégico 2014-2020”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, nº 383, 2015, p. 24, esta afirmación pone de manifiesto “cierta mutación en el objetivo primordial de la seguridad y salud en el trabajo pues ya no se persigue solamente o preponderantemente la tutela de los bienes jurídicos implicados o la indemnidad del trabajador, sino que se busca un fin centrado en otros intereses menos altruistas y más metalizados: lograr un incremento del tiempo en el que el trabajador puede prestar sus servicios”.

13 Vid. Considerando F) de la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2015, sobre el marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020 [2015/2107(INI)].

14 Cfr. Working conditions of an ageing workforce (Condiciones laborales de una mano de obra que envejece), Eurofound, 2008.

15 Véase, el informe sobre trabajadores autónomos, personas físicas en alta en la Seguridad Social a 30 de septiembre de 2018 de la Secretaría de Estado de Empleo, Dirección general del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas, [http://www.mitramiss.gob.es/es/sec\\_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/2018/3TRIM/Publicacion\\_septiembre\\_2018.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/2018/3TRIM/Publicacion_septiembre_2018.pdf), p. 9-

16 Véase, el informe sobre trabajadores autónomos, personas físicas en alta en la Seguridad Social a 30 de septiembre de 2018 de la Secretaría de Estado de Empleo, Dirección general del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas, [http://www.mitramiss.gob.es/es/sec\\_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/2018/3TRIM/Publicacion\\_septiembre\\_2018.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/2018/3TRIM/Publicacion_septiembre_2018.pdf), pp. 3 y 9.

17 Vid. CARRERO DOMÍNGUEZ, C., y MORENO MÁRQUEZ, A., “Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros, Bloque III. Trabajadores Maduros. Un enfoque jurídico”, en MERCADER UGUINA, J. R., AA.VV., *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral*. Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 223., para quienes a pesar de la indeterminación legal y real, viene siendo admitido que esta abarca el tramo de edad entre los 40 y los 64 años. Respecto del concepto de personas trabajadoras de edad avanzada, ROJO TORRECILLA, E. “Reflexiones generales sobre el trabajo autónomo como posible, y limitada, vía de acceso al mercado laboral para los trabajadores de edad” cit., p.8, señala que la OIT también lo utiliza en la franja 55 a 64 años.

avanzada' o 'trabajadores de edad madura' o 'trabajadores de edad' existe una indeterminación legal<sup>18</sup>.

La Recomendación 162 de la OIT se refiere a los 'trabajadores de edad', identificándolos con las personas expuestas a dificultades en materia de empleo y ocupación por el "avance de su edad", señalando que cada país podrá "definir a qué trabajadores se aplica, con referencia a grupos de edad determinados, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales y en forma apropiada a las condiciones locales"<sup>19</sup>.

Conviene advertir que la posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación con un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, de conformidad con la legislación vigente, dificulta aún más la definición de este colectivo. Aunque no a todas las personas les afecta el proceso de envejecimiento por igual, en cuanto al deterioro de la salud se refiere, lo cierto es que durante este se ven afectadas algunas capacidades, ya sea por factores genéticos o debido a la influencia del entorno, de forma que para "conseguir la funcionalidad, la eficiencia, la seguridad, la adecuación al puesto de trabajo, es preciso, como paso previo, conocer cuáles son las características de estas personas adultas, y concretamente, a qué aspectos y cómo afecta el proceso de envejecimiento"<sup>20</sup>.

Con el aumento de la edad, las personas, "a pesar de la experiencia acumulada pueden ser más vulnerables a determinados riesgos, en gran parte debido a los cambios fisiológicos propios de la edad y el efecto de las enfermedades crónicas"<sup>21</sup>.

En atención a lo expuesto, el envejecimiento activo de la población resulta un desafío que los poderes públicos deben atender desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. Particularmente, las políticas de fomento de la prolongación de la vida activa aplicables al trabajo autónomo deben sustentarse en un marco jurídico en materia de prevención riesgos laborales aplicable al trabajo autónomo que tenga en cuenta la edad de la persona como factor de riesgo para garantizar su derecho a la seguridad y salud en el trabajo.



18 En este sentido, la Recomendación sobre los trabajadores de edad, 1980 (núm. 162) de la OIT, en su Disposición General n° 1, establece que esta Recomendación se aplica a todos los trabajadores que, por el avance de su edad, están expuestos a encontrar dificultades en materia de empleo y ocupación. La OIT, en esta Recomendación, autoriza a que cada país pueda definir con mayor precisión a qué personas que trabajan se aplica esta Recomendación, con referencia a grupos de edad determinados, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales y en forma apropiada a las condiciones locales. La OIT califica a los individuos que trabajan a los que se le aplica esta Recomendación como 'trabajadores de edad'.

19 Vid. Disposiciones Generales 1, 2 y 3, Recomendación OIT sobre los trabajadores de edad, 1980 (núm. 162).

20 En este sentido, PÉREZ BILBAO, J., y NOGARAEDA CUIXART, C., "NTP 367: Envejecimiento y edad", cit., p. 2.

21 Cfr. *Estrategia de Seguridad y Salud en el trabajo, 2015-2020*, INSHT, 2015, p. 15. La Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020, fue aprobada por el Consejo de Ministros, el 24 de abril de 2015, consensuada previamente por la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los Interlocutores Sociales.

## 2. EL TRABAJO AUTÓNOMO EN EDAD AVANZADA

### 2.1. El trabajo autónomo en edad avanzada como factor de riesgo

La protección en materia de prevención de riesgos laborales de quien trabaja por cuenta ajena o propia precisa, como se ha advertido, de una particular atención a sus características personales, entre ellas, la edad avanzada, como factor de riesgo. La adopción de medidas de prevención y/o protección necesarias teniendo en cuenta estas características, además de favorecer la reducción de la siniestralidad laboral, sería un indicador de un trabajo autónomo digno que contribuye a la realización de la persona sin perjudicar su salud.

En el ámbito del trabajo por cuenta ajena se ofrece una determinada protección a este colectivo. Conviene advertir, no obstante, que, a diferencia de lo que sucede con las personas menores de edad, la LPRL no contempla una atención expresa por razón de la edad avanzada de la persona<sup>22</sup>. Así, en la LRPL no está prevista una relación de actividades, procedimientos o tareas no recomendadas por motivo de edad avanzada, ni tampoco se indican las medidas de protección específicas requeridas en razón de la mencionada edad<sup>23</sup>. Ahora bien, la necesidad de realizar un evaluación de riesgos laborales atendiendo a las características de la persona que ocupa un determinado puesto de trabajo, junto con la vigilancia de la salud, pueden concluir la necesidad de aplicación de medidas dirigidas a proteger a este colectivo, entre las que podría encontrarse la necesidad de adaptación del puesto o, incluso, la no aptitud para el puesto como resultado de la vigilancia de la salud. A estos mecanismos de protección se suman: la obligación de información y formación; el principio de adaptación del trabajo a la persona; la obligación de proteger a las personas especialmente sensibles a determinados riesgos; la obligación de tomar en consideración las capacidades profesionales de las personas asalariadas en materia de seguridad y salud en el momento de encomendarle las tareas; y, finalmente, la necesidad de prever distracciones o imprudencias no temerarias que se pudieran cometer en el desarrollo del trabajo como condición para la efectividad de las medidas preventivas.

.....

22 Vid. CARRERO DOMÍNGUEZ, C., y MORENO MÁRQUEZ, A., *Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros*, cit., p. 220.

23 El art. 27.3 LPRL señala: “el Gobierno establecerá las limitaciones a la contratación de jóvenes menores de dieciocho años en trabajos que presenten riesgos específicos”. Hasta el momento no se ha dictado ninguna norma al respecto, por lo que de conformidad con lo establecido en la letra b) de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 31/1995, 8 noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, sigue vigente el Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se fijan los trabajos prohibidos a mujeres y menores, en los aspectos relativos al trabajo de los menores hasta que el Gobierno desarrolle las previsiones contenidas en el apartado 2 del artículo 27, quedando derogado en lo que se refiere al trabajo de las mujeres.



Este marco jurídico pretende proteger a la persona que trabaja por cuenta ajena mediante la aplicación de medidas de prevención o de protección, con el fin de evitar daños en la salud de la persona que trabaja en una edad avanzada, favoreciendo el desarrollo de la actividad en condiciones saludables y dignas.

De acuerdo con lo expuesto, es evidente que el factor de la edad, y más concretamente una edad avanzada, puede tener importantes repercusiones en materia de seguridad y salud en el trabajo, actuando como factor de riesgo susceptible de aumentar la siniestralidad laboral tanto en el trabajo realizado por cuenta propia como por cuenta ajena.

Respecto de la edad en el trabajo autónomo, si bien la LETA, en su art. 9, establece una edad mínima de acceso al trabajo por cuenta propia, sin embargo, como es sabido, no existe una edad máxima para el desarrollo de actividad autónoma. Y, si bien es cierto que existen normas que regulan la jubilación dentro del Sistema de la Seguridad Social para cada uno de los regímenes del Sistema, y, en determinadas circunstancias, se permite compatibilizar la pensión de jubilación con una actividad por cuenta propia.

El marco jurídico en materia de prevención de riesgos laborales que recoge la LETA –fundamentalmente en su art. 8-, no tiene en cuenta estos factores o características de quien trabaja por cuenta propia, por lo que constituye una regulación insuficiente.

En el trabajo autónomo es necesario un marco jurídico que tenga en cuenta, además de las características propias de quien trabaja a una edad avanzada como factor de riesgo, la posibilidad de que sean las condiciones de trabajo las que hacen “viejo” al trabajador más que el deterioro de sus capacidades<sup>24</sup>. De esta forma, la realización de una actividad autónoma en condiciones saludables no solo preservaría la salud de quien la realiza sino que favorecería la continuidad del negocio.

Llegados a este punto, parece claro que la evaluación de riesgos y la vigilancia de la salud son instrumentos imprescindibles en orden a garantizar la seguridad y salud de quien trabaja por cuenta propia en una edad avanzada; no estando contemplados por la LETA estos aspectos, ello determina una insuficiente protección de este colectivo.

## 2.2. Edad avanzada y aptitud para el desarrollo del trabajo autónomo

El estudio de las cuestiones de seguridad y salud de las personas que trabajan por cuenta propia exige una reflexión sobre la capacidad de trabajar en una edad avanzada, la aptitud (o falta de la misma) para desarrollar una actividad por cuenta propia y la adopción de medidas de prevención y protección que tutelen a la persona trabajadora, de forma que las condiciones de trabajo no puedan mermar su salud.

.....

24 Vid. NTP 367, “Envejecimiento y trabajo: la gestión de la edad”, cit., p. 3.

La continuidad en el desarrollo de una actividad profesional durante largo tiempo dependerá, en gran parte, de las capacidades de la persona que la realiza. A su vez, tales capacidades pueden verse afectadas por la edad y por las condiciones de trabajo.

Para garantizar un trabajo saludable será necesario tener en cuenta las características de la persona que lo desarrolla y los riesgos a los que está expuesta por razón de la actividad realizada. A tal efecto, será preciso que se adopten las medidas necesarias para preservar la salud de quien trabaja por cuenta propia, teniendo en cuenta, en su caso, las características y necesidades derivadas de la edad avanzada<sup>25</sup>.

Con el paso de los años, los conocimientos, la capacidad de deliberar, la experiencia laboral, etc. aumentan, al tiempo que se suelen producir otros cambios que afectan a la salud y que pueden influir, de forma negativa, en la capacidad de trabajo. Ahora bien, no todo trabajo autónomo afecta por igual a las personas de edad avanzada<sup>26</sup>, pues nos enfrentamos a un colectivo heterogéneo<sup>27</sup>. Así, a título de ejemplo, las actividades que requieran más esfuerzo físico o una determinada movilidad, junto con las tareas que exigen cierta agudeza visual o auditiva, supondrán un mayor riesgo, por lo general, para las personas que integran este colectivo que para las más jóvenes<sup>28</sup>.

Entre las características del trabajo a una edad avanzada se encuentra una posible disminución de las capacidades funcionales<sup>29</sup>, sobre todo, de carácter físico -derivada de cambios producidos en el sistema respiratorio, en el aparato locomotor, en el sistema cardiovascular y en el sistema neurológico- junto con cambios en la capacidad visual y auditiva<sup>30</sup>, entre otros.

.....

25 En sentido parecido, vid. ALMODÓVAR MOLINA, A., GALIANA BLANCO, L., GÓMEZ-CANO ALFARO, M., MUÑOZ NIETO-SANDOVAL, M. *Análisis del mercado laboral, condiciones de trabajo y siniestralidad. Una perspectiva según la edad*, INSHT, 2013, p. 74.

26 PÉREZ BILBAO, J., y NOGARAEDA CUIXART, C., “NTP 367: Envejecimiento y edad”, cit., p. 4, manifiestan: “Siendo verdad que el envejecimiento genera una serie de problemas que afectan a la capacidad de trabajo, sobre todo a nivel fisiológico (visión, audición, aparato motor), también lo es que a nivel cognitivo no existen cambios significativos o que la propia edad supone un importante bagaje de experiencia que, en muchos casos, hace del trabajador un experto en la materia, capaz de encontrar estrategias adecuadas y de suplir ciertas carencias generadas por el envejecimiento natural”.

27 Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, “La gestión de la SST en el contexto de una mano de obra de edad avanzada”, en línea, 26 octubre 2018, <https://osha.europa.eu/es/themes/osh-management-context-ageing-workforce>.

28 PÉREZ BILBAO, J., y NOGARAEDA CUIXART, C., “NTP 367: Envejecimiento y edad”, cit., p. 3, advierten: “mientras algunas capacidades funcionales de los trabajadores de edad pueden declinar, el desempeño de ciertos tipos de tareas puede mejorar. En general, el desempeño en tareas que demandan un alto nivel de destreza, experiencia y necesidad de toma de decisiones no suele declinar con la edad, pudiendo incluso mejorar con esta. De forma contraria, el desempeño en tareas que requieren una importante movilización de facultades físicas (fortaleza muscular, cardiorrespiratoria), que suponen una alta carga sensorial, que exigen un alto nivel de destreza manual o rapidez en la emisión de respuestas, tiende a declinar a medida que la edad es mayor”.

29 ALMODÓVAR MOLINA, A., GALIANA BLANCO, L., GÓMEZ-CANO ALFARO, M., y MUÑOZ NIETO-SANDOVAL, M., *Análisis del mercado laboral, condiciones de trabajo y siniestralidad. Una perspectiva según la edad.*, cit., p. 74.

30 Según NTP 366, “Envejecimiento y trabajo: audición y motricidad”, cit., pp. 1-2, “En las edades cercanas a los 50 años la pérdida de audición puede llegar a ser lo suficientemente importante como para ocasionar problemas en algunas situaciones que demandan escuchar, como en casos de sonidos débiles o situaciones en las que el sonido proviene de múltiples fuentes o existe ruido de fondo que puede originar enmascaramiento. En

A ello habría que añadir la especial dificultad de adaptación a los cambios procedentes de una rápida evolución tecnológica, que pueden dificultar la transferencia de los conocimientos y las habilidades adquiridas a lo largo de los años de experiencia a las nuevas formas desarrollar la actividad emprendida<sup>31</sup>.

Ante esta situación, en la medida en la que se tomen en consideración las capacidades de la persona en relación a su trabajo y se adopten medidas para conservar esas capacidades y evitar su deterioro, se estará garantizando su seguridad y salud y la continuidad de la actividad autónoma.

En este contexto, es preciso estudiar la aptitud de la persona física para desarrollar un trabajo por cuenta propia en una edad avanzada y el tratamiento jurídico que, desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, sería necesario articular, en orden a garantizar el derecho a la seguridad y salud en el trabajo y, al mismo tiempo, proteger a terceras personas de los efectos negativos que pudiera ocasionar una falta de aptitud por razón de los efectos de la edad.

Es preciso advertir que excede del objeto de este trabajo el estudio de la formación-cualificación profesional recomendable, necesaria o exigible para el desempeño de una actividad autónoma, así como el de las situaciones de incapacidad laboral previstas en el RETA.

Según el Diccionario de la RAE, entre los significados del término ‘aptitud’, se encuentran<sup>32</sup>:

1. Capacidad para operar competentemente en una determinada actividad.
2. Capacidad y disposición para el buen desempeño o ejercicio de un negocio, de una industria, de un arte, etc.
3. Suficiencia o idoneidad para obtener y ejercer un empleo o cargo.

De este modo, también en el trabajo autónomo es necesario garantizar la aptitud de la persona que trabaja y su adecuación a los requerimientos propios de la actividad autónoma, pues la no aptitud en relación con el desempeño de las funciones propias de la actividad autónoma podría provocar daños en su salud, así como una disminución de la productividad, de la calidad del producto o servicio o, incluso, podría provocar daños en la salud de terceras personas.



estas situaciones la persona se ve obligada a desplegar un esfuerzo más intenso, que puede generar fatiga y puede ser fuente de errores. Con la edad se ve también afectada la capacidad de interpretar y responder a informaciones auditivas complejas”.

31 En este sentido, PÉREZ BILBAO, J., y NOGARAEDA CUIXART, C., “NTP 367: Envejecimiento y edad”, cit., p. 3.

32 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, <http://dle.rae.es/?id=3KcD1v9>, en línea, 25 octubre 2018.

En el ámbito del trabajo por cuenta ajena, la vigilancia de la salud de la persona trabajadora puede concluir con un diagnóstico que confirme la aptitud para el puesto de trabajo, pero también es posible que se trate de una persona especialmente sensible y que, por tal motivo, su aptitud para el puesto de trabajo se condicione a la adopción de medidas de prevención y/o protección, incluida la posibilidad de adaptación del puesto de trabajo, ya sea de forma provisional o definitiva. En este supuesto, el resultado de la vigilancia de la salud concluiría con una calificación de ‘apto condicionado’.

En el supuesto de que la vigilancia de la salud concluyese con una declaración de ‘no aptitud’ para el puesto de trabajo, al margen de las posibilidades de negociación de un cambio de puesto de trabajo, por ejemplo, si el convenio colectivo lo contemplase o hubiese acuerdo entre las partes<sup>33</sup>, en la mayoría de ocasiones podría conducir a un despido objetivo por ineptitud sobrevenida, con el percibo de la correspondiente indemnización, e incluso, la opción de solicitar una incapacidad laboral<sup>34</sup>.

Sin embargo, en el caso del trabajo por cuenta propia, podría suceder que el estado de salud de la persona trabajadora autónoma sufriera un importante deterioro que llegara a afectar negativamente a su capacidad laboral sin que pudiera ser diagnosticada desde el punto de vista de la medicina en el trabajo, al no contemplar la LETA la vigilancia de la salud de este colectivo. Así, puede ocurrir que quien trabaja por cuenta propia no sea consciente de su merma en la capacidad laboral, poniendo en peligro su propia vida o la de terceros. En estas situaciones, esta persona puede decidir, aun conociendo sus limitaciones, continuar desarrollando el trabajo autónomo, asumiendo el riesgo para su vida, hasta que observe los requisitos establecidos en el RETA para la declaración de incapacidad en el grado que corresponda.

Todo ello pone de manifiesto la necesidad de que, en el ámbito del trabajo autónomo, se establezca un mecanismo para la vigilancia de la salud que permita conocer una eventual disminución de la capacidad laboral y, en su caso, prever medidas para que el trabajo no dañe la salud de quien trabaja por cuenta propia ni afecte negativamente a sus capacidades.

El reconocimiento legal de la obligación de realizar una evaluación de riesgos favorecería el conocimiento de las situaciones de riesgo que no sean fácilmente identificables. Por otra parte, ante las situaciones obvias, las razones económicas y de subsistencia y/o la dificultad de encontrar la persona que se ponga al frente del negocio, pueden favorecer

.....

33 El art. 39 ET no contempla expresamente los motivos de salud entre las razones que justifican la movilidad funcional, por lo que sería uno de las materias abiertas a la posibilidad de mejora mediante la negociación colectiva. Vid. IGARTUA MIRÓ, T., *Sistemas de prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 186.

34 Estudios sobre la materia puede verse: BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., “La protección de la salud laboral de los trabajadores de edad avanzada”, *Revista Estudios Financieros, CEF*, nº 397, 2016, pp. 57-86; SERRANO MONTERO, P., “Protección a trabajadores especialmente sensibles (II)”, *Revista Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, nº 89, 2012, pp. 36-44.

la permanecía de la persona en el trabajo autónomo, en perjuicio de su salud y, eventualmente, la de terceros (clientes, pacientes, etc.).

En este punto, conviene recordar que, si bien la LETA ordenó al Gobierno determinar el catálogo de actividades profesionales por cuenta propia que presenten un mayor riesgo de siniestralidad a los efectos de requerir la cobertura de la contingencia profesional con carácter obligatorio, esta previsión no se ha llevado a cabo hasta el momento<sup>35</sup>.

Por otro lado, la LETA, al mismo tiempo que encomienda a los poderes públicos promover políticas que “incentiven la continuidad en el ejercicio de la profesión, trabajo o actividad económica de los trabajadores por cuenta propia, una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación”<sup>36</sup>, admite la conveniencia de que, en determinadas actividades, su naturaleza penosa, tóxica o peligrosa aconseje la posibilidad de regular el acceso a la jubilación anticipada.

De esta forma, el art. 26.4 LETA señala que “en atención a la naturaleza tóxica, peligrosa o penosa de la actividad ejercida, y en los términos que reglamentariamente se establezcan, los trabajadores autónomos afectados que reúnan las condiciones establecidas para causar derecho a la pensión de jubilación, con excepción de la relativa a la edad, podrán acceder a la jubilación anticipada, en los mismos supuestos y colectivos para los que esté establecido dicho derecho respecto de los trabajadores por cuenta ajena. En este sentido, se entenderán comprendidos los trabajadores autónomos con discapacidad en las mismas condiciones que los trabajadores por cuenta ajena”.

Por su parte, el art. 318.d) LGSS, en materia de jubilación anticipada, remite a la regulación establecida en el RGSS. Particularmente, el art. 206.1 LGSS establece: “La edad mínima de acceso a la pensión de jubilación a que se refiere el artículo 205.1.a) podrá ser rebajada por real decreto, a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca. A tales efectos, se establecerá reglamentariamente el procedimiento general que debe observarse para rebajar la edad de jubilación, que incluirá la realización previa de estudios sobre siniestralidad en el sector, penosidad, peligrosidad y toxicidad de las condiciones del trabajo, su incidencia en los procesos de incapacidad laboral de los trabajadores y los requerimientos físicos exigidos para el desarrollo de la actividad (...)”<sup>37</sup>.

35 En este sentido, la disposición adicional Tercera de la LETA, en su párrafo segundo, encomienda al Gobierno la determinación de “aquellas actividades profesionales desarrolladas por trabajadores autónomos que presentan un mayor riesgo de siniestralidad, en las que será obligatoria la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. En tales supuestos, será de aplicación lo previsto en el apartado 3 del artículo 26”.

36 Vid. Preámbulo IV LETA en relación con lo dispuesto en el art. 26.4 LETA.

37 Sobre la jubilación anticipada en atención a las condiciones de trabajo, vid. CAVAS MARTÍNEZ, F.” La

Sobre la materia, conviene analizar, siquiera sea brevemente, el Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el Sistema de la Seguridad Social. Esta norma “se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, que acrediten estar trabajando o haber trabajado en los sectores o actividades, en las escalas, categorías o especialidades correspondientes, que se aprueben en la correspondiente norma específica, y en las escalas, categorías o especialidades que resulten afectadas, con sujeción al procedimiento general establecido en el capítulo III”<sup>38</sup>.

En la actualidad, si bien no se ha aprobado la norma específica a la que se refiere el citado RD 1698/2011 para actividades encuadradas en el RETA, el art. 2 del citado RD incluye los criterios que se deben seguir en la aprobación de los supuestos en los que procede el establecimiento de los coeficientes reductores o la anticipación de la edad de acceso a la jubilación.

En este sentido, el RD 1698/2011 señala la posibilidad de establecer coeficientes reductores o la anticipación de la edad de acceso a la jubilación, con respecto a actividades que necesariamente han de hallarse comprendidas en cualquiera de las siguientes:

1. Actividades laborales en las escalas, categorías o especialidades cuyo ejercicio implique el sometimiento a un excepcional índice de penosidad, peligrosidad, insalubridad o toxicidad y en las que se hayan comprobado unos elevados índices de morbilidad o mortalidad o la incidencia de enfermedades profesionales; además, se tendrán en cuenta la morbilidad y mortalidad por enfermedad y su relación directa con el trabajo, y la incapacidad permanente derivada de enfermedad en los términos indicados en el artículo 156.2.e) de la LGSS, que se produzcan en grado superior a la media.
2. Actividades laborales en las escalas, categorías o especialidades cuya realización, en función de los requerimientos físicos o psíquicos exigidos para su desempeño, resulten de excepcional penosidad y experimenten un incremento notable del índice de siniestralidad a partir de una determinada edad, conformado por el índice de accidentes de trabajo y/o el índice de enfermedades profesionales; además, se tendrán

.....

reforma de la jubilación ordinaria: requisitos y modificaciones relacionada con la cotización a la Seguridad Social”, AA.VV., GARCÍA ROMERO, B., y LÓPEZ ANIORTE, M.C. (Dirs.), *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 71-80; RODRÍGUEZ INIESTA, G., “La jubilación anticipada”, AA.VV. GARCÍA ROMERO B., y LÓPEZ ANIORTE, M.C. (Dirs.), *La reforma de la pensión de jubilación*, cit., pp. 193-214.

<sup>38</sup> Vid. el párrafo primero del art. 1 del RD 1698/2011. El párrafo segundo del citado art. 1, excluye de lo dispuesto en el citado real decreto a “aquellos trabajadores encuadrados en una actividad que ya tenga reconocida en otra norma la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación o, en su caso, anticipación de la misma, sin perjuicio de lo indicado en la disposición adicional primera”.



en cuenta la morbilidad y mortalidad por enfermedad y su relación directa con el trabajo, y la incapacidad permanente derivada de enfermedad en los términos indicados en el art. 156.2.e) LGSS<sup>39</sup>, que se produzcan en grado superior a la media.

Resulta llamativo que el art. 2 RD 1698/2011 se refiera a los supuestos del art. 156.2.e) LGSS que únicamente aluden al trabajo por cuenta ajena encuadrado en el RGSS y no se realice ninguna referencia al accidente de trabajo en el RETA y, concretamente, a la consideración de accidentes de trabajo de las enfermedades no incluidas como enfermedades profesionales que pudiera contraer quien trabaja por cuenta propia con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución de aquel<sup>40</sup>. Esta omisión suscita la duda de la aplicación del RD 1698/2011 al trabajo autónomo, a pesar de estar expresamente incluido en su ámbito de aplicación.

De otro lado, conviene resaltar que si bien se tiene en cuenta la edad avanzada de quien trabaja por cuenta propia en relación con determinadas características de la actividad autónoma en orden a ofrecer una determinada protección social, en este caso, permitir su jubilación anticipada, sin embargo, no se consideran estos indicadores y características a la hora de fijar las normas de prevención de riesgos laborales aplicables al trabajo autónomo para los supuestos en los que se decida seguir trabajando por cuenta propia a una edad avanzada. En este sentido, el art. 3.2 del RD 1698/2011 respecto de la edad de jubilación establece que, “en relación con las actividades laborales en las escalas, categorías o especialidades que se indican en el párrafo b) del artículo anterior, el correspondiente real decreto establecerá la edad mínima de acceso a la pensión de jubilación respecto de cada actividad laboral específica”. De este artículo se infiere que la futura regulación iría en el sentido de fijar una edad mínima de jubilación; luego, salvo que se establezca con carácter obligatorio, si se permite continuar desarrollando la actividad autónoma una vez comprobado que puede perjudicar su salud, con mayor motivo esta circunstancia debe ser considerada por la LETA en la regulación de la prevención de riesgos laborales en el trabajo autónomo.

Al respecto, conviene recordar que dicha norma no ha tenido en cuenta la realización de un trabajo por cuenta propia a una edad avanzada en la regulación de la prevención de riesgos laborales a la que se dedica su art. 8.

A todo ello, es preciso añadir la dificultad que existe para conocer los indicadores a los

.....

39 El art. 156.2 letra e) LGSS, contempla las enfermedades, no incluidas en como enfermedades profesionales, que contraiga quien trabaje por cuenta ajena con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

40 Vid. art. 316.2 LGSS en relación con el art. 3. 2 letra c) del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia.

que se refiere el art. 2 del citado RD en el trabajo autónomo, habida cuenta de que, como se ha advertido, en la actividad por cuenta propia existen supuestos en los que la cobertura de contingencias profesionales es voluntaria. Si la persona que trabaja por cuenta propia no opta por esta cobertura, no se podrán conocer con exactitud los daños en la salud de este colectivo que el trabajo autónomo está provocando, en los términos que exige el art. 2 RD 1698/2011.

Por otro lado, el art. 9 RD1698/2011 contempla la posibilidad de modificar o eliminar los coeficientes reductores o modificar la edad de acceso a la jubilación, “con sujeción al procedimiento general previsto en el capítulo III y tras las comprobaciones y estudios pertinentes, mediante real decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo e Inmigración” en supuestos los que “en un determinado colectivo, sector o actividad profesional, como consecuencia de los avances científicos, de la aplicación de nuevas tecnologías o por cualquier otro motivo, desaparezcan las causas o disminuyan los efectos en las condiciones de trabajo que dieron lugar a la aprobación y aplicación de los coeficientes reductores o a la anticipación de la edad de jubilación “. Es decir, desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, cabría pensar que si los avances científicos o la aplicación de nuevas tecnologías o cualquier otro motivo, mejoran las condiciones de trabajo desde el punto de vista de la salud laboral, podría modificarse la edad mínima de jubilación establecida en su caso de forma reglamentaria.

Este supuesto resulta coherente con las obligaciones que la LPRL impone a la empresa. Así, el art. 15 de la LPRL señala la obligación de aplicar las medidas que integran el deber general de prevención previsto en el art. 14 LPRL con arreglo al conjunto de principios generales entre los que se encuentran los siguientes: tener en cuenta la evolución de la técnica [art. 15.1, letra e) LPRL]; sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro [art. 15.1, letra f) LPRL]; planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo [art. 15.1, letra g) LPRL].

Sin embargo, en el trabajo autónomo difícilmente pueden desaparecer las causas o disminuir los efectos en las condiciones de trabajo que dieron lugar a la anticipación de la edad de jubilación si, con carácter previo, no se ha establecido un marco jurídico que contemple la obligación de mejorar las condiciones de trabajo. La inexistencia en el trabajo autónomo de obligaciones de prevención en el sentido previsto en la LPRL, supone dejar en manos de quien trabaja por cuenta propia esas decisiones de mejora lo que, habida cuenta de la escasa financiación con la que con frecuencia cuenta este colectivo, la mayor o menor dificultad para mantener el negocio, o la escasa cultura y formación preventiva pueden contribuir a que esa posibilidad de mejora no se hiciera efectiva. En consecuencia, antes de regular la desaparición de la posibilidad de anticipar la edad de jubilación por considerar

que los avances científicos o la aplicación de nuevas tecnologías o cualquier otro motivo pueden mejorar las condiciones de trabajo, deberían contemplarse esas mismas circunstancias en las normas de prevención de riesgos laborales aplicables al trabajo autónomo.

El panorama descrito, que se traduce en una clamorosa falta de regulación en la materia, permite que, en la actualidad, las personas de edad avanzada realicen actividades profesionales peligrosas desde el punto de vista de la seguridad y salud, sin cobertura de las contingencias profesionales y sin que exista una protección adecuada en materia de seguridad y salud, en los términos hasta ahora expuestos.

Por ello, resulta absolutamente necesario que la LETA contemple, de forma expresa, mecanismos adecuados para el conocimiento y la prevención de los riesgos a los que puedan estar expuestas las personas que trabajen por cuenta propia en una edad avanzada y para la vigilancia de la salud de las mismas, mecanismos que garanticen su derecho a la seguridad y salud en el trabajo.

Una gestión preventiva que garantice la seguridad y salud en el trabajo autónomo y, por tanto, la aptitud para su desarrollo, requiere de la implantación de programas de formación e información, teniendo en cuenta la edad como factor de riesgo en el desarrollo de actividades por cuenta propia. Sobre este aspecto, la LETA, con carácter general, contempla la participación en programas de información y formación en materia preventiva, pero su configuración no resulta adecuada al carecer de carácter obligatorio.

En general, la LETA muestra un completo olvido de la edad como factor de riesgo en el trabajo autónomo, lo que se traduce en una absoluta e inaceptable desprotección de las personas mayores que desarrollan una actividad por cuenta propia.

### 2.3. La compatibilidad entre la jubilación y el trabajo autónomo como factor de riesgo

Los efectos de la crisis han favorecido la adopción de políticas públicas que persiguen la prolongación de la vida laboral. Ante el hecho de que las personas jóvenes suelen alargar su etapa formativa por falta de empleo y las de edad avanzada son expulsadas de forma prematura del mercado del trabajo por cuenta ajena, el legislador ha considerado oportuno prolongar la vida laboral más allá de la jubilación ordinaria<sup>41</sup>. En ambos casos, puede ser escasa la carrera de cotización, dificultándose el acceso a una pensión contributiva.

.....

41 Sobre la materia, entre otros, SEMPERE NAVARRO, A.V., “La jubilación contributiva”, en AA.VV., LÓPEZ CUMBRE, L.,(coord.), *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, pp.847-879; SEMPERE NAVARRO, A.V., “Nuevas claves de la jubilación”, *Actualidad jurídica, Aranzadi*, 2013, n° 861, p. 2 ; CAVAS MARTÍNEZ, F., “La reforma de la jubilación ordinaria: requisitos y modificaciones relacionadas con la cotización a la Seguridad Social”, en AA.VV., LÓPEZ ANIORTE, M.C., y GARCÍA ROMERO, B. (coord.), *La pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 45-47; GARCÍA ROMERO, B., “La jubilación a la edad ordinaria”, AA.VV., LÓPEZ ANIORTE, M.C., y GARCÍA ROMERO, B. (coord.), *La pensión de jubilación*, cit., pp.75-106; SELMA PENALVA, A.: “Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo”, *Aranzadi Social*, vol. 6, n° 2, 2013, p. 65-87.

Asimismo, con frecuencia, la cotización no suele ser cuantiosa<sup>42</sup>, lo que genera pensiones de jubilación de escasa cuantía. Así pues, la decisión de continuar desarrollando una actividad por cuenta propia no siempre será una decisión ‘totalmente libre’ ni, necesariamente, adoptada en las mejores condiciones de salud.

El vigente régimen jurídico de la compatibilidad entre la jubilación y el trabajo autónomo pone de manifiesto, de forma clara y contundente, que el envejecimiento de la población es una realidad que se traslada a la población activa de este país.

Desde el punto de vista de la seguridad y salud, es necesario analizar la eventual repercusión negativa que el mantenimiento de la actividad laboral a una edad avanzada puede tener en la salud de las personas trabajadoras y en la necesidad de protección jurídica en materia de prevención de riesgos laborales.

Como se verá, la situación de desprotección desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales de quien desarrolla un trabajo por cuenta propia en una edad avanzada se agrava en supuestos en los que se permite compatibilizar un trabajo autónomo con la jubilación.

Se contemplan diferentes situaciones de compatibilidad, de entre las que interesa destacar dos<sup>43</sup>:

1) La compatibilidad entre la pensión de jubilación y la realización de un trabajo autónomo del que se deriven ingresos no superiores al SMI.

El art. 213.4 LGSS prevé que el “percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual”. Además, se señala que quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social.

En el RETA se venía permitiendo la compatibilidad de la pensión de jubilación generada en este Régimen con el mantenimiento de la titularidad del negocio y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad<sup>44</sup>. De la lectura del art. 213.4 LGSS, se infiere que es posible el desarrollo de un trabajo por cuenta propia con ingresos por debajo del SMI y percibir la cuantía íntegra de su pensión de jubilación tanto si se ostenta

.....

42 Téngase en cuenta que, en el caso de los autónomos, con frecuencia, estas pensiones son sensiblemente más bajas que las que reciben los trabajadores por cuenta ajena debido a que - de forma general- existe la posibilidad de elegir una base mínima de cotización en el RETA a pesar de que los ingresos reales superen la base mínima de cotización elegida.

43 LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Dinámica de la pensión de jubilación y régimen de compatibilidades con el trabajo”, AA.VV., LÓPEZ ANIORTE, M.C., y GARCÍA ROMERO, B. (coord.), *La pensión de jubilación*, cit., pp. 107-145.

44 Art. 9. 2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

la mera titularidad del negocio como si se realizan labores de gestión administrativa o cualquier trabajo físico o intelectual<sup>45</sup>.

Desde el punto de vista de la seguridad y salud, interesa destacar que toda persona con una edad avanzada puede desarrollar cualquier actividad autónoma -no existen límites a este respecto-, a tiempo completo o parcial, resultando vulnerable a los efectos de la prevención de riesgos en los términos antes expuestos, y quedando expuesta a los riesgos laborales derivados de su trabajo, sin que la LETA contemple una protección que garantice su seguridad y salud en el trabajo.

Este supuesto de compatibilidad se acompaña de una medida de exención total de cotización, incomprensible y no justificada. En estos supuestos, en primer lugar, no hay una reducción de la pensión de jubilación y, en segundo lugar, a pesar de no superarse el SMI -aspecto que no es de fácil comprobación- se sigue desarrollando una actividad productiva lucrativa, con riesgo de sufrir daños de origen laboral, y empeorar la salud por un deterioro 'natural' derivado de la edad, daños que, en todo caso, serían reconocidos como contingencias comunes. De este modo, el gasto de asistencia sanitaria y el gasto farmacéutico derivado de un empeoramiento de la salud por motivos laborales quedarían cubiertos desde la condición de pensionista y no de persona trabajadora por cuenta propia, lo que no parece respetar el principio de contributividad. Esta medida, además, pone en riesgo la sostenibilidad del Sistema.

En estas situaciones, será el Estado quién deba asumir los gastos derivados de la pérdida de salud de quien trabaja desarrollando una actividad por cuenta propia lucrativa -dentro de los márgenes de ingresos permitidos por la legislación vigente-, sin que pueda ser calificado el daño que pueda sufrir esta persona por trabajar en malas condiciones, como una contingencia profesional y, sin que, además, se haya contribuido a sufragar los posibles gastos derivados del daño sufrido, por la exención de la obligación de cotizar, incluso, por contingencias comunes.

En estas situaciones, habría sido conveniente mantener la obligación de cotizar, al menos, por contingencias profesionales, utilizando, a tal efecto, una base de cotización reducida.

## 2) La jubilación activa

La jubilación activa permite compatibilizar cualquier trabajo con la pensión de jubilación. Viene regulada en los arts. 153 y 214 LGSS. Hay quien opina que este supuesto constituye la "normalización definitiva de lo que siempre ha sido la excepción"<sup>46</sup>, es decir,

.....

45 LÓPEZ ANIORTE, M.C., "Acerca de la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2012, n° 156, pp. 79-80.

46 GALA DURÁN, C., "Capítulo III. El impacto de las últimas reformat de la jubilación en el fomento de la



la plena compatibilidad entre el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia con la jubilación siempre que se cumplan determinados requisitos<sup>47</sup>.

Con el fin de prolongar la vida laboral y facilitar el envejecimiento activo, el art. 214.1 LGSS establece la compatibilidad entre el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista, siempre que se observen una serie de condiciones y requisitos; ahora bien, entre estos últimos, no se contempla limitación, restricción o condicionante alguno en la actividad que se realice, en relación al estado de salud que presente la persona, ni tampoco ninguna medida de protección especial en materia de seguridad y salud<sup>48</sup>.

Así pues, se puede realizar cualquier trabajo a tiempo completo o parcial por cuenta propia, sin límites en cuanto al percibo de ingresos y en cualquier sector de actividad.

Respecto de la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el desarrollo de un trabajo autónomo a tiempo parcial, conviene señalar que, si bien ello es posible, en la actualidad se ha vuelto a retrasar su entrada en vigor de esta modalidad de trabajo autónomo,



compatibilidad entre el trabajo y la pensión”, AA.VV. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., y GARRIDO PÉREZ, E., (dirs.), *El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2016, p. 56.

47 Téngase en cuenta el art. 214.7 LGSS dispone que: “La regulación contenida en este artículo se entenderá aplicable sin perjuicio del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente. Las previsiones de este artículo no serán aplicables en los supuestos de desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público, delimitado en el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que será incompatible con la percepción de la pensión de jubilación”.

48 El art. 214 LGSS bajo la rúbrica “Pensión de jubilación y envejecimiento activo” dispone: “1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 213, el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista, en los siguientes términos: a) El acceso a la pensión deberá haber tenido lugar una vez cumplida la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el artículo 205.1.a), sin que, a tales efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado. b) El porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100 por ciento. c) El trabajo compatible podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial. 2. La cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista. No obstante, si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento. La pensión se revalorizará en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social. No obstante, en tanto se mantenga el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por ciento, excepto en el supuesto de realización de trabajos por cuenta propia en los términos señalados en el párrafo anterior.. 3. El pensionista no tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con el trabajo. 4. El beneficiario tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos. 5. Finalizada la relación laboral por cuenta ajena, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación. Igual restablecimiento se producirá en el caso de cese en la actividad por cuenta propia cuando no se dieran las circunstancias señaladas en el párrafo segundo del apartado 2 (...) 7. La regulación contenida en este artículo se entenderá aplicable sin perjuicio del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente (...)”. Sobre modalidades, puede verse, CASAS BAAMONDE, M. E., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y VALDÉS DAL-RE, F., “La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo”, *Relaciones Laborales*, nº. 5, 2013, pp. 5 y ss.



siendo conveniente que, tras su entrada en vigor, su configuración jurídica incluya normas de prevención dirigidas a garantizar que, en general, la actividad económica o profesional a tiempo parcial y, en particular, en estas situaciones de compatibilidad se realice en condiciones saludables.

En cuanto a la cotización, durante la realización de un trabajo por cuenta propia compatible con la pensión de jubilación, el art. 309 LGSS establece la obligación de cotizar en el RETA “únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, conforme a lo previsto en este capítulo, si bien quedarán sujetos a una cotización especial de solidaridad del 8 por ciento sobre la base por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones”.

Ahora bien, respecto de la cobertura de las contingencias profesionales en situaciones de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el desarrollo de un trabajo autónomo *ex art. 309 LGSS*, conviene tener en cuenta el contenido de los siguientes preceptos de la LGSS y la LETA:

1) El art. 308.1 LGSS, incluido dentro del mismo Capítulo que el art. 309 LGSS (es decir, en el Capítulo II del Título IV de la LGSS) contempla la voluntariedad de la cobertura de contingencias profesionales al señalar que “Cuando los trabajadores incluidos en este régimen especial tengan cubiertas las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, lo previsto en el párrafo primero del artículo 19.3 se aplicará sobre la base de cotización elegida por el interesado”.

2) Como se ha advertido, el art. 316.1 LGSS, nuevamente, se refiere al carácter voluntario de las contingencias profesionales, al precisar que “los trabajadores incluidos en este régimen especial podrán mejorar voluntariamente el ámbito de su acción protectora incorporando la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, siempre que tengan cubierta dentro del mismo régimen especial la prestación económica por incapacidad temporal”.

3) De acuerdo con la LETA, la obligatoriedad de la cobertura de contingencias profesionales, con carácter general, se impone al TRADE (art. 26.3 LETA) y en los supuestos en los que el Gobierno determine, para aquellas actividades profesionales desarrolladas por trabajadores autónomos que presentan un mayor riesgo de siniestralidad, en las que será obligatoria la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social (Disp. Ad. Tercera LETA). Estas actividades están pendientes de determinación por parte del Gobierno.

Del contenido de estos preceptos se deduce que, en la actualidad, podría realizarse un trabajo autónomo compatible con la pensión de jubilación en supuestos en los que, con

mayor o menor peligrosidad, o mayor o menor riesgo de siniestralidad, no existe la obligación de incorporar las contingencias profesionales, manteniendo el carácter voluntario en estos casos, lo que no favorece el conocimiento de las patologías de origen laboral a los efectos de configurar una estadística de siniestralidad que se ajuste a la realidad de lo que está sucediendo en el trabajo autónomo en materia de riesgos profesionales. Ese desconocimiento de los daños de origen laboral y el desconocimiento de las causas de tales daños y riesgos laborales, a los que están expuestos quienes trabajan por cuenta propia, dificulta la adopción de las medidas que correspondan dirigidas a proteger la salud laboral de estas personas y a garantizar su derecho a la seguridad y salud en el trabajo.

Sorprende que, en este supuesto, no exista una edad máxima, por ejemplo, en profesiones con cierta peligrosidad, donde sea conveniente establecer algún límite por cuestiones relacionadas con la seguridad y salud de la persona que trabaja por cuenta propia y de terceros.

En el supuesto de compatibilidad entre jubilación y trabajo autónomo, nos encontramos ante una injustificada ausencia de requisitos en materia de prevención de riesgos laborales, a diferencia de lo que sucede en el trabajo por cuenta ajena, donde la empresa debe otorgar una especial protección a este colectivo en virtud de lo dispuesto en la LPRL.

### 3. CONCLUSIONES

- La ausencia de una adecuada protección en materia de salud laboral coloca a la mayor parte de personas que desarrollan un trabajo autónomo en una situación de grave desprotección (en septiembre de 2018, más de un 70%, de las personas físicas trabajadoras por cuenta propia tenían 40 años o más), que puede propiciar el deterioro de la salud, al tiempo que favorece el aumento de la siniestralidad en el colectivo, declarada oficialmente o no. Y, todo ello, sin olvidar el efecto negativo, sobre el mantenimiento de un negocio, que provoca la enfermedad de la persona que lo desarrolla, así como los gastos que una población trabajadora enferma genera para la Seguridad Social.
- El análisis efectuado pone de manifiesto que en la actualidad, existen situaciones en las que, de acuerdo con la legislación vigente, se permite la compatibilidad entre la jubilación y la realización de un trabajo autónomo y, de forma incomprensible, en lugar de establecerse medidas de protección de la salud -lo que tendría un efecto

positivo en el gasto sanitario y farmacéutico-, sorprendentemente, se mantiene la voluntariedad de la cotización por contingencias profesionales en los términos ya expuestos, en detrimento del principio de contributividad del Sistema de Seguridad Social.

- Mención especial merece, por la desprotección en materia de seguridad y salud que conlleva, la posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación con el ejercicio de profesiones en las que esté prevista la jubilación a una edad inferior -por su penosidad o peligrosidad-, sin que se contemple dicha jubilación de forma obligatoria, por lo que cabría la posibilidad de trabajar por cuenta propia en dichas actividades, sin un marco adecuado en materia preventiva en los términos expuestos.
- Al mismo tiempo, el trabajo subraya, de un lado, la inexistencia de una norma reglamentaria que precise, en el caso del trabajo autónomo, las actividades de naturaleza tóxica, peligrosa o penosa que permitirían la jubilación anticipada; y, de otro, que, sorprendentemente, las normas que regulan la compatibilidad entre jubilación y trabajo autónomo no contemplan límites o condiciones respecto de la naturaleza peligrosa, tóxica o penosa de la actividad autónoma que se pretenda compatibilizar con la pensión de jubilación.
- La LETA no contempla protección especial alguna para estas situaciones u otras similares en las que la persona física que desarrolle el trabajo autónomo presente una especial vulnerabilidad por razón de la edad en materia de prevención de riesgos laborales.
- En atención a lo expuesto, en coherencia con las políticas de fomento de del empleo autónomo, si se quiere impulsar la prolongación de la vida laboral, no se puede desconocer que el envejecimiento provoca cambios en el organismo susceptibles de afectar a la capacidad para trabajar. Por ello, el marco jurídico, en materia de seguridad y salud, aplicable a quien trabaja por cuenta propia, debería contemplar mecanismos jurídicos que permitieran el equilibrio entre la edad de quien trabaja por cuenta propia, como factor de riesgo, y la seguridad y salud en el trabajo autónomo, a fin de garantizar una adecuada protección en materia de prevención de riesgos laborales como signo de calidad y de un trabajo autónomo decente<sup>49</sup>. De otro lado, la desprotección jurídica de este colectivo, en los términos expuestos, aleja al trabajo autónomo de los parámetros de calidad y bienestar necesarios para lograr una prolongación efectiva y saludable de la vida activa, en los términos planteados por



49 En este sentido, respecto del trabajo por cuenta ajena, CARRERO DOMÍNGUEZ, C., y MORENO MÁRQUEZ, A., *Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros*, cit., pp. 219-220.

la política europea<sup>50</sup>, que dirige sus actuaciones a conseguir un envejecimiento saludable en el trabajo<sup>51</sup>.

**M<sup>a</sup> MONSERRATE RODRÍGUEZ EGÍO**

*Profesora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Murcia*



50 En este sentido, la estrategia Europa 2020 se plantea aumentar las tasas de empleo de la población de entre 20 a 64 años al 75%, lo que implica que las personas en Europa tendrán que trabajar durante más tiempo. En el Libro Blanco de la Comisión sobre las pensiones se advierte que para conservar una mano de obra saludable y productiva que pueda prolongar la vida laboral, es necesario invertir en la prevención de enfermedades, en el fomento del envejecimiento saludable y activo y en la promoción de la salud y seguridad en el trabajo, así como en la adaptación de los lugares de trabajo a las necesidades de los individuos de más edad que trabajan. Vid., Comisión Europea, Libro Blanco: *Un programa de pensiones, adecuadas, seguras y sostenibles*, COM (2012) 55 final, pp. 12-13.

51 Vid. en Europa, el proyecto del Parlamento Europeo llevado a cabo por la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA), sobre seguridad y salud en el contexto de una mano de obra que envejece “Trabajo más seguro y saludable a cualquier edad” y su guía electrónica sobre “Trabajos Saludables a cada edad”. Dentro de la campaña de divulgación se plantean cuatro objetivos, entre los cuales se encuentran el promover un trabajo sostenible y el envejecimiento saludable desde el inicio de la vida laboral. Vid., <https://osha.europa.eu/es/healthy-workplaces-campaigns/2016-17-campaign-healthy-workplaces-all-ages>, en línea, 28 octubre 2018.

# LA VIABILIDAD DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES: CUESTIONES ACTUALES

**PRUDENCIO JOSÉ RIQUELME PEREA**

*Profesor Titular*

*Departamento de Economía Aplicada*

*Universidad de Murcia (España)*

**ÁNGEL MANZANARES GUTIÉRREZ**

*Profesor Asociado*

*Departamento de Economía Aplicada*

*Universidad de Murcia (España)*

Fecha de recepción: 4/12/2018

Fecha de aceptación: 5/12/2018

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LOS SISTEMAS DE PENSIONES. 1.1. El sistema público de pensiones. 1.2. Otros sistemas de pensiones. III. LAS ÚLTIMAS REFORMAS DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES. IV. PRINCIPALES PROPUESTAS. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** Este estudio panorámico pretende sintetizar las principales controversias suscitadas acerca de la viabilidad del sistema público nacional de pensiones. La inestabilidad del mercado laboral, las bajas tasas de natalidad y sobre todo el envejecimiento de la población conforman un escenario que, a priori, no parece muy alentador para el sostenimiento del sistema de pensiones. Se han acometido reformas importantes, la más profunda entró en vigor en 2013 incluyendo tanto ajustes paramétricos como estructurales. Sin embargo, estas reformas parecen insuficientes para mantener la sostenibilidad

del sistema y, en cambio, aumenta el malestar social entre los pensionistas. Este trabajo también muestra propuestas y medidas para mejorar el sistema actual y otras alternativas al sistema público de reparto.

**ABSTRACT:** This panoramic study aims to summarize the main controversies about the viability of the public pension system. The instability of the labor market, the low birth rates and the aging of the population constitute a scenario that is not very encouraging for the sustainability of the pension system. Important reforms have been undertaken, the most intense came into effect in 2013 including both parametric and structural adjustments. However, these reforms are insufficient for the sustainability of the pension system. Finally, the paper presents some proposals and measures to improve the current system and other alternatives to the public distribution system.

**PALABRAS CLAVE:** Pensiones, Sistema Público, Fondo de Reserva, Seguridad Social.

**KEYWORDS:** Pensions, Public System, Reserve Fund, Social Security.



## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, se cuestiona de forma creciente la viabilidad del sistema público de reparto de prestación definida que ha estado vigente desde los años sesenta en nuestro país. A medida que los años avanzan, la población ocupada en términos relativos y absolutos está sosteniendo cada vez a un mayor número de población inactiva. En paralelo, la crisis económica expulsó del mercado laboral a un porcentaje importante de trabajadores que solo después de casi una década empieza a recuperarse. Estos factores, unidos al envejecimiento de la población causado por el incremento de la esperanza de vida, encabezando la lista de los países más longevos, y la reducción en las tasas de natalidad e intensificado por el efecto del *baby boom* de los nacidos entre los años 1958 y 1977, conducen a un incremento de presión sobre el sistema. Hoy en día, en España, la esperanza de vida está situada en los 82 años y la previsión para el año 2050, según el Instituto Nacional de Estadística (INE), será de 90 años. Según las proyecciones demográficas para ese año, la población española de más de 64 años alcanzará el 67% de la población activa. Por consiguiente, el gasto en pensiones aumentará considerablemente si se mantienen las condiciones actuales (Febrero, Bermejo, y McCombie, 2014). De forma paralela se producirá un incremento de la población dependiente ya que se prevé que para el año 2050, el 73% de los hombres y el 90% de las mujeres cumplirán los 80 años<sup>1</sup> (Gutiérrez, 2017). Estos fenómenos demográficos apuntan a cambios importantes en la estructura generacional y una disminución del número de cotizantes en el medio plazo y, por tanto, la necesidad de introducir modificaciones en el sistema público de pensiones de la Seguridad Social para asegurar su viabilidad y sostenibilidad.

Aunque la transformación demográfica favorece a la mayoría de la población de los países desarrollados (menor tasa de mortalidad y mayor calidad de vida en las personas mayores), tienen como contrapartida un aumento del gasto en atención médica y social de las personas mayores, así como una mayor presión en el mercado laboral y un importante desequilibrio de los presupuestos de los sistemas de pensiones (Febrero et. al, 2014). En la mayoría de los países desarrollados, resultado de esta transformación, el incremento de la población de mayor edad continúa avanzando por lo que será necesario, tanto para

.....

1 Cfr. Fundación General. CSIC. Informe sobre el envejecimiento, Madrid, 2010, p. 20.

mantener el sistema de pensiones, como para mejorar los sistemas de bienestar, aumentar la participación en el mercado de trabajo. En España hay población muy bien formada y disponible para trabajar, desde esta perspectiva, desaprovechar el capital humano de una parte de la población significaría perder competitividad y limitar el crecimiento económico (Alonso-Villar y Del Río, 2007).

## II. LOS SISTEMAS DE PENSIONES

### 2.1. El sistema público de pensiones

Como es bien conocido, en el sistema de reparto lo recaudado por las cotizaciones de la población activa es repartido entre la población inactiva, principalmente a causa de la jubilación (Gutiérrez, 2017). Este sistema está basado en la solidaridad intergeneracional de la población condicionada a la participación en el mercado de trabajo, puesto que los trabajadores contribuyen al sostenimiento de las personas jubiladas.

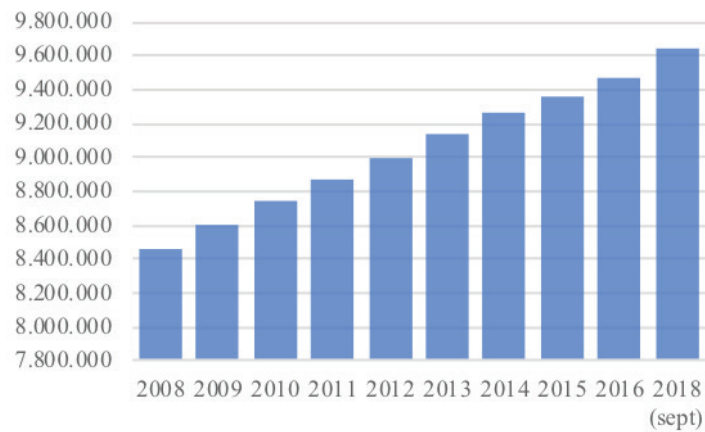
El aumento importante de la población, efecto del *baby boom*, garantizó la viabilidad del sistema en los años sesenta cuando se puso en marcha el sistema. La población aumentaba de forma exponencial y la esperanza de vida era más corta por lo que, inicialmente, esta situación favorecía la sostenibilidad del sistema. Pero ahora, el número de nacimientos ha descendido y esto incidirá en el pago de las pensiones. Se está produciendo una inversión en la pirámide poblacional, se ensancha la cúspide, aumento de personas mayores, y se estrecha la base de la pirámide, disminución de los nacimientos, a pesar de las aportaciones de población inmigrante llegadas a España en los últimos años. A causa de la reducción de las tasas de natalidad y sobre todo por el aumento de la esperanza de vida, las generaciones activas en el mercado de trabajo estarán obligados a realizar una mayor contribución para mantener los presupuestos de la Seguridad Social.

Este debate sobre la sostenibilidad de las pensiones públicas como consecuencia del envejecimiento de la población no es nuevo, se ha tratado en otras ocasiones. Ya a principios de los noventa, el Banco Mundial y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) pronosticaron que el envejecimiento perjudicaría el estado de bienestar (Febrero et. al, 2014). Curiosamente, estas predicciones venían acompañadas de propuestas encaminadas a reducir la protección social y promover las jubilaciones privadas. (Francescutti, 2017).

Es un hecho, el modelo actual de reparto está amenazado por los cambios demográficos que generarán una mayor carga para el sistema de pensiones a causa del aumento de

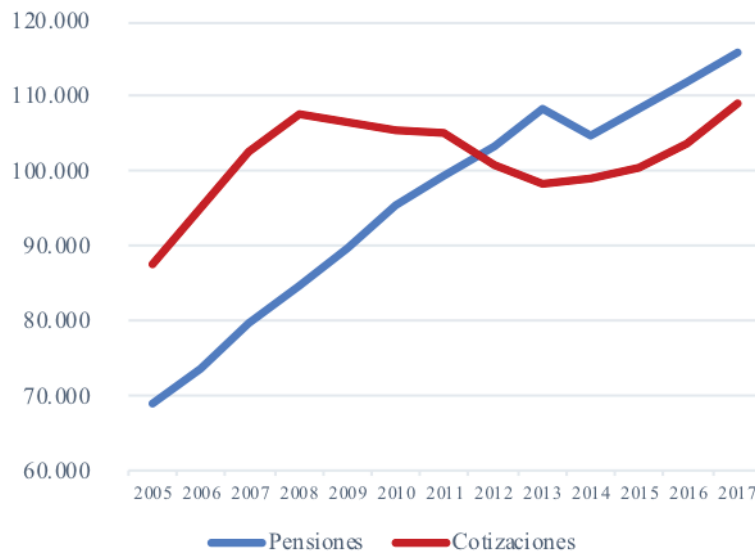
los pensionistas con relación al número de trabajadores. Asimismo, “se observan fases activas cada vez más cortas y de jubilación más largas” (Ferruz, Alda, y Muñoz, 2009, p. 27). El gráfico 1 muestra la evolución del número de pensiones desde el año 2008. En tan solo 10 años el número de pensiones se ha incrementado en un 13,97%, mientras que en ese mismo periodo, como consecuencia de la prolongada crisis, la población ocupada ha disminuido un -8,0%. Por otro lado, el gasto en pensiones contributivas sigue en ascenso incluso superando a las cotizaciones de la Seguridad Social (Gráfico 2)

Gráfico 1: Evolución del número de pensiones



Fuente: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. (2018)

Gráfico 2. Evolución gasto en pensiones y cotizaciones a la Seguridad Social

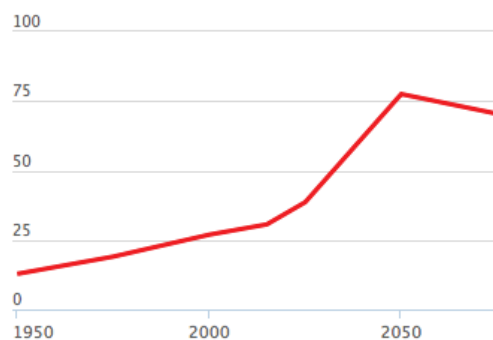


Importe en miles de euros

Fuente: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

El envejecimiento es un fenómeno en aumento y para el año 2020, si el comportamiento demográfico sigue la misma tendencia, se espera una tasa de dependencia del 58% mientras que para 2050 la tasa será del 77,5% (Gutiérrez, 2017). Sin duda, la transformación demográfica generará un mayor gasto en pensiones (Gráfico 4). Una primera solución que proponen diferentes expertos para resolver el problema es completar la financiación vía cotización con impuestos, especialmente en lo que se refiere a las pensiones mínimas que se han generado con unas cotizaciones insuficientes para garantizar su sostenibilidad.

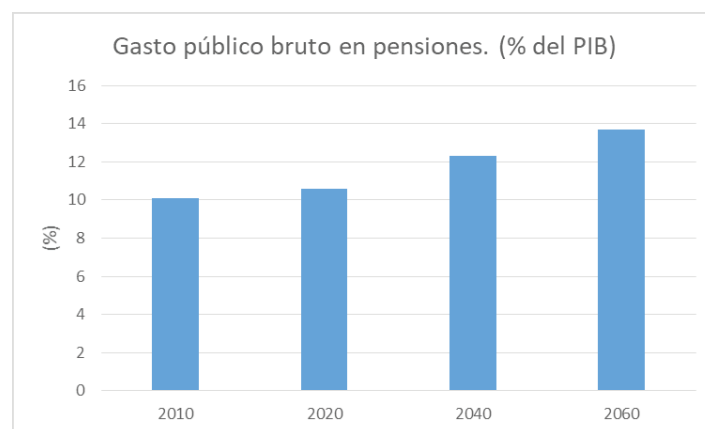
Gráfico 3: *Tasa de dependencia de la población envejecida: número de personas de 65 y más años en relación al número de personas en edad de trabajar (entre 20 y 64 años)*



Fuente: OCDE. (2018)

Otros investigadores, sin embargo, inciden en la sostenibilidad del sistema a partir del equilibrio entre cotizaciones y pensiones. Es un hecho que el propio gasto de los jubilados aporta recursos de producción o en otras palabras, aunque el envejecimiento pueda considerarse como una carga para la sociedad, también es una fuente importante de demanda que genera nuevas oportunidades de negocio (Febrero et. al, 2014).

Gráfico 4: *Evolución del número de pensiones*



Fuente: Comisión Europea, 2012. Tabla 2.5, p. 101

En este sentido, la sostenibilidad del sistema está supeditada a la situación de pleno empleo (Febrero et. al, 2014), subrayándose que el sistema de reparto funcionará si existe un equilibrio entre la población ocupada y la jubilada (Gutiérrez, 2017).

Por otro lado, la fuga de talento supone una ineficiencia del mercado laboral, porque España asume el coste de la educación y otros países se apropian del valor añadido. Incluso la inmigración se está reduciendo, perdiéndose así los beneficios que trajo en su momento: aumento de las cotizaciones y por lo tanto de la recaudación, reducción del envejecimiento en el medio plazo, y disminución de la tasa de dependencia (Conde-Ruiz, Jimeno y Valera, 2008). Aunque hay argumentos que apuntan en otra dirección, como el que sostiene que los beneficios de la inmigración son coyunturales porque la población inmigrante envejece y se convierte en población inactiva (Gutiérrez, 2017), no hay que olvidar que la corrección de los desequilibrios demográficos necesitarían de una aportación continúa de efectivos en la situación actual.

Una de las cuestiones pendientes planteadas, y a pesar de las últimas reformas realizadas, es la de mejorar en la regulación la compatibilidad de las distintas prestaciones para una mayor seguridad jurídica (Bonache, 2016).

Los principales problemas del sistema de pensiones según Ballester, Sánchez, y Macías (2016) son:

- El aumento de la tasa de dependencia. Cada vez hay más personas dependientes (mayores de 64 años y menores de 16) que son sustentadas por las personas en edad de trabajar (entre 16 y 64 años). Las proyecciones del INE estiman que la tasa en 2032 será de 67,8%.
- Un mayor aumento del número de pensionistas que de trabajadores. Si no aumenta la inmigración, se reduce la emigración y se mantienen las tasas bajas de fecundidad habrá más pensionistas que trabajadores.
- Las prejubilaciones para resolver reformas en diferentes sectores económicos han generado un desequilibrio en el sistema de pensiones. Efectivamente, se han realizado prejubilaciones en sectores como el industrial o el financiero para adecuar la plantilla de la empresa a las fluctuaciones del mercado, perturbando el sistema público de pensiones (Martínez, 2010). Hay que evitar las jubilaciones anticipadas mal utilizadas y que se realicen de forma abusiva (Rodríguez, 2002).
- El incremento de la productividad no ha mejorado el sistema de pensiones. Los incrementos de la productividad se acaban trasladando a los salarios y estos a las pensiones. Si los salarios son más altos las cuantías de las pensiones serán mayores y habrá un mayor gasto en el sistema de reparto.

- El déficit del sistema que ha ido aumentando exponencialmente los últimos años y al que la crisis económica iniciada en 2008 le ha repercutido de forma intensa. En el año 2060 habrá más 15,6 millones de personas mayores de 65 años y el gasto en pensiones será del 13,7% del PIB.
- La falta de ingresos como desestabilizador del sistema (Gutiérrez, 2017). Según Eurostat el gasto público español en pensiones sobre el PIB es inferior a la media europea, por lo tanto, el principal problema es la escasez de ingresos originado por problemas como el desempleo, el trabajo precario o las rebajas en las cotizaciones de la Seguridad Social utilizadas como política activa de empleo.
- La presión del sistema financiero interesado en promover los sistemas privados de pensiones. Desde ciertos sectores se envían mensajes alarmistas sobre la insostenibilidad del sistema de pensiones, con el objetivo de poder participar en un negocio financiero con grandes expectativas.
- La precarización del trabajo que es uno de los grandes desequilibrios del mercado de trabajo español y que influirá en la evolución futura de las pensiones. Aunque en la actualidad se esté creando empleo, este es principalmente temporal, a tiempo parcial y ligados a salarios bajos. Los próximos pensionistas habrán cotizado menos y las pensiones serán más bajas, pero hasta ese punto tendrán menos capacidad para financiar las pensiones actuales.

## **2.2. Otros sistemas de pensiones**

Desde diferentes posiciones las pensiones públicas han sido duramente criticadas, destacando la preferencia por los fondos privados porque generan una mayor tasa de acumulación y favorecen indirectamente un mayor nivel de producción (Feldstein, 1974). Por contra en caso de las públicas, si los trabajadores conocen que tendrán garantizada una pensión estatal consumirán más y ahorrarán menos (Febrero et. al, 2014).

Han surgido diferentes propuestas para tratar de resolver el problema del sistema de pensiones, que van desde cambios radicales hasta la introducción de ciertas reformas paramétricas como atrasar la edad de jubilación o la reducción de beneficios, entre otras. Se han planteado otros modelos financiados y no financiados en donde las contribuciones son gestionadas por el sector privado y están basadas en contribuciones voluntarias y obligatorias (Febrero et. al, 2014).

Uno de los sistemas de pensiones más extendido es el de capitalización. Este sistema se basa en el ahorro individual, cada persona cotiza para sí misma. Las cantidades aportadas y su rendimiento se destinan a satisfacer la prestación futura. Este sistema no está fundamentado en el principio de solidaridad intergeneracional, al menos en su mayor



parte, sino que cada trabajador puede tener prestaciones diferentes en función de la rentabilidad de los fondos donde se hubiesen invertido sus cotizaciones sociales. Por lo tanto, este sistema no garantiza un tratamiento uniforme a los trabajadores. Sin embargo, “estos instrumentos de ahorro favorecen la recuperación económica ya que el ahorro generado con estos instrumentos, normalmente, a través de las entidades financieras se reinvierte en la economía en forma de créditos y préstamos dirigidos a la creación de empresas e indirectamente a la creación de empleo” (Gutiérrez, 2017, p. 99).

El sistema de cuentas nocionales está basado al menos parcialmente en estos sistemas de capitalización, donde el Estado abre una cuenta para cada trabajador en donde nominalmente se van acumulando sus cotizaciones. Cuando se cumple la edad de jubilación, se recibe una pensión que será el resultado de dividir el derecho consolidado en la cuenta del pensionista entre la esperanza de vida estimada (Gutiérrez, 2017).

El sistema obligatorio de capitalización y reparto es un procedimiento que combina el sistema público de reparto con un régimen de cotizaciones establecido y que es gestionado por entidades públicas y privadas (Gutiérrez, 2017).

Finalmente, conviene enfatizar que el tránsito de un sistema a otro supondría a una generación realizar un importante esfuerzo, ya que habría que realizar un ajuste importante en la transición entre los dos sistemas con los consiguientes problemas que ello conllevaría, principalmente en relación a la cuantía de la pensión.

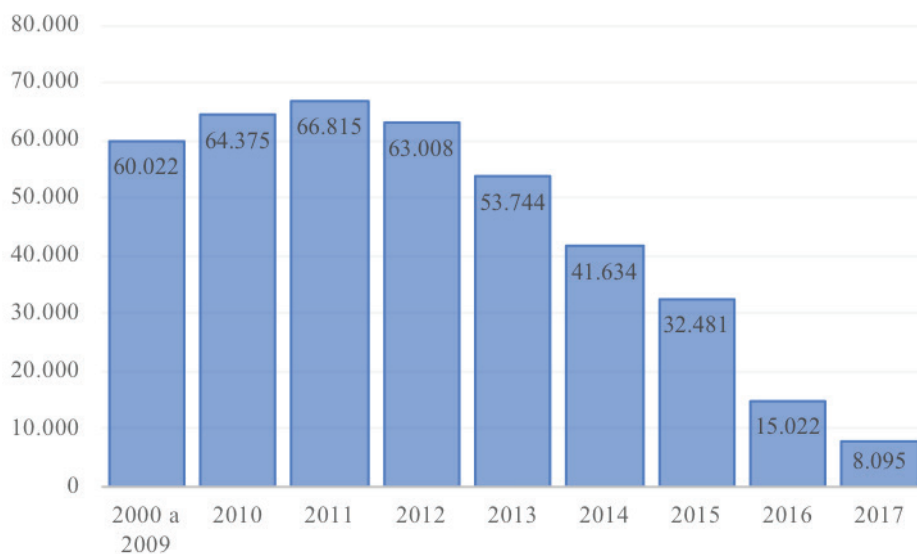
### III. LAS ÚLTIMAS REFORMAS DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES

**E**l Pacto de Toledo aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados en abril de 1995 inició las reformas con la vista a garantizar la sostenibilidad. Respondía a la necesidad de abordar, a partir del consenso generalizado de las fuerzas políticas y el visto bueno de los agentes sociales, el análisis de los problemas estructurales que afloraban en el sistema de la Seguridad Social y, asimismo, las propuestas de reformas necesarias para garantizar la viabilidad del sistema público de pensiones. El objetivo último era mantener un sistema de pensiones que respondiera al modelo de reparto y solidaridad intergeneracional que ha sido el vigente desde su creación.

El Fondo de Reserva de la Seguridad Social surgió en 1997 con la finalidad de mitigar los desequilibrios presupuestarios, garantizar el pago futuro de las pensiones contributivas en el supuesto de que los ingresos de la Seguridad Social fuesen insuficientes. Principalmente, el fondo se financia con los excedentes de la Seguridad Social y de las mutuas

de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Este fondo invierte parte de sus ahorros en activos para conseguir un rendimiento. Según el Comité de Gestión del Fondo, la gestión de la inversión debe ser eficiente, rentable, segura y diversificada. Generalmente se invierte en deuda pública de países con alta calidad crediticia. El Fondo de Reserva durante la difícil situación de la Seguridad Social ha permitido el pago de las pensiones, pero ahora se está prácticamente agotado (Gráfico 5).

Gráfico 5. *Evolución general del Fondo de Reserva*  
(A precio total de adquisición)



Importe en millones de euros  
Situación a 31 de diciembre de cada ejercicio

*Fuente: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. (2017)*

La “Ley 27/2011 sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social”, reformó el sistema de las pensiones, introduciendo un sistema flexible para acceder a la jubilación en donde muchos trabajadores pudieran jubilarse con sesenta y cinco años, o acceder a jubilaciones parciales, o jubilaciones anticipadas desde los sesenta y tres años.

Las reformas realizadas en 2013 pretendían garantizar el equilibrio presupuestario estatal entre recursos y gastos del sistema de reparto. El “RDL 5/2013 de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo”, amplió los requisitos y redujo los beneficios de las jubilaciones anticipadas y parciales. La “Ley 23/2013 reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social”, fijaba los factores para garantizar las pensiones en el futuro.

Las reformas acumuladas desde 2011 según Ballester et. al (2016) son:

1. La edad de jubilación. Hasta el año 2011 estaba fijada en los sesenta y cinco años. Con las nuevas reformas se estableció un periodo transitorio hasta 2027 para que progresivamente<sup>2</sup> aumentase hasta los sesenta y siete años. Retrasar la edad de jubilación pretendía equilibrar la relación entre la población activa y los jubilados. Al aumentar la edad, por un lado, aumentaban los ingresos en las arcas por años de cotización, y por otro, se reducía los años de percepción de las prestaciones (Gutiérrez, 2017). Para poder jubilarse se deben cumplir los requisitos siguientes:
  - a) Haber cumplido sesenta y siete años o cumplir sesenta y cinco y acreditar treinta y ocho años y seis meses cotizados.
  - b) Haber cotizado un mínimo de quince años, de los cuales como mínimo dos deben estar incluidos en los quince años inmediatamente anteriores.
2. El cálculo de la pensión. El cálculo depende de la cuantía de las cotizaciones y del periodo cotizado. La prestación se calcula multiplicando la base reguladora, según las cuantías de la cotización, por un porcentaje dependiente del número de meses cotizados. Para la modalidad contributiva la base reguladora es el cociente entre las bases de cotización de los 25 años<sup>3</sup> previos a la jubilación dividida por 350.
3. La revalorización de las pensiones. La revalorización es importante para mantener el estado de bienestar puesto que un porcentaje importante de población es inactiva y podría empobrecerse, y además muchas familias dependen exclusivamente de las pensiones de sus familiares (Gutiérrez, 2017). La Ley 23/2013 estableció el Factor de Sostenibilidad y el Índice de Revalorización de las Pensiones (IRP). Este entró en vigor en 2014, cambiando el sistema por el cual no se revalorizan las pensiones según el IPC sino a través de los gastos e ingresos del propio sistema. El Factor de Sostenibilidad está previsto que se aplique a partir de 2019 para tratar de asegurar la futura viabilidad del sistema actualizando diferentes parámetros según la evolución demográfica con la finalidad de equilibrar el aumento de la esperanza de vida. Sin embargo, este factor no se aplica a las pensiones derivadas de invalidez permanente, absoluta o gran invalidez. En general, el Factor de Sostenibilidad, según apuntan varios expertos como Ballester et. al (2016), Gutiérrez (2017) y Del Brio (2015) corregirá el déficit, pero disminuirá las cuantías de las pensiones públicas porque la esperanza de vida va en aumento. Ese efecto negativo podría ser resuelto si se incre-



2 El tránsito de los 65 a los 67 años se realiza de forma progresiva: aumentando un mes por año hasta 2018 y después dos meses por año hasta 2027.

3 El periodo para calcular la base de cotización con respecto a la normativa anterior ha aumentado de 15 a 25 años, aunque hay un periodo transitorio para su aplicación.

mentase la productividad en las empresas y el crecimiento económico y con ello se aumentasen las cotizaciones a la Seguridad Social (Gutiérrez, 2017) y, sobre todo, se reduzca el paro en paralelo a un aumento de la ocupación. Aunque, según Díaz-Saavedra (2016) sería necesario que la productividad laboral creciese a una tasa anual del 4,5% hasta el 2050 para mantener el equilibrio del sistema de pensiones.

#### IV. PRINCIPALES PROPUESTAS

**E**n primer lugar, la principal medida que recomiendan los autores es crear empleo estable y de calidad. Es necesario generar más puestos de trabajo de mejor calidad, aumentando los cotizantes y manteniendo el equilibrio entre cotizaciones y gastos. Para Susino, Sánchez y López (2016): “el relevante desde el punto de vista de la sostenibilidad del sistema de pensiones es el empleo formal, que cotiza, no cualquier tipo de empleo” (p. 147).

Por otro lado, la inmigración en edad de trabajar puede ser una fuente importante de ingresos al aumentar las contribuciones a la Seguridad Social (Conde-Ruiz, Jimeno, y Valera, 2008). Aunque argumentos opuestos señalan que los beneficios de la inmigración son coyunturales porque la población inmigrante envejece y pasa a formar parte de la población inactiva y además las mayores tasas de fecundidad, asociadas con la inmigración, tienden a converger en el futuro (Gutiérrez, 2017). Sin embargo, hay escasas investigaciones acerca del impacto de la inmigración sobre la sostenibilidad (Del Brio, 2015) por lo que no se puede determinar con rotundidad que los beneficios solo sean coyunturales. De igual forma, los procesos migratorios requieren una reflexión más profunda sobre la estructura productiva de España, ya que nuestro mercado de trabajo sigue ofreciendo oportunidades laborales de baja cualificación y expulsa a los trabajadores con un mayor nivel de cualificación.

Otra de las propuestas sería jubilarse a una edad superior (Díaz-Giménez, 2014). La edad media de jubilación siempre ha estado por debajo de los 65 años a causa de las prejubilaciones que descompensaban la edad máxima. Pero es difícil encontrar una situación sin que perjudique a los cotizantes o a los pensionistas. Si se reclaman más años de cotización o se aumenta la edad de jubilación se perjudica a los futuros pensionistas. Si el ajuste se realiza revalorizando las pensiones, se perjudica a los pensionistas actuales. Mientras que, si se aumenta el tipo de cotización para mitigar las jubilaciones anticipadas, el perjuicio recae sobre los cotizantes actuales. La alternativa más viable sería una combinación de las tres medidas.

También se propone cambiar el sistema de cálculo (Díaz-Giménez, 2014). Conde (2014) propone una transición del actual sistema de contribución hacia un sistema variable que tenga en cuenta los años realmente cotizados por cada trabajador. Sin embargo, esta solución sentenciaría a los jóvenes de hoy con trabajos precarios a tener en el futuro una miserable pensión. Esto no significa necesariamente descartar esta opción sino estudiar la manera de mitigar los efectos negativos.

Conde-Ruiz y González (2012) piensan que ampliar el periodo de cálculo hasta los 25 años podría contribuir a una reducción del PIB del 1,2%. Sánchez (2010) señala que aumentar hasta los 67 años la edad de jubilación supondrá un ahorro del gasto del 3,4% para el año 2050. Sin embargo, desde otras posiciones, las reformas pueden tener impactos negativos sobre el empleo (que no puedan incorporarse nuevos trabajadores) y el poder adquisitivo de los pensionistas, fruto de la ampliación de la edad de jubilación y el descenso de la pensión media para la modificación de las bases de cálculo (Conde-Ruiz y González, 2012).

Otra propuesta consiste en financiar las prestaciones, o parte de ellas, mediante los Presupuestos Generales del Estado (Zubiri, 2012). Es decir, financiar las prestaciones a través de impuestos, en vez de gravarlo todo a las cotizaciones de los trabajadores y las empresas. Las cotizaciones sociales podrían financiarse con los presupuestos públicos a igual que otras partidas como la sanidad, educación y asistencia social. En realidad, la Seguridad Social no es algo distinto del Estado. De hecho, esta medida ya se aplica en las pensiones no contributivas y en las prestaciones procedentes de la Ley de dependencia, Para aplicar esta propuesta sería conveniente una reforma del sistema fiscal español que aportase a los presupuestos los recursos necesarios.

Desde diferentes sectores se pretende incentivar a la población a suscribir planes de pensiones privados que complementen la pensión. La previsión social de carácter privado permitiría a las personas que se jubilasen complementar la pensión pública garantizando su poder adquisitivo. Sin embargo, muchas personas desconfían de estos instrumentos de previsión porque están sometidos a continuos cambios normativos, sobre todo, las condiciones de acceso a los beneficios fiscales, generando inseguridad jurídica (Gutiérrez, 2017). Por ello, se han buscado otras opciones intermedias consistentes en complementar las pensiones públicas con un sistema privado obligatorio para todos los ciudadanos (Del Brio, 2015).

Finalmente, otra de las apuestas es la capitalización de las propias cotizaciones (Feldstein, 1974; Kotlikoff, Smetters, y Walliser, 1998). Para implantar este sistema sería necesario un periodo de transición donde la capitalización fuera obligatoria para los nuevos trabajadores y de libre elección para los que ya estaban en el sistema. Sin embargo, los sistemas de capitalización según Del Brio (2015) “no garantizan el cumplimiento de los

finos y principios que deben informar un sistema de Seguridad Social: eficiencia, productividad, equidad horizontal, afectación impositiva y corresponsabilidad, y equivalencia financiera o proporcionalidad” (p. 230). Además, añade el investigador, que la transición de un sistema a otro produciría un desequilibrio financiero. Una solución intermedia sería un sistema de reparto parcialmente capitalizado “para alcanzar transferencias intergeneracionales óptimas que conjuguen la financiación de la acumulación del capital humano, la equidad intergeneracional y la garantía de un seguro de supervivencia” (Del Brio, 2015, p. 230). También algunos expertos apuntan a un modelo mixto de reparto y capitalización (García, 2011; y Jimeno, 2000).

## V. CONCLUSIONES

Los pronósticos del Banco Mundial y de la OCDE hay que tomarlos con cautela porque según Francescutti (2017) se ha demostrado que las estimaciones realizadas en décadas pasadas fueron exageradas “en parte debido a los sesgos y premisas de su diseño y en parte a las limitaciones intrínsecas de toda proyección económico-demográfica” (p. 10). Del Brio (2015) en el mismo sentido señala que “la revisión y contraste de dichas predicciones ha revelado la debilidad de las mismas para predecir la evolución futura” (p. 231).

La población cada vez más envejecida, el aumento de la esperanza de vida, el retraso en el acceso al mercado de trabajo, el desempleo y la evolución del mercado laboral han generado un incremento importante en el gasto público en pensiones y una reducción considerable de los ingresos (Alda, 2016; Ferruz, Alda, y Muñoz, 2009; y Callau, 2017).

El número de trabajadores en activo no podrá financiar las pensiones de un número cada vez mayor de pensionistas y que además viven más años. Para disminuir el gasto de las pensiones la alternativa más lógica sería reducir tanto la cuantía como la duración de las prestaciones, pero esto perjudica seriamente a los pensionistas. De hecho, hay otros factores que alteran la realidad como son el trabajo precario y el uso inadecuado de las jubilaciones anticipadas. Estos factores deben tenerse en cuenta para realizar un diagnóstico real y no suponer que el desequilibrio del sistema es debido a un exceso de gastos (Ballester et. al, 2016) en vez de ser por un defecto de ingresos.

De las reformas realizadas, una de las medidas de mayor importancia ha sido la ampliación hasta los 67 años de la edad de jubilación, a lo que se suma la introducción del Factor de Sostenibilidad que trata de ajustar la cuantía de la pensión a la evolución de la



esperanza de vida (Alda, 2016). Pero estas reformas lejos de mitigar el problema lo agravan y generan la pérdida de poder adquisitivo de los pensionistas.

En realidad, los expertos no se ponen de acuerdo en cuáles son las medidas que hay que adoptar: reformas paramétricas, reformas estructurales, planes de pensiones privados totales o parciales, etc. Sin embargo, todos están de acuerdo en que hay que mejorar el empleo y la calidad de este. Todas “las medidas que se adopten en el futuro para reducir la tasa de desempleo e incrementar el empleo a tiempo completo, afectarán de forma directa a la viabilidad del sistema de pensiones” (Rosado-Cebrián y Domínguez-Fabián, 2017, p. 262).

En opinión de Ramos (2011) no hay una única medida que resuelva el problema, sino que es necesario un conjunto de medidas y otras complementarias relacionadas con las políticas de empleo, educativas y tecnológicas, demográficas y de inmigración.

En definitiva, primero hay que solucionar la sostenibilidad del sistema de pensiones en su conjunto y después de forma individual resolver cada pensión, ayuda, prestación, subsidio, renta, etc. para evitar desigualdades sociales.

Por último, es urgente acometer una reforma del sistema actual de pensiones para asegurar su viabilidad a largo plazo, mediante la negociación y el consenso de todos los agentes sociales, para que las medidas que se adopten no supongan la pérdida del poder adquisitivo de los pensionistas ni se quiebre los principios del sistema de protección social.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ALDA, M., “La última reforma del Sistema Público de Pensiones en España: de la ampliación a los 67 años al Factor de sostenibilidad”, *Análisis Financiero*, 130, 2016, pp. 62-77.

ALONSO-VILLAR, O. y DEL RÍO, C., “Diferencias entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo: desempleo y salarios”, *Seminario Economía e igualdad de Género: retos de la Hacienda Pública en el siglo XXI*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

BALLESTER, L., SÁNCHEZ, L. y MACÍAS, L., “La reforma del sistema de pensions”, *Anuari de l'envelliment*, 2016, pp. 96-113.

BONACHE, J., “El régimen de compatibilidad de las prestaciones de Seguridad Social con el trabajo”, *Anales de derecho*, 2016, pp. 1-44.

CALLAU, P., “Los elementos configuradores del sistema de protección social dentro del marco de actuación del Pacto de Toledo”, *Anales de Derecho*, 35(2), 2017, pp 1-26.

CONDE, J., *¿Qué será de mi pensión? Cómo hacer sostenible nuestro futuro como jubilados*, Península, Barcelona, 2014.

- CONDE-RUIZ, J. y GONZÁLEZ, C., “Reforma de pensiones 2011 en España: una primera valoración”, *Colección Estudios Económicos, 01-2012*, 2012.
- CONDE-RUIZ, J. JIMENO, J. y VALERA, G., “Inmigración y Pensiones: ¿Qué sabemos?”, *Cuadernos Económicos de ICE*, 75, 2008, pp. 249-270.
- DEL BRIO, J. Tres enfoques de análisis de la sostenibilidad del sistema de pensiones español: la tasa interna de retorno, una proyección del balance financiero y un modelo de equilibrio general dinámico, UNED, Madrid, 2015
- DÍAZ-GIMÉNEZ, J., *El futuro de las pensiones españolas*, Instituto BBVA de Pensiones, Madrid, 2014.
- DÍAZ-SAAVEDRA, J., “Productividad y viabilidad del sistema público de pensiones”, *Hacienda pública española* (218), 2016, pp.11-32.
- FEBRERO, E., BERMEJO, F. y MCCOMBIE, J., “The impact of pensions on employment: a comparative analysis of the UK and Spain”, *Documento de trabajo. Seminario permanente de Ciencias Sociales*, 2014, pp. 2-28.
- FELDSTEIN, M., “Social security, induced retirement, and aggregate capital accumulation” *Journal of Political Economy*, 82, 1974, pp. 905-926.
- FERRUZ, A., ALDA, M., y MUÑOZ, F., “Planes y fondos de pensión privados en España: características, ventajas y evolución de sus principales características”, *Boletín Económico de ICE*, 2973, 2009, pp. 27-40.
- FRANCESCUTTI, P., “Predicciones y percepción de riesgo social. Los pronósticos fallidos sobre las crisis de las pensiones públicas españolas”, *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, 193-784, 2017, pp. 1-13.
- GARCÍA, I., “Reforma de las pensiones: hacia un modelo mixto de reparto y capitalización”, *Principios: estudios de economía política*,(18), 2011, pp.161-165.
- GUTIÉRREZ, M., “La sostenibilidad de las pensiones públicas en un estado de bienestar social” *e-Revista Internacional de la Protección Social*”, II(2), 2017, pp. 92-113.
- JIMENO, J., “El Sistema de pensiones contributivas en España: Cuestiones básicas y perspectivas en el medio plazo”, *3ª Jornadas sobre Nuevas fronteras de la economía política*, FEDEA (Fundación de Estudios de Economía Aplicada) y Universidad de Alcalá, Madrid, 2000.
- KOTLIKOFF, L., SMETTERS, K. y WALLISER, J. “Social Security: Privarización and Progressivity”, *American Economic Review*, 88(2), 1998, pp.137-141.
- MARTÍNEZ, M., “El impacto de las jubilaciones anticipadas en el sistema de pensiones”, *Temas Laborales*, 103, 2010, pp. 99-127.
- RAMOS, A., “Viabilidad financiera y reformas de los sistemas de pensiones en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Empresariales. Segunda época*(2), 2011, pp. 29-56.
- RODRÍGUEZ, S., “La pensión de jubilación: Algunas reflexiones tras sus últimas reformas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*(39), 2002, pp. 59-80.

ROSADO-CEBRIÁN, B., y DOMÍNGUEZ-FABIÁN, I. “Influencia de la parcialidad laboral en la viabilidad del sistema de pensiones español”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*(91), 2017, pp. 235-266.

SÁNCHEZ, A., “Endogenous retirement and public pension system reform in Spain”, *Economic Modelling*, 27(1), 2010, pp. 336- 349.

SUSINO, J., SÁNCHEZ, M., y LÓPEZ, J., “El envejecimiento como problema social en Europa”, en A. Trinidad, y M. Sánchez (dir), *Marcos de análisis de los problemas sociales. Una mirada desde la sociología*, Los libros de la catarata, Madrid, 2016, pp. 142-158.

ZUBIRI, I. “Reforma y sostenibilidad del sistema de pensiones: una valoración crítica”, *Economía Española y Protección Social*, 4, 2012, pp. 59-105.

**PRUDENCIO JOSÉ RIQUELME PEREA**

*Profesor Titular*

*Departamento de Economía Aplicada*

*Universidad de Murcia (España)*

**ÁNGEL MANZANARES GUTIÉRREZ**

*Profesor Asociado*

*Departamento de Economía Aplicada*

*Universidad de Murcia (España)*

# THE ITALIAN PENSION SYSTEM. THE RELOCATION AGREEMENT: TECHNICAL ASPECTS AND OPERATIONAL PROCESSES<sup>1</sup>

ELENA SIGNORINI

*Aggregate professor of Labour law and social security  
University of Bergamo*

GINA ROSAMARÌ SIMONCINI

*Ph.D. Labour Law University of Bergamo*

Fecha de recepción: 20/11/2017

Fecha de aceptación: 26/12/2018

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION. 2. THE EVOLUTION OF THE ITALIAN PENSION SYSTEM: THE FIRST SEASON. 2.1. The second season of reforms. 3. THE ITALIAN PENSION SYSTEM: THE PENSION ADVANCE (EPA). VOLUNTEER OR FACILITATED. 4. THE RELOCATION ALLOWANCE. 5. THE RELOCATION AGREEMENT. 6. TECHNICAL ASPECTS: THE REQUEST FOR A CHECK BY THE WORKER. 6.1. Intensive care service. 6.2. Benefits for the employee and the employer. 6.3. Reservation of the relocation agreement. 7. FINAL CONSIDERATIONS.

**ABSTRACT:** The Italian pension system is a complex and constantly evolving plant. The revision of the internal mechanisms of social security have led to the transition to a multiplastro functional system to a redistribution of the safeguards. The season

.....

1 Este trabajo de investigación ha de insertarse en el Proyecto de investigación del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad: “El futuro del sistema español de protección social. Análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad (V). Salud, familia y bienestar” DER2016-76557-R.

of reforms that affected the social protection system of workers finds its origin as well as in art. 38 of the Italian Constitution, also in the articles 4, second paragraph and first paragraph 35. Together they make up the structure through which to achieve the protection of every activity or function performed in fulfillment of the general duty that everyone has to contribute with his own work to the material or spiritual progress of society. From them originates the justification of pension protection designed and revisited to face the challenges that the changes in regulatory systems as well as economic ones have created. Unfortunately the serious economic crisis has hit the world of work, increasing unemployment levels and, at the same time, undermining some traditional labor law bases in almost all the countries of the European Union. The adaptability of the person to the imminent and unforeseen transformations of the labor market reshapes a new notion of social security which aims to guarantee the unemployed and the unemployed suitable methods of survival before the loss of work. Not only that: they become recipients of active policies for the search for new jobs and our legislator uses an instrument of North European origin: the relocation contract. The Ministry of Labor and the ANPAL, thanks to the Circular no. 11 of June 7, 2018, highlighted the modalities of early access to the re-placement allowance by workers in business areas and professional profiles at risk of redundancy. In the mentioned circular, the agencies provide the operating instructions for the use of the benefits, for the employer and the employee, following the establishment of a new employment relationship.

**RESUMEN:** El sistema de pensiones italiano es complejo y en constante evolución. Las reformas, que afectaron al sistema de protección social de los trabajadores encuentra su origen, en el art. 38 de la Constitución Italiana, y en los artículos 4, segundo párrafo, y 35, primer párrafo. Juntos conforman la estructura a través de la cual se logra la protección de cada actividad o función realizada en cumplimiento del deber general que todos tienen para contribuir con el progreso material y espiritual de la sociedad. A partir de ellos, se origina la justificación de la protección de pensiones diseñada y revisada para enfrentar los desafíos que se han creado con los cambios en los sistemas regulatorios y económicos. Lamentablemente, la grave crisis económica ha afectado al mundo laboral, aumentando los niveles de desempleo y, al mismo tiempo, socavando algunas bases de la legislación laboral tradicional en casi todos los países de la Unión Europea. La adaptabilidad de la persona a las inminentes e imprevistas transformaciones del mercado laboral remodela una nueva noción de seguridad social cuyo objetivo es garantizar a los desempleados y desempleadas, métodos adecuados de supervivencia antes de la pérdida del trabajo. Pero no solo eso. Los trabajadores se convierten en receptores de políticas activas para la búsqueda de

nuevos empleos y nuestro legislador utiliza un instrumento de origen del norte de Europa: el contrato de reubicación. El Ministerio de Trabajo y el ANPAL, el 11 de junio de 2018, destacó las modalidades de acceso temprano a la asignación de reubicación por parte de los trabajadores en áreas comerciales y perfiles profesionales en riesgo de redundancia. En la circular mencionada, las agencias proporcionan las instrucciones de operación para el uso de los beneficios, tanto para el empresario como para el trabajador.

**KEYWORDS:** Old-age pension; retirement pension; anticipation; social equity; remuneration system; contributory system; relocation agreement; intensive care system, ANPAL.

**PALABRAS CLAVE:** Pensión de vejez; pensión de retiro; anticipación; Igualdad Social; sistema de remuneración; sistema contributivo; acuerdo de reubicación; Sistema de cuidados intensivos.



## 1. INTRODUCTION

The pension system rests on the dilemma of how to provide for the needs of that part of population that has reached the old age and that is in the condition of having to meet their needs by resorting to the support of other generations<sup>2</sup>.

As every pension scheme, the Italian<sup>3</sup> one also has the objective of guaranteeing the citizen maintaining an adequate standard of living after retirement by ensuring a minimum level of income. This objective is retracting in the welfare and social security functions identified by art. 38 of the Italian Constitution.

In the subject of pension, themes are intertwined in which the implications of public finance are intersecting with considerations of intergenerational equity that derive their origins from the conflict of income redistribution<sup>4</sup>.

The whole system is affected by changes in the demographic, economic and political scenarios: this inevitably affects the development of social security benefits, intervening on how resources are allocated and on the functioning of the labor market<sup>5</sup>, in terms of supply and demand.

The Italian system is a complex and particular plant that boasts a plurality of reform interventions. This is a set of corrective measures aimed at establishing a system designed to meet the expectations of the citizens. But it should be reported as the continuous touch-ups, often imposed by unavoidable budgetary needs, we have not improved its stability, making it more unstable and less shared by the population.

.....  
2 MEF, *Le tendenze di medio lungo periodo del sistema pensionistico e socio sanitario*, 2017, in [http://www.rgs.mef.gov.it/\\_Documenti](http://www.rgs.mef.gov.it/_Documenti); D. FRANCO, M. MARÈ, *Le pensioni: l'economia e la politica delle riforme*, 2002.

3 A. M. BATTISTI, *Il sistema pensionistico*, 2017, Universitalia.

4 E. FORNERO, "Pensioni e Costituzione: lo spirito della Carta tutela l'equità tra le generazioni", 2017, in [www.http://www.cerp.carloalberto.org/it/pensioni-e-costituzione-lo-spirito-della-carta-tutele-lequita-tra-le-generazioni/](http://www.cerp.carloalberto.org/it/pensioni-e-costituzione-lo-spirito-della-carta-tutele-lequita-tra-le-generazioni/).

5 Cfr. statistical information on the structure of the pension system offered by ISTAT, *Rapporto annuale 2018*, in <https://www.istat.it/it/archivio/pensioni>.

## 2. THE EVOLUTION OF THE ITALIAN PENSION SYSTEM: THE FIRST SEASON

Several were the stages of reform of the Italian pension system. At various times and cyclically, the Italian legislator has revisited the plant since the years '70. Two are the moments affected by these reforms: a first phase, earlier than the years 2000, characterized by the reforms particular in the seventies, eighty and ninety, that led to the overcoming of the salary system in favor of the contributory one (Amato Reform, Dini Reform)<sup>6</sup>.

At this stage another was succeeded, following the year 2000 represented by the reforms Maroni, Prodi and Fornero<sup>7</sup>.

The decades in question have been particularly sensitive to many Western countries. On one side during these years we witnessed the slowdown of the economy (years '70), which had its culmination with the oil crisis of the years 1973-1976. In the following decade (the years '80), Governments reinforced the awareness of having to rebalance public accounts strongly unbalanced because of increase in public debt caused by the crisis of the decade previous. At the end of this decade in Italy a maneuver was carried out to correct the budget deficits by tightening up the fiscal pressure.

The last period corresponds to years '90 in the course of which several structural reforms focused also on the pension theme.

The set of such revisions that represented an attempt to fix the system anomalies and interventions that have constituted the real historical watershed in Italian social security policy, are contained in the law delegated 23 October n. 421 of 1992 and in law 8 August 1995, n. 335.

The Italian pension system presents anomalies influenced both by the structure on which the public system is based, and by the area in which this system exists.

With regard to the first aspect, it should be stressed that the Italian pension system rested on the allocation criterion, whereby the contributions which the workers and the companies pay to the benefits are used to disburse pensions to those who have left the job. Such criterion implies, inevitably, that between the flow of revenue (contributions) and the one of the outputs (pensions paid) there is balance.

With regard to the second aspect should be highlighted how three were the circum-

.....

6 Amato Reform D. lgs 30 december 1992, n. 503, Dini Reform Lex 8 august 1995, n. 335 in [www.giornata-nazionale dellaprevidenza.it](http://www.giornata-nazionale dellaprevidenza.it)

7 Maroni Reform lex n. 243/2004 with D.lgs. n. 252/2005 in [www.borsaitaliana.it](http://www.borsaitaliana.it); Prodi Reform Fornero Reform D.L. 6 december 2011, n. 201 (Lex n. 214/2011) in M. Cinelli, *Diritto della Previdenza Sociale*, Giappichelli, 2018, p. 530 ss.

stances that characterized this structure: on the one hand a strong financial imbalance derived from the difficulties of covering pensions with existing rates; on the other hand a strong redistributive inequity, determined both by the separate rules governing the different regimes, both from the pay formula, on which it was the calculation of benefit; finally from the incentive system to the early abandonment of the active working.

Due to the gradual increase in the average life of the Italian population, the system developed it destabilizes by failing that balance between indispensable entrances and exits. In order to counteract this situation, several reforms have been initiated in Italy aimed at rebalancing expenditure pension.

These interventions were born from the fact that in Italy, until the years '90, the provision of pension it corresponded to the average wage of the last decade of work, appropriately reassessed. The mechanism, which remained in force until 1992, was known as the pay regime and gave rise to a annual pension resulting from the product between the annual retirement salary<sup>8</sup>, the seniority contributory<sup>9</sup> multiplied by a so called rate of return. This system presented itself particularly favorable for those whose career had had an increase in the last stage work, based on the close correlation between retirement and final salary.

During this scheme the expenditure was not financed by the contributions paid during the working from the new retirees, but from the contributory voices of the subjects still at work.

In 1990 the Italian government had to face two problems: on the one hand the continuous increase of the public debt, on the other the progressive aging of the population.

To cope with this situation in 1992 the Amato Reform (Legislative Decree No. 503 of 1992) intervenes with a harmonizing perspective, expanding, both the retirement age (from 55-60 to 60-65) and the number of years of minimum contribution (from 15 to 20). The interventions contained in the Amato reform undermine a system that remained so until 1992, within which the role of the complementary pension scheme is tentatively represented by the banks and in some companies from specific pension funds created for the sole employees of the same companies.

To the timid effects produced by the Amato reform follow one another in 1995, those contributed by Dini reform (Law No. 335 of 1995) which disrupts the existing system by intervening on the calculation no longer supported by remuneration but by contributions.

.....

8 Understood as the average salary received in the last five years of work (10 if self-employed and 1 for public employees).

9 Understood as the total contributions paid in years, up to a maximum value of 40.

Firstly it should be reported that the Amato Reform stimulates the introduction of an organic discipline of complementary social security, favoring the creation of pension funds for collective and open collective membership (d.lgs. Decree No. 124/1993)

However, this reform should be credited with having implemented the principle of fairness by linking the pension to the contributions paid throughout the working life regardless of the type of work carried out. In addition to this new reform rewrites the system of career progression, implemented near the end of working life by denying them the role they had in the previous system and leaving the worker free (within certain limits) to withdraw from work<sup>10</sup>.

In spite of the innovative scope it was in the complex a structural reform often too timid, enriched by numerous even jurisprudential<sup>11</sup> interventions tending on the one hand to progressively controlling the expansion of public expenditure intended for pensions (compared to the gross domestic product), on the other hand to create a double-span system where the social security system was accompanied by the complementary pension plan.

In the final drawing of these reforms, the relationship between pension and final salary is replaced by a more appropriate reference to wages (Amato Reform) or contributions (as will happen with the Dini reform) of the worker's entire working life.

The reformist stimulus triggered by the economic crises of the years '70 and the interventions of containment of performance, started in the years '80, to seek a balance point in the public accounts by scaling current spending<sup>12</sup> and the subsequent interventions of the years '90 have highlighted as a pension system structured according to the criterion of non-distribution would respond more to changing needs.

The shift from a pay-to-a-contribution system came with the Dini Reform of 1995, contained in law n. 335 that contains a structural reform of pensions that disrupts the payroll-based calculation methods, by accepting the contribution system. With the new system the difference between a system based on a salary criterion and one which instead adopts the contributory one was clear. While in the first the pension corresponds to a percentage of the salary, suffering from the seniority and salaries (especially those of the last period), in the second it depends on the individual contribution pillar paid by the subject in the course of their working life, regardless of type of work done.

.....

10 INPS, XV rapporto annuale (on line), 2016, in [www.inps.it](http://www.inps.it).

11 With regard to the revaluation of pensions and the interventions of the Constitutional Court on item v. G. MARINO, La Consulta returns on the equalization of pensions, in *Law & Justice*, fasc. 86, 2018, p. 4; M. CINELLI, Illegitimate blocking of the indexation of pensions: the good reasons of the Court (Court cost 30 April 2015, No. 70), *Rivista del Diritto della Social Security*, 2015, 2, 429-446; ib. From the sentence n. 70/2015 to the sentence n. 7/2017: pensions and the Constitutional Court, in *Rivista del Diritto della Social Security*, 2017, 2.

12 V. for an analysis of the pension system between the two conflicts, L. BELTRAMETTI, R. SOLIANI, The Italian pension system in the period 1919-39: some macroeconomic and redistributive effects, 1999, Department of economics and quantitative methods, University of Genoa.

As in previous reforms, the transition from one system to another is accompanied by a gradualness and a momentary coexistence between the two systems, aimed at encouraging a harmonization made by slipping into the new system without affecting the workers who started their working life in the previous system. The transition was thought “*in gradually, sharing the burden of adjustment inversely proportional to age, so that the most important weight (pits) supported by the generations having higher possibility to activate for time social security mechanisms*”<sup>13</sup>.

Before coming to the last structural reform of the pension system, contained in the Reform Fornero of 2012, the matter is in more moments revisited by the legislator who, in 2000 with Dlgs decree n. 47 reviews the tax treatment of those who adhere to a pension fund, enriching the opportunities offered by supplementary pensions (open pension funds, individual pension plans).

## 2.1. The second season of reforms

Among the various corrective measures to the Dini Reform of 1995 there are the Prodi Reform (Law 27 December 1997, No. 449); the Maroni Reform of 2004, (Delegated Law n. 243); the Legislative Decree no. 252 of 2005; the Prodi Reform (Welfare Protocol), law n. 247 of 2007; the D.L. n. 112 of 2008 eliminating the prohibition of cumulation of pension-income from work; the 2010 Manovra economica (Decree Law No. 78 of 2010 - Law No. 122 of 2010), which is credited with identifying new times for access to retirement treatment and to equify the retirement age for the working women of the public sector to that of men; law n. 102 of 2009; law n. 148 of 2011 which raised the retirement age of women workers in the private sector and anticipated the entry into force of the adjustment mechanism of the anagrafic requirement. Follow the decree *Salva Italia*, converted into law n. 214 of 2011<sup>14</sup> and the Decree *Mille Proroghe* contained in law n. 14 of 2012.

This is a plurality of interventions aimed at encouraging those who remain at work, postponing the retirement pension and providing for the provision of a super bonus corresponding to the contribution that would be paid to the pension fund. In particular, the 2004 is the year in which age is increased for retirement and old age pensions, while maintaining the women the opportunity to leave work at 57 years of age (progressively brought to 65 years for public employees by Law No. 102 of 2009), applying in full the contributory criterion and where the delegation criteria for a redefinition of a pension

13 A. MARANO, M. SOLOMBRINO, (a cura di), *La riforma delle pensioni*, 2004, Gruppo editoriale Esselibri.

14 M. CINELLI, *La riforma delle pensioni del governo tecnico*. Appunti sull'art. 24 della legge n. 214 del 2011, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, 2012, 2, p. 385.

system are set complementary (among the measures, the conferral of end-of-relationship treatment by the employees for supplementary pensions<sup>15</sup> also with tacit mode). Interventions on supplementary pensions are outlined in D.lgs. n. 252 of 2005<sup>16</sup>, which replacing D.lgs. n. 124 of 1993.

In 2007, the quotas for access to the retirement pension are introduced under law n. 247. The quota system calculated by adding the age of the beneficiary with the years worked is still in force: from the original forecast of the quota 95 (with at least 59 years of age), the current government is thinking of a 100 quota<sup>17</sup>.

The last stage of system reform is contained in the Save Italy decree, launched by the Monti government and known as Fornero Reform (law No. 214 of 2011). This plant is currently still in force despite the current Government wants to revise it.

Since 2012 the Italian pension system has therefore been renewed, undermining some of the fundamental pillars on which it rested.

Firstly, the reformist text abolishes the retirement pension (now replaced by pension in advance) and raises the personal requirements (both for subordinate and self-employed workers) indispensable for the achievement of that of old age (maintaining the length of the contribution of 20 years).

From 1 January 2012, Italian workers have a plurality of pension schemes: old-age pension, early retirement (voluntary and / or facilitated), invalidity, disability and survivors' pensions.

In addition to these forecasts, the reform introduces a dual requirement to be able to access the pension (personal/contribution data); the application of the contribution calculation system for all the all workers in lieu of remuneration and envisage a new calculation system (pro-rata contribution) for all pension payments.

Complete the reform the confirmation and extension of the application of the adjustment mechanism to life expectancy of the requirements of access to pension treatments (after 2019 the adjustment will be biennial).

The reform, which extends to all subjects the method of contribution calculation to be given since January 2012 and designs a system in which, for certain categories of subjects, pensions calculated with the salary system and pensions calculated according to the contributory method, coexist. The watershed date for pension benefits calculated with

.....  
15 V. FERRANTE, La previdenza complementare al tempo della crisi finanziaria: vicende dei fondi e tutela delle posizioni individuali, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, 4, p. 531 ss.

16 M. PICCARI, La disciplina delle forme pensionistiche complementari nel decreto legislativo n. 252 del 2005, in *Diritto e relazioni industriali*, 2007, n. 2, p. 430 ss.

17 C. A. NICOLINI, M. CINELLI, Verso la fine della XVII Legislatura - La manovra finanziaria per il 2018: ancora pensioni, sgravi per le assunzioni dei giovani... e non solo, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2018, n. 1, GIUFFRÈ, III, p. 55.



the various systems is December 31, 1995. According to the new regulations, those who at 31/12/1995 already had at least 18 years of contributions will be entitled to a pension calculated using the retribution method until the end of the year 2011. To this pension will be added a pension calculated for the period after January 1, 2012 (entry into force of the law Fornero) with the contributory method.

Unlike those who could not boast 18 years of contributions on 31 December 1995, the calculation of the pension will be by salary method until 31 December 1995 and by the method of contribution from January 1, 1996 onwards. The effects of the reform will be on the whole for those who have been recruited from 1 January 1996, which have not been established at the 31s December 1995. For these, the calculation of the pension will take place entirely in the contributory method.

### 3. THE ITALIAN PENSION SYSTEM: THE PENSION ANTICIPE (APE). VOLUNTARY OR EASY

One of the pivotal points around which the pension system is redesigned is the advance pension scheme, governed by art. 24 of law n. 214/2011 in experimental form for a two years in the two formulas of the voluntary Ape and facilitated Ape<sup>18</sup>.

The institute is a way of exiting flexibility from the market that allows you to apply for an advance on the amount of pension treatment in the years preceding the fulfillment of the required anagraphic requirement.

This is a performance that allows from 1 January 2017 to 31 December 2019 workers to leave the work beforehand with respect to the age requirements of the retirement pension. The APE allows those born until 1954 to retire early after being made the 63 years of age with 20 years of contributions paid. As of 2019 these age limits are intended to increase, being subject to adaptation to life expectancy. The advance, to the extent of 80-95% of the expected old-age pension, is paid (monthly for twelve months) by INPS<sup>19</sup> and is financed by a bank loan provided by credit institutions and insurance companies. This “bridge” financing (also assisted by an insurance policy against the risk of the applicant’s premortification) will be returned from the date of retirement including interest and charges.



18 A. BERNARDINI, L'Anticipo pensionistico, in *Informazione previdenziale*, 2017, p. 1-17.

19 INPS, the National Social Security Institute is one of the greatest and most complex social security organisations in Europe. It manages almost the entire Italian social security with a budget which size is second only to the State own budget. Most employees from the public and private sector and free-lancers are insured by INPS. INPS tasks and internal organisation are regulated by legislation, in [www.inps.it](http://www.inps.it).

The EPA facilitated or social, unlike the voluntary, has a welfare soul in total state load. Recipients of this “bridging income” disbursed by INPS and which should not be returned, are the subjects in need that the Stability law of 2017 individuated (law No. 232 of 2016, article 1, paragraph 179 ff.) in those who are at least 63 years of age; they have gained the right to retirement pension within 3 years and 7 months; they have a seniority of at least 30 years (or 36 years if they are employed in weary professions) and fall under the categories indicated by the stability law.

They may, in fact, be recipients of this care treatment those who are, respectively, or unemployed as a result of termination of the employment relationship by dismissal, even collective, including collective termination, due to just cause or consensual resolution, and who have finished in full to perceive the provision for unemployment for at least three months; or attending at the time of request and for at least six months, the spouse or a first-degree relative cohabiting with a disability in a situation of seriousness pursuant to Article 3, paragraph 3, of Law 104; or who have a reduction of working capacity, verified by the competent commissions for the recognition of civil invalidity, greater than or equal to 74%; or who are employee at the time of the starting of the indemnity and carry out work that is particularly difficult or risky for at least six years. For this hypothesis requires a minimum contribution age of at least 36 years.

The treatment, delivered monthly for twelve months a year, also assumes that the subject must have ceased any work which is not the proprietor of a pension treatment is not intended to be the recipient of other income support treatments such as those related to the unemployment rate or unemployment allowance <sup>20</sup>(ASDI) or compensation for termination of the business. The payment is equal to the amount of the monthly payment of the pension calculated at the time of access to the service and may not in any case exceed the maximum monthly amount of 1,500 euros and is not subject to revaluation. Delivery ceased to meet the requirements for the retirement pension or for early retirement.

The other measure at the disposal of workers is the old-age pension intended, on demand, to employees (public and private) and self-employed, who are enrolled in the Compulsory General Insurance (AGO) (which includes the Employees Pension Fund, FPLD and the management of the for self-employed workers, that is, craftsmen, traders, farmers, farmers and sharecroppers) and the Separate Management. The recipients must be in possession of three basic requirements: personal data, insurance, social security contribution. Under the Fornero law of 2012 the new retirement pension is conditioned, from 1 January 2012, to the possession of a seniority at least twenty years in addition to the possession of

.....

<sup>20</sup> The benefit is only compatible if you receive income from employment or quasi-subordinate employment up to a limit of € 8,000 per annum and income from self-employment in the limit of € 4,800 per year.

the new age requirements (retirement age) that varies between men and women, between sectors and between work public and private. In a unifying perspective the reform started a process aimed at convergence towards a uniform age, which in the drawing of the legislator was indicated, to be given by 2018, in the possession of 66 years and 7 months. It is an age that serves as a watershed even if destined to be affected by upgrades made necessary on the basis to longevity, life expectancy in compliance with the safeguard mechanism wanted by Europe <sup>21</sup>.

The retirement age has been historically different for men and women and for different sectors, public, private and autonomous work. With the reform in question it is completed a process of convergence towards a uniform age which had already begun from time, age identified without gender differences at age 66 and 7 months with the canons 20 years of minimum contribution. This age rise in 2019 as the increase in the average life of Italians will raise that minimum age for the retirement at 67 years old.

The subject of pensions necessarily implies some reflections related to the female condition that should be analyzed both with reference to the asymmetries that the market presents and with regard to career opportunities<sup>22</sup> and training of women, both in the last with regard to the phenomenon of gender pay gap<sup>23</sup>. The pension rights of women unfortunately suffer from the discriminatory phenomenon<sup>24</sup>.

Generally in 2018, for old age retirement as mentioned, needs at least 66 years and 7 months of age and 20 years of contributions are necessary (both men and women in the public sector and the private sector). For early retirement, however, 41 years and 10 months of contributions are needed (42 years and 10 months for men) regardless of age.

Only in particular situations, sorting differs from these values: it is the case of sectors that have specific characteristics related to the type of work carried out or the condition of the worker. Among these cases are the creation of facilitated channels to encourage the exit for weary jobs, for disabled persons by 80%, for the defense, security and public rescue sectors (eg police, military, financial police, police of the fire), for the traveling staff at public transportation services, some categories of entertainment workers, professional sportsmen, some categories of workers in the maritime sector and airline crew (flight fund).

From 2017 there is also the possibility of withdrawing to 41 years of contributions regardless of the age for early workers. This measure is intended for those persons who have carried

.....

21 The minimum 20-year contribution requirement is excluded for the cds. 15-year-old workers, as clarified by Circular Inps 16/2013.

22 C. ALESSI, Lavoro e conciliazione nella legislazione recente, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2018, 3, p. 804 ss.

23 Please refer to *Gli avvocati oggi, tra U.E., studi di genere, A.D.R. e P.C.T.*, F. LOCATELLI, (a cura di), 2018, Pacini Ed.

24 M. BUSCATTO, C. MARRY, Le plafond de verre dans tous ses éclats, in *Sociologie du travail*, 2009, vol. 51, n. 2, p. 170 ss.

out at least 12 months before the 19th years of age and are in profiles deserving of a particular protection. The retirement age is subject annually to special updates based on longevity and life expectancy (both in the old-age pension and in the early retirement the personal and contributives are adapted to the so called life expectancy calculated by the Istat. The more life expectancy increases, the higher the retirement age and the seniority of contributions will go up. This is a safeguard mechanism wanted by Europe).

In this regard it should be noted as in the 2018 Manovra in art. 1, in paragraphs 82 to 89, provides for specific methods for adjusting pension requirements to increases in life expectancy reported by ISTAT. In addition to protecting workers, the free totalisation mechanism (which is opposed to costly reunification) was also encouraged, allowing those who, during their working life, have carried out different activities, paying contributions in several pension schemes, to combine all the periods insurance, not coinciding, held in different pension schemes, in order to obtain a single pension.

Despite the many reforms, there are still many shadows that characterize the Italian pension system. Considering the measure adopted by the Government, Italian Pension system gives further instrument to help the worker that is, unfortunately, outside from labour law market. These have been delineated in the JOBs Act (2015). For example, the relocation agreement.

#### 4. THE RELOCATION ALLOWANCE

The relocation allowance<sup>25</sup>, regulated by art. 23 of Legislative Decree n. 150/2015, is an active labor policy tool that facilitates the unemployed to improve the chances of relocating and is characterized by an amount<sup>26</sup> to be used by those who provide intensive care services looking for a job<sup>27</sup>.

More precisely, the mentioned art. 23 ratifies and recognizes “to unemployed recipients of the New Social Insurance for Employment (*Naspi*), whose duration of unemployment exceeds four months (...) if they request it to the employment center with whom they have entered into the personalized service agreement, a sum called individual relocation allowance, graduated according to the personal profile of employability, which can be spent at the employment centers

.....

25 OLIVIERI, A., “L’assegno di ricollocazione: una nuova condivisione di diritti e doveri”, *Argomenti di diritto del lavoro*, Vol. 2, 2016, pp. 272-300; CHAPPELLU, D., “Politiche attive del lavoro dopo il Jobs Act. L’approccio a rete e l’assegno di ricollocazione”, *Jus: Rivista di Scienze Giuridiche*, Vol. 65, num. 1, 2018, pp. 123-143.

26 The amount is between 250 and 5,000 euros, based on the employability profile.

27 In particular, the Employment Centers or Accredited Employment Agencies.

or at the accredited services (...).” The amount of the allowance is recognized to the institution providing the relocation assistance service only if the person, beneficiary of the check, finds work, being sufficient the establishment of a permanent contract, including the apprenticeship or fixed-term, longer than or equal to 6 months - reduced to 3 months for Campania, Puglia, Basilicata, Calabria and Sicily.

At the moment, the beneficiaries of NASpI<sup>28</sup>, who have been unemployed for at least 4 months, can request the check, however, pursuant to art. 1 paragraph 136 of the Budget Law 2018, which introduced Legislative Decree no. 148/2015 the art. 24-bis regarding the relocation agreement, the early assignment of the relocation allowance is recognized to those workers who belong to business areas or professional profiles at risk of redundancy, expressly request it to the National Agency for active policies of work. The relocation allowance consists of a “voucher” aimed at purchasing intensive care services in the job search. The denomination “check” generates many misunderstandings because it is not a cash emolument of which the worker has free availability.

Being a “voucher”, it gives the right to purchase some services, in particular, those useful to support the relocation of the worker. On this point it is necessary to remember that the allowance, originally attributed exclusively to workers who have been unemployed for more than 4 months and recipients of NASpI, has subsequently been extended to beneficiaries of the inclusion income (Rei), when the (personalized) project provides for the stipulation of the service agreement, and also to particular categories of workers placed in the extraordinary wage supplement scheme and involved in relocation agreements.

In other words, the measure under examination increases the number of public administration interventions in favor of the worker in employment difficulties, in fact, the legislator intends to ensure, to the worker belonging to the category of beneficiaries, the financial resources necessary to take advantage of some active labor policy services. As highlighted, it is a benefit subordinated to the request by the worker, a request that can be presented to the employment center where he signed the “service agreement” or to the ANPAL<sup>29</sup>, through the electronic procedure provided for by art. 20, c. 4 of Legislative Decree no. 150/2015.



28 It is possible to claim NASpI if you are an apprentice, worker, artist or cooperative member with a dependent working relationship or a fixed-term employee of a Public Administration or you have involuntarily lost your job or your fixed-term employment contract has finished and you have declared your availability (DID) to begin a new working activity or training course to the Job Centre in good time. You are entitled to receive NASpI for half the number of weeks covered by contributions in the last four years prior to losing your job. Perulli, A., “Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro”, Fiorillo L., Perulli A (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino (2015).

29 ANPAL is the National Agency for Active Labour Policies established by the “Jobs Act” reform (Leg. Decree no. 150 of Sept. 14, 2015). The Agency implements active labour policies for job seekers and for the unemployed who are entitled to allowances (Naspi, Dis-Coll, Asdi). ANPAL also coordinates the National Network of labour policies which includes all regional and national structures dealing with active employment policies. The Agency is responsible for the information system managing the labour market, which includes the monitoring of services offered, the Register of accredited entities involved in active policies, and the national database of employment incentives. Being a public institution, the Agency operates under the supervision of the Ministry of Labour.

It is therefore clear that the active participation of the worker is the *conditio sine qua non* to the use of the benefit, because if the worker does not want to react to the state of employment difficulties, the tool does not produce effects. The worker maintains the choice of the subject from which to “purchase” the services, which can be freely identified by the worker between the employment centers and the accredited subjects. It notes that it is not, at least this time, the public administration to purchase services for the worker, stimulating public and private structures to improve their services, precisely because it is the beneficiary who is invested with purchasing power.

## 5. THE RELOCATION AGREEMENT

The Article 24 bis of Legislative Decree n. 148/2015 states that “*In order to limit the use of dismissal at the end of the extraordinary wage integration intervention*” in cases of company reorganization or corporate crisis for which full employment recovery is not expressly envisaged, the consultation procedure may lead and conclude with an agreement that provides a plan for the relocation of workers with the indication of the business areas and professional profiles at risk of redundancy<sup>30</sup>.

The relocation agreement is therefore admissible in cases of reorganization or corporate crisis, excluding cases of cessation of the company’s production activity or of a branch thereof, which does not result the employment recovery.

Consequently, it is not possible to resort to this institution in the event that the extraordinary intervention of wage integration is determined by a solidarity contract. Until 30 September 2018, during the first application, it is possible that the redeployment agreement is distinct, as well as temporally subsequent, to the consultation report, rather than enclosed to the report.

In any case, within 7 days from the stipulation, the agreement is transmitted to the ANPAL, by the employer, in the way provided by the ANPAL itself. The Directorate General of Training and Labour Policies Department shares with the ANPAL the list of names of workers affected by the suspensions or reductions of time transmitted with the request for the granting of salary integration treatment.

.....

30 Fili, V., “L’assegno individuale di ricollocazione tra welfare e workfare”, G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario alla riforma “Jobs Act”*, Cedam, Padova (2016).



## 6. TECHNICAL ASPECTS: THE REQUEST FOR A CHECK BY THE WORKER

Within 30 days from the date of signing of the agreement, workers involved in the reduction or suspension of work, belonging to the business areas and professional profiles, for which it has been declared redundant, can ask the ANPAL for the attribution advance of the relocation allowance, within the limits and conditions foreseen by the CIGS programs.

The request for early allocation of the relocation allowance must be submitted within 30 days from the date of signing the relocation agreement, in the manner indicated by the ANPAL.

Applications will be accepted according to the chronological order of presentation and the number of requests can not exceed the quota limits foreseen, for each area or profile, by the CIGS program.

### 6.1. Intensive care service

The “relocation assistance service”, set out in article 23 of Legislative Decree no. 150 of 2015, consists of activities of “intensive assistance in active job search”, and consists of two performances.

The first concerns personal assistance and tutoring aimed at continuously assisting the worker in all the activities necessary for his relocation, through the assignment of a tutor, thanks to the definition of a personalized program for active job search. The second performance is related to the intensive search for employment opportunities, aimed at promoting the professional profile of the relocation allowance towards potential employers and includes the selection of vacancies, pre-selection assistance and support until early stages of job placement. The recipient of the check has the duty of carrying out the activities identified by the tutor and of accepting a suitable job offer, on the other hand, the provider of the service has the obligation to communicate to the employment center and to the ANPAL the unjustified refusal, by the person concerned, to carry out one of the activities proposed within the service or a suitable job offer, for the purpose of implementing the cross-compliance mechanisms referred to in Article 21, paragraphs 7 and 8 of the Decree Legislative n. 150 of 2015.

The intensive assistance service for relocation has a duration corresponding to that of the wage integration treatment and in any case can't be less than 6 months. At the end of this period, it is possible to extend the service up to a further 12 months, after agreement between the worker and the service provider, in the case that it has not been used, by the end of the extraordinary wage integration treatment, the full amount of the check. The intensive care

program must be compatible with the residual work activity and with the relocation agreement, consequently the active policy initiatives proposed must be carried out outside the working hours.

Workers admitted in advance to the relocation allowance do not apply the obligation to accept a suitable job offer: they will therefore be able to freely refuse a job offer and this choice will not have consequences in relation to the perceived salary integration.

## **6.2. Benefits for the employee and the employer**

If the worker accepts, during the period in which he takes advantage of the assistance service, the offer of a work contract with another employer, who does not have ownership structures (substantially) coinciding with those of the current employer, will be applied, for the same worker, a double benefit. In particular, the exemption from taxable income for income tax purposes of the sums received depending on the termination of the employment relationship, within the maximum limit of 9 months of the reference salary for the calculation of severance pay as well as payment by the INPS a monthly contribution equal to 50% of the extraordinary salary supplement treatment that would be paid to him for the remaining period foreseen by the reorganization or corporate crisis program.

The employer who hires the worker, during the period in which he receives the relocation allowance, will be entitled to exemption from the payment of 50% of the total social security contributions due, excluding the premiums and contributions due to INAIL, within the maximum limit for an amount equal to 4.030 euros per annum, for a period not exceeding 18 months in case of employment with a permanent contract or 12 months, in case of employment with a fixed-term contract, to which may be added a further 6 months in case of transformation indefinitely. The benefit is only valid if the employers' ownership structures do not coincide. For the purpose of benefiting from the benefit, the ANPAL communicates to the INPS the data relating to employers who have hired workers during the period of use of the relocation allowance.

The ANPAL, with the Note n. 9352 of 23 July 2018, illustrates the procedures for requesting the relocation allowance by workers involved in the relocation arrangements in the event of CIGS for reorganization or corporate crisis.

In particular, please note that, within seven days of signing, the employer must send the relocation agreement to the ANPAL, with a prospectus containing the data of the workers involved in the reorganization or corporate crisis program.

The request for early assignment of the relocation allowance must be presented, by the workers involved in the reduction and / or suspension of the work activity, belonging to the business areas and to the professional profiles for which a surplus has been declared,

within 30 days from the date to sign the relocation agreement. The first operating instructions to request, pursuant to the aforementioned art. 24-bis, the relocation allowance was provided by ANPAL with Note no. 9352 of 23 July 2018.

### 6.3. Reservation of the relocation agreement

From 24 July 2018, the workers involved in the relocation agreements can book the check by accessing the following address <http://adrcigs.anpal.gov.it>, after registering on the portal of the ANPAL. After logging in, the worker will need to enter some information<sup>31</sup>, after which the system will provide a printable communication containing the checkbook number, date and time of the check.

Following the booking of the check and after 30 days from the signing of the agreement, the infomratic system will automatically check the signing of the relocation agreement and the presence of the data relating to the request for extraordinary salary integration received by the Ministry of Labor. Once these checks have been completed, communication will be sent via e-mail to the address associated with the user, with the possibility of completing the request. The worker concerned, within the next 30 days, will be able to insert the data useful for his profiling into the procedure and choose the provider to be assisted in the relocation process.

Otherwise, in the event of a negative outcome, the system will send a notice if the applicant is not among the workers affected by the request for salary supplementation and the booking was made after 30 days from the signing of the agreement, the booking was made in after reaching the maximum number of requests provided for in the agreement<sup>32</sup>.

## 7. FINAL CONSIDERATIONS

The Italian social security system is a very complex system. It is based on a plurality of autonomous entities and management operating in different ways and disciplines.

In the face of this vastness, the discussion focused only on some pension formulas belonging to the general scheme managed by INPS.

.....  
31 The data are: the company's tax code, the mobile phone number of the worker himself, the e-mail address and the reading of the Information on the processing of personal data, mandatory to be able to proceed with the request.

32 The employer must send the relocation agreement to the ANPAL within seven days from the stipulation, together with an excel prospectus containing the following data of the workers involved in the reorganization program or the company crisis.

This subject is constantly moving.

2019 announces itself as a year of novelty on the pensions front: not only for the reform, which will be implemented by the Government, but also for the adjustment with life expectancy that will lead to a general increase in retirement requirements.

Among the new features announced are those relating to the new methods for calculating pension, with possible penalties for gold checks; those relating to changes in terms of equalization, as well as those relating to changes in the capitalization rate to be applied to the contribution amount for the revaluation of contributions.

**ELENA SIGNORINI**

*Aggregate professor of Labour law and social security*

*University of Bergamo*

**GINA ROSAMARÌ SIMONCINI**

*Ph.D. Labour Law University of Bergamo*

**INSTRUCCIONES PARA LA  
PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS**

## INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

**I**nstrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la **Norma AENOR UNE 50-133-94** (equivalente a **ISO 215:1986**) sobre **Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie** y la **Norma AENOR UNE 50-104-94** (equivalente a **ISO 690:1987**) sobre **Referencias bibliográficas**.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 20 a 25 folios a espacio 1,5 aprox. y 2 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir en castellano y en inglés todo lo que se indica a continuación: un título/title, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras y unas palabras clave/Key words (máximo cinco). Las tribunas, escritas en Times New Roman 12, serán de 5 folios a espacio 1,5.

Los originales serán sometidos a **informes externos anónimos** que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Estos informes son la base de la toma de decisiones sobre su publicación o no, que corresponde en última instancia al Consejo de Redacción (Comité Editorial) de la Revista y a la Dirección de la misma. La Revista Derecho Social y Empresa no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derecho Social y Empresa comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derecho Social y Empresa. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Se deben entregar en **soporte informático PC Word** a las direcciones electrónicas de la Revista (**revista@centrosagardoy.com**). Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas.



Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista electrónica

Los originales deberán presentarse en español, inglés o en cualquiera de las lenguas de los países pertenecientes a la Unión Europea.

Los autores deben **señalar en negrita aquella frase o frases más relevantes** de cada epígrafe de su trabajo

Derecho Social y Empresa establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

- **Libros:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.
- **Trabajos incluidos en volúmenes colectivos:** SIERRA BENÍTEZ, M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61-91.
- **Artículos contenidos en publicaciones periódicas:** GARCÍA VIÑA, J., “Situación de la violencia en el trabajo en España y en otros países europeos”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010, pp. 101-124.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII”, en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, *cit.*

## PUBLISHING GUIDELINES IN DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

**I**nstructions for authors established following the standard AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1.5, is 20 to 25 pages aprox. Books reviews maximum length should be 2 pages with 1.5 spaces. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 150 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to anonymous and external referees that could: a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. These external referees are the basis for decisions on publication or not. The decision is in any case the Editorial Board of the journal and the management team of the journal. Derecho Social y Empresa will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derecho Social y Empresa as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while it is being considered for publication in Derecho Social y Empresa. Originals will not be returned to their authors.

Articles should be submitted in Pc Word format to the Journal's e-mails (**revista@centrosagardoy.com**). In order to facilitate the anonymity of the external referee, in one file author's details should be omitted. In a separated file, the following details should be included as listed: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

Authors of the published articles will receive an issue of the review.

Originals should be submitted in Spanish, English, or in any of the languages of the countries belonging to the European Union.

The authors should indicate **in black colour that phrase or phrases most relevant** of each section of their work

Derecho Social y Empresa establishes the use of the following reference's rules as a condition to accept the articles:

- **Books:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.
- **Articles included in collective works. :** SIERRA BENÍTEZ, M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.),. *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, , Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61-91.
- **Articles included in periodic publications:** HOWELL, J. H., “Industrial Relations: A Field in Search of a Future? But Don't Worry, Bruce Kaufman Has Done the Past”, *Industrial & labor relations review*, Vol. 59, núm. 3, 2006, pp. 501-505.

In order to avoid the repetition of references it is strongly recommended the use of the expression cit.. As for instance, (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII”, en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, cit.)