

e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)

Vol. VIII ► N° 2 ► 2023

ISSN 2445-3269

<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>

© Editorial Universidad de Sevilla 2023



CC BY-NC-SA 4.0.



EQUIPO EDITORIAL

DIRECTORA

DRA. CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

SUBDIRECTORA

DRA. ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ, UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

SECRETARIA GENERAL

DRA. CARMEN SOLÍS PRIETO, UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA, ESPAÑA

COMITE ASESOR

Dr. José María Miranda Boto, Universidad de Santiago de Compostela, España
Dr. Djamil Tony Kahale Carrillo, Universidad Politécnica de Cartagena, España
Dr. Leopoldo Gamarra Vilchez, Universidad nacional Mayor de San Marcos, Perú
Dr. Juan Antonio Maldonado Molina, Universidad de Granada, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dra. Lourdes Mella Méndez, Universidad de Santiago de Compostela, España
Dr. Pablo Arellano Ortiz, Especialista en Legislación Laboral. Unidad de D^o Laboral y Reforma/GOVERNANCE (OIT), Suiza
Dr. Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Universidad Carlos III de Madrid, España
Dr. Rob Cornelissen, Universidad Vrije de Bruselas, Bélgica
Dr. Ángel Luis De Val Tena, Universidad de Zaragoza, España
Dra. Carolina Gala Durán, Universidad Autónoma Barcelona, España
Dr. José Ignacio García Ninet, Universidad de Barcelona, España
Dr. Daniel Ignacio García San José, Universidad de Sevilla, España
Dr. Juan Gorelli Hernández, Universidad de Huelva, España
Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España
Dra. Gabriela Mendizábal Bermúdez, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

Dr. José Luis Monereo Pérez, Universidad de Granada, España
Dr. Marius Olivier, Northwest University, Sudáfrica; y Universidad de Western, Australia
Dr. Frans Pennings, Universidad de Utrecht, Países Bajos
D. José Joaquín Pérez-Beneyto Abad, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, España
Dr. Danny Pieters, Universidad de Lovaina, Bélgica
Dr. Borja Suárez Corujo, Universidad Autónoma de Madrid, España
Dr. Rodrigo Alejandro Sandoval, Abogado, Chile
Dra. Krassimira Sredkova, Universidad de Sofia, Bulgaria
Dr. Hans-Joachim Reinhard, Universidad de Fulda, Alemania
Dr. Gijbert Vonk, Universidad de Groningen, Países Bajos

CONSEJO DE REDACCIÓN

Dr. Miguel Ángel Gómez Salado, Universidad de Málaga, España
D. Manuel de Armas Cejas, Colegio de Graduados Sociales de Tenerife, España
Dra. María Teresa Igartua Miró, Universidad de Sevilla, España
Dra. Yolanda Maneiro Vázquez, Universidad de Santiago de Compostela, España
Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España
D^a. María Dolores Ramírez Bendala, Universidad de Sevilla, España

Dra. Esperanza Roales Paniagua, Universidad de Sevilla, España
Dra. Maria Carmen Giménez Muñoz, Universidad de Sevilla, España
Dr. Francisco Rubio Sánchez, Universidad de Extremadura, España
Dr. Mohamed Saad Bentaouet, Universidad de Sevilla, España
D. Luis Jurado Cano
Dr. Julio Alberto Ramírez Barrios, Universidad de Sevilla, España

COMITÉ EJECUTIVO

Dra. Ana María Chocrón Giráldez, Universidad de Sevilla, España
Dr. Marcelo Fernando Borsio, Conselho de Recursos da Previdência Social do Brasil - CRPS, Brasil
Dr. Fco. Javier Fernandez Orrico, Universidad Miguel Hernández, España
Dra. María Teresa Igartua Miró, Universidad de Sevilla, España
Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España

Dr. José María Miranda Boto, Universidad de Santiago de Compostela, España
Dra. Carmen Moreno de Toro, Universidad de Córdoba, España
Dr. Francisco Ortiz Castillo, Universidad de Murcia, España
Dr. Guillermo Rodríguez Iniesta, Universidad de Murcia, España
D. Andrés Ramón Trillo García, Instituto Nacional de la Seguridad Social, España
Dra. María Teresa Velasco Portero, Universidad Loyola Andalucía, España

COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

Dr. Guillermo Leandro Barrios Baudor, Universidad Rey Juan Carlos, España
Dra. Pepa Burriel Rodríguez, Universidad de Barcelona, España
Dra. Dolores Carrascosa Bermejo, Universidad Pontificia Comillas – ICADE- Ediciones Lefebvre-El Derecho Red de expertos de la Comisión Europea FreSso, España
Dr. David Carvalho Martins, Universidad de Lisboa, Portugal
Dra. Esther Carrizosa Prieto, Universidad Pablo de Olavide, España
Dra. María José Cervilla Garzón, Universidad de Cádiz, España
Dr. Miguel Gutierrez Pérez, Universidad de Extremadura, España
Dr. Fernando M. Jimeno Jiménez, Profesor Tutor UNED Ceuta Coordinador Unidad de Dependencia IMSERSO Ceuta, España
Dra. Julia Muñoz Molina, Universidad de Córdoba, España
Dra. Thereza Christina Nahas, Escuela Judicial de Sao Paulo y Paraná Centro de Postgrado de la PUC/SP, Brasil
Dra. Elaine Noronha Nassif, Ministério Público do Trabalho Escola Superior do Ministério Público da Uniao, Brasil

Dra. Belén López Insua, Universidad de Granada, España
Dra. Natalia Ordoñez Pascua, Universidad de León, España
Dra. Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo - Brasil), Brasil
Dra. María Isabel Ribes Moreno, Universidad de Cádiz, España
Dr. Iván Rodríguez Cardo, Universidad de Oviedo, España
Dra. Sarai Rodríguez González, Universidad de La Laguna, España
Dra. Josefa Romeral Hernández, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España
Dra. María Salas Porras, Universidad de Málaga, España
Dra. Fuencisla Rubio Velasco, Universidad de Huelva, España
Dr. Francisco Trujillo Pons, Universidad Jaime I de Castellón, España
Dra. Alicia Villalba Sánchez, Universidad de Santiago de Compostela, España
D. Fabiano Zabanella, Director del Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas em Ciências Políticas e Jurídicas (IPOJUR), Brasil



e-Revista Internacional de la Protección Social

(e-RIPS) ▶ 2023 ▶ Vol. VIII ▶ N° 2 ▶ ISSN 2445-3269

<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS> ▶ © Editorial Universidad de Sevilla 2023



CC BY-NC-SA 4.0.

Copyright Los trabajos publicados en las ediciones impresa y electrónica de E-Rips son propiedad de la Editorial Universidad de Sevilla. Para cualquier reproducción parcial o total será necesario citar expresamente la procedencia. La Editorial Universidad de Sevilla autoriza a los autores de los trabajos publicados en la revista a ofrecerlos en sus webs (personales o corporativos) o en cualquier repositorio de acceso abierto (Open Access) pero exclusivamente en forma de copia de la versión post-print del manuscrito original una vez revisado y maquetado, que será remitida al autor principal o corresponsal. Es obligatorio hacer mención específica de la publicación en la que ha aparecido el texto, añadiendo además un enlace a la Editorial Universidad de Sevilla (<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>).

Financiación Esta revista está financiada por la Universidad de Sevilla, dentro de las ayudas del VII PPIT-US

Dirección y contacto

Postal c/ Enramadilla 18-20, CP 41018, Sevilla, España.

Correo-e csrodas@us.es

Webs <https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>
<https://revistascientificas.us.es/index.php/erips> Tf.: (34) +34 954 55 76 01

Identificación. ISSN 2445-3269

DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>

Título Clave: e-Revista Internacional de la Protección Social

Título abreviado: e-RIPS.

Maquetación. Referencias Cruzadas. Tf.: (34) 657 802 595. Correo-e: referencias.maquetacion@gmail.com



ÍNDICE

Vol. VIII ▶ N° 2 ▶ 2023

TRIBUNA

Declaración pública de abogados, profesores universitarios, académicos de jurisprudencia y legislación, y de Ciencias Morales y Políticas, y otros profesionales del Derecho, ante la posibilidad de una Proposición de Ley Orgánica de Amnistía respecto a los delitos cometidos mediante la declaración unilateral de independencia de Cataluña / *Public declaration by lawyers, university professors, academics of jurisprudence and legislation, and of moral and political sciences, and other legal professionals, in view of the possibility of a proposed organic law on amnesty for crimes committed through the unilateral declaration of independence of catalonia*

VV.AA. 8-22

ARTÍCULOS DOCTRINALES

La compleja calificación de la contingencia profesional en las situaciones de pluriactividad / *The complex qualification of professional contingency in situations of pluriactivity*

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02.01>

María Alexandra Díaz Mordillo 24-45

Situación de incapacidad temporal: su extinción mediante alta médica y demás circunstancias que afectan la prestación económica / *Sick leave: its ending through statement of fitness for work and other circumstances that affect sick pay*

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02.02>

Marta Tajadura Díez / Antonio María Puerto Barrio 46-87

Un parche más para la incapacidad temporal / *One more patch for temporary disability*

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02.03>

Javier León Iglesias 88-104

A propósito de la invalidez permanente: una reforma legal *ad calendas graecas* / *On permanent disability: a legal reform ad calendas graecas*

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02.04>

Francisco Carmona Pozas 105-121

La seguridad y salud laboral de las personas teletrabajadoras en España y Portugal / <i>The occupational health and safety of the teleworkers in Spain and Portugal</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02.05	
Francisco Lozano Lares / João Zenha Martins.....	122-154
Estudio comparado del tratamiento normativo de la suspensión del contrato de trabajo por situaciones de fuerza mayor, por razones económicas técnicas, productivas y penales: notas al régimen interno español y colombiano / <i>Comparative study of the regulatory treatment of the suspension of the employment contract due to situations of force majeure, for technical, productive and criminal economic reasons: notes to the Spanish and Colombian internal regime</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02.06	
Carlos José Martínez Mateo.....	155-168
Nuevo procedimiento para la obtención del grado de discapacidad a raíz del Real Decreto 888/2022 y su incidencia en la valoración del Trastorno del Espectro del Autismo / <i>New proceeding for obtaining the degree of disability as a result of Royal Decree 888/2022 and its impact on the assessment of academic autism spectrum disorder</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02.07	
Alicia Sánchez Guerrero	169-189
El principio laboral según el cual “trabajo no es mercancía”: entre realidad y ficción / <i>The labor principle according to which “work is not merchandise”: between reality and fiction</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02.08	
Cleber Lúcio de Almeida / Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida.....	190-203
A trinca de um cenário positivo à saúde laboral: nanotecnologias, produtividade e trabalhabilidade / <i>The crack of a positive scenario for workplace health: nanotechnologies, productivity and workability</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02.09	
Maurício de Carvalho Góes / Andressa Munaro Alves	204-220
Mecanismos de protección social de las personas adultas mayores: una utopía o realidad en México para garantizar una calidad de vida / <i>Social protection mechanisms for the elderly: a utopia or reality in Mexico</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02.10	
Emmanuel López Pérez / Aranzazú Trujillo Marín	221-244
Evolución de la protección social y su adecuación en Nicaragua / <i>Social protection evolution and its adequacy in Nicaragua</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02.11	
Luis Ernesto Alemán-Madrigal.....	245-284

RECENSIONES

- Recensión de la obra de Giuseppe Ludovico: *Lavori agili e subordinazioni*, Giuffrè-Francis Lefebvre, Milano, 2023
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02.12>
 Cristina Sánchez-Rodas Navarro 286-292
- Recensión de la obra de Tatsiana Ushakova: *El régimen jurídico de la migración laboral en el marco de la OIT*, ADAPT, University Press, 2023
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02.13>
 Esperanza Macarena Sierra Benítez..... 293-294
- Recensión de la obra de José Luis Ruiz Santamaría: *El sistema de pensiones español en una sociedad en constante transformación. Un estudio desde una perspectiva holística y comparada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02.14>
 Rafael Borrego Peña..... 295-297

VARIA

- La costumbre, fuente de Derecho, en las Bodas de Añora / *Custom, source of Law, in Añora Weddings*
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02.15>
 María Dolores Rubio de Medina 299-309
- Las vicisitudes de la flexiseguridad en la industria de videojuegos argentina / *The vicissitudes of flexicurity in the Argentine video game industry*
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02.16>
 Julieta Melendi 310-330



Tribuna



Declaración pública de abogados, profesores universitarios, académicos de jurisprudencia y legislación, y de Ciencias Morales y Políticas, y otros profesionales del Derecho, ante la posibilidad de una Proposición de Ley Orgánica de Amnistía respecto a los delitos cometidos mediante la declaración unilateral de independencia de Cataluña

VV.AA.

Se han adherido¹ a la Declaración a favor del Estado de Derecho más de 300 juristas de toda España, encabezados por quince grandes juristas españoles:

1. **Alonso Ledesma, Carmen**

Catedrática Emérita de Derecho Mercantil. Universidad Complutense Ex-Consejera del Banco de España

Presidenta de la Sección segunda de la Comisión General de Codificación

2. **Aragón Reyes, Manuel**

Catedrático Emérito de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Madrid
Ex-Magistrado del Tribunal Constitucional

3. **Canosa Usera, Raúl Leopoldo**

Catedrático Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

Ex-Miembro del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa.

4. **De Carreras Serra, Francesc**

Catedrático Emérito de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Barcelona
Académico Numerario de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

1. La Directora de la revista se adhiere a esta Declaración.

5. **De la Oliva Santos, Andrés**
Catedrático Emérito de Derecho Procesal. Universidad Complutense Académico Numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Miembro no residente de la Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna
6. **Femández-Miranda Campoamor, Alfonso**
Catedrático Emérito de Derecho Constitucional. Universidad Complutense
7. **Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón**
Catedrático Emérito de Derecho Administrativo. Universidad Complutense Académico Numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
8. **Freixes Sanjuan, Teresa**
Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Barcelona Cátedra Jean Monet *ad personam*
Académica de la Academia Europea de Doctores
9. **Iglesias de Ussel, Julio**
Catedrático Emérito de Sociología. Universidad Complutense Académico umerario de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
10. **López Pina, Antonio**
Catedrático Emérito de Teoría del Estado y Derecho. Constitucional Universidad Complutense. Senador, miembro de las Comisiones Constitucional, de Exteriores y Legislativa durante las Cortes Constituyentes.
11. **Montoya Melgar, Alfredo**
Ex-Magistrado del Tribunal Constitucional
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo. Universidad Complutense Académico Numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
12. **Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco**
Ex-Presidente del Tribunal Constitucional
Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Complutense
13. **Silva Sánchez, Jesús Maria**
Catedrático de Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra
14. **Roca Femández, María José**
Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad Complutense Académica correspondiente extranjera de la Academia de Ciencias de Göttingen (Alemania)
15. **Sosa Wagner, Francisco**
Catedrático Emérito de Derecho Administrativo. Universidad de León Académico Numerario de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

Se adjunta declaración en español y en inglés. Asimismo se acompaña lista con las adhesiones.

DECLARACIÓN PÚBLICA DE ABOGADOS, PROFESORES UNIVERSITARIOS, ACADÉMICOS DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN, Y DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS, Y OTROS PROFESIONALES DEL DERECHO, ANTE LA POSIBILIDAD DE UNA PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA DE AMNISTÍA RESPECTO A LOS DELITOS COMETIDOS MEDIANTE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE INDEPENDENCIA DE CATALUÑA

Un gran filósofo del Derecho alemán, E. Bodenheimer, quien tuvo que vivir tiempos más dramáticos y oscuros que los nuestros, afumaba que el Derecho era el punto intermedio entre la anarquía y el despotismo, entre la ausencia de reglas y la regla del solo capricho y la veleidad del gobernante. En el Derecho se dan la mano y se neutralizan los extremos. Se equilibran bajo la idea de medida y moderación. Lo contrario es el triunfo del vado bajo cualquiera de las dos formas referidas.

Tanto la ausencia de normas como el capricho exclusivo del gobernante implican no sólo la negación del Derecho en toda su extensión, sino también la negación de aquellos valores que el Derecho debe encarnar (**igualdad ante la ley, seguridad, certeza, previsibilidad, neutralidad**) y de los fines que está llamado a desarrollar (**paz, tranquilidad, orden, estabilidad, justicia**), siempre pensando en un objetivo esencial que es el bien común, no el bien particular de cada miembro de la sociedad, sino un mínimo común necesario de convivencia que atañe a todos.

Atacar las bases del Derecho no implica simplemente la vulneración de esta o aquella norma. Supone chocar abiertamente con la propia esencia de lo jurídico y de lo justo que va de su mano, romper las reglas básicas de convivencia y acercarnos como comunidad política a la degradación institucional, a la rendición y a la degeneración, cuando no directamente a la catástrofe.

La presumible amnistía que se presenta rompe las reglas básicas de la convivencia democrática y del juego político. Como es sabido, aquella no aparece expresamente vedada en la Constitución. Sí se prohíbe el indulto general (art. 62 CE). Sin embargo, parece claro que si éste no se admite, *a fortiori* debe considerarse prohibida la amnistía, ya que ésta no sólo perdona la pena, sino que tiene un alcance mucho mayor: se considera que no es delito la conducta por la que el reo fue condenado y extiende sus efectos a los sujetos que no han sido juzgados, impidiendo la posibilidad de que lleguen a serlo.

Tanto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20-11-2013), como del Tribunal Constitucional (STC 63 / 1983 y STC 147/ 1986), se puede concluir una posición contraria a una nueva ley de amnistía como la promulgada en 1977.

La naturaleza propia de la Constitución y su posición en la cúspide del ordenamiento jurídico tiene como consecuencia limitar jurídicamente el poder del legislador. Toda Constitución le confiere un margen de maniobra, pero este ámbito de discrecionalidad no permite que –a través del ejercicio del poder legislativo– se lleven a cabo mutaciones constitucionales o se abran procesos constituyentes, eludiendo la vía de

la reforma constitucional prevista en el propio texto (arts. 166 y ss. CE). Una amnistía política del alcance que se plantea en el debate actual requeriría, necesariamente, ser tramitada como una reforma agravada de la Constitución y, por tanto, incluiría un referéndum en el que el pueblo español en su totalidad se pronunciara.

Una pretendida ley de amnistía –sin el trámite de la reforma agravada de la Constitución– iría en contra de la **seguridad jurídica** (art. 9.3 CE). Una eventual amnistía, si llegara a aprobarse, supondría una negación de la justicia y de la igualdad jurídica. Estos dos valores, junto con la libertad y el pluralismo político, son los valores superiores del ordenamiento jurídico español (are. 1.1 de la CE).

La aprobación de una ley de amnistía por el poder legislativo desnaturalizaría la labor previa de los juzgados y tribunales, herramientas principales del poder judicial, eliminando el contrapeso que constituye el ejercicio independiente de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la CE), pieza medular de cualquier Estado de Derecho que se precie de serlo.

La hipotética amnistía sería contraria también a uno de los pilares esenciales de la Unión Europea (el Estado de Derecho: art. 2 del Tratado de la Unión Europea), como ya advirtió en 2019 el Presidente de la Comisión al Presidente de Rumanía, ante una pretensión similar a la que ahora se plantea en España, y mostraría un Estado debilitado, casi fallido, y sin recursos defensivos para atacar esas intentonas golpistas, puesto que renuncia de antemano a cualquier acción persecutoria contra sus enemigos.

Asimismo, se produce la violación de una necesaria **neutralidad estatal**: el Estado decide tomar parte por una de las facciones implicadas en un supuesto conflicto, creado por esa misma facción, y dar la espalda a la *saniorpars* (que diría Marsilio de Padua, antecesor de muchas ideas que hoy postula la democracia), a esa parte más sana y mejor de la sociedad española que fue la que estuvo sosteniendo el orden constitucional en los aciagos días de octubre de 2017.

La aprobación de una ley de amnistía sin que se den los presupuestos materiales (proceso de transición de una dictadura a un régimen democrático, o superación de una guerra civil), equivale *de.facto* a la falta de respeto a la separación de poderes y a los derechos fundamentales, y conlleva la negación en su conjunto de la Constitución vigente, esto es, su derogación. Y así lo establece el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. **Ningún problema político puede estar al margen del Derecho ni resolverse contraviniendo sus valores y principios.**

Por todo lo dicho, exigunos a los poderes de Estado que se sometan a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Es el momento de abandonar el capricho y la veleidad del gobernante para apostar, de modo definitivo, por la Constitución y el **Estado de Derecho.**

Firmado por profesionales del Derecho que se adhieren según el orden alfabético de la lista adjunta.

Madrid, 27 de septiembre de 2023

PUBLIC DECLARATION BY LAWYERS, UNIVERSITY PROFESSORS, ACADEMICS OF JURISPRUDENCE AND LEGISLATION, AND OF MORAL AND POLITICAL SCIENCES, AND OTHER LEGAL PROFESSIONALS, IN VIEW OF THE POSSIBILITY OF A PROPOSED ORGANIC LAW ON AMNESTY FOR CRIMES COMMITTED THROUGH THE UNILATERAL DECLARATION OF INDEPENDENCE OF CATALONIA

A great German legal philosopher, E. Bodenheimer, who had to live through more dramatic and darker times than ours, stated that law was the middle ground between anarchy and despotism, between the absence of rules and the rule of the ruler's whim and caprice. In law, the extremes go hand in hand and are neutralised. They are balanced under the idea of moderation and moderation. The opposite is the triumph of emptiness in either form.

Both the absence of rules and the exclusive whim of the ruler imply not only the negation of Law in its full extent, but also the negation of those values that Law should embody (**equality before the law, security, certainty, predictability, neutrality**) and of the ends that it is called to develop (**peace, tranquillity, order, stability, justice**), always thinking of an essential objective which is the common good, not the particular good of each member of society, but a necessary common minimum of coexistence that concerns everyone.

Attacking the foundations of the law does not simply imply the violation of this or that rule. It means openly clashing with the very essence of what is legal and just, breaking the basic rules of coexistence and bringing us as a political community closer to institutional degradation, surrender and degeneration, if not outright catastrophe.

The presumed amnesty that is being presented breaks the basic rules of democratic coexistence and the political game. As is well known, amnesty is not expressly forbidden in the Constitution. It does not prohibit general pardons (art. 62 EC). However, it seems clear that if this is not admitted, amnesty must a fortiori be considered prohibited, as it not only pardons the sentence, but also has a much wider scope: the conduct for which the defendant was convicted is considered not to be a crime and extends its effects to those who have not been tried, preventing the possibility of them being tried.

Both the jurisprudence of the Supreme Court (Judgment of the Plenary of the Contentious Administrative Chamber, 20-11-2013), and the Constitutional Court (STC 63/1983 and STC 147/1986), lead to the conclusion that a position against a new amnesty law such as the one enacted in 1977 can be concluded.

The very nature of the Constitution and its position at the pinnacle of the legal system has the consequence of legally limiting the power of the legislator. Every Constitution confers a margin of manoeuvre, but this sphere of discretion does not allow - through the exercise of legislative power - constitutional mutations to be carried

out or constituent processes to be opened up, avoiding the route of constitutional reform envisaged in the text itself (arts. 166 et seq. CE). A political amnesty of the scope proposed in the current debate would necessarily have to be processed as an aggravated reform of the Constitution and, therefore, would include a referendum in which the Spanish people as a whole could express their opinion.

A supposed amnesty law - without the procedure of the aggravated reform of the Constitution - would go against legal certainty (art. 9.3 CE). A possible amnesty, if it were to be approved, would be a denial of justice and legal equality. These two values, together with freedom and political pluralism, are the highest values of the Spanish legal system (Art. 1.1 of the EC).

The approval of an amnesty law by the legislature would distort the prior work of the courts and tribunals, the main tools of judicial power, eliminating the counterweight that constitutes the independent exercise of the function of judging and enforcing what has been judged (art. 117.3 of the EC), the cornerstone of any rule of law that prides itself on being a state governed by law.

The hypothetical amnesty would also be contrary to one of the essential pillars of the European Union (the rule of law: art. 2 of the Treaty on European Union), as the President of the Commission warned the President of Romania in 2019, in the face of a similar claim to the one now being put forward in Spain, and would show a weakened, almost failed State, and without defensive resources to attack these coup attempts, since it renounces in advance any persecutory action against its enemies.

It also violates a necessary state neutrality: the state decides to take sides with one of the factions involved in a supposed conflict, created by that same faction, and to turn its back on the *sanior pars* (as Marsilius of Padua, the predecessor of many ideas that democracy postulates today, would say), on that healthier and better part of Spanish society that was supporting the constitutional order in the fateful days of October 2017.

The approval of an amnesty law without the material prerequisites being met (transition process from a dictatorship to a democratic regime, or the end of a civil war), is tantamount to a de facto lack of respect for the separation of powers and fundamental rights, and entails the negation of the current Constitution as a whole, that is, its abrogation. This is established in Article 16 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (1789): "A Society in which the guarantee of rights is not established, nor the separation of powers determined, has no Constitution". **No political problem can be outside the Law, nor can it be solved in contravention of its values and principles.**

For all these reasons, we demand that the powers of the State submit to the Constitution and the rest of the legal system. It is time to abandon the whim and caprice of the ruler in favour of the Constitution and the rule of law.

Signed by legal professionals who adhere to the alphabetical order of the attached list.

Madrid, 27 September 2023

ORDEN	APELLIDOS Y NOMBRE	PROFESIÓN
1	ABELLAN SALORT, JOSE CARLOS	Prof. Contr. Dr. Filosofía del Derecho Univ. Rey Juan Carlos
2	AGUDO GONZÁLEZ, JORGE	Catedrático Derecho Administrativo Univ. AUTÓNOMA MADRID
3	AGUILERA BARCHET, BRUNO	CATEDRÁTICO U. REY JUAN CARLOS
4	AGUILERAIZQUIERDO, RAQUEL	CATEDRÁTICA UNIV. COMPLUTENSE
5	AGUILERA MORALES, MARIEN	CATEDRÁTICA UNIV. COMPLUTENSE
6	AGUIREALDEREGUIA, MARÍA D.	Abogada ejerciente. Iltr. Col. de MADRID
7	ALARCÓN GARCÍA, ESAÚ	Abogado libre. Col. Barcelona
8	ALEJANDRE GARCÍA, JUAN ANTONIO	CATEDRÁTICO UNIV. COMPLUTENSE
9	ALISTESANTOS, TOMÁS	TITULARD. PROCESAL
10	Alonso Ledesma, Carmen	CATEDRÁTICA UNIV. COMPLUTENSE
11	ALVAREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO	PROF. DE LA UNIV. COMPLUTENSE
12	ALVAREZ-URÍA TEJERO, MANUEL	Abogado ejerciente. Iltr. Col. de MADRID
13	ARAGÓN ALONSO, IGNACIO	Prof. Asociado Derecho Mercantil UNIV. Complutense Abogado Ejerc. ICAM
14	ARAGÓN REYEZ, MANUEL	Catedrático Derecho constitucional jubilado Univ. Autónoma de Madrid Ex- Magistrado del TC
15	ARIAS DOMÍNGUEZ, ÁNGEL	CATEDRÁTICO UNIV. EXTREMADURA
16	ARNALDOS CASCALES, ANDRÉS	Abogado Iltr. Colg. de Murcia y Madrid
17	AZNAR ALONSO, MIGUEL	Abogado ejerciente. Iltr. Col. de MADRID
18	BACHMAIERWINTER, LORENA	CATEDRÁTICA UNIV. COMPLUTENSE
19	BALLESTEROS LLOMPART, JESÚS	Catedrático Universidad Valencia
20	BALLESTEROS SORIANO, MARÍA JESÚS	Fiscal
21	BARNA BARCELONA, JUAN	Abogado ejerciente Ilustr. Col. Abogados Granada
22	BARO PAZOS, JUAN	Catedrático Universidad de Cantabria
23	BELLOSO MARTÍN, CARLOS	Prof. Ayudante doctor. Historia del Derecho Univ. Valladolid
24	BELLOSO MARTIN, NURIA	Catedrática Universidad de Burgos
25	BENITO LLOPIS-LLOMBART, MARCO DE	Catedrático Jean Monnet de IE University - Abogado Iltr. Colegio de Madrid
26	BERZOSA HERGUETA, ALEJANDRO	Abogado ejerciente Ilustr. Col. Abogados Barcelona
27	BLANCO GONZÁLEZ, JUAN MANUEL	Abogado Iltr. Colegio de Madrid· DOCTOR EN DERECHO
28	BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ANGEL	Catedrático Penal Universidad Zaragoza
29	BONET NAVARRO, JAIME	Porof. Titular Univ. de VALENCIA
30	Bravo Bosch, Maria José	TITULAR UNIV. DE VIGO
31	BRETÍN HERRERO, CONSTANTINO	Prof. Asociado de la UCM Abogado ejerciente libre.Col. de Madrid
32	BUENO MALUENDA, CRISTINA	Titular Derecho Financiero Univ. de Zaragoza
33	BURGOS AKIN, ALEJANDRO	Abogado
34	CABALLERO SÁNCHEZ, RAFAEL	Catedrático D. Administrativo Universidad Complutense
35	CAMPS GUERRERO, ANTONIO	Abogado ejerciente. Iltr. Col. de MADRID
36	CANO CASTAÑEDA, CARMEN	Abogada libre. Col. de Murcia
37	CANO MONTEJANO, JOSÉ CARLOS	Prof. Contratado Doctor Derecho Constitucional UCM
38	CANO RUIZ, ISABEL	PROFESORA ALCALÁ DE HENARES
39	CANOSA USERA, RAUL	Catedrático de Derecho Constitucional UCM

ORDEN	APELLIDOS Y NOMBRE	PROFESIÓN
40	CÁNOVAS ORTÍZ, IRENE	Abogada Iltr. Colg. de Murcia
41	CARABALLO DIAZ-FERRER, EVA	Abogada ejerciente. Iltr. Col. de MADRID
42	CARAMÉS PUENTES, JORGE	Prof. Derecho Civil Universidad de Barcelona
43	CARMONA SALGADO, CONCHA	Catedrática Derecho Penal Univ. de Granada
44	CARNERERO CASTILLA, RUBÉN	Profesro D. Internacional Univ. Complutense
45	CARRASCO GARCÍA CONSUELO	Titular Univ. Carlos 111Madrid
46	CASADO MARÍN, ANA	Abogada ejerciente. Iltr. Col. de MADRID
47	CASADO OLLERO, GABRIEL	Catedrático Universidad complutense
48	CASANOVAS ORTIZ, ISABEL	Abogada litre. Col. de Murcia
49	CASO AMILLO, JOSÉ MANUEL DE	Abogado Iltr. Colegio de Alicante
50	Castellanos López, Jaime	Abogado Iltr.Colegio de Barcelona
51	CASTRO MONTERO, JUAN ANTONIO	Abogado ejerciente. Iltr. Col. de MADRID
52	CHAMORRO PÉREZ, ANGEL	Colegiado del ICAM, n2 57769.
53	CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL	CATEDRÁTICO UNIV. COMPLUTENSE
54	CLEMENTE FERNÁNDEZ, ANA ISABEL	Profesora D. Romano, Universidad de Castilla La Mancha
55	Coca Vita, Eduardo	ADMINISTRADOR CIVILDEL ESTADO
56	CÓRDOBA PÉREZ, MANUEL	Abogado Iltr. Colegio Granada
57	COSTOSO HIDALGO, M. DOLORES	Abogado no ejerciente Ilustr. Col. Abogados Madrid
58	CRISTÓBAL RONCERO, M. ROSARIO	TITULAR UNIV. COMPLUTENSE
59	CRUZ FERRER, JUAN DE LA	TITULAR UNIV. COMPLUTENSE Abogado Iltr. Colegio de Madrid
60	CUENA BOY, FRANCISCOJOSÉ	CATEDRÁTICO UNIV. CANTABRIA
61	CUENA CASAS, MATILDE	CATEDRÁTICA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
62	DE ANA REDONDONDO, VICTOR MANUEL	Abogado del Iltr. Col. Madrid
63	DE ÁNGULO RODRÍGUEZ, MIGUEL	TITULAR DERECHO UNIV. GRANADA
64	DE CARRERAS SERRA FRANCESC	Académico CC MM y PP Catedrático Universidad Barcelona
65	DE CASTRO MARÍN, EMILIO	Abogado ejerciente. Iltr. Col. de MADRID
66	DE DOMINGO PÉREZ, TOMÁS	Titular Filosofía del Derecho Universidad Miguel Hernández
67	DE FRUTOS VIRSEDA	Letrado de la Administración de Justicia
68	DE FUENTES GARCÍA ROMERO DE TEJADA, CARLOS	Prof. Contr. Dr. Derecho laboral UCM
69	DE JULIOS CAMPUZANO, ALFONSO	Catadrático Filosofía del Derecho Univ. de Sevilla
70	DE LOS MOZOS TOUYA, ISABELMARÍA	Titular Derecho Administrativo Univ. Valladolid
71	DE LOS MOZOS TOUYA, JOSÉ JAVIER	Catedrático Derecho Romano Univ. de Valladolid jubilado
72	DE MORA QUIRÓS, ENRIQUE	PROF. FAC. DERECHO CÁDIZ
73	DE ORO GARNACHO, SARA	Abogada ejerciente. Iltr. Col. de MADRID
74	DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO	Magistrado en excedencia
75	DEL ROSALBLASCO, BERNARDO	Abogado. Catedrático Derehco Penal Univ. de Alicante
76	DÍAZ-GUERRAHURTADO, M. ISABEL	Abogada ejerciente. Iltr. Col. de MADRID Prof. asociada Univ. Autónoma Madrid
77	DÍEZ SÁNCHEZ, JUAN JOSÉ	Catedrático Derecho administrativo.Universidad de Alicante
78	DÍEZ SOTO, CARLOS MANUEL	Catedrático Univ. de Murcia

ORDEN	APELLIDOS Y NOMBRE	PROFESIÓN
79	DUÑAITURRIA LAGUARDA, ALICIA	Prof. ayudante Doctora Historia del Derecho Univ. Complutense
80	DURÁN LALAGUNA, PALOMA	Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad Jaime I de Castellón
81	DUTILH CARVAJALISABEL	Abogada litre. Col. ICAM
82	ESPIGARES HUETE, JOSÉCARLOS	TITULAR DE DERECHO MERCANTIL UNIV. MIGUEL HERNÁNDEZ
83	ESPÍN GUTIÉRREZ, CRISTÓBAL,	Catedrático D. Mercantil Universidad Complutense
84	ESPINÓSSANZ, MERCEDES	Abogada ejerciente. Iltr. Col. de MADRID
85	FERNANDEZ ALLES, JOSÉJOAQUÍN	Catedrático emérito Derecho Constitucional. Universidad de Cádiz
86	FERNÁNDEZ CARRÓN, CLARA	Titular Derecho Procesal Universidad Complutense
87	FERNANDEZ LAGO, JOAN ISAÍAS	Abogado ejerciente del ICAB
88	FERNÁNDEZ MIJARESSANCHEZ, JOSÉ RAMÓN	Abogado Iltr. Col. Oviedo
89	FERNÁNDEZ MIRANDA Y FERNANDEZ MIRANDA, JORGE	TITULAR FACULTAD DERECHO UCM
90	FERNÁNDEZ MIRANDA, CARMEN	Titular Derecho Constitucional UNED
91	FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO	CATEDRÁTICO UNIV. DESANTIAGO
92	FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN	ABOGADO ICAM/ CATEDRÁTICO UCM/ ACADÉMICO
93	FERNÁNDEZ ROMERO, IBOR	Prof. Derecho Constitucional Centro univ. Cardenal Ciseros
94	FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, ENCARNACIÓN	Catedrática Universidad Valencia
95	FERNÁNDEZ TORRES, JUAN RAMÓN	Catedrático Universidad Complutense
96	FERNÁNDEZ VALENCIA, MIGUELÁNGEL	Prof. Derecho Constitucional UNIV. Complutense
97	Fernández-Lerga Garralda, Carlos	ABOGADO EJERCIENTE ICAM
98	FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, ALFONSO	Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense
99	Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso	Catedrático Derecho constitucional jubilado Univ. Complutense de Madrid
100	FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, CARMEN	ntular de Derecho Constitucional de la UNED
101	FERNÁNDEZ-MIRANDA VIDAL, ALFONSO	Abogado ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
102	FERNÁNDEZ-MIRANDA, NICOLÁS	ABOGADO EJERCIENTE ICAM
103	Ferrer-Sama Server, Ana	ABOGADO EJERCIENTE ICAM
104	Framil Filgueiras, Carmen	ABOGADO EJERCIENTE ICAM
105	FREIXES SANJUAN, Teresa	Catedrática Universidad Autónoma de Barcelona
106	FRIGOLS MARTIN, Jaime	ABOGADO VALENCIA
107	Fuente O'Connor, Andrés de la	NOTARIO DE MADRID
108	FUERTES IGLESIAS, CARLOS	Profesor D. Penal Universidad Zaragoza
109	Fuertes López, María de las Mercedes	CATEDRÁTICA UNIV. DE LEÓN
110	Fuster-Fabra Torrellas	Abogado/ Prof. Univ. de Barcelona
111	GALLARDO PIQUERAS, ANTONIO	Registrador de la Propiedad de Álora (Málaga)
112	GARCÍA GARCÍA, JOSE RAMÓN	Abogado litre. Col. de Madrid
113	GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO	Catedrático Filosofía del Derecho Univ. León
114	GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO	Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Castilla-La Mancha

ORDEN	APELLIDOS Y NOMBRE	PROFESIÓN
115	GARCÍA GARCÍA, JUAN JOSÉ	Abogado Iltr. Col. Madrid
116	García González Posada, Juan	Abogado del Estado Jubilado
117	GARCÍA MATEO, JENNIFER	Abogada ejerciente. Iltr. Col. de TARRAGONA
118	GARCÍA PIÑEIRO, ELVIRA	Abogada ejerciente. Iltr. Col. de MADRID
119	GARCÍA RUIZ, JOSÉ LUIS	Catedrático emérito Derecho Constitucional UNIV. DE CÁDIZ
120	Garcia-Badell Arias, Luis Maria	TITULAR UNIV. COMPLUTENSE
121	GARRIDO DE LAS HERAS, MARÍA LUISA	Abogada Ejerciente Ilustr. Col. Madrid
122	GARZA GRAU, ENRIQUE	Prof. Procesal Universidad Europea Madrid
123	Gavara de Cara, Juan Carlos	CATEDRÁTICO UNIV. BARCELONA
124	GAZTO FERNÁNDEZ ENRIQUE	Catedrático Universidad de Murcia
125	GIL RODRÍGUEZ, ISABEL	Titular Universidad de Salamanca
126	GILOLMO LÓPEZ, JOSÉ LUIS	MAGISTRADO jubilado de la Sala IV del Tribunal Supremo
127	Gimbernat Ordeig, Enrique	Catedrático emérito de Derecho Penal. Universidad Complutense
128	GIMÉNEZ-ARNAU DURÁN, ENRIQUE	Abogado ejerciente. Iltr. Col. de MADRID
129	GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, ENRIQUE	Abogado ejerciente Ilustr. Col. Abogados Madrid
130	GÓMEZ ADANERO, MERCEDES	Titular Filosofía del Derecho UNED
131	GÓMEZ GARCÍA, ELENA	Abogada Iltr. Col. de Murcia
132	GONZÁLEZ GARCÍA, JESÚS MARÍA	CATEDRÁTICO UNIV. COMPLUTENSE
133	GONZÁLEZ VÁZQUEZ, JOSÉ CARLOS	Titular Derecho Mercantil UCM
134	GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, ALEJANDRO	Catedrático Universidad Zaragoza
135	GRAU RUIZ, AMPARO	Catadrática Derecho Financiero Univ. Complutense
136	GUIÉRREZ ESPADA, CESÁREO	Catedrático Derecho Internacional Público Univ. de Murcia
137	GUTIÉRREZ GANZARAIN, CECILIA	ABOGADO DEL ESTADO
138	GUTIÉRREZSANTIAGO, M. PILAR	CATEDRÁTICA UNIVERSIDAD DE LEÓN
139	HEREDERO DEL CAMPO, CARLOS	Contratado FPU Derecho Administrativo Univ. de León
140	HERMANDEZ IGLESIAS, ANA	LETRADA EJERCIENTEICAM
141	HERMIDA DELLANO, CRISTINA	CATEDRÁTICA U. REY JUAN CARLOS
142	HERNÁNDEZ-GIL MANCHA, MANUEL	Registrador Mercantil de Madrid
143	HERRERO LÓPEZ-BACHILLER, GONZAGA	Abogado ejerciente. Iltr. Col. de MADRID
144	HERZOG SÁNCHEZ, ANDRÉS	Abogado ejerciente. Iltr. Col. de MADRID
145	HORTELANO PARRAS, MARÍA JOSÉ	Notario
146	IBÁÑEZ GARCÍA, ISAAC	Abogado Ilustr. Coleg. Cáceres
147	IBÁÑEZSORRIBES, BARTOLOMÉ	Abogado Ilustr. Colegio Castellón
148	IGLESIASCANLE, INES C.	Catedrática Derecho Procesal Univ. de VIGO
149	IGLESIASDE USSEL, JULIO	Académico ceMM y pp Catedrático Universidad COMPLUTENSE
150	IGLESIASREDONDO, JUAN	TITULAR UNIV. COMPLUTENSE
151	Iglesias Vázquez, María del Angel	Abogado no ejerciente Ilustr. Coleg. Valencia Pof. UNIR
152	Jiménez Sánchez, Fernando	CATEDRÁTICO UNIV. MURCIA
153	Jiménez Sánchez, José J.	PROF. UNIV. DE GRANADA
154	JIMÉNEZ SOTO, IGNACIO	Catedrático Derecho Admnsitrativo Univ. Granada
155	JOYA GONZÁLEZ, PEDRO ANDRÉS	Magistrado jubilado

ORDEN	APELLIDOS Y NOMBRE	PROFESIÓN
156	JURADO LENA, CARLOS	Abogado libre. Col. de Badajoz
157	JURADO SEGOVIA, ANGEL	Profesor Derecho Laboral Univ. Complutense
158	KOCH MORENO, PATRICIA	Abogada ejerciente. Iltr. Col. de MADRID
159	LAFUENTE MIR, JUAN MANUEL	Abogado del Iltr. Col. Islas Baleares
160	LAGO MONTERO, JOSÉ MARIA	prof. Derecho Financiero Univ. Salamanca
161	LAMBEA RUEDA, ANA	TITULAR UNIV. COMPLUTENSE
162	LEACH ROS, LUIS IGNACIO	Notario de Zaragoza
163	LINARES PINEDA, JOSÉ LUIS	Catedrático Derecho Romano Univ. LLeida
164	LOBATO ALBALADEJO, M. DEL MAR	Abogada ejerciente. Iltr.Col. de Cartagena (Murcia)
165	LÓPEZ AGUDO, CARLOS	Abogado Iltr.Colg. de Madrid
166	LÓPEZ JIMÉNEZ, VICTOR MANUEL	Abogado libre. Colg. de Granada
167	LOPEZ PINA, ANTONIO	Catedrático em. Teoría del Estado y D. Constitucional Univ. Complutense Senador, miembro de las Comisiones Constitucionales, de Exteriores y Legislativa durante las Cortes Constituyentes
168	LOPEZ-AMOR Y GARCIA, FERNANDO	Abogado e Inspector financiero y tributario
169	LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, ANGEL	CATEDRÁTICO UNIV. DEJAEN
170	LOSADA ARMADÁ, RAFAEL	Magistrado del TSJ de Cantabria
171	LOSADA MORENO, NOELIA	Abogada no ejerciente. Iltr. Col. de MADRID
172	Luengo Salazar, Teresa	Abogada Ilustr. Col. Madrid
173	Luis Otero, Ignacio de	Abogado Ilustr. Col. Madrid P. Asoc
174	MACIAS MORENO, RAMÓN	Abogado libre. Col de Jerez de la Frontera
175	MALDONADO MONTOYA, JUAN PABLO	Profesor Derecho del Trabajo. Univ. San Pablo CEU
176	MANGAS MARTÍN, ARACELI	CATEDRÁTICA UNIV. COMPLUTENSE –ACADÉMICA R A ceMM y pp
177	MANTECÓN SANCHO, JOAQUÍN	CATEDRÁTICO UNIV. CANTABRIA
178	Maortua y Ruíz-López, Rafael de	Abogado Ilustr. colegio de Madrid
179	MARTÍ SÁNCHEZ, JOSÉ MARÍA	TITULAR UNIV. CASTILLA LA MANCHA (ALBACETE)
180	MARTÍN AGUADO, PABLO	Prof. ayud. Universidad Salamanca
181	MARTÍN CASTRO, M. PAZ	Titular Derecho Mercantil Universidad Cádiz
182	MARTÍN COBOS, MANUEL	Profesor Universidad de Granada
183	MARTÍN GARCÍA, M. DEL MAR	TITULAR DE LA UNIV. DE ALMERIA
184	MARTÍN MARTÍN, JAVIER	Abogado. Profesor de la Universidad Pontificia Comillas
185	MARTÍN MAYORAL, Gregorio	Notario de Fuengirola (Málaga)
186	MARTÍN OSTOS, JOSÉ	Catedrático Procesal Univ. Sevilla
187	MARTÍNEZ ALMIRA, MARÍA MAGDALENA	CATEDRÁTICA UNIV. ALICANTE
188	MARTINEZ BRETONES, VIRGINIA	Titular de la Univ. de Córdoba
189	MARTÍNEZ DHIER, ALEJANDRO	TITULAR DE LA UNIV. DE GRANADA
190	MARTÍNEZ LLORENTE, FÉLIX JAVIER	CATEDRÁTICO UNIV. VALLADOLID
191	MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, JOSÉ LUIS	Catedrático Derecho Administrativo Univ. Valladolid
192	MARTINEZ MARTINEZ, FAUSTINO	Catedrático Historia del Derecho Univ. Complutense Madrid
193	MARTINEZ MARTINEZ, Rafael	Catedrático Universidad de Barcelona
194	MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN ANTONIO	TITULAR Universidad Complutense
195	MARTÍNEZ NAVAS, M. ISABEL	Titular de la Universidad de LA RIOJA
196	MARTINEZ SOTO, MARIA TERESA	Magistrada, Juzgado n. 6 Orihuela

ORDEN	APELLIDOS Y NOMBRE	PROFESIÓN
197	MARTÍNEZ TORRÓN, JAVIER	CATEDRÁTICO UNIV. COMPLUTENSE
198	MASFERRER DOMINGO, ANICETO	Catedrático de Historia del Derecho Universidad de Valencia
199	MATA SIERRA, TERESA	CATEDRÁTICA UNIV. LEÓN
200	MATA VELASCO, MIGUEL	Abogado Ilust. colegio de Madrid
201	Mateo Sanz, Antonio	TITULAR UNIV. DE CANTABRIA
202	MEDINA CASADO, ALMUDENA	Lic. en Derecho, Oficial Registro propiedad
203	MEDINA CASADO, ALVARO	Licenciado en Derecho. Director de Desarrollo Fundación
204	MEDINA CASADO, FERNANDO	Abogado Jubilado
205	MEDINA CASADO, MARÍA ARÁNZAZU	Lic. en Derecho- Oficial Registro de la Propiedad
206	MEGIAS QUIROS, JOSÉ JUSTO	Catedrático de Filosofía del Derecho. Univ. de Cádiz
207	MENDOZA GARCÍA DE PAREDES, RODRIGO	Abogado ejerciente Ilustr. Col. Abogados Badajoz
208	MEROLLA ONCEJA, ALEJANDRO	Procurador tribunales Alicante
209	MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS, JESÚS ALBERTO	Titular Univ Rey Juan Carlos
210	MIGUÉLEZ FREIRE, ALEJANDRO	Abogado ejerciente Ilustr. Col. Abogados Madrid
211	MÍGUEZ MACHO, LUIS	CATEDRÁTICO UNIV. DE SANTIAGO
212	Millán Garrido, Antonio	Prof. Univ. Cádiz Académico Granada
213	MILLÁN MERELLO, JOSÉ MARÍA	Abogado ejerciente. litre. Col. de Cádiz
214	MOLL DE ALBA, CHANTAL	Prof. Derecho Civil Universidad de Barcelona
215	MONTES RUIZ, ANTONIO	Abogado litre. Col. de Sevilla
216	MONTOYA MELGAR, ALFREDO	CATEDRÁTICO UNIV. COMPLUTENSE
217	MORALEJO MENÉNDEZ, IGNACIO	Titular D. Mercantil Univ. Zaragoza
218	MORÁN MARTÍN, REMEDIOS	CATEDRÁTICA UNED
219	MORENO FLOREZ, ROSA MARÍA	Catadrática D. Civil Universidad Complutense
220	Morenodávila Hernández, José	Abogado Ilust. Colegio de Granada
221	MORI FERNÁNDEZ, PABLO	Abogado Ilust. Colegio de Oviedo
222	MUÑOZ DE LA SIERRA, JULIA MARIA	Abogada litre. Col. MADRID
223	MUÑOZ GUIJOSA, ASTRID	Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense
224	MURO Y CASTILLO, ALBERTO	TITULAR DRECHO UNIV. REY JUAN CARLOS
225	NAVALPOTRO BALLESTEROS, TOMÁS	Letrado Comunidad Madrid
226	NAVARRO COSTA, RUTH	Profesora Derehco Civil Universidad Complutense
227	NAVARRO COSTA, YOLANDA	Abogada no ejerciente
228	NAVARRO EGEA, MARÍA MERRCEDES	PROFESOR. DERECHO FINANCIERO UNIV. MURCIA
229	NAVARRO TAPIAS, M!. ROSER	Abogado Ilust. Colegio de Barcelona
230	NAVAS RENEDO, BEGOÑA	Letrada-Jefe de la Universidad de Cádiz y abogado ejerciente
231	NEVADO -BATALLA MORENO, PEDRO	Titular D. Administrativo Universidad Salamanca
232	NOTIVOLI MAGRO, ROCIO	Abogada del ICM
233	NÚÑEZ FERNÁNDEZ, MARIOLA	Abogada del ICAM
234	NÚÑEZ MARTÍNEZ, MARIA ACRACIA	Titular de Derecho Consitutcional UNED
235	OBARRIO MORENO, JUAN ALFREDO	CATEDRÁTICO UNIV. DE VALENCIA
236	OCAÑA MADRID, MARÍA DOLORES	ABOGADA DEL ESTADO
237	OCHOA GARCIA, MARIA JOSE	Procuradora tribunales Valencia

ORDEN	APELLIDOS Y NOMBRE	PROFESIÓN
238	OLCINA TEJEDOR, BEATRIZ	Abogado Ilust. Colegio de Madrid
239	OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA	CATEDRÁTICO UNIV. COMPLUTENSE. Académico R. A. J. y L.
240	OUVÁN MARTÍN, LUCÍA LEYRE	Abogada ejerciente Ilustr. Col. de Madrid
241	ORTEGO GIL, Pedro	Catedrático de la Univ. de Santiago
242	ORTIZ PEÑALVER, JOSÉANTONIO	Abogado ejerciente. Iltr. Col. de MADRID
243	ORÚS RUIZ, JOSÉ MARIA	Abogado Ilust. Colegio de Huesca
244	PADURA BALLESTEROS, TERESA	TITULAR UNIV. COMPLUTENSE
245	PALÁ LALAGUNA, REYES	Catedrática D. Mercantil Univ. Zaragoza
246	PALMER CASTELLÓ, BEATRIZ	Abogada litre. Col. Valencia
247	PASTOR GIL, NURIA	LICENCIADA EN DERECHO UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
248	PEITEADO MARISCAL, PILAR	TITULAR Universidad Complutense
249	PELÁEZ FABRA, JUAN	Abogao ejerciente Ilustr. Col. de Madrid
250	PELAYO JIM NEZ, RAMÓN C.	Abogado del Estado en excedencia. Abogado ejerciente. Iltr.Col. de MADRID
251	PEMÁN GAVIN, JUAN MARIA	Catedrático Universidad de Zaragoza
252	PEÑA PRADO, JAVIER DE LA	Abogado Ilust. Colegio de Madrid
253	PERELLÓ YANES, CARLOS	Abogado litre. Col. MADRID
254	PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, FRANCISCO	CATEDRÁTICO UNIV. COMPLUTENSE
255	PÉREZ FERNÁNDEZ TURÉGANO, CARLOS	CATEDRÁTICO, UNIV. SAN PABLO-CEU
256	PÉREZ RUBIO, ALEJANDRO	Letrado del ICAM
257	PERIS CANCIO, JOSE ALFREDO	Abogado del Iltr. Col. Madrid
258	PERIS CANCIO, JOSÑE ALFREDO	Prof. Filosofía del Derecho Universidad Católica de Valencia
259	PLAZA MARTIN, CARMEN	TITULARUniversidad Complutense
260	POLO BERNARDO, RAMÓN	Administración pública, jubilado
261	POLO MARTÍN, REGINA M	TITULAR Universidad Salamanca
262	PORRAS ARBOLEDAS, PEDRO ANDRÉS	CATEDRÁTICO UNIV. COMPLUTENSE
263	RAMIREZ CARA, MANUEL	Abogado Iltr. Colg. Granada
264	Ramirez Rodríguez,	Abogado Ilust. Colegio de Granada
265	RAMOS VEGA, FRANCISCO JOSÉ	ABOGADO litre Col. de Salamanca
266	REBOLLO PUIG, MANUEL	Catedrático D. Administrativo Univ. Córdoba
267	REINA JIMENEZ, INMACULADA	Abogada. litre. Col de Jerez de la Frontera
268	Reinoso Barbero, Fernando	CATEDRÁTICO UNIV. COMPLUTENSE
269	REVILLA RODRÍGUEZ, JUAN MANUEL	Abodado Iltr. Col. Santander
270	RÍOS ZALDÍVAR, JUAN JOSÉ	Abogado del Iltr. Col. Madrid
271	ROCA FERNÁNDEZ, MARÍA JOSÉ	Catedrática Universidad Complutense
272	RODRÍGUEZ BLANCO, VICTORIA	Abogada Ilust. Colegio de Elche Profesora Univ. Miguel Hernández
273	RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, RICARDO	Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid
274	RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, ANA MARÍA	Titular Derecho Romano Univ. Carlos 111 de Madrid
275	RODRÍGUEZ MARTÍN, José-Domingo	Catedrático Derecho Romano Univ. de Viena
276	RODRÍGUEZ MONTERO, RAMÓN PERFECTO	TITULAR UNIVERSIDADE CORUÑA
277	RODRÍGUEZ MONTERO, RAMÓN PERFECTO	Tituar Derecho Romano Universidade da Coruña
278	Rodríguez Rodríguez Vila, Juan Antonio	Abogado ejerciente Ilust. Colegio de Madrid

ORDEN	APELLIDOS Y NOMBRE	PROFESIÓN
279	RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME	CATEDRÁTICO UNIVERSIDADE CORUÑA
280	ROIG DALMAU, JOSE VICENTE	Notario de Valencia
281	ROIG FERNÁNDEZ, M. TERESA	Abogada litre. Col. Valencia
282	RUANO CASANOVA, BEATRIZ	Procurador de los Tribunales
283	RUANO ESPINA, LOURDES	CATEDRÁTICA UNIV. SALAMANCA
284	RUBIO SAN ROMÁN, JOSÉ IGNACIO	Porf. Emérico Derecho Civil Universidad Complutense
285	RUIZ ABELLÁN, EDUARDO	Abogado no ejerciente. Iltr.Col. de Alicante
286	RUIZ DE HUIDOBRO, ALBERTO	Titular de la Universidad Rey Juan Carlos
287	RUIZMIGUEL, CARLOS	CATEDRÁTICO UNIV. DESANTIAGO
288	RUIZ ROBLEDO, AGUSTÍN	CATEDRÁTICO UNIV. DE GRANADA
289	RUIZRODRIGUEZ, IGNACIO	PROF. UNIV. REY JUAN CARLOS
290	SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, ELENA	Abogada Ilust. Colegio de La Rioja
291	SÁINZMORENO, FERNÁNDO	Letrado de Cortes, Catedrático Derecho Administrativo UCM, Académico de RA deJyL
292	SALVADOR CODERCH, GERARDO	Lic. en Derecho, Presidente Fundación Filantrópica
293	SANCHEZBRAVO,ALVARO	Titular Universidad de Sevilla
294	SANCHEZ DE PAZOS PEIGNEUX, CARLOS	Abogado del Iltr. Col. Madrid y prof. Derecho Constitucional Univ. Rey Juan Carlos
295	SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. PAZ	CATEDRÁTICAUNIV. CADIZ
296	Sánchez Lauro,Sixto	Catedrático Univ. de Barcelona
297	SÁNCHEZPEDROCHE, JOSÉ ANDRÉS	Catedrático D. Financiero UDIMA
298	SANCHEZ-ARCILLABERNAL, JOSÉ	Catedrático emérito de Historia del Derecho. Universidad Complutense
299	SANCHEZ-URÁN AZAÑA, YOLANDA	CATEDRÁTICAUNIV. COMPLUTENSE
300	SANTIAGO REYES, CARMEN	Abogado Ilust. Colegio de Córdoba
301	SANTISTEBANSIBILA, MARÍA CARMEN	Abogada Ilust. Colegio de Barcelona
302	SANZ COSTA, LUIS	MAGISTRADO
303	Sanz Durán, Jaime	Abogado Ilust. Colegio de Pontevedra
304	Senés Motilla, Carmen	Catedrática Univ. de Almería
305	SERNA BERMÚDEZ, PEDRO	Catedrático fFilosofía del Derecho Univ. Coruña
306	Silva Sánchez, Jesús-María	Catedrático Universidad Pompeu Fabra • Vocal de la Sección de Derecho penal de la Comisión General de Codificación
307	SORIANO GARCIA, JOSÉ EUGENIO	Catedrático Derecho Administrativo Univ. COMPLUTENSE MADRID
308	SOSA WAGNER, FRANCISCO	CATEDRÁTICO UNIV. DE LEÓN
309	Souviron Gaytán de Ayala,Jacobo	Abogado Ilust. Colegio de Madrid
310	TAMMO WALLINGA	Catedrático Universidad Amberes
311	TIRAPU MARTINEZ, DANIEL	Catedrático Derecho Eclesiástico. Univ. deJaén
312	TODA PLAZA, PABLO	Abogado ejerciente. Iltr.Col. de MADRID
313	Torné-Dombidau y Jiménez, José	TITULAR UNIV. DE GRANADA· Pte Foro para la Concordia Civil
314	TORRES DEL MORAL, ANTONIO	Catedrático Derecho ConstitucionalUNED jubilado
315	Torres Ventosa, Juan José	Abogado ejerciente del Ilustre Colegio de Badajoz. Abogado del Estado en excedencia.
316	TORROBA MORENO, MARIA	Abogada ejerciente. Iltr. Col. de MADRID
317	TRAVADA SÁNCHEZ DE TOCA, JOSÉ MARIA	Abogado del Iltr. Col. Madrid

ORDEN	APELLIDOS Y NOMBRE	PROFESIÓN
318	URGORRI PEDROSA, PALOMA	inspectora de Trabajo de la Seguridad Social de Madrid
319	VARONA ALABERN, JUAN ENRIQUE	Catedrático Universidad de Cantabria
320	VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, JOSÉ MARÍA	Catedrático de la UNIR
321	VECINA CIFUENTES, JAVIER	Profesor titular de Derecho Procesal. Universidad de Castilla-La Mancha
322	VEGAS TORRES, JAIME	Catedrático Derecho Procesal Univ. Rey Juan Carlos
323	VICTORIA BOLÍVAR, SALVADOR	ABOGADO Y PROF. ASOCIADO UCM



Artículos doctrinales



La compleja calificación de la contingencia profesional en las situaciones de pluriactividad

THE COMPLEX QUALIFICATION OF PROFESSIONAL CONTINGENCY IN SITUATIONS OF PLURIACTIVITY

María Alexandra Díaz Mordillo

Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social
Directora Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social
y de la Tesorería General de la Seguridad Social de Cáceres
maria-alexandra.diaz@seg-social.es  0000-0001-8619-3592

Recibido: 18.09.2023 | Aceptado: 04.10.2023

RESUMEN

Teniendo en cuenta la especial situación de los trabajadores en pluriempleo o pluriactividad y las particularidades existentes en la calificación de las contingencias profesionales del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, ante la falta de desarrollo normativo, se ha tratado de determinar si procede una única calificación como contingencia profesional para todas las actividades en las que el sujeto se encuentra en alta o si esta consideración quedaba limitada a la actividad en cuyo ejercicio se hubiera producido el siniestro.

La solidaridad empresarial que se produce en las situaciones de pluriempleo no es exportable a las situaciones de pluriactividad en las que la independencia de cotizaciones produce prestaciones independientes. Este hecho, unido a la diferente terminología que la normativa emplea para definir el accidente de trabajo por cuenta propia y ajena, hace que sea imposible aplicar el principio de consideración conjunta de las contingencias cubiertas.

ABSTRACT

Taking into account the special situation of workers in multiple jobs or multiple activities and the particularities that exist in the classification of professional contingencies of the self-employed workers or freelancer, given the lack of regulatory development, an attempt has been made to determine whether a only qualification as a professional contingency for all activities in which the subject is registered or if this consideration was limited to the activity in whose exercise the accident had occurred.

The business solidarity that occurs in situations of multiple employment cannot be exported to situations of multiple activity in which the independence of contributions produces independent benefits. This fact, together with the different terminology that the regulations use to define accidents involving self-employment and employment, makes it impossible to apply the principle of joint consideration of the covered contingencies.

PALABRAS CLAVE

Contingencia profesional
Autónomo
Accidente de trabajo
Pluriactividad
Freelancers

KEYWORDS

Professional contingency
Self-employed workers
Work accident
Pluriactivity
Freelancers

SUMARIO

- I. EL CONCEPTO DE CONTINGENCIA PROFESIONAL
 - A. Los riesgos y las contingencias
 - B. Beneficios de la declaración como profesional de una contingencia
- II. LAS CONTINGENCIAS PROFESIONALES EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS
- III. EL CONCEPTO DE PLURIACTIVIDAD FRENTE AL CONCEPTO DE PLURIEMPLEO
- IV. LA CALIFICACIÓN DE UNA CONTINGENCIA COMO PROFESIONAL EN SITUACIONES DE PLURIACTIVIDAD
 - A. Criterio anterior al 4 de noviembre de 2022
 1. *El principio de consideración conjunta de las contingencias cubiertas*
 2. *Jurisprudencia contradictoria*
 - B. El criterio de gestión del instituto nacional de la seguridad social número 22/2022, de 16 de diciembre de 2022 (que recoge el informe de la dirección general de ordenación de la seguridad social de 4 de noviembre de 2022)
- V. A MODO DE CONCLUSIÓN
Bibliografía

I. EL CONCEPTO DE CONTINGENCIA PROFESIONAL

A. Los riesgos y las contingencias

Los accidentes, enfermedades u otras limitaciones laborales que sufrirá el trabajador a lo largo de su vida activa pueden clasificarse doctrinalmente como riesgos o hechos inciertos que, de darse, producen una situación de necesidad o contingencia. El riesgo está directamente conectado con la tradicional concepción del aseguramiento privado.

Las contingencias son sucesos imprevisibles que, dependiendo del riesgo que las produzca, pueden clasificarse como de origen común o profesional. En el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS) muchas veces se utilizan indistintamente ambos términos (riesgo y contingencia) generando cierta confusión¹.

Esta situación de necesidad producida, bien por una falta de ingresos o bien por un exceso de gastos, o ambas cosas a la vez, origina el derecho a ser protegido por el sistema de Seguridad Social mediante prestaciones, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para ello. El propio texto constitucional (art. 41) establece la obligación de los poderes públicos de garantizar prestaciones suficientes que protejan a los ciudadanos en situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.

El término “contingencia” (equitativo al “siniestro” del seguro privado) es propio de los sistemas contributivos públicos y su existencia se presume, salvo prueba en

1. Véase cómo los artículos 156 al 159 TRLGSS, a pesar de definir los riesgos que provocan las contingencias, se refiere a ellos directamente como contingencias. Sin embargo, el artículo 160 pasa a denominar directamente como “riesgos” los catastróficos.

contra. El término “situación de necesidad” se reserva, por tanto, a la protección de naturaleza no contributiva y su existencia debe ser probada².

El TRLGSS no hace referencia expresa a las situaciones de necesidad protegible (contingencias) sino que, acorde a la línea marcada por el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo, se limita a enumerar el catálogo de prestaciones que el sistema ha previsto para hacer frente a los infortunios sufridos por el trabajador (“Acción protectora” del artículo 42 TRLGSS).

Bajo la rúbrica “Aspectos comunes de la Acción Protectora”, a lo largo del Capítulo III del Título II en lo que respecta a los trabajadores del Régimen General, se enumeran los riesgos que ocasionan las diferentes contingencias: accidente de trabajo, enfermedad profesional, accidente no laboral y enfermedad común. Por su parte, el artículo 159 TRLGSS indica que el concepto legal de las restantes contingencias será el que resulte de las condiciones exigidas para el reconocimiento del derecho a las prestaciones otorgadas en consideración a cada una de ellas, es decir, nuevamente la contingencia es configurada por la prestación y no al contrario.

Para terminar, una exclusión. El artículo 160 TRLGSS establece que en ningún caso serán objeto de protección por el Régimen General los riesgos declarados catastróficos al amparo de su legislación especial.

B. Beneficios de la declaración como profesional de una contingencia

No existe una definición legal de las contingencias profesionales en el TRLGSS. Podemos identificar estas situaciones de necesidad por estar vinculadas directamente al desempeño de una actividad profesional cuya aparición provoca la necesidad de recibir protección social (rentas sustitutivas de salarios o servicios asistenciales y terapéuticos).

Básicamente hablamos de accidente de trabajo (art. 156 TRLGSS) y enfermedad profesional (art. 157 TRLGSS). Aunque también se prevé que la prestación correspondiente a las situaciones de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural tendrán la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales (arts. 186 y 189 TRLGSS).

La calificación como profesional de una determinada contingencia supone el nacimiento de una protección reforzada e incluye una serie de garantías para el trabajador: consideración de la situación de alta de pleno derecho en los supuestos de incumplimiento empresarial de obligaciones de afiliación y alta; el principio de automaticidad de prestaciones sin estar condicionadas al requisito de alta; la cotización está formada únicamente por la aportación empresarial; se incluye la cotización por horas extraordinarias a efectos de prestaciones; no se exigen periodos mínimos de cotización para tener derecho a las prestaciones derivadas de riesgos profesionales;

2. Piñeyroa de la Fuente, A. J.: *La consideración conjunta de las contingencias y el principio de igualdad*, Reus, Madrid, 2008, p. 10.

la base reguladora siempre estará formada por los salarios reales del trabajador; el abono de las prestaciones se realiza con prorrateo de pagas extraordinarias o la posibilidad de incrementar el importe con un recargo del 30 % al 50 % en aquellos supuestos en los que el empresario haya incumplido las pertinentes medidas de seguridad e higiene en el puesto de trabajo.

En caso de no estar de acuerdo con la calificación común o profesional de una determinada situación de necesidad, el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal, incluye un procedimiento administrativo que permite determinar la contingencia causante de un determinado proceso médico como paso previo a la vía judicial.

La acción protectora del sistema de Seguridad Social también comprende una serie de prestaciones que únicamente podrán causarse si se trata de contingencias profesionales: la prestación farmacéutica está exenta de aportación por parte del usuario en aquellos tratamientos vinculados al accidente de trabajo o enfermedad profesional; posibilidad de acceder a la indemnización por lesiones permanentes no incapacitantes de la Orden ISM/450/2023, de 4 de mayo, por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no incapacitantes; nacimiento de la prestación de incapacidad temporal desde el día siguiente al de inicio de la baja médica a diferencia de los tres días de espera en contingencia común; indemnizaciones alzadas por fallecimientos derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional o el nacimiento de una situación de riesgo durante el embarazo o la lactancia natural.

En la actualidad, a pesar del compromiso establecido en el artículo 10 TRLGSS que invita a diseñar la acción protectora de los regímenes especiales lo más homogénea posible a la del Régimen General, existen algunos beneficios de las contingencias profesionales que son ajenos a los trabajadores por cuenta propia. Por ejemplo, no les resulta de aplicación la flexibilización del requisito de alta mediante el mecanismo de alta presunta por incumplimiento de los deberes legales a través de los que se configura la relación jurídica con la Seguridad Social, ni tampoco el establecimiento del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene³, y ello, debido a su doble condición como sujeto responsable y beneficiario de la protección⁴.

3. Tampoco será aplicable, por diferente motivo, el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones para aquellas personas encuadradas en el Sistema Especial de Empleados del Hogar, para quienes también se produjo una equiparación tardía en orden a la protección por contingencias profesionales (inexistente hasta la integración en 2012 en el Régimen General).

4. Panizo Robles, J. A.: "La ampliación de la protección social de los autónomos: la cobertura de los riesgos profesionales", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 248, 2003, p. 153, DOI <https://doi.org/10.51302/rtss.2003.8717>. Aquí se explica la razón de la exclusión del recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo para los trabajadores autónomos, en base a que el recargo no tiene la consideración de prestación de Seguridad Social. También porque este recargo es debido a falta de medidas de seguridad, lo que sólo puede aplicarse en el marco de una relación laboral. (acceso a 12/09/2023).

II. LAS CONTINGENCIAS PROFESIONALES EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS

La tendencia a la unidad y simplificación de los diferentes regímenes de Seguridad Social para evitar la fragmentación del sistema es una premisa que se persigue desde la propia Ley de Bases de 1963, pasando por la reordenación de la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social y configurándose, de manera explícita, en las recomendaciones 4 y 6 del Pacto de Toledo de 1995.

Esta necesidad de convergencia se ha venido repitiendo en todas las versiones posteriores del Pacto de Toledo (véase la recomendación 4 de la versión de 2020), no habiéndose llegado a conseguir plenamente el objetivo porque todavía persisten algunas diferencias de carácter material, jurídico o técnico entre los diferentes regímenes que conforman el Sistema de Seguridad Social⁵. En particular, los trabajadores autónomos mantienen una protección social similar a la del Régimen General, aunque con las particularidades previstas en el Título IV del TRLGSS.

Este régimen especial se caracteriza por una excesiva heterogeneidad entre los trabajadores que lo componen (todos aquellos que no cumplen las características propias del trabajo asalariado, es decir, ajenidad y dependencia)⁶, hecho que ha ocasionado una tardía equiparación en derechos con el Régimen General (prestación por cese de actividad, determinación de los efectos iniciales de la incapacidad temporal, opción a la incapacidad permanente total cualificada o extensión de la protección por contingencias profesionales).

La protección de los riesgos laborales de estos trabajadores ya estaba prevista en el Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la comunidad y en el Reglamento (CEE) 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del anterior.

En España, hasta la entrada en vigor de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre⁷, todas las contingencias causadas en el ejercicio de una actividad por cuenta propia se entendían debidas a causa común, no existiendo la posibilidad de establecer, para estos trabajadores, la protección reforzada de las contingencias profesionales, con todas sus ventajas⁸. Regía, así, en dicho régimen el principio de consideración conjunta de

5. García Romero, B.: "Orientaciones para culminar la reforma de la estructura del sistema de Seguridad Social", en Hierro Hierro, F. J. (coord.): *Perspectivas jurídicas y económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 204.

6. Barcelón Cobedo, S.: "Régimen Especial de Autónomos. Situación actual tras las últimas reformas en materia de acción protectora", *Temas Laborales*, núm. 81, 2005, p. 229.

7. En su artículo 40.4 se introduce la disposición adicional 34ª en el TRLGSS de 1994 que después complementaría el Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica.

8. Martínez Moreno, C.: "La Seguridad Social de los trabajadores autónomos en la jurisprudencia", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 144, 2019, pp. 213-238.

las contingencias cubiertas⁹ previsto en la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social.

Esta diferencia de trato, basada en la tradicional concepción del aseguramiento del accidente de trabajo vinculada a la teoría de la responsabilidad por riesgo profesional como fundamento de la responsabilidad empresarial, tal y como recogiera la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900¹⁰, carecía de sentido, toda vez que otros trabajadores por cuenta propia ya venían gozando de protección profesional mucho antes¹¹. A pesar de ello, esta distinción no era considerada una vulneración del principio de igualdad promulgado por la Constitución¹², sino una característica propia del régimen especial¹³.

A partir de ese momento, los autónomos podían incorporar voluntariamente (para evitarles un exceso de carga contributiva¹⁴) las contingencias profesionales a su ámbito de protección, siempre que hubieran optado por la prestación económica de incapacidad temporal, cuya entidad de cobertura protegería también los riesgos profesionales. Se define el accidente de trabajo como aquel ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por cuenta propia y, por enfermedad profesional, la contraída a consecuencia de esta misma actividad, reconociendo para estos trabajadores, en la línea marcada por la Comisión del Pacto de Toledo, las mismas prestaciones establecidas para los trabajadores asalariados, en las condiciones que se determinaran reglamentariamente¹⁵.

Este desarrollo se llevó a cabo mediante Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre. Sin embargo, a pesar del intento, el propio carácter voluntario de la protección por contingencias profesionales marcaba una clara diferencia con el Régimen General.

9. Rodríguez-Rico Roldán, V.: "El accidente de trabajo de los trabajadores autónomos: la (inacabada) equiparación con la protección dispensada en el Régimen General de la Seguridad Social. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 684/2018, de 27 de junio", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 440, 2019, p. 225, DOI <https://doi.org/10.51302/rtss.2019.1188> (acceso a 10/09/2023).

10. Mercader Uguina, J. R.: "La acción protectora de los Regímenes Especiales", *Manuales de formación continuada (Consejo General del Poder Judicial)*, núm. 20, 2002, p. 1043.

11. Véase el artículo 34 del texto refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, por las que se regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2123/1971, de 23 de diciembre, y el artículo 42 del texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, aprobado por Decreto 2864/1974, de 30 de agosto.

12. Según la STC 375/1993, Sala Segunda, de 20 de diciembre (rec. 2375/1990), "[l]a genérica comparación entre las distintas prestaciones que integran la acción protectora del sistema de la Seguridad Social no es un término idóneo a efectos del juicio de igualdad. La Constitución autoriza, aunque no impone, una diferente protección en atención a las contingencias que originan las situaciones de necesidad y, por tanto, no es ilegítimo ni irrazonable que el legislador o el Gobierno puedan tomar en consideración estos factores causales para acordar un régimen jurídico diverso".

13. La STC 268/1993, Sala Segunda, de 20 de septiembre (rec. 2410/1990) establece que, tratándose de una trabajadora del entonces REEH, "la justificación de la diversidad de tratamiento normativo puede encontrarse, en primer lugar, en la incuestionable singularidad del trabajo al servicio del hogar familiar, que explica su consideración como relación laboral de carácter especial".

14. Alarcón Caracuel, M. R. y González Ortega, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 333-334. Este argumento ha sido utilizado con anterioridad para justificar la inexistencia de cobertura profesional.

15. Blasco Lahoz, J. F.: "La protección por contingencias profesionales en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA)", *Revista de Información Laboral*, núm.1, 2018, pp. 65-79.

Desde un punto de vista conceptual, el artículo 3 del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre (actual art. 316.1 TRLGSS), en la línea de lo que estaba regulado anteriormente para los trabajadores autónomos agrarios o marítimos, definía y define el accidente de trabajo como aquel ocurrido como consecuencia directa e inmediata de la actividad que se realiza por su propia cuenta y que determina la inclusión del trabajador en el campo de aplicación del régimen especial¹⁶. Esta precisión se aleja de la recogida en el artículo 156 TRLGSS para el Régimen General, que lo define como aquella lesión corporal que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena. Es decir, el concepto de accidente de trabajo resulta más restrictivo para los trabajadores autónomos, que se verán obligados a demostrar el nexo causal directo entre el trabajo desarrollado y la lesión sufrida (consecuencia directa e inmediata). Esta limitación no opera para los trabajadores por cuenta ajena, a los que se les presume la profesionalidad del siniestro ocurrido tanto en el tiempo, como en el lugar físico donde se prestan los servicios, salvo prueba en contrario¹⁷ (con ocasión o por consecuencia¹⁸). La razón se encuentra en la mayor dificultad para controlar la actuación del trabajador autónomo y las condiciones en las que los accidentes se producen, sin obviar una mayor precaución frente a las posibilidades de fraude¹⁹.

Otra de las particularidades para los trabajadores por cuenta propia era la exclusión del accidente *in itinere*. El hecho de que el siniestro debiera haberse producido como consecuencia directa e inmediata de la actividad, apartaba cualquier posibilidad de aplicar esta figura de construcción jurisprudencial. La causa, con toda probabilidad como puede observarse en fallos jurisprudenciales anteriores²⁰, es la dificultad de fijar, para aquellos trabajadores por cuenta propia que no disponen de un establecimiento abierto al público, el domicilio de la actividad.

No obstante, esta diferenciación ha finalizado con la publicación de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo, indicando que también se entenderá como accidente de trabajo el sufrido al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad económica o profesional. A estos efectos, se considera como lugar de la prestación de servicios el establecimiento en donde el trabajador

16. Hoy artículo 316.2 TRLGSS.

17. Por ejemplo, la STS 3457/2022, Sala de lo Social, de 7 de septiembre de 2022 (rec. 2047/2019) a propósito de un infarto de miocardio cuando el trabajador se encontraba en tiempo y lugar de trabajo.

18. Véase por ejemplo que “[l]a presunción no se excluye porque se acredite que el trabajador padecía la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, ya que lo que se valora a estos efectos no es la acción del trabajo como causa de la lesión cardiaca (dada la etiología común de este tipo de lesiones) sino la acción del trabajo como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida”, como señala la STS 5612/2014, Sala de lo Social, de 10 de diciembre de 2014 (rec. 3138/2013) sobre accidente de trabajo y enfermedad que se manifiesta durante el tiempo de descanso para la comida.

19. Rodríguez-Rico Roldán, V.: “El accidente de trabajo de los trabajadores autónomos: la (inacabada) equiparación con la protección dispensada en el Régimen General de la Seguridad Social. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 684/2018, de 27 de junio”, ob. cit., p. 227.

20. El Tribunal Supremo entiende el accidente *in itinere* cuando el domicilio del que se parte es donde se tiene la residencia, aunque por razones de trabajo, esta se traslade a otro lugar, además de la intención de vuelta periódica al mismo cuando las obligaciones del trabajo lo permiten. Véase por todas la STS, Sala de lo Social, de 29 de septiembre de 1997 (rec. 2685/1996).

autónomo ejerza habitualmente su actividad, siempre que no coincida con su domicilio y se corresponda con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales.

En lo referente a los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE), el artículo 26.3 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (actual art. 317 TRLGSS), dispone que debe entenderse para ellos el accidente de trabajo como toda lesión corporal que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad, es decir, se delimita en los mismos términos que el artículo 156 lo hace para el Régimen General.

Con efectos del 1 de enero de 2019, el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo ha modificado el artículo 316.1 TRLGSS indicando que la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores autónomos será obligatoria y se llevará a cabo con la misma entidad gestora o colaboradora con la que se haya formalizado la cobertura de la incapacidad temporal²¹.

En el resto de supuestos (actos de salvamento, enfermedades previas al alta laboral con agravamiento posterior, enfermedades intercurrentes, enfermedades del trabajo o enfermedades profesionales), en el Real Decreto 1273/2003 no existe ninguna diferencia de trato con el Régimen General.

Se ha producido una verdadera lucha por el derecho de los trabajadores autónomos a una Seguridad Social integral equiparable al estándar ya alcanzado por los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General²², y ello a pesar de que todavía existe espacio para seguir actuando: una mayor confluencia entre la protección por cese de actividad de los autónomos y la protección general por desempleo²³; la revisión de la incapacidad permanente parcial que, únicamente, pueden causarla si su origen es profesional (incomprensible si debe prevalecer la situación de necesidad protegible independientemente de la causa que la provoque) y se ha producido una merma en la capacidad laboral del 50 % (frente al 33 % exigible en el Régimen General), limitación que resulta excesiva dada la singularidad del colectivo²⁴; en el caso de sustitución de una pensión de incapacidad permanente total por una cantidad a tanto alzado, el autónomo únicamente recibirá 40 mensualidades de la base reguladora frente a las 84 que puede llegar a percibir un trabajador asalariado menor de 52 años. Ahora

21. Por su parte, la disposición final 3ª del Real Decreto-Ley 28/2019, modifica el artículo 26.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, estableciendo que la acción protectora de este régimen comprende, en todo caso, la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

22. Monereo Pérez, J. L.: "La Seguridad Social de los trabajadores autónomos", en Monereo Pérez, J. L. y Vila Tierno, F. (coords.): *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo*, Comares, Granada, 2017, p. 451.

23. Ortega Lozano, P. G.: "El sistema de Seguridad Social del freelance", *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 27, 2021, p. 93.

24. En el RETA, se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 50% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de aquélla (art. 4.2 del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre). Sólo se protege cuando esté ocasionada por una contingencia profesional y únicamente desde el 01-01-2004, fecha de entrada en vigor del Real Decreto indicado.

bien, no existe para este régimen especial la limitación de 60 años para poder solicitar el pago único como ocurre en el Régimen General²⁵.

III. EL CONCEPTO DE PLURIACTIVIDAD FRENTE AL CONCEPTO DE PLURIEMPLEO

Los artículos 35 y 38 de la Constitución Española recogen el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión de los ciudadanos. En la actualidad, existe plena libertad para que una persona desempeñe varios puestos de trabajo de manera simultánea, si bien, esta práctica podría llegar a ser definida como insolidaria en situaciones de crisis económica²⁶. El Estado tiene capacidad para establecer medidas correctoras para favorecer un reparto más equitativo de los puestos de trabajo, aunque, en nuestro país, este tipo de medidas se limitan a bonificar contrataciones de trabajadores demandantes de empleo y/o con especiales dificultades de inserción socio-laboral, en lugar de penalizar al que libremente elige el empleo múltiple.

Las causas que motivan el nacimiento de situaciones de pluriempleo o pluriactividad son variadas, desde el empleo precario hasta la promoción laboral o el desarrollo de una actividad vocacional secundaria. La precariedad laboral provoca con frecuencia la necesidad de realizar distintas actividades, ya sea de forma simultánea o sucesiva²⁷.

El artículo 7.4. del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social establece que, cuando una persona ejerciere simultáneamente distintas actividades o la misma actividad pero en condiciones o en formas diversas que dieran lugar a su inclusión en diferentes regímenes del sistema de la Seguridad Social o en el mismo régimen por cuenta de más de una persona, su encuadramiento será múltiple, constituyendo las situaciones de pluriactividad y de pluriempleo respectivamente²⁸.

Así, se considerará pluriactividad la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena cuyas actividades den lugar a su alta obligatoria en dos o más regímenes distintos del sistema de la Seguridad Social. En caso de realización de dos o más actividades encuadrables en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos el alta será única. El ejercicio de estas actividades debe ser simultáneo en el tiempo²⁹.

25. Artículo 38.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto; artículo 77 OM 24-09-1970 y Art. 4.3 del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre: La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente total consistirá en una pensión vitalicia, pudiendo ser sustituida, excepcionalmente, por una cantidad a tanto alzado equivalente a 40 mensualidades de la base reguladora.

26. Sala Franco, T.: *El régimen jurídico del pluriempleo en el ordenamiento español*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985, p. 11.

27. Piñeyroa de la Fuente, A. J.: "El cómputo recíproco de cotizaciones dentro del sistema español de Seguridad Social", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 8, 1992, p. 156.

28. Díaz Fernández, M. J.: "La pluriactividad. Compaginar trabajo por cuenta ajena y autónomo", *Economist & Jurist*, vol. 24, núm. 202, 2016, pp. 82-89.

29. STS 3215/2010, Sala de lo Social, de 11 de mayo de 2010 (rec. 3640/2009). También en Fernández Docampo, B.: "Pluriactividad sucesiva y Seguridad Social. El principio de conservación de los derechos de protección social", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010, pp. 837-871.

A los mismos efectos, se entenderá por pluriempleo la situación del trabajador por cuenta ajena que preste sus servicios profesionales en dos o más empresas distintas y en actividades que den lugar a su alta en un mismo Régimen de la Seguridad Social. El artículo 9 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, establece la forma de cálculo de las bases de cotización para estos trabajadores.

La cotización en pluriempleo se realiza de manera proporcional al tiempo desempeñado en cada una de las actividades, con aplicación del tope máximo de cotización. Por este motivo, la prestación que se cause desde esta situación será única y en su base reguladora se integrarán la totalidad de las bases de cotización realizadas. En caso de pluriactividad, tanto el alta como las cotizaciones son múltiples, por lo que las prestaciones que se generen también lo serán, siempre que se reúnan los requisitos para ello.

El alcance de la acción protectora en las situaciones de pluriactividad puede clasificarse en dos: aquellos supuestos en que el interesado genere derecho a prestaciones independientes en cada uno de los regímenes en los que se encuentre encuadrado porque reúne requisitos separadamente en cada uno de ellos o que, por el contrario, no genere prestaciones independientes porque en uno o varios no reúne carencia. En este último supuesto, la normativa prevé el uso de una ficción jurídica denominada cómputo recíproco de cotizaciones para totalizar las realizadas en todos los regímenes a efectos de generar prestaciones al menos en uno de ellos, siempre que no se superpongan y que exista homogeneidad de cobertura³⁰. Este principio se encuentra regulado en el Decreto 2597/1973, de 16 de noviembre, y en el Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, y supone una de las medidas correctoras más efectivas para evitar un posible fraccionamiento del sistema de Seguridad Social debido a la existencia de multitud de regímenes.

El artículo 163.1 TRLGSS establece la incompatibilidad de dos o más pensiones causadas en el Régimen General cuando coincidan en un mismo beneficiario, salvo que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. Por tanto, son incompatibles dos pensiones derivadas del Régimen General o de un mismo Régimen Especial, siendo compatibles las otorgadas en diferentes regímenes, pudiendo el interesado optar por percibir una de ellas³¹.

La existencia de situaciones de pluriempleo y pluriactividad también está relacionada con la especial dificultad de determinar cuál es la contingencia causante de un proceso médico. En caso de pluriempleo, la responsabilidad solidaria en materia de cotización también se adapta a la consideración integral del riesgo, comprendiendo

30. Martínez Moreno, C.: "La pensión de jubilación con cómputo recíproco de cotizaciones", en López Cumbre, L. (coord.): *Tratado de jubilación: homenaje al profesor Luis Enrique de la Vila Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, p. 1705.

31. Fernández Docampo, B.: "A propósito del comentario de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de febrero de 2016 (recurso de suplicación núm. 1080/2015)", *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 2, 2016, p. 154.

que el carácter profesional afecta por entero al trabajador, sin que pueda entenderse que incide sólo con respecto a la prestación de servicios en la que se produjo el accidente o se contrajo la enfermedad profesional³². En el caso de pluriactividad, la existencia de múltiples encuadramientos complica la calificación del riesgo y la exportación de la contingencia profesional de un régimen a otro.

El artículo 175 TRLGSS establece que el derecho al subsidio por incapacidad temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena. Esto impide que el trabajador en situación de pluriempleo o pluriactividad pueda suspender una actividad y seguir desempeñando otra diferente que motive su encuadramiento en el sistema de Seguridad Social.

La doctrina jurisprudencial ha establecido que no toda actividad desarrollada por el trabajador durante la situación de incapacidad temporal es sancionable, sino sólo cuando la actividad realizada perjudique la curación del trabajador o cuando se evidencie que también podría realizar su trabajo habitual con normalidad³³. Por tanto, en algunas situaciones de pluriactividad o pluriempleo se ha admitido mantener alguna de las actividades previas cuando la incapacidad temporal afecta únicamente a una y ello porque nuestro ordenamiento jurídico impone el deber de afiliación y alta por la realización de distintas actividades, no siendo lógico esta obligatoriedad para luego no reconocer la especialidad de las situaciones ocasionadas. Por ello, en el supuesto de pluriactividad derivada del ejercicio de dos actividades completamente diferentes, es posible que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional objeto del otro. La tesis opuesta causaría desprotección al trabajador y sería contraria a la utilidad de las cotizaciones realizadas³⁴. No obstante, esta teoría implica una seria dificultad de regulación, por este motivo, en la actualidad no existen criterios generales o normativa común que lo permita, debiendo ajustarse a la singularidad de cada caso concreto³⁵.

IV. LA CALIFICACIÓN DE LA CONTINGENCIA PROFESIONAL EN SITUACIONES DE PLURIACTIVIDAD

Teniendo en cuenta la especial situación de los trabajadores en pluriempleo o pluriactividad y las particularidades existentes en la calificación de las contingencias profesionales del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos,

32. STS, Sala de lo Social, de 22 de julio de 1998 (rec. 1878/1997).

33. Por todas, STSJ de Cataluña 8026/2013, Sala de lo Social, de 10 de diciembre de 2013 (rec. 4558/2013), en alusión a la doctrina del Tribunal Supremo.

34. Por todas, STS 9400/2002, Sala de lo Social, de 19 de febrero de 2002 (rec. 2127/2001) sobre compatibilidad entra la incapacidad temporal a cargo del RETA y el trabajo por cuenta ajena, en el caso de doble afiliación y alta por doble actividad. En sentido contrario, STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 15 de diciembre de 2014 (rec. 745/2014), que admite la compatibilidad únicamente en los casos de pluriactividad, pero no en los de pluriempleo.

35. Molins García-Atance, J.: "La problemática de la prestación de incapacidad temporal", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018, p. 62.

históricamente y ante la falta de desarrollo normativo, se ha tratado de determinar si procede una única calificación como contingencia profesional para todas las actividades en las que el sujeto se encuentra en alta o si esta consideración quedaba limitada a la actividad en cuyo ejercicio se hubiera producido el siniestro.

A. Criterio anterior al 4 de noviembre de 2022³⁶

La normativa reguladora de las prestaciones de incapacidad temporal no contemplaba que, en los supuestos de pluriactividad, un mismo hecho causante pudiera dar lugar a procesos médicos causados por diferente contingencia. Esta ausencia de regulación se suplía mediante resoluciones y criterios administrativos de actuación que, en la práctica, suponían la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios.

La antigua Dirección General de la Seguridad Social, en su Resolución de 11 de julio de 1973³⁷, confirmada posteriormente por la Resolución, de 4 de julio de 1996, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social³⁸, indicaba que el accidente de trabajo ocurrido en situaciones de pluriactividad cuando ambos regímenes lo eran por cuenta ajena (Régimen General y Régimen Especial de Trabajadores Ferroviarios, anterior a su integración), debía tener la misma consideración en un régimen que en el otro, ya que la definición normativa literal del accidente de trabajo se encuentra íntimamente ligada al desempeño de una actividad por cuenta ajena, acogiendo al principio de “consideración conjunta de contingencias” como argumento final.

Sin embargo, el Criterio refundido VIII/2 de 1988 abordaba la problemática desde una perspectiva diferente para aquellos supuestos en los que existía una actividad por cuenta ajena (Régimen General) y una actividad por cuenta propia (Régimen Agrario por cuenta propia, teniendo en cuenta que la inclusión de las contingencias profesionales en el Régimen de Autónomos se produjo mucho después). En estos casos, aunque en ambos regímenes se considerara al trabajador como sujeto causante potencial de prestaciones derivadas de contingencia profesional, el concepto legal del accidente de trabajo no tenía ni el mismo contenido ni la misma extensión para las dos actividades. Se concluye así que, todo accidente de trabajo ocurrido en la actividad por cuenta propia siempre será considerado como laboral en la actividad por cuenta ajena, pero no al contrario. Conclusión a la que se llega, posiblemente, porque la definición de accidente de trabajo por cuenta ajena es menos restrictiva que la

36. Criterio de Gestión del INSS 3/2022, de 10 de enero de 2022.

37. La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social desarrolla sus competencias de acuerdo a lo dispuesto en el Real Decreto 497/2020, de 28 de abril.

38. La Resolución de 4 de julio de 1996, por lo que a las situaciones de pluriempleo se refiere, contempla el mismo criterio que las Órdenes de 13 de octubre de 1967, de 15 de abril de 1969 y de 13 de febrero de 1967, entendiendo que la protección que debe darse a efectos del trabajo en el que no se ha producido la contingencia profesional ha de ser, no la propia del accidente no laboral, sino del accidente de trabajo. Sobre las situaciones de pluriactividad, asume el criterio de la Resolución de 11 de julio de 1973. Todo ello, sin perjuicio de incidir en la conveniencia de que la cuestión quede regulada en un futuro mediante norma de rango adecuado, quizá un eventual nuevo Reglamento General de Prestaciones, norma que, por el momento, no se ha aprobado.

definición de accidente de trabajo por cuenta propia, ya que, en realidad, no existía identidad del concepto protegido³⁹.

Por tanto, según la doctrina administrativa anterior a noviembre de 2022:

- a) Producido un accidente laboral en una actividad por cuenta ajena, si la actividad por cuenta propia no tiene protegida las contingencias profesionales, se considerará accidente no laboral para el autónomo.
- b) Producido un accidente laboral en una actividad por cuenta ajena, si la actividad por cuenta propia sí tiene protegidas las contingencias profesionales, se considerará accidente no laboral para el autónomo salvo que se trate de una enfermedad de trabajo (por ejemplo, un infarto), que se considerará accidente laboral.
- c) Producido un accidente laboral en una actividad por cuenta propia, si la otra actividad determina el alta del trabajador en el Régimen General, se considerará accidente de trabajo en ambas actividades.

En un momento posterior, el Criterio de Gestión del INSS número 3/2022, de 10 de enero, recoge esta idea, de aplicación pacífica hasta ese momento, ampliándola con aquellos supuestos en que ocurre un accidente de trabajo *in itinere* y los sufridos por trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE), una vez incorporadas plenamente las contingencias profesionales para los trabajadores por cuenta propia⁴⁰:

- a) El accidente *in itinere* siempre será accidente de trabajo en ambos regímenes, independientemente de la actividad en la que se haya producido, ya que la definición normativa del concepto es idéntica para ambos.
- b) Si el accidente de trabajo lo sufre un TRADE, tendrá siempre la calificación de contingencia profesional independientemente de la actividad en la que se haya producido, ya que existe idéntica calificación del accidente de trabajo con la prevista para el Régimen General (toda lesión corporal sufrida con ocasión o por consecuencia de la actividad desarrollada).

Véase a modo de ejemplo como la STSJ, Sala de lo Social, de Cataluña número 4664/2015, de 13 de julio, califica como accidente de trabajo para la actividad por cuenta propia el infarto de miocardio sufrido por el trabajador durante la jornada laboral a tiempo parcial por cuenta ajena en el mismo despacho donde desarrollaba

39. Del Criterio de Gestión del INSS 22/2022, de 16 de diciembre.

40. En aquel momento, el artículo 14 de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, bajo la rúbrica: "Equiparación a efectos de las contingencias derivadas de accidente de trabajo *in itinere*", ya había igualado al Régimen General el accidente *in itinere* para los trabajadores autónomos. Además, la protección por contingencias profesionales era ya obligatoria en todos los supuestos de trabajo por cuenta propia, a excepción de los agrarios (art. 326 TRLGSS) y de los socios de cooperativas incluidos en el Régimen de Autónomos que dispongan de un sistema inter-cooperativo de prestaciones sociales (disposición adicional 28ª TRLGSS).

también su trabajo autónomo. La Mutua Colaboradora con la Seguridad Social responsable del proceso defiende que, difícilmente el trabajador podrá sufrir dos accidentes de trabajo mientras presta sus servicios, toda vez que se rompe, por imposibilidad manifiesta, la necesaria relación de causalidad entre trabajo y lesión. Finalmente recae sentencia haciendo referencia a las resoluciones de 1973 y 1996 por tratarse de una enfermedad a la que se otorga la condición de accidente de trabajo. Si esa enfermedad la sufre el trabajador en pluriactividad, se dará tratamiento de accidente laboral en ambas actividades, salvo que en alguna de ellas no se contemple la protección por contingencias profesionales⁴¹.

Sobre la existencia de antecedentes mórbidos de la enfermedad de trabajo, resulta irrelevante tenerlos, ya que está expresamente prevista la calificación de laboral en aquellos supuestos de enfermedades o defectos padecidos con anterioridad que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente⁴².

1. El principio de consideración conjunta de las contingencias cubiertas

Las resoluciones mencionadas expresan como fundamento último la aplicación del principio de consideración conjunta de las contingencias cubiertas recogido en la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, y su texto articulado que se desarrolla en la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966. Este fundamento obliga a otorgar un mismo tratamiento y protección ante una situación de necesidad, independientemente de cuál hubiera sido la contingencia causante de la misma. Las contingencias profesionales pierden su carácter de riesgo empresarial⁴³ y pasan a formar parte, junto con las comunes, de la acción protectora del sistema de Seguridad Social con fundamento en el principio de solidaridad y titularidad estatal⁴⁴.

Lo que se pretende es dispensar al beneficiario prestaciones uniformes ante un mismo evento, evitando desplegar una protección ampliada en función de la causa que hubiera provocado la situación protegible. Ello no significa que no se tengan en cuenta las causas que dan lugar a las contingencias, sino que se pone el acento en las propias contingencias protegidas y no en los riesgos que las originan, como sucedía en los regímenes de seguros de previsión social⁴⁵.

41. Mismo argumento en la STSJ de Cataluña 7327/2015, Sala de lo Social, de 13 de julio de 2015 (rec. 3211/2015).

42. STS, Sala de lo Social, de 10 de diciembre de 2014 (rec. 3138/2013).

43. Vida Soria, J.: "Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el sistema de la Seguridad Social", en Gonzalo González, B. y Nogueira Guastavino, M. (coords.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad-Muprespa-UNED, Madrid, 2000, p. 44.

44. Monereo Pérez, J. L.: "Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)", en Monereo Pérez, J. L.; Moreno Vida, M. N. y Molina Navarrete, C. (dirs.): *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Comares, Granada, 2006, p. 11.

45. Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A.: "Determinación de contingencias de la Seguridad Social (revisión crítica del sentido político-jurídico y de la delimitación técnica de las contingencias profesionales)", *Aranzadi Social*, vol. 1, núm. 19, 2009, p. 11.

No obstante, se trata de un principio claramente inconsistente aplicado a la contingencia profesional en situación de pluriactividad, ya que no ha sido objeto del necesario desarrollo normativo⁴⁶ (tan complejo en su ordenación, como olvidado o inaplicado en la práctica⁴⁷). Su implantación efectiva hubiera conllevado que el propio concepto de accidente de trabajo habría dejado de tener relevancia y las especialidades de su protección hubieran desaparecido, pues ambos elementos se situarían en clara pugna con aquel principio⁴⁸. La protección uniforme conlleva a dar cumplimiento a los principios de igualdad y universalidad que deben presidir un evolucionado sistema de Seguridad Social, aunque, por otro lado, no sería razonable que la sociedad en su conjunto tuviera que responder por los daños generados por la realización del trabajo, cuando quien tiene que hacer frente a ellos es el que se presume causante de los mismos (empresario)⁴⁹.

Precisamente, el mantenimiento de los principios tradicionales de esta responsabilidad empresarial, que nacieron en el antiguo régimen de previsión social, pervive de alguna forma en el actual sistema de Seguridad Social en la figura del recargo de prestaciones y resto de responsabilidades empresariales civiles, penales o administrativas que se encuentran plenamente vigentes⁵⁰. Estas obligaciones preventivas y reparadoras imputables al empresario impiden *per se* la aplicación del principio de consideración conjunta de contingencias cubiertas para el régimen de trabajadores por cuenta propia, que carece de tal responsabilidad.

El principio de equiparación de contingencias es plenamente aplicable a las situaciones de pluriempleo a pesar de la carencia normativa, ya que, de forma implícita establecen que la prestación deberá considerarse en todo caso derivada de contingencia profesional a efectos de todas las empresas en las que el trabajador prestaba servicios, criterio que, difícilmente, admite otra interpretación (y ello a pesar de que cada empresa cotiza una tarifa de primas diferente en función de los riesgos de la actividad desarrollada)⁵¹.

No obstante, la existencia de resoluciones dispares en los tribunales al abordar las situaciones de pluriactividad demuestra que la fórmula aplicada presentaba disfunciones.

46. Fundamento de la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 4 de noviembre de 2022.

47. Sempere Navarro, A. V., et al.: *Hacia un nuevo modelo de gestión de la incapacidad temporal*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, p. 84.

48. Vida Soria, J.: "Régimen jurídico de la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", *Revista de Trabajo*, núm. 31, 1970, p. 5.

49. González Ortega, S.: "Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja para un fenómeno social de relevancia", en Barcelón Cobedo, S.; González Ortega, S. (coords.): *Las enfermedades profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 30.

50. Sicre Gilabert, F.: *Accidentes de trabajo: la responsabilidad del empresario en los órdenes administrativos, penal, civil y laboral*, Sepín, Madrid, 2015, p. 11.

51. "Y es que el pluriempleo si bien abarca una multiplicidad de relaciones laborales, que necesariamente gozan de individualidad propia, sin embargo, esta multiplicidad de relaciones constituye una sola vida laboral, por lo que la protección social del trabajador necesariamente debe tender a una integración unitaria de las distintas relaciones", según la STS, Sala de lo Social, de 22 de julio de 1998 (rec. 1878/1997).

2. *Jurisprudencia contradictoria*

La ausencia del necesario desarrollo reglamentario ha ocasionado la aparición de sentencias contradictorias dada la singularidad de las situaciones de pluriactividad. Es obvio que la norma prevé mayores requisitos para los trabajadores por cuenta propia, a los que exige una relación causal directa e inmediata del accidente con la actividad desarrollada, sin cuyo nexo, deberá ser considerado como contingencia común.

Por este motivo empiezan a surgir diferentes pronunciamientos judiciales que, a pesar de referenciar las resoluciones de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de los años 1973 y 1996, se apartan de ellas concluyendo que, producido un accidente de trabajo en situación de pluriactividad, la calificación como profesional únicamente ha de mantenerse en el régimen en el cual se haya sufrido⁵², ya que una persona no puede sufrir dos accidentes de trabajo mientras presta sus servicios, y menos aun cuando uno de ellos lo sufre realizando su actividad por cuenta ajena, toda vez que se rompe la necesaria causalidad entre el trabajo y la lesión⁵³.

B. El criterio de gestión del instituto nacional de la seguridad social número 22/2022, de 16 de diciembre de 2022 (que recoge el informe de la dirección general de ordenación de la seguridad social de 4 de noviembre de 2022)

Hasta noviembre de 2022, además del principio de consideración conjunta de la contingencia, la circunstancia determinante para exportar la contingencia profesional de una actividad a otra era que ambas compartieran una definición conceptual idéntica. Sólo en los casos en los que el accidente de trabajo alcanza la misma protección en ambos regímenes cabría extender la calificación entre ellos (aplicable también, por analogía, a los supuestos de enfermedad profesional).

No obstante, fruto de los diferentes pronunciamientos judiciales reseñados, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en su informe de 4 de noviembre de 2022, se aparta del criterio seguido en las resoluciones de 1973 y 1996, considerando que, para calificar como profesional un accidente, más allá del debate terminológico, éste debe estar vinculado con la concreta actividad laboral (trabajadores cuenta ajena, Régimen General) o profesional (trabajadores por cuenta propia, RETA) que estaba realizando el trabajador o que se disponía a realizar en el momento de producirse.

Por tanto, a partir de ese momento:

- a) A efectos prácticos, el accidente que ha tenido lugar con ocasión o por consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena no podrá calificarse nunca como accidente de trabajo en la actividad por cuenta propia, ya que no ha sido

52. STSJ de Galicia 3225/2020, Sala de lo Social, de 25 de mayo de 2020 (rec. 4319/2019).

53. STSJ de Cantabria 489/2016, Sala de lo Social, de 19 de mayo de 2016 (rec. 288/2016).

consecuencia directa e inmediata del trabajo realizado por su propia cuenta y determinante de la inclusión en el campo de aplicación del régimen especial. Por otro lado, la exigencia para el trabajador asalariado de que el accidente de trabajo haya tenido lugar con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, no existe cuando el accidente se produce con ocasión o como consecuencia de la actividad realizada por cuenta propia.

En cuanto a las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo, no será posible aplicar la presunción a dichas lesiones en relación con una segunda actividad por cuenta ajena que el trabajador pueda desempeñar, puesto que no se han producido ni en el tiempo ni en el lugar de desempeño de ésta.

En el caso de accidentes ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su grupo profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa, se hace difícil entender que puedan considerarse producidas por accidente de trabajo tales lesiones con la actividad desarrollada en una empresa cuyo empresario no ha dado orden alguna al trabajador que pudiera provocar el accidente ni el trabajador ha actuado espontáneamente, accidentándose por ello, en interés del buen funcionamiento de esa empresa.

- b) A pesar de que el concepto de accidente *in itinere* es idéntico en ambos regímenes, únicamente podrá calificarse como tal el producido en relación con el trabajo concreto al cual se dirigía o del cual volvía el trabajador y no en relación con otros posibles trabajos o actividades que viniera desarrollando. Sólo en supuestos muy contados, en que los distintos centros de trabajo en que presta servicios el trabajador puedan estar cercanos entre sí, de forma que no sea posible determinar a cuál de ellos se dirigía, sin que sea tampoco posible determinar cuál era el trabajo de destino o de origen en función de la hora del accidente, en el resto de los casos, se llega a la conclusión de que el accidente *in itinere* únicamente ha podido tener lugar en relación con el trabajo concreto al cual se dirigía o del cual volvía el trabajador y no con otros posibles trabajos.
- c) En el caso de trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE) y teniendo en cuenta la definición del artículo 317 TRLGSS, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera de la actividad profesional de que se trate, no pudiendo ser considerado, por tanto, accidente de trabajo el sufrido fuera de su actividad profesional como TRADE en cualquier otra actividad.
- d) Por último, el tratamiento que ha de otorgarse a aquellas enfermedades consideradas de trabajo [art. 156.2.e) TRLGSS], como el infarto de miocardio, sólo podrán tener tal consideración cuando se pruebe que tuvieron por causa exclusiva la ejecución de este, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador

durante el tiempo y en el lugar del trabajo⁵⁴. Por tanto, únicamente podrá calificarse como accidente de trabajo la enfermedad que, no estando listada como profesional, se contraiga con motivo de la realización del trabajo, respectivamente, por cuenta ajena o por cuenta propia, siempre que se pruebe que la ejecución de esta actividad ha sido la causa exclusiva de la enfermedad, no pudiéndose exportar el concepto de un régimen a otro.

A partir de ahora, los accidentes de trabajo sufridos por trabajadores en situación de pluriactividad estarán legalmente vinculados a la actividad concreta desempeñada o que el trabajador se dirigía a desempeñar en el momento de producirse el accidente, por lo que no cabe la exportación del concepto a otro régimen distinto de aquel en el que estaba ejerciendo la actividad con ocasión o como consecuencia de la cual se ha producido dicho accidente⁵⁵. Esto excluiría extender esa consideración respecto de otros trabajos por cuenta propia cuyo desempeño no tenga relación alguna con la lesión sufrida, así como respecto de trabajos por cuenta ajena en otros regímenes (pluriactividad), e incluso respecto de trabajos en otras empresas dentro del mismo régimen (pluriempleo) que pueda ejecutar el trabajador, si bien para estos últimos, el desarrollo reglamentario obliga a extender la aplicación de la normativa sobre accidentes de trabajo⁵⁶.

Resulta el nuevo criterio mucho más acorde y equitativo tanto para el trabajador como para el empresario y la entidad gestora o colaboradora responsable de las prestaciones. Entre las causas que provocan los accidentes de trabajo se encuentran las deficiencias en equipos o instalaciones, herramientas defectuosas, organización del trabajo..., todas ellas íntimamente relacionadas con la obligación empresarial de establecer medidas de prevención adecuadas, por lo que no parece justo trasladar la responsabilidad de un riesgo profesional ocasionado por incumplimiento de medidas preventivas, a una empresa (y entidad gestora o colaboradora) que se ha esforzado en mantener un entorno laboral seguro. Esto será así en tanto la legislación socio-laboral no haga distinción entre la responsabilidad y la culpa en torno a las obligaciones empresariales, delimitando cuándo existe un incumplimiento de la norma legal o reglamentaria y cuándo no se han observado las mínimas normas de seguridad previsibles y razonables, para evitar un riesgo fácilmente imaginable (en la actualidad, probado que el siniestro aconteció por causa de la falta de adopción de la medida de prevención, se presume la existencia de la culpa). Tal es así que el empresario solo quedará liberado cuando pruebe que el riesgo era inevitable o imprevisible o producto de una imprudencia temeraria del trabajador. Es más, la solidaridad no es la regla

54. Misma definición para el Régimen de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos en el apartado 2.c) del artículo tercero del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre.

55. STS 479/2023, Sala de lo Social, de 5 de julio de 2023 (rec. 3841/2020), que ya interpreta según el nuevo criterio administrativo.

56. Fundamento de la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 4 de noviembre de 2022.

general, por ejemplo, en la imposición del recargo por la inobservancia de medidas de seguridad e higiene, aunque sí cabe su interposición cuando han sido dos o más los empresarios incumplidores y no es posible discernir el porcentaje de culpa atribuible a cada uno de ellos en supuestos de pluriempleo simultáneo o sucesivo⁵⁷.

Por su parte, a pesar de que los trabajadores por cuenta propia están sometidos a similares riesgos profesionales que los que puedan surgir para los trabajadores asalariados, cierto es que se encuentran mucho más alejados de una verdadera cultura preventiva. Debido a la inexistencia de obligaciones concretas en materia de prevención vinculadas a la cobertura de las contingencias profesionales de estos trabajadores, difícilmente será posible exigirles responsabilidad administrativa alguna por su incumplimiento, y ello a pesar de que pudieran ocasionarse riesgos por esta causa⁵⁸. Este hecho inhabilita la posibilidad de aplicar el principio de consideración conjunta de contingencias cubiertas para los supuestos de pluriactividad que fundamentaba las resoluciones de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de los años 1973 y 1996, puesto que la actual concepción de la contingencia profesional se fundamenta en el principio de la responsabilidad empresarial previsto por la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, pudiéndose considerar las prestaciones generadas como de naturaleza reparadora a la manera del aseguramiento privado.

Es preciso proporcionar un marco que garantice la seguridad jurídica en materia de prevención de riesgos laborales y de reclamación por daños derivados de contingencias profesionales en el trabajo autónomo⁵⁹.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si tenemos en cuenta que la calificación de la contingencia de la que deriva el accidente laboral en situaciones de pluriactividad es aplicable no sólo a la incapacidad temporal, sino a todas las prestaciones, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en su resolución del 8 de febrero de 2023 (Criterio de Gestión del INSS número 3/2023 de 9 de febrero de 2023) aclara los siguientes términos:

- a) En aquellos supuestos en los que se calificó como profesional la contingencia en las dos prestaciones causadas, en aplicación del criterio anterior, se debe mantener la misma contingencia para las futuras prestaciones (por ejemplo, incapacidad permanente o supervivencia) que, en su caso, se reconozcan y tengan su origen en la misma lesión o patología profesional. Esta solución se

57. STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 18 de mayo de 2016 (rec. 4715/2015) sobre recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, enfermedad profesional, responsabilidad solidaria y prestación sucesiva de servicios para distintas empresas y relaciones de subcontratación interempresarial.

58. Rodríguez Egío, M. M.: "La ausencia de medidas preventivas en la actividad autónoma como causa del accidente de trabajo", *Anales del Derecho*, núm. 32, 2014, p. 5.

59. Rodríguez Egío, M. M.: "La tutela judicial de los daños derivados de contingencias profesionales en el RETA en supuestos de concurrencia de actividades empresariales", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 9, 2018, p. 161.

toma con el fin de evitar perjuicios a aquellos interesados a los que sería necesario revisar las prestaciones ya causadas.

De este modo, el nuevo criterio únicamente será aplicable a los hechos causantes producidos con posterioridad a su publicación.

- b) De igual manera, cuando se trate de recaídas de procesos de incapacidad temporal en los que se ha exportado la contingencia profesional de un régimen a otro según el criterio anterior, estos serán calificados con la misma contingencia del proceso inicial.

Estas instrucciones serán aplicables tanto para las Entidades Gestoras como para las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, evitando así la existencia de litigios al respecto.

La solidaridad empresarial que se produce en las situaciones de pluriempleo no es exportable a las situaciones de pluriactividad en las que, la independencia de cotizaciones produce prestaciones independientes. Este hecho, unido a la diferente clasificación terminológica que la normativa emplea para definir el accidente de trabajo en los supuestos de actividad por cuenta ajena y actividad por cuenta propia, hace que sea imposible aplicar el principio (no desarrollado reglamentariamente) de consideración conjunta de las contingencias cubiertas.

La exportación de la contingencia profesional de un régimen a otro supone una ruptura del necesario nexo causal que debe observarse en cualquier proceso profesional. No siempre el trabajo es la causa única y directa del accidente, pueden ocurrir otras causas distintas, pero el nexo causal entre el trabajo y el accidente no debe estar ausente en ningún caso⁶⁰. Se evita así la excesiva laxitud que se produce al calificar el origen profesional de una situación de necesidad, motivada por el mantenimiento de una protección reforzada basada en el concepto de responsabilidad empresarial. Esta responsabilidad convierte a las prestaciones en una suerte de instrumentos de naturaleza reparadora al modo del aseguramiento privado, que impide realizar una consideración en conjunto de las contingencias protegidas.

Bibliografía

- Alarcón Caracuel, M. R. y González Ortega, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991.
- Barcelón Cobedo, S.: "Régimen Especial de autónomos. Situación actual tras las últimas reformas en materia de acción protectora", *Temas Laborales*, núm. 81, 2005, pp. 227-253.
- Blasco Lahoz, J. F.: "La protección por contingencias profesionales en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA)", *Revista de Información Laboral*, núm.1, 2018, pp. 65-79.
- Díaz Fernández, M. J.: "La pluriactividad. Compaginar trabajo por cuenta ajena y autónomo", *Economist & Jurist*, vol. 24, núm. 202, 2016, pp. 82-89.

60. Por todas: STS, Sala de lo Social, de 20 de noviembre de 2006 (rec. 3387/2005).

- Fernández Docampo, B.: "A propósito del comentario de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de febrero de 2016 (recurso de suplicación núm. 1080/2015)", *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 2, 2016, pp. 153-171.
- Fernández Docampo, B.: "Pluriactividad sucesiva y Seguridad Social. El principio de conservación de los derechos de protección social", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010, pp. 837-871.
- García Romero, B.: "Orientaciones para culminar la reforma de la estructura del sistema de Seguridad Social", en Hierro Hierro, F. J. (coord.): *Perspectivas jurídicas y económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 203-233.
- González Ortega, S.: "Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja para un fenómeno social de relevancia", en Barcelón Cobedo, S. y González Ortega, S. (coords.): *Las enfermedades profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 25-55.
- Martínez Moreno, C.: "La pensión de jubilación con cómputo recíproco de cotizaciones", en López Cumbre, L. (coord.): *Tratado de jubilación: homenaje al profesor Luis Enrique de la Vila Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 1703-1716.
- Martínez Moreno, C.: "La Seguridad Social de los trabajadores autónomos en la jurisprudencia", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 144, 2019, pp. 213-238.
- Mercader Uguina, J. R.: "La acción protectora de los Regímenes Especiales", *Manuales de formación continuada (Consejo General del Poder Judicial)*, núm. 20, 2002, pp. 1037-1135.
- Molins García-Atance, J.: "La problemática de la prestación de incapacidad temporal", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018, pp. 41-70.
- Monereo Pérez, J. L.: "La Seguridad Social de los trabajadores autónomos", en Monereo Pérez, J. L. y Vila Tierno, F. (coords.): *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo*, Comares, Granada, 2017, pp. 449-478.
- Monereo Pérez, J. L.: "Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)", en Monereo Pérez, J. L.; Moreno Vida, M. N. y Molina Navarrete, C. (dirs.): *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Comares, Granada, 2006.
- Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A.: "Determinación de contingencias de la Seguridad Social (revisión crítica del sentido político-jurídico y de la delimitación técnica de las contingencias profesionales)", *Aranzadi Social*, vol. 1, núm. 19, 2009, pp. 69-112.
- Ortega Lozano, P. G.: "El sistema de Seguridad Social del *freelance*", *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 27, 2021, pp. 71-96.
- Panizo Robles, J. A.: "La ampliación de la protección social de los autónomos: la cobertura de los riesgos profesionales", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 248, 2003, pp. 143-160, DOI <https://doi.org/10.51302/rtss.2003.8717>
- Piñeyroa de la Fuente, A. J.: "El cómputo recíproco de cotizaciones dentro del sistema español de Seguridad Social", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 8, 1992, pp. 189-210.
- Piñeyroa de la Fuente, A. J.: *La consideración conjunta de las contingencias y el principio de igualdad*, Reus, Madrid, 2008.
- Rodríguez Egío, M. M.: "La ausencia de medidas preventivas en la actividad autónoma como causa del accidente de trabajo", *Anales del Derecho*, núm. 32, 2014, pp. 1-28.
- Rodríguez Egío, M. M.: "La tutela judicial de los daños derivados de contingencias profesionales en el RETA en supuestos de concurrencia de actividades empresariales", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 9, 2018, pp. 137-163.
- Rodríguez-Rico Roldán, V.: "El accidente de trabajo de los trabajadores autónomos: la (inacabada) equiparación con la protección dispensada en el Régimen General de la Seguridad Social. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 684/2018, de 27 de junio", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 440, 2019, pp. 221-229, DOI <https://doi.org/10.51302/rtss.2019.1188>

- Sala Franco, T.: *El régimen jurídico del pluriempleo en el ordenamiento español*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985.
- Sempere Navarro, A. V. et al.: *Hacia un nuevo modelo de gestión de la incapacidad temporal*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.
- Sicre Gilabert, F.: *Accidentes de trabajo: la responsabilidad del empresario en los órdenes administrativos, penal, civil y laboral*, Sepín, Madrid, 2015.
- Vida Soria, J.: "Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el sistema de la Seguridad Social", en Gonzalo González, B. y Nogueira Guastavino, M. (coords.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad-Muprespa-UNED, Madrid, 2000.
- Vida Soria, J.: "Régimen jurídico de la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", *Revista de Trabajo*, núm. 31, 1970, pp. 5-26.



Situación de incapacidad temporal: su extinción mediante alta médica y demás circunstancias que afectan la prestación económica

SICK LEAVE: ITS ENDING THROUGH STATEMENT OF FITNESS FOR WORK AND OTHER CIRCUMSTANCES THAT AFFECT SICK PAY

Marta Tajadura Díez

Licenciada en Derecho

Técnico Superior de la Seguridad Social

martatajadura@gmail.com  0009-0003-4822-760X

Antonio María Puerto Barrio

Médico Inspector

Doctor en Biomedicina

Universidad de Extremadura

Graduado en Derecho.

antoniopuertoster@gmail.com  0000-0003-0404-4644

Recibido: 11.09.2023 Aceptado: 04.10.2023

RESUMEN

La familiaridad con la que el conjunto de la ciudadanía vive el fenómeno de la incapacidad temporal hace que, a menudo, no se tenga presente la complejidad real de su gestión, en particular, en lo que atañe a su extinción. Bajo la realidad jurídica de la incapacidad temporal subyacen conceptos médicos (situación de incapacidad temporal) que se relacionan con la prestación a través de un amplio sistema de normas jurídicas, de forma que la situación de incapacidad temporal constituye el antecedente necesario de la prestación, pero no toda situación de incapacidad temporal se verá asociada con el derecho a la percepción del subsidio.

Situación de incapacidad temporal y prestación por incapacidad temporal tienen, por lo demás, mecanismos de control médico y administrativo que necesariamente operan a lo largo del tiempo durante el que se extiende la situación de incapacidad temporal, siendo en todo caso un denominador común de estos mecanismos de control su sujeción a las normas de derecho administrativo y, con arreglo a tales normas, determinar el derecho al subsidio y su vigencia.

PALABRAS CLAVE

Incapacidad temporal
Subsidio por incapacidad temporal
Alta médica

ABSTRACT

The familiarity with which citizens experience the phenomenon of sick leave often means that the real complexity of sick leave and the actions that lead to its ending are not keeping in mind.

Medical concepts that underlie the legal reality of sick leave lead to the subsidy right through a broad system of legal regulations, so that the sick leave constitutes the necessary antecedent of the subsidy, but not every situation of sick leave will be associated with the right to receive the subsidy. Sick leave and sick pay have, respectively, medical and administrative control mechanisms that operate during the entire time sick pay or sick leave are extended, all under administrative laws. In accordance with these control mechanisms, the right to sick pay and its validity are determined.

KEYWORDS

Statement of fitness for work

Sick leave

Sick pay

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL
 - A. Situación de incapacidad temporal
 - B. Prestación por incapacidad temporal
- II. ALTA MÉDICA: LA FINALIZACIÓN DE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL COMO CONSECUENCIA DE LA VALORACIÓN MÉDICA DE UNA SITUACIÓN CLÍNICO-LABORAL
 - A. La fundamentación médica del alta por mejoría o por curación y por propuesta de incapacidad permanente
 - B. La fundamentación del alta por incomparecencia
 - C. Competencia para emitir el alta: las propuestas de alta
 - D. La reclamación administrativa previa y el control jurisdiccional del alta médica
 - E. Procedimiento especial de revisión de altas médicas emitidas por entidades colaboradoras en el ámbito de las contingencias profesionales
- III. LA EFICACIA DEL ALTA: NOTIFICACIÓN DEL ALTA MÉDICA
 - A. Supuesto general de notificación del alta
 - B. Supuesto especial: la notificación de alta por incomparecencia
- IV. LA EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL Y OTROS SUPUESTOS QUE AFECTAN A LA PRESTACIÓN ECONÓMICA
 - A. Suspensión del subsidio por abandono injustificado del tratamiento prescrito
 - B. Extinción, anulación, suspensión o pérdida temporal del derecho al subsidio sin causa médica: artículo 175 trlgss-2015
 - C. La suspensión cautelar del derecho al subsidio
- V. CONTROL MÉDICO DE LAS SITUACIONES DE INCAPACIDAD TEMPORAL SIN DERECHO A PRESTACIÓN ECONÓMICA
 - A. Situaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedad común sin derecho al subsidio por falta de carencia
 - B. Situaciones de incapacidad temporal asociadas con la pérdida temporal o definitiva del derecho al subsidio por sanción o como consecuencia de actuaciones en el ámbito de la gestión de la prestación
 1. Pérdida del derecho al subsidio por la incomparecencia a los reconocimientos médicos
 2. Suspensión del derecho al subsidio por realización de trabajo por cuenta propia o ajena
 3. Suspensión del subsidio por abandono del tratamiento

4. *Anulación o denegación del subsidio cuando se haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación*

VI. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN: SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL

La primera cuestión que hay que analizar se sitúa en la configuración legal de la incapacidad temporal (IT), que asienta sobre dos elementos diferenciados. Por un lado, la situación de IT, cuya definición se realiza sobre criterios médicos para acotar una situación clínico-funcional derivada de una alteración de la salud que impide el trabajo. Y por el otro, una prestación económica que tiene por objeto la protección del trabajador ante la situación de IT que impide obtener rentas del trabajo. Ambos elementos, como se ve, están íntimamente relacionados, pero a la vez, claramente diferenciados.

A. SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Encontramos su definición en el artículo 169 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS-2015)¹, a tenor del cual, la situación de incapacidad temporal quedaría caracterizada por la concurrencia en el trabajador² de:

- a) El hecho de estar impedido para el trabajo, lo que implica que existe una disminución, anatómica o funcional responsable de esta imposibilidad, debiéndose tomar en consideración, a la hora de declarar la existencia de esta imposibilidad, los requerimientos del trabajo que se viene desarrollando en el hecho causante (HC) de la IT³.
- b) La necesidad de recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social dirigida a la recuperación funcional.

1. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

2. Sólo puede predicarse la situación de incapacidad temporal con respecto a quien es trabajador, es decir, se encuentra en situación de alta o asimilada al alta en el sistema de Seguridad Social en los regímenes y sistemas que consideran esta situación. A estos efectos, no se considerará trabajador al perceptor de desempleo no contributivo ni a colectivos que no incluyen la incapacidad temporal dentro de la acción protectora que les dispensa el sistema de Seguridad Social, colectivos como el clero diocesano de la Iglesia Católica, los ministros del culto de la Orden Religiosa de los Testigos de Jehová o los ministros de culto de las Comunidades Israelitas.

3. No existe aquí el concepto de "profesión habitual" que sí se define en el ámbito de la incapacidad permanente. La IT se declara para el trabajo que efectivamente se está desarrollando, circunstancia que resulta evidente si se tiene en cuenta, en el ámbito del trabajo por cuenta ajena, que la IT es además una medida protectora de la relación laboral en tanto en cuanto suspende el contrato de trabajo y, por tanto, exonera al trabajador de la obligación de desarrollar una actividad laboral que, por causa de una alteración de la salud, se ve imposibilitado para acometer.

- c) Una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, si bien pueden ser prorrogados por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

Se definen además una serie de situaciones especiales de IT, todas ellas derivadas de contingencia común, entre las que merece una especial atención, atendidas sus peculiaridades, la situación especial de IT por gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena, situación en la que adquiere la IT un carácter eminentemente objetivo: se prescinde de la exigencia de que exista impedimento para la realización del trabajo, naciendo la situación de IT por el mero hecho, objetivo, de alcanzarse la semana 39ª de gestación⁴.

B. Prestación por incapacidad temporal

Más allá de la situación de IT, debe considerarse la prestación por incapacidad temporal, que conforme al artículo 171 TRLGSS-2015, consistirá en un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base reguladora, que se fijará y se hará efectivo en los términos establecidos en esa Ley y en sus normas de desarrollo y del que serán beneficiarios, conforme al artículo 172 del mismo texto legal, los que se encuentren en situación de IT y reúnan una serie de requisitos para acceder a esa prestación económica, requisitos que incluyen la situación de alta o asimilada al alta (art. 169 TRLGSS-2015) y, en su caso, el período de carencia exigido para la contingencia de enfermedad común (180 días en los últimos 5 años con carácter general y, en el caso de la situación especial de IT por gestación de 39 semanas, que la interesada acredite los periodos mínimos de cotización señalados en el artículo 178.1 TRLGSS-2015), según la edad que tenga cumplida en el momento de inicio del descanso⁵.

4. La duración de la gestación humana se sitúa en 40 semanas, tomándose como normal el rango de las 37 a las 42 semanas, contabilizadas desde la última menstruación. No obstante, la disponibilidad de técnicas ecográficas permite ajustar la edad gestacional con una precisión mayor a la que resulta de la determinación tomando en cuenta la fecha de la última menstruación.

5. El artículo 172 TRLGSS-2015 remite al artículo 178.1 para establecer el período de carencia necesario para causar derecho a la prestación por IT en el caso de la situación especial de IT por alcanzarse las 39 semanas de gestación, remisión de la que se puede concluir que: a) Si la mujer gestante tuviese cumplidos veintiún años y es menor de veintiséis, el período mínimo de cotización exigido sería de noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso o si acredita ciento ochenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha. b) Cumplidos veintiséis años, el período mínimo de cotización exigido a la mujer gestante sería de ciento ochenta días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al inicio de la situación especial del IT, o bien acreditar trescientos sesenta días cotizados a lo largo de su vida laboral. Ante esta exigencia de carencia, se podría dar lugar, al menos teóricamente, a que se tuviese que iniciar la situación especial de IT por esta causa (dada la redacción imperativa de la norma) y que ésta no se siguiese del reconocimiento al subsidio por no verificarse la carencia exigida. No obstante, siempre podrá argumentarse que la emisión del parte de baja no procede si éste no es solicitado por la trabajadora. Lo que sí está claro es que, solicitada por la trabajadora la declaración de una situación de IT alcanzada la semana 39 de gestación, esta situación de IT no podrá iniciarse bajo otro paraguas que no sea el de la situación especial de IT, y que, aunque carezca de efectos económicos por lo antedicho, la situación de IT siempre tendría asociados los efectos suspensivos del contrato de trabajo.

De la regulación descrita parece claro que no toda situación de IT irá seguida de prestación económica, ya que, si bien partimos de que la situación de alta o asimilada se verifica en todo caso (y así será siempre que el empresario o trabajador autónomo haya cumplido con sus obligaciones de afiliación y alta), puede darse la circunstancia de que, en el ámbito de la enfermedad común (o de la situación especial de IT por gestación a las 39 semanas), no se verifique el requisito de carencia y, por tanto, no haya lugar a la prestación. También podemos encontrar, como se expondrá, otras situaciones en las que, aunque subsista la situación de IT desde el punto de vista médico, de ésta no se derive el derecho al subsidio previsto en el artículo 175 TRLGSS-2015.

La situación de IT se configura, por tanto, como un antecedente necesario de la prestación, pero no suficiente para causar la misma ni, desde luego, para mantenerla en el tiempo, siendo así que las circunstancias que afecten a la situación de IT tendrán necesariamente su reflejo en el derecho a percibir la prestación. Por el contrario, pueden darse circunstancias que afecten al derecho al subsidio sin que se vea afectada la situación médica de IT.

II. ALTA MÉDICA: LA FINALIZACIÓN DE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL COMO CONSECUENCIA DE LA VALORACIÓN MÉDICA DE UNA SITUACIÓN CLÍNICO - LABORAL

Definida la situación de incapacidad temporal en términos médicos, será necesariamente la valoración de la capacidad funcional del trabajador la que haya de determinar la presencia de los elementos que caracterizan a la situación de IT para que ésta puede iniciarse. De esta forma, la actuación médica irá dirigida a:

1. Constatar que existe una alteración de la salud.
2. Determinar que de esa alteración de la salud deriva una situación de incapacidad para llevar a cabo la actividad laboral del trabajador.
3. Establecer que, al menos previsiblemente, la alteración de la salud es tratable hasta el punto de que cabe esperar que la asistencia sanitaria de la Seguridad Social permita la recuperación de la capacidad laboral en un plazo de 365 días prorrogables por otros 180 días más (545 días en total).

En el momento en el que se verifiquen estos requisitos⁶, estaremos ante una situación de incapacidad temporal, e independientemente de que de esta situación se

6. Álvarez Cortés, J. C.: "Alteración de la salud, asistencia sanitaria y control médico de las situaciones de incapacidad temporal para el trabajo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 12, 2017, pp. 85-102. La mayoría de la doctrina entiende que los elementos que configuran el concepto de la incapacidad temporal son la alteración de la salud, la necesidad de asistencia sanitaria, la incapacidad para el trabajo y la transitoriedad del proceso. Llama el autor la atención sobre el hecho de que no todo deterioro o menoscabo de la salud lleva consigo el acceso a las prestaciones de incapacidad temporal. Solamente aquellas alteraciones de la salud que comporten una pérdida de aptitud transitoria para el trabajo cumplirían la definición de situación de incapacidad temporal que pueda dar derecho al subsidio. Y debe tratarse en todo caso de un impedimento "significativo", que le incapacite temporalmente en el desarrollo de su actividad productiva.

derive o no el derecho a la percepción del subsidio, una vez constatada la misma, el médico emitirá el parte de baja que define las condiciones en las que se inicia la situación médica de IT. Y *a contrario sensu*, y también en términos médicos, en el momento en el que alguno de estos requisitos deje de estar presente la situación de incapacidad temporal habrá terminado, consistiendo la actuación médica en la constatación negativa de alguno de estos requisitos y finalizando la situación de incapacidad temporal mediante la emisión de otro documento médico: el parte de alta. Según el requisito que no esté presente, la causa del alta podrá ser una u otra:

- a) La desaparición del diagnóstico, que implica la desaparición de la alteración de la salud que originó la situación de IT. Esta circunstancia determina el alta por curación.
- b) La atenuación de la incapacidad hasta el punto de que la incapacidad que subsista sea compatible con el desempeño de la actividad laboral, pero persistiendo el diagnóstico, daría lugar al alta por mejoría que permite trabajar.
- c) El momento en el que se alcanza la máxima recuperación funcional posible tras haber aplicado las medidas terapéuticas y recuperadoras disponibles, pero persistiendo una incapacidad para el trabajo, determinaría el alta por propuesta de incapacidad permanente (IP) si este momento se alcanza antes de los 545 días⁷.
- d) Si se superan los 545 días de duración de la situación de incapacidad temporal y no se ha podido emitir el alta, no estamos ante una situación que tenga cabida en la IT, y por tanto, la situación del trabajador debe determinarse en el seno de un expediente de incapacidad permanente⁸. En este caso, no hay parte médico de alta como tal, sino que es la falta de emisión del parte de alta en esos primeros 545 días de la situación de IT la que origina la finalización de la situación de incapacidad temporal por transcurso de su duración máxima⁹.

7. No toda incapacidad que pueda considerarse permanente ha de dar lugar, necesariamente, a la calificación de un grado de IP. Téngase en cuenta a este respecto lo dispuesto en la disposición transitoria 26ª TRLGSS-2015, en atención al cual se exige, para causar el grado de incapacidad permanente parcial (el menor grado que recoge nuestro vigente sistema de calificación de IP), se exige constatar una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para la que se considere profesión habitual del trabajador sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

8. Así se dispone en el artículo 174.2 TRLGSS-2015: 2. Cuando el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del período de quinientos cuarenta y cinco días naturales, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de noventa días naturales, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

9. El agotamiento del plazo máximo previsto para la situación de incapacidad temporal fue durante años una causa expresa de alta. Así se recogía, por ejemplo, en los modelos de parte de alta aprobados por Orden de 19 de junio de 1997 por la que se desarrolla el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, que modifica determinados aspectos de la gestión y del control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal (BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997). La desaparición de esta "causa expresa" de alta no derogó en ningún momento el alta por agotamiento, sino que la configuró como una causa de alta automática que opera ante la falta de emisión de un parte de alta dentro de los 545 días de duración máxima de la situación de incapacidad temporal. Actualmente, el agotamiento de los 545 días se configura como causa de extinción del subsidio por IT, con arreglo al artículo 174.1 TRLGSS-2015, pero no cabe duda de que mantiene su trascendencia médica por cuanto, como se ha dicho, constitu-

En lo que se refiere a las relaciones entre situación de IT y situación de IP que hemos descrito en estos dos últimos puntos, parece claro que el elemento diferencial más evidente entre una y otra situación es la duración de la misma, de forma que si la alteración funcional no es recuperable, sólo lo es a largo plazo (o el resultado de las medidas terapéuticas es incierto en cuanto a la recuperación) o ya no se trata de una previsión, sino que efectivamente se ha puesto de manifiesto que no se ha logrado la recuperación funcional del trabajador en el máximo tiempo previsto legalmente para la situación de IT (545 días, que comprenden los 365 días y la prórroga de 180 días más), ya no estaríamos ante una situación de IT sino de una posible situación de IP, cuyo grado debe determinarse¹⁰.

De esta manera, en el momento en el que se constate que se ha alcanzado la estabilidad lesional, sin que quepa mejoría alguna a pesar de la asistencia sanitaria que pudiera ser precisa (que dejaría por tanto de estar dirigida a la recuperación funcional), estaríamos ante una situación de IP. Y bajo un razonamiento análogo, si deja de verificarse la limitación en el tiempo de la duración de la incapacidad objetivada en el trabajador (o al menos se prevé que se va a superar), estaríamos igualmente ante una situación de IP¹¹.

También se han de considerar otras circunstancias que finalizan la situación de incapacidad temporal al constituir causas de alta médica, y así están expresamente previstas como tales en los modelos oficiales de declaración de baja y alta médica:

- a) El fallecimiento del trabajador, que da lugar a la emisión del parte de alta por fallecimiento. No cabe duda de que el fallecimiento es un hecho biológico y, por tanto, su constatación corresponde al médico como profesional que, además, debe establecer su causa. Causa que tiene enorme trascendencia en lo que se refiere a la determinación de la contingencia del fallecimiento, que puede o no estar en relación con el proceso de incapacidad temporal en curso.
- b) La imposibilidad de comprobar médicamente, por causa imputable al trabajador, si persiste la situación de incapacidad, emitiéndose el alta por incomparecencia en el caso de que no asista a los reconocimientos programados que hayan de servir como fundamento clínico a la emisión de los partes de confirmación de la

ye una actuación médica omisiva, la no emisión del parte médico de alta antes de que se alcance esta duración máxima, duración que viene incluida como elemento integrante de la situación de IT en el artículo 169.1.a) TRLGSS-2015.

10. Podría darse el caso de que el menoscabo funcional que persista no tenga suficiente entidad como para alcanzar ni tan siquiera el grado de incapacidad permanente parcial, dando lugar a la denegación de la prestación por IP al no alcanzar las lesiones el mínimo exigido para ser calificado en alguno de los grados de IP previstos.

11. El artículo 136.1 del derogado TRLGSS-1994 (conforme a la redacción resultante de las modificaciones operadas por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras) resultaba muy clarificador al respecto. Conforme al referido artículo, tendría la consideración de invalidez permanente, en el grado que se calificase, la situación de incapacidad que subsistiera después de extinguida la incapacidad temporal por el transcurso de su plazo máximo de duración. Si bien esta norma jurídica ya no se encuentra vigente en la letra de la ley, no cabe duda de la presencia real de la misma dadas las relaciones existentes entre IT e IP.

situación de incapacidad temporal o a los que pudiera convocar la Entidad Gestora en procesos que han alcanzado los 365 días de IT.

- c) Por nacimiento y cuidado de menor, si bien esta “causa de alta”, por lo particular de la misma, merece un análisis más detallado.

Es preciso observar aquí una situación anómala por lo que se refiere a lo que se demanda de la actuación médica a la hora de emitir un parte de alta. La Orden ISM/2/2023, de 11 de enero, por la que se modifica la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración¹², modifica los modelos oficiales de partes de baja y alta médica.

En relación con los modelos preexistentes, aprobados por la redacción inicial de esa misma Orden ESS/1187/2015, desaparece en los modelos vigentes, como causa de alta, el “Inicio de la situación de maternidad” y es sustituida por la causa “Nacimiento y cuidado de menor”. Este cambio, aparentemente coherente con el cambio de denominación de la prestación, parece no serlo tanto cuando reparamos en que estamos ante un modelo de parte médico, y que el “Nacimiento y cuidado de menor” es la denominación de una prestación que, en su actual configuración legal, no en todos los casos tiene que ver con la maternidad biológica. Sólo la maternidad biológica, de entre todas las situaciones protegidas por la referida prestación¹³, es una situación que requiere de atención médica, habida cuenta por lo demás de que la atención sanitaria en los casos de maternidad está expresamente recogida en el artículo 42.a) TRLGSS-2015 como parte de la acción protectora de la Seguridad Social¹⁴. Parecería

12. Orden ISM/2/2023, de 11 de enero, por la que se modifica la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

13. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 177 TRLGSS-2015, a efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49.a), b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

14. En coherencia con el carácter médico del parte de alta, parecería más coherente que la declaración médica de alta en estos casos se limitase a recoger como causa del alta la actualización de una de las situaciones protegidas en el ámbito de la prestación por nacimiento y cuidado de menor; la referida al nacimiento y la correlativa maternidad biológica, que es en realidad la única situación que es médicamente constatable. Salvando medios extraordinarios para la determinación de la filiación paterna mediante procedimientos biológicos, la filiación paterna es habitualmente una cuestión jurídica (se presume la paternidad biológica en el ámbito del matrimonio y ha de demostrarse o reconocerse fuera de él). Y desde luego, quedan fuera del alcance del ámbito de conocimiento propio de la ciencia médica la determinación de la filiación adoptiva o la constitución de un acogimiento, careciendo de validez jurídica una declaración médica sobre estos aspectos. Parece pues necesario cuestionarse si está jurídicamente fundamentado que se solicite una declaración médica sobre la concurrencia de estas filiaciones en la persona del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal y accede a la prestación por nacimiento y cuidado de menor. Bajo esas consideraciones, parecería más oportuno que la causa del alta que constase en los modelos de parte fuese la que llegó a figurar previamente: “Inicio de situación de maternidad” (y deseablemente con el apellido “biológica”), que resulta médicamente menos confusa que la actual “Nacimiento y cuidado de menor”.

lógico por tanto que, tratándose de una declaración médica, ésta sólo se pronunciase sobre lo que pudiese referirse a la maternidad biológica como causa de alta, independientemente del régimen administrativo que regule las relaciones entre la prestación por IT y las que pudieran corresponder por nacimiento y cuidado de menor.

A. La fundamentación médica del alta por mejoría o por curación y por propuesta de incapacidad permanente

De todas las causas de alta previstas en la norma, son esencialmente dos las que darán lugar a controversia sobre la valoración médica efectuada: el alta por curación o mejoría y el alta por propuesta de IP, siendo de aplicación, en la resolución de ésta, conceptos jurídicos que provienen del ámbito del derecho administrativo y, en particular, los atinentes a la motivación de los actos administrativos¹⁵.

En tal sentido se expresa, por ejemplo, la STSJ de la Comunidad Valenciana 5541/2009 (ECLI:ES:TSJCV:2009:5541), citando resoluciones de otros tribunales superiores de justicia, y otras previas de la misma sala, y señalando que, como tales resoluciones administrativas, están sujetas a las normas de procedimiento administrativo¹⁶, remitiéndose a la regulación del procedimiento administrativo común, que hoy nos llevaría a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)¹⁷.

Esta, podríamos llamarla, “asimilación” a una auténtica resolución administrativa, conlleva unas exigencias que inciden tanto sobre el fondo como sobre la forma. Basta acudir a la regulación contenida en el artículo 6 de la Orden ESS/1187/2015, donde se fijan las condiciones en las que se han de emitir los partes de alta, que son distintas en función de quién emita el parte (en todo caso, en el modelo oficial establecido para ello):

- a) El parte médico de alta será expedido por el facultativo del correspondiente servicio público de salud, o de la Mutua colaboradora con la Seguridad Social si el proceso deriva de contingencia profesional cubierta por ella, tras

15. La habitualidad con la que los servicios médicos asistenciales, o incluso los servicios de inspección médica de las Comunidades Autónomas y las propias unidades médicas del INSS manejan estos partes de baja y alta hacen perder, en ocasiones, la referencia sobre el carácter administrativo de las declaraciones médicas de baja y alta y sus efectos, ya que pueden hacer nacer el derecho a la prestación económica (si concurren los requisitos de carencia y situación de alta o asimilada en la Seguridad Social cuando éstos son exigibles) y, desde luego, extinguen el derecho a la prestación cuando se emite el alta médica por cualquiera de estos supuestos. Deben además tenerse en cuenta los efectos que tales declaraciones de baja y alta médica tienen sobre el contrato de trabajo.

16. Señala expresamente la sentencia (FD único 3) que los partes de alta médica extendida para las situaciones de incapacidad temporal por alguna de las causas del artículo 131 bis de la (entonces vigente) LGSS de 1994, así como para las situaciones de los artículos 129.3 y 133.1 LGSS de 1974, son, desde el punto de vista de la Seguridad Social, resoluciones administrativas, y se deben consignar en ellos la causa por la que se expiden, a los efectos de que pueda ser combatida por el beneficiario, pues, de lo contrario, se colocaría a éste en una evidente indefensión vulneradora del derecho que consagra el artículo 24 de la Constitución, además de incurrir el acto administrativo en nulidad por falta de la obligada motivación.

17. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

el reconocimiento del trabajador. Lógicamente, habrá de entenderse que el supuesto de incomparecencia supondría la imposibilidad de proceder a ese reconocimiento.

- b) En cuanto a los partes emitidos por médicos inspectores, desempeñen éstos sus funciones en los servicios públicos de salud de las Comunidades Autónomas o en las entidades gestoras de las prestaciones económicas de la Seguridad Social (INSS, ISM), nada se dice acerca de que la emisión del parte deba ir precedida por el reconocimiento del trabajador, si bien la necesidad de cumplimentar el modelo de parte oficial debería llevarnos a que se recoja en el parte la descripción del resultado del reconocimiento en el parte de alta, ya que así se solicita en el modelo oficial.

Y en todo caso, de nuevo acudiendo a la antedicha LPAC, deben considerarse actos administrativos que precisan de motivación, tal y como exige su artículo 35 con los actos que:

- a) Limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, siendo el alta un acto administrativo que desde luego limita derechos subjetivos (un derecho que previamente había sido reconocido, el derecho al subsidio, que ahora resulta extinguido).
- b) Deban ser motivados en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa, lo que, en materia de altas médicas, nos llevaría directamente a la regulación específica del alta médica, que debe ajustarse a una de las causas previstas para ello según las recogidas en el modelo de parte de alta. Debe entenderse, pues, que la motivación debe extenderse a los argumentos necesarios para concluir que existe esa mejoría, curación o situación irreversible con propuesta de incapacidad permanente.

No obstante lo expuesto hasta aquí, no es menos cierto que, en aquellos casos en los que tal motivación no está presente o es insuficiente, las consecuencias jurídicas son ciertamente "limitadas". Podríamos decir, acaso, que desde los órganos jurisdiccionales se es indulgente con la carga de motivación que formalmente parece exigible a cualquier alta médica. Probablemente, porque en la práctica diaria la inmensa mayoría de las altas emitidas lo son por parte de médicos de los servicios sanitarios, muy alejados de la práctica jurídica y que, lógicamente por otra parte, están más ocupados en las cuestiones médicas que de los aspectos formales de los partes de alta. Sin embargo, no debería en todo caso perderse de vista que:

1. Sin necesidad de exigencias formales desorbitadas, el fundamento fáctico del alta, que asienta sobre la situación clínico-funcional del trabajador debe estar presente en todo parte de alta, lo emita quién lo emita. Y, de hecho, en los

modelos oficiales de parte de alta establecidos por la Orden ESS/1187/2015, se establecen como datos a cumplimentar además de la causa del alta, el diagnóstico y el resultado del reconocimiento médico, resultado que debe entenderse constituye la razón que lleva a emitir el alta médica al concluir en una de las causas de dicho alta (curación, mejoría, propuesta de incapacidad permanente).

2. Cuando el parte de alta se emite por parte de las inspecciones médicas de los servicios de salud, y no digamos ya por parte de la inspección médica del INSS, la responsabilidad de la emisión corresponde a un funcionario de alguno de los cuerpos de inspección sanitaria (de la Seguridad Social o de las Comunidades Autónomas), al que parece razonable que le sea exigible un “plus de motivación” en un documento que, como hemos señalado, tiene valor de resolución administrativa. La exigencia de este “*plus*” traería causa en una mayor capacitación en el ámbito médico-jurídico que, como funcionario de un cuerpo de inspección, se le reconoce. Debe considerarse además que el alta en estos casos se emite no ya por el facultativo asistencial que ha venido siguiendo el proceso de IT a lo largo de su devenir, y que suele ser el médico de familia del trabajador (médico que, por proximidad, tiene mejor conocimiento del caso y de todo lo que le rodea), sino por un funcionario ajeno al ámbito asistencial, que aunque tiene acceso a la historia clínica del trabajador en situación de IT y en ocasiones ha tenido contactos previos con éste a través de otras actuaciones de inspección, se aproxima al caso desde una mayor distancia¹⁸. Distancia que acaso es, en muchas ocasiones, necesaria para enjuiciar el caso con una mayor ecuanimidad, pero que justifica, por sí sola, que se exija una adecuada motivación al alta médica emitida en estas circunstancias.

Sea como fuere la disquisición sobre “cómo debería ser” la motivación del alta, lo cierto es que, como se decía, la falta de motivación no suele enjuiciarse, salvo casos extremos, con excesiva severidad. Sin ánimo de exhaustividad, encontramos referencias a la motivación del alta y sus efectos desde distintos puntos de vista. Así:

1. Si la falta de motivación no causa indefensión, no determina la nulidad del alta. Así se pronuncian, entre otras, la STSJ de Cataluña 2990/2000, de 2 de marzo (ECLI:ES:TSJCAT:2000:2990), que contiene un interesante voto particular basado en lo antes dicho sobre las normas de procedimiento administrativo para la hora de exigir esa motivación “formal” aunque no produjese tal

18. Podría argumentarse, en caso de no proporcionarse una adecuada fundamentación del alta en estos casos, que el hecho de haberse mantenido la situación de IT tras su inicio por el médico asistencial y su continuación mediante la emisión de partes de confirmación de dicha IT constituyen una “presunción” de la existencia de una situación de incapacidad que el alta por inspección da por inexistente desde el punto de vista médico, por lo que sería exigible que el médico inspector que emite el alta lo haga dejando patentes los motivos que le conducen a adoptar tal resolución y destruyendo esa presunción de incapacidad. Por los motivos expuestos, cuanto más cercana en el tiempo sea un alta por inspección a un parte de confirmación, parece lógico exigir una mayor contundencia en la motivación.

indefensión. En el sentido del voto mayoritario, ha de entenderse que no se produce indefensión, por ejemplo, cuando a través de la reclamación previa contra el alta se pone de manifiesto que los motivos por los que se emite la misma son conocidos, como ocurre en el caso que entra a resolver esta sentencia¹⁹. O en el mismo sentido, STSJ de Cataluña 2990/2000, de 2 de marzo (ECLI:ES:TSJCAT:2000:2990).

La STSJ de la Comunidad Valenciana 1565/2011 de 23 de febrero (ECLI:ES:TSJCV:2011:1565) considera que, en lo que se refiere a la motivación del alta médica, son perfectamente aplicables la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que considera que el requisito de motivación ha de entenderse cumplido cuando en el acto administrativo se aceptan informes, dictámenes o memorias, al considerarse que los mismos forman parte de la resolución, para lo que basta además una motivación sucinta.

2. En el caso de un parte de alta extendido por una Mutua Colaboradora con la Seguridad Social (MCSS) en el que ni siquiera constan el diagnóstico ni se consigna la causa del alta ni se recogen los resultados de los estudios médicos practicados, sí se anula la misma por STSJ de la Comunidad Valenciana 5541/2009 (ECLI:ES:TSJCV:2009:5541), con referencia no obstante al carácter restrictivo con el que, a criterio de la Sala, y en referencia a la STS 9018/2002 de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2002:9018), debe considerarse la anulación de un alta por este tipo de defectos, ya que no todos los defectos de forma serían determinantes de nulidad, siendo así que ésta sólo procedería cuando estemos ante defectos formales graves, que conlleven que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o den lugar a indefensión. En el caso enjuiciado, la Sala consideró que existía una total falta de motivación en el parte que constaba en las actuaciones: no se recogían en dicho parte las razones por las que el facultativo lo extendía, con la consiguiente indefensión, determinando que se trataba de un acto administrativo ya viciado en origen y que no podría posteriormente convalidarse.

Parece pues que sólo en casos extremos nos vamos a encontrar con una nulidad plena del alta por falta de motivación. No obstante, hemos de tener presente que si los partes de baja y alta son auténticos actos administrativos con efectos opuestos (el inicio y la finalización de la situación de IT, así como los efectos anudados sobre la suspensión de la relación de empleo y sobre la prestación económica), este efecto opuesto debe venir amparado en la constatación de una distinta situación fáctica: la situación médica en el momento del alta debe ser distinta a la que se constató en el momento de la baja. Y tan distinta que se debe poder constatar que existe, en relación con la

19. Señala el voto particular, recogiendo los argumentos del Tribunal Constitucional en su sentencia 205/1993, de 17 de junio, que el proceso laboral en materia de Seguridad Social, en cuanto que es un proceso en que el beneficiario litiga contra una Administración pública entendida ésta en sentido amplio, se asimila cada vez más a un proceso contencioso administrativo, siendo de indudable aplicación las normas reguladoras del procedimiento administrativo común entonces regulado por la Ley 30/1992.

situación que estaba presente en el momento de la baja, una curación o mejoría. O en su caso, una situación de irreversibilidad que hace necesario que el caso se evalúe no ya desde la existencia o no de incapacidad temporal, sino desde el procedimiento adecuado para determinar si existe una incapacidad permanente. Así, la motivación del alta recogida en el resultado del reconocimiento permite, en la STSJ de la Comunidad Valenciana 4041/2011, de siete de junio (ECLI:ES:TSJCV:2011:4041), determinar que no está presente la causa del alta que se ha sostenido por la Entidad Gestora (recuperación de la capacidad profesional) por cuanto la situación médica descrita en el reconocimiento no resulta compatible con la actividad laboral en un proceso de IT que, por lo demás, no había agotado los primeros 365 días de duración y continuaba la trabajadora precisando asistencia médica de la Seguridad Social.

Si bien, como se ha expuesto, los defectos formales del alta (entendidos éstos como insuficiencia del contenido del parte de alta a la hora de constituir motivación suficiente) no determinan necesariamente su nulidad, no ocurrirá lo mismo cuando estamos ante cuestiones sustantivas relacionadas con la situación funcional del trabajador, que deben estar claramente determinadas a la hora de poderse emitir el alta. No nos encontraremos en ningún caso con una discusión limitada a lo contenido en el parte de alta, sino al conjunto de lo que conste en el expediente administrativo, así como a lo que se pueda alegar, en su caso, en sede judicial. Es preciso, por tanto, tener presente que, conste lo que conste en el parte de alta, será fundamental el examen del expediente administrativo para determinar el alcance de la motivación del alta médica, y será en función de lo contenido en ese expediente (en el que deben constar el parte de baja, el parte de alta y también los partes de confirmación)²⁰ que se pueda concluir lo acertado o no del alta en relación con la situación médica. Así, debe tenerse en cuenta que:

- a) Comparadas la situación médica en el momento de emitirse la baja y la existente en el momento del alta, debe constatarse, al menos, mejoría suficiente como para poder realizar el trabajo habitual.
- b) La situación médica en procesos de media y larga duración no suele cambiar drásticamente “de la noche a la mañana”. Será preciso analizar la evolución a lo largo del proceso; las notas de evolución clínica de la historia asistencia, las notas de seguimiento del proceso de IT que deben constar en el expediente administrativo (el seguimiento que se ha efectuado desde la inspección médica o la unidad médica del INSS, seguimiento que queda registrado en el correspondiente expediente) y en los mismos partes de confirmación que emite el servicio sanitario público, en los que periódicamente se describe la situación funcional del trabajador en el momento de que se emita el parte de confirmación.

20. Independientemente de que estén o no contenidos los partes físicos, lo realmente necesario es la información médica contenida en esos partes o constatada en el momento de su emisión, información que podrá estar también en la historia clínica del trabajador, en el soporte del seguimiento clínico-funcional efectuado por la inspección médica del servicio de salud competente (la clásicamente denominada “ficha P14”) o, en su caso, en el seguimiento del proceso de IT por parte de las unidades de inspección de la Entidad Gestora.

B. La fundamentación del alta por incomparecencia

Estamos ante una causa de alta bien definida y lejos de las indeterminaciones que puedan subyacer bajo el concepto de incapacidad. Aquí nos encontramos ante un hecho objetivo, que es la incomparecencia a un reconocimiento médico, hecho que, si bien es efectivamente objetivo, no está exento de la necesidad de ser probado por quien convoque el reconocimiento.

A estos efectos, la necesidad de comparecer a los reconocimientos viene dada por normas de rango legal:

- a) El texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)²¹, que tipifica como falta administrativa grave la incomparecencia a los reconocimientos.
- b) El TRLGSS - 2015, que en su artículo 174 recoge la incomparecencia como causa de extinción del subsidio.

Podemos, por tanto, concluir que, a los efectos de mantener el subsidio, la obligación de comparecer a reconocimiento deriva de norma de rango legal, verificándose la exigencia del artículo 19.1 LPAC²².

En cuanto al procedimiento que articula la comparecencia para reconocimiento médico, el artículo 129 TRLGSS-2015, al disponer que la tramitación de las prestaciones y demás actos en materia de Seguridad Social que no tengan carácter recaudatorio o sancionador²³ se ajustarán a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, nos remite al artículo 19.2 LPAC. A tenor de esta norma de procedimiento, en los casos en que proceda la comparecencia, la correspondiente citación hará constar expresamente el lugar, fecha, hora, así como el objeto de la comparecencia y los efectos de no atenderla. Debe, por tanto, existir una citación que, como acto administrativo, ha de ser notificada mediante los procedimientos establecidos para ello y bajo los principios generales establecidos en la LPAC y en la regulación reglamentaria de los requerimientos a los trabajadores para reconocimiento médico, que se encuentra en el artículo 9 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio.

El alta por incomparecencia tendrá, pues, como fundamento la prueba de la notificación efectuada²⁴ y de que no se ha atendido el requerimiento de comparecencia al

21. Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2000).

22. A tenor de este precepto legal, la comparecencia de las personas ante las oficinas públicas, ya sea presencialmente o por medios electrónicos, sólo será obligatoria cuando así esté previsto en una norma con rango de ley.

23. Y consideradas, además, ciertas especialidades en materia de impugnación y revisión que se regulan al amparo de la legislación procesal social y no por la LPAC, como es el caso de la reclamación previa en materia prestacional regulada en el artículo 71 LRJS o la revisión de actos al amparo del artículo 146 de la misma norma procesal.

24. No se olvide que, como se ha mencionado, las normas del procedimiento de notificación serían las determinadas por la LPAC. Así, en el caso de notificaciones infructuosas, se practicará la misma exclusivamente por medio

reconocimiento ni se ha justificado la incomparecencia conforme a las causas previstas para ello, que conforme al artículo 9.5 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio²⁵.

No obstante lo anterior, ha de tenerse presente que no todos los reconocimientos para el control y seguimiento del proceso de IT se van a realizar en un entorno administrativo en el que tales reconocimientos se convocan mediante notificaciones “formales”, y que, de hecho, la mayor parte de ellos tienen lugar en el ámbito asistencial y por parte de los servicios sanitarios públicos (o de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social o empresas colaboradoras en los casos de contingencias profesionales). Son estos servicios asistenciales los encargados del control ordinario de estos procesos de incapacidad temporal a través de la emisión programada de los partes de confirmación, resultando así que la incomparecencia a reconocimiento en los momentos previstos para emitir el correspondiente parte de confirmación ha de considerarse como incomparecencia y, consecuentemente, como causa de alta. Ha de tenerse en cuenta que, tanto en el parte inicial de baja como en los sucesivos de confirmación, se fija por el médico responsable del seguimiento una fecha para el próximo reconocimiento que se ha de realizar para emitir el nuevo parte (sea de confirmación o de alta), de forma que puede considerarse que la convocatoria a reconocimiento se efectúa con el propio parte que se entrega.

Sobre la constancia de la incomparecencia en el ámbito clínico-asistencial, no cabe duda de la necesidad de disponer de la misma a efectos de prueba, siendo más que conveniente registrar, en la historia clínica del trabajador, la inasistencia al reconocimiento programado como paso previo a la hora de emitir el parte de alta por incomparecencia²⁶.

de un anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado, tal y como señala el artículo 44 de la vigente LPAC y el artículo 59 TRLGSS-2015. Sobre esta cuestión: Preciado Domènech, C.: “Incapacidad temporal: extinción indebida de la prestación. Incomparecencia a reconocimiento médico. Dos intentos de citación por burofax que no pudo ser entregado; falta de publicación en el BOE. STS-SOC núm. 470/2020, de 18 de junio”, en *Anuario de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes)*, BOE, Madrid, 2021, pp. 813-816, disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000001069 (accedido a 9 de agosto de 2023). Comenta el autor la STS 2156/2020, de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2156), concluyendo que la sentencia consolida el carácter público de las prestaciones y el carácter público de las MCSS cuando actúan en el control de dicha prestación, sujetándolas en buena lógica al régimen de comunicaciones previsto para las Administraciones Públicas, que reviste las garantías exigibles para los beneficiarios de la Seguridad Social.

25. Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración (BOE núm. 176, de 21 de julio de 2014). Las causas aceptadas como justificación para la incomparecencia son, a tenor de este precepto reglamentario: a) Una situación clínica que desaconseje el desplazamiento, situación que habrá de probarse mediante informe el médico del servicio público de salud que le dispense la asistencia sanitaria (habrá de entenderse, en su caso, que será la MCSS o empresa colaboradora la que ha de emitir ese informe cuando sea la entidad responsable de la asistencia sanitaria). b) Que la cita se hubiera realizado (debería entenderse “se ha notificado”) con un plazo previo inferior a cuatro días hábiles. c) Cuando el beneficiario acredite la imposibilidad de su asistencia por otra causa suficiente.

26. En el medio asistencial no existe expediente administrativo como tal. La finalidad de la actuación sanitaria es la recuperación de la salud y los actos administrativos relacionados con la IT encuentran su fundamento fáctico en la situación médica del trabajador, constituyendo en ese caso la historia clínica una suerte de expediente administrativo a efectos de la determinación de cuantos fundamentos fácticos den lugar a las declaraciones médicas de baja, confirmación o alta. Y es esa historia clínica, por tanto, el soporte primario de todas las incidencias que puedan afectar a los procesos de IT.

En estos casos, el alta por incomparecencia se emite ante la inasistencia del trabajador a una convocatoria para reconocimiento que, como se ha dicho, se establece en el parte de baja inicial o, en su caso, en el último parte de confirmación emitido y entregado al trabajador. Ha de entenderse necesariamente pues que, con la entrega de ese parte, se ha efectuado la notificación de la siguiente cita médica a efectos de controlar el proceso de IT, cita en la que se habrá de mantener el proceso de IT o, en su caso, extinguirlo mediante alta, sin que sean exigibles notificaciones adicionales de la fecha de reconocimiento fijada²⁷.

C. Competencia para emitir el alta: las propuestas de alta

La competencia para emitir el alta médica está indisolublemente asociada a la competencia para prestar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, que a su vez dependerá de la contingencia de la que derive la IT. Así, en el caso de las contingencias profesionales aseguradas por entidades colaboradoras (Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, empresa colaboradora), éstas serán las responsables de prestar la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales y, por tanto, de emitir el parte de baja médica y el correspondiente parte de alta²⁸. En el caso de que las contingencias profesionales estén aseguradas en la Entidad Gestora, será el servicio sanitario público el encargado de prestar esa asistencia sanitaria y, por ende, de emitir los partes de baja y alta²⁹. En el ámbito de las contingencias comunes, no obstante, la entidad competente para emitir tanto la baja como el alta será el correspondiente servicio sanitario público.

En lo que al INSS se refiere, a través de sus unidades de inspección, el artículo 170.1 TRLGSS-2015 le atribuye las mismas competencias que a las unidades de

27. Sobre esta cuestión, resulta muy ilustrativa la STSJ de Madrid 6693/2023, de 5 de junio (ECLI:ES:TSJM:2023:6693). Basaba la actora sus pretensiones para obtener la anulación de un alta por incomparecencia emitida por el servicio sanitario público en la "ausencia absoluta de notificaciones" sobre la citación a reconocimiento, pretendiendo incluso que se habría cometido un delito de prevaricación administrativa al considerar arbitraria la resolución de la reclamación previa que confirmaba el alta por incomparecencia emitida. La sentencia es contundente en sus afirmaciones: en el parte de confirmación previo a la incomparecencia constaba la fecha del próximo reconocimiento, al que el trabajador no acudió, sin que sea preciso notificar una citación para reconocimiento cuya fecha ya está recogida en el parte anterior. Constituye una falta de diligencia en el trabajador no tomar conciencia de la obligatoriedad de acudir a la revisión médica ante el médico de atención primaria, no eximiéndole de su obligación, el desconocimiento de ésta. En la misma línea sobre la diligencia que debe desplegar el trabajador en relación con los actos de control del proceso de IT se pronuncia la STSJ de Andalucía 2179/2023, de 18 de enero (ECLI:ES:TSJAND:2023:2179): durante la situación de incapacidad temporal es ineludible la obligación del beneficiario de acudir a las revisiones médicas de control de su patología, sin que su pasividad o negligencia para acudir a una de ellas pueda amparar esa incomparecencia para enervar la consecuencia establecida en el artículo 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

28. El régimen de colaboración con la gestión de la Seguridad Social definido por el TRLGSS-2015 permite que las propias empresas (art. 102) y las asociaciones de empresarios constituidas como Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (art. 80) puedan gestionar tanto las prestaciones económicas como la asistencia sanitaria, si bien en lo que se refiere a la asistencia sanitaria, ésta queda limitada a los procesos derivados de contingencias profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional).

29. Por supuesto, también los de confirmación de la situación de IT, que constituyen un instrumento de control que permite, durante el proceso de IT, seguir la evolución médica constatando que se mantienen, a lo largo del tiempo, los elementos que definen la situación de IT.

inspección de los servicios sanitarios públicos (u órganos equivalentes) a los efectos de emitir el alta médica y de considerar que existe una recaída en relación con un proceso anterior de IT³⁰. Además, en aplicación del artículo 170.2 TRLGSS-2015, a partir de los 365 días de IT, e independientemente de la contingencia de la que ésta derive, la inspección médica del Instituto Nacional de la Seguridad Social será la única competente para emitir el alta médica, así como para valorar la recaída en relación con estas altas. El artículo 170.2 TRLGSS-2015 también atribuye a la inspección médica del INSS la competencia para emitir el alta por incomparecencia en procesos de IT que han agotado los 365 días de duración por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por la Entidad Gestora.

Del sistema descrito en lo que se refiere a la emisión del alta médica, parece echarse en falta el papel de las MCSS en el ámbito de la contingencia común, ya que estas entidades mantienen la capacidad de asegurar la IT en el ámbito de las contingencias comunes, pero no tienen posibilidad de emitir el alta médica en estas contingencias³¹. Sí pueden, a pesar de esta limitación, convocar a reconocimiento a los beneficiarios del subsidio por IT que tengan a su cargo y concluir, a partir del resultado de este reconocimiento, que se verifican las condiciones necesarias para mantener la situación de IT o, por el contrario, para emitir el alta médica, proponiendo en ese caso al servicio sanitario público el alta médica del trabajador³². El control que pueden por tanto ejercer las MCSS queda limitado pues a actuaciones indirectas que precisan, para emitir el alta, de la intervención de otros agentes; el servicio sanitario público o los médicos inspectores adscritos a la Entidad Gestora³³.

30. No tienen las unidades de inspección del INSS competencia a la hora de emitir una baja médica, salvo en los casos de recaída en aquellos supuestos en los que le compete la recaída por haberse emitido el alta por el INSS. La emisión de la baja permanece por tanto bajo el ámbito de la competencia de quien tiene encomendada la prestación de la asistencia sanitaria.

31. Rodríguez Escanciano, S.: "El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial", *Temas Laborales*, núm. 118, 2013, pp. 113-151. Señala la autora que las MCSS han ido adquiriendo, a partir de 1994, una presencia importante en la gestión de la incapacidad temporal desbordando su clásico ámbito de las contingencias profesionales para alcanzar la protección de la prestación económica por IT derivada de contingencias comunes. No obstante, insiste la autora, no han incrementado paralelamente las herramientas de control de las que sí disponen en relación con las contingencias profesionales, de manera que no pueden emitir el alta médica.

32. El artículo 6 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, publicado en BOE núm. 176, de 21 de julio de 2014, regula la emisión de las propuestas de alta por parte de las MCSS, propuestas de alta que se dirigirán a las unidades de la inspección médica del servicio público de salud, quienes las remitirán a los facultativos o servicios médicos a quienes corresponda la emisión de los partes médicos del proceso. En el caso de que la propuesta de alta formulada por una mutua no fuese resuelta y notificada en el plazo de cinco días, la mutua podrá solicitar el alta al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Social de la Marina.

33. García Alegría, G.: "El caos de la incapacidad temporal", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 311, 2009, p. 10, DOI <https://doi.org/10.51302/rtss.2009.5479>. Llama la atención la autora sobre el hecho de ese control indirecto de la prestación al que quedan limitadas las facultades de las MCSS ante la falta de desarrollo reglamentario del artículo 44 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (BOE núm. 151, de 24 de junio de 2000), que preveía que, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, los médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales podrían emitir altas en los términos que reglamentariamente se establecieran.

D. La reclamación administrativa previa y el control jurisdiccional del alta médica

Dada la caracterización del alta médica como un acto administrativo en materia de prestaciones de Seguridad Social, no cabe duda alguna de que debe quedar sujeto al control jurisdiccional, control que se sitúa en el ámbito de la jurisdicción social a tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS)³⁴. En el artículo 71 de esta Ley procesal se establece que será requisito necesario, para formular demanda en materia de prestaciones de Seguridad Social, que los interesados interpongan reclamación previa ante la entidad que emitió en alta. Quedarían exceptuados de esta exigencia, según este mismo precepto, los procedimientos de impugnación de las resoluciones administrativas expresas en las que se acuerda el alta médica emitidas por los órganos competentes de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social al agotarse el plazo de duración de 365 días de la prestación de incapacidad temporal³⁵. Sobre esta cuestión es preciso efectuar ciertas precisiones a la luz de la actual regulación del procedimiento de alta derivado del artículo 170 del vigente TRLGSS, de forma que:

1. La norma general para accionar contra una alta médica exige la interposición de la reclamación previa ante la Entidad que haya emitido el alta, constituyendo esta reclamación previa un requisito preprocesal para la demanda, todo ello según el artículo 140 LRJS. La presentación de la reclamación previa no suspende los efectos del alta médica ya emitida, por lo que ésta desplegará sus efectos (extinción del subsidio y cese de la situación de suspensión del contrato de trabajo) a pesar de su impugnación por este mecanismo³⁶. Bajo estas consideraciones, algún sector de la doctrina propone, como remedio a esta situación, la posibilidad de solicitar la suspensión de los efectos del alta

34. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011).

35. Si bien la LRJS lo que excepciona de la reclamación previa son las "resoluciones administrativas expresas", la actual redacción del artículo 170 lo que señala es que el alta médica en esas circunstancias se emite por la inspección médica del INSS, y el procedimiento para materializar ese alta es la emisión del parte de alta (modelo P9) por parte del médico inspector. No existe, por tanto, en este momento, resolución administrativa expresa como tal, salvo que se admita que el parte de alta efectivamente lo es. Y así parece entenderlo la Entidad Gestora en el Criterio de gestión 12/2023 sobre el procedimiento de disconformidad, disponible en <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/ef0ddc0a-58ee-4d16-b625-ad1be30c0717/CRITERIO+DE+GESTION+12-2023+-+SUBSIDIOS+.pdf?MOD=AJPERES> (accedido a 22/08/2023).

36. El artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas señala expresamente que los actos administrativos se presumen válidos. Y como tal acto administrativo, el alta médica goza de esa presunción de validez con un carácter directamente ejecutivo. En esos términos se pronuncia la STSJ de Navarra 165/2017, de 23 de marzo (ECLI:ES:TSJNA:2017:165). Se hace eco la Sala de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la extinción de la incapacidad temporal y el nacimiento del deber de reincorporarse al trabajo, doctrina sobre la cual se recoge una completa exposición en STS 2041/2013, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2013:2041). Podemos encontrar pronunciamientos inveterados de la sala de lo social del TS aludiendo a la presunción de validez de las altas médicas como actos administrativos, aludiendo a normas ya recogidas en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, como se argumenta en STS 2513/1994, de 15 de abril (ECLI:ES:TS:1994:2513).

como petición expresa en la propia demanda formulada frente al alta médica y bajo la figura de la medida cautelar³⁷.

2. La excepción a esta norma general recogida en el artículo 71 LRJS queda limitada a la impugnación de las altas médicas que, con la actual redacción del artículo 170 TRLGSS - 2015, corresponde emitir a los médicos inspectores adscritos al INSS al agotarse el plazo de 365 días de duración. Esta excepción ha de relacionarse con la previsión del artículo 170.3 TRLGSS-2015, que establece para la impugnación del alta emitida en este supuesto, un procedimiento potestativo, el procedimiento de disconformidad, que ha de plantearse ante la inspección médica del servicio público de salud. Sobre este procedimiento es preciso señalar que:
 - a) Es potestativo, como se deduce claramente de la redacción legal: “el interesado podrá manifestar, en el plazo máximo de cuatro días naturales, su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud”. Nada impide por tanto que, ante la emisión del alta, se plantee, directamente, demanda ante la jurisdicción social.
 - b) De alguna manera, este procedimiento potestativo sustituye a la reclamación previa, que habría de plantearse ante la Entidad Gestora que emite el alta, incluyendo a la inspección médica en un ámbito de gestión, la IT más allá de los primeros 365 días, en el cual carece de competencia para emitir el alta, pero atribuyéndole la posibilidad de intervenir manifestando su discrepancia con el alta ya emitida.
 - c) Es un procedimiento configurado sólo para el momento en el que el proceso de IT sale de la esfera competencial del servicio sanitario público, de forma que sólo el INSS sería en adelante competentes para emitir el alta médica. Este procedimiento de disconformidad venía operando, hasta la modificación del artículo 170 TRLGSS - 2015 operada por el Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo³⁸, en todos los procedimientos en los que no se había prorrogado la situación de IT, prórrogas que requerían en todo caso de resolución expresa, independientemente del momento en el que se produjese el ejercicio de la competencia prevista en dicho artículo. No obstante, la actual redacción del art. 170 supone que, superados los

37. Lafuente Suárez, J.: “La discrepancia con el parte médico de alta por curación”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 15, 2018, pp. 27-48. Esta medida cautelar de suspensión tendría su fundamento en el artículo 79 LRJS, que, a su vez, en lo no previsto en la misma para estas medidas, remite a la regulación del proceso contencioso-administrativo a través de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) en sus artículos 129 a 136. El trabajador demandante debería ofrecer como fundamento de la medida cautelar solicitada un principio de prueba acreditativo de su no recuperación, para lo cual sería preciso contar con una valoración médica de su situación. La suspensión cautelar sólo podrá ser acordada por el juez, ponderando todos los intereses en juego, cuando, de acuerdo con la remisión a la LJCA, el mantenimiento de los efectos del alta o pudiera hacer perder la finalidad legítima a la acción judicial. En opinión el autor, esto es precisamente lo que ocurre cuando se incorporal al trabajador antes de que se haya producido su recuperación.

38. Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (BOE núm. 65, de 17 de marzo de 2023).

365 días sin haberse emitido el alta médica, la prórroga se produce tácitamente, sin necesidad de resolución expresa. Por lo tanto, aceptando que el procedimiento de discrepancia está concebido sólo para procesos de IT no prorrogados y bajo la vigente redacción del precepto legal, sólo cabría plantear el procedimiento cuando el alta médica se emite en el día 366 o, en su caso, en el siguiente día hábil³⁹.

- d) La iniciación del procedimiento de disconformidad en los cuatro días naturales siguientes a la notificación del alta, supone la prórroga automática de la situación de IT, quedando en suspenso los efectos del alta. Esta prórroga se mantendrá hasta la finalización del procedimiento por parte de la inspección médica del INSS⁴⁰. Ante la discrepancia del servicio sanitario público con el alta emitida, el INSS podrá anular el alta emitida (y prorrogando la situación de IT) o, por el contrario, ratificar el alta emitida.

A los efectos que nos atañen, es preciso tener en cuenta que el plazo para interponer reclamación previa ante el alta médica es de once días (hábiles desde el día siguiente al de la notificación de ésta), tal y como señala el artículo 71 LRJS, debiéndose resolver la misma en el perentorio plazo de siete días, previéndose legalmente el silencio desestimatorio.

La reclamación previa contra el alta médica, o en su caso los procedimientos que la sustituyen (revisión del alta emitida por entidad colaboradora en contingencias profesionales que se verá a continuación o el procedimiento de disconformidad ya analizado) tienen como finalidad última la evitación del proceso, bien sea estimando en vía administrativa la pretensión del trabajador anulando el alta y reponiendo la situación de IT, bien proporcionando al trabajador conocimiento sobre elementos adicionales que motivaron el alta médica⁴¹. Sobre esta cuestión ya se ha analizado el valor de la motivación a la hora de emitir un alta médica; debe ésta contar con la adecuada fundamentación sobre los aspectos médicos que conducen a su emisión, ya que será esta fundamentación la que habrá de ser valorada por el órgano jurisdiccional a la

39. Y así se señala expresamente en el ya aludido Criterio de gestión 12/2023, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, sobre el procedimiento de disconformidad.

40. Es preciso llamar la atención sobre la eficacia de las resoluciones del procedimiento de disconformidad. Así, de acuerdo con el vigente artículo 170.3 párrafo tercero TRLGSS-2015, la discrepancia del servicio sanitario público que se traduzca en la reafirmación del alta médica emitida por la inspección médica del INSS conllevará que la prórroga que se había iniciado al comenzar el procedimiento de disconformidad se extingue en la fecha de la última resolución (la que reafirma el alta médica emitida desde el INSS), sin que se tenga en cuenta a estos efectos la fecha de notificación.

41. Gorelli Hernández, J.: "Remedios frente al alta indebida del trabajador en la prestación de incapacidad temporal", *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 13, 2017, pp. 61-81. La resolución de la reclamación previa constituye, al igual que la resolución administrativa contra la que se alza ésta, una decisión unilateral de la Administración. No es posible, dada la sujeción de los actos en materia prestacional a las normas reguladoras del procedimiento administrativo, un acto de conciliación, ya que la Administración no puede transigir en el seno de un acuerdo *inter partes*. Frente al carácter "dilatorio" y el régimen privilegiado que señala el autor (citando doctrina científica en ese sentido) que supone para la Administración la exigencia de reclamación previa, consideramos que debe guiar a los operadores jurídicos el valor de la misma en tanto en cuanto constituye un mecanismo para que el trabajador obtenga extrajudicialmente la anulación del alta y para que la Administración emita una nueva valoración considerando elementos de prueba que puedan aportarse en el procedimiento de reclamación previa.

hora de considerar o no el alta ajustada a derecho. Será la valoración judicial de las pruebas documentales y periciales que obren en el expediente administrativo la que conducirá a la resolución judicial sobre la cuestión, y ha de tenerse en cuenta que el juez, lego en medicina, precisa de una visión clara de la situación clínico-funcional del trabajador, visión que obtendrá a partir del análisis del expediente administrativo, pero también de cuantas pruebas se aporten por el trabajador al proceso⁴².

Como norma general, será la reclamación previa la que delimite los elementos de prueba que aporten las partes (trabajador, entidad que ha emitido el alta) al proceso, ya que, conforme al artículo 42 LRJS, y a salvo de hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad, las partes no podrán introducir variaciones sustanciales más allá de la reclamación previa. Para defender, por tanto, lo ajustado a derecho del alta emitida, parece razonable que la resolución de la reclamación previa parta de la reevaluación de las pruebas (documentales o periciales) que consten en el expediente administrativo y hayan conducido al alta, así como de aquellas que haya podido aportar el trabajador con la reclamación previa.

E. Procedimiento especial de revisión de altas médicas emitidas por entidades colaboradoras en el ámbito de las contingencias profesionales

El art. 4 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal⁴³ establece, para el caso de las altas médicas emitidas por entidades colaboradoras (MCSS y empresas colaboradoras) en contingencia profesional, un procedimiento alternativo a la reclamación previa.

Este procedimiento se plantea como opción para el trabajador, de manera que puede presentar reclamación previa ante la entidad que ha emitido el alta médica o, por el contrario, iniciar ante la Entidad Gestora, en el plazo de diez días hábiles desde el día siguiente a la notificación del alta, el procedimiento de revisión de ésta, procedimiento que tiene para el trabajador una evidente ventaja sobre la reclamación previa: su iniciación supone la suspensión de los efectos del alta médica emitida. No obstante, la resolución del procedimiento podrá, en su caso, confirmar el alta desde su fecha inicial (o alguna posterior a ella), lo que conllevaría, en su caso, la devolución,

42. Lafuente Suárez, J.: "Las competencias de emisión de bajas y altas en la incapacidad temporal. Su revisión judicial", *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 21, 2019, pp. 25-48. Realiza el autor en el trabajo una completa exposición de la impugnación de las altas médicas, primero en vía administrativa y después en vía jurisdiccional. Sobre esta última, insiste en la importancia de la valoración de la prueba en el seno de un proceso muy particular como es el de impugnación de altas médicas (proceso de cognición limitada en el que únicamente se dirime si el alta emitida se ajusta o no a derecho), en el que por sus características (tramitación preferente y acortamiento de plazos para el señalamiento) se dificulta la utilización de medios de prueba amplios como lo son la intervención como testigos-peritos de los médicos que atienden al trabajador y la del médico forense. Señala el autor que la disponibilidad de informes médicos claros e inteligibles es esencial para constituir un adecuado fundamento de la sentencia que ha de decidir sobre la capacidad laboral del actor.

43. Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal (BOE núm. 235, de 29 de septiembre de 2009).

como prestaciones indebidamente percibidas, de las cuantías devengadas más allá de la fecha en la que se fijen los efectos del alta.

III. LA EFICACIA DEL ALTA: NOTIFICACIÓN DEL ALTA MÉDICA

La declaración de alta médica, emitida por los servicios médicos competentes, asistenciales o de inspección, se encuentra regulada en la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros 365 días de su duración⁴⁴.

No existe en este momento una regulación expresa para las declaraciones de alta más allá de los primeros 365 días, ya que, hasta la entrada en vigor (en abril de 2023) de las modificaciones de los artículos 170.2 y 174 TRLGSS-2015 introducidas por el Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones⁴⁵, el alta médica más allá de los primeros 365 días se emitía mediante resolución de la dirección provincial del INSS previa propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI). No obstante, dado lo imperativo de la modificación legal y la identidad con la que dicha modificación trata el alta médica emitida antes y después de los 365 días en el ámbito de la inspección médica del INSS, el procedimiento que se sigue por la Entidad Gestora para emitir altas médicas es el mismo en procesos de IT cualquiera que sea su duración, y utiliza el mismo soporte documental: el modelo P9 recogido en el Anexo I de la orden precitada.

No cabe duda de que la declaración de alta médica es un acto administrativo⁴⁶ que produce efectos claramente definidos:

- a) Extingue la situación de IT que se inició mediante la declaración de baja médica y, por tanto, enerva la suspensión del contrato de trabajo⁴⁷.
- b) Extingue, como consecuencia, la correlativa prestación económica por IT.

44. Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración (BOE núm. 147, de 20 de junio de 2015).

45. Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (BOE núm. 65, de 17 de marzo de 2023).

46. Sobre esta consideración respecto de los partes médicos, resulta muy interesante el análisis efectuado en Molins García-Atance, J.: "El control de la incapacidad temporal", *Temas Laborales*, núm. 106, 2010, pp. 13-38.

47. En el caso de los trabajadores por cuenta propia (autónomos), resulta evidente que no existe este efecto suspensivo al no existir contrato de trabajo. No obstante, se exige, para causar el derecho a la prestación económica por IT, el cese en la actividad, cese exigido en función de la incompatibilidad legal existente entre la percepción de los rendimientos de la actividad por parte del trabajador autónomo y la percepción del subsidio por IT. La obligación de presentar declaración sobre la situación de la actividad que venía desarrollando el trabajador autónomo hasta la IT se establece en el artículo 12 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 de la incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia.

Y como tal acto administrativo, ha de ser necesariamente notificado al interesado. Sobre la notificación del alta médica, de nuevo la habitualidad con la que esta situación se produce y lo atípico del contexto habitual de la misma, que se sitúa en el medio sanitario, pueden desenfocar la atención sobre la importancia que tiene la notificación de todo acto administrativo, regulada en los artículos 40 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Artículos ubicados, y es importante tenerlo presente, en el capítulo II de la Ley; el dedicado a la eficacia de los actos administrativos.

A. Supuesto general de notificación del alta

Conforme a la regulación del procedimiento administrativo común, los actos administrativos producen efectos, como norma general, desde la fecha en la que se dictan (art. 93.1 LPAC), si bien la eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto (art. 93.2 LPAC). Y a juicio del Tribunal Supremo, se debe considerar que, en los casos de alta médica, estamos ante un supuesto que requiere de la aplicación de esta eficacia demorada hasta el momento de la notificación. Así quedó definitivamente sentado a partir de la STS 1426/2022, de 6 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1426), constituyendo clara jurisprudencia con posteriores resoluciones como STS 638/2023, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:638), en la que se argumentaba que sólo a partir de ese momento (el de la notificación) el trabajador debe incorporarse a su puesto de trabajo y, por tanto, sólo entonces tendrá derecho a lucrar el correspondiente salario, sin que la mayor o menor demora en la notificación pueda perjudicar al beneficiario de la prestación. En la redacción actual del artículo 170.2 TRLGSS - 2015, conforme a la modificación operada por el Real Decreto-Ley 2/2023, se hace eco el legislador de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, manteniendo el pago de la prestación, a través del mantenimiento de la colaboración obligatoria, hasta que se notifique al interesado el alta médica por curación, por mejoría o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos⁴⁸.

Sobre este particular, hay que tener en cuenta que la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, prevé expresamente que una copia del parte de alta será entregada a la persona trabajadora por el facultativo que lo expida, configurando una especie definida dentro del género de la notificación, en lo que podría considerarse un supuesto de los previstos

48. Ha de tenerse en cuenta que la previsión del artículo 170.2 se circunscribe a los procesos de incapacidad temporal que han agotado el plazo de 365 días, guardando silencio el texto legal sobre el mantenimiento del pago hasta la notificación del alta en aquellos procesos que no han alcanzado los 365 días. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo que se citan son referidos a procesos de incapacidad temporal que han superado los 365 días, si bien no cabe duda de que, sea cual sea la duración del proceso, estamos hablando de procesos de incapacidad temporal y de declaraciones de alta médica cuyos efectos no parece lógico que sean distintos según se emitan antes o después de los 365 días de duración del proceso.

el artículo 41.1.b) LPAC como excepción a la regla general de notificación electrónica que establece la propia LPAC: cuando para asegurar la eficacia de la actuación administrativa resulte necesario, podrá practicarse la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración notificante⁴⁹. Dado que los efectos del alta son ejecutivos y la fecha de efectos el día siguiente a la misma, parece de sobra justificado que se acuda a la notificación por entrega directa (“en mano”) como mecanismo habitual y preferente (hasta el punto de instituirse, mediante esta norma reglamentaria, una *lex specialis*) para practicar la misma.

No obstante, siendo este el mecanismo habitual, y sin duda el más frecuente, lo cierto es que no se excluyen por la *lex specialis* otros procedimientos de notificación que pudieran ser factibles en aplicación del procedimiento administrativo común, establecido por norma de rango legal. En todo caso, eso sí, cuando se utilicen estas otras formas de notificación, éstas deben contar con los requisitos esenciales de toda notificación contenidos en el artículo 41.1 LPAC, a tenor del cual, con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma, debiéndose incorporar al expediente la acreditación de la notificación efectuada.

Cualquier mecanismo de notificación alternativo a la notificación mediante entrega directa debe pues contemplar estas prescripciones legales, conforme a las cuales la Entidad Gestora dispone de un procedimiento especial de notificación de las declaraciones de alta médica, procedimiento conforme al cual, siguiendo con las prescripciones de la LPAC, se realizará una doble notificación: vía electrónica (la preferente según la LPAC) y, en el caso de no haber manifestado el trabajador su deseo de ser notificado electrónicamente, también por vía postal al no resultar el trabajador un sujeto obligado a recibir notificaciones vía electrónica. En todo caso, el alta desplegaría

49. No cabe duda acerca de la condición de empleado público del personal estatutario de los servicios de salud ni, desde luego, de los médicos inspectores dependientes de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas ni en lo que se refiere a los médicos inspectores de la Entidad Gestora. Quizás fuese preciso un análisis más detallado, pero no sólo en lo que se refiere a la notificación, sino al conjunto de las actuaciones referidas a las declaraciones de incapacidad temporal, cuando estamos ante servicios sanitarios privados que operan como proveedores de asistencia sanitaria desde el mutualismo administrativo en el ámbito del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios, pero en todo caso, su actuación queda al amparo de la *lex specialis* prevista para el alta médica, que se limita a disponer que la copia del parte de alta será entregada por el facultativo que la emita (independientemente de la cualidad de empleado público que éste pudiera o no tener). Sobre los actos administrativos dictados en el ámbito de las MCSS y que comprenderían a las declaraciones de alta médica (en contingencias profesionales), habría de estarse a lo dispuesto en el artículo 80.4 TRLGSS-2015, que las declara integrantes del sector público estatal de carácter administrativo en relación con el artículo 2 LPAC, que establece que la misma será de aplicación al sector público. De lo anterior que habrá que colegir que la actividad administrativa de las MCSS queda sujeta a las disposiciones de la LPAC, así como a aquellas otras disposiciones administrativas particulares que incidan en la regulación de los procedimientos relacionados con las prestaciones que gestionan como entidades colaboradoras con la Seguridad Social. Sea como fuere, esta entrega personal y directa, “en mano”, constituye, desde luego una forma de notificación válida para en caso de las altas médicas en tanto en cuanto se encuentra amparada por una norma que, aunque de rango reglamentario, no cabe duda de que actúa como *lex specialis*.

sus efectos con arreglo a la primera notificación efectiva que tuviese lugar, fuese ésta la postal o la electrónica, según lo previsto en el artículo 41.7 LPAC.

De acuerdo con estas consideraciones, nada impediría que el resto de agentes competentes para emitir altas médicas, entre los que se encuentran los servicios sanitarios públicos o las MCSS en el ámbito de las contingencias profesionales, pudiesen establecer procedimientos de notificación análogos al que ya viene utilizando la Entidad Gestora y que se constituyan como alternativa a la entrega en mano de la declaración de alta médica.

B. Supuesto especial: la notificación de alta por incomparecencia

Puede producirse una incomparecencia ante dos tipos distintos de citación para reconocimiento médico:

- a) Ante reconocimientos médicos ordenados por los servicios asistenciales que emitieron la baja (reconocimientos de control preordenados a emitir el parte de alta que extinga el proceso o bien el de confirmación que lo mantenga). El artículo 4 de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio señala que, que si el trabajador en IT no acude a la revisión médica prevista en los partes de baja y confirmación se podrá emitir el alta médica por incomparecencia. Esta previsión reglamentaria tiene su justificación en las características de los partes de baja y confirmación en cuanto a la eficacia de los mismos a lo largo del tiempo, ya que la necesidad de “confirmar la baja” más allá de la fecha marcada para el reconocimiento programado con esa finalidad presupone que, efectivamente, más allá de esa fecha el proceso de IT estaría “sin confirmar” y, por lo tanto, no podría verificarse su subsistencia, siendo imputable al trabajador su inasistencia a dicho reconocimiento. Inasistencia que, desde luego, debe ser injustificada para que la emisión del parte de alta por incomparecencia esté adecuadamente fundamentada.
- b) Ante los reconocimientos ordenados por la Entidad Gestora o los servicios de inspección de los servicios sanitarios públicos, que actúan fuera del proceso meramente asistencial, y que efectúan sus citaciones no mediante reconocimientos fijados en los partes de baja o de confirmación de la IT, sino mediante citaciones notificadas con arreglo a los procedimientos previstos en la LPAC. En estos casos, y dado que este control tiene carácter “paralelo” al que realizan los servicios asistenciales, puede darse la circunstancia de que el trabajador haya acudido puntualmente a recoger sus partes de confirmación, pero no a las citas efectuadas por estas unidades de inspección médica (de la Entidad Gestora o de las unidades de inspección del servicio sanitario público).

En todo caso, es necesario notificar el alta médica por incomparecencia mediante cualquiera de los procedimientos aplicables según la regulación genérica del proce-

dimiento administrativo común, ya que la incomparecencia impide el mecanismo habitual de notificación del alta: la entrega directa “en mano” del parte de alta⁵⁰, si bien, en cuanto a los efectos del alta sería preciso matizar que:

- a) Cuando ésta se produce por no acudir a la recogida del correspondiente parte de confirmación, la eficacia del alta en estos casos debería entenderse que se produce en el momento del alta, o sea, en el momento en el que no puede producirse la confirmación de la IT (momento en el que el trabajador debe ser consciente de que ha de acudir al reconocimiento y de las consecuencias de no hacerlo), y no en el de su notificación.
- b) Cuando el alta por incomparecencia se emite por la Entidad Gestora, en procesos que han agotado los 365 días de duración, la fecha de efectos del alta debe ser la de notificación de ésta, ya que sólo entonces el trabajador conocerá que ha sido dado de alta, de acuerdo con la vigente redacción del artículo 170.2 TRLGSS-2015 y con la jurisprudencia expuesta.

IV. La extinción de la prestación por incapacidad temporal y otros supuestos que afectan a la prestación económica

La extinción de la prestación, si bien está evidentemente ligada a la de la situación de IT, tiene no obstante una regulación que va más allá de esa situación. Así, encontraremos las causas de extinción reguladas en el artículo 174 TRLGSS-2015:

1. Las que derivan del alta médica finalizando por tanto la situación de IT por las causas de:
 - a) Curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual.
 - b) Por ser dado de alta el trabajador con o sin declaración de incapacidad permanente.
 - c) Sobre la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos para el control y seguimiento de la IT, a pesar de que constituye una causa autónoma de extinción del subsidio (la constatación de la incomparecencia no necesariamente es un acto médico), ha de señalarse que también es una causa de alta médica con un régimen específico:
 - i. Altas por incomparecencia emitidas por los servicios médicos asistenciales: cuando el trabajador no acuda a los reconocimientos para confirmación

50. Se ha de cumplir, por lo demás, la obligación de notificar los actos administrativos ex artículo 40 LPAC. Además, de lo contrario, no podría el trabajador accionar contra el alta, primero interponiendo la reclamación previa exigida por el artículo 71 LRJS y, en su caso, presentando demanda ante el Juzgado de lo Social.

- de la situación de IT en el parte de baja o en los sucesivos de confirmación (art. 4 de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración).
- ii. Altas por incomparecencia emitidas por los médicos inspectores del INSS en procesos de IT una vez agotados 365 días de IT (art. 170.2 TRLGSS-2015).

d) Por fallecimiento.

2. La que deriva por no haberse emitido el alta por curación o mejoría durante los 545 días de duración máxima de la situación de incapacidad temporal y su prórroga, considerándose que, a efectos de determinar la duración del subsidio, se computarán los períodos de recaída en un mismo proceso⁵¹.
3. La derivada del reconocimiento de la pensión de jubilación. Considerando que la situación de IT precisa de la existencia de un binomio incapacidad-requerimientos de la actividad laboral, la definitiva desaparición de la actividad laboral por reconocimiento de la pensión de jubilación hace que necesariamente haya de decaer la situación de IT. Por otra parte, siendo que la pensión de jubilación tiene el mismo carácter sustitutivo de las rentas del trabajo que tiene la prestación por IT, la previsión legal resulta totalmente lógica⁵². Estas consideraciones justifican que el reconocimiento de una pensión de jubilación parcial no se considere causa de extinción de la prestación por IT que existiese en el HC de la jubilación parcial, ya que se mantiene la actividad laboral.

Ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el alta médica por “Nacimiento y cuidado de menor”, siguiendo el literal de la causa tal y como se encuentra recogida en los vigentes partes de baja/alta, no constituye, conforme a este artículo, causa de extinción de la prestación por IT. Hemos de acudir al Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (Real Decreto 295/2009)⁵³ para determinar los efectos del alta

51. El concepto de recaída se encuentra en el artículo 169.2 TRLGSS-2015: se considerará que existe recaída en un mismo proceso cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos de alta médica anterior, salvo los procesos por bajas médicas por menstruación incapacitante secundaria en los que cada proceso se considerará nuevo sin computar a los efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal, y de su posible prórroga.

52. No ocurre así en el caso de la jubilación parcial, durante la que se mantiene actividad laboral, si bien en una jornada reducida, y de forma simultánea, la pensión de jubilación parcial. En tanto en cuanto parte de las rentas del trabajo se ven sustituidas por la pensión de jubilación, la cuantía de la prestación por IT habrá de reducirse para adaptarla a la nueva situación, de forma que sólo sustituya el salario que se deja de percibir por causa de la suspensión del contrato de trabajo subsistente durante la jubilación parcial.

53. Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2009).

médica emitida por esta causa y así, encontramos que el artículo 10 de la precitada norma reglamentaria dispone (para la madre biológica) que los procesos de incapacidad temporal iniciados antes del parto y sin que la interesada hubiera optado por el descanso maternal⁵⁴, se mantendrán en sus propios términos hasta el momento del parto, dejando siempre a salvo la posibilidad de opción de la interesada por dicho descanso iniciado antes del parto. A partir de la fecha del parto debe comenzar, por imperativo del artículo 48.4 ET, el disfrute del descanso por maternidad. Si finalizado este descanso persistiese la situación de incapacidad temporal, se reanudaría el cómputo interrumpido en cuanto a la prestación por IT, aun cuando se hubiera extinguido el contrato de trabajo, requiriéndose en todo caso un nuevo parte de baja que recoja la recaída (nueva situación de IT por el mismo o similar diagnóstico emitido en los 180 días siguientes al alta médica) del proceso anterior.

Para progenitor distinto de la madre biológica (art. 27 de la misma norma reglamentaria), se señala que los procesos de incapacidad temporal iniciados antes de la suspensión por paternidad (debe leerse actualmente nacimiento y cuidado de menor), se mantendrán en sus propios términos hasta el momento de inicio del descanso. Finalizado éste, de persistir la incapacidad temporal anterior, se reanudarán el cómputo interrumpido y el abono del subsidio por IT que viniera percibiendo.

El tratamiento práctico que da el Real Decreto 295/2009 al alta por nacimiento y cuidado de menor, por lo que se refiere a los efectos de ésta sobre la prestación, no difiere por tanto al genérico derivado de un alta por curación o mejoría, produciendo una extinción de la prestación. Prestación que puede reiniciarse mediante la constatación médica de la persistencia de una situación de incapacidad temporal por la misma o similar patología que la que finalizó con el alta por nacimiento y cuidado de menor, sin que por tanto quede clara la necesidad de no recoger esta causa de alta como extintiva del derecho al subsidio en el artículo 174 TRLGSS-2015, junto con el resto de causas que finalizan situaciones de incapacidad temporal, como es el caso del reconocimiento de la pensión de jubilación. Este tratamiento evitaría la necesidad de considerar una causa de alta (médica) específica que, como hemos visto, queda médicamente limitada a la maternidad biológica, dejando al margen el resto de situaciones protegidas por la prestación.

A. Suspensión del subsidio por abandono injustificado del tratamiento prescrito

Prevé el artículo 175.2 TRLGSS-2015 que el subsidio podrá ser suspendido cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuere

54. Se refiere a la posibilidad que tiene la mujer gestante de iniciar el descanso por maternidad biológica hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto según lo previsto en el artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015). Ha de tenerse en cuenta, por lo que a la prestación por nacimiento y cuidado de menor se refiere, que la posibilidad de anticipar el descanso subsidiado queda limitada al supuesto general, contributivo, regulado en el artículo 179 TRLGSS-2015, ya que, en el caso del supuesto especial no contributivo, la prestación, regulada ex artículo 182 queda limitada a cuarenta y dos días naturales a contar desde el parto.

indicado⁵⁵. Es preciso conectar aquí con los preceptos legales que disciplinan la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, que se encuentran entre los preceptos que permanecen vigentes en el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS-1974), a tenor de cuyo artículo 102, el beneficiario deberá observar las prescripciones de los facultativos que le asisten⁵⁶.

La obligación de seguir el tratamiento indicado debe contextualizarse en el ordenamiento vigente a fecha de hoy, siendo necesario recurrir a la interpretación sistemática de este precepto en relación con lo preceptuado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁵⁷.

Los cambios sociales acaecidos desde el TRLGSS-1974 hasta nuestro tiempo han hecho cambiar la posición del paciente ante el sistema sanitario. De hecho, se ha pasado de una actitud pasiva, en la que las indicaciones médicas constituían en la práctica una orden para el paciente a que, bajo la actual concepción de relación del paciente con el sistema sanitario, toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesite el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez ha recibido la información necesaria sobre su estado de salud, opciones de tratamiento, potenciales complicaciones, etc. Esta libertad, no obstante, debe relativizarse cuando, como consecuencia de la negativa a seguir el tratamiento, se prolonga la situación de IT o, incluso, puede agravarse la situación clínica. La situación de equilibrio se sitúa en que el abandono del tratamiento debe ser injustificado para constituir causa de suspensión,

55. No debe confundirse el abandono del tratamiento prescrito por los servicios asistenciales encargados de presta asistencia sanitaria, con la incomparecencia a los reconocimientos para el control de la situación de IT que puedan ordenar las entidades gestoras o colaboradoras en ejercicio de sus funciones de control de la prestación. En este último caso, estas entidades no son competentes para indicar tratamiento médico alguno, por lo que estas incomparecencias no pueden considerarse abandono de tratamiento. En este sentido, la STSJ de las Islas Canarias 206/2012, de 23 de marzo (ECLI:ES:TSJICAN:2012:206) distingue claramente los efectos de la inasistencia al tratamiento rehabilitador indicado por la MCSS en el ámbito de la asistencia sanitaria por contingencias profesionales, que daría lugar a la suspensión del subsidio por abandono injustificado del tratamiento, y no a la extinción a la que había procedido la entidad colaboradora considerando que se había producido una incomparecencia.

56. Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 173, de 20 de julio de 1974). En el TRLGSS-1974 permanecen vigentes artículos que regulan la prestación de asistencia sanitaria, artículos entre los que se encuentra el 102 (no regula por tanto la IT, sino la asistencia sanitaria que se percibe en el ámbito de la IT). El artículo 102. obligaciones del beneficiario, señala: "1. El beneficiario deberá observar las prescripciones de los facultativos que le asisten. Cuando sin causa razonable rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado podrá ser sancionado con la suspensión del derecho al subsidio que pudiera corresponderle o, en su día, con la pérdida o suspensión de las prestaciones por invalidez. 2. Reglamentariamente se determinará el procedimiento para calificar de razonable la negativa del beneficiario a seguir un tratamiento, en particular si éste fuese de tipo quirúrgico o especialmente penoso. En todo caso, el beneficiario podrá recurrir la decisión sobre el carácter de su negativa ante las Comisiones Técnicas Calificadoras a que se refiere el artículo 144. 3. Las Entidades obligadas a prestar la asistencia sanitaria no abonarán los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario utilice servicios médicos distintos de los que hayan sido asignados, a no ser en los casos que reglamentariamente se determinen". El procedimiento reglamentario aludido en el artículo 102.2 ha desaparecido del ordenamiento jurídico al derogarse el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social.

57. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002).

debiéndose ponderar a la hora de determinar si estamos ante esta falta de justificación el concreto tratamiento, sus potenciales consecuencias y riesgos y, en relación con ellos, los argumentos que pudiera exponer el trabajador.

Cuando el abandono de tratamiento se produce por la vía de hecho, la Entidad responsable del pago de la prestación puede aplicar el apartado 1 del artículo 102 TRLGSS-1974 y el artículo 175.2 TRLGSS-2015, procediendo a la suspensión del subsidio, tal y como se pronuncia la STS 9517/2002, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2002:9517). No obstante, esta posibilidad no eximiría a la Entidad de probar el abandono del tratamiento⁵⁸ y, cuando menos, haber efectuado un juicio de razonabilidad sobre lo injustificado de tal abandono, sobre todo cuando se trate de tratamientos quirúrgicos o especialmente penosos, en consonancia con el artículo 102.2 TRLGSS-1974.

B. Extinción, anulación, suspensión o pérdida temporal del derecho al subsidio sin causa médica: artículo 175 TRLGSS-2015

Hemos de hacer necesariamente mención de ciertas circunstancias que, al margen de la situación médica, afectan al derecho al subsidio como consecuencia de la actualización de alguna de las causas de extinción enunciadas en el artículo 174 y, además, de los supuestos previstos en el artículo 175 TRLGSS-2015. Así, las causas de extinción del derecho al subsidio por fallecimiento o por incomparecencia no precisan de forma ineludible de una actuación médica en cuanto a la emisión del alta médica, ya que son situaciones constatables mediante actos de mera gestión de la prestación⁵⁹. A estos efectos, no obstante, es preciso tener presente que, si al alta médica le es exigible una adecuada motivación, también ésta es imprescindible en los actos administrativos que pretendan la extinción y, en particular, es exigible la prueba de que, en el caso de la extinción por incomparecencia, se ha practicado de forma oportuna la notificación de la citación para comparecer a reconocimiento médico.

En lo atinente al artículo 175, se establecen en él una serie de situaciones que, sin conexión esta vez con la situación de incapacidad temporal, pueden dar lugar a la denegación, anulación o suspensión del derecho al subsidio (sin que, "*a priori*", se vea afectada la situación de IT) cuales son:

58. En la STSJ de Galicia 2422/2017, de 6 de abril (ECLI:ES:TSJGAL:2017:2422) y en la STSJ de Castilla y León 1995/2023, de 22 de mayo (ECLI:ES:TSJCL:2023:1995) las entidades responsables del pago de la prestación demostraban el abandono del tratamiento farmacológico indicado mediante la realización de análisis de sangre dirigidos a detectar la presencia del fármaco, insistiéndose en la última de ellas que la trabajadora tampoco había efectuado ninguna alegación que permitiese considerar el abandono como justificado. Habría que valorar, además de las acciones omisivas en cuanto a tratamientos farmacológicos, quirúrgicos o rehabilitadores, la relevancia que pudieran tener, de cara a considerar que se ha abandonado el tratamiento prescrito, determinadas conductas activas como por ejemplo la realización habitual de actividades deportivas que hayan sido contraindicadas por los servicios médicos encargados de proporcionar la asistencia sanitaria.

59. Así, las defunciones se comunican a la Entidad Gestora a efectos de la extinción de las prestaciones que pudiera percibir el finado y en el caso de la incomparecencia, la constatación administrativa de la misma ya constituye el presupuesto de hecho necesario para la extinción del derecho al subsidio en aplicación del artículo 174.1 TRLGSS-2015 sin que sea imprescindible que se emita el alta por incomparecencia.

- a) Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación⁶⁰.
- b) Cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena.
- c) Cuando el beneficiario no comparezca a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social para examen y reconocimiento médico, produciéndose la suspensión cautelar del subsidio.

Pueden calificarse estos supuestos como consecuencia de la aplicación de las normas reguladoras de la gestión de la prestación, y deben diferenciarse, conforme a la tesis mantenida por el TS, de la aplicación de las normas sancionadoras que tipifican estas conductas y que son aplicables a los perceptores de prestaciones por IT⁶¹. Será, en este caso la LISOS la que tipifique:

1. Como infracción grave aplicable a la prestación por IT:
 - a) En su artículo 25.1, efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida, señalando como sanción correlativa en su artículo 47 la pérdida del derecho al subsidio durante tres meses.
 - b) En su artículo 25.2, no comparecer, salvo causa justificada, a los reconocimientos médicos ordenados por las entidades gestoras o colaboradoras, en los supuestos así establecidos. La sanción correspondiente la establece el artículo 47 de la misma norma y será la extinción de la prestación.

60. En estos supuestos, el artículo 146.2.a) LRJS exceptúa la revisión que ha de efectuarse por la Entidad Gestora o colaboradora del cauce de la revisión de actos declarativos de derechos en perjuicio de beneficiario que es el procedimiento general previsto en el artículo 146.1 de la precitada norma procesal. Se evita así que, en los supuestos en los que procedan revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, sea preciso recurrir a la revisión en vía jurisdiccional de la resolución administrativa dictada con arreglo a tales omisiones o inexactitudes.

61. El deslinde entre las actuaciones que encuentran cabida en el ámbito de la gestión de las prestaciones y aquellas otras que son manifestaciones del ejercicio de la potestad sancionadora es abordado por la Sala de lo Social del Alto Tribunal en la sentencia 6434/2006, de 5 de octubre (ECLI:ES:TS:2006:6434), la sentencia 7154/2006, de 9 de octubre (ECLI:ES:TS:2006:7154) y la sentencia 2875/2009, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2009:2875). En aplicación de las tesis mantenidas por el Tribunal Supremo, las actuaciones ante el caso de mantener actividad laboral al tiempo que se percibe la prestación tendrían dos consideraciones distintas y no excluyentes: a) Como mero acto de gestión de la prestación. Daría lugar a la suspensión del derecho al subsidio durante los días en que se pueda constatar se ha simultaneado trabajo y prestación. No se puede concluir de aquí que se aplique medida punitiva alguna, ya que al resultado de la suspensión se ha de llegar en aplicación de la incompatibilidad entre salario y prestación. Mientras la suspensión quede acotada a los mismos días en los que se ha acreditado actividad laboral (actividad que presume la existencia de salario) estaremos ante un acto de mera gestión. b) Como infracción administrativa tipificada en el artículo 25 LISOS (falta grave). Para imponer la correlativa sanción, debe instruirse el correspondiente expediente sancionador, aplicándose en todo caso la sanción prevista en el artículo 47 LISOS: tres meses de pérdida de la prestación. Independientemente del tiempo durante el cual se haya simultaneado la percepción de la prestación y el trabajo por cuenta ajena, que podrá haber sido inferior o superior a estos tres meses de sanción. Sea por el camino de las actuaciones de gestión o por la aplicación del ordenamiento sancionador, el caso es que puede llegarse a una situación de IT de la que no se derive prestación económica por alguna de estas causas. E incluso, que, en el caso de haberse percibido, haya de reintegrarse ésta como tal prestación indebidamente percibida.

2. Como infracción muy grave, en su artículo 26, la actuación fraudulenta del beneficiario con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute mediante la aportación de datos o documentos falsos. La sanción viene determinada por el mismo artículo 47, suponiendo la pérdida de seis meses de prestación.

En lo que se refiere a trabajadores por cuenta propia, quizás sea oportuno efectuar unas breves consideraciones relacionadas con los mecanismos de control que pretenden evitar que se pueda simultanear el trabajo por cuenta propia con la percepción del subsidio. Sobre este particular, la Resolución de 4 de febrero de 2004, del Instituto Nacional de la Seguridad Social⁶², sobre cumplimiento por los trabajadores por cuenta propia de la obligación establecida en el párrafo segundo del artículo 12 del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, sobre cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia⁶³ establece (salvo para el régimen especial del mar), la obligación de presentar declaración sobre la persona que gestione directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza o, en su caso, el cese temporal o definitivo de la actividad desarrollada. El incumplimiento de esta obligación dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la baja dará lugar a que, conforme al artículo 12 del Real Decreto 1273/2003, se suspenda cautelarmente el abono de la prestación (“en el inicio del pago de la prestación”, según el artículo tercero de la citada resolución) por parte de la entidad gestora o colaboradora responsable del pago, iniciándose las actuaciones administrativas oportunas a efectos de verificar que se cumplen los requisitos condicionantes del acceso y percibo de la prestación⁶⁴. Ha de tenerse en cuenta que el incumplimiento de esta obligación

62. Resolución de 4 de febrero de 2004, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre cumplimiento por los trabajadores por cuenta propia de la obligación establecida en el párrafo segundo del artículo 12 del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, sobre cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2004).

63. 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 (BOE núm. 253, de 22 de octubre de 2003).

64. Purcalla Bonilla, M. Á.: “Aspectos clave de la incapacidad temporal y análisis de su problemática: la gestión y el control como telones de fondo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 308, 2008, DOI <https://doi.org/10.51302/rtss.2008.5525>. La presentación extemporánea de la declaración sobre la persona que gestione el establecimiento mercantil únicamente podría dar lugar, bajo la actual regulación del supuesto, a la suspensión cautelar del subsidio (y en su caso, a la sanción prevista en la LISOS) pero no a la pérdida del correspondiente al período anterior a la presentación de dicha declaración, como sí ocurría hasta la entrada en vigor del Real Decreto 1273/2003. En ese sentido, la STSJ de Cataluña 877/2008, de 12 de febrero (ECLI:ES:TSJCAT:2008:877) señala expresamente que, concurriendo el resto de requisitos para causar la IT, el no reconocimiento por parte de la MCSS (en el caso enjuiciado en suplicación era una MCSS la entidad responsable del pago de la prestación) del derecho al subsidio amparado en la mera presentación extemporánea de la declaración de cese en la actividad convertiría al artículo 12 del Real Decreto 1273/2003 en una norma sancionadora sin amparo legal. Se abunda así en que la medida de suspensión prevista para ante la falta de presentación de la declaración de cese en la actividad constituiría una mera actuación sobre la gestión de la prestación. En todo caso, la sanción (como falta leve prevista en el artículo 24 LISOS bajo la figura del incumplimiento de deberes informativos) sería competencia de la Entidad Gestora. Sí serían competencia

queda, además, subsumido, como falta leve, en el tipo previsto en el artículo 24.1 LISOS (incumplimiento de obligaciones de carácter informativo), pudiéndose imponer la sanción de pérdida de un mes de prestación prevista en el artículo 47.1.a) de la precitada Ley previa instrucción y resolución del correspondiente expediente sancionador.

En todo caso, ha de tenerse presente que para la imposición de sanciones al amparo de las previsiones de la LISOS será preciso instruir y resolver el correspondiente expediente sancionador conforme al procedimiento regulado en el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social⁶⁵.

Es necesario tener presente que, en estos supuestos, sólo se afecta el derecho al subsidio; sea de forma temporal (suspensión, pérdida temporal del derecho) o definitiva (extinción, anulación, denegación) pero no necesariamente se ve concernida la situación de IT, que pudiera subsistir, y que, en todo caso, se registraría por el criterio médico y que tiene su propio devenir, independiente al de sus efectos económicos, a través de las declaraciones médicas de baja y alta.

C. La suspensión cautelar del derecho al subsidio

Al amparo del artículo 175.3 TRLGSS-2015, la incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social para examen y reconocimiento médico producirá la suspensión cautelar del derecho a la prestación. Esto supone el mantenimiento del derecho a la prestación (que sólo se encuentra suspendido) y, desde luego, el mantenimiento de la situación de IT, que no se ve afectada por la decisión administrativa y se mantendrá hasta que se actualice alguna de sus causas de extinción.

Ya se ha expuesto que la emisión del alta por incomparecencia precisa acreditar que se ha practicado la notificación en la forma prescrita en la LPAC y que la misma exigencia ha de predicarse del procedimiento que conduzca a la extinción del subsidio por incomparecencia aún sin alta médica (art. 174 TRLGSS-2015). Este procedimiento de notificación puede llegar a prolongarse en el tiempo, generándose pagos de la prestación posteriores a la incomparecencia, pagos que, atendida la fecha en la que esta incomparecencia se produjo, habrán de ser reintegrados como prestaciones

de la MCSS iniciar las actuaciones que pudieran conducir a concluir si efectivamente no se ha producido el cese en la actividad (lo que implicaría que no se verifica la exigencia prevista para causar el derecho a la prestación, que podría denegarse por este motivo) o, incluso, a que se ha producido una percepción del subsidio al tiempo que se realizaba trabajo por cuenta ajena, lo que daría lugar, conforme a la doctrina contenida en la STS 2875/2009, de 18 de febrero (ECLI:ES:TS:2009:2875), a la suspensión del subsidio durante los períodos de tiempo en los que se ha simultaneado trabajo y percepción del subsidio.

65. Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social (BOE núm. 132, de 3 de junio de 1998).

indebidamente percibidas. Para evitar esta situación, y al objeto de comprobar si la incomparecencia fue o no justificada, se prevé la suspensión cautelar del derecho a la prestación como paso previo a la extinción de ésta, regulándose el concreto procedimiento a seguir en caso de incomparecencia en los artículos 9.4 y 9.5 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, y la extinción en el artículo 9.6. Hay que considerar que esta suspensión cautelar no presupone que finalmente se vaya a producir la extinción del subsidio, de forma que, si se revela que la incomparecencia fue justificada, el subsidio se repondrá sin pérdida de derecho.

La suspensión cautelar del derecho al subsidio también procede en aplicación del ordenamiento sancionador, según se prevé en el artículo 37 bis.2 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, de forma que el acuerdo de iniciación del expediente sancionador para la imposición de sanciones leves y graves a los solicitantes o beneficiarios de prestaciones del sistema de Seguridad Social puede establecer la suspensión cautelar de la prestación.

V. Control médico de las situaciones de incapacidad temporal sin derecho a prestación económica

Tratándose de dos cuestiones claramente diferenciadas, la situación de IT y la prestación económica por IT, no son desconocidas las consecuencias que se derivan de la existencia de una situación de IT en la que:

- a) Puedan no concurrir el resto de los requisitos necesarios para causar la prestación, requisitos que esencialmente atañen a la carencia en el caso de la enfermedad común (180 días cotizados en los 5 años anteriores a la fecha de la baja o, en el caso de la situación especial de IT al alcanzarse la 39ª semana de gestación, una carencia variable en función de la edad en el momento de iniciarse la situación de IT)⁶⁶.
- b) Se haya perdido el derecho a la prestación económica, de forma temporal o definitiva, como consecuencia de actuaciones de gestión o sancionadoras.

66. El artículo 172 TRLGSS-2015 remite al artículo 178.1 para establecer el período de carencia necesario para causar derecho a la prestación por IT en el caso de la situación especial de IT por alcanzarse las 39 semanas de gestación, remisión de la que se puede concluir que: a) Si la mujer gestante tuviese cumplidos veintiún años y fuese menor de veintiséis, el período mínimo de cotización exigido sería de noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso o si acredita ciento ochenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha. b) Cumplidos veintiséis años, el período mínimo de cotización exigido a la mujer gestante sería de ciento ochenta días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al inicio de la situación especial del IT, o bien acreditar trescientos sesenta días cotizados a lo largo de su vida laboral. c) En el caso de gestantes menores de 21 años en el momento de iniciarse la situación especial de IT por esta causa, no se exigiría carencia alguna.

A. Situaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedad común sin derecho al subsidio por falta de carencia

La declaración médica de IT derivada de enfermedad común no implica, como se ha dicho, que de ésta se haya de derivar necesariamente el derecho a la prestación económica, ya que debe verificarse además el requisito de carencia. No obstante, el hecho de que se declare la situación de IT tiene efectos *per se*, independientemente del derecho a la prestación, y estos efectos se manifiestan en la previsión del artículo 45.1.c) ET, que establece la situación de IT como causa de suspensión del contrato de trabajo⁶⁷. Esto implica que la situación de IT se mantendrá, independientemente de la existencia de subsidio, y debe finalizar cuando, como se ha dicho, deje de estar presente alguno de los requisitos exigidos para que se pueda declarar (o en su caso confirmar la subsistencia) una situación de IT, debiéndose emitir el alta por el servicio médico competente para ello en las situaciones de IT que no se extiendan más allá de los primeros 365 días de duración.

La competencia exclusiva del INSS sobre los procesos de IT más allá de los 365 días traslada a la Entidad Gestora el control médico de todos los procesos de IT, subsidiados o no, al alcanzar éstos los 365 días de duración, por lo que sólo el INSS podrá extinguir, por alta, estas situaciones de IT.

No obstante, que de la situación de IT derive o no una prestación económica depende el tratamiento que se debe dar a los procesos de IT que pudiesen generarse, por la misma o similar patología, en los 180 días siguientes al alta. Estos nuevos procesos de IT tras el alta médica se consideran recaídas en aplicación del artículo 169.2 TRLGSS-2015, considerándose como HC de la IT por recaída el de la IT inicial (siendo en este HC inicial donde se deben verificar las exigencias de alta o situación asimilada y, en su caso, carencia), y reanudándose el cómputo de la duración del proceso de IT acumulando la de todos los procesos que puedan considerarse recaídas. A pesar de ello, a la luz de la interpretación efectuada por nuestro Tribunal Supremo en su sentencia 6996/1998, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:1998:6996), cuando un nuevo proceso de IT se inicia, por el mismo o similar diagnóstico, en los 180 días siguientes al alta en un proceso de IT no subsidiado (sin prestación), no cabe hablar de recaída, sino de un proceso totalmente independiente del anterior, en relación con el cual será preciso determinar si, en el momento del nuevo HC (fecha de la nueva IT), se reúne el requisito de carencia, dado que durante el proceso de IT inicial (sin prestación) subsistió la obligación de cotizar y, por tanto, es posible que en el nuevo HC ya se reúna el período de carencia exigido para lucrar la prestación⁶⁸.

67. Si bien subsiste la obligación de cotizar en el Régimen General por el trabajador en situación de IT según lo prescrito por el artículo 144.2 TRLGSS-2015. En lo que se refiere a los trabajadores autónomos, es de aplicación el artículo 309.2 TRLGSS-2015, a tenor del cual, transcurridos sesenta días desde la baja médica en situación de incapacidad temporal con derecho a prestación económica, corresponderá hacer efectivo el pago de las cuotas, por todas las contingencias, a la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social o, en su caso, al Servicio Público de Empleo Estatal.

68. Señala la sentencia, en su FJ 4º, que esa interpretación resulta más conforme al artículo 41 de la Constitución Española y al principio de eficacia y utilidad de las cotizaciones realizadas en orden al reconocimiento de las presta-

B. Situaciones de incapacidad temporal asociadas con la pérdida temporal o definitiva del derecho al subsidio por sanción o como consecuencia de actuaciones en el ámbito de la gestión de la prestación

Nos encontramos con una situación similar a la descrita en el apartado anterior, con ciertos matices cuyo análisis es preciso abordar.

1. Pérdida del derecho al subsidio por la incomparecencia a los reconocimientos médicos

La pérdida del derecho al subsidio en caso de incomparecencia injustificada constituye:

- a) Una infracción tipificada como grave al amparo del artículo 25 LISOS y que, con arreglo al artículo 47 de esta misma norma, se sanciona con la pérdida del derecho al subsidio durante tres meses.
- b) Una causa autónoma de extinción del subsidio, regulada ex artículo 174.1 TRLGSS-2015: el derecho al subsidio se extinguirá por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por la inspección médica del Instituto Nacional de la Seguridad Social o por los médicos de la mutua colaboradora con la Seguridad Social.

Además, la incomparecencia constituye una causa de alta médica que encuentra su amparo en la imposibilidad de poder determinar médicamente si subsisten la situación de incapacidad para el trabajo y la necesidad de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, que son requisitos ineludibles para determinar la existencia de una situación de IT.

Parece razonable mantener esta doble vía; la de la “extinción administrativa” del derecho al subsidio (como acto de gestión de la prestación o como aplicación de normas sancionadoras del orden social) y la del alta médica por incomparecencia, ya que las MCSS y empresas colaboradoras carecen de competencia para emitir el alta por contingencia común a pesar de que sí pueden ser responsables del abono de la prestación económica. La extinción del subsidio ante la incomparecencia a reconocimientos médicos constituye un mecanismo que, bajo la cobertura del artículo 175.2 TRLGSS-2015, está al alcance de las MCSS (o empresas colaboradoras) como acto de gestión al amparo del artículo 80 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social⁶⁹.

ciones sustitutorias de rentas que proporciona la Seguridad Social.

69. Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (BOE núm. 296, de 12 de diciembre de 1995). El artículo 80, intitulado “Contenido de la gestión” establece que corresponde a las mutuas la función de declaración del derecho al subsidio, así como las de su denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción en los procesos de incapacidad temporal correspondientes a trabajadores dependientes de empresas

En todo caso, en la posición de la Entidad Gestora, que tiene facultad para emitir el alta por incomparecencia en procesos de IT que alcancen los 365 días⁷⁰ y también, por supuesto, para resolver la extinción del subsidio mediante el oportuno procedimiento administrativo (como acto de gestión de la prestación al amparo del artículo 175.2 TRLGSS-2015, competencia que se extiende a todo el proceso de IT independientemente de su duración), parece necesario analizar cada una de estas vías, ya que si bien ambas conducen a la extinción del subsidio, la fecha de efectos de esa extinción es distinta, debiéndose considerar como tal:

- a) En el caso de la extinción por incomparecencia, la fecha de efectos de la extinción sería la fecha en la que se produjo tal incomparecencia.
- b) En el caso del alta por incomparecencia emitida por la Entidad Gestora en procesos que han agotado 365 días de duración, la fecha de la extinción del subsidio sería la fecha en la que el alta despliega sus efectos, que es la de su notificación.

Parece necesario, por tanto, actuar simultáneamente a través de ambos mecanismos, ya que la extinción del subsidio responde mejor a la incomparecencia situando en ese momento la pérdida del derecho, y el alta por incomparecencia añade un elemento adicional de control: durante los 180 días siguientes al alta, sólo los médicos inspectores adscritos a la Entidad Gestora podrían emitir una nueva baja por la misma o similar patología en aplicación del artículo 175.2 TRLGSS-2015.

En lo que se refiere a la posibilidad de actuar además mediante la aplicación del ordenamiento sancionador, parece claro que, emitida el alta por incomparecencia o extinguido el derecho al subsidio en aplicación del artículo 175.2 TRLGSS-2015, sería

asociadas y de los trabajadores por cuenta propia adheridos. Sobre este particular, la norma reglamentaria, y si bien resulta pacífico que la actividad de las MCSS en cuanto a la gestión de las prestaciones que tienen encomendadas queda sujeta al derecho administrativo y a sus prescripciones (el artículo 80.4 TRLGSS-2015, las declara integrantes del sector público estatal de carácter administrativo, sector que queda sujeto a las normas de procedimiento administrativo en virtud del artículo 2 LPAC). Añade el Real Decreto 1993/1995, en su artículo 80, una serie de prescripciones que habrán de observar estas entidades en cuanto a los actos que dicten y por los que se declare el derecho a la prestación económica o por los que se deniegue, suspenda, restrinja, anule o extinga el derecho. Conforme a estas prescripciones, tales actos deben, en todo caso, ser motivados y han de formalizarse por escrito, quedando supeditada la eficacia de estos a su notificación. Estas prescripciones, por si quedase alguna duda sobre la cuestión, sitúan a los actos dictados por las MCSS en estos supuestos en el mismo plano de exigencia formal que los equivalentes dictados por las administraciones públicas competentes.

70. Esta precisión es muy relevante: en procesos que no alcancen los 364 días, el alta por incomparecencia está "reservada" para los supuestos en los que no se comparezca a los reconocimientos fijados en los partes de alta o confirmación, y por tanto, sólo podrá ser emitida por los servicios médicos asistenciales (servicio sanitario público o entidades colaboradoras en el caso de que presten asistencia sanitaria por contingencias profesionales), que son los competentes para realizar los reconocimientos necesarios para confirmar la situación de IT. Así se deduce del tenor literal del artículo 4.4 de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio. Por lo tanto, las incomparecencias a reconocimientos ordenados por la Entidad Gestora por antes de los 365 días de IT sólo podrán abordarse desde la extinción de la prestación en aplicación de la previsión del artículo 174.1 TRLGSS-2015. No obstante, cuando el proceso de IT alcanza los 365 días, el artículo 170.2 TRLGSS - 2015 otorga al INSS competencia exclusiva para emitir el parte de alta por incomparecencia, ahora en relación con los reconocimientos ordenados por la Entidad Gestora.

innecesario iniciar expediente sancionador por la infracción grave prevista en el artículo 25.2 LISOS, ya que la sanción prevista para la infracción de este tipo es la misma a la que se ha llegado por cualquiera de las vías anteriores⁷¹. Otra cuestión sería dilucidar si, considerando que el procedimiento sancionador es el procedimiento garantista por excelencia, una entidad colaboradora que no tiene competencia para emitir el alta por incomparecencia ni, por supuesto, puede ejercer la potestad sancionadora, debe optar por poner en conocimiento de la Entidad Gestora la incomparecencia que se ha producido para instar así la iniciación del procedimiento sancionador o bien proceder, directamente y en ejercicio de sus competencias propias, a la extinción en aplicación del artículo 175.2 TRLGSS-2015.

Surge aquí una cuestión a considerar cuando, en procesos de IT en los que el servicio sanitario público, que mantiene la competencia para la emisión del alta en procesos de hasta 365 días se encuentra ante una IT por contingencia común en la que se ha dictado resolución extintiva del subsidio por incomparecencia a reconocimientos médicos de control ordenados por la mutua responsable de la prestación económica o por la propia Entidad Gestora. O, incluso, cuando la extinción del subsidio es consecuencia de una sanción en virtud de la aplicación de la LISOS en el caso de incomparecencia. ¿Puede mantenerse la situación de IT o debe ésta extinguirse, de forma paralela al subsidio, mediante la emisión del parte médico de alta por incomparecencia? En buena lógica, si el vigente marco normativo de la prestación ha querido mantener disociadas estas vías, podría concluirse que mientras se comparezca a los reconocimientos fijados en los partes de confirmación (o en el parte de baja para el primero de ellos) no existe imposibilidad de determinar la persistencia o no de la situación de

71. Lozano Cutanda, B.: "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003, pp. 83-121. Se analiza por la autora si la potestad sancionadora de la Administración está sujeta incondicionalmente a los principios de legalidad y oficialidad, lo que llevaría a la obligación de ejercerla en todo caso. O bien si es aceptable, como elemento moderador del rigor de estos principios, un principio de oportunidad que permitiese ponderar otras circunstancias a la hora de determinar la procedencia o no de aplicar el ordenamiento sancionador. Parece razonable, siguiendo a la autora, que en aras a evitar la arbitrariedad a la hora de perseguir o no las infracciones administrativas, sean los principios de legalidad y oficialidad los que determinen la irrenunciabilidad y la indisponibilidad del ejercicio de la potestad sancionadora ante hechos constitutivos de ilícito administrativo. No obstante, ante conductas como la de la incomparecencia al reconocimiento médico, para la que el ordenamiento jurídico prevé nada menos que tres mecanismos distintos de respuesta, parece oportuno, en aras a la economía de procedimientos, que cuando por cualquiera de las respuestas no sancionadoras previstas se ha llegado a la extinción del subsidio, no se insista en la necesidad de incoar un procedimiento sancionador en aplicación del principio de oportunidad: simplemente no resultaría necesario resolver como sanción la extinción de un subsidio que ya se ha extinguido por otro mecanismo. Cuestión distinta sería plantear si debe darse preferencia al procedimiento sancionador frente a la extinción por incomparecencia como simple acto de gestión de la prestación llevado a cabo por una entidad colaboradora. Ante estas dos posibilidades, nuestra postura es más favorable al procedimiento sancionador a cargo de la Entidad Gestora, tanto por su carácter eminentemente garantista como por el hecho de que es una Administración Pública la que actúa de forma directa en aplicación de la norma sancionadora. Esta vía de actuación requeriría la comunicación a la Entidad Gestora, por parte de la Entidad Colaboradora, la existencia de la incomparecencia, acompañada de los medios de prueba que la acreditasen. En el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, conforme al artículo 37 bis.2 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social, se determinaría la suspensión cautelar del abono de la prestación para no comprometer la eficacia del procedimiento frente al de extinción administrativa por incomparecencia regulado en el artículo 9.4 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio.

IT, por lo que no cabría emitir el alta por incomparecencia aunque se hubiese resuelto la extinción del derecho al subsidio ante la incomparecencia a los reconocimientos establecidos la mutua o la Entidad Gestora⁷², subsistiendo, por tanto, la suspensión del contrato de trabajo.

2. *Suspensión del derecho al subsidio por realización de trabajo por cuenta propia o ajena*

En lo que a la aplicación de normas sancionadoras se refiere, la compatibilización de la actividad laboral con la percepción del subsidio por IT ya hemos dicho que podría dar lugar, previa instrucción del correspondiente expediente, a la pérdida del derecho al subsidio por el período correspondiente a tres meses y, desde luego, a la suspensión del subsidio por el tiempo que se haya percibido el subsidio a la vez que se trabajaba.

Por otra parte, no cabe duda de que la realización de actividad laboral durante la situación de IT constituye un claro indicio de que subsiste capacidad laboral, y, por tanto, que la situación de IT que daba derecho a la percepción del subsidio podría no ser tal al faltar el requisito de estar incapacitado para la realización del trabajo. En estos supuestos, la actuación sancionadora o la suspensión del subsidio no son actuaciones suficientes atendida la finalidad de controlar la prestación, y se precisa una actuación médica, inspectora, dirigida a determinar si efectivamente se ha producido un cambio en la situación clínica tal que deba emitirse el alta por mejoría, extinguiéndose la situación de IT y evitando la reanudación improcedente del subsidio una vez se hubiese cumplido la sanción de pérdida temporal.

3. *Suspensión del subsidio por abandono del tratamiento*

Ha de tenerse además presente que el abandono del tratamiento prescrito, aunque se encuentre justificación para el mismo, y siempre que ese tratamiento sea determinante para lograr la mejoría, puede ser causa de alta por propuesta de incapacidad cuando implique el agotamiento de las medidas terapéuticas, ya que éstas no sólo tienen que ser factibles desde el punto de vista de la indicación médica, sino que deben ser aceptadas por el trabajador para que puedan llevarse a cabo. Por el contrario, el

72. Los reconocimientos médicos de control de la prestación por parte de una Entidad responsable del pago pero que carece de competencias para emitir el alta tienen una función esencial: comprobar, en colaboración con las Entidades Gestoras (de la asistencia sanitaria en el caso del servicio sanitario público o de las prestaciones económicas en lo que se refiere al INSS o al ISM), que se mantienen los requisitos que definen la situación de IT, proponiendo el alta cuando dejen de verificarse tales exigencias. Por lo tanto, la incomparecencia injustificada a esos reconocimientos no puede resultar inocua para el trabajador en situación de IT, previéndose, para el caso del incumplimiento de esa obligación, la extinción del subsidio. Si esta posibilidad no existiese, y dado que las MCSS o las empresas colaboradoras carecen de facultades para emitir el alta por contingencias comunes, se dejaría vacía de contenido la competencia de control de estas entidades al no disponer las mismas de mecanismos de reacción ante la elusión de estos mecanismos de control por parte del receptor de la prestación. No obstante, si el trabajador en situación de IT acude a recoger sus partes de confirmación ante el servicio sanitario público (en el caso de procesos de hasta 365 días) y a las citaciones para reconocimiento que pudiera hacer la Entidad Gestora, aunque se haya extinguido el derecho al subsidio por no comparecer a los reconocimientos convocados por la mutua, no cabría que el servicio sanitario público o la Entidad Gestora emitiesen el alta por incomparecencia.

abandono del tratamiento, más allá de esta situación particular en la que suponga el agotamiento de medidas terapéuticas, no constituye causa de alta médica. Por este motivo, aunque el derecho a la percepción del subsidio se encuentre suspendida, subsistirá la suspensión del contrato de trabajo en tanto en cuanto no concurra una causa de alta o haya transcurrido la duración máxima prevista para la situación de IT: 365 días y, en su caso, la prórroga de hasta 180 días⁷³.

Al agotamiento de la duración máxima de la situación de IT procedería la apertura de expediente de IP, sin perjuicio de que el abandono del tratamiento, con respecto a la IP, pudiera tener las consecuencias previstas en el artículo 102.1 TRLGSS-1974: la pérdida o suspensión de las prestaciones por IP.

4. Anulación o denegación del subsidio cuando se haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación

Puede darse la circunstancia de que, como consecuencia de actuaciones de gestión de la prestación, el derecho al subsidio se deniegue o anule a pesar de la existencia de un parte de baja médica, como es el caso de aquellos supuestos en los que se ha producido un alta en el sistema de Seguridad Social preordenada a la obtención de prestaciones por IT y sin que se haya producido una relación de empleo real. Estos casos de actuaciones fraudulentas requieren de la existencia de un parte médico de baja, parte que responde a la existencia de una situación real de incapacidad, pero en el seno de una relación laboral que se constituye con la mera finalidad de obtener prestaciones por IT dada la situación médica preexistente en el trabajador⁷⁴. Podría en estos casos no existir el derecho al subsidio, pero, por la naturaleza del supuesto analizado, parece probable que exista una situación de IT que debe seguir por los cauces del control médico.

VI. CONCLUSIONES

Es necesario diferenciar entre situación de incapacidad temporal, basada en la determinación de la situación médica del trabajador y prestación por incapacidad temporal: la situación de incapacidad temporal se erige como presupuesto necesario (pero no suficiente) para poder causar derecho a la prestación económica por incapacidad temporal.

73. Si el abandono del tratamiento prescrito se produce antes de alcanzarse los 365 días, habrá de valorarse si, en esas condiciones, debe prorrogarse la situación de IT, que procedería sólo en el caso de que, a pesar del abandono del tratamiento, fuese previsible el alta médica por mejoría en esos 180 días de prórroga de la situación de IT.

74. Pedrosa Alquézar, S. I.: "El tratamiento jurisprudencial de la actuación fraudulenta en la incapacidad temporal", *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 7, 2016, pp. 143-155. Expone la autora que la existencia de dolencias y lesiones previas anteriores al inicio del contrato laboral que se agraven por la nueva actividad o incapaciten para la misma ha sido un argumento recurrente para denegar la prestación con base en el fraude de ley, analizando diversas resoluciones judiciales sobre la cuestión. No en todos los casos en los que se produzca esta circunstancia estaríamos ante un fraude de Ley que diese lugar a la denegación o anulación del derecho al subsidio, sino que habría que estar a si efectivamente se ha prestado trabajo o si, por contra, la relación laboral se constituye con la finalidad de dar acceso a la prestación.

No puede haber prestación por IT si no se verifica una situación de incapacidad temporal, pero puede haber situaciones de incapacidad temporal que no se asocien con la percepción del subsidio. La extinción de la incapacidad temporal debe abordarse, por tanto, desde dos perspectivas: la de la situación de incapacidad temporal y la del derecho a la percepción del subsidio.

Bajo la anterior consideración, la actuación médica resulta ser la piedra angular sobre la que se construye la extinción de la situación de incapacidad temporal y, por ende, de la prestación que sigue a la misma. No cabe duda de que el alta médica, como declaración médica, tiene efectos más allá de los meramente asistenciales, constituyendo un auténtico acto administrativo del que se derivan efectos sobre el sistema de la Seguridad Social, pero también sobre la relación de empleo del trabajador, ya que enerva la suspensión del contrato de trabajo que se inició con el parte de baja. Por este motivo, la mera desaparición (o el no reconocimiento) del derecho al subsidio no permite dar por cerrada la situación de IT del que derivaba (o podría haber derivado).

Las medidas de control de la incapacidad temporal, por tanto, se extienden a dos ámbitos claramente relacionados, pero con reglas particulares en cada uno de ellos. Por una parte, el control médico que se ha de realizar a la luz de los conocimientos propios de la ciencia médica y, por otra, las actuaciones de control administrativo, entre las que se incluyen normas sancionadoras y de gestión de la prestación que pueden condicionar el derecho a la prestación económica, aunque se haya producido una declaración médica que constate la existencia de una situación de incapacidad temporal.

No obstante estas reglas particulares, médicas y de carácter jurídico-laboral, en todos los actos de control de la incapacidad temporal, incluidos los actos médicos, habrán de tenerse en cuenta las normas genéricas derivadas de la legislación en materia de procedimiento administrativo y, aún en el proceso en vía social, serán aplicables prescripciones derivadas de las normas que rigen el proceso contencioso-administrativo.

Bibliografía

- Álvarez Cortés, J. C.: "Alteración de la salud, asistencia sanitaria y control médico de las situaciones de incapacidad temporal para el trabajo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 12, 2017, pp. 85-102.
- García Alegría, G.: "El caos de la incapacidad temporal", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 311, 2009, DOI <https://doi.org/10.51302/rtss.2009.5479>
- Gorelli Hernández, J.: "Remedios frente al alta indebida del trabajador en la prestación de incapacidad temporal", *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 13, 2017, pp. 63-83.
- Lafuente Suárez, J.: "La discrepancia con el parte médico de alta por curación", *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 15, 2018, pp. 27-48.
- Lafuente Suárez, J.: "Las competencias de emisión de bajas y altas en la incapacidad temporal: su revisión judicial", *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 21, 2019, pp. 25-48.
- Lozano Cutanda, B.: "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003, pp. 83-121.

- Molins García-Atance, J.: "El control de la incapacidad temporal", *Temas Laborales*, núm. 106, 2010, pp. 13-38.
- Pedrosa Alquézar, S.I.: "El tratamiento jurisprudencial de la actuación fraudulenta en la incapacidad temporal", *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 7, 2016, pp. 143-155.
- Preciado Domènech, C.: "Incapacidad temporal: extinción indebida de la prestación. Incomparecencia a reconocimiento médico. Dos intentos de citación por burofax que no pudo ser entregado; falta de publicación en el BOE. STS-SOC núm. 470/2020, de 18 de junio", en *Anuario de 2020 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes)*, BOE, Madrid, 2021, pp. 813-816.
- Purcalla Bonilla, M. Á.: "Aspectos clave de la incapacidad temporal y análisis de su problemática: la gestión y el control como telones de fondo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 308, 2008, DOI <https://doi.org/10.51302/rtss.2008.5525>
- Rodríguez Escanciano, S.: "El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial", *Temas Laborales*, núm. 118, 2013, pp. 113-151.



Un parche más para la incapacidad temporal

ONE MORE PATCH FOR TEMPORARY DISABILITY

Javier León Iglesias

Abogado

Doctor en Medicina

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Zaragoza

javier.leon.iglesias@unizar.es  0000-0002-9686-5433

Recibido: 07.09.2023 | Aceptado: 05.10.2023

RESUMEN

En el contexto actual de gasto prestacional creciente en materia de incapacidad temporal, originado por diversas variables, no investigadas en profundidad, la reforma de la Ley General de la Seguridad Social mediante el Real-Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, no introduce novedades de calado para solventar el problema de un sistema, que sigue sin alcanzar el deseable equilibrio entre evitar el abuso en el percibo de la prestación, y proporcionar la debida acción protectora a quienes agotan su período máximo legal, persistiendo las razones clínicas que motivaron la baja médica. Las nuevas redacciones legales se limitan a suprimir la posibilidad de declaración de prórroga expresa a los trescientos sesenta y cinco días de duración, sustituyéndola por una prórroga tácita, si no se ha emitido antes el alta, a la vez que traslada a la inspección médica del INSS, la competencia decisoria, encomendada, hasta ahora, al INSS a través del EVI.

ABSTRACT

In the current context of growing benefit expense on temporary disability, caused by various variables that have not been investigated in depth, the reform of the General Law on Social Security by Royal Decree-Law 2/2023 of 16 March, does not introduce any significant changes to solve the problem of a system that still fails to achieve the desirable balance between avoiding abuse in the receipt of the benefit and providing due protective action to those who exhaust their maximum legal period, while the clinical reasons for the medical leave persist. The new legal wordings merely eliminate the possibility of declaring an express extension after three hundred and sixty-five days, replacing it with a tacit extension, if the sick leave has not been discharged beforehand, while transferring to the INSS medical inspectorate the decision-making competence, until now entrusted to the INSS through the EVI.

PALABRAS CLAVE

Incapacidad temporal
Prórroga automática
Inspección médica del INSS
Control
Disconformidad

KEYWORDS

Temporal disability
Tacit extension
INSS medical inspectorate
Control
Disagreement

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. BUSCANDO EL EQUILIBRIO EN SU ACCIÓN PROTECTORA
 - II. LA PRÓRROGA AUTOMÁTICA Y EL REGRESO AL PASADO
 - III. SISTEMAS DE CONTROL Y DE EVITACIÓN DE PROCESOS ENCADENADOS: ¿SUFICIENTES?, ¿EFECTIVOS?, ¿JUSTOS?
 - IV. LA INDEFENSIÓN PROVOCADA POR LOS MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES. POSIBLES CONTRADICCIONES TRAS LA REFORMA ACTUAL
 - V. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN. BUSCANDO EL EQUILIBRIO EN SU ACCIÓN PROTECTORA

En los últimos meses hemos asistido a la aprobación de varias normativas, con escaso lapso temporal entre sus fechas de publicación, que afectan a la incapacidad temporal. A inicios de este año se publicó el Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre¹, por el que se modifica el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, donde se regula la remisión telemática de los partes de baja entre los intervinientes en este tipo de procesos –facultativos, servicio público de salud, mutua o empresa colaboradora, Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS) y empresas–, evitando así “a la persona trabajadora, obligaciones burocráticas que, precisamente por estar en incapacidad temporal, pueden resultarle gravosas”. Le siguió la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo², a través de la cual se modifican los artículos 169, apartados 1 y 2, 172 y 173 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social³ –en lo sucesivo LGSS–, ampliando la protección de la incapacidad temporal, por contingencias comunes o profesionales, según el caso, a los supuestos de menstruación incapacitante secundaria de las mujeres, interrupción del embarazo, voluntaria o no, y gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésimo novena.

Estando estas dos primeras reformas legales circunscritas a aspectos procedimentales y nuevas situaciones especiales en la prestación, existía una cierta esperanza de que la siguiente –por Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones⁴–, en la que se centrará este trabajo, acometiera una reforma estructural de los males que desde antaño vienen afectando a la prestación, máxime cuando su

1. BOE de 5 de enero de 2023.
2. BOE de 1 de marzo de 2023.
3. BOE de 31 octubre de 2015.
4. BOE de 17 de marzo de 2023.

exposición de motivos fundamenta la modificación de los preceptos de la LGSS en la consecución de “un uso adecuado de la misma”. Desafortunadamente nos hemos encontrado con una tímida labor legislativa, fruto seguramente de la masificación de expedientes que, desde hace ya unos años, se viene produciendo en el ámbito de las entidades gestoras.

Y es que promover un “uso adecuado” de la incapacidad temporal tendría mucho sentido a la vista del incremento paulatino de procesos que venimos presenciando año tras año. Si omitimos el período afectado por la Covid-19, y el ejercicio inmediatamente anterior y posterior al mismo, en evitación de sesgos interpretativos, el número medio mensual de procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes (excepto los causados por trabajadores integrados en el régimen especial de trabajadores autónomos), iniciados en el INSS durante 2018, ascendía a 90.501, y los datos de los que disponemos correspondientes a 2022 arrojan un resultado, para las mismas variables, de 186.070⁵. Las cifras hablan por sí solas.

Siempre se ha hecho responsable de “estas importantes pérdidas presupuestarias, al uso fraudulento de los procesos de baja”, lo que la labor legislativa intenta contrarrestar, con las reformas previas a la actual, “endureciendo los procesos de incapacidad temporal”⁶, si bien con el inconveniente añadido de que “la dificultad de poder controlar de forma rápida y eficaz el estado de salud real del trabajador (formación oculta), es claramente el factor principal que lo sitúa en una posición ventajosa, a la hora de solicitar la declaración de la situación de incapacidad temporal”⁷.

Pero también existe la situación contraria: la de aquel grupo de trabajadores que, lejos de pretender perpetuar la situación incapacitante temporal, es decir, sin haber obtenido mejoría o curación de sus dolencias –a menudo, consecuencia del retraso de los procesos diagnósticos y terapéuticos en los servicios públicos de salud–, agotan los plazos legales de duración del subsidio, con posterior resolución denegatoria de incapacidad permanente. Se ven, así, obligados a reincorporarse a sus puestos de trabajo, con las restricciones impuestas legalmente para poder causar un nuevo proceso de baja, por la misma o similar patología, en los siguientes ciento ochenta días naturales desde que el alta anterior se hizo efectiva. Aun cuando la LGSS ha ido modificando los plazos máximos de duración de la prestación, o ha incorporado excepciones para intentar solventar estos problemas –cuestiones ambas que serán objeto de desarrollo en este artículo–, las situaciones injustificadas de desprotección son demasiado frecuentes en la práctica.

Casar estos dos casos (uso fraudulento de la prestación y falta de protección) y darles solución no es tarea fácil, y, desde luego, la actual reforma nada aporta al respecto. Los esfuerzos doctrinales –no tanto los legislativos– van en la línea de buscar

5. Subdirección General de Seguimiento Económico de la Seguridad Social; <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45/EST46> (/acceso: 11/04/2023).

6. López Insua, B. M.: “La incapacidad temporal desde una perspectiva crítica: ¿avance o retroceso en los procesos de despido, digitalización y género?”, *IUSLabor*, núm. 2, 2023, pp. 103 y 106.

7. Crespí Ferriol, M. M.: *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, Cinca, Madrid, 2023, p. 13.

un equilibrio en la balanza que permita contener el gasto, pero sin restringir los derechos del asegurado enfermo que, a menudo, se ve abocado a echar mano de impugnaciones, vacías de contenido o que siempre llegan tarde, por las razones que más tarde se expondrán.

La reforma del sistema debe acometerse desde sus cimientos, en la que –conviene decirlo desde ahora– los controles de la incapacidad temporal deben cumplir con la misión para la que fueron establecidos; y la Salud laboral, con los distintos órganos que la conforman, y en estrecha colaboración con los profesionales de múltiples disciplinas conexas, tienen mucho que decir.

II. LA PRÓRROGA AUTOMÁTICA Y EL REGRESO AL PASADO

Desde un punto de vista teórico –pero con clara incidencia práctica–, la incorporación normativa al artículo 170, 2º de la LGSS, supone un claro retroceso respecto a las reformas previas. Y es que, inmediatamente después de ampliar los supuestos de alta médica por agotamiento de trescientos sesenta y cinco días de incapacidad temporal, a expedir por la inspección médica del INSS –nuevo órgano de gestión que luego se analizará–, pues consigna por vez primera el de “mejoría que permita la reincorporación al trabajo” y la “propuesta de incapacidad permanente”, dispone lo siguiente: “La falta de alta médica, una vez agotado dicho plazo –el de los trescientos sesenta y cinco días–, supondrá que el trabajador se encuentra en la situación de prórroga de incapacidad temporal, a que se refiere el artículo 169.1.a), por presumirse que, dentro del período subsiguiente de ciento ochenta días, aquel puede ser dado de alta médica por curación o mejoría”.

Parece claro que la situación nueva deriva de una prórroga tácita o presunta que, sin entrar en el debate sobre si contraviene o no el tenor literal del previo artículo 169, 1 a), que no contempla esta figura de la prórroga automática y el término utilizado “se presume”, lo circunscribe a la curación, pero no a la mejoría, incorporada ahora *ex novo*, da un paso atrás respecto a la anterior redacción del precepto, que confería un papel protagonista a ese momento de los trescientos sesenta y cinco días de incapacidad temporal, en el que el INSS, a través de los Equipos de Valoración de Incapacidades (en adelante EVI), había de adoptar una de las tres siguientes decisiones: a) reconocer la prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más, b) iniciar de un expediente de incapacidad permanente, o c) emitir el alta médica por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS.

Y en la anterior previsión legal existía un elemento clave: la prórroga había de ser expresa. Se ponía fin, entonces, a unos años en los que la persona beneficiaria alcanzaba los quinientos cuarenta y cinco días de duración de la prestación, sin ni tan siquiera haber sido evaluada, en muchos casos, por el órgano de control correspondiente, dando así lugar a la incoación de expedientes de incapacidad permanente por agotamiento de plazo que, en la mayoría de las ocasiones, culminaban con resoluciones desestimatorias.

La prórroga de aquel entonces –como la que ahora, de nuevo, se regula– era tácita, y la modificación operada a través de la disposición adicional cuadragésimo octava de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006⁸, aparte de incluir el ya mencionado sistema de tres posibles resoluciones a los trescientos sesenta y cinco días, consignaba en el precepto dedicado a la extinción de la incapacidad temporal la lectura “plazo máximo, plazo de doce meses o, en su caso, hasta de dieciocho meses”, de donde parte de la doctrina llegaba a la conclusión de que, a partir de entonces, habría dos períodos máximos de duración para la prestación de incapacidad temporal (el de los doce y el de dieciocho meses, respectivamente)⁹.

¿Qué es, entonces, lo que ha originado este cambio de rumbo, retrotrayéndonos parcialmente a la situación anterior a 2005, lo que se traduce en que, quien se encuentre en incapacidad temporal verá prorrogada automáticamente su prestación, pudiendo llegar, si no existe control anterior y alta en sus distintas modalidades por parte de la inspección médica del INSS, hasta los quinientos cuarenta y cinco días de duración? Dicho de otro modo, ¿por qué se ha eliminado, de la redacción vigente, la declaración expresa de prórroga, y se ha incluido, en su lugar, una prórroga tácita –de aplicación, en la práctica, a la mayoría de los procesos–, previo SMS en los teléfonos móviles de los asegurados, en el que se indica “El INSS informa: su prestación de incapacidad temporal se ha prorrogado automáticamente”?

La respuesta, según fuentes internas del INSS, la encontramos en la masificación actual de expedientes en las entidades gestoras, lo que hacía inviable el control preceptivo de los procesos, al alcanzar sus trescientos sesenta y cinco días de duración, para resolver los expedientes en una de las tres direcciones señaladas. Ello parece concordar con las expresiones utilizadas en la exposición de motivos “simplifica y clarifica la gestión” o “gestión más eficaz y eficiente”. La jubilación simultánea de muchos funcionarios de la Administración de la Seguridad Social ha supuesto una acumulación de expedientes, lo que se ha hecho palpable en algunas direcciones provinciales del INSS, en las que no era inusual que la persona perceptora del subsidio alcanzara los quinientos cuarenta y cinco días de baja, sin haber sido citada aún por el EVI, ni al alcanzar esos trescientos sesenta y cinco días, ni durante la prórroga, que ya era presunta *de facto*.

De ser así, no parece, cuando menos lógico, legislar en el marco de una prestación para solventar un problema que no sería tal de haberse aumentado la plantilla de funcionarios. Y ello, con el agravante añadido de que se está prolongando la duración de los procesos, en contra de los criterios anteriores, que iban en la línea de reducir los tiempos de prestación, como cautela frente a personas que pretendían perpetuar el percibo del subsidio, sin existir una clara causa clínica que justificara dicho comportamiento.

Esta nueva figura de prórroga presunta va asociada, conforme se dispone en el artículo analizado, a la prolongación en el pago delegado de la prestación: hasta que

8. BOE de 30 de diciembre de 2005.

9. León Iglesias, J.: “Comentarios a las nuevas incorporaciones normativas a la Ley General de la Seguridad Social en materia de incapacidad temporal”, *Información Laboral: legislación y convenios colectivos*, núm. 17, 2006, pp. 5 y 6.

se notifique al interesado el alta médica por curación, mejoría o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos, hasta el último día del mes en que el INSS expida el alta médica con propuesta de incapacidad permanente, o hasta que se cumpla el período máximo de quinientos cuarenta y cinco días, finalizando en todo caso en esta fecha. Muestra inequívoca, nuevamente, de que lo que, en realidad, se pretende es alargar el período de incapacidad temporal, bajo una fórmula ficticia de prórroga automática. Resta por conocer cómo solventarán las empresas el problema de los complementos, en aquellos casos en los que se establece convencionalmente que se extinguirán a los trescientos sesenta y cinco días de prestación. Repárese, en este sentido, en que continuará la colaboración obligatoria de la empresa en el pago de la prestación, sin mediar declaración expresa de prórroga.

Y ahora viene a colación la otra parte de la balanza: la de quienes han agotado los plazos legales, no han alcanzado la sanación, ni siquiera la mejoría funcional, y tampoco acreditan el presupuesto legal del artículo 193.1º LGSS, atinente a que las lesiones han de ser previsiblemente definitivas –aún después de haber permanecido en situación de demora de la calificación–, para poder acceder a la prestación de incapacidad permanente. Se verán obligados a regresar al activo laboral, sin posibilidad de acceso a un nuevo proceso de baja, por la misma o similar patología, en los ciento ochenta días naturales siguientes al del dictado de la resolución denegatoria de incapacidad permanente ex artículo 174.3º LGSS, cuyo contenido sigue vigente. No será de aplicación esta limitación legal a la nueva situación especial de menstruación incapacitante secundaria¹⁰, cuya baja nunca se contemplará como recaída de procesos anteriores y, por ende, es de suponer que nunca se alcanzarán los quinientos cuarenta y cinco días de duración.

Cierto es que se mantiene en la LGSS la excepción prevista en el párrafo 3º del mismo artículo 174.3º, es decir, aquélla que indica que, aun tratándose de la misma o similar patología, habiendo agotado quinientos cuarenta y cinco días de prestación, y no transcurridos los ciento ochenta días naturales desde la denegación de la incapacidad permanente, podrá iniciarse un nuevo proceso de incapacidad, por una sola vez, cuando el INSS, a través de los EVI –en este caso sorprende que no asuma la competencia la inspección médica–, considere que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral. En la práctica, la gestora viene interpretando que el parte de baja lo ha de expedir el facultativo del servicio público de salud (o mutua/empresa colaboradora), y caben dos tipos de resoluciones: prestación económica como baja por una sola vez –lo que supondrá que la persona trabajadora pueda concatenar dos procesos de incapacidad temporal– o baja sin efectos económicos, situación ésta anómala, en la que relación laboral se mantendrá suspendida, pero el asegurado no percibirá el correlato económico de la prestación.

A lo largo del tiempo se ha intentado dar una respuesta jurídica a este problema: desde la extinta –a partir de la Ley 42/1994, de 27 de diciembre¹¹– invalidez provisional

10. Nueva redacción del artículo 169.2º LGSS.

11. BOE de 31 de diciembre de 1994.

(en la que se podía permanecer hasta cinco años, incluidos los dieciocho meses de la entonces incapacidad laboral transitoria), hasta la declaración de incapacidad permanente sujeta a revisión en plazo de seis meses –introducida, y más tarde suprimida, por la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006–, sin pasar por alto la actual baja por una sola vez.

La creciente demanda que pesa sobre los sistemas públicos de salud origina que ninguna de tales figuras legales –salvo la invalidez provisional, por su mayor duración, que no por sus controles deficitarios de los que fuimos protagonistas durante su vigencia– hayan evitado las indeseables situaciones de desprotección: las de aquellas personas incluidas en listas de espera que no llegan a materializarse en intervención quirúrgica hasta pasados varios años, o las de aquellos otros con síntomas que tardan mucho tiempo en diagnosticarse –a veces, como consecuencia de la irrupción paulatina de complejos y desconocidos síndromes– para poder plantear las opciones terapéuticas más oportunas. Y todo ello sometido a la capacidad decisoria por parte del INSS –a través de los EVI–, lo que desembocaba en un buen número de impugnaciones en la vía administrativa y judicial.

Nos encontramos, pues, con un retroceso en lo que a las políticas de evitación del fraude en materia de incapacidad temporal se refiere, a la vez de una falta de regulación de aquellas otras problemáticas prácticas. Ello a excepción de la fecha de extinción de los efectos económicos del subsidio, en los supuestos de inicio de oficio de expediente de incapacidad permanente, enlazado con la previa situación de incapacidad temporal, cuestión ésta conseguida a golpe de jurisprudencia.

En efecto, la redacción originaria del artículo 174.5º LGSS disponía que, cuando el alta médica se produjera por alta médica con propuesta de incapacidad permanente, por acuerdo del INSS de iniciación de expediente de incapacidad permanente –situación esta última inexistente a partir de esta reforma– o por el transcurso de quinientos cuarenta y cinco días de prestación, el trabajador estaría en situación de prolongación de efectos económicos de la incapacidad temporal, hasta que se califique la incapacidad permanente.

La tardanza en la notificación de la resolución denegatoria de la prestación permanente –a menudo, varias semanas–, dio lugar durante varios años a que la persona trabajadora no tuviera conocimiento del sentido de la citada resolución, hasta su notificación, pero los efectos económicos de la baja se extinguían al momento de dictarse aquélla. Esta situación se venía solventando retrotrayendo al día siguiente al de la resolución, las vacaciones generadas y coincidentes con el proceso de incapacidad temporal, siempre y cuando, en los supuestos de agotamiento del plazo de quinientos cuarenta y cinco días de baja, la empresa no hubiese ya finiquitado el período vacacional en aquel momento, en cuyo caso la persona trabajadora no percibiría subsidio ni salarios hasta el momento de la reincorporación laboral efectiva.

Las últimas resoluciones de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo –entre las más recientes, el auto de 18 de enero de 2023 (recurso 1966/2022)¹² y la sentencia de 6 de abril

12. EDJ 2023/512821.

de 2022 (recurso 1289/2021)¹³–, dejaban claro que el subsidio de incapacidad temporal debe subsistir hasta la notificación “porque sólo a partir de ese momento el trabajador debe reincorporarse a su puesto de trabajo y, por tanto, sólo entonces tendrá derecho a lucrar el correspondiente salario, de ahí que la mayor o menor demora en la notificación de la resolución administrativa en la que se declara el alta médica, no puede perjudicar al beneficiario de la prestación”. Y lo hacían por analogía con lo previsto para el trámite de disconformidad, regulado en el artículo 170.3º –antes 2º– LGSS, pues si el interesado no es notificado de la resolución por la que se acuerda el alta médica, difícilmente podría mostrar la referida disconformidad. Se razonaba, además, que el precepto establece la prórroga de la incapacidad temporal desde la fecha del alta médica y aquella otra en la que adquiere plenos efectos, lo mismo que atendía a su abono por la entidad gestora o mutua durante el tiempo transcurrido entre la resolución y su notificación.

Comoquiera que la nueva redacción del artículo 174.5º LGSS es clara en cuanto a que, en tales supuestos de inicio de oficio del expediente de incapacidad permanente, “el trabajador estará en la situación de prolongación de efectos económicos de la incapacidad temporal hasta que se notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente”, resulta evidente que el legislador se ha hecho eco de esta corriente jurisprudencial, incorporándola a la norma sustantiva. Lamentablemente, no ha hecho lo mismo con los principales males que, cada vez con mayor intensidad, vienen acuciando a la prestación.

III. SISTEMAS DE CONTROL Y DE EVITACIÓN DE PROCESOS ENCADENADOS: ¿SUFICIENTES?, ¿EFECTIVOS?, ¿JUSTOS?

Ninguna normativa puede apartarse de la realidad que pretende regular. Mucho menos en el ámbito de la disciplina del Derecho de la Seguridad Social, cuyas circunstancias están en continuo cambio, atendiendo a factores demográficos, presupuestarios, y en lo que atañe a la incapacidad temporal, también médicos y psicológicos –donde se clasificarían, además, los procesos psíquicos que mueven a una parte de los beneficiarios de la prestación, a querer perpetuarla, bajo una causa clínica, cuando menos discutible en cuanto a su incidencia incapacitante–.

Se ha demostrado¹⁴, así, que es el lumbago el diagnóstico específico inicial más frecuente que se asocia a los procesos de incapacidad temporal, y las neoplasias el de mayor duración media, siendo el grupo de trabajadores de los servicios, la restauración, la atención personal, la protección y los vendedores de comercio, el que acumula un mayor número de procesos de incapacidad temporal, una vez sobrepasados sus trescientos sesenta y cinco días de duración. Se ha apuntado¹⁵, igualmente, a que “las

13. EDJ 2022/538096.

14. Sánchez Galán, L.: “Datos epidemiológicos en incapacidad temporal en el Instituto Nacional de la Seguridad Social”, *Medicina y Seguridad del Trabajo*, vol. 62, núm. extra 1, 2016, p. 31.

15. Plana, P.; Pagés, C.; Pou, M. *et al*: “La incapacidad temporal: un instrumento para la vigilancia de la salud de los trabajadores”, *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, vol. 4, núm. 2, 2001, p. 62.

causas que motivan o agravan las situaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes, pueden tener una relación más o menos directa con las condiciones del trabajo de los trabajadores”, viéndose limitada la investigación al respecto por los servicios de prevención, por la falta de acceso al diagnóstico real de la baja. El papel activo de la Salud laboral –también desde la perspectiva de aminorar el absentismo desde la mejora del medio ambiente en el trabajo, algo en lo que, ni el legislador, ni los órganos administrativos, ni los agentes sociales, nunca han estado “realmente dispuestos a explorar”¹⁶–, resultaría imprescindible, en buena parte de las prestaciones del sistema público de Seguridad Social¹⁷, si bien con epicentro en la incapacidad temporal.

No resulta suficiente, por ende, intentar contener el gasto progresivo en procesos de incapacidad temporal sin atender a los anteriores factores generadores del mismo, a los que añadiríamos dos más: a) la distribución por sexo (en 2022, del número de procesos finalizados en el ejercicio, 650.748 fueron causados por hombres, frente a 1.460.039 iniciados por mujeres¹⁸), lo que podría deberse a la proliferación de diagnósticos con epidemiología mayoritaria en estas últimas (v.g. trastornos musculoesqueléticos del tipo fibromialgia, o autoinmunes como el lupus eritematoso sistémico), pero también a las modalidades profesionales o contractuales a las que principalmente se incorporan, lo que nuevamente exige de estudios multidisciplinares que sirvan de base a futuras reformas legales; y b) la instalación en la enfermedad de algunas personas, como vienen advirtiendo los clínicos, lo que convierte a un trabajador en irrecuperable laboralmente a partir de un tiempo determinado en el percibo del subsidio, y que ha originado, incluso, la exclusión de este tipo de pacientes de las investigaciones, por el sesgo que supondría en los resultados, su falta de voluntad para mejorar. De hecho, se produce, en la mayoría de estos casos, una clínica de miedo y angustia, llegado el momento del alta y consiguiente vuelta a trabajo, lo que requerirá de estudios pormenorizados por parte de la Psicología –sí–, pero también de la Salud laboral, partiendo de todos aquellos parámetros que podría proporcionar el empleador: ¿cuáles eran las condiciones de trabajo de estas personas?, ¿cómo se valoraba su rendimiento y calidad del servicio prestado?, ¿existía conflictividad con otros miembros de la organización?, y, por todos estos motivos, ¿podría valorarse una situación previa de insatisfacción laboral, generadora de su reticencia a la reincorporación laboral –sin entrar a cuestionar si el motivo patológico de la baja estaba más o menos justificado–?

En la nueva redacción que se confiere al artículo 170 LGSS, poco subyace de lo expuesto hasta aquí. Tan solo la sustitución de la intervención del INSS, a través de los EVI (en la expedición del alta médica, la declaración de la prórroga, el inicio de los expedientes de incapacidad permanente, todo ello una vez agotados los trescientos

16. Crespí Ferriol, M. M.: *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, ob. cit., p. 49.

17. León Iglesias, J.: “Luces y sombras en relación al futuro de las prestaciones: A propósito de la Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones”, *IUSLabor*, núm. 1, 2022, p. 322.

18. Subdirección General de Seguimiento Económico de la Seguridad Social: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45/EST46> (acceso: 11/04/2023).

sesenta y cinco días, o la expedición de una nueva baja por la misma o similar patología en los ciento ochenta días naturales posteriores al alta médica), por la competencia exclusiva, en todos estos supuestos, de la inspección médica del INSS, con las salvedades de que ya no declarará la prórroga –que pasa a ser tácita–, ni podrá, obviamente, emitir resolución de inicio de la prestación permanente, reconducida ahora a propuesta de incapacidad permanente.

Se aduce en la exposición de motivos que no se requiere de la intervención de los EVI, u órganos equivalentes en Cataluña, toda vez que “la necesidad de asistencia sanitaria e impedimento para trabajar, no implica para su comprobación, una cualificación técnico-jurídica que haga necesaria la participación de profesionales distintos al facultativo médico”, afirmación contradictoria con el segundo término del binomio (impedimento para trabajar), que no resulta de estricta técnica médica y sí jurídica. Dicho en otros términos, se quebranta el tradicional esquema que comprendía las dimensiones valoración médica y calificación jurídica.

Subyace aquí, de nuevo, el criterio de economía procedimental, evitando así las reuniones de la comisión y el dictado de resoluciones por parte de la gestora, si bien la modificación, sin pretenderlo, arroja un resultado positivo. Y es que venía advirtiéndose, no en pocas ocasiones, una diferencia de criterio entre el médico inspector que, a modo de ejemplo, proponía a la comisión el inicio de un expediente de incapacidad permanente, que, más tarde, el citado órgano colegiado resolvía como alta médica.

Falta por saber cómo se solventarán algunos problemas, como la redacción de los partes de alta por parte del médico inspector, en sustitución previsible de los tradicionales informes médicos de evaluación de incapacidad laboral que se elevaban a la comisión calificadora del EVI, en los que, en la práctica, se consignaban todos los diagnósticos que formaban parte del cuadro clínico de la persona beneficiaria, con la finalidad de evitar que ésta causara, en base a cualquiera de ellos, una nueva baja en incapacidad temporal, sin haber transcurrido los preceptivos ciento ochenta días entre ambos procesos. Criterio limitativo éste, con causa legal que se mantiene en la actual redacción normativa, conducente a que, al menos, exista un período de actividad laboral de ciento ochenta días entre dos procesos de baja en los que se comprueba la misma causa patológica. Ahora bien, su eficacia real resulta cuestionable, pues un alta causada voluntariamente por parte de la persona interesada, previamente a alcanzar los trescientos sesenta y cinco días de duración, implicará que, en el ámbito de una nueva baja en incapacidad temporal, el elemento comparativo a tener en cuenta será el del diagnóstico consignado en el parte inicial del primer proceso. No habría intervenido, en la mayoría de las ocasiones, el EVI –en la actualidad la inspección médica del INSS– y, por lo tanto, no constaría aún el reiterado informe médico de evaluación de incapacidad laboral, que recoge el completo cuadro clínico del beneficiario y que, por lo tanto, evitaría la alternancia de diagnósticos dentro del citado período legal. En consecuencia, una mera variación del motivo patológico en los dos procesos de baja obstará la consideración del segundo como recaída del primero, y esquivará la *voluntas legislatoris*, que no es otra que la de frenar la perpetuación –y abuso– en el percibo de la prestación.

Por lo demás, ninguna incorporación normativa se advierte, a salvo de la sucesión en la gestión por parte de la inspección médica del INSS, en el marco de la imprecisa redacción –como ocurría con su predecesora– del artículo 170.2º LGSS, atinente a que “será la única competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal producida, por la misma o similar patología, en los ciento ochenta días naturales posteriores a la citada alta médica”. Y es que la práctica habitual de la gestora era la de comparar el nuevo motivo de baja, con los previamente incluidos en el informe médico de evaluación de incapacidad laboral, procediendo a denegar la nueva baja en caso de coincidencia, pero sin evaluar la capacidad funcional y laboral de la persona interesada, aun cuando existiese identidad diagnóstica. Criterio éste que ha sido corregido por la Jurisprudencia en numerosas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y desde hace años (entre otras la de 6 de noviembre de 2019 –recurso 1363/2017–¹⁹, la de 8 de noviembre de 2011 –recurso 3140/2010–²⁰ o la de 8 de julio de 2009 –recurso 3536/2008–²¹), en la que hace crítica, en los supuestos allí enjuiciados, de la ausencia de justificación de la denegación, por parte del INSS, utilizando de manera exclusiva el no transcurso del plazo de ciento ochenta días. La decisión –se indica– “habrá de depender de otras razones, y muy singularmente de la incidencia de la patología sobre la capacidad de trabajo” –y las posibilidades de recuperarla–.

De cualquier forma, el control de la incapacidad temporal sigue siendo patrimonio exclusivo de la entidad gestora –ahora de su inspección médica– a partir de sus trescientos sesenta y cinco días de duración, si bien compartido con la inspección médica de los servicios públicos de salud, las mutuas y los facultativos de atención primaria hasta alcanzar dicho término temporal. Esto ha generado muchos recelos entre estos últimos intervinientes²², pues “la posibilidad de que los servicios médicos del INSS den altas de manera descoordinada con los médicos de cabecera, puede generar tensiones importantes y situación de clara injusticia y desprotección para el paciente”, responsabilizando del gasto en incapacidad temporal a las “demoras en los procesos diagnósticos y terapéuticos atribuidas al sistema sanitario, al usuario y a los factores socioeconómicos”. La realidad, sin embargo, de las inspecciones médicas de servicios sanitarios es la de su inactividad, pues, en los últimos años, apenas vienen emitiendo altas médicas ni propuestas de incapacidad permanente. Y no existen porque los asegurados, muy habitualmente, alcanzan el plazo de los trescientos sesenta y cinco días de incapacidad temporal, sin haber sido convocados por dicho organismo ni una sola vez.

Las mutuas a las que, además, a partir de ahora se les niega la posibilidad de recurrir al INSS en los supuestos de propuesta de alta desestimados por la inspección médica del servicio público de salud, ex artículo 82.4º.b) LGSS, han expresado, también,

19. EDJ 2019/744773.

20. EDJ 2011/287011.

21. EDJ 2009/217624.

22. Caldas Blanco, R.; Violán Fors, C.; García Fernández, J.J. *et al*: “Incapacidad temporal: mejoras en la gestión”, *Atención Primaria: publicación oficial de la Sociedad Española de Familia y Comunitaria*, vol. 25, núm. 2, 2000, p. 120.

su parecer al respecto. En el último informe de la AMAT de junio de 2022, referido al ejercicio 2021 y primer cuatrimestre de 2022²³, se hacen eco del aumento de las bajas laborales de origen común, de lo que responsabilizan al resto de organismos, incluido al INSS, reclamando el aumento de competencias en la materia, que incluiría la asunción –compartida, se sobreentiende–, de las competencias exclusivas de esta última entidad gestora en el control de las bajas de más de trescientos sesenta y cinco días.

Por todo ello, se caerá en la cuenta de que los sistemas de control de la prestación son suficientes, por sus múltiples intervinientes, pero también inefectivos, tanto por la pasividad que han adoptado las inspecciones médicas del servicio público de salud, como por la falta de efectivos en las direcciones provinciales del INSS, lo que se cubre con una modificación legislativa previsiblemente dirigida a retardar el momento de los reconocimientos, que, a la postre, implica aumentar los períodos en los que las personas beneficiarias permanecen en incapacidad temporal (un contrasentido). A ello se une el hecho de que las resoluciones de la gestora para el reconocimiento de nuevas bajas –a partir de ahora competencia de las inspecciones médicas–, sin haber transcurrido ciento ochenta días desde el último alta médica, y basadas en el cómputo de dicho plazo, a la vez que en la mera comparación de diagnósticos (es decir, carentes de motivación), pueden generar y, de hecho, producen desprotección, en determinados casos.

IV. LA INDEFENSIÓN PROVOCADA POR LOS MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES. POSIBLES CONTRADICCIONES TRAS LA REFORMA ACTUAL

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social²⁴ –en adelante LRJS–, cuenta con dos incorporaciones normativas respecto a su Ley adjetiva predecesora, sobre reclamaciones en la vía administrativa en materia de Seguridad Social. Así las cosas, su artículo 71.1º dispone que se exceptúan del trámite de reclamación previa a la vía jurisdiccional social “los procedimientos de impugnación de las resoluciones administrativas expresas en las que se acuerda el alta médica emitidas por los órganos competentes de las entidades gestoras de la Seguridad Social al agotarse el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días de la prestación de incapacidad temporal”. Se está refiriendo al trámite de disconformidad contra las altas médicas, regulado ahora en el artículo 170.3º LRJS, que agotará la vía administrativa previa, a los efectos de formalizar la posterior acción judicial. Por su parte, el tenor del párrafo 2º de su artículo 71.2º es como sigue: “En los procedimientos de impugnación de altas médicas no exentos de reclamación previa, según el apartado 1 de este artículo, la reclamación previa se interpondrá en el plazo de once días desde la notificación de la resolución”.

23. Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT): “El absentismo laboral derivado de la incapacidad temporal por contingencias comunes (ITCC)”, 2022, p. 35; disponible en <https://www.amat.es/wp-content/uploads/2022/09/2022-06-27-Informe-AMAT-ABSENTISMO-ITCC-2021-Avance-1CT-2022.pdf> (acceso: 17/08/2023).

24. BOE de 11 de octubre de 2011.

La pregunta es la siguiente: ¿debió suprimirse en esta reforma de la LGSS el mecanismo impugnatorio de la disconformidad y, en consecuencia, derogarse la referencia a esta figura en el artículo 71.1º LRJS?

Hace ya algunos años que se cuestionaba²⁵ la conveniencia de extender esta fórmula de la disconformidad a las altas producidas durante los primeros trescientos sesenta y cinco días, pues “estamos ante un mecanismo dirigido a facilitar que el competente para dictar el alta pueda replantearse la misma, dando lugar así a una segunda oportunidad”. Cuestión ésta que no se contempla en el actual texto a estudio.

Pues bien, el Real Decreto-Ley que nos ocupa, por una parte, indica para la nueva redacción del artículo 170.3º LGSS, que la disconformidad se limitará a los supuestos de “alta médica por curación, por mejoría o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos emitida por la inspección médica del Instituto Nacional de la Seguridad Social, una vez agotado el plazo de duración de los trescientos sesenta y cinco días”. Por otra parte, el apartado 2º del mismo artículo utiliza la misma formulación temporal a la hora de atribuir la competencia de emisión del alta médica a la inspección médica del INSS (“agotado el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días indicado en el en el apartado anterior”), y, finalmente, la exposición de motivos incluye la siguiente lectura: “Si no hubiera prórroga, se mantiene como hasta el momento el procedimiento de disconformidad, cuando el alta médica por curación, mejoría e incomparecencia al reconocimiento médico se emite al agotarse los trescientos sesenta y cinco días”.

Estas previsiones legales generan confusión en la doctrina. Así, en un artículo reciente²⁶ se sostiene que la disconformidad se mantiene sólo “en los casos en los que no proceda prórroga o cuando se produzca el alta médica antes de los trescientos sesenta y cinco días”. Discrepamos respetuosamente de la segunda de las afirmaciones, a la vista del contenido de los anteriores preceptos y de la exposición de motivos (agotado el plazo y, por tanto, no antes de ese momento).

Centrado en estos términos el debate, y volviendo a la pregunta que se ha lanzado, la práctica administrativa tras la reforma es la de la prórroga automática de prácticamente todos los supuestos (la reforma legal parece ir enfocada a este objetivo), por lo que, de existir altas al momento de agotar los trescientos sesenta y cinco días, estas serían la excepción, y, en modo alguno, justificarían un mecanismo impugnatorio específico del tipo al analizado, que se diseñó cuando los reiterados trescientos sesenta y cinco días se erigían en momento decisivo para valorar la continuación o no del beneficiario en situación de baja. En consecuencia, desde este punto de vista, se debería suprimir la disconformidad por innecesaria, procediéndose, igualmente, a la derogación normativa de referencia de la LRJS.

25. Gorelli Hernández, J.: “Remedios frente al alta indebida del trabajador en la prestación de incapacidad temporal”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 13, 2017, p. 83.

26. López Insua, B. M.: “La incapacidad temporal desde una perspectiva crítica: ¿avance o retroceso en los procesos de despido, digitalización y género?”, ob. cit. p. 126.

Por su parte, venimos advirtiendo durante los escasos meses de vigencia de la reforma que, contra las altas médicas que se están emitiendo por los médicos inspectores del INSS dentro de las prórrogas automáticas, se está confiriendo a los interesados el trámite de reclamación previa en once días, no el de disconformidad. Esta actuación es acorde con el contenido parcial de los artículos invocados –sí–, pero no con su totalidad, pues la fórmula temporal que se sigue utilizando a pesar de la introducción de la prórroga tácita “agotado el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días”, en detrimento de otras del tipo “en el momento de agotarse el plazo”, podría interpretarse en el sentido de que la citada disconformidad mantendría su eficacia más allá de dicho término. Ello unido al hecho de que, durante la prórroga automática y hasta los quinientos cuarenta y cinco días, podrá también el médico inspector, naturalmente, emitir al alta médica en sus distintas modalidades, arroja, al menos, la duda de si lo que aquí procedería (durante las altas emitidas dentro de la prórroga presunta), no sería la disconformidad. De no ser así, como parece ser el criterio de la Administración, se reitera la conveniencia de su supresión por innecesaria –aplicable a muy pocos casos–, a la vez de reiterativa –su cometido lo asumiría la reclamación previa en once días–.

De cualquier forma, el trámite de disconformidad siempre tuvo una eficacia evitativa de la acción judicial muy similar al de la reclamación previa, pues, aun cuando se diferencia de esta última en que interviene, también, un órgano ajeno al INSS –la inspección médica del servicio público de salud–, por su competencia para el control de la baja durante sus primeros trescientos sesenta y cinco días, lo cierto es que, aunque ésta discrepara del criterio de aquél –ahora su inspección médica–, su criterio no tiene por qué ser acogido por el órgano de la entidad gestora, al tratarse de un trámite meramente consultivo. La única ventaja que adquiere respecto a la reclamación previa es que mantiene, a diferencia de ésta, la suspensión de la relación laboral, si bien en los cortos plazos legales establecidos, hasta la adopción de la resolución definitiva.

Viéndose, por lo tanto, las personas beneficiarias, abocadas a entablar la vía jurisdiccional social, la LRJS (art. 140.3º) también regula el proceso judicial de impugnación de altas médicas, sobre el que dispone que será urgente y se le dará tramitación preferente (porque no implica que se mantenga la suspensión del contrato de trabajo²⁷). El acto de la vista se señalará, por ende, en los cinco días siguientes a la admisión de la demanda, y la sentencia se dictará en término de tres días.

Comoquiera que dichos plazos no se cumplen en la práctica, a la vista del cúmulo de asuntos que penden sobre los órganos judiciales, nos encontramos con dos consecuencias. La primera, que no es inhabitual que el señalamiento a juicio se produzca más allá de los ciento ochenta días desde que se emitió el alta médica impugnada, por lo que la acción judicial carecería de sentido, habida cuenta de que el asegurado podría causar ya, si se dan las circunstancias patológicas, un nuevo proceso de incapacidad temporal, aunque se trate de la misma o similar patología. Y la segunda, en

27. Gorelli Hernández, J.: “Remedios frente al alta indebida del trabajador en la prestación de incapacidad temporal”, ob. cit., p. 71.

plena coincidencia con lo que concluyen otros trabajos²⁸, que, si se trata de una persona que no se ha recuperado durante el primer proceso de baja, y se le ha negado administrativamente una nueva baja por la restricción legal de los ciento ochenta días entre bajas, se habrá visto obligada a reincorporarse a su puesto de trabajo ante la demora en su señalamiento a juicio (a salvo de que opte por otras opciones como la excedencia).

En definitiva, se produce una indefensión para el trabajador, tanto por la escasa eficacia modificadora del alta que tienen los mecanismos de recurso de la vía administrativa (con el inconveniente añadido de la duda actual sobre cuál ha de ser la fórmula impugnatoria a utilizar), como por la incorporación forzada al trabajo, aun cuando no disponga de las facultades físicas o psicológicas para ello. La inspección médica del INSS –una sola persona– se erige en juez y parte para decidir la capacidad laboral del asegurado al momento del alta, pues es conocedora de que una eventual sentencia estimatoria de la pretensión no evitará su reincorporación al trabajo, habida cuenta de que la resolución judicial previsiblemente se dictará en un momento en el que se puede causar ya un nuevo proceso de incapacidad temporal. Y ello sin perjuicio de que el cuerpo de médicos inspectores carece de los criterios técnicos –los laborales– de su antecesor competencial, es decir el EVI, en cuya composición, conforme a lo previsto en el artículo 2º del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio²⁹, figura, entre otros, un inspector de trabajo y Seguridad Social.

V. CONCLUSIONES

El incremento paulatino y desproporcionado en el número de procesos de incapacidad temporal, especialmente de aquéllos que traen causa en la contingencia de enfermedad común, no es más que el resultado de distintos factores, que, hasta la fecha, parece haber obviado el legislador, también en la última reforma de la prestación que acaba de acometer.

La reforma estructural que urge para la prestación exige de la previa investigación multidisciplinar de todos esos factores: demográficos, laborales, contractuales, preventivos, médicos, psicológicos, y también de género, a la vista de que las mujeres causan más bajas médicas que los hombres, a todo lo cual, y hasta la fecha, parece haber dado la espalda el legislador, los órganos administrativos y los agentes sociales, a salvo de meras declaraciones de buenas intenciones, carentes de eficacia real.

Y siempre intentando buscar el equilibrio entre frenar al colectivo de beneficiarios que pretenden abusar del sistema –aquí, el análisis de las previas condiciones de trabajo o de los procesos psicológicos tiene mucho que aportar–, y proteger a quienes no recobran su salud durante los plazos legales de prestación, por razones ajenas a su voluntad y que tienen que ver, en la mayoría de las ocasiones, con unos sistemas

28. Lafuente Suárez, J. L.: "Las competencias de emisión de bajas y altas en la incapacidad temporal. Su revisión judicial", *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 21, 2019, p. 48.

29. BOE de 19 de agosto de 1995.

de salud colapsados por la demanda asistencial. Quizá en el ámbito de este último grupo de asegurados podría plantearse la introducción de una figura similar a la de la antigua invalidez provisional, pero siempre y cuando los controles para el pase a dicha situación, y dentro de la misma, sean de todo punto rigurosos. Es decir, lo contrario a como se gestionó mientras estuvo vigente.

En definitiva, se trataría de evitar el fraude, pero proporcionando la protección debida a los incapacitados temporales, en atención a sus específicas situaciones clínicas y laborales.

Eso exige un mayor esfuerzo legislativo –sí–, pero legislar a golpe de necesidad del presente –como parece ocurrir con la actual reforma de marzo de 2023–, solo conduce a posponer los verdaderos problemas.

Los controles de la prestación están ya. No se precisan más. Pero deben cumplir con su función, evitando los recelos competenciales entre Administraciones –que, en algunas de ellas, han conducido al abandono de sus tareas– e incorporando al personal preciso para poderlos ejecutar.

Las trabas legales para evitar que la prestación temporal se convierta en “temporalidad indefinida”, también figuran desde hace años en nuestra LGSS, si bien hay quienes han encontrado las artimañas necesarias para esquivarlas.

Y, finalmente, los recursos impugnatorios no cumplen con la función garantista para la que fueron establecidos. Ni la disconformidad en cuatro días naturales, que cuenta con la misma eficacia que la reclamación previa, en cuanto a la improbable reconsideración del criterio inicial de alta médica, para evitar la última ratio judicial –y cuya permanencia dentro del actual sistema, después de la reforma operada, resulta, al menos, cuestionable– ni los procedimientos judiciales específicos, que se diseñaron como sumarios, y que se asemejan, cada vez más, al resto, por la demora que soporta la justicia.

Distintas voces abogan *de lege ferenda* por cambiar el actual sistema de reclamación administrativa, por otro de mediación, en el que asegurado y Administración estén en disposición de transigir, con la intervención de un profesional conciliador y varios técnicos independientes –sanitarios y laborales–, en aras a conseguir un acuerdo, no solo respecto a las previas altas médicas, sino que, también, en cuanto a los nuevos procesos de baja que pudieran precisarse en los siguientes ciento ochenta días posteriores a aquéllas. Su utilidad sería, igualmente, extrapolable a otras prestaciones, en especial a la incapacidad permanente.

Y en el medio de este caos, el legislador nos propone una prórroga tácita o presunta de la prestación, que desnaturaliza el momento esencial de los trescientos sesenta y cinco días –en el que, en la práctica, pocos van a ser convocados–, el cual, hasta ahora, y en un porcentaje abrumador de los casos, culminaba con la declaración de alta médica, enmendando así la inexistencia de controles en los estadios previos. Ésta es la realidad que hemos presenciado hasta la fecha, al menos en el ámbito de la enfermedad común: personas que no habían sido citadas a reconocimiento médico de control hasta los trescientos sesenta y cinco días, a salvo de su personación para retirar los partes de confirmación de la baja.

También la nueva atribución competencial de los médicos inspectores del INSS conlleva un retroceso respecto a la anterior toma de decisiones por un órgano colegiado, que aunaba el criterio médico y el jurídico-laboral. Y ello a salvo de que ahora se evitarán las contradicciones que, en no pocas ocasiones, se advertían entre las conclusiones del informe médico de evaluación de incapacidad laboral, confeccionado por el médico inspector, y la propuesta de calificación del supuesto por parte del EVI.

Lo preocupante de la situación exige ponerse a trabajar de manera inminente. En primer lugar, indagando en los aspectos que, los escasos estudios llevados a cabo hasta el momento desde distintas disciplinas, identifican como posibles causantes de un deficiente funcionamiento de la incapacidad temporal, cuyo exceso presupuestario es sólo la consecuencia y no su origen. Y, a partir de ahí, aportando la legislación coherente y duradera que merece esta vertiente tan importante de la acción protectora de la Seguridad Social.

Bibliografía

- Caldas Blanco, R.; Violán Fors, C.; García Fernández, J.J. *et al*: "Incapacidad temporal: mejoras en la gestión", *Atención Primaria: publicación oficial de la Sociedad Española de Familia y Comunitaria*, vol. 25, núm. 2, 2000, pp. 116-120, DOI: [10.1016/s0212-6567\(00\)78474-5](https://doi.org/10.1016/s0212-6567(00)78474-5).
- Crespí Ferriol, M. M.: *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, Cinca, Madrid, 2023.
- Gorelli Hernández, J.: "Remedios frente al alta indebida del trabajador en la prestación de incapacidad temporal", *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 13, 2017, pp. 63-83.
- Lafuente Suárez, J. L.: "Las competencias de emisión de bajas y altas en la incapacidad temporal. Su revisión judicial", *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 21, 2019, pp. 25-48.
- León Iglesias, J.: "Comentarios a las nuevas incorporaciones normativas a la Ley General de la Seguridad Social en materia de incapacidad temporal", *Información Laboral, legislación y convenios colectivos*, núm. 17, 2006, pp. 2-10.
- León Iglesias, J.: "Luces y sombras en relación al futuro de las prestaciones: A propósito de la Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones", *IUSLabor*, núm. 1, 2022, pp. 297-324, DOI: <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2022.i01.10>.
- López Insua, B. M.: "La incapacidad temporal desde una perspectiva crítica: ¿avance o retroceso en los procesos de despido, digitalización y género?", *IUSLabor*, núm. 2, 2023, DOI: [10.31009/IUSLabor.2023.i02.04](https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2023.i02.04).
- Plana, P.; Pagés, C.; Pou, M. *et al*: "La incapacidad temporal: un instrumento para la vigilancia de la salud de los trabajadores", *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, vol. 4, núm. 2, 2001, pp. 61-66.
- Sánchez Galán, L.: "Datos epidemiológicos en incapacidad temporal en el Instituto Nacional de la Seguridad Social", *Medicina y Seguridad del Trabajo*, vol. 62, núm. extra 1, 2016, pp. 31-34.



A propósito de la invalidez permanente: una reforma *legal ad calendas graecas*

ON PERMANENT DISABILITY: A LEGAL REFORM *AD CALENDAS GRAECAS*

Francisco Carmona Pozas

Magistrado emérito (j)

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Social

f.carmonapozas@yahoo.es  0009-0005-0174-6407

Recibido: 16.10.2023 Aceptado: 29.11.2023

RESUMEN

Se analiza el prioritario desarrollo reglamentario del artículo 194.3 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, pendiente desde el año de 1997, cuando su tenor constituye la base y fundamentación del proceso de incapacidad permanente al establecer las claves de su futura ordenación. El proceso de calificación de la capacidad laboral implica otros varios e importantes efectos en el marco de las relaciones laborales.

ABSTRACT

The priority regulatory development of article 194.3 of the current General Law on Social Security, pending since 1997, is analysed, when its wording constitutes the basis and foundation of the process of permanent incapacity by establishing the keys to its future organisation. The process of qualifying for work capacity has several other important effects within the framework of labour relations.

PALABRAS CLAVE

Proceso de incapacidad temporal
Profesión habitual
Grupo profesional
Período de prueba
Secuelas
Valoración

KEYWORDS

Process of temporary incapacity
Usual occupation
Occupational group
Probationary period
Sequelae
Assessment

SUMARIO

- I. TEMA PLANTEADO
 - II. COMENTARIO
 - III. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL SUPUESTO
 - IV. PROBLEMÁTICA E INTERROGANTES DE SU REGULACIÓN
 - A. Sobre la equivalencia del concepto “profesión habitual”
 - B. Su proyección en la esfera de la seguridad social
 - V. FACTORES DETERMINANTES DE LA CALIFICACIÓN INVALIDANTE
 - VI. ASPECTOS DE SU DESARROLLO REGLAMENTARIO
- Bibliografía

I. TEMA PLANTEADO¹

La invalidez permanente, hoy incapacidad, desde su concepción histórica se ha configurado como una cobertura social de especial arraigo y trascendencia, motivado esencialmente por cuanto supone la protección de una alteración de la capacidad laboral del ser humano, surgida en el campo de las relaciones laborales. Limita la vertebración de la capacidad laboral originaria, ocasionando, cuando menos, una disfunción en el desenvolvimiento de la persona, más allá de su protección en la esfera de la Seguridad Social, campo extraordinariamente importante pero ajeno a nuestro propósito.

Este estudio, en parte especulativo dadas las circunstancias, pretende informar sobre la pasividad en el desarrollo de la norma paralizada (art. 194.3 LGSS), norma que condiciona e impide actualizar numerosos aspectos de su dimensión actual, pese a su importancia.

II. COMENTARIO

El accidente de trabajo, germen histórico del tratamiento de la incapacidad laboral, desde la Ley de 1900 y el desarrollo industrial de la época, ha experimentado una evolución extraordinaria. Su asimilación con la enfermedad profesional y la progresiva expansión del concepto, asociando elementos o factores de base contractual laboral, como refleja el artículo 156 de la Ley General de la Seguridad Social, junto a la dinámica y proliferación de la nomenclatura y terminología aplicada a las fragmentadas relaciones laborales, en particular contenidas en el artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores, norma redactada por la Ley 3/2012 de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, bajo el título de Sistema de clasificación profesional. Fenecida la “profesión habitual”, aparece legalmente sustituida por la expresión “grupo profesional”, definido por “agrupar unitariamente las aptitudes, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador”. La indeterminación

1. El tema se cierra exclusivamente en la anomia que ocasiona la falta de desarrollo reglamentario del apartado 3 del artículo 194 de la vigente LGSS, cuestión sólo tratada muy tangencialmente, como referimos en el presente trabajo.

del concepto, se clarifica, en parte al menos, por cuanto que “entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente alguna de ellas”. La disposición adicional novena de aquella Ley, al respecto establecía: “(...) en el plazo de un año los convenios colectivos en vigor deberán adaptar su sistema de clasificación profesional al nuevo marco jurídico previsto en el artículo 22 ET, en la redacción dada por esta Ley”. Así las cosas, consideramos que el período de prueba constituirá un elemento de nivelación decisivo y particularmente delicado.

Este nuevo marco está igualmente afectado por la aparición de una diferente concepción y organización del trabajo, donde la tecnología y la digitalización hoy configuran diferentes sistemas de producción o generan otras formas de ejecución del trabajo (resultan ya clásicas, las empresas de trabajo temporal, el trabajo a distancia, la subcontratación de obras y servicios (fenómeno de descentralización productiva), cesión de trabajadores, o la aparición, en aspectos conexos, de nuevos medios de transportes de uso personal), fenómenos que, a veces, dificultan la identificación del sujeto empleador a todos los efectos derivados y, en ocasiones, la calificación, inclusive, del accidente como laboral.

En la esfera de la Seguridad Social la regulación de la invalidez permanente ha permanecido sustancialmente invariable desde su ordenación en 1966, Decreto 907/1966 de 21 de abril. Contrasta con la evolución de las relaciones laborales, la identificación de una actividad y el concepto laboralizado de su tipificación en el campo contractual conforme al convenio colectivo, patente la desaparición de la expresión “profesión habitual”, sustituida por términos o conceptos diferentes y casuísticos, propios e identificativos de cada actividad, función o tarea laboral, reunidos bajo la denominación, no claramente definida de “grupo profesional”. Desde luego los convenios colectivos han despejado numerosas incertidumbres y controversias del tema, sin resolver definitivamente una homologación inequívoca, en sustitución de la histórica expresión de “profesión habitual”.

Su particular importancia radica en los efectos múltiples de la adecuación del término laboral profesional en el proceso de incapacidad permanente, partiendo de la polivalencia que implica la idea de grupo profesional, con afectación compleja en la propia calificación invalidante, indeterminable la actividad desplegada dentro de aquel confuso concepto. El proceso calificador, su causa, cobertura, tratamiento, rehabilitación o reeducación laboral, prestaciones e indemnizaciones y sujetos responsables, configuran el núcleo central de la cuestión, con una proyección impredecible en diversos campos legales afines, conflicto causado básicamente por la falta de concreción nominativa de la actividad desarrollada por el trabajador interesado, formalmente integrada en el grupo profesional conforme al convenio colectivo de aplicación.

La problemática surgida en el proceso de calificación de la capacidad laboral, en principio, parecía despejar numerosas incógnitas de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, expectante la nueva redacción del artículo 137.3 LGSS de 1994, que atisbaba valorar la capacidad de

trabajo del sujeto interesado, considerando: “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 del régimen de incompatibilidades de los mismos, será objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe el Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social”. Sin embargo, los plazos concedidos para su desarrollo, el segundo durante todo el año 1999, se agotarían sin justificación alguna.

El silente tiempo transcurrido y las complicaciones derivadas de esta anomia, entendemos, justifica el estudio que se practica.

III. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL SUPUESTO

Resulta particularmente importante, como premisa fundamental, dadas las novedades que introdujo en la materia, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social (BOE de 16 de julio y vigencia con efectos del día 5 de agosto de 1997). En la extensa exposición de motivos, se argumentaba en función de los “Pactos de Toledo” (6 de abril de 1995), documento aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados.

Llama la atención que en este acuerdo parlamentario “se expresa la conveniencia de que los acuerdos políticos sobre estas materias contarán con el mayor respaldo social, es por ello que una de las primeras medidas adoptadas por el Gobierno de la Nación en el marco del diálogo social que preside su actuación y que fue significativo compromiso del Presidente del Gobierno en el debate de investidura, consistió en convocar a los agentes sociales y económicos en torno a una mesa que partiendo de las recomendaciones contenidas en el «Pacto de Toledo», analizará las necesidades más apremiantes de reforma de la Seguridad Social, estableciendo los criterios de su aplicación y, de esta forma, asentar los principios básicos que sirvieran de soporte a la Seguridad Social del siglo XXI”. Continuaba, debatiéndose diferentes temas, los retos pendientes de abordar, con particular interés sobre la Seguridad Social, tema que derivó en el Acuerdo de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social firmado por el Gobierno y las organizaciones sindicales intervinientes, atendiendo a las posibles reformas estructurales de la Seguridad Social y procesos derivados a garantizar prestaciones sociales sanitarias, arbitrándose a tal fin las medidas legislativas necesarias.

El proyecto se reforzaría a través del establecimiento de una Comisión Permanente con funciones de control y seguimiento de la evolución del Sistema de la Seguridad Social y el apoyo del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, “con la finalidad de que por el Gobierno se informe periódicamente sobre las principales magnitudes del sistema y pueda formular las propuestas e iniciativas normativas que procedan para adecuar el sistema de la Seguridad Social a la realidad socioeconómica, a través de este órgano de participación y control de los agentes sociales”.

Los principios inspiradores de las medidas diseñadas y el obligado equilibrio financiero del Sistema, conducirían, como se argumentaba, “a la consolidación y racionalización

del sistema de Seguridad Social”, destacando el texto de la medida 4ª, que, en su apartado final, expresamente refería, el “[e]stablecimiento de una mayor seguridad jurídica en la determinación de la pensión de invalidez. A tal fin se prevé la elaboración de un listado de enfermedades, y de su valoración a los efectos de la reducción de 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”.

Además, la citada Ley 24/1997 de 15 de julio, introdujo en este campo novedades de especial trascendencia, en particular la nueva redacción del artículo 137 del texto articulado de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, con el siguiente contenido:

1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente, en los siguientes grados:
 - Incapacidad permanente parcial.
 - Incapacidad permanente total.
 - Incapacidad permanente absoluta.
 - Gran invalidez.
2. La clasificación 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 los efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla 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, será objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social”.

Se añade, en el texto refundido de la citada Ley General de la Seguridad Social de 1994, una nueva disposición transitoria “la quinta bis” con el siguiente contenido: “Lo dispuesto en el artículo 137 de esta Ley únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias, a que se refiere el apartado 3 del mencionado artículo 137, que deberá dictarse en el plazo máximo de un año, entre tanto se seguirá aplicando la legislación anterior”. Debe advertirse que la disposición adicional trigésima novena de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, amplió el plazo hasta el día 31 de diciembre de 1999, con la siguiente redacción: “Disposición adicional trigésima novena. Ampliación del plazo previsto en la disposición transitoria quinta bis de la Ley General de la Seguridad Social.

Del mismo modo, se sustituiría la expresión invalidez permanente por incapacidad y la “profesión habitual” por la “profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada”.

Con estos antecedentes, el día 30 de octubre de 2014, el Boletín Oficial del Estado publicaba la Ley 20/2014 por la que se delega en el Gobierno dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecidos en el artículo 82 y siguientes CE. El artículo uno, refiriendo la autorización para la refundición de textos legales, disponía: “Se autoriza al Gobierno para aprobar, en el plazo de doce meses a partir de la entrada en vigor de esta ley, sendos textos refundidos en los que se integren, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, las leyes y las demás normas que se enumeraban a continuación...”

El apartado c) del citado artículo literalmente refería: Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Asimismo, se incluirán en el texto refundido a que se refiere esta letra, deliberadamente regularizadas, aclaradas y sistematizadas, las diferentes disposiciones conexas que se relacionaban.

Tal delegación se sustanció por el Gobierno mediante la publicación del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que aprobaría el nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Como novedades, referir que el tenor del artículo 137, pasaría al nuevo texto como artículo 194 y la disposición transitoria vigésima sexta, referida a la incapacidad permanente, disponía: “Uno. Lo dispuesto en el artículo 194 de esta Ley será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 del mencionado artículo 194. Hasta que no se desarrolle reglamentariamente dicho artículo será de aplicación la redacción precedente contenida en el artículo 137 del texto de 1994”, literalmente transcrita. No hay constancia de ningún desarrollo reglamentario.

IV. PROBLEMÁTICA E INTERROGANTES DE SU REGULACIÓN

A. Sobre la equivalencia del concepto “profesión habitual”

El examen de la capacidad laboral precisa necesariamente un antecedente de la misma naturaleza profesional que permita su valoración diferencial. La remoción de la expresión “profesión habitual” en la materia, ocasiona un grave vacío de interpretación, cubierta en parte principal por el artículo 22 ET bajo la expresión “grupo profesional” y su dilatado desarrollo convencional, con una ordenación extensa y complicada que no elude solventar numerosas incidencias de su aplicación, y hace difícil fijar una actividad laboral concreta, subsumible en el catálogo laboral/profesional de la empresa conforme al precepto estatutario mencionado, base de una posible calificación en la esfera de la Seguridad Social.

Un breve análisis de los convenios colectivos examinados, con especial investigación o detenimiento en la articulación laboral ocupacional en la designación de los puestos de trabajo, revela una limitada diversidad inicial debida, fundamentalmente,

a la estructura y función de su anterior organización y sistemas de clasificación profesional. En ocasiones, se configuran diferentes niveles ocupacionales, sin que conste una asignación funcional concreta, solo pautas orientativas y detallada ejecución con responsabilidades, según el grupo. Algún convenio acordaría que el contenido funcional de los grupos profesionales tendría una duración de 10 años, a contar desde su publicación en el BOE.

En determinados supuestos, aún de forma diferenciada, se alude al contenido funcional del grupo, pero advirtiendo que, igualmente “se desarrollarán las tareas suplementarias y/o auxiliares que integran el proceso completo del cual forman parte”, reiterando que las referencias funcionales de cada grupo profesional son “a modo meramente enunciativo y no limitativo”. Otros, motivados por la variedad de su ámbito funcional y antecedentes organizativos, configuran los grupos profesionales a partir de sus “divisiones orgánicas”, refiriendo y precisando los criterios generales de su funcionamiento de forma minuciosa y con expresa referencia a funciones o tareas afines, en ocasiones, señalando ejemplos de integración funcional en determinado grupo profesional. Incluso previendo la adecuación de la vigente clasificación profesional a futuras modificaciones producidas como consecuencia de la evolución tecnológica y la organización del trabajo. O se particulariza, junto a otras singularidades, la definición del grupo profesional como la “agrupación de las tareas o funciones de igual perfil profesional y similar contenido”, definiendo, del mismo modo, lo que deba entenderse por “aptitudes profesionales”, “titulaciones” y “contenido general de la prestación”. Se fijan los grupos profesionales y las funciones asignadas a cada uno de ellos, especificando sus respectivas “ocupaciones”.

El término “ocupación” actúa como centro operativo de la estructura funcional de la empresa, dotado de un contenido “básico” y opcionalmente otras funciones, inclusive de diferentes grupos profesionales; o, según las necesidades, actividades propias de la polivalencia funcional, precisando además que “la definición de las funciones básicas y de las polifunciones o funciones asociadas es facultad de la Dirección”. Más recientemente, los convenios colectivos revelan una regulación más minuciosa, distinguiendo grupos profesionales (cinco) integradas a su vez por categorías (nueve o diez) y hasta cuatro empleos de “oficial” el grupo obrero, además de dos categorías de auxiliares; en concreto, el artículo 12 de este convenio, al respecto establecía: “En los certificados, hojas de salario y documentos que solicite el trabajador de la Empresa, se hará constar de forma expresa, el grupo profesional y la categoría profesional del interesado”.

En la misma línea descriptiva, con puntos de conexión con el convenio del sector de seguros, se fijan los principios del sistema de clasificación general y en tabla (anexo I) se detallan el grupo administrativo con diferentes grupo y niveles. Del mismo tenor, refiriendo dos grupos profesionales (área de ventas y área de oficinas), y otras áreas derivadas de un grupo tercero, se completa la estructura funcional de la empresa. Aún más detallado y extenso, con solo dos grupo profesionales (obrero y técnico administrativo), se completa con un extenso número de niveles profesionales (nueve) con diferente numeración, existiendo profesiones dentro de cada grupo profesional y niveles; resulta singular las numerosas y variadas condiciones económicas (arts. 14-40), con un

artículo 9, referido al grupo obrero con una extensiva gama de profesiones y niveles (mantenimiento, electricista, electromecánica de mantenimiento, mecánico industrial, matricero mantenedor/conductor, chapista... y numerosas actividades más).

Respecto de la movilidad funcional, sin perjuicio de remitirse al ET, invocándose la diligencia debida en la prestación laboral, refiere la realización de otras actividades varias, “aunque no se expliciten detalladamente en el esquema funcional o puesto de trabajo” sin que las mismas tengan la consideración de “movilidad funcional”. O los grupos profesionales se identifican, en parte sustancial, con el contenido de la propia prestación laboral general (técnicos, mando intermedio, técnico ayudante, administrativo...), agrupados por “puestos o áreas de trabajo” como unidad organizativa básica, fijándose las debidas funciones y responsabilidades al trabajador conforme al grupo de pertenencia; se advierte que si las funciones asignadas no ocuparen plenamente su jornada laboral, realizaran los trabajos que se le asignen de acuerdo con las funciones, experiencia y clasificación profesional. En ocasiones se identifican los grupos profesionales con “espacios organizativos” siguiendo criterios empresariales, integrados por varios “puestos profesionales”, definidos éstos como conjunto de funciones, actividades, tareas y/o responsabilidades encomendadas a un trabajador. Las funciones que se asignan responden a un estándar genérico indistintamente fijados, contando en todo caso que “y aun cuando no se haga constar explícitamente, deberán ser puntualmente observados los reglamentos, métodos e instrucciones específicas de determinadas funciones, cuyo cumplimiento está impuesto por la naturaleza de la actividad que se presta; se refieren los diferentes puestos profesionales de forma muy detallada, minuciosa y extensa. Singular resulta en esta materia el tenor del artículo 104 del convenio, que regula la movilidad por disminución de la capacidad para el desempeño de un puesto de trabajo indicando tratamiento, rehabilitación y procedimiento de recolocación, bajo la dirección y competencia del Servicio Médico de Empresa. Es llamativo su extensión (161 artículos), desarrollados, además, con once amplios anexos.

Su extensión generalizada y diversidad de puestos de trabajo, funciones, tareas y grados o responsabilidades asignadas, hace especialmente complicado el tema en orden a la calificación de una hipotética incapacidad permanente.

En todo caso, debemos tener en cuenta que el Tribunal Supremo ya había señalado algunas precisiones al respecto, cuestiones que interesa referir. En esta línea y con extensos razonamientos basados en la vigencia de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, la sentencia de 16 de enero de 1997 (rec. 1163/1995) sostenía que esta regulación del tema flexibilizaría el contenido de la prestación laboral pactada, siempre en el ámbito de las aptitudes profesionales del trabajador contratado. De tal forma, argumentaba “(...) dichos preceptos [arts. 16, 22 y 34 (*sic*) ET] han flexibilizado toda la materia de la clasificación profesional, abandonando el rígido sistema que suponía encasillar a los trabajadores en categorías profesionales independientes e incomunicadas para dar paso a un mejor aprovechamiento de los recursos humanos de la empresa, desplazando el núcleo de la clasificación profesional desde la categoría al grupo profesional, admitiéndose la polivalencia funcional y la movilidad funcional entre categorías equivalentes”. Supone esta sentencia la consolidación de una idea plural de la actividad laboral concertada.

Un elemento más en este conflictivo tema suscita la sentencia de 5 de mayo de 1997 (rec. 3310/1996), referido a la identificación del “puesto de trabajo” o, mejor, el papel que puede desempeñar éste en el marco de las facultades organizativas del empleador y su consideración jurídica. Con independencia de su compleja ubicación legal y técnica terminológica, el supuesto judicial refiere la creación empresarial *ex novo* de determinados “puestos de trabajo” que, según esta sentencia, ni supone la instauración de una nueva categoría profesional, ni conculca el artículo 22 ET. La cuestión resulta particularmente relevante por cuanto que, si no afecta o incide en posibles aspectos del grupo profesional (o categorías) o eventuales variantes, su aplicación, en su caso, puede marcar una pauta orientadora y de reflexión en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, como supuesto límite o fronterizo.

Analizaría la sentencia de 12 de febrero de 2003 (rec. 861/2002) la figura del puesto de trabajo en íntima conexión con la profesión habitual, realidades perfectamente discernibles por cuanto que la profesión habitual permite el desarrollo de empleos o puestos distintos, pero, matiza, “propios del mismo grupo profesional en el sentido que lo define el artículo 22.2 ET”. El supuesto examinado trata de un conductor de camión (camionero), que después de sufrir varios accidentes y otras vicisitudes marginales, le revocan los permisos administrativos de conducción de vehículos de la clase C y D. Ante el cuadro lesivo que presentaba solicita de la administración de la Seguridad Social declaración invalidante que es denegada, decisión confirmada inclusive por la Sala del Tribunal Superior de Justicia competente, argumentando, en síntesis, que la sola imposibilidad de continuar aquella concreta actividad no constituía la nulidad laboral plena que predica el artículo 137 LGSS para los supuestos de incapacidad permanente total para su profesión habitual. La citada sentencia del Tribunal Supremo reconoce al actor el grado de incapacidad permanente total subrayando los elementos diferenciales de la profesión de “camionero” con otras afines propias de la conducción en general, abordando, de forma puntual y precisa, no ciertamente frecuente, la cuestión de las diferentes tareas y su cualificación, potencialmente integradas en aquella profesión, razonando “que está incapacitado para realizar las tareas fundamentales de su profesión habitual el camionero que, además de requerir una mayor número de conocimientos teóricos y prácticos a la hora de realizar el correspondiente examen de conducción, conlleva un superior esfuerzo físico y psíquico, así como la realización de horarios más prolongados o desplazamientos más distantes que los exigibles en las otras profesiones citadas. Hasta el punto de que, aunque a efectos dialécticos se considerara la conducción como una sola profesión, resulta evidente que la privación de los permisos de clase superior por razón de enfermedad o secuelas de accidente, supone para un profesional cualificado para conducir vehículos de gran tonelaje y dedicado habitualmente a ello, la imposibilidad de llevar a cabo las tareas más importantes o fundamentales de dicha profesión, restando solo capacidad para trabajos que, desde ese prisma profesional, habrían de calificarse de menores o residuales”.

Con expresa cita del artículo 137 LGSS, la sentencia de 28 de febrero de 2005 (rec. 1591/2004) viene en diferenciar los conceptos de profesión habitual y grupo

profesional, formulando observaciones novedosas categóricas. Sentado que el actor tiene la profesión de operario de fábrica, parte la sentencia de la noción legal de incapacidad permanente total y su vinculación con la profesión habitual, para sostener que “[e]l grupo profesional se halla en el artículo 22.2 ET y no ha tenido acceso a las normas de seguridad social”. El trabajador interesado en este caso, estaba encuadrado en el grupo profesional 3 del convenio de industrias químicas como operario de fábrica, grupo que integraría actividades tan diversas como albañilería, electricidad, carpintería., archivo, registro, cálculo, facturación, operadora de télex, conductores o grabación de máquinas de recogida de datos, o mecanografía. Ante estas circunstancias, la sentencia razonaba que “estimar el concepto de profesión habitual equivalente a grupo profesional, a los efectos de declaración de incapacidad permanente, conduciría al absurdo de denegar la prestación a quien no ha quedado para una tarea propia de su profesión”. Concluía: “En definitiva, en tanto no se lleve a cabo el desarrollo reglamentario del precepto de la ley, debe subsistir el concepto de la primitiva versión y profesión habitual deberá ser aquella que el trabajador hubiera venido desempeñando”. Declaraba el Tribunal Supremo al actor afecto de incapacidad permanente total para aquella genérica e indefinida profesión, confirmando la sentencia de instancia. No obstante, consta en los hechos probados que el actor se incorporó a su puesto de trabajo en mayo de 2003. Marca esta sentencia un punto de inflexión complejo referido, en síntesis, a la significación del artículo 39 ET al incluir también el grupo profesional como ámbito posible de proyección laboral y sus efectos en la esfera de la Seguridad Social, ya que la derivación a una situación invalidante entraría en colisión con las posibilidades laborales concertadas, reglamentariamente establecidas o convencionalmente fijadas, lo que exigiría una calificación diferente, salvo una defectuosa conformación del grupo profesional; reiterando misma doctrina, y reforzando sus argumentos [sentencia de 15 de julio de 2014 (rec. 2442/2013)].

La sentencia de 15 de julio de 2014 (rec. 2442/2013) precisaría que “estimar que el concepto de profesión habitual equivale a grupo profesional, a los efectos de declaración de incapacidad, conduciría al absurdo de denegar la prestación a quien no quedando capacitado propia de profesión que requiere una formación específica, pudiera seguir siendo apto para cumplir las necesidades ergonómicas de una actividad por completo diferente a la suya y para la que no tuviere formación profesional necesaria. Tesis que hemos de rechazar, sin que ello quiera decir que efectuemos una identificación entre profesión habitual con la aptitud para un preciso y determinado puesto de trabajo. En definitiva, en tanto no se lleve a cabo el desarrollo reglamentario del precepto de la Ley, debe subsistir el concepto de la primitiva versión y profesión habitual deberá ser aquella a la que el trabajador hubiera venido desempeñando”. El conflicto surge cuando, en virtud del convenio colectivo de aplicación, no se evidencia el desarrollo de una actividad definida susceptible de calificarla de “profesión habitual”.

La sentencia de 16 de septiembre de 2020 (rec. 1000/2017), en su FJ cuarto, señalaría que una pensión de incapacidad permanente total, con cambio posterior de puesto de trabajo distinto y adecuado a las aptitudes que restan en el trabajador interesado, no perjudicaría el derecho al salario que le corresponde por el nuevo empleo

(reiterando sentencia, entre otras, de 18 diciembre de 1989). La posible complejidad surge cuando, al amparo del artículo 200.2 LGSS, el Instituto Nacional de la Seguridad Social promueva una revisión por esta circunstancia.

Aun dudando razonablemente del posible desarrollo de la norma citada (art. 194.3 de la vigente LGSS), dados los rigurosos, incompletos y desfasados términos de su redacción y los cambios introducidos en la ordenación de los sistemas de trabajo, una aproximación metódica y actualizada del proceso declarativo de incapacidad permanente, partiendo de un planteamiento sensible y coherente, necesariamente debe reflexionar sobre los defectos y ausencias detectadas en el artículo 137 del texto de 1994, temporalmente vigente. La exclusión del término “profesión habitual”, subsistente –no obstante– en todos los procesos de calificación, requiere fijar, como se advirtió, un concepto laboral que identificase formalmente la actividad desarrollada (o potencialmente desarrollable) por el trabajador en el marco de la ordenación laboral de la empresa, afectada por el convenio colectivo del sector o ramo de aplicación. Pese a las derivaciones terminológicas que sobre concretas funciones podrían aplicarse, interesaría fijar el grupo profesional asignado y, partiendo de su noción integradora, señalar las concretas tareas del caso conforme al convenio, en el bien entendido que la expresión “grupo profesional” supone la habilitación para el desarrollo de cualquiera de ellas, campo que debe experimentarse y acreditarse a través del periodo de “prueba” y el proceso de determinación interno del grupo, conforme a los artículos 14.1 y 22.4 ET y reglas del convenio de aplicación, teniendo en cuenta, además, que, en caso de polivalencia funcional o la realización de funciones de más de un “grupo”, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo, supuesto que alberga igualmente los temas de movilidad funcional contemplada en el artículo 39². Siendo preceptiva, y al parecer determinante, la asignación de grupo profesional y concurriendo en éste “unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, pudiendo incluir distintas tareas, funciones especialidades profesionales o responsabilidades asignables al trabajador”, debe presumirse capacitación (formación, experiencia, conocimientos...) apta para la ejecución de cualquiera de ellas, basado en un periodo de prueba debidamente configurado a estos efectos. Con la incidencia colateral, además de otras consideraciones, en la promoción laboral, ascensos, formación, posible afectación de eventuales expedientes de regulación/suspensión de empleo, prevención de riesgos laborales y efectos económicos subsidiarios. En todo caso sin rebasar sus límites, evitando el efectos y consecuencias de su incidencia en los supuestos de “modificación sustancial de condiciones de trabajo”.

2. La STS, Social, de 16 de enero de 1997 (rec. 1163/1995) ya advertía que dichos preceptos (arts. 16, 22 y 34 ET) “han flexibilizado toda la materia de la clasificación profesional, abandonando el rígido sistema que suponía encasillar a los trabajadores en categorías profesionales independientes e incomunicadas para dar paso a un mejor aprovechamiento de los recursos humanos de la empresa, desplazando el núcleo de la clasificación profesional desde la categoría al grupo profesional, admitiéndose la polivalencia funcional entre categorías equivalente”.

No obstante, la realidad puede ser diferente, entendiendo que, en un momento dado, el trabajador carezca de la debida formación (capacidad) para el desarrollo de la nueva ocupación (tarea, función, responsabilidad, etc.), dentro del propio grupo, lo que determinaría un conflicto novedoso entendible y protegido como “otra” expresión de la acción protectora de la Seguridad Social, en analogía con las previsiones de las letras a) y b) del artículo 52 ET (ineptitud y falta de adaptación), con las consecuencias inmediatas derivadas, pero evitando un “descuelgue” del mundo laboral radical, sin justificación bastante, pese a la breve indemnización extintiva.

Con independencia de los aspectos surgidos en la determinación de la incapacidad permanente y la inviabilidad de aplicar aquellos parámetros a supuestos insertos en el régimen especial de trabajadores autónomos, en el especial de empleadas de hogar, o en el especial agrario y otros semejantes, por la imprecisión o indefinición de las posibles ocupaciones laborales, el tema reclama una mayor consideración también en orden a una posible reclasificación profesional derivada de una encubierta movilidad funcional, trabajos de distintos grupos o supuestos de polivalencia funcional o motivados por el cambio operado con la declaración incapacitante, aspecto (categoría/grupo) ignorado o debatido entonces. El artículo 137 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Ley 36/2011, de 10 de octubre, establece las bases de la reclamación de categoría o grupo profesional, procedimiento reforzado por el preceptivo informe del comité de empresa o delegado de personal y el particular procedente de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

B. Su proyección en la esfera de la seguridad social

Este esquema y la noción subsistente en la esfera de la Seguridad Social de la expresión “profesión habitual” supone un claro estatismo frente a la agilidad mnemotécnica en la denominación de concretas actividades laborales, presumiblemente integradas en el “grupo profesional”. Esta aplicación contractual en el desarrollo de la prestación laboral, ofrece perfecto encaje en la normativa laboral, la controversia surge ante su disfunción en el campo de la Seguridad Social, en concreto en la valoración de la capacidad laboral en relación con la actividad desplegada y calificada –coyunturalmente– como profesión habitual, cuyo centro de interés puede resultar laboralmente diferente, como revelan, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, Social, de 15 de julio de 2014 (rec. 2442/2013), de 3 de mayo de 2016 (rec. 3348/2014) y de 16 de septiembre de 2020 (rec. 1000/2017) y auto de 14 de enero de 2010 (rec. 1022/2009). Se manifiesta una disociación entre la evolución nominativa y funcional del contenido de la relación laboral y el concepto uniforme para la Seguridad Social centrado en la noción histórica de profesión habitual, lo que ocasiona una dificultad adicional –y básica– en los procesos de calificación de la incapacidad laboral.

Centrar esta realidad confusa, en favor de una certera calificación de incapacidad laboral e implicaciones derivadas, resulta particularmente complicado como ya hemos denunciado y es fácilmente deducible considerando los diversos factores intervinientes.

Se insiste, como se observó, en el efecto residual y funcional que viene a reducir la capacidad de trabajo del afectado, extremo necesariamente definido, refiriendo intensidad, modalidad, órganos y funciones afectadas, edad, formación laboral, experiencia y tareas desarrolladas y, a ser posible su incardinación en un grupo profesional, aspecto que permitirá valorar la capacidad laboral resultante y relacionarla con el contenido funcional del grupo. La parcelación funcional del grupo laboral, en general, considerado sus características conforme al artículo 22.2 ET, no debe permitir una fragmentación en la calificación de incapacidad permanente; de lo contrario, ante una situación incapacitante de una actividad integrada en el “grupo”, podría derivar en una IP total, calificada por “la Seguridad Social” como profesión habitual y, luego, desarrollar el trabajador otra función dentro del mismo grupo con plenos derechos salariales y demás, como novación contractual, situación que podría repetirse más de una vez, evolución que entendemos impertinente y contraria a la “unidad funcional” que deberá representar el grupo, cuestión especialmente explicitada e informada al trabajador y cursada, en tal sentido, en el período de prueba.

V. FACTORES DETERMINANTES DE LA CALIFICACIÓN INVALIDANTE

Con independencia de la indudable y especial influencia y connotaciones que presta el proceso de la incapacidad temporal a una eventual declaración de incapacidad permanente, su previo estudio, siempre interesante y complejo, requiere especial profesionalidad, conocimientos y experiencia en la materia, sosteniendo que se trata de una calificación participada por diferentes factores, concurrentes con elementos personales y circunstancias de diversa índole, hasta el grado de afirmar que se trata de una calificación difícil, aun rigurosa y fundada, no siempre exenta de polémica. De ahí, el ulterior esfuerzo en conocer, examinar y discernir detalladamente los factores analizables y su posible incidencia en la capacidad laboral del sujeto afectado, derivadamente “capacidad de ganancia”, centrada fundamentalmente en la reducción de la capacidad para el trabajo y su entorno laboral; advirtiendo, desde ahora, que se trata de valorar la capacidad “laboral” resultante, con independencia de su afectación en otros aspectos personales, familiares, lúdicos o sociales. Al respecto, es significativa la precisión que el artículo 193.2 LGSS hace de la incapacidad permanente, explicitando que “habrá de derivarse de la situación de incapacidad temporal”, salvo excepciones que refiere la norma. Interesa objetar aquí igualmente que la incapacidad temporal, además de precisar el trabajador asistencia sanitaria de la Seguridad Social, deberá “estar impedido para el trabajo” (art. 169.1 LGSS), en su caso, con las particularidades y reservas que pueda ocasionar la propia asistencia y tratamiento.

Resulta oportuno recordar que el tratamiento asistencial prestado por los Servicios competentes de la Seguridad Social, respetando la función teleológica genuina, deberá ir dirigido a la recuperación de la capacitación laboral del trabajador, a su rehabilitación profesional, como dispone el artículo. 42.1.b) de la vigente LGSS, objetivo, importante y cualificado aquí, de la acción protectora de la Seguridad Social.

La esencia de la calificación de la incapacidad permanente, pronunciamiento íntimamente ligado a los supuestos de incapacidad temporal y las diferentes modalidades de incapacidad permanente, exige, cuando menos, la concurrencia de dos aspectos fundamentales. De un lado un proceso previo de incapacidad temporal, que, en su tratamiento y desarrollo, además del aspecto propiamente asistencial sanitario en los términos que proceda, considere una visión laboralizada del tema tendente a orientar la rehabilitación laboral, agotando todas las posibles fases propias de una reeducación laboral. En segundo lugar y extremo esencial, un conocimiento exhaustivo de la actividad desplegada por el afectado, subsumible temporalmente en su “profesión habitual” (pese a las dificultades de su identificación), así como la causa de la asistencia o accidente, en su caso, datos, entre otros más específicos, a facilitar por la empleadora.

Es obvio que esta escueta referencia representa una mínima aportación. Es deducible y fácilmente comprensible referir una asistencia sanitaria tan profunda como las circunstancias lo exijan, procurando la recuperación de la capacidad laboral alterada o propiciando su rehabilitación y reinserción laboral posterior. Más complejo resulta, como se reitera, el aspecto laboral del tema. La imprecisión de la actividad desarrollada y su correlativo grupo profesional, conforme a las reglas del convenio colectivo de aplicación, es una exigencia legal (art. 22 ET) acreditada (o acreditable) a través del programado periodo de prueba (art. 14 ET). La complejidad del artículo 22.2 citado, dificulta una clara identificación “ocupacional” del trabajador para el proceso de calificación de la incapacidad permanente, tema que, en parte, debió despejar el empleador, toda vez que la asignación del grupo debe acordarse previamente entre las partes, fijando las funciones a realizar, en su caso, sin que una referencia excluya las demás; de ahí la importancia causal del periodo de prueba, practicable conforme al grupo profesional de referencia. De no entenderlo así, estamos asistiendo a una atomización de declaraciones de incapacidad permanente total atendiendo a funciones objetivamente diferenciadas, pero integradas todas en el mismo grupo profesional, restringiendo, en principio, su deducible capacidad formativa para atender las reglas de la movilidad funcional. En esta línea, el trabajador resultará, respaldado por el periodo de prueba, como apto para realizar todas las funciones del mismo grupo, con las observaciones y analogías del artículo 52 letras a) y b) ET, como opciones dignas de protección, según apuntamos, denunciando una situación laboral extinta, sobrevenida con escasa fundamentación (y compensación, ex artículo 53.1 ET) carente de acomodo en la esfera de la Seguridad Social.

Ante estas observaciones concluyentes, subsistente la preceptiva adscripción del trabajador a un grupo profesional, deberían fijarse en el contrato de trabajo –como suele constar en convenio colectivo– las diferentes tareas, funciones, actividades o posibles responsabilidades que lo integran y experimentar sobre esa base en el período de prueba³.

3. Esta dispersión ocupacional con identificación y nombre propio recuerda el tema de la “segunda actividad” planteado en el Tribunal Supremo en las sentencias de 23 de febrero de 2006 (rec. 5135/2004), de 10 de junio de

El parangón resulta útil para fijar los extremos que estamos debatiendo, siempre con las debidas reservas, reflexiones, reajustes y modificaciones precisas, para una solución más satisfactoria, justificada y equitativa; salvo, claro está, una revisión *ad hoc* del derecho vigente en la actualidad, que, acaso, por esta vía y ante esta denuncia, pueda alcanzarse. Todo ello con rotundo respeto a las diferentes y fundadas sentencias del Tribunal Supremo en la materia, con los hechos y consideraciones o argumentos de aplicación.

Desde la perspectiva de la Seguridad Social en la materia que nos ocupa, interesaría reflexionar prudentemente sobre la intensidad extensiva de la incapacidad permanente, su afectación ocupacional, el profundo efecto socio-económico, la posibilidad compatible de acceso a otro empleo de diferente grupo y los aspectos formativos propios y en materia de prevención de riesgos laborales, propiciando los procesos fundados de periódicas revisiones, con la cobertura que, para supuestos análogos, prestan los artículos 45.1.c) y 48.2 ET.

VI. ASPECTOS DE SU DESARROLLO REGLAMENTARIO

En aplicación del artículo uno.c) de la Ley 20/2014 de 29 de octubre, por la que se delegaba en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos conforme a lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la Constitución Española, el Gobierno aprobaría del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, integrando en el mismo, debidamente regularizadas, aclaradas y sistematizadas, las disposiciones legales que se relacionaban en el referido apartado, así como las normas con rango de Ley que las hubieren modificado. Entre las que destaca la Ley 24/1997, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, con especial referencia a las modificaciones del artículo 137 LGSS de 1994, texto transcrito literalmente en el artículo 194.3 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, sin previsión de su desarrollo.

El silencio transcurrido desde 1997, fecha de la innovación del artículo 137 del texto de 1994 (luego artículo 194 en la vigente LGSS), reparando en las consideraciones reflejadas en el preámbulo de la Ley innovadora 24/1997, tales como “[c]onscientes los grupos parlamentarios de que la Seguridad Social tiene la obligación de adaptarse a las circunstancias sociales y económicas de cada momento histórico...”, el “[e]stablecimiento de una Comisión Permanente (...) que tiene como objetivo el análisis y seguimiento de la evolución del sistema de la Seguridad Social”, a estos efectos y finalidad...” que refuerza “el Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social” o la referen-

2008 (rec. 256/2007) y 25 de marzo de 2009 (rec. 3402/2007), relacionado con la profesión habitual. Se trataba de ciertos trabajadores, funcionarios del orden público (bomberos y policías) que presentaban lesiones presuntamente invalidantes sin haber obtenido grado alguno de incapacidad permanente, habiendo accedido, no obstante, a un segundo empleo en su rama profesional. Desde aquí, solicitaban pensión de incapacidad por aquellas lesiones, con diferente fortuna judicial. El Tribunal Supremo, en las sentencias citadas, casó los pronunciamientos de instancia, con devolución de los autos a la Sala de suplicación pertinente, para determinar si podría formar parte del conjunto de actividades integradoras de la profesión habitual las tareas de la segunda actividad.

cia específica (medida 4ª del preámbulo) al “[e]stablecimiento de una mayor seguridad jurídica en la determinación de la pensión de invalidez” (*sic* el término).

Las razones que fundaron la Ley y las precisiones de su futura reglamentación, como se ha puesto de manifiesto, agotado el tiempo transcurrido sin ejercer esta función, plantea el interrogante de si cabe ejercer alguna acción frente al silencio denunciado. El Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativa, en el FJ primero de la sentencia de 5 de diciembre de 2013 (rec. contencioso-administrativo 5886/2009) marcó una sólida doctrina, luego reiterada, entre otras, en sentencias de 14 de diciembre de 2014 (rec. 758/2012), de 26 de junio de 2016 (rec. 925/2014), y más recientemente, de 4 de abril de 2018 (rec. 4267/2016). Reiterando que “[e]l control jurisdiccional de las omisiones reglamentarias que viene ejerciendo esta Sala es de carácter restrictivo”, tras una extensa y fundada argumentación concluía “[e]n definitiva, como se ha dicho anteriormente, únicamente cabe apreciar una ilegalidad omisiva controlable jurisdiccionalmente, cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación expresamente establecida por la Ley que se trata de desarrollar o ejecutar, o cuando el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico”⁴.

El desarrollo reglamentario del apartado 3 del artículo 194 de la vigente LGSS, corresponde al Gobierno conforme al artículo 97 CE; su control y sometimiento a la legalidad y a los límites fijados por la Ley habilitante compete a la jurisdicción contencioso-administrativa, como dispone el artículo 106.1 del texto constitucional, atribuida esta esfera jurisdiccional al orden contencioso-administrativo, según dispone el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio, facultad que consiste estrictamente en juzgar y ejecutar lo juzgado. como establece el artículo 117.5 del texto constitucional.

Dado el tiempo transcurrido desde tal previsión legislativa sin haber promovido el órgano competente su desarrollo, la cuestión estriba en abordar la anomia derivada, considerando que el texto referido constituye el centro neurálgico de la calificación de la incapacidad permanente, entre otros efectos, con independencia de interrogarnos sobre la suficiencia y acierto de tales reglas en la actualidad.

Es doctrina constitucional generalizada, dada la entidad, contenido y naturaleza del texto sujeto a reglamento, que el mismo tiene el carácter de reglamento ejecutivo, complemento fundamental de la Ley, en cuanto implica el contenido y desarrollo funcional de la propia Ley, con sujeción de la Administración interviniente, a la Constitución y demás leyes de aplicación y fines que la justifican, tema de particular importancia dados los escuetos términos del texto legal y el comentario de su actual oportunidad.

De los antecedentes consignados cabe interrogarse sobre el contenido del reglamento interesado, en particular sus límites y adecuación a la Ley. Los términos del

4. J. R. Chaves, Magistrado de Sala Contencioso-Administrativa, se ha referido al tema denominándolo “El escurridizo control jurisdiccional de la falta de desarrollo reglamentario”, comentando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativa, con análogas conclusiones en <https://delajusticia.com/2016/07/12/el-escurridizo-control-jurisdiccional-de-la-falta-de-desarrollo-reglamentario/>.

apartado 3 del artículo 194 resultan inequívocamente parcos, especialmente referidos al “listado de enfermedades” y al “régimen de incompatibilidades” de las declaraciones de incapacidad.

Sobre el alcance de los términos explicitados en el referido apartado, relacionado con los objetivos de la Ley, el tenor del artículo 82.5 CE dispone que “[l]a autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos”. El Tribunal Constitucional valora y resuelve la duda que pudiere existir sobre esta cuestión. La STC 13/1992, de 6 de febrero (FJ 16), sobre el alcance del término “adaptación a la Constitución”, se ha planteado por qué no es aceptable que el término “adaptación a la Constitución” encierre un alcance distinto a los términos utilizados por el artículo 82.5 CE –regularizar, aclarar y armonizar– que, siendo entre sí sustancialmente equivalentes, permiten incluso, en la tarea refundidora, introducir normas adicionales y complementarias a las que son estrictamente objeto de refundición, siempre que sea necesario para colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia y sistemática del Texto único Refundido”. O como completa la STC 166/2007, de 4 de julio (FJ 8), sobre los términos “regularizar, aclarar y armonizar” del artículo 82.5 permite al Gobierno “la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de refundición, con el fin de colmar lagunas, y en todo caso le habilita para llevar a cabo una aproximación de textos legales y refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático”. Reglas que permitirán dar la suficiente coherencia, creemos, al citado artículo 194.3 de la vigente LGSS.

Dado el tiempo transcurrido, sin noticias sobre su posible evolución y considerando el tenor de las normas pendientes de desarrollo, base sustancial de la propia ley, bastaría su impulso, estimamos con mejor acierto, a través del “Defensor del Pueblo”, de algún Colegio Profesional afectado, de grupos o colectivos particularmente interesados y, en especial, gozando de una posición privilegiada al respecto, el Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social a través de su participación sindical, como órgano destinado a “informar previamente” al respecto del Sistema, sin olvidar la cualificación y el rol del propio instituto en su función gestora. En todo caso, incomprensible su evolución “*sine die*”.

Evitemos a las *calendas graecas*, el tema es y siempre ha sido, una cobertura de especial trascendencia humana, social y jurídica.

Bibliografía

Chaves, J. R.: “El escurridizo control jurisdiccional de la falta de desarrollo reglamentario”, disponible en <https://delajusticia.com/2016/07/12/el-escurridizo-control-jurisdiccional-de-la-falta-de-desarrollo-reglamentario/>.



La seguridad y salud laboral de las personas teletrabajadoras en España y Portugal*

THE OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY OF THE TELEWORKERS IN SPAIN AND PORTUGAL

Francisco Lozano Lares

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

fll@uma.es  0000-0002-4054-7241

João Zenha Martins

Professor Associado

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (Portugal)

zenha.martins@fd.unl.pt  0000-0002-0784-691X

Recibido: 13.09.2023 Aceptado: 16.10.2023

RESUMEN

Debido a la inaplicabilidad del principio de seguridad integrada en el ámbito del teletrabajo, es necesario establecer unas normas especiales de seguridad y salud laboral que protejan adecuadamente a las personas teletrabajadoras frente a los riesgos laborales derivados del uso intensivo de las nuevas tecnologías digitales. En relación con los riesgos ergonómicos y organizativos es necesario atender al diseño, características y ubicación de los medios digitales, así como a la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y los períodos de descanso y desconexión durante la jornada. La evaluación y control de las condiciones de ejecución del teletrabajo hace también necesaria la regulación de las fórmulas de acceso a los lugares donde este se realice de facto, evitando las posibles interferencias en la intimidad del hogar familiar, si el teletrabajo se realiza a domicilio, y teniendo en cuenta la movilidad de las personas teletrabajadoras nómadas. Resulta crucial asimismo el reconocimiento y regulación del derecho a la desconexión digital y su tratamiento prioritario como una manifestación del derecho de los trabajadores a la seguridad y salud laboral.

PALABRAS CLAVE

Teletrabajo
Riesgos ergonómicos y psicosociales
Desconexión digital
Seguridad y salud laboral

* Este estudio ha sido financiado con cargo al II Plan Propio de Investigación, Transferencia y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga, aprobado en Consejo de Gobierno con fecha 7 de marzo de 2023.

ABSTRACT

Due to the inapplicability of the principle of integrated safety in the field of teleworking, it's necessary to establish special occupational health and safety regulations that adequately protect teleworkers against occupational risks derived from the intensive use of new digital technologies. In relation to ergonomic and organizational risks, it's necessary to pay attention to the design, characteristics and location of the digital media, as well as the distribution of the working day, availability times and periods of rest and disconnection during the working day. The evaluation and control of the conditions for carrying out telework also makes it necessary to regulate the access formulas to the places where it is carried out de facto, avoiding possible interference in the privacy of the family home, if teleworking is carried out at home, and taking into account the mobility of nomadic teleworkers. It is also crucial to recognize and regulate the right to digital disconnection and its priority treatment as a manifestation of the right of workers to occupational health and safety.

KEYWORDS

Teleworking
Ergonomic and psychosocial risks
Digital disconnection
Occupational health and safety

SUMARIO

- I. LA INEFICACIA PREVENTIVA DE LAS NORMAS COMUNES DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN EL ÁMBITO DEL TELETRABAJO
- II. LA ANOMIA NORMATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL DE LAS PERSONAS TELETRABAJADORAS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA
- III. LA DIFERENTE EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL DE LAS PERSONAS TELETRABAJADORAS EN LOS DOS PAÍSES IBÉRICOS
- IV. LA REGULACIÓN DE LOS RIESGOS ERGONÓMICOS Y ORGANIZACIONALES
 - A. En el ordenamiento jurídico portugués
 - B. En la regulación española del trabajo a distancia
- V. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL COMO MEDIDA PREVALENTE DE SALUD OCUPACIONAL CONTRA LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EMERGENTES
 - A. LA REGULACIÓN PORTUGUESA DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL
 - B. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL
- VI. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. LA INEFICACIA PREVENTIVA DE LAS NORMAS COMUNES DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN EL ÁMBITO DEL TELETRABAJO

La extensión al ámbito del teletrabajo de la normativa general sobre seguridad y salud laboral, regulada en España por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)¹, y en Portugal por la *Lei n.º 102/2009 de 10 de Setembro, Regime Jurídico da Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho* (LSST)², resulta extremadamente problemática porque, como ya advirtiera la doctrina portuguesa, todos los instrumentos relacionados con la protección de la salud y la seguridad en el trabajo fueron diseñados atendiendo al modelo de producción fabril, caracterizado por

1. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292>.

2. <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-56365341>.

la fijeza del lugar de trabajo, que es controlado por el empleador y fácilmente fiscalizable por los servicios de inspección³.

En efecto, hay que tener en cuenta que la LPRL constituye la transposición al ordenamiento jurídico español del denominado *modelo tecnocrático* de tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral⁴, implantado en el ámbito de la Unión Europea por la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva-marco)⁵. Y dicho modelo de seguridad y salud laboral está basado en una obligación general de seguridad del empresario (la *general duty clause* establecida en el artículo 5.1 de la Directiva-marco), de extraordinaria amplitud y dinamicidad, que a nivel técnico implica la necesidad de implementar un conjunto de medidas generales de prevención presididos por el denominado principio de seguridad integrada. La puesta en práctica de dicho principio de integración de la seguridad y salud laboral exige la planificación de 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. 6.2 de la Directiva-marco), lo que implica, a su vez, la obligación de efectuar una evaluación de los riesgos existentes en el entorno laboral, en función del tipo de establecimiento de que se trate, que debe “integrarse en el conjunto de actividades de la empresa y/o del establecimiento y en todos los niveles jerárquicos” (art. 6.3 de la Directiva-marco).

Como se deduce de lo expuesto, tanto el principio de seguridad integrada como la *general duty clause* entrañan la puesta en práctica de un modelo *gerencial* de seguridad y salud laboral pensado para el sistema de producción fordista, que puede ser de gran utilidad preventiva, sin duda, en empresas con centros de trabajo que concentren un significativo número de trabajadores y con un sistema piramidal de organización del trabajo, vertebrado en torno a grandes departamentos que no siempre están lo suficientemente interrelacionados entre sí. Pero ese modelo gerencial de seguridad y salud laboral, que ya venía mostrando carencias para hacer frente a los procesos de externalización productiva iniciados a partir de la década de 1980⁶, es completamente inoperante para dar respuesta a los problemas de seguridad y salud laboral generados por las nuevas formas de empleo digitalizadas, en las que, como en el caso paradigmático del teletrabajo, lo que se produce es una especie de desintegración del centro de trabajo.

No puede negarse, desde luego, como algunos estudios han puesto de manifiesto, que el teletrabajo, en determinadas circunstancias, podría contribuir a la mejora de la salud laboral⁷. Al suprimir la necesidad del desplazamiento al centro de trabajo, que

3. Zenha Martins, J.: “O Teletrabalho Revisitado”, *Minerva. Revista de Estudos Laborais*, vol. 10, núm. 2020, p. 84.

4. Sobre el origen, configuración, características e implicaciones jurídicas de dicho modelo de seguridad y salud laboral, *vid.* Lozano Lares, F.: *El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral. Un análisis tipológico*, Cinca, Sevilla, 2014.

5. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31989L0391>.

6. Sobre esas carencias y sobre las características del modelo *gerencial* de seguridad industrial, *vid.* Lozano Lares, F.: *Tipología del tratamiento técnico de la siniestralidad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2015, pp. 207 y ss.

7. Montreuil, S. y Lippel, K.: “Telework and occupational health: a Quebec empirical study and regulations implications”, *Safety Science*, vol. 41, núm. 4, 2003, pp. 339-358.

puede estar ubicado a gran distancia del domicilio de la persona trabajadora, se produce una significativa reducción de los niveles de estrés derivados de los atascos de tráfico o de las prisas y aglomeraciones de los medios de transporte colectivos⁸. Se ha indicado asimismo que la persona teletrabajadora podría disponer de una mayor soberanía de su tiempo de trabajo, puesto que tendría la posibilidad de organizar la jornada laboral de la mejor manera posible para *their balance between professional, family life, and social life*⁹. E incluso se ha apuntado al hecho de que también otorgaría una mayor autonomía en materia de autoorganización de las tareas a realizar, pudiendo asumir la persona teletrabajadora un grado de responsabilidad que le permitiría percibir su actividad profesional como un reto personal motivador¹⁰, lo que, al aumentar su grado de satisfacción laboral, conllevaría un paralelo incremento de su bienestar psicosocial y de su calidad de vida, en general.

Pero esos supuestos beneficios para la salud de las personas teletrabajadoras no pueden ocultar, sin embargo, que el teletrabajo es una fórmula de organización de la actividad laboral basada en una radical descentralización productiva que, precisamente por eludir el principio de seguridad integrada, puede entrañar numerosos riesgos laborales, muchos de ellos ligados al uso continuado de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación sin las que el teletrabajo no podría ser ejecutado. Hay que tener en cuenta a este respecto, que, junto a los tradicionales riesgos ergonómicos vinculados al uso de pantallas de visualización, las personas teletrabajadoras han de enfrentarse a los nuevos riesgos psicosociales derivados de la tecnología digital, que, como cualquier otro tipo de tecnología productiva, no es inocua. Son ya numerosos los estudios que han logrado identificar los factores de riesgo vinculados al uso de las nuevas tecnologías, llegando a ser acuñado el concepto de tecnoestrés, que engloba varias categorías de riesgos psicosociales entre las que podríamos destacar la sobrecarga tecnológica (*techno-overload*), la necesidad de estar permanentemente conectados (*techno-invasion*) y la sensación de miedo e incertidumbre ante la incapacidad de adaptarse a los acelerados cambios tecnológicos¹¹.

Por otro lado, estos nuevos riesgos laborales no se manifiestan de manera uniforme, sino que su presencia e intensidad dependerá de la tipología de teletrabajo de que se trate, tendiendo a ser más graves en el denominado *high mobile telework*, que se realiza usando las TICs de forma regular sin permanecer en un lugar fijo determinado, que en el *home-based telework*, que se realiza total o principalmente en el domicilio de la persona teletrabajadora¹².

8. Handy, S. L. y Mokhtarian, P. L.: "The future of telecommuting", *Futures*, vol. 28, núm. 3, 1996, pp. 227-240.

9. EUROFOUND-ILO: *Working anytime, anywhere: the effects on the world of work*, Publications Office of the European Union and the International Labor Office, Luxembourg-Geneva, 2017, pp. 26-27.

10. Di Martino, V. y Wirth, L.: "Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y de vida", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 109, núm. 4, 1990, p. 471.

11. Sobre las diversas categorías del denominado tecnoestrés, *vid.*, Aragüez Valenzuela, L.: *Relación laboral "digitalizada": colaboración y control en un contexto tecnológico*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 77-78.

12. Sobre las principales diferencias entre estos dos grandes tipos de teletrabajo, *vid.* Narváz Turci, G.: *El impacto social de la robotización y digitalización del mercado de trabajo*, Laborum, Murcia, 2022, pp. 47 y ss.

En el caso del teletrabajo a domicilio, en concreto, hay además un elevado riesgo de aislamiento social, con las consecuencias psicosociales que lleva consigo, la evaluación de las condiciones de trabajo no siempre puede ser realizada *de facto* para no invadir la esfera de la intimidad del hogar y ni siquiera está plenamente garantizado que contribuya a una mejor conciliación de la vida laboral y familiar, puesto que existe un evidente riesgo de solapamiento entre el trabajo y la vida privada, con frecuentes interferencias entre las obligaciones laborales y las responsabilidades familiares, así como entre el trabajo remunerado y las tareas del hogar, lo que puede generar auténticas situaciones de conflicto entre el trabajo y la familia debido a la prolongación de la jornada de trabajo y a la difuminación de los límites entre el trabajo y la vida personal¹³.

En lo que respecta a la segunda modalidad de teletrabajo, el *high mobile telework* que realizan los denominados teletrabajadores itinerantes o nómadas, también se constata una mayor propensión a sobrepasar los límites de la jornada de trabajo legalmente previstos que en el caso de las personas trabajadoras que se mantienen en un centro de trabajo localizado. Los problemas de salud laboral que plantea este alargamiento del horario de trabajo se ven más agravados aún, si cabe, cuando las actividades profesionales que se encomiendan al teletrabajador nómada constituyen un suplemento de las tareas habituales, puesto que esa actividad suplementaria encubre casi siempre un trabajo de carácter informal, no remunerado¹⁴, que aumenta considerablemente la precariedad de las condiciones de trabajo y el tiempo de disponibilidad de la persona teletrabajadora.

Por todo ello, resulta ya indudable la estrecha relación entre los riesgos psicosociales de diversa índole y el teletrabajo¹⁵, lo que entraña un serio problema de seguridad y salud laboral si tenemos en cuenta que estos factores de riesgo psicosocial pueden ser el desencadenante de múltiples enfermedades crónicas que provocan no solo alteraciones psicológicas (depresión, ansiedad, estrés, *burnout*, etc.), sino también lesiones músculo esqueléticas y afecciones del sistema cardiovascular, sin olvidar la propensión a la accidentalidad laboral que las situaciones de estrés generan.

II. LA ANOMIA NORMATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TELETRABAJADORES EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

Pese a las evidencias de que el teletrabajo puede ocasionar graves problemas de seguridad y salud laboral, no puede decirse, por el momento, que las instituciones

13. Lozano Lares, F.: "Tiempo de trabajo y derechos digitales", en González Ortega, S. (coord.): *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo. XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla, 2020, p. 307.

14. EUROFOUND-ILO. *Working anytime, anywhere: the effects on the world of work*, ob. cit., pp. 21-43.

15. Igartua Miró M. T.: "Teletrabajo y riesgos psicosociales: la imperiosa necesidad de reforzar la tutela preventiva", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 3, 2021, pp. 175-212.

comunitarias se hayan mostrado muy diligentes a la hora de abordar la regulación de las condiciones de seguridad y salud laboral de las personas teletrabajadoras. Y ello se debe, en gran medida, al hecho de que ni siquiera existe una norma comunitaria que se ocupe de la regulación del teletrabajo.

Hay que tener en cuenta a este respecto que las diversas normas nacionales que, como en los casos de España y Portugal, han venido regulando el teletrabajo, lo han hecho conforme a la interpretación que cada legislador nacional ha dado al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 16 de julio de 2002 (AMET)¹⁶, que no tiene carácter vinculante y que ni siquiera llega a ser una norma de *soft law*. En relación con el tema que nos ocupa, dicho acuerdo marco se limita a atribuir al “empresario” la responsabilidad de la salud y la seguridad profesional del teletrabajador “con arreglo a la Directiva 89/391/CEE y a las directivas específicas, las legislaciones nacionales y los convenios colectivos pertinentes”¹⁷. Se indica seguidamente que, para la comprobación de la correcta aplicación de las disposiciones aplicables en materia de salud y seguridad, tanto el propio empresario como los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes tendrán acceso al lugar del teletrabajo, dentro de los límites legales convencionales establecidos en cada Estado miembro. Cuando el teletrabajo se realice en el domicilio de la persona teletrabajadora, sólo se podrá acceder al mismo cuando haya una notificación previa y se cuente con la aquiescencia expresa, se entiende, de la persona teletrabajadora, a quien también se le reconoce la posibilidad de solicitar una visita de inspección.

Como ya indicamos al comienzo, la extensión de los postulados de la Directiva-marco y de su normativa de desarrollo al ámbito del teletrabajo es prácticamente imposible, por lo que difícilmente se podrá comprobar su correcta aplicación, como indica el AMET, si no se estipulan unas medidas de seguridad y salud laboral específicamente elaboradas para las peculiares condiciones de ejecución del teletrabajo. Tampoco resulta realista, por otro lado, el establecimiento legal o convencional de la potestad o de la facultad de acceder al “lugar del teletrabajo” si no va acompañada de una delimitación precisa de los requisitos, de las garantías y de los medios de acceso, puesto que en el caso de los teletrabajadores nómadas no hay, en realidad, un lugar estático de trabajo, mientras que en el caso del teletrabajo a domicilio, por su parte, la persona teletrabajadora siempre podrá acogerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio para impedir el acceso al lugar de trabajo.

Teniendo en cuenta la inexistencia de una regulación del teletrabajo en el marco de la Unión Europea, y siendo consciente de las carencias del AMET y del tiempo transcurrido desde su adopción, el Parlamento Europeo, en una Resolución de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión, ya ha dejado planteada “la necesidad de una evaluación y un marco

16. Sierra Benítez, E. M.: “La consolidación del teletrabajo y las variantes subjetivas en el Derecho del Trabajo”, *Revista Jurídica del Trabajo*, vol. 1, núm. 2, 2020, pp. 269-284.

17. Vid. en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:c10131&from=ES>.

jurídico a escala de la Unión para algunos de los elementos de dicho acuerdo”¹⁸. Entre esos elementos que precisan una ordenación jurídica a nivel europeo se encuentra, señaladamente, la seguridad y salud laboral en el ámbito del teletrabajo, puesto que, tomando nota de las conclusiones del citado estudio de EUROFOUND, el Parlamento Europeo observa que “los teletrabajadores regulares comunican con más frecuencia que sufren estrés relacionado con el trabajo y se ven afectados por trastornos del sueño, estrés y exposición a la luz de pantallas digitales”, señalando otros efectos sobre la salud de los trabajadores “muy móviles” como dolor de cabeza, astenopia, fatiga, ansiedad y trastornos musculoesqueléticos. El Parlamento Europeo toma nota asimismo de las conclusiones de EUROFOUND donde se indica que “el teletrabajo regular desde el hogar puede tener consecuencias físicas negativas para los trabajadores, ya que los espacios de trabajo establecidos ad hoc en el hogar, así como los ordenadores portátiles y otros equipos de TIC, pueden no cumplir las normas en materia de ergonomía”, de ahí que se pida tanto a la Comisión como a los Estados miembros que mejoren la investigación y la evaluación de estos problemas de seguridad y salud laboral.

En esta resolución del Parlamento Europeo se advierte asimismo sobre el papel decisivo jugado por el teletrabajo para la protección de algunos puestos de trabajo y empresas durante la crisis de la Covid-19, pero sin dejar de resaltar que “la combinación de largos horarios de trabajo y más altas exigencias, también puede plantear mayores riesgos para los trabajadores con un impacto negativo en la calidad de su tiempo de trabajo y su equilibrio entre la vida profesional y la vida privada, así como su salud física y mental”, lo que resulta especialmente grave cuando el trabajo “no está vinculado a un lugar de trabajo específico”, como en el caso del *high mobile telework*, donde la conectividad al trabajo es constante y el trabajo puede acabar interfiriendo en la vida familiar y privada de las personas teletrabajadoras. La importancia de abordar todas estas cuestiones es urgente, además, dada las previsiones de expansión del teletrabajo en un futuro próximo.

Por todo ello, el Parlamento Europeo pide a la Comisión que presente un marco legislativo, una nueva Directiva, en suma, que aclare las condiciones de ejecución del teletrabajo y donde se garantice que en esta modalidad de trabajo a distancia “los derechos, la carga de trabajo y las normas de rendimiento de los teletrabajadores sean equivalentes a los de los trabajadores equiparables”, lo que exigirá la actualización, entre otras normas comunitarias, de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, sobre la seguridad y la salud de los trabajadores, particularmente en lo relativo a la duración máxima de la jornada laboral y a los períodos mínimos de descanso, puesto que “el respeto del tiempo de trabajo y su previsibilidad se consideran esenciales para garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores en la Unión”.

Esta Resolución del Parlamento Europeo sobre el derecho a la desconexión lleva incorporada, en fin, una propuesta de Directiva que, de ser aprobada en los términos planteados, afectaría de lleno a las condiciones de seguridad y salud de las personas

18. Vid. en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_ES.html.

teletrabajadoras, puesto que será uno de los colectivos profesionales que más podrá beneficiarse de la imposición al empresario de la obligación de adoptar “todas las medidas necesarias para proporcionar a los trabajadores los medios necesarios para ejercer su derecho a la desconexión”¹⁹, entendiendo por tal “el hecho de no realizar actividades o comunicaciones relacionadas con el trabajo por medio de herramientas digitales, directa o indirectamente, fuera del tiempo de trabajo”²⁰. Hay que tener en cuenta, asimismo, que entre las medidas de ejecución del derecho a la desconexión estaría también la necesidad de realizar “evaluaciones de la salud y la seguridad, incluidas las evaluaciones de los riesgos psicosociales, en relación con el derecho a la desconexión”²¹.

Pero con la regulación del derecho a la desconexión digital no se agota toda la problemática de las condiciones de seguridad y salud de las personas teletrabajadoras, por lo que, aun siendo aprobada la Directiva propuesta, quedarían por regular aspectos tan básicos a estos efectos como el de las normas ergonómicas del puesto de teletrabajo, la adopción de medidas organizativas que eviten el solapamiento entre la vida personal y profesional, la prevención de los riesgos psicosociales asociados al uso continuado de las herramientas digitales y las fórmulas de acceso a los *lugares* de teletrabajo que, sin interferir en la intimidad del hogar familiar o teniendo en cuenta la movilidad de los teletrabajadores nómadas, permitan una efectiva evaluación y control de las condiciones materiales de ejecución del teletrabajo.

Esta tradicional ausencia de un marco normativo del teletrabajo a nivel comunitario ha propiciado que cada Estado miembro de la Unión Europea haya abordado a su manera, sin referentes armonizados, la regulación de las condiciones de seguridad y salud laboral de las personas teletrabajadoras. Así, como ahora vamos a comprobar, mientras que en el caso del ordenamiento español tuvo que producirse una crisis sanitaria tan grave como la Covid-19, que hizo necesario recurrir con urgencia al teletrabajo, para que el legislador empezara a regular el teletrabajo, en el caso del ordenamiento portugués, en cambio, el teletrabajo fue regulado ya a comienzos de siglo con la aprobación del *Código do Trabalho* por la *Lei 99/2003*, de 27 de agosto (CT), entre cuyas innovaciones principales estaría una temprana regulación del teletrabajo²², en un momento en que la realidad del teletrabajo en Portugal era “*ainda muito escassa, insignificante e pouco desenvolvida, quando comparada com a generalidade dos países que integram a União Europeia*”²³.

19. Artículo 3.1 de la Propuesta de Directiva establecida en la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión (2019/2181(INL)).

20. Artículo 2.1) de la Propuesta de Directiva establecida en la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021.

21. Artículo 4.1.c) de Propuesta de Directiva establecida en la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021.

22. Teles de Menezes Leitão, L. M.: *Direito do Trabalho*, Edições Almedina, Coimbra, 2019, pp. 56-57.

23. Machado Dray, G.: “Teletrabalho, sociedade da informação e direito”, en *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, vol. III, p. 274.

III. LA DIFERENTE EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL DE LAS PERSONAS TELETRABAJADORAS EN LOS DOS PAÍSES IBÉRICOS

En el caso del ordenamiento jurídico español, la versión originaria del artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores (ET) de 1980 se ocupaba de la regulación del clásico “contrato de trabajo a domicilio”, que no estaba pensado en absoluto para la figura del teletrabajo. En la modificación efectuada por Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral²⁴, tampoco se hizo referencia expresa al teletrabajo, puesto que el denominado contrato de “trabajo a distancia” del nuevo art. 13 del ET aparecía definido como “aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa”. En cualquier caso, pese a no contemplar el teletrabajo, sí que era posible considerarlo incluido dentro de ese genérico concepto de trabajo a distancia, puesto que resultaba evidente que este remozado artículo 13 ET recogía muchas de las obligaciones y derechos establecidos en el AMET en relación con la prestación de servicios de las personas teletrabajadoras con el fin de equipararlas a quienes realizaran su actividad laboral de manera presencial en el centro de trabajo de la empresa. Se reconocía así el carácter voluntario del acuerdo de trabajo a distancia, la igualdad de trato a efectos salariales y en relación con la formación y promoción profesional de los trabajadores a distancia, su pleno derecho a representación colectiva, mediante su adscripción a un centro de trabajo concreto de la empresa, y, por lo que aquí interesa, el reconocimiento del derecho de los trabajadores a distancia a “una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo”.

Las numerosas carencias de esta regulación del año 2012 del trabajo a distancia fueron minuciosamente comentadas por la doctrina²⁵, y en relación, en concreto, con la remisión en bloque que se hacía a la normativa de prevención de riesgos laborales, resultaba evidente que el precepto no solucionaba nada, puesto que se limitaba a efectuar una genérica apelación al derecho a protección en materia de seguridad y salud laboral de los trabajadores a distancia que no iba acompañada de una concreción de las obligaciones preventivas del empresario.

24. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-9110>.

25. Como el hecho de no estipularse, tal como recomendaba el AMET, el carácter reversible de la prestación de servicios, puesto que, si bien se establecía el carácter voluntario de la prestación de servicios a distancia y su formalización por escrito, en ningún momento se llegaba a mencionar el carácter reversible del “acuerdo” por el que se estableciera el trabajo a distancia. Así, por ejemplo, Lousada Arochena, J. F. y Ron Latas, R. P.: “Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español”, en Villalba Sánchez, A. y Mella Méndez, L. (coords.): Trabajo a distancia y teletrabajo: *estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 45.

Tampoco se llegó a especificar en esta regulación del año 2012 algo tan sumamente significativo a efectos de seguridad y salud laboral como la ordenación del tiempo de trabajo, dejando en el aire cuestiones tan importantes como la delimitación de lo que había de ser considerado como tiempo de trabajo y tiempo de descanso, lo que resultaba crucial para cualquier trabajador a distancia y en mayor medida aún para los teletrabajadores²⁶. Ni siquiera llegaría a regularse, en fin, como también hizo ver la doctrina española, el problema de la disponibilidad del trabajador a distancia, dejando así una laguna legal que afectaría de lleno a las personas teletrabajadoras que prestaban servicios en el marco de las plataformas digitales²⁷.

Con la irrupción de la crisis sanitaria derivada de la Covid-19 y la cesación temporal de actividades presenciales que llevó aparejado, el teletrabajo se tornó de la noche a la mañana en una modalidad prioritaria de prestación de servicios, en el único medio de trabajo a distancia al que podía recurrirse en la práctica, puesto que permitía el desempeño de la actividad laboral desde el domicilio de las personas trabajadoras. La negativa repercusión de esta situación en materia de seguridad y salud laboral se hizo patente con la aprobación del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19²⁸, cuyo artículo 5 dispuso que, durante el tiempo que durase “la situación de excepcionalidad sanitaria”, se entendería cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos prevista en el artículo 16 LPRL a través de una mera “autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora”.

Esta situación excepcional de uso masivo del teletrabajo sería, pues, el detonante que llevaría al legislador español a acometer la ya imperiosa necesidad de modificar el artículo 13 del nuevo ET, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre²⁹, lo que hizo en primera instancia mediante el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, y, solo un año después, con la aprobación de la Ley 10/2021, de 9 de julio de 2021, de trabajo a distancia³⁰. Resulta indudable, por tanto, que la actual regulación en España del trabajo a distancia se hizo “con la vista puesta en el teletrabajo”, pero “mediante la discutible técnica legislativa de dejar sin contenido el artículo 13 ET”³¹, cuya redacción se limita a indicar que “las personas trabajadoras podrán prestar trabajo a distancia en los términos previstos en la Ley 10/2021 de trabajo a distancia”, que es la norma donde actualmente se encuentra, en los términos que ahora veremos, la regulación de las condiciones de seguridad y salud laboral de las personas teletrabajadoras.

En el ordenamiento jurídico portugués, por su parte, el teletrabajo fue tempranamente regulado, como vimos, en el CT de 2003, y, tras la modificación del CT de 2009,

26. Narváez Turci, G.: *El impacto social de la robotización y digitalización del mercado de trabajo*, ob. cit., p. 60.

27. Rodríguez Rodríguez, E.: “La transcendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales”, *Temas Laborales*, núm. 146, 2019, pp. 121-158.

28. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3824.

29. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>.

30. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-11472>.

31. Narváez Turci, G.: *El impacto social de la robotización y digitalización del mercado de trabajo*, ob. cit., p. 62.

fue legalmente configurado como un tipo de contrato de trabajo junto con el contrato de duración determinada, el contrato a tiempo parcial, el contrato de trabajo intermitente, las comisiones de servicio y el trabajo temporal³², aunque luego llegaría a ser considerado, con acierto, como una forma alternativa de trabajo³³, dado que, en esencia, tanto el teletrabajo como el trabajo presencial no son modalidades contractuales, sino tan sólo formas de desarrollo laboral marcadas por el lugar en el que tienen lugar y el uso predominante de las TIC³⁴, como se deduce de lo dispuesto en la nueva redacción del artículo 165.1 CT³⁵.

Con el objetivo de aclarar diversas cuestiones y de cara a la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida laboral y familiar de padres y cuidadores, se promulgó la Ley 83/2021, de 6 de diciembre, que se centró en la voluntariedad (y reversibilidad) del acuerdo de teletrabajo, la igualdad de trato, la garantía de los derechos de la personalidad del teletrabajador, la cobertura de los costes asociados a esta forma de organización del trabajo y la apertura de espacios para la negociación colectiva.

Recientemente, la Ley 13/2023, de 3 de abril, que incorporaba la Agenda de Trabajo Decente, introdujo varios cambios en el régimen del teletrabajo que pretendían aclarar algunos aspectos de la regulación precedente. Así, en la nueva redacción del artículo 165 CT se considera teletrabajo la prestación de servicios realizada bajo subordinación jurídica, en un lugar no determinado por el empleador y utilizando tecnologías de la información y de la comunicación. Por tanto, son tres los criterios que deben concurrir para que se produzca una situación de teletrabajo *proprio sensu*, en base al concepto ofrecido por el CT: a) la subordinación jurídica; b) su ejecución fuera de los locales pertenecientes al empresario en un lugar no determinada por este; c) la naturaleza de las herramientas de trabajo, que han de consistir en tecnologías de la información y de la comunicación³⁶.

El teletrabajo puede revestir diversas formas, pero tendrá tal consideración cuando haya una distancia física entre el trabajador y los locales del empleador y siempre que, pese a la desaparición de esta referencia explícita en la nueva redacción del artículo 165 CT, se realice de forma habitual y no meramente ocasional³⁷. Si antes de la

32. En ese sentido, por ejemplo, Irene Gomes, M.: "Primeiras reflexões sobre a revisão do regime jurídico do contrato de trabalho a termo pelo novo Código do Trabalho", *Scientia Iuridica*, núm. 318, 2009, pp. 281 y ss.

33. Así lo hace el Decreto-Ley 10-A/2020, de 13 de abril.

34. Lobo Xabier, B.: *Manual de Direito do Trabalho*, Rei dos Livros, Lisboa, 2019, p. 407, incluye el teletrabajo en el ámbito del "trabalho atípico".

35. Vieira Gomes, J.: *Direito do Trabalho. Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 737 y ss.

36. Según la OIT (*Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, p.3) el teletrabajo se define como "(...) a form of work in which (a) work is performed in a location remote from central offices or production facilities, thus separating the worker from personal contact with co-workers there; and (b) new technology enables this separation by facilitating communication. Furthermore, telework could be performed "online" (with direct computer linkage) or "offline", be organized individually or collectively, constitute all or part of the worker's job, and be carried out by independent workers or employees".

37. En la versión anterior del artículo 165 CT, en lugar de la expresión "fuera de los locales pertenecientes al empresario" figuraba la frase "habitualmente fuera de la empresa". Será, por tanto, la regularidad del trabajo a distancia mediante las tecnologías de la información y la comunicación, y no tanto la intensidad de su uso, lo que constituye el concepto marco que ofrece el artículo 165 del Código del Trabajo.

Ley 83/2021, de 6 de diciembre, no se exigía definir el lugar de trabajo en el acuerdo de teletrabajo, cuestión que, junto a la posible necesidad de prever mecanismos de compensación de gastos y/o periodos de conexión e (in)disponibilidad, merecía una reflexión de política legislativa³⁸, el artículo 166 CT exige hoy que en el acuerdo de teletrabajo conste el lugar donde el trabajador desarrollará habitualmente su trabajo, que será considerado, a todos los efectos legales, como su centro de trabajo.

La habitualidad de la realización del teletrabajo en un lugar no determinado por el empresario aparece así, en la definición ofrecida por el artículo 165 CT, como un plus identificador de esta fórmula de prestación de servicios, a diferencia de lo que sucede con el trabajo presencial, donde la relación laboral se desarrolla en un lugar de trabajo perteneciente al empresario o determinado por este. Partiendo, pues, de la base de que no hay teletrabajo si el lugar lo determina el empresario, el teletrabajo puede realizarse en el domicilio de la persona teletrabajadora (*home based telework*), en las instalaciones de los clientes (*mobile teleworker*), en locales habitualmente compartidos por otras personas teletrabajadoras que trabajan para una o varias entidades (*telecottages*), usando distintas herramientas (teléfono móvil, ordenador, televisión u otras), siempre que se garantice la eficacia de las comunicaciones entre el (tele)trabajador y la empresa.

Aquí, frente al criterio espacial que subyace en el trabajo presencial, que implica una actividad realizada en el centro de trabajo o en un lugar determinado por el empresario, a la luz del esquema conceptual del CT, el teletrabajo será aquel que se realice en el domicilio del trabajador o en un lugar libremente elegido por este, durante toda o parte de su jornada, con carácter no ocasional, sin que haya obstáculo alguno, a semejanza de lo que sucede con la flexibilidad diseñada para el trabajo a tiempo parcial, para la modulación diaria o semanal del teletrabajo en conjunción con el trabajo presencial. Del mismo modo, dada la necesidad de evitar cualquier vacío legal, nada impide incluir en la conceptualización legal del CT el teletrabajo móvil o itinerante, con independencia de la (in)existencia de un centro de trabajo de referencia.

Conviene advertir que ya en la redacción dada por la Ley 83/2021, de 6 de diciembre, el artículo 165.2 CT amplió a las situaciones de trabajo a distancia sin subordinación jurídica, pero en régimen de dependencia económica, las disposiciones relativas a equipamientos, organización, dirección y control, desconexión digital y seguridad y salud laboral, quedando excluidas de estas disposiciones sólo aquéllas actividades realizadas en el ámbito de un contrato de servicios utilizando procesos de comunicación electrónica (*online*)³⁹, así como otras situaciones de trabajo subordinado en las que las tecnologías digitales no son esenciales para el desarrollo de la actividad laboral, aunque se utilicen. Esto significa, por un lado, que no todo trabajo a distancia es teletrabajo y, por otro, que el teletrabajo sólo se aplica si existe un contrato de trabajo

38. Aspectos destacados en Zenha Martins, J.: "A pandemia e a morfologia do trabalho digital: que futuro para o Direito do (tele)Trabalho?", *Revista do Ministério Público*, número especial COVID-19, 2020, pp. 391-432.

39. Monteiro Fernandes, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 209, que, acentuando la noción defectuosa que el CT ofrece en relación con el teletrabajo, señala que la "*inexistência de subordinação implicará a neutralidade jurídica dessa relação funcional*".

en el que la actividad se presta mediante el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación, sin las cuales no será de aplicación el régimen jurídico en la subsección V de la Sección IX que el CT dedica al teletrabajo⁴⁰.

El acuerdo de teletrabajo puede celebrarse por tiempo determinado o indefinido (art. 167.1 CT). Si la duración es indefinida, existe un límite de seis meses, que se renueva automáticamente por periodos iguales si ninguna de las partes manifiesta por escrito, antes de quince días desde la finalización del acuerdo, que no desea renovarlo, mientras que, si el acuerdo es de duración determinada, cualquiera de las partes puede rescindirlo mediante preaviso por escrito, que surtirá efectos a los sesenta días de su rescisión (art. 167.3 CT). Esta disposición, que permite rescindir el acuerdo sin motivo y al margen de la voluntad del trabajador, podría poner en peligro las expectativas del empleado de lograr la conciliación profesional y personal que se pretendía con el acuerdo, sobre todo cuando el teletrabajo suponga un cambio de residencia (por ejemplo, la adquisición de una vivienda en el interior del país). En cualquier caso, tanto si el teletrabajo acordado es de carácter indefinido como temporal, cualquiera de las partes puede resolver el acuerdo adoptado durante sus primeros treinta días de ejecución (art. 167.4 CT), pero el legislador no ha permitido, con acierto, que el teletrabajo sea impuesto unilateralmente por el empresario, ni siquiera de forma voluntaria, ni aunque se invoque de forma paternalista el interés personal y familiar de la persona trabajadora para realizar la actividad a distancia, señaladamente desde su domicilio.

IV. LA REGULACIÓN DE LOS RIESGOS ERGONÓMICOS Y ORGANIZACIONALES

134

A. En el ordenamiento jurídico portugués

Durante años, la cuestión de los riesgos ergonómicos y organizativos estuvo ausente del marco jurídico portugués del teletrabajo, puesto que, hasta el afloramiento de los nuevos riesgos emergentes derivados de las nuevas tecnologías, el análisis se polarizaba en las consecuencias físicas. Hoy, el aumento de los riesgos psicosociales y la preocupación por la salud mental de los trabajadores ha venido a reconfigurar, por un lado, los mecanismos destinados a garantizar la protección frente a las situaciones de inseguridad, al tiempo que, por otra parte, se ha reconfigurado el propio concepto de "salud laboral".

Así, para identificar y evaluar los riesgos laborales a los que están expuestos los trabajadores en los distintos sectores de actividad, se "cientifica" el riesgo, utilizando, entre otras, perspectivas actuariales, toxicológicas, epidemiológicas y/o ingenieriles, ya que los métodos científicos de medición y cálculo que pueden utilizarse requieren el apoyo de otras áreas científicas, sin las cuales es difícil lograr un entorno laboral

40. Romano Martínez, P.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 696.

equilibrado, ajustado a la globalización, al desarrollo tecnológico, a las crisis económicas e incluso sanitarias, como en el caso de la pandemia de la COVID-19.

Los riesgos son mucho más que una probabilidad o una posibilidad y están socialmente contextualizados. Es necesario actualizar constantemente el catálogo de riesgos laborales, y estos riesgos, en lo que se refiere al “trabajo digitalizado”, se derivan de la sobrecarga de trabajo que implican las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, lo que aumenta los niveles de estrés, depresión, absentismo y puede conducir al *burnout*, que está especialmente vinculado a la sobrecarga de trabajo, la falta de reconocimiento, el aislamiento y la falta de vínculos y ayuda entre iguales que el trabajo a distancia genera. Se trata de nuevos riesgos profesionales relacionados con las (nuevas) formas que puede adoptar el trabajo y la asociación de las nuevas tecnologías al proceso de producción, ya sean genéticas, digitales, tecnológicas, robóticas, informacionales y comunicativas.

El artículo 59.1.c) de la Constitución de la República Portuguesa (CRP) establece que el empresario tiene el deber de garantizar y adoptar un conjunto de normas básicas para salvaguardar la salud y la seguridad de los trabajadores durante el desempeño de su trabajo, de ahí que el CT establezca en el artículo 281.1 que el trabajador tiene derecho “*a prestar trabalho em condições de segurança e saúde*”, y que, naturalmente, a este derecho le corresponde el deber del empresario de garantizarlo (art. 281.2 CT). En general, el empresario tiene el deber genérico de garantizar unas buenas condiciones de trabajo, prevenir los riesgos y accidentes laborales, adoptar las prescripciones y medidas jurídicas establecidas en materia de seguridad y salud en el trabajo, ya sea por Ley o mediante la negociación colectiva, e informar y formar a los trabajadores en este ámbito [art. 127, apartado 1, letras c) y g) CT]. Este deber general se concreta después en diversas disposiciones legales, entre las que sobresale la ya citada LSST. Algunas categorías de trabajadores más vulnerables desde el punto de vista de la salud, como los menores y las trabajadoras embarazadas, puérperas y lactantes, se benefician de una protección reforzada en este ámbito (arts. 60, 62 y 72 CT, y artículos 50 y siguientes LSST)⁴¹.

El deber general del empresario de proteger la salud tiene dos aspectos: negativo y positivo. Hablamos de aspecto negativo en el sentido de que está obligado a abstenerse de cualquier práctica o comportamiento que ponga en riesgo la salud de las personas trabajadoras, por lo que tiene una obligación de omisión/abstención ante posibles riesgos laborales. Decimos que tienes aspectos positivos para hacer referencia a la obligación de adoptar todas las medidas preventivas que sean necesarias para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, proporcionándoles un entorno de trabajo seguro⁴².

41. Además, la Ley prevé la creación de representantes de los trabajadores en materia de salud y seguridad, que desempeñan un papel activo en la definición de las medidas adoptadas por la empresa en este ámbito y reciben una formación profesional específica al respecto (art. 21 y siguientes de la Ley 102/2009, de 10 de septiembre).

42. Por parte del trabajador, esta obligación del empresario se manifiesta en dos momentos distintos: la prevención y la reparación. Mientras que la prevención tiene por objeto evitar futuros problemas para la salud del

En materia de salud y seguridad en el trabajo, los dos retos más reconocidos son los riesgos psicosociales y los factores ergonómicos. El tecnoestrés, la adicción a la tecnología y la sobrecarga de tareas aumentan la fatiga, la irritabilidad y la incapacidad para desconectar del trabajo y descansar adecuadamente. El sedentarismo prolongado, trabajar en la misma posición sin moverse durante largos periodos de tiempo, aumenta el riesgo de sufrir problemas de salud, como trastornos musculoesqueléticos, fatiga visual, obesidad, cardiopatías, etc.⁴³. Algunos de estos problemas se conocen como LMERT, es decir, lesiones musculoesqueléticas que a menudo se asocian a patologías inflamatorias y degenerativas del aparato locomotor causadas por la sobrecarga, las actividades repetitivas y la postura del trabajador al realizar su trabajo, por lo que existen razones para que se incluyan en la lista de enfermedades tipificadas en el Decreto Regulador 76/2007, a través del Código 44.03, contenido en el Capítulo 4 sobre enfermedades causadas por agentes físicos. Sabiendo que la lesión corporal, trastorno funcional o enfermedad derivada de la exposición a un riesgo profesional debe ser consecuencia directa y necesaria del desempeño de la actividad del trabajador, el análisis conjunto del artículo 283.3 CT con los artículos 94.2 y 95 de la Ley 98/2009, de 4 de octubre, reguladora del régimen de indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, no ofrece una lista cerrada de enfermedades profesionales. En el caso de una enfermedad que no figure en la lista, la indemnización concedida al trabajador sólo será efectiva si este puede probar la existencia de un nexo causal entre la lesión y la actividad laboral. Por lo que respecta a las enfermedades profesionales que figuran en la lista, existe una presunción legal que ampara la relación de causalidad, produciéndose en cualquier caso una transferencia de responsabilidad del empresario a la Seguridad Social en los términos del artículo 283.7 CT.

La regulación portuguesa de seguridad y salud laboral fue actualizada con la adopción de la Ley 3/2014, de 28 de enero, que modificó la LSST y el Decreto-Ley 116/97, de 12 de mayo, que transpuso al ordenamiento jurídico portugués la Directiva 93/103/CE del Consejo, de 23 de noviembre, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo. Siguiendo el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales de 2017, que presenta medidas y soluciones para aplicar en la práctica los veinte principios y derechos fundamentales planteados, también es importante destacar que el decisivo papel desempeñado por la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA), en materia de intercambio de conocimientos, información y sensibilización sobre la seguridad y la salud en el trabajo, ha sido asumido en Portugal por la Autoridad para las Condiciones de Trabajo (ACT), que ha tratado de aplicar el Marco Estratégico de la UE para la Salud y la Seguridad en el Trabajo 2021-2027⁴⁴. Los cuatro tipos de organización previstos por la Ley en relación con

trabajador, la reparación consiste en compensar los daños causados a la salud del trabajador, precisamente por el incumplimiento de las medidas preventivas (art. 283 CT).

43. El fenómeno llevó incluso a la aparición de la ergología como método multidisciplinar, necesariamente vinculado a definiciones contextualizadas, basado en el APST (análisis multidisciplinar de las situaciones de trabajo), cuyo objeto de estudio es el entorno laboral, en la búsqueda de una planificación ergonómica adecuada.

44. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0323&from=EN>.

los servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo, cuya inspección corresponde a la ACT, son: los servicios internos, los servicios externos, los servicios mancomunados y los efectuados por el propio empleador o trabajador(es) designado(s). Según lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 3/2014, de 28 de enero, la inspección de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo se lleva a cabo a través de auditorías, es decir, la actividad o conjunto de actividades realizadas por los órganos de promoción de la seguridad y salud en el trabajo de los Ministerios competentes en materia de trabajo y sanidad, con el “objetivo de verificar el cumplimiento de los presupuestos que dieron lugar a la autorización para prestar servicios de seguridad y salud en el trabajo, así como la calidad del servicio prestado”.

El Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo portugués tiene como objetivo final promover un ambiente de trabajo seguro y saludable, a través de una estructura organizada que permita a las empresas identificar y controlar sistemáticamente los riesgos para la salud y la seguridad de los trabajadores, independientemente de las actividades que desarrollen. En este sentido, indicadores de seguridad como los accidentes, su frecuencia, gravedad y días de ausencia son tradicionalmente utilizados por las organizaciones para cumplir con la legislación. Según la norma portuguesa NP 4397:2008, “un sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo (SGSST) se define como una parte del sistema de gestión de una organización utilizada para establecer, desarrollar e implementar una política de seguridad y salud en el trabajo y gestionar los riesgos correspondientes”.

En el caso concreto de la prevención de los riesgos laborales derivados del teletrabajo, la reciente Ley 13/2023, de 3 de abril, ha incorporado al CT un novedoso artículo 170-A que prevé un innovador conjunto de disposiciones sobre seguridad y salud de las personas teletrabajadoras. Para empezar, su primer apartado prohíbe la práctica del teletrabajo en actividades que impliquen la utilización o el contacto con sustancias y materiales peligrosos para la salud o la integridad física del trabajador, salvo que se realicen en instalaciones certificadas a tal efecto, lo que pretende evitar que el teletrabajo sea utilizado para eludir prohibiciones o determinadas limitaciones del trabajador. Sabiendo que en este régimen el teletrabajador desempeña sus funciones fuera de los locales pertenecientes al empresario, el teletrabajo no puede ser utilizado para que el empresario eluda el control de las normas de seguridad y salud en el trabajo, concretamente permitiendo al trabajador trabajar desde casa con sustancias y materiales peligrosos. En esta línea, el apartado 3 del artículo 170-A establece que el empresario debe realizar exámenes de salud laboral antes de implantar el teletrabajo y, posteriormente, con periodicidad anual, para evaluar la aptitud física y psíquica del trabajador para el ejercicio de la actividad, las repercusiones de la actividad y de las condiciones en que se desarrolla sobre su salud, así como adoptar las medidas preventivas que resulten adecuadas.

El principio general aplicable al teletrabajo es, por tanto, que, tal como se prevé en el caso del trabajo presencial, el empresario es responsable de definir las políticas de salud y seguridad en el trabajo para los teletrabajadores, debiendo adaptar las condiciones de trabajo a la situación específica del teletrabajador para garantizarle los mismos derechos

que tienen reconocidos los trabajadores presenciales. En este sentido, es importante evaluar las condiciones mínimas de seguridad relativas a iluminación, temperatura, ruido, espacio físico, extinción de incendios, material de primeros auxilios, equipos de trabajo y herramientas.

En cualquier caso, con independencia de que el teletrabajo sea total o parcial, los empresarios deben garantizar de forma continua las condiciones de seguridad y salud de las personas teletrabajadoras, por lo que tienen la obligación de: a) garantizar, de forma continuada y permanente, que la actividad se desarrolla en condiciones de seguridad y salud para los trabajadores, teniendo en cuenta los principios generales de prevención establecidos en la ley; (ii) velar por que la aplicación de las medidas preventivas se derive de las evaluaciones de riesgos asociadas a las distintas fases del proceso productivo, incluidas todas las actividades relevantes, con el fin de alcanzar niveles efectivos de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores; b) proporcionar a los trabajadores la información adecuada y la formación necesaria para desarrollar la actividad en condiciones de seguridad y salud; c) adoptar las medidas e instrucciones que permitan a los trabajadores, en caso de peligro grave e inminente, interrumpir las actividades o abandonar el lugar de trabajo; d) organizar los medios de prevención, teniendo en cuenta no sólo a sus trabajadores, sino también a terceros que puedan ser susceptibles de sufrir los riesgos derivados de la realización del trabajo, tanto dentro como fuera de los locales; e) garantizar la vigilancia de la salud de los trabajadores en función de los riesgos a los que estén potencialmente expuestos en su puesto de trabajo; f) establecer las medidas a adoptar en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación, identificar a los trabajadores responsables de su aplicación y asegurar los contactos necesarios con los organismos externos asociados pertinentes; g) cumplir los requisitos legales generales y específicos en materia de seguridad y salud que deban aplicarse en la empresa, establecimiento o servicio; h) sufragar los costes de organización y funcionamiento del servicio de prevención de riesgos laborales y otras medidas preventivas, tales como la evaluación de la exposición a riesgos laborales y la vigilancia de la salud.

A su vez, el trabajador está obligado a (i) cumplir los requisitos legales de seguridad y salud, así como las instrucciones del empresario; (ii) velar por su propia seguridad y salud, así como por la seguridad y salud de las demás personas que puedan verse afectadas por sus acciones u omisiones en el trabajo, (iii) utilizar correctamente la maquinaria, equipos, materiales y sustancias de trabajo, de acuerdo con las instrucciones del empresario; (iv) utilizar correctamente los medios y equipos de protección colectiva e individual, de acuerdo con las instrucciones dadas por el empresario; (v) acudir a los reconocimientos ordenados por el médico del trabajo; (vi) comunicar inmediatamente las averías y deficiencias que puedan suponer un peligro grave e inminente; (vii) comunicar inmediatamente los defectos de los sistemas de protección y (viii) en caso de peligro grave e inminente, adoptar las medidas e instrucciones previamente establecidas para tales situaciones.

Dadas las especificidades del teletrabajo, el nuevo apartado 4 del artículo 170-A CT establece que el trabajador debe permitir el acceso al lugar de trabajo a los

profesionales designados por el empleador que, en los términos de la ley, se encargan de evaluar y controlar las condiciones de salud y seguridad en el trabajo, durante un período previamente acordado entre las 09:00 y las 19:00 horas, dentro del horario de trabajo. Hay que tener en cuenta que, si la evaluación de riesgos corre a cargo del empresario, la vigilancia del estado de salud de los teletrabajadores es especialmente importante, y dado que conocemos de antemano los riesgos que entraña el teletrabajo, a saber, el aislamiento del trabajador, lo que a su vez conlleva diversos tipos de incertidumbre, como la dificultad de hablar sobre cuestiones concretas o encontrar apoyo específico, los bloqueos psicosociales y cómo y cuándo dirigirse a los compañeros⁴⁵. Por ello, además de los exámenes médicos a priori, ha de existir un control permanente del estado de salud del trabajador y de su aptitud para realizar las actividades incluidas en el contrato de trabajo, por lo que parece que la negativa del trabajador a facilitar el acceso al lugar donde trabaja a los profesionales designados por el empresario constituye un incumplimiento del contrato de trabajo, con relevancia disciplinaria.

Por lo demás, la ACT también se encarga de vigilar el cumplimiento de las normas que regulan el régimen de teletrabajo, incluida la legislación sobre seguridad y salud laboral, debiendo contribuir a la prevención de los riesgos laborales inherentes a esta modalidad de trabajo. Siempre que realice inspecciones que impliquen visitas al domicilio del trabajador, deberá obtener el consentimiento de este en razón de la inviolabilidad del domicilio y de la intimidad de la vida privada. En virtud del apartado 2 del artículo 170-A del CT, estas actuaciones deben notificarse con una antelación mínima de 48 horas y, si no se cumple este plazo, el empleado puede negarse legítimamente a que la inspección entre en su domicilio. No obstante, esta norma se limita al teletrabajo a domicilio, dejando fuera el teletrabajo realizado desde otros lugares, que está sujeto a la aplicación de las normas generales.

B. En la regulación española del trabajo a distancia

Antes de entrar en el análisis de la regulación de las medidas de prevención de los riesgos ergonómicos y organizativos del teletrabajo, quizá convenga indicar que el legislador español ha considerado esta forma de organización del trabajo como una modalidad de “trabajo a distancia”, cuya especificidad viene dada por el hecho de ser realizado “mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y

45. Además, si no se pagan las ventajas que puede ofrecer el teletrabajo, se habla de aislamiento, lo que a la larga podría acarrear consecuencias sociales y psicológicas para el individuo; reducción de la visibilidad del teletrabajador dentro de la organización, con el consiguiente sentimiento de exclusión de los equipos de trabajo y estancamiento en términos de progresión profesional; incapacidad para mantener una separación eficiente y eficaz entre los ámbitos profesional y personal/familiar cuando se teletrabaja en el entorno doméstico, lo que podría acarrear consecuencias psicológicas para el teletrabajador; aumento de las horas dedicadas a actividades laborales (debido a ubicaciones inadecuadas para el teletrabajo y, como consecuencia, puede provocar insatisfacción conyugal; reducción de otros beneficios monetarios asociados al método tradicional de trabajo, como dietas de viaje y manutención; y afianzamiento del papel tradicional de la mujer en cuanto a obligaciones familiares y domésticas.

sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación”⁴⁶. Con independencia, pues, de que el teletrabajo sea efectuado, tal como dispone el artículo 2.a) de la Ley 10/2021, de 9 de julio de 2021, de Trabajo a Distancia (LTD), “en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta”, lo verdaderamente relevante, tanto a efectos conceptuales como en materia de seguridad y salud laboral, es que se trata de una forma de realización de la actividad laboral basada en el uso intensivo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Por otro lado, como ya se advirtiera acertadamente⁴⁷, frente a la indeterminación de la versión precedente, que se limitaba a considerar como trabajo a distancia, en general, al efectuado “de manera preponderante” fuera del centro de trabajo, la normativa actual acota y precisa la noción del trabajo a distancia, y del teletrabajo, en particular, al exigir que este tenga “carácter regular”. De ese modo, si bien el teletrabajo podrá ser realizado a lo largo de toda la jornada laboral o durante una parte de esta, sólo será considerado como trabajo a distancia cuando la actividad en remoto sea prestada, en un periodo de referencia de tres meses, durante “un mínimo del treinta por ciento de la jornada” o del porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo⁴⁸.

Conviene advertir, además, que la LTD sólo se ocupa de regular el teletrabajo realizado en el marco de una prestación de servicios por cuenta ajena, siendo un elemento crucial en este ámbito el denominado “acuerdo de trabajo a distancia” desarrollado en el Capítulo II de la LTD, donde se garantiza la voluntariedad del teletrabajo tanto para la parte empleadora como para la persona trabajadora. El legislador español también se ha ocupado de establecer de forma expresa, tal como recomendaba el AMET, el carácter reversible de la decisión de teletrabajar, que ha quedado sometida a lo dispuesto en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo establecido como “contenido mínimo obligatorio” en el acuerdo individual de trabajo a distancia regulado en el artículo 7 LTD. Bien puede afirmarse, pues, que el teletrabajo es una forma de realización de la actividad laboral de carácter absolutamente voluntaria, puesto que siempre “requerirá la firma del acuerdo de trabajo a distancia”, tal como indica el artículo 5.1 LTD, por lo que no podrá imponerse como una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo establecido en el artículo 41 ET, ni la negativa de la persona trabajadora a teletrabajar podrá ser utilizada por parte del empresario como una causa que justifique la extinción de la relación laboral⁴⁹.

Partiendo del carácter voluntario del teletrabajo y teniendo en cuenta que este se caracteriza, como hemos podido comprobar, por un uso intensivo de las TICs, sin

46. Así, se deduce de lo dispuesto en el artículo 2 LTD, dedicado a la definición legal de esta forma de realización de la actividad laboral.

47. Narváez Turci, G.: *El impacto social de la robotización y digitalización del mercado de trabajo*, ob. cit., p. 62.

48. Segundo párrafo del artículo 1 LTD.

49. Lázaro Sánchez, J. L.: “Sobre el acuerdo del trabajo a distancia: voluntariedad, contenido, modificación y reversibilidad del pacto”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 3, 2021, p. 126.

las que el propio teletrabajo no podría ejecutarse, la LTD ha venido a reconocer a todas las personas teletrabajadoras un amplio catálogo de derechos laborales básicos que tienen como objetivo otorgar a estas el mismo estatus jurídico que tienen atribuido las personas que presten servicios de manera presencial. En ese catálogo se encuentra, como no podía ser de otro modo, el derecho de las personas teletrabajadoras a “la prevención de riesgos laborales” y a “una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo”⁵⁰.

Con esta remisión genérica a la normativa de prevención de riesgos laborales, el artículo 15 LTD no añadía nada nuevo a lo ya previsto en la normativa precedente ni solucionaba ninguno de los numerosos problemas derivados de la inaplicabilidad al ámbito del teletrabajo del principio de seguridad integrada, puesto que el precepto venía a ser una reproducción de lo dispuesto hasta ese momento en el artículo 13.4 ET. Afortunadamente, el legislador español no se limitaría en esta ocasión a efectuar esa vacua remisión a la LPRL, sino que, dando un paso más, introdujo un precepto, el artículo 16 LTD, en el que deja esbozadas unas reglas básicas sobre la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva en el ámbito del trabajo a distancia que, a buen seguro, tendrán un impacto significativo a efectos de seguridad y salud laboral de las personas teletrabajadoras.

Para empezar, el artículo 16.1 LTD indica que tanto la evaluación de riesgos como la planificación preventiva del teletrabajo deberán tener en cuenta “los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo”, prestando especial atención a “los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo”. Asimismo, dichas actuaciones preventivas deberán tener en cuenta, “en particular”, la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada.

Sin perjuicio de lo que luego veremos sobre la desconexión digital y su vinculación con los riesgos psicosociales, conviene tener en cuenta, en primer lugar, que tanto la evaluación de los riesgos ergonómicos y organizativos del teletrabajo como la planificación de las actividades preventivas que procedan, son las dos principales herramientas, los dos “instrumentos esenciales”, del “plan de prevención de riesgos” que toda empresa está obligada a implementar en virtud de lo dispuesto en el artículo 16.2 LPRL. Y la elaboración y puesta en práctica de dicho plan de prevención, que ineludiblemente requiere una “evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores”⁵¹, es una de las más significativas manifestaciones del “deber de protección” que recae sobre el empleador para poder “garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”, tal como indica el artículo 14.2 LPRL.

50. Artículo 15 LTD.

51. Tal como indica el artículo 16.2.a) LPRL.

O sea, que, en virtud del carácter imperativo de la normativa de prevención de riesgos laborales, la evaluación de los riesgos específicos del teletrabajo y la subsiguiente elaboración del plan de prevención deberían ser realizados con carácter previo al acuerdo de trabajo a distancia. Aunque el artículo 7 LTD, donde se regula el “contenido mínimo obligatorio” del acuerdo de trabajo a distancia, no indique nada al respecto, resulta obvio que gran parte de dicho contenido va a estar condicionado por el plan de prevención que la empresa ha de elaborar obligatoriamente. Así, aspectos tan esenciales de dicho contenido mínimo como los equipos y herramientas necesarias para la realización de la actividad a distancia concertada, el horario de trabajo, las reglas de disponibilidad de la persona teletrabajadora y, especialmente, el “lugar de trabajo” en remoto elegido por esta, no pueden ser acordados sin que antes hayan sido evaluados por las personas o servicios con “competencias en materia preventiva” a los que alude el artículo 16.2 LTD.

A esa conclusión conduce asimismo lo dispuesto en el artículo 16.2 LTD cuando exige a “la empresa” que obtenga “toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesta la persona que trabaja a distancia mediante una metodología que ofrezca confianza respecto de sus resultados”, con el objetivo de poder adoptar las medidas de protección que resulten más adecuadas en cada caso, lo que conduce inevitablemente a una actuación preventiva previa a la adopción del acuerdo de teletrabajo. Lógicamente, la metodología de obtención de datos más eficaz para evaluar los riesgos existentes en cualquier lugar de trabajo ha de basarse en una inspección visual *in situ*, efectuando las mediciones, pruebas y comprobaciones pertinentes, de ahí que el propio artículo 16.2 LTD también se ocupe de regular la visita al lugar de trabajo por parte de los servicios de prevención cuando la obtención de dicha información así lo exija, en cuyo caso los servicios competentes en materia preventiva deberán emitir un “informe escrito que justifique dicho extremo”, que se entregará tanto a la persona teletrabajadora como a las delegadas y delegados de prevención.

En teoría, la información sobre los riesgos existentes en el lugar de trabajo también podría ser transmitida por la propia persona teletrabajadora, tal como prevé el legislador al indicar que el desarrollo de la actividad preventiva por parte de la empresa “podrá efectuarse en base a la determinación de los riesgos que se deriven de la información recabada de la persona trabajadora según las instrucciones del servicio de prevención”. Pero esta fórmula de determinación de los riesgos existentes en el lugar de trabajo puede estar mediatizada por el nivel de formación preventiva de la persona teletrabajadora e incluso por su propia percepción subjetiva sobre los riesgos existentes en el lugar donde se vaya a desarrollar el teletrabajo, por lo que, para elaborar un plan de prevención realmente eficaz fundamentado sobre la información recabada a la persona teletrabajadora, será necesario contar con una metodología de obtención de datos fiable y contrastada que los servicios de prevención sólo podrán elaborar, en la práctica, con la realización de una visita al domicilio o al lugar de trabajo previsto en el acuerdo de teletrabajo.

Por ello resulta bastante discutible, a nuestro juicio, que la visita al lugar de trabajo se haga depender, como *conditio sine qua non*, del “permiso de la persona trabajadora” en los casos que esta realice su actividad en su domicilio o en el de una tercera persona física, puesto que, de no obtenerse dicho permiso, la evaluación de riesgos y el plan de prevención tendrán que ser realizados teniendo como única referencia la información recabada a la propia persona teletrabajadora, tal como indica en su último párrafo el artículo 16.2 LTD. Se entiende que el legislador haya querido defender así el derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución Española (CE), pero la seguridad y salud de las personas teletrabajadoras también debería ser considerado como un derecho lo suficientemente relevante como para posibilitar el acceso a la vivienda donde se vaya a realizar el teletrabajo, puesto que no deja de ser una manifestación del derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral del artículo 15 de la propia CE. Hay que tener en cuenta, además, que la negativa de la persona teletrabajadora a la realización de una evaluación de riesgos *in situ* está impidiendo, en cierto modo, que el empresario pueda cumplir con sus obligaciones preventivas y dificulta una efectiva planificación de las condiciones de seguridad y salud laboral de la persona teletrabajadora.

Conviene advertir a este respecto que el propio legislador ha introducido una acotación del entorno de realización de la evaluación de riesgos que podría haber servido como elemento de ponderación de derechos para justificar el acceso a la vivienda en la que se lleve a cabo el teletrabajo, puesto que la evaluación de riesgos sólo deberá alcanzar “la zona habilitada para la prestación de servicios”, no extendiéndose “al resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia”⁵². Esa zona habilitada para la prestación de servicios puede ser considerada, en cierto modo, como una extensión de la empresa, puesto que ese será el entorno de trabajo donde estarán ubicados los medios de producción digitales (*informáticos, telemáticos y de telecomunicación*) que posibilitan la prestación laboral y cuyos riesgos ergonómicos y organizativos han de ser evaluados para poder adoptar las medidas de prevención necesarias, por lo que esa acotación espacial tendría que haber sido suficiente, a nuestro juicio, para no dejar condicionada al permiso de la persona teletrabajadora la visita al lugar de trabajo de los servicios de prevención.

Si acudimos a lo que en otros Estados europeos se ha establecido al respecto, como en el caso del vecino Portugal, no parece que haya habido demasiados problemas en establecer la necesaria visita al domicilio de la persona trabajadora a efectos de seguridad y salud laboral, puesto que esta tiene que facilitar el acceso “al local donde se preste el trabajo”, lo que incluye tanto el domicilio como otro lugar de trabajo en el caso de las personas teletrabajadoras itinerantes, a los profesionales designados por la empresa para llevar a cabo la evaluación y control de las

52. Así se indica en el segundo párrafo del artículo 16.1 LTD.

condiciones de seguridad y salud laboral, siempre durante el período previamente acordado, entre las 9 y las 19 horas y dentro del horario de trabajo⁵³.

Resulta evidente, en cualquier caso, que el legislador español no sólo ha tenido en cuenta a efectos preventivos el teletrabajo realizado a domicilio, sino también a los teletrabajadores nómadas, puesto que además de la vivienda, el artículo 16.1 LTD hace referencia asimismo al “lugar elegido” para el desarrollo del teletrabajo, que puede ser tanto la vivienda de una tercera persona física como cualquier otro espacio habilitado al efecto, en cuyo caso el teletrabajador nómada no podrá negarse a la visita de los servicios de prevención de la empresa cuando así lo exija la obtención de la información para efectuar la evaluación de los riesgos existentes en el lugar de trabajo.

En relación, en fin, con la evaluación de los riesgos ergonómicos, en concreto, habrá que prestar especial atención al diseño, características y ubicación de los medios digitales que se vayan a utilizar, por lo que resultará de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización⁵⁴. Dicha norma reglamentaria efectuó la transposición al ordenamiento español de la Directiva 90/270/CEE, de 29 de mayo de 1990⁵⁵, promulgada en un momento en el que los riesgos psicosociales derivados de la hiperconectividad asociada a Internet aún no se habían manifestado plenamente, por lo que su principal objetivo era el de evitar la carga mental, los riesgos físicos y los daños para la vista que podría entrañar una utilización excesivamente prolongado de las pantallas de visualización⁵⁶. Con el fin de prevenir todos esos riesgos laborales, la norma contiene un Anexo con las disposiciones técnicas mínimas que las personas teletrabajadoras habrán de tener en cuenta en relación con el equipo informático (pantalla, teclado, mesa o superficie de trabajo y asiento), el entorno de trabajo (espacio, iluminación, reflejos y deslumbramientos, ruido, calor, emisiones, humedad) y la interconexión ordenador-persona (programas, sistemas operativos y principios ergonómicos aplicables al tratamiento de la información). Estas disposiciones técnicas son plenamente vinculantes, puesto que están incorporados a una norma jurídica de carácter imperativo, y resultan extensibles al teletrabajo nómada, dado que también son aplicables a los “sistemas llamados portátiles”, cuando estos “se utilicen de modo continuado en un puesto de trabajo”⁵⁷.

53. Tal como se indica en el artículo 170.A.4 del *Código de Trabalho*, añadido por *Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro, que modifica o regime de teletrabalho, alterando o Código do Trabalho e a Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro, que regulamenta o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais*. El precepto dice literalmente lo siguiente: “O trabalhador faculta o acesso ao local onde presta trabalho aos profissionais designados pelo empregador que, nos termos da lei, têm a seu cargo a avaliação e o controlo das condições de segurança e saúde no trabalho, em período previamente acordado, entre as 9 e as 19 horas, dentro do horário de trabalho”, puede verse *on line* en https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=3483&pagina=1&ficha=1.

54. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-8671>.

55. Sobre disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización. *Vid.* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:31990L0270>.

56. Narváez Turci, G.: *El impacto social de la robotización y digitalización del mercado de trabajo*, ob. cit., p. 58.

57. Tal como se deduce, *sensu contrario*, de lo dispuesto en el artículo 1.3.d) del Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, que solo excluye de su ámbito de aplicación el uso esporádico de los sistemas portátiles.

V. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL COMO MEDIDA DE SALUD LABORAL PREVALENTE FRENTE A LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EMERGENTES

A. La regulación portuguesa del derecho a la desconexión digital

Las nuevas tecnologías de la información permiten trabajar *anytime, anywhere*, por lo que se ha tornado habitual, y a veces incluso esperado, que el trabajo se realice y se lleve a cabo más allá de los locales de la empresa. Esto significa que el trabajo puede prolongarse más allá del periodo normal de trabajo y fuera del horario laboral establecido, lo que a menudo provoca una sobrecarga de información y un exceso de trabajo asociado a una presión cada vez mayor por hacer más en menos tiempo. Pero la disponibilidad que implica el contrato de trabajo no es total ni absoluta y la subordinación legal tiene inevitables limitaciones funcionales y temporales. El tiempo de descanso o de relajación, como indica el sustantivo, corresponde a un tiempo en el que el trabajador descansa o puede descansar. O, más ampliamente, dedicarse al ocio. Es un tiempo que invoca el concepto de vida privada.

El derecho a la desconexión, reclamado desde hace años por un amplio sector de la abogacía, se considera una salvaguarda del clásico derecho al descanso. En esencia, el derecho tiene una doble dimensión. Por un lado, existe una dimensión vertical, relativa a la relación entre el trabajador y su empresario o los superiores jerárquicos, y, por otro, existe una dimensión horizontal, que también puede hacerse valer con respecto a los compañeros de trabajo con los que no existe relación jerárquica, los clientes u otras personas con las se interactúa en un contexto profesional. Naturalmente, el deber asociado al derecho a la desconexión será necesariamente la obligación de comportamiento omisivo por parte del empresario, es decir, el deber de no molestar al trabajador fuera del horario de trabajo.

Si, por un lado, había quienes consideraban que la legislación vigente era suficiente y ya proporcionaba una protección adecuada a los trabajadores, al limitarse la subordinación (y la disponibilidad inherente del trabajador) a las horas de trabajo previstas, el derecho al descanso y el derecho a conciliar la vida profesional, privada y familiar se entendían, en sí mismos, como motivos suficientes para que no se permitiera a los trabajadores atender al teléfono o responder a un correo electrónico fuera de su horario de trabajo, y en el caso de que no fuese así, estas prestaciones de servicios extemporáneas tendrían la consideración jurídica de horas extraordinarias; por otro lado, había quienes consideraban que era necesaria una regulación más profunda de la cuestión para proteger eficazmente los derechos de los trabajadores. El advenimiento del *homo connectus* no debe abrir la puerta al retorno del *homo sclavus*, es decir, la generalización de la tecnología en la vida y en el trabajo no debe conducir a la abolición de los límites temporales de la subordinación jurídica en el trabajo, porque el trabajador no es un siervo, sino una persona y un ciudadano.

Por ello, parecía urgente consagrar un derecho que protegiera los derechos laborales ante este tipo de situaciones, surgiendo así el llamado derecho a la desconexión

que, tras un accidentado proceso legislativo, llegó a consagrarse como *“um dever de abstenção de contacto”*.

Tras la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, que contiene recomendaciones a la Comisión sobre el derecho a la desconexión⁵⁸, el legislador portugués adoptó la Ley 83/2021, de 8 de diciembre, que, en referencia al teletrabajo, introdujo el artículo 169-B del CT, donde se impuso al empresario el deber de abstenerse de contactar con el trabajador durante el periodo de descanso en los términos establecidos en el artículo 199-A del CT. En este precepto, que aparece integrado en la sección dedicada a la duración y organización del tiempo de trabajo, se consagra el deber del empresario *“de se abster de contactar o trabalhador no período de descanso, ressalvadas as situações de força maior”*.

Así, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 169.1 y 170.1 CT, donde se reconoce a los teletrabajadores los mismos derechos que a los trabajadores presenciales, especialmente en lo relativo a su derecho a la privacidad, al horario de trabajo y al tiempo de descanso y reposo de la familia de las personas teletrabajadoras, estas tienen derecho a apagar los dispositivos digitales y los teléfonos inteligentes, y a no responder a correos electrónicos ni a llamadas telefónicas fuera de las horas normales de trabajo. Por lo tanto, cualquier exigencia del empresario en relación con el uso de estos dispositivos durante estos periodos de descanso es ilegal. Si el Plan de Acción sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales anima a los interlocutores sociales a trabajar juntos para explorar las medidas necesarias para garantizar unas condiciones de teletrabajo justas y asegurar que todos los trabajadores puedan disfrutar efectivamente de su derecho a la desconexión, más que un derecho, el artículo 169 CT pretende imponer expresamente al empresario el deber de abstenerse de contactar con el trabajador durante su período de descanso. Esto significa que el legislador portugués ha optado, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, por atribuir al empresario la responsabilidad de velar por el respeto de este derecho fundamental de los trabajadores, yendo más allá de un mero derecho del trabajador.

Además, la Ley establece que cualquier trato desfavorable a los trabajadores por ejercer su derecho a no ser contactados se considerará una práctica discriminatoria (art. 199-A.2 CT). El incumplimiento del deber de abstención del empresario también se considera una infracción administrativa grave en los términos del apartado 3 del artículo 199-A CT.

Un caso particular es el de los supuestos de exención de horario de trabajo previstos en el artículo 218 CT, entre los que se encuentra, precisamente, el teletrabajo y otros casos de ejercicio regular de la actividad laboral fuera de las instalaciones de la empresa, sin control inmediato del superior jerárquico⁵⁹. En cualquiera de las formas

58. Accesible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_PT.html. Entre ellos: (i) la protección del trabajador en caso de violación de su derecho a la desconexión, (ii) el deber de información del empresario, (iii) el régimen sancionador y (iv) el fuerte componente de control de este derecho por parte de los Estados miembros.

59. Los demás supuestos son: a) el ejercicio de cargo administrativo, de dirección o de funciones de confianza, fiscalización o apoyo al titular de esos cargos, y b) la ejecución de trabajos preparatorios o complementarios que, por

previstas por la ley, esto implica que el trabajador puede ser llamado a trabajar en cualquier momento y por períodos que dependen del tipo de exención acordada. No obstante, el artículo 219.3 CT garantiza el derecho al descanso semanal obligatorio y complementario, al tiempo libre en días festivos y al descanso diario (entre dos jornadas de trabajo). Estos periodos pueden localizarse de forma variable, dando lugar a situaciones concretas que pueden suscitar múltiples dudas, pero siempre deberán quedar definidos en el acuerdo de exención de horario para que, durante ellos, se aplique el “deber de abstención” consagrado en el nuevo artículo 199-A CT.

Esta regulación del deber de abstenerse de contactar con las personas trabajadoras, deja abierta, no obstante, una miríada de cuestiones, entre las que cabría señalar, por ejemplo, la relevancia de los contactos realizados por directivos que no son superiores jerárquicos del trabajador o los contactos realizados por compañeros, clientes o proveedores cuya respuesta, en la política empresarial subyacente, es necesaria, la relevancia de los contactos que señalan tareas aplazadas o la posibilidad, sin perder de vista el *non bis in idem* y las infracciones administrativas subyacentes, de la acumulación con la práctica del acoso moral.

Por lo demás, sigue planteándose la cuestión de qué ha de entenderse por “situaciones de fuerza mayor”. En nuestra opinión, este análisis debe hacerse en el marco del derecho civil, según el cual el concepto de fuerza mayor se basa en la idea de la inevitabilidad, es decir, se trata de cualquier acontecimiento natural o acción humana que, aunque previsible o incluso presumible, no puede evitarse, ni en sí misma ni en sus consecuencias, como, entre otros, incendios, inundaciones, catástrofes naturales, guerras, encarcelamientos, robos, motines, rebeliones, órdenes de las autoridades o fallos generalizados de las telecomunicaciones. Las ideas clave que caracterizan el concepto de fuerza mayor son la imprevisibilidad y la inevitabilidad, aunque cabe la negociación colectiva para precisarlas.

B. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

La progresiva digitalización de la actividad productiva ha posibilitado, como hemos indicado, la puesta a disposición del empleador de la fuerza de trabajo casi sin límites espaciales y temporales, lo que lleva aparejado una potencial hiper conectividad laboral o profesional que, en el caso de las personas teletrabajadoras singularmente, puede conducir a una prolongación excesiva de la jornada de trabajo y a la difuminación de la frontera entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso. La doctrina española ha puesto de manifiesto las adversas consecuencias para la seguridad y salud laboral de esa hiper conectividad⁶⁰, que se encuentra también en la base del surgimiento de nuevos riesgos psicosociales como la tecno-ansiedad, la locura multitarea

su naturaleza, sólo puedan ser efectuados fuera de ellos límites del horario de trabajo.

60. Lozano Lares, F.: “Tiempo de trabajo y derechos digitales”, ob. cit., pp. 313-314.

o el síndrome de fatiga informática, puesto que facilita la difusión de comportamientos asociales y propicia estados de alienación que allanan el camino para la activación de riesgos psíquicos, enfermedades mentales y depresivas⁶¹.

Resulta evidente, por tanto, que la desconexión digital, más allá de su consideración como medida de conciliación de la vida laboral y familiar, se presenta como la técnica de prevención más idónea y eficaz tanto para hacer frente a los clásicos problemas de salud ocasionados por la falta de descanso, como para combatir los riesgos psicosociales emergentes derivados de las tecnologías digitales. En la medida en que permite ajustar las jornadas de trabajo a unos límites razonables, delimita los tiempos de disponibilidad y garantiza el descanso necesario, el derecho a la desconexión digital acaba desplegando sus principales efectos en el ámbito de la prevención de riesgos laborales de las personas teletrabajadoras, que se ven abocadas a realizar su actividad laboral con medios digitales, de ahí que deba ser considerado como una manifestación del genérico derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral⁶².

Es por ello que, como no podía ser de otro modo, la LTD también se ocupa de regular el derecho a la desconexión digital, pero no lo hace en la sección relativa a la prevención de riesgos laborales sino en una sección dedicada a “los derechos relacionados con el uso de medios digitales”. En el artículo 18.1 de dicha sección de la LTD se indica que “las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre”, lo que nos parece una remisión bastante desafortunada porque, como vamos a intentar poner de manifiesto, la norma a la que la LTD se remite, que es la Ley Orgánica sobre protección de datos de carácter personal y garantía de los derechos digitales (LOPD), no es el marco legal más adecuado para insertar la regulación del derecho a la desconexión digital.

Hay que tener en cuenta, de entrada, que el derecho a la desconexión digital aparece concebido en el artículo 88.1 LOPD con la doble finalidad de garantizar el derecho al descanso y el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, puesto que tiene como objetivo garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, tanto “el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones”, como “su intimidad personal y familiar”. Por otro lado, el artículo 88.2 LOPD, cuando hace referencia a las “modalidades de ejercicio de este derecho”, hace especial hincapié en la necesidad de que, atendiendo a la naturaleza y objeto de la relación laboral, se potencie “el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar”.

61. Alemán Páez, F.: “El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizada al hilo de la “Loi Travail n° 2016-1088”, *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017, p. 17.

62. Así lo viene entendiendo la doctrina española, como puede verse en Igartua Miró, M. T.: “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y garantía de los derechos digitales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 432, 2019, pp. 61-87, para quien parece claro que es necesario un enfoque preventivo del derecho a la desconexión digital con el fin de “paliar las nefastas consecuencias que la conectividad permanente puede tener sobre la salud de los trabajadores”. En idéntico sentido, Lozano Lares, F.: “Tiempo de trabajo y derechos digitales”, ob. cit., p. 321, y Narváez Turci, G.: *El impacto social de la robotización y digitalización del mercado de trabajo*, ob. cit., p. 180.

El artículo 88 LOPD hace prevalecer así la funcionalidad menos relevante del derecho a la desconexión digital, la relacionada con las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar, sobre su enorme potencialidad en materia de seguridad y salud laboral, puesto que lo verdaderamente significativo de la desconexión digital es la garantía de descanso adecuado que implica, imponiendo una medida absolutamente necesaria de control, prevención y organización saludable del tiempo de trabajo. El legislador tendría que haber aprovechado, pues, la aprobación de la LTD para resaltar esta funcionalidad preventiva de la desconexión digital en el ámbito del teletrabajo y no limitarse a efectuar una remisión en bloque a un precepto de la LOPD que, como ya advirtiera la doctrina española, no era precisamente un dechado de precisión ni establecía medidas concretas de desconexión digital⁶³. De hecho, el artículo 88.2 LOPD encomienda la delimitación de las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital a lo dispuesto “en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”, lo que implicaba una evidente delegación a la regulación convencional para concretar las fórmulas de implementación de las técnicas digitales que posibiliten una desconexión efectiva⁶⁴. Eso mismo es lo que el legislador ha venido a indicar en el segundo párrafo del artículo 18.2 LTD, completando así lo dispuesto en el artículo 88.2 LOPD, al indicar que los convenios o acuerdos colectivos de trabajo “podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia”, estableciendo también una adecuada organización de la jornada de forma “que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso”.

En cualquier caso, esa autorización *ex lege* a la negociación colectiva para concretar las medidas técnicas de desconexión que garanticen un descanso adecuado no implica, en modo alguno, una elusión de la responsabilidad empresarial en esta materia, de ahí que el artículo 88.3 LOPD también deje establecido el deber de la empresa de elaborar, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, una “política interna” de desconexión digital dirigida a todas las personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que se definan las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. A esta política empresarial de desconexión digital se le exige, en concreto, que preste especial atención en la salvaguarda del derecho a la desconexión digital “en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia”, así como en aquellos casos en que el domicilio de la persona empleada esté “vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.

63. El artículo 88 LOPD venía a ser una copia, en realidad, del modelo francés de desconexión digital establecido en la *Loi Travail n° 2016-1088*, cuyas carencias reproducía. *Vid.*, sobre ello, Alemán Páez, F.: “El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizada al hilo de la *Loi Travail n° 2016-1088*”, *ob. cit.*, pp. 12-33. En el mismo sentido, Lozano Lares, F.: “Tiempo de trabajo y derechos digitales”, *ob. cit.*, p. 317.

64. *Vid.*, en ese sentido, Tascón López, R.: “Derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)”. *Trabajo y Derecho*, núm. 41, 2018, pp. 45-63; Taléns Visconti, E. E.: “La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2018, pp. 193-208.

Resulta evidente que el legislador, cuando aprobó en 2018 la LOPD, ya estaba pensando en la especial necesidad de desconexión digital que tenían las personas teletrabajadoras, por lo que resulta hasta cierto punto sorprendente que, tres años después, el artículo 18.2 LTD se dedicara a reproducir literalmente lo indicado en el artículo 88.3 LOPD sobre la política empresarial de desconexión digital, desaprovechando la ocasión de especificar algunos de los mecanismos de desconexión automáticos que deberían ser utilizados. Hay que tener en cuenta que, por esas fechas, ya había suficientes ejemplos de técnicas de desconexión automáticas, algunas de ellas incluso previstas en la propia negociación colectiva, que podrían haber adquirido rango de ley, como el llamado *mail on holiday*, la redirección de los correos electrónicos, la desconexión de los servidores para evitar que la empresa contacte con las personas teletrabajadoras más allá del horario laboral o los sistemas de alerta que advierten sobre la necesidad de desconectar a quienes continúen trabajando durante su tiempo de descanso⁶⁵.

Afortunadamente, la LTD no se limitó a reproducir lo establecido en el artículo 88.3 LOPD, sino que también vino a dejar claro, de forma novedosa, que el derecho a la desconexión digital tiene como correlato ineludible la obligación del empleador de abstenerse de comunicarse con las personas teletrabajadoras durante su tiempo de descanso. Eso se deduce claramente de lo dispuesto en el artículo 18.1 LTD cuando indica que el “deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso”, así como la necesidad de respetar la duración máxima de la jornada y los demás límites y precauciones en materia de jornada establecidos en la normativa legal o convencional aplicables.

El legislador español, pues, aunque deja en manos de la negociación colectiva la delimitación de los mecanismos tecnológicos u organizativos de desconexión digital, hace recaer sobre el empresario el deber de respetar en todo caso el derecho al descanso de las personas teletrabajadoras, ya estén o no convencionalmente establecidos dichos mecanismos de desconexión digital.

VI. CONCLUSIONES

Tanto la LPRL española como su homóloga LSST portuguesa se articulan en torno al principio de seguridad integrada y la obligación general de seguridad, que entrañan la puesta en práctica de un modelo *gerencial* de seguridad y salud laboral pensado para el sistema de producción fordista, con centros de trabajo que concentran un gran número de trabajadores. Pero ese modelo gerencial de seguridad y salud laboral, que ya venía mostrando carencias para hacer frente a los procesos de externalización productiva iniciados a partir de la década de 1980, es completamente inoperante

65. Sobre este tipo de mecanismos de desconexión automática, *vid.* Pérez Campos, A. I.: “La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 52, 2019, pp. 101-124.

para dar respuesta a los problemas de seguridad y salud laboral generados por el teletrabajo, donde se produce una especie de difuminación de la clásica noción de centro de trabajo que puede entrañar numerosos riesgos laborales, desde los riesgos ergonómicos vinculados al uso de pantallas de visualización a los nuevos riesgos psicosociales derivados de la tecnología digital.

En materia de condiciones de seguridad y salud de las personas teletrabajadoras hay que distinguir tres grandes áreas de actuación preventiva: a) la evaluación de las condiciones ergonómicas y organizativas del puesto de teletrabajo (equipos, tiempo, tareas); b) el establecimiento de fórmulas de acceso a los lugares de teletrabajo que, sin interferir en la intimidad del hogar familiar o teniendo en cuenta la movilidad de los teletrabajadores nómadas, permitan una efectiva evaluación y control de las condiciones materiales de ejecución del teletrabajo; c) el reconocimiento y regulación del derecho a la desconexión digital.

En relación con la evaluación de los riesgos ergonómicos y organizativos habrá que prestar especial atención al diseño, características y ubicación de los medios digitales que se vayan a utilizar, por lo que resultará de aplicación lo dispuesto en la Directiva 90/270/CEE, de 29 de mayo, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyan pantallas de visualización, ya transpuestas en ambos ordenamientos español y portugués. Habrá que adoptar, pues, medidas de prevención y protección adecuadas en relación con el equipo informático (pantalla, teclado, mesa o superficie de trabajo y asiento), el entorno de trabajo (espacio, iluminación, reflejos y deslumbramientos, ruido, calor, emisiones, humedad) y la interconexión ordenador-persona (programas, sistemas operativos y principios ergonómicos aplicables al tratamiento de la información). Asimismo, a efectos de organización de la actividad realizada en régimen de teletrabajo se deberá tener en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de contar con períodos de descanso y desconexiones durante la jornada.

Tanto la evaluación de estos riesgos ergonómicos y organizativos como el subsiguiente plan de prevención deberían ser realizados antes del acuerdo de trabajo a distancia en virtud del carácter imperativo de la normativa de prevención de riesgos laborales. Resulta obvio que aspectos tan esenciales del contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia como los equipos y herramientas necesarias para la realización de la tele actividad concertada, el lugar de trabajo en remoto que haya sido elegido por la persona teletrabajadora, el horario de trabajo y las reglas de disponibilidad, entre otras condiciones de teletrabajo, inciden de lleno en la planificación de las medidas de prevención a adoptar, por lo que no deberían ser acordados sin haber sido evaluados previamente por las personas o servicios de prevención.

Para obtener todos los datos necesarios a efectos de planificación preventiva del teletrabajo se puede recurrir a la información suministrada por la propia persona teletrabajadora o mediante la realización de una visita al lugar de trabajo por parte de los servicios de prevención de la empresa. La determinación de los riesgos existentes en el lugar de trabajo por la propia persona teletrabajadora puede estar mediatizada por su nivel de formación preventiva e incluso por su propia percepción subjetiva

sobre los riesgos existentes en el lugar donde se vaya a desarrollar el teletrabajo, por lo que la visita y la inspección visual *in situ* por parte de los servicios de prevención, efectuando las mediciones, pruebas y comprobaciones pertinentes, es el medio de obtención de información más eficaz para evaluar los riesgos existentes en cualquier lugar de trabajo. Por ello resulta bastante discutible que la visita al lugar de trabajo se haga depender del permiso de la persona trabajadora en los casos que esta realice su actividad en su domicilio o en el de una tercera persona física, puesto que, si no se obtiene dicho permiso, la evaluación de riesgos y el plan de prevención tendrán que realizarse teniendo como única referencia la información aportada por la propia persona teletrabajadora. En este sentido, parece mucho más acertada la legislación portuguesa cuando, en cierto modo, exige a la persona teletrabajadora que permita el acceso al lugar de trabajo a los profesionales designados por el empleador para evaluar las condiciones de salud y seguridad laboral del puesto de trabajo en una franja horaria previamente acordada dentro de la jornada de trabajo.

En lo que respecta, en fin, a la implementación del derecho a la desconexión digital, también cabe apreciar significativas diferencias entre la regulación española y portuguesa. En el caso español, hay que tener en cuenta que su reconocimiento ya fue efectuado en el año 2018 a través del artículo 88.1 LOPD con el doble objetivo de garantizar el derecho al descanso y el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, quedando establecido también, en virtud de lo dispuesto en el artículo 88.3 LOPD, el deber empresarial de elaborar una política interna de desconexión digital. De ese modo, lo que el artículo 18.1 LTD vino a establecer tres años después es que el derecho a la desconexión digital tiene como correlato ineludible el deber del empleador de abstenerse de comunicarse con las personas teletrabajadoras durante su tiempo de descanso, puesto que se atribuye al empresario la obligación de garantizar la necesaria limitación en el uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso. El legislador portugués ha sido, en cambio, mucho más directo y tajante en este punto, puesto que en los artículos 169-B y 199-A de su CT, introducidos por Ley 83/2021, de 8 de diciembre, se ha impuesto al empresario el deber de abstenerse de contactar con las personas teletrabajadoras durante el periodo de descanso. De ese modo, el legislador portugués no se ha detenido tanto en el derecho a la desconexión digital, sino que se ha centrado en la responsabilidad del empleador de respetar este derecho de las personas teletrabajadoras.

En cualquier caso, sin perjuicio de sus efectos sobre el derecho a la intimidad personal y familiar, el deber empresarial de desconexión digital, en la medida en que acota la jornada de trabajo a los límites legalmente estipulados y garantiza el derecho al descanso necesario, despliega sus principales efectos en el ámbito de la prevención de riesgos laborales de las personas teletrabajadoras, que se ven abocadas a realizar su actividad laboral con medios digitales, de ahí que el derecho a la desconexión digital deba ser considerado, ante todo, como una manifestación del genérico derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral.

Bibliografía

- Alemán Páez, F.: "El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizada al hilo de la "Loi Travail n° 2016-1088", *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017, pp. 12-33.
- Aragüez Valenzuela, L.: *Relación laboral "digitalizada": colaboración y control en un contexto tecnológico*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- Di Martino, V. y Wirth, L.: "Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y de vida", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 109, núm. 4, 1990, pp. 469-498.
- EUROFOUND-ILO: *Working anytime, anywhere: the effects on the world of work*, Publications Office of the European Union and the International Labor Office, Luxembourg-Geneva, 2017.
- Handy, S. L. y Mokhtarian, P. L.: "The future of telecommuting", *Futures*, vol. 28, núm. 3, 1996, pp. 227-240, DOI: [https://doi.org/10.1016/0016-3287\(96\)00003-1](https://doi.org/10.1016/0016-3287(96)00003-1).
- Igartua Miró, M. T.: "El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y garantía de los derechos digitales", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 432, 2019, pp. 61-87, DOI: <https://doi.org/10.51302/rtss.2019.1350>.
- Igartua Miró M. T.: "Teletrabajo y riesgos psicosociales: la imperiosa necesidad de reforzar la tutela preventiva", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 3, 2021, pp. 175-212, DOI: [10.12795/tpdm.2021.i3.10](https://doi.org/10.12795/tpdm.2021.i3.10).
- Irene Gomes, M.: "Primeiras reflexões sobre a revisão do regime jurídico do contrato de trabalho a termo pelo novo Código do Trabalho", *Scientia Iuridica*, núm. 318, 2009, pp. 281-310.
- Lázaro Sánchez, J. L.: "Sobre el acuerdo del trabajo a distancia: voluntariedad, contenido, modificación y reversibilidad del pacto", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 3, 2021, pp. 115-141, DOI: [10.12795/tpdm.2021.i3.08](https://doi.org/10.12795/tpdm.2021.i3.08).
- Lobo Xabier, B.: *Manual de Direito do Trabalho*, Rei dos Livros, Lisboa, 2019.
- Lousada Arochena, J. F. y Ron Latas, R. P.: "Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español", en Villalba Sánchez, A. y Mella Méndez, L. (coords.): *Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 31-46.
- Lozano Lares, F.: "Tiempo de trabajo y derechos digitales", en González Ortega, S. (coord.): *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo. XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla, 2020, pp. 289-326.
- Lozano Lares, F.: *Tipología del tratamiento técnico de la siniestralidad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2015.
- Lozano Lares, F.: *El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral. Un análisis tipológico*, Cinca, Sevilla, 2014.
- Machado Dray, G.: "Teletrabalho, sociedade da informação e direito", en *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, vol. III, pp. 261-286.
- Monteiro Fernandes, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2017.
- Montreuil, S. y Lippel, K.: "Telework and occupational health: a Quebec empirical study and regulations implications", *Safety Science*, vol. 41, núm. 4, 2003, pp. 339-358. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0925-7535\(02\)00042-5](https://doi.org/10.1016/S0925-7535(02)00042-5)
- Narváez Turci, G.: *El impacto social de la robotización y digitalización del mercado de trabajo*, Laborum, Murcia, 2022.
- OIT: *Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016.
- Pérez Campos, A. I.: "La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 52, 2019, pp. 101-124. DOI: [10.54571/ajee.415](https://doi.org/10.54571/ajee.415)
- Rodríguez Rodríguez, E.: "La transcendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales", *Temas Laborales*, núm. 146, 2019, pp. 121-158.
- Romano Martínez, P.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2021.

- Sierra Benítez, E. M.: "La consolidación del teletrabajo y las variantes subjetivas en el Derecho del Trabajo", *Revista Jurídica del Trabajo*, vol. 1, núm. 2, 2020, pp. 269-284.
- Taléns Visconti, E. E.: "La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva", *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2018, pp. 193-208.
- Tascón López, R.: "Derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)". *Trabajo y Derecho*, núm. 41, 2018, pp. 45-63.
- Teles de Menezes Leitão, L.M.: *Direito do Trabalho*, Edições Almedina, Coimbra, 2019.
- Vieira Gomes, J.: *Direito do Trabalho. Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- Zenha Martins, J.: "O Teletrabalho Revisitado", *Minerva. Revista de Estudos Laborais*, Vol. 10, núm. 2020, pp. 59-93, DOI: <https://doi.org/10.34628/psta-r849>.
- Zenha Martins, J.: "A pandemia e a morfologia do trabalho digital: que futuro para o Direito do (tele) Trabalho?", *Revista do Ministério Público*, número especial COVID-19, 2020, pp. 391-432.



Estudio comparado del tratamiento normativo de la suspensión del contrato de trabajo por situaciones de fuerza mayor, por razones económicas técnicas, productivas y penales: notas al régimen interno español y colombiano*

COMPARATIVE STUDY OF THE REGULATORY TREATMENT OF THE SUSPENSION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT DUE TO SITUATIONS OF FORCE MAJEURE, FOR TECHNICAL, PRODUCTIVE AND CRIMINAL ECONOMIC REASONS: NOTES TO THE SPANISH AND COLOMBIAN INTERNAL REGIME

Carlos José Martínez Mateo

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

carlomatt@uma.es  0000-0002-0263-650X

Recibido: 17.09.2023 Aceptado: 16.10.2023

RESUMEN

La relación de trabajo se encuentra sujeta a determinadas vicisitudes que pueden ocasionar la extinción del contrato de trabajo, pero que en la práctica provocan únicamente la suspensión de las obligaciones bilaterales para mantener vigente el contrato. Una vez desaparecidas esas vicisitudes, la relación laboral puede reanudarse con normalidad. El presente artículo se basa en un estudio comparado de la regulación de los tres casos más relevantes de suspensión del contrato de trabajo, es decir, por causas de fuerza mayor, por razones económicas técnicas, productivas y penales en los regímenes internos del Reino de España y la República de Colombia. La cuestión básica se centra en cómo tratan estos ordenamientos laborales aquellas situaciones en las que el trabajador no puede ir a cumplir con su obligación por una serie de vicisitudes como las descritas, lo que marca más las diferencias que las similitudes entre la legislación española respecto a la colombiana.

PALABRAS CLAVE

Suspensión
Trabajador
Empresario
Contrato
Obligación

* Agradecimientos a la Universidad de Málaga para poder realizar esta contribución científica a través de su Plan propio de investigación - tipo D2 investigadores de la UMA en centros de investigación de calidad (Universidad de Granada).

ABSTRACT

The employment relationship is subject to certain vicissitudes that may cause the termination of the employment contract, but in practice they only cause the suspension of bilateral obligations to keep the contract in force. Once these vicissitudes have disappeared, the employment relationship can resume normally. This article is based on a comparative study of the regulation of the three most relevant cases of suspension of the employment contract, that is, due to force majeure, for technical, productive, and criminal economic reasons in the internal regimes of the Kingdom of Spain and the Republic of Colombia. The basic question focuses on how these labor regulations treat those situations in which the worker cannot fulfill his obligation due to a series of vicissitudes such as those described, which marks more the differences than the similarities between Spanish legislation and Colombian legislation.

KEYWORDS

Suspension
Worker
Employer
Contract
Obligation

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
- III. CAUSAS SUSPENSIVAS
 - A. Suspensión por fuerza mayor
 1. *Tratamiento en derecho español*
 2. *Consideraciones al derecho colombiano*
 - B. Suspensión por causas económicas, técnicas y productivas
 1. *Particularidades del derecho español*
 2. *La regulación colombiana*
 - C. Suspensión por causas penales
 1. *Régimen español*
 2. *Causas en el sistema colombiano*
- IV. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho laboral de Colombia y España, dos países dotados de vínculos históricos e idiomáticos¹, es la rama del Derecho que por excelencia regula, como en tantos otros Ordenamientos, la actividad humana. En este sentido, las relaciones laborales al venir marcadas en virtud de principios como la obligatoriedad, la protección, la estabilidad y el derecho al trabajo, entre otros, deben ser también protegidas en situaciones de crisis o de eventualidades. Es así como en ambos países las regulaciones de la suspensión del contrato de trabajo, en especial la acontecida por razones económicas,

1. La República de Colombia y el Reino de España son dos estados que comparten su pertenencia al sistema de Cumbres Iberoamericanas y han firmado acuerdos y tratados bilaterales sobre doble nacionalidad, cooperación judicial, extradición, seguridad social, garantía de propiedad intelectual, evitación de la doble imposición, entre otros. En 2013, la UE (lo cual incluye España) suprimió la necesidad de visado para los colombianos.

técnicas, productivas y las situaciones de fuerza mayor tendrán diferencias observables, pero en ciertos casos responderán a esta necesidad.

A tenor de lo expresado y con la intencionalidad de aprovechar fortalezas y descubrir debilidades de ambos sistemas, se hace necesario un realizar un estudio comparativo y detallado del régimen de estas causas suspensivas aprovechando a su finalización con la realización de unas propuestas *de lege ferenda* para ambos sistemas. Por esto, se comenzará haciendo referencia comparativa a la definición de la suspensión del contrato de trabajo desde una perspectiva tanto doctrinal como judicial, y se procederá a analizar en posteriores epígrafes los efectos de estas redacciones.

II. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Las empresas poseen un gran papel social pues, gracias a ellas y a los ingresos que aportan por su trabajo, las familias encuentran garantizada su supervivencia y bienestar. No obstante, la cuestión se centra en qué sucede con esos ingresos si el sujeto no puede ir a trabajar por una serie de vicisitudes que den lugar a la suspensión de su contrato.

En términos generales, para Vida Soria, Monereo Pérez y Molina Navarrete “la suspensión se caracteriza por el hecho de que, aun no pudiendo ejecutarse temporalmente una de las obligaciones (prestaciones) esenciales que derivan de él (...), el vínculo jurídico no se verá en principio perjudicado, y perdurará hasta que desaparezca la imposibilidad, momento en que el contrato reanudará su funcionamiento normalmente”². Estas dos circunstancias suspensivas que examinaremos a continuación ocasionan una alteración del cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores, haciéndose necesario para ellos un periodo de suspensión temporal o interrupción que abarca desde el cumplimiento de sus obligaciones en la prestación de su trabajo como del disfrute de los derechos económicos fruto de dicha relación jurídica.

En España estas causas, así como las consecuencias que ocasionan la citada suspensión de las obligaciones contractuales, se establecen por la naturaleza de la relación laboral, en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Estatuto de los Trabajadores, (en adelante denominado con las siglas ET), en sus artículos 45 a 47, y en Colombia a través del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante CST) en su artículo 51 subrogado por el artículo 4 de la Ley 50 de 1990.

El CST establece que el contrato de trabajo se suspenderá por una serie de causales allí previstas de forma taxativa, pues lo pretendido por la norma es evitar que de forma intempestiva el empleador cierre la unidad productiva de la que derivan su subsistencia los trabajadores y su familia. En ese sentido, la suspensión de los contratos laborales debe ser entendida como una situación excepcional.

2. Véase Vida Soria, J.; Monereo Pérez, J. y Molina Navarrete, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2004, p. 604.

En concreto y de entre las 7 causas suspensivas del contrato de trabajo reguladas por el artículo 51 CST, el inciso 1º viene rubricado como “Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución” y el 3º viene como: “Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días y por razones técnicas o económicas, independientes de la voluntad del patrono, siempre que se notifique a los trabajadores la fecha precisa de la suspensión o clausura temporal, con anticipación no inferior a un (1) mes, o pagándoles los salarios correspondientes a este período”.

III. CAUSAS SUSPENSIVAS

A. Suspensión por fuerza mayor

1. Tratamiento en derecho español

La fuerza mayor, conforme al artículo 45.1 ET, se prevé que sea causa suspensiva de la relación laboral. Esta puede afectar a la totalidad de la prestación, por lo que podrá ser suspendida completamente, o podrá reducirse la jornada –a iniciativa del empresario– por causa derivada de fuerza mayor temporal siempre que posea efectos limitados en el tiempo y tales efectos redunden en la dinámica de la producción empresarial y la labor de los trabajadores.

Este precepto, en concordancia con el artículo 47.5 y su remisión al 51.7 ET y 31-33 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre³, señalan que como causa motivadora de la suspensión de los contratos de trabajo (o de la reducción de jornada) se hace necesaria la aparición de una “fuerza mayor temporal”.

Este concepto cuya definición apunta la jurisprudencia como “un acontecimiento externo al círculo de la empresa, absolutamente independiente de la voluntad de esta que sea imprevisible o, siendo previsible, sea inevitable”, es una figura que no existe en nuestro derecho ni siquiera se le hace distinción del caso fortuito, puesto que el artículo 1105 del Código Civil establece una regulación omnicomprensiva de ambos supuestos, en la que se exige que estemos en presencia de sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables.

La distinción, continúa esta sentencia, es de origen doctrinal y judicial, poniendo su acento bien en la imprevisión e inevitabilidad, fuerza mayor, o en la previsión y evitabilidad, caso fortuito, o por el contrario en que el acaecimiento se origine fuera de la empresa o círculo del deudor, fuerza mayor, o en el ámbito interno, caso fortuito. Pero esta distinción no puede obviar los requisitos que se derivan de la definición del artículo 1105 del Código Civil, y, por ello, se pueden contraponer al caso fortuito los

3. Por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

hechos que no se puedan incardinar, por no poder preverse en el curso normal de la vida, en la forma ordinaria de producirse la cosas o los acontecimientos⁴.

En realidad, al igual que en derecho colombiano como veremos más adelante, la fuerza mayor se configura en el marco de la regulación civil en lo relativo a los efectos del incumplimiento del contrato (art. 1105 del Código Civil español en relación con los arts. 1101, 1102, 1103 y 1104 del mismo texto legal) como un criterio de imputación (fuerza mayor y caso fortuito frente a culpa y dolo).

Aquí, sin embargo, no opera la fuerza mayor dentro del enjuiciamiento de un incumplimiento contractual, sino en la apreciación sobre la existencia de una causa de extinción del contrato de trabajo, en la que ese elemento debe valorarse a efectos de determinar la norma aplicable.

En cuanto al procedimiento de suspensión del contrato o reducción de jornada por fuerza mayor, se iniciará mediante solicitud de la empresa dirigida a la autoridad laboral competente⁵, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios, y simultánea comunicación a la representación legal de las personas trabajadoras.

Dicha causa ha de ser debidamente constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados, previo expediente tramitado al efecto. La autoridad laboral solicitará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social antes de dictar resolución.

La resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud, y surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor y hasta la fecha determinada en la misma resolución.

Si no se emite resolución expresa en el plazo indicado se entenderá autorizado el expediente de regulación temporal de empleo.

2. Consideraciones al derecho colombiano

A la hora de tratar la fuerza mayor temporal, corresponde al denominado numeral 1 del artículo 51 del estatuto laboral colombiano la regulación de las situaciones de fuerza mayor y caso fortuito.

En el ordenamiento colombiano, al igual que sucede con el español, se hace necesaria una migración al derecho civil en cuyo artículo 64 del citado Código, se denomina “fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”⁶.

4. Vid. STS rec. 1969/1997, de 22 de diciembre de 1997, ECLI:ES:TS:1997:7939.

5. Dicha autoridad laboral competente se determinará conforme a lo establecido en el artículo 25 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET).

6. Véase Colombia, Congreso de la República, Ley 57 del 15 de abril de 1887.

Los supuestos de “fuerza mayor o el caso fortuito” van a permitir al empresario o al empleador exonerarse de la obligación grave de pagar el salario y al trabajador de prestar su fuerza física laboral. Este hecho para materializarse ha de cumplir con dos requisitos:

1. Debe ser un hecho absolutamente imprevisible.
2. Debe colocar a las partes en la imperiosa imposibilidad de cumplir con dichas obligaciones
3. Debe ser temporal o pasajero, para que, una vez cese, se pueda reanudar el trabajo.

Sobre ello, a finales de los 80's, la Corte Suprema de Justicia⁷ hizo referencia al tema y permitió diferenciar la fuerza mayor del caso fortuito gracias a las aportaciones de Obando Garrido⁸, quien realiza una distinción muy acertada sobre estos dos conceptos que podrían parecer análogos. Señala textualmente que “en la fuerza mayor existe un acontecimiento ajeno a la actividad empresarial que interviene inevitablemente, y que no ha sido contemplado como posible, por ser extraño al trabajo”, y que el caso fortuito “es el hecho accidental o inesperado atmosférico, telúrico, o natural no atribuible a los sujetos laborales, que no puede evitarse e impide efectuar las obligaciones laborales”.

No obstante, en un pasado reciente en el mundo del derecho laboral no ha sido necesario entrar a distinguir ambos conceptos por cuanto las consecuencias son las mismas, más aún en tratándose de las causas de suspensión del contrato de trabajo⁹.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia entra en este estudio y señala muy acertadamente que, “entre los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad, figura la inimputabilidad”, esto es, que el “hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente concomitante del hecho”¹⁰.

Ahora bien, en una sentencia sobre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S. A.¹¹, la empresa alega suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor ante la abolición de la Ley de reserva de carga, lo que conduciría a arrojar pérdidas y que, por lo tanto, la llevó a cambiar su objeto social y ya no contaba con buques para el embarque del trabajador. El Tribunal considera que no es un caso de fuerza mayor, porque la empresa por su propia voluntad decidió variar su objeto social; no poder realizar actividades marítimas no es un hecho repentino ni imprevisible. Cuando se

7. Vid. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de noviembre de 1989, magistrado ponente Alberto Ospina Botero, expediente 24251.

8. En esta línea más ampliamente Obando Garrido, J. M.: *Derecho laboral, Doctrina y Ley*, Bogotá, 2007, pp. 491-492.

9. Benrey-Zorro, J.: “Análisis de la figura de la suspensión de contrato de trabajo del trabajador particular en Colombia y algunas menciones a la legislación extranjera”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 2, 2011, p. 388.

10. Vid. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 28 de noviembre de 2001, magistrado ponente Francisco Escobar Henríquez, expediente 16595.

11. Véase Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 24 de enero de 2006, magistrado ponente Isaura Vargas Díaz, expediente 25370.

está ante esta causa o “causal” de suspensión, el empleador debe dar aviso inmediato al inspector del trabajo o a la primera autoridad política del lugar (L. 50/90, art. 67, núm. 2)¹².

La suspensión durará lo necesario para que la empresa pueda recuperarse, no hay un límite establecido. Según Germán Plazas, el contrato entonces podía suspender de manera indefinida el vínculo laboral¹³.

En definitiva, no todos los hechos que constituyen una fuerza mayor o un caso fortuito necesariamente suspenden el contrato de trabajo, pues, si el empleador logra reubicar a los trabajadores que se ven afectados por el hecho, no hay lugar a la suspensión del vínculo.

B. Suspensión por causas económicas, técnicas y productivas

1. Particularidades del derecho español

La suspensión del contrato de trabajo es la situación de una relación laboral originada por la voluntad de las partes o por la ley, caracterizada por la exoneración temporal de las obligaciones básicas de trabajar y remunerar el trabajo, con pervivencia del vínculo jurídico.

En España, la suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, para los trabajadores por cuenta ajena, aparece recogido en artículo 45.1.j) del vigente Estatuto de los Trabajadores¹⁴ y no recoge de manera taxativa ningún límite de tiempo como veremos a continuación en el Ordenamiento colombiano, en especial en su Código Sustantivo del Trabajo de 120 días.

Además de forma específica, el derecho positivo español regula el conocido procedimiento administrativo general, articulado en el artículo 47 ET (ERE o expediente de regulación de empleo), en relación con el artículo 51 ET (ERTE o expediente de regulación de empleo temporal). A pesar de lo que dispongan dichos preceptos, los cuales conservan un contenido equivalente al anterior Estatuto de los Trabajadores de 1995 (Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 marzo), la aparición del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, hizo posible que ya no fuese necesaria la autorización administrativa del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

Desde entonces, el empresario enviará al citado Ministerio de Trabajo español y a los representantes legales de los trabajadores una copia de la comunicación referida en el artículo 17 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, así como la documentación señalada en su artículo 18.

12. Benrey-Zorro, J.: “Análisis de la figura de la suspensión de contrato de trabajo del trabajador particular en Colombia y algunas menciones a la legislación extranjera”, ob. cit.

13. Vid. Plazas, G.: *La nueva práctica laboral*, Printer Colombiana, Bogotá, 2011, p. 264.

14. Artículo 47 ET: Reducción de jornada o suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor.

La obligación más importante en este momento que ha de cumplir el empleador es la de transmitir toda la información sobre la composición de las diferentes representaciones de los trabajadores, la relativa a los centros de trabajo que carezcan de representación unitaria y, en su caso, las actas relativas a la atribución de la representación a la comisión.

Una vez que el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social haya recibido la comunicación de iniciación del procedimiento de suspensión de contratos o reducción de jornada, dará traslado inmediato de la misma.

Si la comunicación de iniciación del procedimiento de suspensión de contratos o de reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no reuniese los requisitos exigidos, la autoridad laboral así lo advertirá al empresario, remitiendo copia del escrito a los representantes de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Es importante señalar que, si durante el periodo de consultas, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social observase que la comunicación empresarial no reúne por cualquier causa los requisitos exigidos, ésta dará traslado a la autoridad laboral mediante notificación para que proceda conforme a lo dispuesto en la ley.

Una vez haya acabado el ciclo de consultas en los términos del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, el empresario con la diligencia debida comunicará en tiempo y forma a los trabajadores y al Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social la puesta en marcha de la suspensión de contratos, la cual comenzará a desplegar sus efectos desde el momento que éste comunique su decisión al citado Ministerio. Dicha autoridad laboral comunicará la decisión empresarial a la entidad gestora de la prestación de desempleo¹⁵.

2. La regulación colombiana

En comparativa, el derecho laboral colombiano en su Código Sustantivo del Trabajo identifica en su artículo 51 inciso 3º a la causa identificándola como “suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por 120 días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador”¹⁶.

Es a tenor de lo expresado que en palabras de la Corte Suprema de Justicia¹⁷, que “la suspensión de actividades de la empresa obedece, (...), a razones de orden técnico o económico, independientes de la voluntad del empleador y no supone la imposibilidad material de desarrollar la relación de trabajo, cosa que sí sucede en el evento de la fuerza mayor”.

15. Más ampliamente *vid.* Martínez Mateo, C. J.: *Régimen jurídico de los trabajadores de las sociedades cooperativas de trabajo asociado*, Laborum, Murcia, 2021.

16. Es conveniente señalar que esta expresión, pese a que el CST “limita la suspensión a situaciones que no se den por causa empresarial”, si abre la puerta a otras muchas más causas que no han de ser precisamente de orden técnico o económico. Pero, a pesar de ello, si hay cierta protección al contrato por “estar condicionada la suspensión” a la autorización que debe dar el Ministerio. Más ampliamente Lafont, F.: *Tratado de derecho laboral*, Ediciones Ciencia y Derecho, Santa Fe de Bogotá, 1999, tomo I, p. 404.

17. *Vid.* Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección primera, sentencia de 23 de mayo de 1991, magistrado ponente Manuel Enrique Daza Álvarez, expediente 4246.

Como se ha señalado anteriormente, este tipo de suspensión del contrato sí tiene un límite temporal de 120 días de duración, pues si se supera este tope se dará lugar a la extinción del contrato de trabajo o relación laboral.

A diferencia del Derecho español, cuando el empresario o empleador se vea incurso en esta causa de suspensión, si debe proceder a la solicitud de autorización administrativa, en este caso al Ministerio de la Protección Social y es igualmente preceptivo (en ambos Ordenamientos objeto de comparación) que realice un informe simultáneamente por un escrito o notificación¹⁸ a sus trabajadores para hacerlos parte del proceso de suspensión de los contratos. Esta Administración estatal para la concesión de la solicitud tendrá un plazo de dos meses para resolver y, una vez otorgada, se podrá dar lugar a la suspensión de los contratos de trabajo¹⁹.

Aunque la resolución de esta solicitud para hacer efectiva la suspensión del contrato de trabajo sea relevante (pues de no hacerlo la suspensión de las relaciones laborales será considerada como injustificada)²⁰, la exigencia normativa y jurisprudencial de dicha autorización previa colisiona con la realidad práctica, pues se hace de difícil cumplimiento que, en el periodo establecido de dos meses, la Administración estudie, compruebe mediante visita al centro/lugar de trabajo y realice peritajes (estudios técnicos o económicos según el caso, entre otros) para determinar si procede o no a la causa suspensiva²¹. En Colombia “para una empresa que se encuentra ante una dificultad técnica o económica resulta excesivamente oneroso esperar la autorización administrativa para proceder a la suspensión de los contratos de trabajo”²².

III. LAS CAUSAS SUSPENSIVAS DE LA RELACIÓN LABORAL POR RAZONES PENALES

Como se ha señalado anteriormente, la suspensión del contrato de trabajo se encuentra regulada en los artículos 45 a 48 ET. Dicha suspensión temporal de las obligaciones básicas de trabajador y empresario en muchas ocasiones implicará para este primero una reserva del puesto de trabajo o bien la pérdida de este.

18. Con esta notificación se hace parte a los trabajadores del proceso, así como también darles la oportunidad de oponerse a la autorización, alegando, por ejemplo, que no existe inconveniente técnico o económico o que sí existe, pero no es independiente de la voluntad del empleador (L. 50/90, art. 67) Colombia, Congreso de la República, Ley 50 del 28 de diciembre 1990.

19. Esta es línea que sostiene la Corte en la sentencia citada: “Para efectuar la suspensión temporal de actividades, la empresa debe solicitar autorización del Ministerio del Trabajo y avisar a los trabajadores (art. 40, Dto. 2351/65) lo cual por razones obvias no procede en la hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor”.

20. Para la Corte Constitucional, “resulta por demás injustificada la actuación del empleador, cuando procede a suspender la actividad económica de la empresa desde el momento mismo en que eleva ante el Ministerio de Trabajo solicitud de suspensión temporal de actividades (...). Las pertinentes normas señalan (...) que la suspensión de actividades de una empresa podrá darse, siempre y cuando exista petición previa y expresa por parte del empleador, dirigida al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social” (subrayados dentro del texto). Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-183 del 28 de febrero de 2000, magistrado ponente Hernández Galindo J.G.; expedientes T-245114, T-245115, T-245116 y T-254046.

21. Benrey-Zorro, J.: “Análisis de la figura de la suspensión de contrato de trabajo del trabajador particular en Colombia y algunas menciones a la legislación extranjera”, ob. cit.

22. *Vid, ibid.*

Como señalábamos anteriormente, aunque el Estatuto de los Trabajadores no defina la suspensión del contrato de trabajo expresamente y haya que acudir a la jurisprudencia, al menos sí que hace referencia, entre las causas suspensivas, a aquellas que han tenido lugar por razones de índole penal. Nos referimos en particular a la establecida específicamente en el artículo 45.1.g) ET, es decir, la suspensión de la relación laboral del trabajador por privación de libertad mientras no exista sentencia condenatoria. En este lapso temporal, las partes contratantes estarán en España libres de cualesquiera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, pero una vez pronunciada sentencia es cuando desaparecerá dicha causa de suspensión y renacerán, como es obvio, todas aquellas obligaciones propias de la relación laboral.

No obstante, si el trabajador no se reincorporase a su puesto de trabajo, el Tribunal Supremo, de manera esclarecedora, establece a través de su Auto (rec 1495/2008) de 8 de enero de 2009 cuáles serían los cauces legales de extinción de su relación laboral:

- a) Despido disciplinario –art. 49, núm. 11 en relación con el 54.2.a), ambos del ET– en base a las faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo.
- b) Incardinando la inasistencia al trabajo dentro de la causa prevista en el artículo 49.4 del mismo cuerpo legal, dimisión del trabajador.

Sobre esta causa de extinción por la “privación de la libertad, mientras no exista sentencia condenatoria”, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 16 de junio de 2006, señala que esta causa suspensiva encuentra su sentido legal pues “se asienta en el principio penal de “presunción de inocencia”, hasta la fecha en que recaiga sentencia condenatoria firme, y por ello la situación provisional no debe producir “per se” el efecto que legalmente produce la sentencia condenatoria penal”. Máxime, como antes se ha dicho y ahora se repite, en un supuesto en que el nuevo hecho no afecta, en forma alguna, a la situación jurídica del empleador, cuya relación laboral con el preso ya se encuentra suspendido por la causa anterior, y, luego, concurrente de incapacidad temporal.

Esta causa de suspensión también aparece prevista en el artículo 84.1.d) LC, de cuya lectura se evidencia una absoluta identidad con la regulación citada, confluyendo que la situación suspensiva se verá prolongada hasta tener lugar el pronunciamiento del órgano judicial competente.

En el caso que la sentencia fuese absolutoria para el trabajador²³, se pondrá fin a la suspensión de la prestación, con la consiguiente reanudación de la relación laboral; mientras que, si es condenatoria, no implicará una extinción automática de la relación, sino que ésta tendrá lugar al producirse el necesario número de faltas de asistencia para que el empresario pueda actuar conforme a lo previsto en el artículo 54.2.a) ET, que le permitiría proceder al despido disciplinario.

23. Vid. Fuentes Rodríguez, F.: “Las suspensiones de la relación de trabajo en las Cooperativas de Trabajo Asociado”, *Temas Laborales*, núm. 64, 2002, p. 106.

En el ámbito del trabajo por cuenta ajena, esta causa de extinción del contrato de trabajo constituye una institución clave en el equilibrio de intereses establecidos legalmente entre las partes. En este sentido, debe matizarse que, llegados a la extinción, es esta privación de libertad “personal” la que se convertirá en la justificación legítima que ha determinado el fin de la relación laboral, pues uno de los principios inspiradores de la extinción de la relación de trabajo es precisamente el principio de libertad personal.

Dicho principio alude a la circunstancia donde el deber de la prestación de servicios comprometidos por el trabajador incidirá en sí mismo y sobre su esfera personal, es decir, el compromiso libre contraído inicialmente (la ejecución del trabajo) deberá realizarse por el propio trabajador de forma que no delegue en nadie ni pueda transferir en otros su compromiso. Es por ello que la irrupción de la condena (pena privativa de libertad o medida de seguridad) impedirá que el trabajador comprometa su persona, su tiempo y su propio esfuerzo.

Frente a este inconveniente, cabe señalar que el principio de estabilidad en el empleo tratará de proteger la continuidad del contrato de trabajo del condenado, como valor que, en principio, podría satisfacer indistintamente los intereses de ambas partes del contrato, pues la intervención legislativa se concentra en la tutela del interés del trabajador. La posición de debilidad contractual del trabajador condenado se protege a través de unas causas tasadas previstas legalmente como justificativas a la hora de proceder a la resolución contractual.

El artículo 35 de la Constitución Española, en su primer epígrafe, reconoce constitucionalmente el derecho al trabajo. Ello implica que, cuando este se encuentre en juego en el momento de la extinción, dicho derecho sólo se hará eficaz en el momento en que tenga lugar el reingreso del trabajador en el mercado de trabajo y no sólo en una empresa concreta “sino también en el mantenimiento de la vigencia de los contratos de trabajo ya celebrados”²⁴.

En este sentido no sólo la norma suprema del Ordenamiento jurídico español protege esta circunstancia, también el TUE o tratado de funcionamiento de la Unión Europea y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo hacen posible. El primero de ellos, el Tratado, de una forma indirecta contempla para estos casos una posible intervención armonizadora de las instituciones europeas en materia de rescisión del contrato en clave de protección del trabajador, según su artículo 153.1 letra T. En cuanto a la segunda, la Carta de Derechos Fundamentales, a través de su artículo 30 protege de manera más eficaz al trabajador, dándole protección a su derecho a trabajar en caso de despido injustificado. La reinserción laboral del trabajador es y será una de las prioridades que deberán seguir llevando a cabo las legislaciones de la Europa de los 27.

En el régimen colombiano la Detención preventiva del trabajador o el extinguido “arresto correccional”²⁵ que no exceda de ocho días y cuya causa no justifique

24. Más ampliamente, Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021.

25. Es importante señalar que, en Colombia, la figura del arresto correccional fue una medida que perdió su validez al no estar señalado en ninguna de las disposiciones que en materia de contravenciones rigen en la actualidad, según dispuso la Corte Constitucional, en Sentencia C-079 de 1996 a partir de la vigencia del Decreto 118 del 15 de julio de 1970.

la terminación del contrato conforme al Código de Procedimiento Penal, implica la suspensión del contrato de trabajo.

En este sentido, la detención preventiva se entiende como una medida de aseguramiento que se aplica al imputable, cuando hay en su contra un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

El artículo 314 del mismo Código establece los casos en los cuales procede la detención preventiva. En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estimó que “no toda detención preventiva –como medida penal de aseguramiento– implica que efectiva o materialmente la persona afectada con dicha decisión esté privada de su libertad. Es frecuente, (...) que el sindicado sea excarcelado mediante una caución”²⁶.

Por lo tanto, no toda detención preventiva suspende el contrato de trabajo, sino solo aquella que efectivamente priva físicamente de la libertad al trabajador. En estos casos, si transcurren más de 30 días de detención que imposibiliten físicamente al trabajador para prestar su servicio, se configura la causal de terminación unilateral de contrato con justa causa, a menos de que posteriormente se produzca la absolución del trabajador con respecto al proceso penal, lo cual convierte el despido en injusto y se debe pagar la correspondiente indemnización²⁷.

Llegados a este aspecto, se trae a colación una decisión de la autoridad judicial colombiana, particularmente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la ciudad de Cali, en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia²⁸ sobre una detención preventiva realizada a un trabajador oficial. Considera el Tribunal que, como la suspensión del trabajador la realizó el empleador por orden de la Fiscalía, era de obligatorio cumplimiento y por ello no estaba obligado a pagar los salarios dejados de percibir durante la suspensión del contrato de trabajo. Pero los salarios correspondientes al período de tiempo corrido desde la ejecutoria de la sentencia en que fue absuelto hasta el día en que fue reintegrado (más de cinco meses) sí debían ser cancelados²⁹.

En definitiva, en cuanto a la privación de libertad del trabajador –mientras no exista sentencia condenatoria– ha de indicarse que es equivalente a la detención preventiva o arresto correccional en Colombia; sin embargo, en España no se establece un límite temporal para esa privación de la libertad del trabajador.

IV. CONCLUSIONES

Por regla general, aunque a veces en otras causas de suspensión del contrato de trabajo entre los regímenes español y colombiano sean más las diferencias que las

26. El artículo 41 de la Ley 48 de 1993 amplió el plazo existente de 30 días a seis meses.

27. Benrey-Zorro, J.: “Análisis de la figura de la suspensión de contrato de trabajo del trabajador particular en Colombia y algunas menciones a la legislación extranjera”, ob. cit.

28. En concreto, véase: Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 12 de marzo de 2004, magistrado ponente López Villegas, expediente 22342.

29. Benrey-Zorro, J.: “Análisis de la figura de la suspensión de contrato de trabajo del trabajador particular en Colombia y algunas menciones a la legislación extranjera”, ob. cit.

similitudes, en la mayoría de las causas de suspensión analizadas encuentran ciertos grados de paralelismo entre legislaciones a pesar de la existencia de pequeños matices que, si bien son diferenciadores, no pasan desapercibidos.

La primera causa de suspensión del contrato de trabajo analizada es similar en sus requisitos entre legislaciones. En este sentido, en los Ordenamientos colombiano y español la fuerza mayor o caso fortuito requieren que para que las partes puedan suspender el contrato de trabajo ésta deba ser imprevisible en un escenario donde las partes incurran en imposibilidad de cumplir sus obligaciones por un tiempo.

En estos casos, el empleador, como establece el Ordenamiento colombiano, debe dar aviso de la suspensión al Ministerio de la Protección Social y la suspensión durará lo necesario para recuperarse del hecho causante de esta, por lo que se considerará indefinida. De forma similar en España, la causa ha de ser debidamente constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados, previo expediente tramitado al efecto. La autoridad laboral solicitará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social antes de dictar resolución.

La segunda causa sometida a este estudio comparado, es decir, “la suspensión por causas económicas, técnicas o productivas”, presenta ciertas diferencias en cuanto al tratamiento normativo estando establecidas en Colombia como causas taxativas, ofreciendo más limitaciones y a una inexistente libertad interpretativa. Específicamente la suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte para no entender extinción de la relación laboral, ha de tener una duración máxima de hasta 120 días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador.

Respecto a estas causas es conveniente resaltar que, a pesar de que la suspensión se dé por causas taxativas, la expresión “u otras independientes de la voluntad del empleador” abre la puerta a la indeterminación de otras diferentes no recogidas en el artículo 51 del CST, con la simple limitación basada en que en estos casos se requiere la autorización previa del Ministerio de la Protección Social, algo que en España no es necesario, pues sólo basta con que el empresario envíe al Ministerio de Trabajo español y a los representantes legales de los trabajadores una copia de la comunicación en los términos del artículo 17 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, así como la documentación señalada en su artículo 18.

La tercera y última causa, relativa a la suspensión del contrato por razones penales, debe incidirse que, al igual que en España, en Colombia la denominada “detención preventiva” igualmente suspenden el contrato de trabajo. En estos casos, el contrato se suspende hasta por 30 días de detención preventiva que efectivamente prive de la libertad al trabajador; luego de esos 30 días, se puede dar lugar a la terminación del contrato de trabajo. Pero, si posteriormente el trabajador es absuelto, la terminación del contrato se tornará en injustificada y habrá que pagar la indemnización correspondiente. En España, tal como señalábamos, el artículo 45.1.g) ET regula la suspensión de la relación laboral del trabajador por privación de libertad, mientras no exista sentencia condenatoria. En este lapso temporal, las partes contratantes estarán en España libres de cualesquiera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar

el trabajo, pero una vez pronunciada sentencia es cuando desaparecerá dicha causa de suspensión y renacerán, como es obvio, todas aquellas obligaciones propias de la relación laboral.

No obstante, si el trabajador no se reincorporase a su puesto de trabajo, se materializarían los cauces legales de extinción de su relación laboral.

En todo caso, la causa suspensiva encuentra su sentido legal acorde con los derechos fundamentales y en la “presunción de inocencia” hasta la fecha en que recaiga sentencia condenatoria firme y, por ello, la situación provisional no debe producir “per se” el efecto que legalmente produce la sentencia condenatoria penal.

Bibliografía

- Benrey-Zorro, J.: “Análisis de la figura de la suspensión de contrato de trabajo del trabajador particular en Colombia y algunas menciones a la legislación extranjera”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 2, 2011, pp. 379-410.
- Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021.
- Fuentes Rodríguez, F.: “Las suspensiones de la relación de trabajo en las Cooperativas de Trabajo Asociado”, *Temas Laborales*, núm. 64, 2002, pp. 95-116.
- Lafont, F.: *Tratado de derecho laboral*, Ediciones Ciencia y Derecho, Santa Fe de Bogotá, 1999.
- Martínez Mateo, C. J.: *Régimen jurídico de los trabajadores de las sociedades cooperativas de trabajo asociado*, Laborum, Murcia, 2021.
- Obando Garrido, J. M.: *Derecho laboral*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2007.
- Plazas, G.: *La nueva práctica laboral*, Printer Colombiana, Bogotá, 2011.
- Vida Soria, J.; Monereo Pérez, J. y Molina Navarrete, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2004.



Nuevo procedimiento para la obtención del grado de discapacidad a raíz del Real Decreto 888/2022 y su incidencia en la valoración del Trastorno del Espectro del Autismo

NEW PROCEEDING FOR OBTAINING THE DEGREE OF DISABILITY AS A RESULT OF ROYAL DECREE 888/2022 AND ITS IMPACT ON THE ASSESSMENT OF ACADEMIC AUTISM SPECTRUM DISORDER

Alicia Sánchez Guerrero

Graduada Social Ejerciente
Doctoranda en Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Málaga
aliciasg@uma.es  0000-0003-0718-8061

Recibido: 18.09.2023 | Aceptado: 16.10.2023

RESUMEN

El procedimiento para la obtención del grado de discapacidad contenido en el Real Decreto 88/2022 acomete la valoración de la discapacidad con más concreción, destacando la agilización de los trámites. Se introduce un enfoque más humano en su regulación en consonancia con la visión que de la discapacidad nos ofrece la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Además, se alinea con el modelo biopsicosocial de la discapacidad de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, aprobada en 2001 por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y conocida como CIF. Como novedoso y de interés adicional para esta investigación, en este baremo se incorpora el “trastorno generalizado del desarrollo”, donde se recogen los fundamentos del autismo (TEA), lo producirá un hito trascendental ya que distinguirá este trastorno en su evaluación de la discapacidad intelectual.

ABSTRACT

The procedure for obtaining the degree of disability contained in Royal Decree 888/2022 undertakes the assessment of disability with more specificity in each specific case, highlighting the streamlining of procedures. A more humane approach is introduced in its regulation in line with the vision of disability offered by the international convention on the Rights of Persons with Disabilities. In addition, it is aligned with the biopsychosocial model of

PALABRAS CLAVE

Discapacidad
Autismo
Modelo biopsicosocial
Diagnóstico
Baremo

KEYWORDS

Disability
Autism
Biopsychosocial model
Diagnosis
Scale

disability of International Classification of Disability and Health Functioning, approved in 2001 by the World Health Organization (WHO) and known as ICF. As a novelty and of additional interest for this research, this scale incorporates the “pervasive developmental disorder,” where the fundamentals of autism (ASC) are collected. It will produce a transcendental milestone since it will distinguish this disorder in its evaluation from intellectual disability.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. ANTECEDENTES Y TERMINOLOGÍA
 - III. PRINCIPALES NOVEDADES
 - IV. PROCEDIMIENTO
 - V. INCIDENCIA EN LA VALORACIÓN DEL TEA
 - VI. ORDEN DSA/934/2023, DE 19 DE JULIO
 - VII. CONCLUSIONES
- Bibliografía
Anexo

I. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, entró en vigor el 20 de abril de 2023 y tiene por objeto la regulación del procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, el establecimiento de los baremos aplicables, así como la determinación de los órganos competentes, todo ello con la finalidad de que la evaluación del grado de discapacidad que afecte a la persona sea uniforme en todo el territorio del Estado, garantizando con ello la igualdad de condiciones para el acceso de la ciudadanía a los derechos previstos en la legislación.

Esta nueva norma supone introducir en nuestro país, de forma oficial, un modelo biopsicosocial de la salud, pasando del modelo médico-rehabilitador de la discapacidad hacia una consideración más social de la discapacidad, ya que se incorpora la evaluación de la participación y el contexto social de la persona y cómo las barreras del entorno pueden incrementar el grado de discapacidad.

Porque, según Romero Ayuso, “la autonomía personal, la determinación y realización de una u otra actividad se contemplan no sólo como una necesidad, sino como una característica plenamente humana”, pues “toda acción tiene lugar en un determinado entorno y contexto que van a suponer un estímulo, desafío, un elemento facilitador o limitador”¹.

1. Romero Ayuso, D. M.: “Actividades de la vida diaria”, *Anales de Psicología*, vol. 23, núm. 2, 2007, p. 268.

Así, mediante esta norma se implementa y adapta el modelo biopsicosocial de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Organización Mundial de la Salud 2001 (CIF OMS/2001)². El modelo CIF OMS/2011 describe el funcionamiento y la discapacidad sobre la base de los siguientes componentes:

- Funciones y estructuras corporales: engloba las funciones biológicas de los sistemas corporales y las partes anatómicas o estructurales del cuerpo.
- Deficiencia: definida como la anormalidad o pérdida de una estructura corporal o de una función fisiológica (incluyendo las funciones mentales).
- Capacidad: entendiendo por tal la aptitud para realizar una actividad.
- Limitaciones en la actividad: siendo las mismas aquellas dificultades que puede experimentar una persona para realizar actividades.
- Desempeño o participación, entendiéndose por tal lo que puede hacer en el contexto o entorno real en el que vive.
- Restricciones en la participación, entendiendo como tales los problemas que un individuo puede experimentar para realizar actividades e implicarse socialmente en el contexto o entorno real.
- Factores contextuales: en el que interactúa con factores ambientales y factores personales. Constituyen el “contexto” de la vida real del individuo.

Según esto, se entiende por discapacidad el resultado de la interacción entre la evaluación de las deficiencias de las funciones y estructuras corporales con las limitaciones para realizar actividades, las restricciones en la participación social y las barreras de contexto.

Con este Real Decreto se aprueban los nuevos baremos para garantizar una mayor equidad en la asignación de recursos, para lo que se han establecido nuevos criterios para determinar el grado de discapacidad y se ha definido un sistema de puntuación más preciso y detallado, lo que permitirá una mejor asignación de prestaciones y servicios, en función de las necesidades reales de cada persona con discapacidad. Además, se espera que el nuevo baremo tenga un impacto positivo en la inclusión social y laboral de las personas con discapacidad.

A partir de ahora, para hallar el grado de discapacidad que corresponde a una persona, se debe utilizar una nueva fórmula que contiene cuatro baremos que incluyen los diferentes tipos de evaluación³.

El objetivo de esta nueva norma es establecer nuevos baremos con una definición más completa y precisa que contemple todos los factores (sociales, ambientales, sociales, psicológicos, de apoyo, etc.) relacionados con las deficiencias. Asimismo, quiere definir los órganos competentes en la valoración de la discapacidad para que la evaluación

2. Organización Mundial de la Salud (OMS): *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*, IMSERSO, Madrid, 2001, accesible en: https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spa.pdf?sequence=1.

3. Véase el apartado I.

del grado de discapacidad sea uniforme en toda España, garantizando de esta manera el acceso a los mismos derechos.

Como novedad, en el proceso de tramitación se favorecerá la realización del trámite por medios telemáticos para asegurar en todo momento la accesibilidad universal. Además, se permite que la persona que tiene discapacidades severas o necesidades de apoyo o asistencia que esté realizando el proceso pueda ir acompañada para favorecer su autonomía y seguridad.

Este nuevo baremo de la valoración de la discapacidad sustituye al antiguo Real Decreto 1971/1999 e incluye novedades para adaptarse a las nuevas directrices del modelo social de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas.

En conclusión, el nuevo baremo de la discapacidad representa un avance importante en la evaluación y asignación de recursos para las personas con discapacidad. Si bien presenta algunos desafíos, su implementación puede contribuir significativamente a mejorar la calidad de vida y la inclusión social de este colectivo.

En este artículo, más allá de abordar los aspectos técnicos y de procedimiento en la aplicación de este nuevo baremo, trataremos de ahondar en la incidencia que ese Real Decreto ha tenido para la población con trastornos del desarrollo y más concretamente afectada del trastorno del espectro de autismo y la incidencia terminológica entorno a la discapacidad que ha supuesto tanto esta norma como las que le han antecedido.

II. ANTECEDENTES Y TERMINOLOGÍA

En primer lugar y refiriéndonos a los años 70 a 90, el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos se refiere a tal consideración como a las “personas comprendidas en edad laboral que estén afectadas de una disminución de su capacidad física o psíquica en el grado que reglamentariamente se determine, sin que en ningún caso pueda ser inferior al 33%”.

Así, podemos observar como el concepto de discapacidad transita entre el término “subnormalidad” al de “minusvalía”. Nos referimos aquí a la Orden de 5 de enero de 1982 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio, sobre reconocimiento, declaración y calificación de las condiciones de subnormal y minusválido⁴.

Y no será ya hasta los años 80 a 90 cuando se comience a utilizar el término “discapacidad”. Así, la Orden de 8 de marzo de 1984 por la que se establece 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

4. BOE-A-1982-5776 Orden de 5 de enero de 1982 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio, sobre reconocimiento, declaración y calificación de las condiciones de subnormal y minusválido.

el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero⁵ establece que “(...) la evaluación de la discapacidad expresada en porcentajes se realizará mediante la aplicación de las tablas de evaluación del menoscabo (deficiencia) permanente (...)”.

Se establecen, pues, guías para la evaluación de la deficiencia permanente y, a pesar de que antes no se contemplaban los trastornos mentales como evaluables, a partir de Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI), se evalúan ya todas las condiciones de salud y se adoptan las tablas americanas⁶ de evaluación de *deficiencias* que es lo que hasta ese momento se venía evaluando.

Hasta el día 20 de abril, con la entrada en vigor del Real Decreto 888/2022, disponíamos del baremo contenido en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, y la única forma de evaluar que establecía dicho baremo fue mediante la valoración de las deficiencias a pesar de que se indicó que se iban a tener en cuenta las limitaciones pero, como no había un criterio para poder evaluar esas limitaciones, éstas quedaban en manos del evaluador y no es hasta la publicación de este Real Decreto que nos ocupa cuando ya vamos a disponer de un baremo de limitaciones.

Con la publicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, no se desarrolló reglamentariamente el baremo que habría de unificar los criterios de valoración de la discapacidad. Sin embargo sí que lo modificó –el tal baremo–, especialmente respecto a las *circunstancias personales y sociales*. Esta modificación no resolvió el problema principal, esto es, cómo valorar las limitaciones, puesto que las previsiones solo se referían a las deficiencias.

Y llegamos a los años 2010 a 2020, a la que llamaríamos la etapa de la “discapacidad y el funcionamiento” y en la que cobra protagonismo la CIF OMS 2001 para desembocar en el reciente Real Decreto 888/2022.

Y lo que se ha intentado desarrollar es un baremo a través de los criterios de la OMS que a finales del siglo pasado hizo una revisión de la clasificación Internacional de Deficiencia y Discapacidad⁷, haciendo una crítica hacia el modelo sobre el que se establece y que hace un abordaje sobre las deficiencias con escaso enfoque social y conceptual y un enfoque individual y estigmatizante. Por eso, la OMS responde sobre la necesidad de realizar una clasificación que intente mitigar estas cuestiones detectadas. Y en 2001 la OMS hace suya la CIF⁸ e insta a los Estados miembros a su uso introduciéndose poco a poco en las normativas.

Por tanto, se produce un cambio de paradigma en las políticas sociales desde diferentes puntos de vista:

5. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-6603#:~:text=A%2D1984%2D6603-,Orden%20de%208%20de%20marzo%20de%201984%20por%20la%20que,1984%2C%20de%201%20de%20febrero.>

6. Querejeta González, M.: *Discapacidad/Dependencia: unificación de criterios de valoración y clasificación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2012.

7. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/dpbe19992c.htm>

8. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spa.pdf?sequence=1

- Perspectiva basada en Derechos Humanos.
- Enfoque de capacidades diferenciadas y diversidad de funcionamiento.
- Conceptualización holística de la salud.
- Aplicación universal.
- Modelo biopsicosocial.

Es importante entender que a través de este cambio de paradigma que propone la OMS, que es una organización de la ONU, se pretende la consecución de la defensa de los derechos humanos en el fondo trascendiendo al aspecto puramente sanitario. Y es que el enfoque que hace la CIF es sobre las capacidades diferenciadas de las personas y sobre la diversidad de funcionamiento cuestiones que cada vez se tienen más en cuenta.

También cuenta con una concepción holística de la salud, pues la salud concierne a muchos más aspectos que rodean la circunstancia puramente médica tomando en consideración un modelo biopsicosocial de la discapacidad.

Sin embargo, y a nuestro entender, muchas entidades representativas de la discapacidad han conseguido muchos avances, pero a través de un modelo individualista en contraposición a este modelo de la CIF en el que se huye del paternalismo a nivel social o asistencial. En este sentido, la terminología es importante ya que la OMS considera que el nombre que damos a las cosas se relaciona con la forma que tenemos de afrontarlas. Y así, la CIF de 2001, incluyendo deficiencias, limitaciones de actividad y restricciones a la participación, se refiere a la discapacidad como la circunstancia que “indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una condición de salud) y sus factores contextuales, ambientales y personales”, pues es una clasificación “basada en el funcionamiento de la persona, y en la que se adopta un modelo universal, integrador e interactivo en el que se incorporan componentes sociales y ambientales de la discapacidad y la salud”⁹.

Sobre esta definición de la OMS (la de la CIF) se redactó la definición de discapacidad de La Convención de Derechos de Personas con Discapacidad de 2006, entendiéndola como “el resultado de la interacción entre personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Y esta misma definición se recoge en la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social de 2013: “Una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de 3 condiciones con las demás (...)”.

También la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia que, en su artículo 27.2., establece en cuanto

9. Campo Blanco, M.; Crespo Cuadrado, M.; Verdugo Alonso, M.A.: “Historia de la clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud (CIF): un largo camino recorrido”, *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 34, núm. 205, 2003, pp. 20-26.

al baremo que "(...) Dicho baremo tendrá entre sus referentes la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la discapacidad y de la Salud (CIF)". En su Disposición Adicional 8ª se avanza en la terminología al establecer que: "Las referencias que en los textos normativos se efectúan a "minusválidos" y a "personas con minusvalía" se entenderán realizadas a "personas con discapacidad"".

De esta forma y en cuanto a la terminología, se presentan algunas dificultades pues no se sabe cuándo se utiliza la palabra discapacidad y si cuando se está haciendo se hace para explicar la limitación de la actividad o se está usando la palabra discapacidad como propone la CIF por minusvalía. Podemos ver las correspondencias en la Tabla 1:

Tabla 1.

Real Decreto 1971/1999	Ley 39/2006
Minusvalía	Discapacidad
Minusválido	Persona con discapacidad
Discapacidad	Limitación de la actividad
Grado de minusvalía	Grado de discapacidad
Grado de discapacidad	Grado de limitación de la actividad

Fuente: Elaboración propia.

Más adelante nos encontramos con la proposición aprobada por la Comisión del Congreso de los Diputados para las Políticas Integrales de la Discapacidad, celebrada el 17 de febrero de 2009 por la que se "insta al Gobierno a impulsar las medidas necesarias para la aprobación de nuevos baremos que valoren la discapacidad de acuerdo con la Clasificación Internacional del Funcionamiento y la Discapacidad (CIF)", constituyéndose para ello una Comisión Estatal de Coordinación y Seguimiento de la Valoración de la Discapacidad y diversos grupos de Revisión y Adecuación a la CIF.

Sin embargo, como indica Querejeta "sorprende la aparentemente poca repercusión, o cuando menos indiferencia, a la hora de actualización de las propuestas de la OMS por parte de estamentos estrictamente sanitarios"¹⁰.

En definitiva, con el nuevo baremo se introduce el modelo biopsicosocial que deriva de la transición del modelo médico-rehabilitador de la discapacidad hacia una consideración más social, incorporando la evaluación de la participación y el contexto social de la persona y cómo las barreras del entorno pueden incrementar el grado de discapacidad.

III. PRINCIPALES NOVEDADES

El nuevo baremo, entre otras consideraciones, tiene su razón de ser en completar el baremo que ya desde 1999 estaba en vigor añadiendo el baremo de limitación de la

10. Querejeta, M.: "Las herramientas del nuevo paradigma de la salud en el siglo XXI: CIE / CIF", *Revista Española de Salud Pública*, vol. 83, núm. 6, 2009, pp. 771-773.

actividad de 2005. Principalmente, además, se incluye la conceptualización, la base científica, la terminología y codificación de la OMS a través del CIF (Proposición no de Ley de 2009) y CIE 10 (Real Decreto 2015).

Los objetivos de la norma son:

- Realizar un abordaje de la calificación de la discapacidad desde un enfoque social y con aproximación al discurso de los derechos humanos.
- Adaptar los baremos de discapacidad a la nueva terminología y enfoque de la discapacidad, utilizando una codificación basada en los contenidos, dimensiones y formas de graduación en los cinco niveles de gravedad propuestos por la Clasificación Internacional de Funcionamiento, Discapacidad y Salud (CIF).
- Establecer unos criterios técnicos unificados objetivos para la valoración y calificación del grado de discapacidad en todo el territorio del Estado, garantizando con ello la igualdad de condiciones para el acceso de la ciudadanía.
- Proporcionar una base científica para la comprensión y el estudio de la salud y de los componentes sociales y económicos que repercutan en la persona.
- Disponer de una aplicación informática para la evaluación de la discapacidad, en los distintos niveles, donde constarán los ítems que se han puntuado por las personas valoradoras como las anotaciones e informes técnicos, facilitando el procedimiento y gestión del proceso de evaluación y su seguimiento.
- Disponer de una valiosa fuente de información para el estudio y observación de los problemas derivados de la discapacidad, situación real y evolución, permitiendo la comparación entre países, disciplinas y servicios en diferentes momentos a lo largo del tiempo, y facilitando la explotación de información en otros campos de la salud.

En la tramitación de esta norma, se ha puesto en el centro a la persona, flexibilizando el proceso a través de medios telemáticos y asegurando en todo momento la accesibilidad universal. Asimismo, se establece un trámite de urgencia cuando sea necesario para las personas más vulnerables, por causas humanitarias o de especial necesidad social, así como en casos de disminución de esperanza de vida y víctimas en zona de guerra. De la misma manera, se incluyen en esta reducción de plazos a las mujeres víctimas de violencia de género, ya que, según la última Macroencuesta de Violencia contra la Mujer¹¹, el 17'5 % presentan una discapacidad ocasionada por esta violencia.

Se garantiza el derecho de los menores con discapacidad a ser informados y escuchados sin discriminación por razón de la edad, así como también de las personas con un alto grado de discapacidad. Así, los menores tendrán el mismo derecho que los adultos a ser informados y escuchados, y se les hará más partícipes del proceso preguntándoles sobre sus necesidades y cómo les afecta a sus vidas cotidianas.

11. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género (2019). Macroencuesta de Violencia contra la Mujer. Accesible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/>.

Como novedad, se incluye el concepto de demora para definir los aspectos negativos de las Funciones Corporales, Estructuras Corporales, Limitación en Actividad y Restricción en la Participación, para reflejar que un problema en cualquiera de estos ámbitos puede reflejar un retraso en el desarrollo, incluyéndose criterios específicos de evaluación para la infancia y adolescencia.

Y, además, se permitirá realizar una valoración y calificación más certera de realidades que causan discapacidad como las discapacidades psicosociales, el autismo o las enfermedades raras. La norma, de hecho, posibilita su revisión a medida que surjan nuevas causas de discapacidad o se realicen nuevos descubrimientos científicos. La persona objeto de valoración podrá acudir al acto acompañada de una persona de su confianza, lo que redundará favorablemente en la autonomía y seguridad de las personas con discapacidades severas o grandes necesidades de apoyo.

Sin embargo, según Zugasti, “se trata de un baremo más complejo, pero también más completo, que, al incluir factores ambientales e individuales, será una importante fuente de datos no solo a la hora de establecer las prestaciones de tipo económico, sino para desarrollar otro tipo de apoyos” abriendo “otro tipo de posibilidades, como la eliminación de barreras en el entorno para estas personas, o el desarrollo y modificación de futuros sistemas de apoyo”¹².

IV. PROCEDIMIENTO

La calificación y reconocimiento del grado de discapacidad será evaluado por equipos multidisciplinares (profesionales del área sanitaria y profesionales del área social) pertenecientes a los órganos técnicos competentes de cada comunidad autónoma¹³.

Una vez presentada la solicitud, la Administración competente tiene un plazo de 6 meses para dictar la resolución en la que deberá aparecer:

- El reconocimiento del grado de discapacidad.
- Las puntuaciones obtenidas en los distintos baremos.
- El diagnóstico de la deficiencia, las limitaciones en la actividad, las restricciones en la participación y las barreras ambientales.
- Si procede, la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes públicos.
- La fecha en la que se deberá realizar la revisión del grado.

Tras examinar cada caso en concreto, el llamado equipo multiprofesional de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad de cada comunidad autónoma emitirá un dictamen propuesto, que deberá contener los siguientes puntos:

12. <https://www.plenainclusion.org/wp-content/uploads/2022/02/NP.-Baremo-discapacidad.pdf>.

13. Recogemos en el apartado “Anexo” una síntesis de los nuevos baremos establecidos para la mencionada evaluación.

- a) El grado de discapacidad concedido.
- b) Las puntuaciones obtenidas en los distintos baremos.
- c) Los códigos de diagnóstico, deficiencia, limitaciones, restricciones, etc.
- d) Si hay o no la necesidad del concurso –ayuda– de otra persona.
- e) La existencia de dificultades de movilidad para utilizar el transporte público.

Se podrá acordar la tramitación urgente del reconocimiento de la discapacidad, tanto de oficio como si así lo demanda la persona afectada, cuando concurren razones de interés público relacionadas con la salud, la violencia de género, la merma en la esperanza de vida (como en los enfermos de ELA) u otras “de índole humanitaria”.

En la resolución deberá figurar la fecha en que puede tener lugar una revisión de la discapacidad. Y esto será así si se prevé “una modificación de las circunstancias que dieron lugar a su reconocimiento”. Por tanto, si no se espera una mejora, la discapacidad puede otorgarse como definitiva, aunque también si la Administración competente conociera hechos que pudieran dar lugar a un cambio en el grado de discapacidad podría instar esa revisión.

En cualquier caso, una discapacidad reconocida también puede solicitar la revisión de su grado, aunque para ello, al igual que en la normativa anterior, tendrá que esperar al menos dos años desde la primera resolución. No obstante, este plazo podría reducirse, de forma excepcional, cuando se acredite que se han producido cambios sustanciales que pueden afectar a la discapacidad previamente –o incluso un error cuya corrección implique un cambio de grado–.

V. INCIDENCIA EN LA VALORACIÓN DEL TEA

El nuevo baremo incorpora la clasificación de “trastorno generalizado del desarrollo” donde se recogen los fundamentos del trastorno del espectro del autismo (TEA). Autismo España¹⁴ ha destacado esta incorporación, así como el reconocimiento de este trastorno de manera independiente y diferenciada del diagnóstico de discapacidad intelectual, algo que, han dicho, visibiliza el impacto del TEA en la calidad de vida de las personas que lo presentan.

En general, el baremo está pensado para personas adultas, pero se ha intentado hacer un apartado específico para los niños cuando hablamos de trastornos del desarrollo, TEA, trastornos del lenguaje que ahora si tiene cabida.

El criterio médico consideró que el autismo y la discapacidad intelectual eran virtualmente inseparables. En los 80, se pensaba que hasta el 69% de los niños autistas tenían discapacidad intelectual o retrasos en el desarrollo. En 2014, la cifra de diagnóstico dual, con “retraso mental”, ahora llamado discapacidad intelectual, se había

14. <https://autismo.org.es/el-nuevo-baremo-del-grado-de-discapacidad-recoge-los-fundamentos-del-trastorno-del-espectro-del-autismo/>.

reducido al 30 por ciento, con un cociente intelectual de 71 a 85, porque las pruebas de cociente intelectual para niños autistas mejoraron.

En los últimos años el apoyo y la educación también mejoraron y se han podido abordar las necesidades de aprendizaje de los niños y niñas autistas.

Y es que la línea que separa discapacidad intelectual y autismo es borrosa, y eso confunde a muchos especialistas a la hora de diagnosticar e incluso de evaluar. Con el baremo anterior se incluía el trastorno del espectro del autismo dentro de las discapacidades mentales. Y es ahí donde surgía el problema, ya que no todas las personas autistas tienen una discapacidad, entendiendo discapacidad como el trámite que reconoce de manera oficial un grado de discapacidad, y que si es igual o superior al 33 % permite ejercer los derechos que las personas con discapacidad tienen reconocidos en todo el territorio español para acceder a distintos beneficios, prestaciones y servicios.

Así, con el nuevo baremo que nos ocupa, se aborda el trastorno generalizado del desarrollo o trastorno del espectro del autismo conforme a las clasificaciones diagnósticas internacionales actualizadas (CIF), señalándose el diagnóstico de los trastornos del espectro del autismo (TEA) de manera independiente al de la discapacidad intelectual. Por tanto, se visibiliza el impacto de las características TEA por sí mismas en el funcionamiento adaptativo y en la calidad de vida de las personas que lo presentan a lo largo de todo el ciclo vital. Esto significa que los perfiles diagnosticados como TEA (tipo 1) o Asperger serán reconocidos igualmente como trastornos generalizados del desarrollo.

Todo ello, supone un paso muy positivo porque se reconoce que da igual el “tipo de TEA” para considerar que se necesitan adaptaciones y apoyos. Y que las personas con un diagnóstico de TEA tipo 1 no tendrán que “pelear” el reconocimiento de sus necesidades.

Resulta conveniente, llegados a este punto, hacer referencia a lo que se entiende por Trastorno del Espectro del Autismo. Este trastorno se define como una disfunción neurológica crónica con una fuerte base genética que se manifiesta desde edades tempranas en los síntomas que se conocen como la triada de afectación o triada de Wing¹⁵, estos son: interacción social, comunicación y falta de flexibilidad en el razonamiento y comportamientos. López, Rivas y Taboada¹⁶ lo definen en términos generales como: “un trastorno neuropsicológico (...) que se manifiesta con una alteración cualitativa de la interacción social y de la comunicación, así como con unos patrones comportamentales restringidos, repetitivos y estereotipados con distintos niveles de gravedad”. En cuanto a la incidencia en la población, este es uno de los trastornos que más afecta a la población y, según Organización Mundial de la Salud (OMS), afecta a 1 de cada 160 nacimientos, presentando una mayor prevalencia en hombres que en mujeres.

15. Wing, L. y Gould, J.: “Severe impairments of social interaction and associated abnormalities in children: Epidemiology and classification”, *Journal of Autism and Developmental Disorders*, vol. 9, núm.1, 1979, pp. 11-29.

16. López Gómez, S.; Rivas Torres, R. M.; Taboada Ares, E. M.: “Revisiones sobre el autismo”, *Revista Latinoamericana de Psicología*, vol. 41, núm. 3, 2009, p. 557.

Sin embargo, las características de las personas con TEA son muy variables, pero, a pesar de ello, podemos sintetizar algunas de las mismas y que han sido descritas por los anteriores autores en la Tabla 2:

Tabla 2.

Comportamientos de comunicación e interacción social	Poco contacto visual o contacto visual inconsciente.
	Parece como que no ven o no escuchan a otras personas (a menudo se muestran <i>ensimismados</i>).
	No suelen responder cuando se les llama o se demoran en hacerlo.
	Tienen dificultades para seguir conversaciones.
	Frecuentemente hablan durante largo tiempo sobre un tema de su interés, sin permitir que los otros intervengan o respondan y no advierten que los demás son indiferentes a su discurso.
	Sus gestos o expresiones faciales a veces no coinciden con lo que están diciendo.
	Su tono de voz es monótono o a veces disonante.
Comportamientos restringidos o repetitivos	No suelen predecir las reacciones del otro, les cuesta entender el punto de vista de los demás.
	Repiten ciertas conductas o tener comportamientos inusuales como repetir palabras y gestos.
	Muestran un elevado interés por determinados temas como números, datos, mapas, marcas de coches, etc.
	Se detienen en pequeños detalles de los objetos mostrando demasiado interés por ellos.
	Se molestan frecuentemente por los cambios que les desvíen de su habitual rutina.
	Suelen ser más o menos sensibles a ciertos ruidos, texturas en la ropa, sabores, entre otros.

Fuente: Elaboración propia¹⁷

Y al referirse la norma que nos ocupa a “las restricciones en la participación social” se deja entrever el especial tratamiento que le dará a los trastornos del desarrollo, incorporando la clasificación de “trastorno generalizado del desarrollo” donde se recogen los fundamentos del trastorno del espectro del autismo (TEA). Autismo España ha destacado esta incorporación, así como el reconocimiento de este trastorno de manera independiente y diferenciada del diagnóstico de discapacidad intelectual, algo que, han manifestado, “visibiliza el impacto del TEA en la calidad de vida de las personas que lo presentan”.

17. Sánchez Guerrero, A.: “Adaptación del puesto de trabajo para personas afectadas de trastorno del espectro del autismo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 3, 2022, pp. 310-382.

En cuanto a la calidad de vida en TEA, y según algunos autores¹⁸, a pesar de que las personas con TEA puedan necesitar de apoyos para su vida diaria, lo cual podría determinar peor calidad de vida, ciertamente si cuentan con ellos, pueden estar más satisfechos con la vida y poseer un mejor autoconcepto lo que generaría una mejor calidad de vida. La consecución de esos apoyos necesarios está directamente relacionada con la consecución del grado de discapacidad que les haga acceder a los recursos necesarios, cuestión que cobra vital importancia con la visión hacia los trastornos del espectro del autismo que nos brinda este nuevo baremo.

Otro aspecto que ha podido evidenciar esta autora a través de su experiencia vital y profesional es como algunas personas dentro del trastorno del espectro del autismo encuentra estigmatizante ser objeto de evaluación y posterior clasificación de persona con discapacidad a pesar de que, como hemos dicho anteriormente, este hecho es la vía principal para la obtención de recursos que puedan mejorar su calidad de vida. Quizá la vinculación histórica en los baremos entre autismo y discapacidad intelectual en la valoración de la discapacidad pueda haber sido una de las razones para esta oposición. Porque, en palabras de Soler Belda¹⁹, “la realidad sigue siendo que las personas con la etiqueta de discapacidad intelectual (principal y habitualmente) siguen viendo limitada su participación en las actividades de la vida diaria, lo cual ocasiona segregación, marginación, y finalmente exclusión, en distintos ámbitos de la vida y de la participación social, por tanto, una reducción considerable en su calidad de vida”.

VI. ORDEN DSA/934/2023, DE 19 JULIO

El 4 de agosto de 2023 ha sido publicada la orden de desarrollo por la que se modifican los baremos que figuran como Anexos I, II, III, IV, V y VI del Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, a la vista de “la existencia de errores en los baremos” que se subsanan en esta orden.

Señala la orden que “por discapacidad se entiende a la resultante de la interacción entre la evaluación de las deficiencias de las funciones y estructuras corporales, las limitaciones para realizar actividades y las restricciones en la participación social como consecuencia de las barreras del contexto, que se obtiene siguiendo la metodología propuesta en el procedimiento que se reglamenta, mediante la graduación de las “deficiencias” y las “limitaciones en la actividad” evaluadas conforme a los criterios de los baremos del anexo III y IV, y la restricción en la participación social una vez evaluados el desempeño en su contexto real y los “factores contextuales ambientales” conforme a los criterios expuestos en los baremos del anexo V y VI”.

18. García Horta, C.; Sahagún Navarro, M.; Villatoro Bongiorno, K.: “Calidad de vida en personas con trastorno del espectro del autismo”, *Orbis: revista de Ciencias Humanas*, vol. 12, núm. 36, 2017, pp. 65-82.

19. Soler Belda, R. R.: “Declaración de la discapacidad y beneficios sociales en las personas con TEA (Trastornos del Espectro Autista)”, *Revista Estudios Jurídicos*, núm. 20, 2020, pp. 345-378.

Destacamos en esta orden que se podrá reconocer la “condición de persona con discapacidad asimilada a dicha situación como estados previos, entendidos como procesos en evolución que puedan llegar a ocasionar una limitación en la actividad, a efectos del reconocimiento del derecho a los servicios de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades”. En este sentido, entendemos que se encuentran aquí reflejadas aquellas situaciones en las que a las personas con trastorno del espectro del autismo se les diagnostica después de un periodo de observación determinado (sobre todo niños y adolescentes), periodos en los que, al no poder cerrar el diagnóstico, no se podía evaluar la posibilidad de acceder a un grado de discapacidad.

Igualmente, se modifica el anexo III, quedando redactado de la siguiente manera: “Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad” a la “Clasificación internacional del funcionamiento, la discapacidad y la salud” (CIF-OMS12001), reglamentándose así la referencia expresa y la remisión a la CIF.

En el mismo Anexo III y en lo referente a las “normas para la evaluación de las funciones y estructuras corporales / “deficiencia global de la persona, en su capítulo 1, “Capacidad intelectual límite, discapacidad intelectual, trastornos del desarrollo psicológico y trastornos del comportamiento y las emociones de inicio en la infancia y adolescencia” y más concretamente en el punto 1.1 Criterios generales para la evaluación de la capacidad intelectual límite, la discapacidad intelectual y de otros trastornos de inicio en la infancia y la adolescencia, en el criterio 3L, en cuanto a la adaptación laboral, se refiere la norma a las “necesidades de apoyo” ya bien sean limitadas, extensas o generalizadas según el intervalo en la búsqueda, acceso o mantenimiento del empleo o actividad productiva/laboral. Entendemos que se distingue el mercado laboral ordinario del empleo con apoyo y se evalúan las dificultades de leves a graves en el establecimiento y mantenimiento de relaciones interpersonales en el entorno laboral. Por último, también relaciona que esas dificultades puedan afectar a los resultados laborales y /o a la “inclusión social en el entorno ocupacional, productivo o laboral”, refiriéndose explícitamente al empleo con apoyo en este último caso.

Mención aparte nos merece el punto 1.5. sobre la “capacidad intelectual límite y la discapacidad intelectual”, distinguiéndola de los “trastornos del desarrollo psicológico” en el punto 1.6. y más concretamente de los “trastornos generalizados del desarrollo y de los trastornos del espectro del autismo (TGD/TEA)” en el punto 1.6.1.

En dicho apartado y en cuanto a los criterios diagnósticos divididos por intervalos y en el número 2 se señala que “los síntomas han de estar presentes en las primeras fases del período de desarrollo (pero pueden no manifestarse totalmente hasta que la demanda social supera las capacidades limitadas, o pueden estar enmascarados por estrategias aprendidas en fases posteriores de la vida)”, en clara referencia, a nuestro entender, a los niños con autismo que en edad temprana no son diagnosticados y que se han visto desprotegidos hasta ahora mismo.

Se destaca que en la metodología para la adecuación del intervalo de la deficiencia se propone la “Observación, entrevista clínica y entrevistas a *personas significativas*, tanto vinculadas al ámbito familiar como profesional o cualquier otro de interés”. O también el “estudio y valoración de informes de salud mental, educativos, escalas

específicas, etc.". Claramente el reglamento está abriendo la posibilidad a que sean las entidades especializadas las que puedan ser llamadas para la evaluación de las deficiencias.

Sin embargo, un poco más adelante, en lo concerniente a los intervalos de gravedad de la deficiencia en el "funcionamiento en actividades y participación" y más concretamente en "adaptación laboral", se evalúan las dificultades de leves a muy graves de "desempeño y/o interacción social" que puedan afectar a los resultados laborales en el entorno ocupacional, productivo o laboral" y específicamente señala en el caso del empleo ordinario que este pueda tener "incidencias" tildando las "bajas laborales" como tales. Ese caso se señala solo para el intervalo 1 de la puntuación de deficiencia (de 5 % a 24 %), porque para los intervalos 2, 3 y 4 no se señalan esas dificultades en el Empleo ordinario, pues solo se habla de "empleo ordinario con apoyos, centros especiales de empleo o centro ocupacional o centros de atención diurna".

Cabe mencionar también la nueva redacción del ANEXO VI "Baremo de evaluación de los Factores Contextuales/Barreras Ambientales (BFCA)", en el que se describen los factores ambientales como los constituidos por el entorno físico, social y actitudinal, señalando que estos factores externos a las personas pueden tener una influencia positiva, en cuyo caso estaríamos hablando de facilitadores; o negativa, entendiendo así estos como barreras. Así mismo, se describen los factores personales como el trasfondo particular de la vida de una persona y de su estilo de vida, incluyendo aspectos como el sexo, la raza, la edad, los hábitos y estilos de vida, la educación, la profesión, las creencias religiosas o las experiencias vitales, entre otras.

Por tanto, las barreras serían todos aquellos factores en el entorno de una persona que, cuando están presentes o ausentes, limitan el funcionamiento tanto a nivel físico como psicológico, y generan discapacidad. Entre ellos se incluyen aspectos tales como que el ambiente físico sea inaccesible, la falta de tecnología asistencial adecuada, actitudes negativas de la población respecto a la discapacidad, y también servicios, sistemas y políticas que bien, no existen o dificultan la participación de las personas con una condición de salud en todas las áreas de la vida.

Y, por otro lado, los facilitadores serían aquellos factores en el entorno de una persona que, cuando están presentes o ausentes, mejoran el funcionamiento tanto a nivel físico como psicológico, y reducen la discapacidad. Entre ellos se incluyen aspectos tales como que el ambiente físico sea accesible, la disponibilidad de tecnología asistencial adecuada, las actitudes positivas de la población respecto a la discapacidad, y también los servicios sistemas y políticas que intenten aumentar la participación de las personas con una condición de salud en todas las áreas de la vida.

VII. CONCLUSIONES

El nuevo baremo de la discapacidad y su orden de desarrollo constituyen una suma de criterios y pautas para evaluar el grado de discapacidad de una persona. Este nuevo baremo ha sido desarrollado por expertos en diferentes áreas, con el propósito de

mejorar la evaluación de la discapacidad y garantizar una mayor equidad en la asignación de recursos y teniendo en cuenta no solo las limitaciones físicas, sino también las cognitivas y sensoriales, así como los factores sociales y ambientales que pueden afectar la calidad de vida de una persona con discapacidad.

El nuevo baremo de la discapacidad ha significado algunos importantes cambios con respecto al anterior. Entre ellos, se amplían los criterios evaluación, incluyéndose nuevas categorías de discapacidad, como la discapacidad intelectual y la discapacidad psicosocial con el reconocimiento implícito de los trastornos generales del desarrollo incluyendo dentro de éstos los trastornos del espectro del autismo.

Y es que, se venía reclamando desde hace tiempo, en consonancia con el modelo de la discapacidad que define la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, que la visión de la discapacidad no debía centrarse exclusivamente en la perspectiva médica, sino que debía incorporar una visión más global y psicosocial de lo que es la discapacidad, como la interacción de la persona con su entorno, donde se hace necesario derribar barreras arquitectónicas, sociales, laborales y normativas.

La nueva norma establece unos criterios para la valoración y calificación del grado de discapacidad en todo el territorio español, garantizando así el acceso en igualdad de condiciones para toda la ciudadanía. Asimismo, proporciona una base científica para la comprensión y el estudio de la salud y de los componentes sociales y económicos que redundan en la persona, aportando una descripción más precisa y quizá más completa del grado de discapacidad.

Pese a las ventajas del nuevo baremo de la discapacidad, empero, existen retos y desafíos importantes. Uno de ellos es la necesidad de formación y capacitación de los profesionales encargados de aplicarlo, para asegurar una evaluación precisa y justa. En el caso del autismo, es esencial que los equipos de valoración conozcan el desarrollo y el conocimiento con respecto al espectro en los últimos años y que incluso han modificado el sistema de clasificación diagnóstica por no decir que, en palabras de Villate²⁰, el diagnóstico de los TEA es complicado, dispendioso y no muy exacto²¹. Porque esa formación, a nuestro entender, debe poner el foco en la multitud de realidades que caracterizan al espectro del autismo y que, aun compartiendo el mismo diagnóstico, varía ostensiblemente según la realidad de cada persona incidiendo directamente en su calidad de vida. La vulnerabilidad de la que el colectivo de personas con TEA a veces es víctima tiene una relación directa con las barreras con las que se encuentra cada individuo y que, desde la familia al entorno laboral, pasando por el género o la situación socioeconómica, van a condicionar sus vidas.

20. Villate Baquero, N. S.: *La morfometría como método de ayuda para el diagnóstico del autismo* [Tesis de Grado], Universidad Militar Nueva Granada (Colombia), 2020.

21. Ha, S. *et al.*: "Characteristics of brains in autism spectrum disorder: structure, function, and connectivity across the lifespan", *Experimental neurobiology*, vol. 24, núm. 4, 2015, p. 273.

Se han desarrollado diversas pruebas para el diagnóstico del TEA en torno a la comunicación e interacción social entre las que se encuentran la prueba ADOS (Escala de Observación para el Diagnóstico del Autismo) y la prueba ADI (Entrevista para el Diagnóstico del Autismo). La prueba ADOS se compone de cuatro módulos y cada uno tiene un protocolo específico con una duración entre 30 y 45 minutos para su aplicación. Por otro lado, la prueba ADI Consta de alrededor de 93 preguntas las cuales exploran lenguaje, interacción social recíproca y conductas/intereses restringidos.

El baremo es un instrumento que va más allá de recoger el procedimiento administrativo a seguir y las instrucciones de las personas evaluadoras para determinar el grado de discapacidad. El porcentaje obtenido se constituye como la puerta de entrada al sistema de derechos establecidos para las personas con discapacidad (derechos, beneficios y recursos). No solo hablamos de tener derecho a las ayudas económicas sino el acceso a instrumentos de derechos antidiscriminatorio, porque si no se reconoce el porcentaje mínimo del 33% de acuerdo con la Ley de Derechos de Personas con Discapacidad, no se tiene acceso a la protección y garantía de esos derechos.

Porque, como hemos dicho, la falta de reconocimiento legal en igualdad de derechos afecta al desarrollo de la persona existiendo una serie de condicionantes sociales de la discapacidad que afectan a las personas con discapacidad y una serie de determinantes legales que a veces se convierten en obstáculos más que en facilitadores.

Este nuevo baremo supone un avance en la valoración del grado de discapacidad en el caso de las personas con autismo ya que incorpora la categoría de “trastorno generalizado del desarrollo” y la clasificación de diagnósticos incluidos en la misma, en coherencia con la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10)²² de la Organización Mundial de la Salud que está vigente en nuestro país. Este reconocimiento visibiliza el impacto que produce el trastorno del espectro del autismo en la calidad de vida y en el funcionamiento adaptativo de cada persona que lo presenta. Y también reconoce la necesidad de acceder a los apoyos que cada persona necesita durante su vida para tener las mismas oportunidades y derechos que los demás.

A pesar de todo, el nuevo baremo tiene limitaciones, ya que no recoge la descripción actualizada del trastorno del espectro del autismo que está incluida en las clasificaciones DSM-5 y CIE-11, que son las más recientes. No obstante, creemos que la incorporación del autismo de manera específica es un gran avance y que ayudará a que muchas personas vean reconocidas sus necesidades y los apoyos que requieren a lo largo de sus vidas.

Bibliografía

- Campo Blanco, M.; Crespo Cuadrado, M.; Verdugo Alonso, M. A.: “Historia de la clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud (CIF): un largo camino recorrido”, *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 34, núm. 205, 2003, pp. 20-26.
- García Horta, C.; Sahagún Navarro, M.; Villatoro Bongiorno, K.: “Calidad de vida en personas con trastorno del espectro del autismo”, *Orbis: revista de Ciencias Humanas*, vol. 12, núm. 36, 2017, pp. 65-82.
- Ha, S. *et al.*: “Characteristics of brains in autism spectrum disorder: structure, function, and connectivity across the lifespan”, *Experimental neurobiology*, vol. 24, núm. 4, 2015, pp. 273-284. DOI: [10.5607/en.2015.24.4.273](https://doi.org/10.5607/en.2015.24.4.273).

22. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, accesible en: https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/normatizacion/CIE10/CIE10ES_2018_diag_pdf_20180202.pdf.

- López Gómez, S.; Rivas Torres, R. M.; Taboada Ares, E. M.: "Revisiones sobre el autismo", *Revista Latinoamericana de Psicología*, vol. 41, núm. 3, 2009, pp. 555-570.
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, accesible en: https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/normalizacion/CIE10/CIE10ES_2018_diag_pdf_20180202.pdf.
- Organización Mundial de la Salud (OMS): *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*, IMSERSO, Madrid, 2001, accesible en: https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spa.pdf?sequence=1.
- Querejeta, M.: "Las herramientas del nuevo paradigma de la salud en el siglo XXI: CIE / CIF", *Revista Española de Salud Pública*, vol. 83, núm. 6, 2009, pp. 771-773, DOI: [10.1590/s1135-57272009000600001](https://doi.org/10.1590/s1135-57272009000600001).
- Querejeta González, M.: *Discapacidad/Dependencia: unificación de criterios de valoración y clasificación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2012, accesible en: <http://www.index-f.com/lascasas/documentos/lc0181.pdf>.
- Romero Ayuso, D. M.: "Actividades de la vida diaria", *Anales de Psicología*, vol. 23, núm. 2, 2007, pp. 264-271.
- Sánchez Guerrero, A.: "Adaptación del puesto de trabajo para personas afectadas de trastorno del espectro del autismo", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 3, 2022, pp. 310-382.
- Soler Belda, R. R.: "Declaración de la discapacidad y beneficios sociales en las personas con TEA (Trastornos del Espectro Autista)", *Revista Estudios Jurídicos*, núm. 20, 2020, pp. 345-378, DOI: [10.17561/rej.n20.a15](https://doi.org/10.17561/rej.n20.a15).
- Villate Baquero, N. S.: *La morfometría como método de ayuda para el diagnóstico del autismo* [Tesis de Grado], Universidad Militar Nueva Granada (Colombia), 2020, accesible en <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/36775>.
- Wing, L. y Gould, J.: "Severe impairments of social interaction and associated abnormalities in children: Epidemiology and classification", *Journal of Autism and Developmental Disorders*, vol. 9, núm.1, 1979, pp. 11-29, DOI: <https://doi.org/10.1007/BF01531288>.

ANEXO

- a) Evaluación de las Funciones y estructuras corporales/Deficiencia Global de la Persona (BDGP).

Esta evaluación se incluye en el Anexo III “Baremo de evaluación de las funciones y estructuras corporales (“Deficiencia Global de la Persona) o BDGP. En él se fijan las pautas estandarizadas de las deficiencias permanentes en las distintas funciones y estructuras corporales, asociadas a las limitaciones de la capacidad para realizar las AVD (actividades de la vida diaria).

Dentro de las diferentes posibilidades de actuación hay un tipo de actividades que son comunes a las distintas culturas y tiempos y tienen que ver con la supervivencia y mantenimiento personal. Otras conductas son rutinarias, esperables y, a veces, responden a las responsabilidades personales en función de los distintos roles. A estas actividades se las conoce habitualmente como actividades de la vida diaria (también conocidas como AVD.).

A través de este primer baremo se evalúa la afectación en cuanto a funciones fisiológicas y mentales, así como de los órganos y partes del cuerpo (vista, oído, lenguaje, sistemas internos, huesos, músculos y piel).

- b) Evaluación de las Capacidades/Limitaciones en la Actividad (BLA).

Esta evaluación está recogida en el Anexo IV: “Baremo de Evaluación de las Capacidades / Limitaciones En La Actividad: BLA”. Establece los criterios para evaluar los problemas de la capacidad para realizar las AVD, incluyendo un Baremo específico para evaluación de Actividades de Autocuidado (BLGTAA), como de evaluación de problemas de movilidad (BLAM), para establecer movilidad reducida. Aquí se mide la capacidad para desenvolverse en las actividades más básicas de la vida diaria, valorando el esfuerzo requerido para llevarlas a cabo y el posible grado de dolor.

Esto incluye el autocuidado y la movilidad, que constituyen otros dos baremos específicos denominados BLGTAA y BLAM.

- Baremo BLGTAA: “Baremo de Limitación Grave y Total en el dominio del Autocuidado”, para personas con un porcentaje de discapacidad igual o superior al 75 % y que por tanto se considera que necesitan ayuda de tercera persona.
- Baremo BLAM: “Baremo de Limitaciones en las Actividades de Movilidad”, para certificar la movilidad reducida. Cuando se asigne una limitación final de movilidad igual o superior al 25 % se determinará que la persona tiene movilidad reducida y dificultades para utilizar el transporte público.

- c) Evaluación del Desempeño/Restricciones en la Participación (BRP-QD).

Evaluación recogida en el Anexo V: Baremo de Evaluación del Desempeño ("Restricciones en la Participación"): BRP. Criterios para evaluación del desempeño para la realización de actividades en contexto real de la persona y los posibles problemas para implicarse en situaciones vitales.

- d) Evaluación de los Factores Contextuales/Barreras Ambientales (BFCA). Este cuarto baremo se centra en factores tanto personales como externos que pueden tener una influencia positiva o negativa (ser una barrera). Este baremo no siempre se aplica, pero, si se aplica, el porcentaje obtenido en la evaluación BDGP, BLA y BRP-QD se podrá modificar con la suma de puntos por BFCA, con un máximo de 24 puntos.
- Baremo BFCA o baremo de los factores contextuales o barreras ambientales. Lo constituyen los factores del entorno de la persona que pueden dificultar su participación plena en la sociedad.
 - Baremo BLGTAA o de dependencia de terceros: Este "Baremo de Limitación Grave y Total en el dominio de Autocuidado" se enfoca hacia personas que ostentan un porcentaje de discapacidad igual o superior al 75%, y que, por tanto, se considera que necesitan la ayuda de terceras personas en su vida cotidiana. Está relacionado con la evaluación BLA. A ellas se les puede reconocer un GDA (grado de discapacidad ajustado) por niveles de acuerdo con el grado de gravedad.

Por lo tanto, la evaluación de la discapacidad, que será expresada en porcentaje, se realizará mediante la aplicación de estos 4 baremos.

Para establecer el grado final de discapacidad, el porcentaje que se obtenga en la evaluación de los 3 primeros baremos (deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación), se modificará, en su caso, añadiendo hasta un máximo de 24 puntos en función del 4º baremo, es decir, de los factores del contexto y las barreras ambientales (BFCA). Esta forma de evaluar otorgará el mayor peso a la evaluación de las deficiencias objetivas para la determinación del grado de discapacidad.

Con esta metodología, la puntuación obtenida establecerá el "grado de discapacidad ajustado" (GDA). Una vez obtenido el grado de discapacidad ajustado, será cuando se añada la puntuación obtenida en el baremo de Factores Contextuales/Barreras Ambientales (BFCA), siendo el máximo que se puede adicionar por BFCA son 24 puntos porcentuales y solo modificará el grado de discapacidad ajustado desde el valor mínimo hasta el máximo de la clase de discapacidad asignada por el criterio principal, sin que se pueda cambiar de clase.

De esta manera se obtendrá el grado final de discapacidad de la persona.

No obstante, todo lo anterior, el Real Decreto 888/2022, de 20 de octubre, prevé un sistema específico de evaluación de la necesidad del concurso de tercera persona, la cual se prevé se realizará mediante la aplicación del baremo establecido conforme a lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción

de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y se estimará acreditada la necesidad de concurso de tercera persona cuando de la aplicación del referido baremo se obtenga una puntuación que dé lugar a cualquiera de los grados de dependencia establecidos, para los para los siguientes casos:

- La asignación económica por hijo a cargo mayor de dieciocho años, con un grado de discapacidad igual o superior al 75 % y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, prevista en el artículo 353.2 TRLSS.
- El complemento del 50 % de la pensión no contributiva para los beneficiarios de estas que estén afectados por una discapacidad o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75% y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, previsto en el artículo 364.6 TRLSS.

Por otra parte, respecto del subsidio de movilidad y compensación por gastos de transportes previsto en el artículo 25.1.b) del Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas para personas con discapacidad, 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 de Evaluación de las Capacidades/Limitaciones en la Actividad (BLA) del Anexo IV. Cuando una vez evaluadas todas las actividades, el porcentaje de limitación obtenido en el dominio de movilidad asigne una limitación final de movilidad igual o superior al 25 %, se determinará que la persona tiene movilidad reducida y dificultades de movilidad para utilizar transportes colectivos.



El principio laboral según el cual “trabajo no es mercancía”: entre realidad y ficción*

THE LABOR PRINCIPLE ACCORDING TO WHICH “WORK IS NOT MERCHANDISE”: BETWEEN REALITY AND FICTION

Cleber Lúcio de Almeida

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais

cleberlucioalmeida@gmail.com  0000-0001-8345-825X

Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida

Professora de Direitos Humanos da pós-graduação da Faculdade CEDIN

waniarabello.adv@gmail.com  0000-0003-1945-0557

Recibido: 16.08.2023 | Aceptado: 13.09.2023

RESUMEN

El artículo aborda uno de los principios del Derecho Laboral, aquel que se refiere a que trabajo no es mercancía. El artículo, en el que se adopta como metodología la revisión bibliográfica, analiza la adherencia de este principio a la realidad y su relevancia está en la necesidad de investigar si los derechos garantizados a los(las) trabajadores(as) por el orden jurídico impiden que el trabajo sea sometido a la condición de mercancía. La conclusión a la que se arribó es que, en el sistema de producción capitalista, el trabajo se reduce a la condición de mercancía, o sea, que al capitalismo le corresponde el trabajo-mercancía, lo que lleva a la constatación de que el principio según el cual el trabajo no es mercancía corresponde a la realidad solo cuando se refiere a la esencia del trabajo, pero no cuando este se realiza bajo las condiciones del sistema de producción capitalista.

ABSTRACT

The article addresses one of the principles of Labor Law, the one that refers to the fact that work is not merchandise. The article, in which the bibliographic review is adopted as a methodology, analyzes the adherence of this principle to reality and its relevance lies in the need to investigate whether the rights guaranteed to workers by the legal order prevent that work is subjected to the condition of merchandise. The conclusion reached is that, in the capitalist production system, work is reduced to the condition of merchandise, that is, that labor-merchandise corresponds to capitalism, which leads to the verification that the principle

PALABRAS CLAVE

Capitalismo
Trabajo
Mercancía
Ficción

KEYWORDS

Capitalism
Work
Merchandise
Fictions

* Integrantes do Grupo de Pesquisa e Extensão Capitalismo e Proteção Social na Perspectiva dos Direitos Humanos e Fundamentais do Trabalho da PUC-Minas.

according to which work is not merchandise corresponds to reality only when it refers to the essence of work, but not when it is carried out under the conditions of the capitalist production system.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. ITRABAJO COMO MERCANCÍA: DE LA REALIDAD CONSTATADA AL PRINCIPIO PRIMERO DEL DERECHO LABORAL
 - III. TRABAJO COMO MERCANCÍA: LA RESPUESTA CLÁSICA
 - IV. CRÍTICA AL TRABAJO CON DERECHOS COMO ANTÍTESIS AL TRABAJO-MERCANCÍA
 - V. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Laboral tiene principios propios, entre ellos aquel según el cual trabajo no es mercancía. El presente artículo analiza la correspondencia de este principio con la realidad, lo que se hará siguiendo como guía la diferencia entre la esencia del trabajo y su condición en el capitalismo, adoptándose como hipótesis que corresponde al capitalismo la reducción del trabajo a la condición de mercancía, es decir, al trabajo-mercancía, lo que explica, inclusive, la afirmación de la existencia de un “mercado de trabajo”, recordando que “mercado” es el local en el que se establecen las relaciones comerciales entre vendedores y compradores y que “mercancías” son bienes y servicios negociados en el mercado.

El artículo se divide en tres partes, a las que siguen breves consideraciones conclusivas. La primera parte trata de la génesis del principio según el cual trabajo no es mercancía. La segunda parte se refiere a la respuesta que viene siendo adoptada ante la constatación de que el trabajo, considerado en su aspecto material y sensible en el sistema de producción capitalista, se somete a la condición de mercancía. La tercera parte analiza críticamente el camino que viene siendo seguido en la tentativa de separar del trabajo la condición de mercancía.

Cabe aclarar que “trabajadores(as)” son aquí considerados solamente aquellos(as) que: prestan servicios a personas ajenas de forma subordinada, ya que el Derecho Laboral tiene como objeto disciplinar esta modalidad de prestación de servicios.

II. TRABAJO COMO MERCANCÍA: DE LA REALIDAD CONSTATADA AL PRINCIPIO PRIMERO DEL DERECHO LABORAL

Este artículo examina el principio según el cual el trabajo no es mercancía, con el intuito de verificar su correspondencia con la realidad.

El artículo se desarrolla bajo la perspectiva de que es necesario “aprender a discernir las posibilidades no cumplidas que descansan en las flexiones del presente”¹ y evitar extremismos, en la medida en que “vivir significa ver. La visión está limitada por una doble frontera: la luz intensa que ciega y la oscuridad total. Tal vez de ahí su rechazo por todo extremismo. Los extremos delimitan la frontera más allá de la cual la vida termina”².

La respuesta al problema presentado en este artículo exige que se investigue la génesis del principio colocado en destaque, teniendo en cuenta, inclusive, que el carácter del trabajo “no se da de forma trans histórica, sino en función de las relaciones sociales en las que él está insertado”³.

Para realizar la investigación propuesta se optó por adoptar como punto de partida la Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, la que constituye un marco en la Doctrina Social de la Iglesia, con gran influencia en el surgimiento y desarrollo del Derecho Laboral.

En esta Encíclica se reconoce que los(as) trabajadores(as) estaban, desde la génesis del capitalismo y hasta aquel momento, “a merced de señores deshumanos y de la codicia de una concurrencia desenfrenada” y “continuamente en lucha contra los horrores de la miseria”, lo que imponía su protección legal debido a la dignidad de la persona humana⁴. Por tanto, la Encíclica en destaque, como fue señalado en la que vino a la luz para conmemorar sus cuarenta años (Encíclica *Quadragesimo Anno*), reconoce que, en el capitalismo, el trabajo estaba siendo tratado como “un simple género comercial” e intercambiado “como cualquier mercancía”⁵.

Posteriormente, en 1919, el Tratado de Versalles, en el que se creó la Organización Internacional del Trabajo (OIT), declaró, en su art. 427, que el trabajo no debería ser considerado una mercancía o un artículo de mercado, al mismo tiempo que la Constitución de esta Organización reconoce, en su Preámbulo, que los(as) trabajadores(s) estaban siendo sometidos a “condiciones de trabajo que implican, para grande parte de las personas, la injusticia, la miseria y las privaciones” y consideró urgente mejorar estas condiciones, apuntando hacia el establecimiento de un “régimen de trabajo realmente humano”. Una vez más, por tanto, se afirma que los(as) trabajadores(as) estaban siendo sometidos a condiciones de trabajo que no eran realmente humanas.

Más adelante, en 1944, la Conferencia General de la OIT, en su vigésimo sexta sesión, realizada en Filadelfia, adoptó una Declaración en la que define los principios sobre los que se basa la OIT y que deberían inspirar la política de sus miembros (*Declaración de Filadelfia*). Esta Declaración, de la misma forma como fue adoptado en el Tratado de Versalles y hasta de forma más incisiva, incluyó entre estos principios, o sea, entre los principios que deberían regir las políticas dirigidas a la protección de los(as) trabajadores(as), la afirmación de que el trabajo no es una mercancía.

1. Gorz, A.: *Matérias do presente, riqueza do possível*, Annablume, São Paulo, 2004, p. 9.
2. Kundera, M.: *A insustentável leveza do ser*, Tradução de Teresa Bulhões Carvalho da Fonseca, Companhia de Bolso, São Paulo, 2017, pp. 103-104.
3. Postone, M.: *Tempo, trabalho e dominação social*, Boitempo, São Paulo, 2014, p. 273.
4. Leão XXIII: *Rerum Novarum*, Paulinas, São Paulo, 2016, pp. 10, 36, 38, 39 e 40.
5. Pio XI: *Quadragesimo Anno*, Paulinas, São Paulo, 2012, p. 48.

En fin, la Encíclica *Rerum Novarum*, el Tratado de Versalles, la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia destacaron un hecho que se manifestaba en el contexto de la relación capital-trabajo, en la que los(as) trabajadores(as) estaban siendo sometidos(as) a condiciones de trabajo que implicaban la reducción del trabajo a la condición de mercancía negociada en el mercado,⁶ y afirman que el trabajo no es mercancía, lo que acaba por presentarse como idea y principio fundamentales del Derecho Laboral.

Esta idea y principio tienen como fundamento el hecho de que la persona que trabaja tiene una cualidad que estaría siendo desconsiderada: su dignidad humana, así como la imposibilidad de separar el trabajo de la persona que lo realiza. Esta idea y principio, inclusive, llevan a otro principio fundamental del Derecho Laboral, que es la protección de los(as) trabajadores(as).

Acrciéntese a esto que Karl Marx ya había sustentado que, en el capitalismo, “el trabajador troca su mercancía, el trabajo, el valor de uso que, como mercancía, también tiene un *precio*, como todas las otras mercancías, por una determinada suma de valores de cambio, determinada suma de dinero que el capital le concede. El capitalista recibe en troca el propio trabajo, el trabajo como actividad”⁷.

Maria Vitoria Ballestrero destaca que

por detrás de la cláusula de no-mercancía del Tratado de Versalles estaba de hecho la sección 6 de la ley *antitrust* americana de 1914, conocida como *Clayton Act*, insertada a partir de la intervención de Samuel Gompers, el poderoso secretario de la AFL - *American Federation of Labor* - con el objetivo de alejar a las coaliciones sindicales de la aplicación de las reglas *antitrust*, a las que los jueces americanos, en vez de eso, los sometieron, considerando el trabajo como *mercancía o artículo de comercio* y, consecuentemente, tratando la acción sindical como una violación de la libertad de comercio. Gompers, que forma parte de la delegación americana que redactó el Tratado de Versalles, ciertamente jugó su papel en la redacción de la sección sobre el trabajo del art. 427: además de eso, del lado americano la cláusula de *no-mercancía* también era interpretada como una afirmación del principio de la libertad de asociación^{8,9}.

En suma, además de la advertencia de Karl Marx y de la Encíclica *Rerum Novarum*, hubo una tentativa concreta de tratar de reconocer que el trabajo era una mercancía, con el objetivo de someterlo a la ley de la oferta y la demanda, en nombre de la libertad de comercio, lo que tuvo como reacción la declaración que consta en el Tratado de Versalles, de que trabajo no es mercancía.

Como dice Maria Vitoria Ballestrero, el principio en cuestión asumió un

6. De esta forma, se trata de la revelación de la cosificación del trabajo humano para su mercantilización, con total desprecio de la dignidad ontológica de la persona que vive del trabajo.

7. Marx, K.: *Grundrisse*, Boitempo, São Paulo, 2011, p. 213.

8. Ballestrero, M.V.: *Le 'energie da lavoro' tra soggetto e oggetto*, Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeu Massimo D'Antona, Catania, Italia, 99/2010, 2010, p. 7.

9. Sin embargo, no se puede desconsiderar que la afirmación, constante de la Encíclica *Rerum Novarum*, de que trabajo no es mercancía representa una reacción de la Iglesia Católica a la doctrina de Karl Marx, o sea, que la génesis de este principio está en la posición adoptada por la Iglesia Católica para oponerse al marxismo.

significado ético y jurídico más amplio de incisiva negación del valor mercantil del trabajo, desplazando la protección del trabajo en abstracto para los derechos fundamentales de la persona que trabaja, para quien el trabajo es una oportunidad de desarrollo de la persona humana y de progreso material. Podemos considerar como punto de partida de esta evolución la Declaración de Filadelfia de 1944, en la que ‘el trabajo no es una mercancía’, lo que constituye el primero de los principios sobre los que se basa la Organización Internacional del Trabajo (OIT): formulando este principio se enuncia “un postulado fundamental de política protectora, cuyo contenido refleja el cierre definitivo de la controversia económico liberal sobre el valor del trabajo como (especial) bien de comercio”¹⁰.

Por tanto, la afirmación de que trabajo no es mercancía constituye el principio primero del Derecho Laboral, del cual deriva otro de sus principios fundamentales, que es la protección de la persona que vive del trabajo.

Destáquese que la reducción del trabajo a la condición de mercancía en el sistema capitalista de producción no pasó inadvertida a la doctrina.

En este sentido, Marcos Nobre destaca que el mercado es “el centro alrededor del cual se organiza el conjunto de la sociedad capitalista”, lo que significa que

potencialmente todo y cualquier bien debe tener un determinado valor, es decir, que todo bien debe poder ser apreciable, debe poder asumir la forma de una mercancía. Fue así, por ejemplo, que, por primera vez en la historia, el trabajo humano se convirtió en una mercancía¹¹.

Thiago Muniz Cavalcanti afirma que el surgimiento del capitalismo fue el responsable de una transformación en la explotación del trabajo humano, ya que su utilización pasó a tener como finalidad el lucro, lo que implica que la fuerza de trabajo fuese sustraída del trabajador y colocada a la venta en el mercado como un producto, como objeto de negocio¹².

Reginaldo Melhado afirma que

en general, la relación de trabajo (aquí incluida la relación de empleo) se configura como una relación mercantil de compra y venta en la que se troca la capacidad de trabajo (como *mercancía*) por el dinero (también *mercancía*). En la base de esta relación mercantil el capitalista adquiere por compra y venta el derecho de utilizar la capacidad de trabajo del empleado por un determinado tiempo [...]. El trabajador vende su capacidad de trabajo como mercancía¹³.

Hechas estas aclaraciones, cabe destacar la respuesta que viene siendo dada ante la constatación de que el trabajo era y continúa siendo tratado como mercancía.

10. Ballestrero, M.V.: *Le 'energie da lavoro' tra soggetto e oggetto*, ob. cit., p. 8.
11. Nobre, M.: *A teoria crítica*, Zahar, Rio de Janeiro, 2004, pp. 25-26.
12. Cavalcanti, T.M.: *Sub-Humanos: o capitalismo e a metamorfose da escravidão*, Boitempo, São Paulo, 2021, p. 43.
13. Melhado, R.: *Metamorfose do capital e do trabalho: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral*, LTr, São Paulo, 2006, pp. 117-118.

III. TRABAJO COMO MERCANCÍA: LA RESPUESTA CLÁSICA

La constatación de que el trabajo estaba siendo reducido a la condición de mercancía llevó a la siguiente interrogante: ¿cómo liberarlo de esta condición?

La Encíclica *Rerum Novarum* propone, como respuesta a esta pregunta, la garantía a los(as) trabajadores(as) de una serie de derechos, como, por ejemplo, el límite de duración de la jornada de trabajo, salario justo, disfrute de descansos, protección del trabajo de las mujeres y de los niños, libertad sindical y negociación colectiva y ejercicio de la ciudadanía.

La OIT propone en su Constitución la reglamentación internacional del régimen de trabajo que fije una duración máxima de días en la semana de trabajo y garantice, por ejemplo, un salario de subsistencia adecuado, salario igual para trabajo de igual valor y la libertad sindical.

La Declaración de Filadelfia reconoce que la justicia social presupone la posibilidad de que los(as) trabajadores(as) efectúen su progreso material y desarrollo espiritual, en libertad y con dignidad, seguridad económica e iguales oportunidades, la participación justa de los(as) trabajadores(as) en los frutos del progreso en términos de salarios y de ganancias y otras condiciones de trabajo, especialmente el límite de duración del tiempo de trabajo y la garantía de un salario mínimo vital para todos los que tienen un empleo.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce en su Preámbulo la necesidad de respeto, protección y promoción de la dignidad humana por medio del reconocimiento normativo y disfrute de derechos, entre ellos algunos que están directamente relacionados con la relación capital-trabajo, como, por ejemplo, el derecho a una remuneración justa, equitativa y satisfactoria, que garantice al(a) trabajador(a) y a su familia salud y bienestar, a la remuneración por trabajo de igual valor, a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, sano y seguro, que preserve la salud física y mental de los(as) trabajadores(as) y a la razonable duración del tiempo de trabajo, así como al descanso, al ocio, a vacaciones remuneradas y a la libertad para disponer del tiempo libre, de asociación, para promover, ejercer y proteger sus intereses de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otra naturaleza.

Es ese, por tanto, el camino propuesto para combatir la reducción del trabajo a la condición de mercancía: garantizar derechos a los(as) trabajadores(as) en la perspectiva de que el acceso a estos derechos les garantizaría una vida en correspondencia con la dignidad humana.

Bajo este prisma, los derechos garantizados a los(as) trabajadores(as) actuarían contra la limitación del trabajo a la condición de mercancía o, dicho de otra forma, el trabajo no sería tratado como mercancía cuando fuese retirado del juego de la oferta y la demanda por medio de la previa fijación de su valor, que estaría traducido por derechos aptos atendiendo a sus necesidades humanas básicas.

En este orden de ideas, el Derecho Laboral actuaría como un “muro de protección”, que transformaría a los(as) trabajadores(as) en ciudadanos y ciudadanas a título

pleno¹⁴, lo que implica, inclusive, que la desconstrucción del Derecho Laboral estaría provocando que el reloj de la historia del trabajo se mueva en sentido inverso, “de forma tal que retornara a los tiempos en los que éste era vendido por el individuo a la empresa como cualquier otra mercancía”, lo que implica la “re mercantilización del trabajo”¹⁵.

En suma, la respuesta clásica a la reducción del trabajo a la condición de mercancía es su protección por medio de derechos. En este orden de ideas, el trabajo-mercancía se contrapone al trabajo con derechos.

IV. CRÍTICA AL TRABAJO CON DERECHOS COMO ANTÍTESIS AL TRABAJO-MERCANCÍA

La respuesta presentada por la doctrina social de la Iglesia, aquí representada por la Encíclica *Rerum Novarum*, la OIT y la Declaración Universal de los Derechos Humanos a la reducción del trabajo a la condición de mercancía es la atribución de derechos a los(as) trabajadores(as), papel que cabría al Derecho Laboral.

Resáltese que esta solución no constituye una posición anticapitalista o antisistema. La hipótesis no dirige su crítica al modo de producción capitalista, sino que elige como objetivo la distribución de la riqueza para la que contribuye el trabajo.

Además, se trata de respuestas no restrictivas en la medida en que la única alternativa del ser humano es mejorar sus condiciones de trabajo en el modo capitalista de producción, o, dicho de otra forma, que la única alternativa a un mercado libre (economía pura de mercado) sería una “economía mixta”, en la que el gobierno interviene para “promover el desarrollo, moderar los extremos distributivos del mercado, contrabalancear su infeliz tendencia avasalladora, remediar su miopía de invertir muy poco en servicios públicos y de invertir en procesos que perjudican el medio ambiente natural y humano”¹⁶.

Así, la solución a la reducción del trabajo a la condición de mercancía se da dentro del capitalismo y no por medio de su superación.

Sin embargo, el Derecho Laboral no impide la reducción del trabajo a la condición de mercancía, sino, en realidad, la administra y hasta la facilita cuando, por ejemplo, atiende a los intereses del capital, excluye o limita derechos de los(as) trabajadores(as)¹⁷.

En primer lugar, porque, aunque no regulado, el mercado no deja de ser mercado, lo que significa que una mercancía no deja de serlo por el hecho de tener regulado su precio.

14. Gallino, L.: *Il lavoro non è una mercè: contro la flessibilità*, Laterza, Roma-Bari, 2017, p. 59.

15. Gallino, L.: *Il lavoro non è una mercè: contro la flessibilità*, ob. cit., pp. 59-60.

16. Kuttner, R.: *Tudo à venda: as virtudes e o limites do mercado*, tradução Claudio Abramo, Companhia das Letras, São Paulo, 1998, p. 25.

17. Este es el “lado oscuro del Derecho Laboral”, que puede servir para justificar, tornar legal y legítima, la explotación del trabajo por lo capital.

En segundo lugar, porque en el capitalismo los(as) trabajadores(as) están condicionados(as) por sus necesidades, que no están satisfechas por el Derecho Laboral, recordando que

no se es libre cuando se está [...] subyugado por las necesidades básicas de la vida [...]. La labor es la actividad que corresponde a la coerción por medio de la cual la propia vida nos obliga a atender a esas necesidades [...]. En la sociedad moderna, el trabajador [...] está obligado por la necesidad directa inherente a la propia vida [...]. La necesidad, no la libertad, gobierna la vida de la sociedad¹⁸.

Trabajadores y trabajadoras están condicionados(as) por sus necesidades, siendo una mera ficción la afirmación de que son libres para establecer sus condiciones de contratación, de trabajo y de vida.

Bajo este prisma, el trabajo constituye una actividad “cuya única finalidad es satisfacer las necesidades básicas de la vida y no deja ninguna marca durable, ya que su resultado desaparece en el consumo”¹⁹. En este sentido, Hannah Arendt diferencia el “trabajo” de “obra” y “acción”, afirma que el trabajo corresponde a una de las condiciones básicas del ser humano y constituye una “actividad que corresponde al proceso biológico del cuerpo humano, cuyo crecimiento espontáneo, metabolismo y resultante disminución están conectados a las necesidades vitales producidas y dadas al proceso vital por el trabajo. La condición humana del trabajo es la propia vida”²⁰. Bajo esta óptica, el trabajo es una condición humana, relacionada con la posibilidad de sobrevivir.

El Derecho Laboral no anula las necesidades como condicionantes de las acciones de los(as) trabajadores(as), sino que apenas ameniza sus efectos, o sea, él no anula la coerción de la necesidad a que están sometidos(as) los trabajadores(as) en el modo de producción capitalista²¹, sin olvidar que la relación de empleo es una relación de poder, o sea, que junto a la necesidad como factor de coerción existe el poder, que cabe al empleador definir cómo, dónde y por cuánto tiempo el trabajo deberá ser ejecutado, observándose que aquí también se pone de manifiesto la fragilidad del Derecho Laboral, una vez que él no solo legitima el ejercicio de este poder, sino que no es suficiente para evitar abusos cometidos en su ejercicio.

Tercero, porque el Derecho Laboral, además de no tener como objetivo la superación del capitalismo, tampoco por sí solo es capaz de propiciar la emancipación de

18. Arendt, H.: *A promessa da política*, DIFEL, Rio de Janeiro, 2013, pp. 207 e 208

19. Magalhães, T.C.: *A atividade humana do trabalho (labor) em Hannah Arendt*, 2010, p. 3, Disponible en: https://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/03/9_1_theresa.pdf. Acceso em: 22.06.2023.

20. Arendt, H.: *A condição humana*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2020, p. 9.

21. La coerción ejercida por la necesidad torna al ser humano vulnerable, anulando su autonomía, o sea, su capacidad de actuar según sus propias reglas, de autodeterminarse o actuar por sí mismo, sometiéndolo al poder de ajenos. De ahí la importancia de actuar sobre la necesidad para combatir la vulnerabilidad de ella resultante y garantizar la autonomía del ser humano que vive del trabajo, observándose que la autonomía no es resultado de la naturaleza, sino algo a ser construido.

los(as) trabajadores(as), es decir, de “alterar las relaciones de poder, jerarquías y desigualdades sociales existentes”²².

Por tanto, la protección que el Derecho Laboral intenta garantizar a los(as) trabajadores(as) no impide la sumisión del trabajo a la condición de mercancía y, ciertamente, si no se vuelve contra el capitalismo, el Derecho Laboral acaba por ser edificado “sobre un sólido pilar: o trabajo humano como una mercancía [...]. El Derecho Laboral legitima la explotación humana en la medida en que fue idealizado, construido y sedimentado basado en la venta de la fuerza de trabajo de los desposeídos a los detentores de los medios de producción”²³, o sea, el propio Derecho Laboral considera el trabajo como mercancía.

El capitalismo tiene como condición previa una sociedad en la que

los medios de consumo se obtienen a través del intercambio de mercancías y en la cual los trabajadores [...], no poseen ningún otro medio de producción y están obligados a vender su fuerza de trabajo como la única mercancía que poseen²⁴.

Así, solo resta concluir que en el capitalismo el trabajo, debido a las condiciones en que se presta, se reduce a la condición de mercancía. Dicho de otro modo, al capitalismo corresponde el trabajo-mercancía, lo que se debe al hecho de que los derechos garantizados a los(as) trabajadores(as) no constituyen anti mercancías, una vez que solo definen el precio del trabajo, que se traduce en derechos.

No obstante, este hecho no justifica negar la importancia de la lucha por la garantía a los trabajadores y trabajadoras de una vida que responda a su dignidad humana por medio de derechos, en la medida en que:

- a) el ser humano debe ser protegido contra su instrumentalización “a la satisfacción de intereses económicos que, con frecuencia se concentran –en un clima de capitalismo desenfrenado– en obtener por cualquier medio y a cualquier costo el mayor lucro posible”²⁵;
- b) la garantía de una vida digna intenta limitar la búsqueda constante por la producción y la concentración de riquezas patrocinada por el capitalismo, principalmente en el contexto en que el capitalismo neoliberal declara la guerra contra la clase trabajadora, adoptando como una de sus estrategias la omisión de derechos antes garantizados o la reducción de su alcance;
- c) teniendo consciencia jurídica, es decir, consciencia de sus derechos fundamentales y humanos, los(as) trabajadores(as) interpretarían la falta de respeto a tales derechos no solo como un comportamiento ilícito del empleador, sino también como un acto que refuerza la reducción de su trabajo a la condición de mercancía.

22. Gomes, J.C.A.: “Nas encruzilhadas: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social”, *Revista Direito e práxis*, Vol. 10, núm. 1, 2019, p. 391.

23. Cavalcanti, T. M.: *Sub-Humanos: o capitalismo e a metamorfose da escravidão*, ob. cit., pp. 197 e 202-203.

24. Postone, M.: *Tempo, trabalho e dominação social*, ob. cit., 2014, pp. 309-310.

25. Grossi, P.: *O direito entre poder e ordenamento*, Del Rey, Belo Horizonte, 2010, p. 89.

Además, la lucha por mejores condiciones de trabajo no debe sustituir la lucha por el respeto a la esencia del trabajo.

Sin embargo, es importante destacar que la protección de los(as) trabajadores(as) como contrapunto al trabajo-mercancía ni siquiera ha sido garantizada, sea debido a la desconstrucción de la protección social promovida por el neoliberalismo, sea por la flagrante ineffectividad de gran parte de los derechos inherentes al trabajo humano y la transformación del desempleo estructural, lo que lleva a la competencia entre los excluidos del mercado de trabajo y aquellos que en él encontraron algún lugar, aunque sea con salarios bajos²⁶, así como entre trabajadores(as) empleados(as), que luchan por mantener sus empleos.

Así, se trata de una competencia generalizada, entre excluidos(as) del mercado e incluidos en él. Esta competencia resulta en beneficio del capital, en la medida en que conduce a la lógica según la cual un empleo precario es mejor que no tener empleo, recordando también que el trabajo se centra “en la consciencia, en el pensamiento, en la imaginación de todos”²⁷, principalmente porque la ideología impuesta por el capitalismo convence a casi todos de que un rendimiento suficiente y estable y el reconocimiento social solamente pueden alcanzarse por medio del trabajo²⁸.

De esta forma, la competencia se convierte en un imperativo para la supervivencia y el reconocimiento social, lo que provoca que el ser humano sucumba frente a lo económico y que la centralidad de este ser humano sea sustituida por la centralidad del trabajo-mercancía.

Como no es posible separar la persona del trabajo que ella ejecuta en favor de ajenos, en el capitalismo el(a) trabajador está forzado(a) por la necesidad a promover una verdadera “venta de sí”, ya que su finalidad primaria es la remuneración del trabajo prestado en favor y bajo las órdenes ajenas, es decir, la garantía de supervivencia por medio del trabajo remunerado. En este sentido, André Gorz afirma que existe “venta de sí” cuando “la dádiva de sí remunerada tiene a la propia remuneración como finalidad primaria y *se somete a la voluntad ajena*”²⁹. El(a) propio(a) trabajador(a) es llevado a verse como una mercancía.

Todo esto todavía se agrava más por el hecho de que los Estados nacionales, para favorecer la competitividad de las empresas nacionales en el mercado global y atraer inversiones extranjeras, se valen de sus ordenamientos jurídicos como ventaja competitiva, lo que estimula el surgimiento de un verdadero “mercado global de normas”, que está al tanto de esto, como es característico del modo de producción capitalista, debido a la búsqueda constante y creciente de ganancias económicas, inclusive por medio de la desvalorización del trabajo, lo que viene siendo reforzado

26. Se establece de esta forma una paradoja: por una parte, trabajadores(as) conscientes critican su condición de explotados (as); por otra, trabajadores(as) que pretenden asumir la condición de explotados(as).

27. Gorz, A.: *Matérias do presente, riqueza do possível*, ob. cit., p. 10.

28. Gorz, A.: *Matérias do presente, riqueza do possível*, ob. cit., p. 85.

29. Gorz, A.: *Matérias do presente, riqueza do possível*, ob. cit., p. 54, nota n. 32.

en el capitalismo actual (capitalismo neoliberal), que está fuertemente influenciado por la doctrina del *laissez-faire* exportada por los Estados Unidos de América³⁰.

La competencia global entre Estados utilizando como moneda de cambio sus ordenamientos jurídicos lleva al surgimiento de verdaderos “paraísos sociales”, en los cuales inversionistas extranjeros se benefician por la escasa o nula protección social de los trabajadores y trabajadoras por la vía de sus derechos, toda vez que estos se consideran solo como “costos”, lo que provoca que los locales donde se pudieran realizar inversiones sean escogidos atendiendo a la lógica de “distribución eficiente basada en los precios”³¹.

En el “mercado mundial de normas”, los ordenamientos jurídicos de los Estados están condicionados por los intereses del capital global, lo que debilita su capacidad para definir de forma soberana y, principalmente, democrática su política económica y social³².

De esta forma, el capitalismo neoliberal incluye el Derecho Laboral en el mercado, provocando que un Derecho que debería actuar, al menos teóricamente, como anti mercancía, él mismo sea transformado en mercancía, lo que forma parte de una estrategia mayor, donde se defiende un mercado libre de los obstáculos que se oponen al reconocimiento de derechos sociales y a la democracia, es decir, a “todas las formas de exigencias de igualdad”, en favor de la competencia^{33,34}.

Así, a la “venta de sí” se suma la reducción del Derecho Laboral a la condición de mercancía en el “mercado global de normas”, en el cual el principio de la protección de los(as) trabajadores(as) se substituye por el de la protección del capital.

Resumiendo, mantener el trabajo en la condición de mercancía no es solo algo propio del capitalismo, principalmente del capitalismo globalizado, sino una de sus estrategias para someter el trabajo al capital y reforzar su condición de mercancía.

¿Cómo entonces darle sentido al principio según el cual trabajo no es mercancía?

Este artículo fue escrito con el objetivo de presentar una propuesta de respuesta a esta pregunta.

La respuesta que se propone es establecer la diferencia entre *esencia del trabajo* (el trabajo en sí) y *condición del trabajo* (las condiciones en que el trabajo se presta en el modo de producción capitalista).

Bajo este prisma, el trabajo no es una mercancía si es considerado en su *esencia*. El trabajo en sí mismo no es mercancía debido a la imposibilidad de separarlo de la persona que lo realiza.

30. Kuttner, R.: *Tudo à venda: as virtudes e o limites do mercado*, ob. cit., p. 17.

31. Kuttner, R.: *Tudo à venda: as virtudes e o limites do mercado*, ob. cit., p. 36.

32. La democracia está fragilizada cuando la sociedad pierde su poder de manifestarse, argumentar y debatir, lo que es de especial importancia en la construcción del Derecho, ya que este se “basa en la victoria de la palabra sobre la violencia” (Ricoeur, P.: *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 83). Mientras más el mercado se impone, más la democracia se ve fragilizada, ya que el Estado democrático “permanece como el principal contrapeso del mercado” (Kuttner, R.: *Tudo à venda: as virtudes e o limites do mercado*, ob. cit., p. 30).

33. Sauvêtre, P.; Laval, C.; Guéguem, H.; Dardot, P.: *A escolha da guerra civil: uma outra história do neoliberalismo*, Elefante, São Paulo, 2021, pp. 37 e 40.

34. Se instaura así un capitalismo sin protección social y sin democracia.

No obstante, el trabajo en sí no debe confundirse con la condición del trabajo, o sea, con las condiciones sociales en las que él se realiza. En el modo de producción capitalista el trabajo se trata como si fuese una mercancía, o sea, se reduce a la condición de mercancía, negociado, inclusive, en un “mercado de trabajo”. Con una postura hasta más radical, puede decirse que considerar el trabajo un bien cuantificable e intercambiable es una

ficción necesaria para el surgimiento del capitalismo. De esta forma, para basar la producción y el reparto de las riquezas sobre el libre intercambio, hay que *fingir* que el trabajo, la tierra y la moneda son productos intercambiables, mercancías. Solamente el derecho podría instituir tal ficción, y fue así que nació el Derecho Laboral^{35,36}

Inclusive, se trata de una ficción basada en otra ficción, la de la posibilidad de separar el trabajo de la persona que lo realiza.

Por tanto, cuando se afirma que trabajo no es mercancía, no se hace referencia a su *condición* en el modo de producción capitalista (*realidad concreta*), sino a su *esencia* (*plano de lo esencial*). Este es, a nuestro juicio, el sentido de la afirmación de que trabajo no es mercancía.³⁷

V. CONCLUSIONES

El Derecho Laboral tiene como principio fundamental la afirmación de que trabajo no es mercancía. Este artículo pretendió verificar la adherencia de este principio a la realidad.

Lo que pudo constatarse es que, en varias oportunidades, fue reconocido que en el sistema capitalista de producción el trabajo estaba reducido a la condición de mercancía.

Al trabajo reducido a la condición de mercancía se contrapuso el trabajo con derechos, garantizados por el Derecho Laboral.

Bajo esta óptica, los derechos garantizados a los(as) trabajadores(as) actuarían contra la limitación del trabajo a la condición de mercancía, de forma tal que el trabajo no tendría *precio*, sino un determinado *valor*, que se traduciría en el disfrute de derechos mínimos.

Lo que sucede es que garantizar, al menos normativamente, el trabajo con sus derechos no elimina la condición de mercancía a la que está sometido en el sistema capitalista de producción. El trabajo al que corresponden determinados derechos no deja de ser trabajo comercializado en un mercado específico, como el “mercado de trabajo”, en el que la autonomía del(a) trabajador(a), si no en la totalidad de los casos,

35. Supiot, A.: *El derecho del trabajo*, Heliasca, Buenos Aires, 2008, pp. 17-18.

36. Bajo esta óptica, el Derecho Laboral se instrumentaliza para crear el ambiente normativo necesario para la transformación del trabajo en mercancía.

37. A no ser que se considere el principio en destaque bajo este prisma, tendría que admitirse que él no pasa de una falacia.

por lo menos en la mayoría de ellos, está secuestrada por su necesidad de trabajo para garantizar la supervivencia propia y familiar.

Establecer un valor mínimo para una mercancía no es negarle esta condición, sino, por el contrario, reforzarla, prisma bajo el cual el trabajo es mercancía que solamente puede ser negociada en el mercado por un valor mínimo, traducido en derechos.

De este modo, al adoptar el principio según el cual el trabajo no es mercancía, el Derecho Laboral tiene en cuenta su esencia. El trabajo no es mercancía porque no hay como separarlo de la persona que lo presta, la que está dotada de dignidad humana.

Sin embargo, el Derecho Laboral, aunque reclame respeto a la *esencia* del trabajo, se limita a establecer normas sobre su *condición* en el contexto del modo de producción capitalista. No siendo suficiente para favorecer la superación del capitalismo, el Derecho Laboral intenta humanizarlo, garantizándole a los(as) trabajadores(as) mejores condiciones de vida y trabajo. Trabajo no reducido a la condición de mercancía es aquel prestado sin la coerción de la necesidad y sumisión a la lógica del mercado y el Derecho Laboral no elimina esta coerción ni se aparta de esta lógica.

En resumen, nuestra hipótesis fue confirmada porque en el capitalismo el trabajo, aunque con derechos mínimos, no deja de estar reducido a la condición de mercancía. De esta forma, el principio según el cual el trabajo no es mercancía corresponde a la realidad solamente cuando se refiere a la esencia del trabajo, pero no cuando se trata de las condiciones bajo las cuales se presta en el contexto del modo de producción capitalista.

Bibliografía

- Arendt, H.: *A promessa da política*, DIFEL, Rio de Janeiro, 2013.
- Arendt, H.: *A condição humana*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2020.
- Ballestrero, M.V.: Le 'energie da lavoro' tra soggetto e oggetto, Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo Massimo D'Antona, Catania, Itália, 99/2010. Disponible en <http://aei.pitt.edu/103191/1/99.pdf> Acceso el 02.06.2022.
- Cavalcanti, T.M.: *Sub-Humanos: o capitalismo e a metamorfose da escravidão*, Boitempo, São Paulo, 2021.
- Gallino, L.: *Il lavoro non è una mercê: contro la flessibilità*, Laterza, Roma-Bari, 2017.
- Gomes, J.C.A.: "Nas encruzilhadas: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social", *Revista Direito e práxis*, Vol. 10, núm. 1, 2019, pp. 389-423. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/39381>
- Gorz, A.: *Matérias do presente, riqueza do possível*, Annablume, São Paulo, 2004.
- Grossi, P.: *O direito entre poder e ordenamento*, Del Rey, Belo Horizonte, 2010.
- Kundera, M.: *A insustentável leveza do ser*. Tradução de Teresa Bulhões Carvalho da Fonseca, Companhia de Bolso, São Paulo, 2017.
- Kuttner, R.: *Tudo à venda: as virtudes e o limites do mercado*, tradução Claudio Abramo, Companhia das Letras, São Paulo, 1998.
- Leão XIII: *Rerum Novarum*, Paulinas, São Paulo, 2016.
- Magalhães, T.C.: *A atividade humana do trabalho (labor) em Hannah Arendt*. Disponible en: https://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/03/9_1_theresa.pdf. Acceso em: 22.06.2023.

- Melhado, R.: *Metamorfose do capital e do trabalho: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral*, LTr, São Paulo, 2006.
- Marx, K.: *Grundrisse*, Boitempo, São Paulo, 2011.
- Nobre, M.: *A teoria crítica*, Zahar, Rio de Janeiro, 2004.
- Pio XI: *Quadragesimo Anno*, Paulinas, São Paulo, 2012.
- Postone, M.: *Tempo, trabalho e dominação social*, Boitempo, São Paulo, 2014.
- Ricoeur, P.: *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*, Martins Fontes, São Paulo, 2008.
- Sauvêtre, P.; Laval, C.; Guégues, H.; Dardot, P.: *A escolha da guerra civil: uma outra história do neoliberalismo*, Elefante, São Paulo, 2021.
- Supiot, A.: *El derecho del trabajo*, Heliasca, Buenos Aires, 2008.



A trinca de um cenário positivo à saúde laboral: nanotecnologias, produtividade e trabalhabilidade

THE CRACK OF A POSITIVE SCENARIO FOR WORKPLACE HEALTH: NANOTECHNOLOGIES, PRODUCTIVITY AND WORKABILITY

Maurício de Carvalho Góes*

Professor PUCRS/UNISINOS

mauricio.goes@pucrs.br  0000-0002-8845-2233

Andressa Munaro Alves**

Professora Faculdades Integradas São Judas Tadeu.

andressa.munaro@edu.pucrs.br  0000-0002-3688-1976

Recibido: 06.09.2023 | Aceptado: 10.09.2023

RESUMO

O estudo é movido pelo desafio de investigar as modernas inquietações do mundo do trabalho. Para tanto, além de destinar atenção especial ao labor produtivo, busca-se verificar se dentro deste quadro as nanotecnologias podem auxiliar a labuta, não desatentando aos pormenores que envolvem a preocupação (que se deve ter e manter) com a saúde. Desta feita, almeja-se responder a seguinte questão: De que forma a utilização de nanotecnologias podem incentivar a produtividade laboral sem violar o direito à saúde assegurado pela Constituição Cidadã de 1998? A pesquisa seguirá o método de abordagem hipotético-dedutivo, em virtude da forma que se pretende cotejar a sua resposta, experienciando as nanotecnologias em cenário laborativo, construindo prováveis conjecturas ao problema e lançando novas possibilidades. Os procedimentos serão histórico-tipológico-funcionalistas, considerando que se fará reflexão em apanhado teórico-cronológico e posterior ilações frente às (novas) composições sociais. Manuseando materiais bibliográficos existentes em pesquisa de tipo qualitativo, a interpretação que se pretende perquirir é sociológica, a julgar pelo moderno cenário social e prospecto futuro ao labor arrimado por incrementos em nanodimensões. Por derradeiro, conclui-se que, se o exercício laboral for jungido pelo princípio da precaução quando do manuseio de produtos em escala nanotecnológica, a saúde do trabalhador será salvaguardada, assim como será possível o desenvolvimento de sua produtividade se, em paralelo, incentivada for a sua trabalhabilidade.

PALAVRAS-CHAVE

Nanotecnologias
Produtividade
Trabalhabilidade

* Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Trabalho e Mercado" - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

** Pesquisadora e Líder de eixo do Grupo de Pesquisas "Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho" (PUCRS).

ABSTRACT

The study is driven by the challenge of investigating the modern concerns of the world of work. To this end, in addition to dedicating special attention to productive work, an attempt is made to verify whether within this framework nanotechnologies can help the toil, not neglecting the details that involve the concern (which one must have and maintain) with health. This time, we aim to answer the following question: How can the use of nanotechnologies encourage labor productivity without violating the right to health guaranteed by the 1998 Citizen Constitution? The research will follow the hypothetical-deductive method of approach, due to the way in which it is intended to compare its answer, experiencing nanotechnologies in a labor scenario, building probable conjectures to the problem and launching new possibilities. The procedures will be historical-typological-functional, considering that reflection will be done in a theoretical-chronological overview and subsequent conclusions in the face of (new) social compositions. Handling existing bibliographic materials in qualitative research, the interpretation that is intended to be investigated is sociological, judging by the modern social scenario and future prospects for the work supported by increments in nanodimensions. Finally, it is concluded that, if the work exercise is joined by the precautionary principle when handling products on a nanotechnological scale, the health of the worker will be safeguarded, as well as the development of his productivity will be possible if, in parallel, incentives are given. its workability.

KEYWORDS

Nanotechnologies
Productivity
Workability

SUMÁRIO

- I. INTRODUÇÃO
 - II. O PAPEL DA TECNOLOGIA NA EVOLUÇÃO DO MUNDO DO TRABALHO E A PREOCUPAÇÃO COM A SAÚDE
 - III. AS NANOTECNOLOGIAS E O MUNDO EM PEQUENA ESCALA: (NOVOS?) RISCOS DESCONHECIDOS
 - IV. A SAÚDE DO TRABALHADOR EM UM AMBIENTE LABORAL NANOTECNOLÓGICO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO
 - V. CONCLUSÃO
- Referências

I. INTRODUÇÃO

A disruptiva realidade social velozmente desenvolvida há muito demonstra que não apenas uma área do saber é suficiente para justificar e responder problemas complexos oriundos dos novos cenários. Nessa toada, a presente pesquisa visa encorajar de forma interdisciplinar o diálogo entre o direito laboral, as nanotecnologias e o fenômeno social da trabalhabilidade, com o fito de visualizar novos (e possíveis) caminhos a serem desbravados na atualidade pelos estudiosos dos temas. Inserida em um contexto trabalhista, a pesquisa lança luzes especiais à figura do trabalhador, como sujeito principal das relações e, naturalmente, corolário carecedor de proteção frente às novas configurações sociais.

Visando problemas futuros, mas não se distanciando das raízes históricas que alicerçam a base social constitucional brasileira trabalhista constituída, percorre-se caminho de raiz sólida para responder a seguinte indagação: De que forma a utilização de nanotecnologias podem incentivar a produtividade laboral sem violar o direito à saúde assegurado pela Constituição Cidadã de 1998? Com base no método de abordagem hipotético-dedutivo, pretende-se observar o contexto social existente e, a partir de tal platô, construir novas possibilidades de aproximação saudável entre o trabalho humano exercido com altos níveis produtivos (fomentado por trabalhabilidade), mas também frequentado por nanotecnologias.

Para tanto, através dos procedimentos histórico-tipológico-funcionalistas, o presente estudo será subdividido entre três grandes eixos, percorrendo percurso analítico das grandes áreas do saber aqui entrelaçadas. O cotejo de aspectos industriais históricos trabalhistas ao longo de todos os processos industriais, o eixo imediatamente posterior à introdução se dedicará à contextualização do papel da tecnologia na evolução do mundo trabalhista, analisando, neste espaço, as alterações nas formas de trabalho, assim como a crescente preocupação com a saúde laboral. O segundo eixo terá como destaque as nanotecnologias e a verificação dos novos riscos desconhecidos frente à seara trabalhista.

Por derradeiro, no propósito de se valer do método de interpretação sociológico, a terceira e última subdivisão terá como fonte norteadora o princípio da precaução a estas novas composições, haja vista que a realização das atividades laborais dentro de ambiente com composições em escalas nanotecnológicas ainda são em parte desconhecidas. Em seu todo, a pesquisa é qualitativa e manuseará de forma predominante a bibliografia e os materiais existentes, operando, em partes singulares, documentos nacionais e internacionais sobre o tema.

II. O PAPEL DA TECNOLOGIA NA EVOLUÇÃO DO MUNDO DO TRABALHO E A PREOCUPAÇÃO COM A SAÚDE

A evolução da história laborativa demonstra que não é de hoje que a rotina dos trabalhadores sofre impactos com a tecnologia em seus processos organizacionais. Em verdade, o fortalecimento do trabalhismo por vezes até se confunde com a implementação da tecnologia em suas dimensões, tanto porque a tecnologia proporciona novas possibilidades no cenário laboral, quanto pela capacidade de ressignificação que tal aplicação promove aos vetustos processos não mais vigentes. Não por outra razão, é elementar pontuar marcos significativos desse progresso, refletir aspectos nucleares desses movimentos, e com isso justificar as novas preocupações existentes.

Nos primórdios do século XVIII, a Revolução Industrial lançava novas promessas ao mundo do trabalho como um todo. A cada progresso do maquinismo na cúpula das indústrias de tear existentes, anunciava-se que o mundo do labor passaria por mudança significativa dentro de sua estrutura, reajustando organizações e reordenando o *modus operandis* há muito desenhado. A época passava por mudança

de paradigma importante: aos trabalhadores, a descoberta do aprendizado e manuseio de equipamentos tecnológicos; aos empregadores, a revelação de ferramentas incansáveis de trabalho¹. Apesar de apenas o primeiro ser capaz de impulsionar o maquinário, o segundo sabia que a novel ferramenta utilizada possuía resistência infinitamente superior ao do primeiro.

Mais tarde, a eletricidade passaria a frequentar as jornadas laborais, permitindo a produção em larga escala e avançando técnicas, além de proporcionar o aumento da jornada de trabalho, vez que, com a inserção do aparato elétrico, a preocupação com a iluminação noturna não mais existia. Além disso, o período que se entende por 2ª Revolução Industrial foi marcado pela possibilidade de conectividade entre os centros de labor, dada a inserção do telégrafo e a utilização dos transportes – igualmente produzido em acelerada escala, frente o crescimento das linhas de montagem².

Dentro desses grandes períodos, percebe-se que, em termos laboristas, o mote era a ascensão da produtividade no (e para o) trabalho. A desatenção com a saúde do laborador era situação corrente, posto que os aspectos relacionados à saúde na prestação de trabalho, assim como a preocupação com o ambiente laboral em si, eram negligenciados (ou esquecidos) pelos donos do negócio. A junção entre homem e máquina era circunstância constante, entretanto, as consequências dessa prestação não recebiam a mesma consideração.

Além disso, o desenvolvimento da cronologia dos fatos demonstra o porquê de o estabelecimento de limitações à execução da labuta ser uma preocupação do futuro. E não só.

As medidas de prevenção, precaução e repreensão quando à frente de ambientes negligentes/inseguros com a saúde e segurança no trabalho, são, justamente, resultado lógico oriundo dessas épocas.

Em contexto mais evoluído, a 3ª e 4ª Revolução Industrial afastariam qualquer dúvida – se ainda existente fosse – dos impactos que a tecnologia ocasiona à lida. Isto porque a conexão entre tecnologia e homem restou cristalina a partir do casamento entre a automatização dos processos (e relações) de trabalho. Tal fusão desencadeou a interação entre diversas circunstâncias que, outrora, ainda não haviam encontrado aproximação corrente, tais como, a tecnologia e os elementos biológicos³. Porém, tal convergência, embora suscite novas possibilidades, igualmente instaura novos debates a serem enfrentados.

Como demonstrado, é inconteste que a tecnologia facilitou alguns processos, agilizou a realização de trabalhos repetitivos e otimizou tantas outras situações laborais. Não obstante, apesar dos elementos positivos derivados dessa ascensão provocada ao universo do trabalho, a outra face dessa via provoca impasses e indica questões sociais relevantes que ainda carecem de cuidado e atenção. Primeiro, são

1. Nascimento, A.M.: *Curso de Direito do Trabalho*, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 37.

2. Castells, M.: *A sociedade em Rede. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*, Paz e Terra, São Paulo, 1996, Vol. 1, p. 74-75.

3. Schwab, K.: *A quarta revolução industrial*. Tradução: Daniel Moreira Miranda. Edipro, São Paulo, 2016, p. 16.

aquelas que versam sobre a saúde do trabalhador em seu ambiente laboral, no sentido de sua fisiologia e de seu contato com todos os produtos/agentes químicos que o maquinário pode lhe transmitir; segundo, são as questões que instigam a relevância (ou não) da participação humana nesses processos – consoante a dúvida acerca da necessidade de sua presença.

Vislumbrando o contexto brasileiro e analisando sob a primeira faceta, tem-se, por exemplo, o crescimento da preocupação com a higiene e a saúde no trabalho⁴, desde logo, na exposição de motivos que originaram a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), principal documento dos trabalhadores. Ainda que esculpido através dos clamores ambientais em que fora promulgado, período de trabalho predominantemente industrial, o texto, desde suas primeiras linhas, preocupa-se em garantir disposições específicas aos trabalhadores, notoriamente, as que preservem (e promovam) o estabelecimento de medidas de defesa à garantia de condições mínimas para o labor em ambiente saudável⁵.

Ocorre que, paralela à conscientização da necessidade de atenção à saúde⁶, evoluem-se inquietações acerca do mérito que compõe a segunda face desse dilema: a essencialidade humana no processo. Na mesma linha, de que forma possuir labor (efetivamente) produtivo quando comparado a todo esse desenvolvimento automatizado – e de indiscutível substituição/realização maquinária. A paradoxal situação desenha uma paisagem difusa em um mundo globalizado. Isto porque, ao passo em que se avança em tecnologia, tal como perceberá Levy, evoca-se certa emancipação humana neste processo, conclamando novas possibilidades àqueles que lhe manuseiam⁷.

Acomodando as ideias dentro deste disruptivo panorama, aproxima-se de discussão social inadiável: a urgência no investimento em trabalhabilidade dos laboradores para inoportunidade da sua substituição total. Tal debate se deflagra não apenas por essa ser a via de acesso a um “conjunto de ferramentas (técnicas ou morais), sem as quais o direito fundamental ao (novo) trabalho não se realizará na pós-

4. Visando conectar as ideias, merece destaque que o Projeto de Lei nº 880/2019, o qual institui o Marco Legal das Nanotecnologias e Materiais Avançados, dispõe que o desenvolvimento que acompanha tais escalas deve estar alinhado e observa questões ambientais e sanitárias. Vide artigo 2º, inciso XV. (Brasil: Projeto de Lei. Institui o Marco Legal da Nanotecnologia e Materiais Avançados; dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação nanotecnológica; altera as Leis nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7918785&ts=1681743981344&disposition=inline&_gl=1*dn8cq9*_ga*MzcxMzY2ODQ5LjE2NTEyNjlxMTQ.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NjEyNjgyMC40LjEuMTY4NjEyNzE0NS4wLjAuMA. Acesso em: 01 mai. 2023.).

5. Brasil: Exposição de Motivos da Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 19 abr. 1943, p. 6. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/29280/1943_clt_exposicao_motivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 01 mai. 2023.

6. Neste espaço, rememora-se a obra de Ingo Sarlet, que ao ensinar sobre os direitos sociais básicos, explica que “no caso da saúde, [...] surgiram, embora resultado – como também no caso de boa parte dos direitos civis e políticos – a partir de processos de reivindicação gestados no âmbito dos movimentos sociais – como direitos assegurados por força mesmo da dignidade de cada pessoa individualmente considerada” (Sarlet, I.W.: *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva da constitucional*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2018, p. 222).

7. Roda Viva: “Pierre Lévy. 08/01/2001”, Vídeo de Youtube, 1:30:10. Publicado em 28 de março de 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DzfKr2nUj8k>. Acesso em: 01 mai. 2023.

modernidade”⁸, mas sobretudo por reconhecer que o “readaptar-se constantemente ao cenário laboral através de seus próprios predicados”⁹ será, doravante – e cada vez mais –, a ordem do dia, e isso exigirá a instrumentalização de técnicas que auxiliam neste processo, não desrespeitando a figura humana que ali se encontra em evolução, mas incentivando-a.

Ainda contemplando o fisiologismo existente na relação homem-trabalho, assim como o equilíbrio entre vida e labor, considerando que através da vida torna-se possível a realização de tantas outras necessidades humanas, inclusive vitais, dentro de um contexto de crescimento tecnológico, investir em trabalhabilidade adequaria este trabalhador às modernas exigências trabalhistas.¹⁰ E mais: o fato gerador (trabalho), agora incrementado por elevada trabalhabilidade, despontaria de forma positiva em outras esferas da vida, sobrelevando carga valorativa em diversas outras instâncias – especialmente sob o aspecto de trabalho produtivo.

É uma situação corrente na seara trabalhista que o ciclo que envolve indústria e trabalho, e a sua conseqüente evolução, soma-se à preocupação de exercer o trabalho com produtividade.¹¹ Diante disso, considerando que “a produção laborativa alinhada às premissas de trabalhabilidade lança a horizontes mais amplos, inclusive, quando contemplados sob uma perspectiva global”¹², entende-se que os investimentos em instrumentos que possibilitem o fomento à trabalhabilidade são necessários. Entretanto, não se pode desatentar ao conjunto de substâncias científicas que este facilitar poderá englobar.

Desse modo, revistas as (r)evoluções tecnológicas existentes, percebe-se que a tecnologia funciona como fonte de substituição das atividades repetitivas, ou seja: tarefas que o maquinismo pode substituir. Enquanto o trabalho humano, por sua vez, se realizado através de atribuições pessoais daquele que frente ao cenário de incessante evolução se transforma e reaprende a exercê-lo, retroalimentar-se-á em (modernas) oportunidades. Em vias de fechamento dessas arestas e ao nível de recomeço, questiona-se: quais serão as composições desse maquinismo facilitador de trabalho? De que forma proteger o trabalhador (humano) dos riscos que o aparato tecnológico pode oferecer, quando este é composto por substâncias desconhecidas? É em cima dessas questões que se dedicará a próxima parte deste estudo.

8. Fincato, D.: “Trabalhabilidade (workability):um direito “VUCA”, *O Estadão, blog do Fausto Macedo*, 28 de julho de 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/trabalhabilidade-workability-um-direito-vuca/>. Acesso em: 01 mai. 2023.

9. Alves, A.M.: *A Trabalhabilidade como direito social fundamental: O critério da ponderação como alternativa à sua realização*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2023, p. 139.

10. Fincato, D.P.; Alves, A.M.: “Trabalhabilidade como bússola orientadora ao topo da pirâmide de Maslow”, *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*, Ano. 07, Ed. 08, Vol. 05, pp. 54-65.

11. Delgado, M.G.: *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2019, p. 99.

12. Fincato, D.P.; Alves, A.M.: “Produtividade no Trabalho Em Plataformas Digitais e a Trabalhabilidade como Fenômeno Social”, in Veiga, F.S.; Załucki, M. (Coords.): *LegalTech, Artificial Intelligence and the Future of Legal Practice*, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos and AFM Kraków University, Porto/Kraków, 2022, p. 81.

III. AS NANOTECNOLOGIAS E O MUNDO EM PEQUENA ESCALA: (NOVOS?) RISCOS DESCONHECIDOS

Em 29 de dezembro de 1959, no encontro anual da Sociedade Americana de Física, o físico Richard Feynman proferiu palestra no Instituto de Tecnologia da Califórnia (Caltech) que mudaria para sempre a história das nanotecnologias. Intitulada “There’s Plenty of Room at the Bottom”¹³, a exposição feita pelo norte-americano, logo em seu início, demonstra que o espírito de suas inquietações era descobrir um novo campo a ser explorado na seara da física, ainda pouco investigado, mas deveras complexo, pois eivado de tecnicidade.

Com olhar visionário, Feynman não hesitava em lançar desafios à plateia que lhe assistia, instigando que nesse novo mundo “surpreendentemente pequeno” seria possível, inclusive, escrever volumes inteiros da Enciclopédia Britânica na cabeça de um alfinete. Dentre todas as possibilidades lançadas pelo norte-americano na tentativa de ler aquilo que em tese seria possível colocar na cabeça de um alfinete de acordo com as leis da física, ele desbravava um novo potencial tecnológico existente¹⁴ em escalas atômicas que, além de nível elevado em potencialidade e efeitos, diferia de tudo que já se conhecia em suas versões originárias.¹⁵

Ratificando suas ideias¹⁶, o físico começa a contemplar as tecnicidades já existentes há época como possíveis instrumentos nessa empreitada de “pequena escala” como, por exemplo, o uso do microscópio eletrônico com as lentes invertidas – este que com certa fonte de íons passaria a reduzir ao invés de ampliar. Feynman vai ainda mais longe, fazendo cotejo com o uso de processos fotográficos e aberturas em sua superfície/página, abrindo brechas que permitiriam a passagem de íons metálicos, movimento que possibilitaria acesso à luz que, ao iluminar a cabeça do dito alfinete, infundiria as letras da Enciclopédia – na linha do desafio lançado desde o início de sua exposição, com a meta de vê-la esculpida naquele pequeno espaço.¹⁷

Encorajado pelo desenvolvimento do assunto, Feynman passa a avançar na “possível” utilização do cotejado alfinete, e prospecta realidade em que o uso de seu interior (também) pudesse ser feito, mas desta vez com o auxílio de “bits de informações” que, formado por átomos, permitiria a junção de todos os dados que, porventura, se precisasse armazenar naquele espaço. Por derradeiro, o pesquisador ainda recorda que essa possibilidade de otimização de espaço já é de conhecimento comum em

13. Feynman, R.: “There’s Plenty of Room at the Bottom. No invitation to enter new field of physics”, *Engineering and Science (Caltech)*, Vol. 23, num. 5, 1960, pp. 22-36. Disponível em: <http://calteches.library.caltech.edu/47/2/1960Bottom.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2023.

14. Verve Científica: “Richard Feynman, o Pai da Nanotecnologia”, Vídeo de Youtube, 3:34. Publicado em 14 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=B-x0pZfPLTE>. Acesso: em 1 mai. 2023.

15. Feynman, R.: “There’s Plenty of Room at the Bottom. No invitation to enter new field of physics”, ob. cit.

16. É por isso, inclusive, que alguns afirmam que Feynman foi o precursor do caminho para uma nova identidade de campo de pesquisa. (Schulz, P.: “Há mais história lá embaixo: Um convite para rever uma palestra”, *Revista Brasileira de Ensino de Física*, Vol. 40, num. 4 (Seção especial - Celebrando os 100 anos de nascimento de Richard P. Feynman), Vol. 40, 2018.

17. Feynman, R.: “There’s Plenty of Room at the Bottom. No invitation to enter new field of physics”, ob. cit.

outras áreas do saber, mencionando a biologia, que através das moléculas de DNA e seus poucos átomos transforma em menores (do que já são) os números bits em cada célula, igualmente desenvolvendo-os de forma exponencial.¹⁸

Ocorre que, ao longo de duas ilações, o norte-americano percebeu que, na mesma medida em que se manuseia em pequena escala – e em pequenas substâncias –, novas adversidades poderiam surgir. Isto porque os componentes que formam tal produto não necessariamente diminuem de forma proporcional, podendo, com isso, provocar novas uniões por meio de “atrações intermoleculares”, formando elemento incerto. O fato é que, há época, o físico sabia que seria possível manipular¹⁹ os átomos sem violar leis, e que essas novas possibilidades desencadeariam novos efeitos²⁰ ainda desconhecidos.

O avançar da física comprovou que Feynman não afirmava suas convicções através de cenários utópicos oriundos de sua imaginação, inclusive porque em seu discurso ele afirmara que até os anos 2000 a conclusão que se chegaria era a de que os pesquisadores naquela época já estavam atrasados. Alguns anos mais tarde, em 1974, o termo “nanotecnologia” seria finalmente atermado pelo professor Norio Taniguchi, que na oportunidade referia-se às nanotecnologias como processos envolvidos por átomos²¹ na escala de um nanômetro.²² Embora o apanhado histórico demonstre que visualizar o mundo em pequenas escalas é desafio há muito percebido pelos cientistas, poucas certezas firmaram-se desde as suas primeiras digressões, revelando os riscos incertos²³ em seu manuseio.

Hodiernamente, para fins de compreensão técnica das nanotecnologias, embasa-se a compreensão através de definições proporcionadas pela Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABID) acerca de suas diretrizes. E, preliminar ao apontamento do tamanho propriamente dito do que se entende por uma escala nano, faz-se necessário compreender que este prefixo visa especificar o fator de sua multiplicação e grandeza. Com isso, pré-fixa-se a sua especificidade (e tamanho) em medidas, assim como os fatores metricamente estabelecidos pelos numerais que a elas se referem. Segundo a ABID, quando se descreve medidas nanotecnológicas, dispõe-

18. *Ibid.*

19. Não por outra razão, a National Nanotechnology Initiative estabelece que a manipulação e o controle das nanotecnologias requerem capacidade de compreensão (e entendimento) do que exigem as propriedades em pequena escala. (National Nanotechnology Initiative: “Working at the Nanoscale”. Disponível em: <https://www.nano.gov/about-nanotechnology/working-at-nanoscale>. Acesso em 01 mai. 2023).

20. Feynman, R.: “There’s Plenty of Room at the Bottom. No invitation to enter new field of physics”, ob. cit.

21. Sleep Social 00: “Norio Taniguchi”, Vídeo de Youtube, 0:50. Publicado em 29 setembro de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4y06Ssj2OtE>. Acesso em: 03 mai. 2023.

22. Museu Virtual de Nanociência e Nanotecnologia: “Biografia - Norio Taniguchi. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/20185/historia_taniguchi.html. Acesso em 03 mai. 2023.

23. Incertezas que serão mais bem aprofundadas no próximo ponto, quando o “fato laboral nanotecnológico” for enfrentado.

se um fator de 10^{-9} metro. Dessa forma, portanto, um nanômetro²⁴ é equivalente à sua escala bilionésima de metro, correspondendo à proporção de $0,000000001\text{m}$.²⁵

Entretanto, enxergar o mundo²⁶ sob esse ângulo e estendê-lo a outros campos do saber, para além da física e sua capacidade de concentração de diversos elementos em pequenos espaços, como defende Feynman, contrasta também em novas questões e preocupações. Assente no que se traduz por uma escala nano e uníssono pela evolução tecnológica no mundo laborativo apontado na primeira parte deste estudo, compreende-se que, naturalmente, com o avançar do tempo e de tais pequeníssimas dimensão de mundo, produtos com partículas nanotecnológicas entrarão nas rotinas de labor, ocasionando impactos na saúde dos trabalhadores.²⁷

Nesta linha laboralista, Engelmann e Hohendorff²⁸ preocupados com a inserção das nanotecnologias e a (falta de) orientações à tal implementação, dada a parca regulamentação brasileira sob tal matéria – quiçá, ainda, diante de ramo especializado trabalhista –, ratificam a importância das disposições recomendatórias existentes para início de qualquer futura harmonização entre a saúde²⁹ e segurança do trabalho, também apoiando a utilização de produtos compostos por elementos nanotecnológicos, mas de forma consciente. Acreditam os autores que a produção trabalhista desenvolvida sob o prisma de um mundo composto por elementos em escala nano exigirá precaução³⁰ e novas condutas, porém, se realizado de maneira correta, também irá possibilitar qualidade³¹ de vida aos seus participantes.

24. Acerca dessa padronização, também a ISO possui escopo de definição quando o assunto é nanotecnologias. Segundo informações do site especializado, o campo de atuação nanotecnológico é compreendido por matérias e processos que se desenvolvem em escalas nanotecnológicas, Ou seja, de forma não exclusiva, mas predominante, versa-se sobre processos em que as dimensões de determinado fenômeno ou aplicação é manejado em materiais (e propriedades) inferiores à 100 nanômetros. Com isso, portanto, tem-se processos abaixo do seu tamanho “normal”, desde o seu início executado nanometricamente. (ISO/TC 229. Nanotechnologies. Technical Committees. Disponível em: <https://www.iso.org/committee/381983.html>. Acesso em 03 mai. 2023).

25. Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI): *Cartilha sobre nanotecnologia*, ABDI, Brasília, 2010.

26. *Ibid.*

27. Góes, M.C.: “As nanotecnologias e o mundo do trabalho: a preocupação com uma nova realidade à luz da dignidade do trabalhador”, *Justiça do trabalho, Porto Alegre*, ano 30, num. 352, 2013, p. 24.

28. Engelmann, W.; Hohendorff, R.: “Nanotecnologias e o mundo do trabalho: Em busca de um “modelo” para o desenvolvimento do direito à informação compatível com o direito do trabalho nanotecnológico”. *Publica Direito*. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a56b6ea9b986428c>. Acesso em: 03 mai. 2023.

29. À essa altura, importante referir o que é saúde para a OMS: “Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade” (tradução nossa). (“*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*”). World Health Organization. WHO remains firmly committed to the principles set out in the preamble to the Constitution. WHO: New York, 1946. Disponível em: <https://www.who.int/about/governance/constitution#:~:text=Health%20is%20a%20state%20of,belief%2C%20economic%20or%20social%20condition>. Acesso em: 03 mai. 2023.)

30. Neste ponto, importante explicar o porquê fala-se em precaução, e não em prevenção. Conforme ensinam os Professores Góes e Engelmann, ambas condutas não se confundem, pois “A ideia de que a *prevenção* resta vinculada aos *riscos conhecidos*, enquanto a *precaução* possui liame com os *riscos desconhecidos e futuros*.” (Góes, M.C.; Engelmann, W.: *Direito das Nanotecnologias e o Meio Ambiente do Trabalho*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015, p. 160). Portanto, considerando as tímidas disposições acerca das nanotecnologias, tem-se, assim, cenário de imprevisibilidades a serem protegidos.

31. Na mesma linha do que é esculpido no Projeto de Lei que visa a regularização das Nanotecnologias, vez que o referido estabelece, consoante o seu artigo 2º, inciso XVIII, que o desenvolvimento tecnológico e conjunto ao mundo nano fortalecerá o ecossistema de inovação de diversos setores globais, além do desenvolvimento regional. (Brasil. Projeto de Lei. Institui o Marco Legal da Nanotecnologia e Materiais Avançados; dispõe sobre estímulos ao

Estabelecidas as primícias que envolvem o mundo nanotecnológico, pressupostos históricos e nano dimensões, além da conscientização de que possuir pequeníssimas dimensões não diminuirá (em nada) a sua potencial capacidade de interdisciplinarmente entrelaçar-se com outras ciências, adiante passa-se a cotejar forma correta e consciente para sua inserção em ambientes laborativos. A análise, contudo, será realizada tomando por base uma conduta precaucionista³² por meio daquele que a realiza Ou seja, pretende-se destinar exame de um porvindouro laboral produtivo e seguro.

IV. A SAÚDE DO TRABALHADOR EM UM AMBIENTE LABORAL NANOTECNOLÓGICO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Verificou-se na primeira seção deste estudo que o meio ambiente laboral é assunto corrente e que há muito suscita preocupações dentro da seara de trabalho. A Organização Internacional do Trabalho (OIT)³³ vem produzindo uma série de documentos enfrentando questões relevantes ao futuro do labor, tanto frente a estes dilemas relacionados à saúde laboriosa, quanto no campo das dúvidas que permeiam a substituição humana – ou não. Desta feita, considerando o exposto até aqui, e forte no entendimento de que, modernamente, faz-se impossível afastar trabalho, homem e tecnologia, passa-se a expor interpretações positivas (e precaucionais) a esta trinca.

Por certo que o introito à qualquer análise legislativa é a compreensão de suas diretrizes basilares constitucionais, dado que é irrefutável que será por meio do principal ordenamento que se regerá outras tantas bases legislativas ordinárias estatais. De plano, rememora-se que o codinome da Constituição brasileira de 1988³⁴ é Constituição Cidadã, e a denominação, embora não suscite normas de impacto direto³⁵, anuncia que a posição do legislador constitucional é primar pelo estabelecimento de prerrogativas que preservem o homem, notadamente refletindo em seus dispositivos a visão cidadã que preceitua.

Concatenando as ideias e reflexionando a base constitucional brasileira protecionista ao cenário de trabalho existente, cabe referir que o direito ao trabalho é garantia fundamental esculpida pelo artigo 6º da Carta e regulamentada pelo direito do trabalho disciplinado pelo artigo 7º da mesma.³⁶ Isto significa que as regulamentações para

desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação nanotecnológica; altera as Leis nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. 2004. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7918785&ts=1681743981344&disposition=inline&_gl=1*dn8cq9*_ga*MzcxMzY2ODQ5LjE2NTEyNjIxMTQ.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NjEyNjgyMC40LjEuMTY4NjEyNzE0NS4wLjAuMA. Acesso em: 03 mai. 2023.).

32. Inclusive, porque “Nesse sentido, em que pese a possibilidade de alguns fatos oriundos do trabalho com nanotecnologias poderem (ainda que hipoteticamente) usufruir da garantia das Normas Regulamentadoras [...], inevitável concluir-se [...] que tal possibilidade resta insuficiente para fins de efetividade de proteção, quando a matéria é nanotecnologias” (Góes, M.C.; Engelmann, W.: *Direito das Nanotecnologias e o Meio Ambiente do Trabalho*, ob. cit., p. 160).

33. OIT: *Organização Internacional do Trabalho. Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites*, 2018.

34. Brasil. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 mai. 2023.

35. Sarlet, I.W.; Marinoni, L.G.; Mitidiero, D.: *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva Educação, São Paulo, 2020, p. 86.

36. Stürmer, G.: *Direito Constitucional do Trabalho no Brasil*, Atlas, São Paulo, 2014, p. 28.

preservação do direito social constitucional trabalhista pré-dispostos pelo documento deverão salvaguardar, pelo menos, a raiz nuclear³⁷ do que sustenta sua diretriz. Para os fins que este estudo se destina, destaca-se a inteligência do inciso XXII, do artigo 7º, que garante como um direito fundamental a “XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”³⁸.

Nesta linha, dentro das redomas constitucionais, elementar a interpretação sistemática³⁹ do sistema constitucional, seja pela harmonia que se pretende frente às disposições lá expressas, seja pela tecnicidade do sistema que se aplica. Assente na clareza que tal harmonia provoca, e analisando de forma conjunta os elementos aqui expostos, mister referir que na mesma Carta Constitucional que visa preservar em locais de trabalho normas protetivas a essa execução, também resta demonstrado que caberá ao Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico-tecnológico⁴⁰, dentro de ambientes ecologicamente equilibrados, arrimado por imposições do Poder Público que, desde logo, se espera, garanta vida sadia⁴¹ aos seus coordenados.

O fato é que meio século depois dos prenúncios de Feynman, os impactos das nanotecnologias na rotina das pessoas tornaram-se plano de fundo das preocupações correntes enfrentadas pela Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho (Fundacentro)⁴². O referido órgão, além de enfrentar questões que permeiam a saúde ocupacional de forma lato, emite uma série de recomendações para a conscientização do exercício de trabalho seguro, mesmo diante de figuras pouco conhecidas, mais ainda quando em escalas nanos. As preocupações da Fundacentro, deram origem à cartilha nominada de “Série Nanotecnologia em Quadrinhos”, onde, de forma lúdica, se demonstra que o “Novo Universo” que envolve o trabalho será potencialmente incrementado por substâncias e produtos fabricados através de produção em nanoescala.⁴³

Nessa linha de produção e inserção de manuseio nano no cenário laboral, o Nanotechnology Products Database⁴⁴ já possui através de banco de dados informações acerca de produtos que possuem nanotecnologias e estão disponíveis no mercado

37. Nesse sentido, é bom lembrar que, no entendimento de Virgílio Afonso da Silva, o conteúdo nuclear de todos os direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana. (Silva, V.A.: *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, Malheiros, São Paulo, 2010, pp. 184-192).

38. Brasil. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 mai. 2023.

39. No aspecto de promoção da rede de valores e objetivos expostos dentro do sistema jurídico, de forma explícita ou implícita sob qualquer diploma legislativo. (Freitas, J.: *A interpretação Sistemática do Direito*, Malheiros, São Paulo, 2010, p. 63).

40. Vide capítulo IV da seção III da Constituição do Brasil. (Brasil. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 mai. 2023.)

41. Disposições expostas no capítulo VI seção III, da Constituição Federal. (Brasil. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 mai. 2023.)

42. Governo Federal. Fundacentro. Disponível em: <https://www.gov.br/fundacentro/pt-br>. Acesso em: 03 mai. 2023.

43. Custódio, A.; Pinto, A.G.V.: *Nanotecnologia: O Transporte para um novo universo*, Fundacentro, São Paulo, 2008.

44. Nanotechnology Product Database. Disponível em: <https://product.statnano.com/introduction>. Acesso em: 03 mai. 2023.

de trabalho. O depositório informacional disponibiliza um arsenal de produtos que passaram a ter o seu desempenho aprimorado com a presença das nanopartículas, conforme se verifica através de experiências divulgadas pela ISO⁴⁵, tanto no que se referem às suas especificidades, quanto ao que abrange seus aspectos de saúde, segurança e nuances ambientais. Não é à toa que Arcuri, entusiasta do assunto, afirma que será através das nanotecnologias que se viverá uma nova revolução.⁴⁶

Conectar as nanotecnologias e a seara laborativa é pensar o labor sob o prisma de uma ótica 4.0, contrastando o presente, mas sobretudo o futuro do trabalho. Tanto que, ao relatar os impactos da manipulação de matérias primas em escala nano, percebe-se a aproximação entre a tecnologia e traços biológicos existentes, dada a aptidão de absorção frente à tecidos humanos. Por isso, apesar do avanço por ela proporcionado, no sentido da otimização de processos e a alta escala produtiva oriunda desta eficácia de manuseio nanotecnológico, o aperfeiçoamento e a capacidade de recondução de propriedades⁴⁷ deflagra a necessidade de estudo dos riscos desconhecidos e futuros.⁴⁸

Convergir a utilização da nanotecnologia na incrementação da produção laborativa e fazer este movimento de forma segura exigirá conduta precaucionista⁴⁹, haja vista que se sabe da “incerteza quanto às consequências concretas, mas existe a certeza de que haverá consequências.”⁵⁰ Emerge, nesse caminho, a proposição lançada por Hohendorff, Engelmann e Oshiro, onde o princípio da precaução é aplicado nas decisões que envolvem fatores nanotecnológicos arrimado pela ética e salientando a dignidade da pessoa humana afetada, naturalmente, exigindo diálogo entre diversas fontes do direito. Não por outra razão, os autores defendem uma implementação sob certo filtro constitucional e, à guisa dessas (eventuais) noveis situações pendentes de decisões, o incentivo à utilização de tecnologias de forma a visualizar tais dimensões nanotecnológicas, visando o desenvolvimento de processos melhores e não prejuízos a saúde dos trabalhadores.⁵¹

45. Para maiores detalhes, ver: (Naden, C.: “The science of tiny little things”, [ISO.org.](https://www.iso.org), 1 abr. 2021. Disponível em: <https://www.iso.org/news/ref2649.html>. Acesso em: 03 mai. 2023).

46. Centro de Memórias Anamt: “VIII FÓRUM - Conferência Nanotecnologia”, Vídeo de Youtube, 45:55. Publicado em 6 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4LjeK72eve4>. Acesso em 03 mai. 2023.

47. Leite, L.P.: “Saúde e segurança do trabalho na indústria 4.0: nanotecnologia, o futuro presente”, *SESI*. Disponível em: <https://www.sesi-ce.org.br/blog/saude-e-seguranca-do-trabalho-na-industria-4-0-nanotecnologia-o-futuro-presente/>. Acesso em: 03 mai. 2023.

48. Empreitada que os autores, ao longo da presente obra, se dedicam. (Góes, M.C.; Engelmann, W.: *Direito das Nanotecnologias e o Meio Ambiente do Trabalho*, ob. cit., p. 9).

49. À essa altura, importante trazer os ensinamentos das Professoras Gabrielle Sarlet e Regina Ruaro que, embora sob outro enfoque de pesquisa, ensinam sobre a necessidade de precaução em determinados processos, mencionando a importância de olhar acurado para a Lei de Biossegurança quando vincula-se às disposições legislativas lá expostas e às ações humanas nos processos que exigem conduta de precaução. Ou seja, para que de fato haja a precaução na realização de processos (novos ou pouco conhecidos), faz-se elementar a realização de práticas responsáveis por parte daqueles que a realizam, alinhando a legislação correspondente – e que enfrenta questões ambientes, paralelo as diretrizes constitucionais, notoriamente, para que a dignidade humana seja preservada neste processo. (Sarlet, G.; Ruaro, R.: “A proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro sob o enfoque da lei geral de proteção de dados (LGPD)”, *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Vol. 26, num. 2, 2021, pp. 81-106).

50. Góes, M.C.; Engelmann, W.: *Direito das Nanotecnologias e o Meio Ambiente do Trabalho*, ob. cit., p. 126.

51. Hahendorff, R.; Engelmann, W.; Oshiro, M.L.: “As nanotecnologias no meio ambiente do trabalho: a precaução para equacionar os riscos do trabalhador”, *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Vol. 2, num. 2, 2013, pp. 668-683.

É nessa linha que se desenvolve o Projeto de Lei nº 808/2019, o qual institui o Marco Legal da Nanotecnologia e Materiais avançados, estimulando o desenvolvimento científico, a tecnologia e a inovação. Entre as linhas do referido, percebe-se que intuito do legislador é a inserção (definitiva e sem mistérios) das escalas nanos, de forma a incentivar uma série de setores científicos, além de estimular a inovação e o aumento da produtividade dos setores que delas se utilizam.⁵² À vista disso, e na mesma sequência do que dispõe o promissor Projeto de Lei, entende-se que, ao trazer tais novos circunstanciais ao mundo laborativo, indubitavelmente se exigirá também o acautelamento das relações que por elas são tocadas para sua correta aplicabilidade, dado o ramo especializado em apreço. Oportuno, por isso, a utilização de instrumentalização própria trabalhista, ou seja, a normatização coletiva, a julgar pela impossibilidade de provisionar todos os impactos que este novo universo pode trazer em documento único e genérico.

Então, visando proteger o direito à saúde constitucionalmente garantido e considerando a impossibilidade de regulamentação de todas as circunstâncias deste curioso mundo, aproxima-se do “fato laboral nanotecnológico”⁵³ que, agora, sob nova versão, propõe-se atenção a seu ciclo que deve ser formado por cinco fases⁵⁴. A primeira é verificar se o fato laboral nanotecnológico é utilizado como fonte de investimento na produtividade (humana). A segunda é a proposição de caminhos que incentivem a produção e impulsionem *skills* ao sujeito trabalhador. A terceira é identificar se neste encontro o valor social do trabalho se realizou e não fora divorciado da dignidade humana na execução laborativa – agora, incrementada. A quarta, a sistematização de todo o arcabouço normativo a ser axiologicamente aplicado após a incrementação da trabalhabilidade laboral e o manuseio nanotecnológico. E, a quinta, sob a égide da precaução, é fomentar através dos instrumentos próprios trabalhistas para que o exercício de atividades em escalas nanos seja intermediado de trabalhabilidade.

À guisa do que se analisou, entende-se por urgente⁵⁵ a realização de novas interpretações ao direito do trabalho quando tocado pelas escalas nanotecnológicas, notadamente para que se solidifique através de suas particulares fontes de direto e parâmetros regulamentadores mínimos quando a frente desta junção (mundo

52. Brasil. Projeto de Lei. Institui o Marco Legal da Nanotecnologia e Materiais Avançados; dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação nanotecnológica; altera as Leis nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. 2019. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7918785&ts=1681743981344&disposition=inline&_gl=1*dn8cq9*_ga*MzcxMzY2ODQ5LjE2NTEyNjIxMTQ.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NjEyNjgyMC40LjEuMTY4NjEyNzE0NS4wLjAuMA. Acesso em: 01 mai. 2023.).

53. Expressão cunhada por Góes e Engelmann. (Góes, M.C.; Engelmann, W.: *Direito das Nanotecnologias e o Meio Ambiente do Trabalho*, ob. cit.).

54. Insta salientar que as fases são retiradas do livro de Góes e Engelmann e a construção aqui realizada foi a partir do ciclo proposto pelos autores. Entretanto, considerando as particularidades deste estudo, na medida em que foi realizado, remodelou-se a ideia. (Góes, M.C.; Engelmann, W.: *Direito das Nanotecnologias e o Meio Ambiente do Trabalho*, ob. cit., p. 232).

55. O imediato enfrentamento da matéria é reflexo de dissídio coletivo desembocado na justiça do trabalho. No referido, frustradas as tentativas de composição (Brasil. Seção Especializada em Dissídio Coletivo. Desembargador Relator: Francisco Ferreira Jorge Neto. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo nº 1000962-97.2018.5.02.0000, 2018, p.148-9).

do trabalho e nanotecnologias), dado que, quando o assunto são as substâncias em pequena escala, ainda vive-se cenário parco em termos de marcos regulatórios estatais. Enxerga-se, portanto, via fértil neste espaço, a utilização de normatização coletiva trabalhista para tal desembaraço e, por meio destas inerentes cláusulas acordadas, que se formulem condições e garantias aqueles que exercem atividades (mais) produtivas através do auxílio nanotecnológico, mas que, igualmente, carecem de proteção diante dos riscos incertos por esses facilitadores proporcionados⁵⁶.

V. CONCLUSÃO

A julgar pelo contexto da inserção da nanotecnologia dentro de um cenário industrial que se pretendeu com este trabalho destacar, sejam porque substâncias em escalas nanotecnológicas aparecem de forma corrente em tal contexto, seja porque o próprio direito do trabalho erigiu suas raízes ao passo de cada evolução industrial, não se perde de vista o plano de fundo do presente estudo: a preocupação com a figura humana envolvida em todos os processos de ciências do saber.

Ainda que audaciosa – afora a perquirição de documentos internacionais que versam sobre assunto –, a análise percorreu base sólida na pavimentação de suas respostas, tanto sob o arrimo constitucional brasileiro, quanto infraconstitucionais, nos pontos de aproximação e vinculação das arestas que sobreiam o presente assunto. Além disso, pretendendo afastar quaisquer dúvidas acerca das conclusões almejadas, fez-se diferenciações importantes no ponto principiológico, haja vista a confusão linguística (precaução e prevenção) que opera nas reflexões acerca do direito em si.

Firme no propósito de responder o questionamento suscitado com a presente pesquisa, tem-se resposta de que é possível a utilização de equipamentos com composições nanotecnológicas para aumento de produtividade humana sem violar o direito à saúde salvaguardado pela CRFB. Na prática, isso significa condicionar a realização de determinadas condutas ao passo dessa inserção e o exercício de movimentos que se prezam assentados no princípio da precaução. De toda sorte, não pretendendo esgotar o assunto, pois este, evidentemente, continua, dada a volatilidade do próprio tema em questão, obteve-se através desta análise melhores nortes para o seu seguimento, que passa-se a pontuar:

A peculiaridade da área trabalhista permite a convalidação de instrumentos normativos para bem pavimentar circunstâncias que, por vezes, a legislação é lacônica ou omissa. Com base no que foi desenvolvido, entende-se que os instrumentos coletivos podem ser aliados na construção de dispositivos regulamentadores de atividades que utilizam substâncias em nanoescalas. Desde que nestes mesmos novos dispositivos clausulares demarquem-se toda e qualquer regulamentação à

56. Ainda que de forma tímida, já é possível encontrar no Poder Judiciário a instauração de dissídios coletivos que discutem, entre outras cláusulas, dispositivos que enfrentam questões envolvendo a inserção de uso de nanotecnologia em processos industriais. (Brasil. Seção Especializada em Dissídio Coletivo. Desembargador Relator: Francisco Ferreira Jorge Neto. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo nº 1000962-97.2018.5.02.0000, 2018).

luz do princípio da precaução, protegendo – o que pode-se, vez que diante de risco desconhecido – aquilo que determinada categoria necessita.

Assim sendo, se valendo da precaução, os equipamentos compostos por escalas nanotecnológicas (independente da substância que se pretende manusear) se potencializariam frente ao aprimorado controle e capacidade de maleabilidade oferecidos pelo mundo em pequeníssimas dimensões, eles funcionariam, ainda, como aliados no trabalho que pode ser substituível – não como inimigo (do humano) capaz de retirar postos de trabalho. Desta feita, assente de que a atividade substituível será realizada por escalas potencializadas (e em pequenas medidas), mais espaço se terá para o investimento em trabalhabilidade do sujeito trabalhador, vez que este poderá revitalizar suas atividades e aperfeiçoar a sua realização.

Outrossim, entende-se que tudo isso só se tornará possível se respeitadas as seguintes fases que se propõe para a sua consciente aplicabilidade. A primeira é verificar se o fato laboral nanotecnológico é utilizado como fonte de investimento na produtividade (humana). A segunda é a proposição de caminhos que incentivem a produção e impulsionem *skills* ao sujeito trabalhador. A terceira é identificar se neste encontro o valor social do trabalho se realizou e não fora divorciado da dignidade humana na execução laborativa – agora, incrementada. A quarta, a sistematização de todo o arcabouço normativo a ser axiologicamente aplicado após a incrementação da trabalhabilidade laboral e o manuseio nanotecnológico. E, a quinta, sob a égide da precaução, é fomentar através dos instrumentos próprios trabalhistas para que o exercício de atividades em escalas nanos seja intermediado de trabalhabilidade.

Referências

- Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI): *Cartilha sobre nanotecnologia*, ABDI, Brasília, 2010. Disponível em: <http://livroaberto.ibict.br/handle/1/572>.
- Alves, A.M.: *A Trabalhabilidade como direito social fundamental: O critério da ponderação como alternativa à sua realização*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2023.
- Brasil. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 mai. 2023.
- Brasil. Exposição de Motivos da Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 19 abr. 1943, p.6. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/29280/1943_clt_exposicao_motivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 01 mai. 2023.
- Brasil. Projeto de Lei. Institui o Marco Legal da Nanotecnologia e Materiais Avançados; dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação nanotecnológica; altera as Leis nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7918785&ts=1681743981344&disposition=inline&_gl=1*_dn-8cq9*_ga*MzcxMzY2ODQ5LjE2NTEyNjIxMTQ.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NjEyNjgyMC40LjEuMTY4NjEyNzE0NS4wLjAuMA. Acesso em: 01 mai. 2023.
- Brasil. Seção Especializada em Dissídio Coletivo. Desembargador Relator: Francisco Ferreira Jorge Neto. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo nº 1000962-97.2018.5.02.0000, 2018.

- Castells, M.: *A sociedade em Rede. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*, Paz e Terra, São Paulo, 1996.
- Centro de Memórias Anamt: "VIII FÓRUM - Conferência Nanotecnologia", Vídeo de Youtube, 45:55. Publicado em 6 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4L-jeK72eve4>. Acesso em 03 mai. 2023.
- Custódio, A.; Pinto, A.G.V.: *Nanotecnologia: O Transporte para um novo universo*, Fundacentro, São Paulo, 2008. Disponível em: http://arquivosbiblioteca.fundacentro.gov.br/exlibris/aleph/a23_1/apache_media/AQ6TK25H1JP7FKN48T3P3A8CP2BV7Q.pdf.
- Delgado, M.G.: *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2019.
- Engelmann, W.; Hohendorff, R.: "Nanotecnologias e o mundo do trabalho: Em busca de um "modelo" para o desenvolvimento do direito à informação compatível com o direito do trabalho nanotecnológico". *Publica Direito*. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a56b6ea9b986428c>. Acesso em: 03 mai. 2023.
- Feynman, R.: "There's Plenty of Room at the Bottom. No invitation to enter new field of physics", *Engineering and Science (Caltech)*, Vol. 23, num. 5, 1960, pp. 22-36. Disponível em: <http://calteches.library.caltech.edu/47/2/1960Bottom.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2023.
- Fincato, D.P.; Alves, A.M.: "Produtividade no Trabalho Em Plataformas Digitais e a Trabalhabilidade como Fenômeno Social", in Veiga, F.S.; Załucki, M. (Coords.): *LegalTech, Artificial Intelligence and the Future of Legal Practice*, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos and AFM Kraków University, Porto/Kraków, 2022, pp. 75-83.
- Fincato, D.P.; Alves, A.M.: "Trabalhabilidade como bússola orientadora ao topo da pirâmide de Maslow", *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*, Ano. 07, Ed. 08, Vol. 05, pp. 54-65. DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/ciencias-sociais/piramide-de-maslow
- Fincato, D.: "Trabalhabilidade (workability):um direito 'VUCA'", *O Estadão, blog do Fausto Macedo*, 28 de julho de 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/trabalhabilidade-workability-um-direito-vuca/>. Acesso em: 01 mai. 2023.
- Freitas, J.: *A interpretação Sistemática do Direito*, Malheiros, São Paulo, 2010.
- Nascimento, A.M.: *Curso de Direito do Trabalho*, Saraiva, São Paulo, 2013.
- Góes, M.C.: "As nanotecnologias e o mundo do trabalho: a preocupação com uma nova realidade à luz da dignidade do trabalhador", *Justiça do trabalho, Porto Alegre*, ano 30, num. 352, 2013, pp. 21-49.
- Góes, M.C.; Engelmann, W.: *Direito das Nanotecnologias e o Meio Ambiente do Trabalho*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015.
- Governo Federal. Fundacentro. Disponível em: <https://www.gov.br/fundacentro/pt-br>. Acesso em: 03 mai. 2023.
- Hahendorff, R.; Engelmann, W.; Oshiro, M.L.: "As nanotecnologias no meio ambiente do trabalho: a precaução para equacionar os riscos do trabalhador", *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Vol. 2, num. 2, 2013, pp. 668-683. DOI: <https://doi.org/10.17566/ciads.v2i2.114>
- ISO/TC 229. Nanotechnologies. Technical Committees. Disponível em: <https://www.iso.org/committee/381983.html>. Acesso em 03 mai. 2023.
- Leite, L.P.: "Saúde e segurança do trabalho na indústria 4.0: nanotecnologia, o futuro presente", *SESI*. Disponível em: <https://www.sesi-ce.org.br/blog/saude-e-seguranca-do-trabalho-na-industria-4-0-nanotecnologia-o-futuro-presente/>. Acesso em: 03 mai. 2023.
- Museu Virtual de Nanociência e Nanotecnologia: "Biografia - Norio Taniguchi". Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/20185/historia_taniguchi.html. Acesso em 03 mai. 2023.
- Naden, C.: "The science of tiny little things", *ISO.org.*, 1 abr. 2021. Disponível em: <https://www.iso.org/news/ref2649.html>. Acesso em: 03 mai. 2023.
- National Nanotechnology Initiative: "Working at the Nanoscale". Disponível em: <https://www.nano.gov/about-nanotechnology/working-at-nanoscale>. Acesso em 01 mai. 2023.

- OIT: *Organização Internacional do Trabalho. Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites*, 2018.
- Roda Viva: "Pierre Lévy. 08/01/2001", Vídeo de Youtube, 1:30:10. Publicado em 28 de marzo de 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DzfKr2nUj8k>. Acesso em: 01 mai. 2023.
- Schwab, K.: *A quarta revolução industrial*. Tradução: Daniel Moreira Miranda. Edipro, São Paulo, 2016.
- Sarlet, G.; Ruaro, R.: "A proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro sob o enfoque da lei geral de proteção de dados (LGPD)", *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Vol. 26, num. 2, 2021, pp. 81-106. DOI: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v26i22172>
- Sarlet, I.W.: *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva da constitucional*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2018.
- Sarlet, I.W.; Marinoni, L.G.; Mitidiero, D.: *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva Educação, São Paulo, 2020.
- Schulz, P.: "Há mais história lá embaixo: Um convite para rever uma palestra", *Revista Brasileira de Ensino de Física*, Vol. 40, num. 4 (Seção especial - Celebrando os 100 anos de nascimento de Richard P. Feynman), Vol. 40, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/1806-9126-RBEF-2017-0375>
- Silva, V.A.: *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, Malheiros, São Paulo, 2010.
- Sleep Social 00: "Norio Taniguchi", Vídeo de Youtube, 0:50. Publicado em 29 setembro de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4y06Ssj2OtE>. Acesso em: 03 mai. 2023.
- Stürmer, G.: *Direito Constitucional do Trabalho no Brasil*, Atlas, São Paulo, 2014.
- Verve Científica: "Richard Feynman, o Pai da Nanotecnologia", Vídeo de Youtube, 3:34. Publicado em 14 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=B-x0pZfPLTE>. Acesso em: em 1 mai. 2023.



Mecanismos de protección social de las personas adultas mayores: una utopía o realidad en México para garantizar una calidad de vida

SOCIAL PROTECTION MECHANISMS FOR THE ELDERLY: A UTOPIA OR REALITY IN MEXICO

Emmanuel López Pérez

Profesor Investigador de Tiempo Completo
Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México
Emmanuel.lopezper@uaem.edu.mx  0000-0003-2416-9292

Aranzazú Trujillo Marín

Estudiante de la Licenciatura en Derecho
Universidad Autónoma del Estado de Morelos
aranzazu.trujillo@uaem.edu.mx  0009-0007-7347-3078

Recibido: 30.09.2023 | Aceptado: 31.10.2023

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo desarrollar un análisis jurídico de los mecanismos de protección social dirigidos a las personas adultas mayores en México para generar condiciones de calidad de vida. Ciertamente, México ha avanzado en el reconocimiento de los derechos de las personas adultas mayores en su marco normativo nacional e internacional, sin embargo, existen desafíos significativos para garantizar una protección social efectiva a este grupo vulnerable máxime en un contexto de envejecimiento demográfico en constante crecimiento en el país. En ese contexto, el presente trabajo se desarrolla bajo el método deductivo-analítico dando comienzo con las principales acepciones que involucran al tema, pasando por el análisis del marco jurídico nacional e internacional, seguido de los mecanismos de protección social establecidos en el país y su alcance para generar calidad de vida, finalizando con algunas reflexiones y las fuentes de investigación consultadas.

ABSTRACT

The objective of this article is to develop a legal analysis of the social protection mechanisms aimed at older adults in Mexico to generate quality of life conditions. Certainly, Mexico has made progress in recognizing the rights of older adults in its national and international regulatory framework; however, there are significant challenges to guarantee effective social protection for this vulnerable group, especially in a context of constantly growing demographic aging in the country. In this context, this work is developed under the deductive-analytical method, beginning with the main meanings that involve the topic, going through the

PALABRAS CLAVE

Protección social
Personas adultas mayores
Calidad de vida
Grupo vulnerable

KEYWORDS

Social protection
Older adults
Quality of life
Vulnerable group

analysis of the national and international legal framework, followed by the social protection mechanisms established in the country and their scope to generate quality of life, ending with some reflections and the research sources consulted.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS
 - D. Persona adulta mayor
 - E. Protección social
 - F. Calidad de vida
 - III. MARCO JURÍDICO DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES EN MÉXICO
 - A. Nacional
 3. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*
 4. *Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores*
 - B. Internacional
 1. *Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento*
 2. *Proclamación sobre el Envejecimiento (1992)*
 3. *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos De las Personas Mayores de 2015*
 4. *Objetivos de desarrollo sostenible*
 - IV. MECANISMOS DE PROTECCIÓN SOCIAL COMO UN ELEMENTO PARA ELEVAR LA CALIDAD DE VIDA DE LAS PERSONAS MAYORES
 - A. Prestaciones de los seguros sociales
 1. *Seguro de enfermedad y maternidad*
 2. *Seguro de cesantía en edad avanzada vejez y retiro*
 - B. Asistencia social
 1. *Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores*
 2. *IMSS-Bienestar*
 - V. UTOPIÍA O REALIDAD: MÁS ALLÁ DE BUENAS INTENCIONES
 - VI. A MANERA DE REFLEXIÓN
- Fuentes consultadas

I. INTRODUCCIÓN

Todas las personas nos encontramos expuestas a múltiples riesgos sociales o naturales que se reflejan en algún tipo de contingencia repercutiendo en nuestra salud física, mental y, por supuesto, en aspectos de naturaleza económica. Estos riesgos se ven materializados desde una simple enfermedad no profesional, un riesgo de trabajo traducido en un accidente, la invalidez producida por una enfermedad y, para el caso del presente trabajo, la vejez como producto natural de la vida.

Para poder hacer frente a las contingencias que producen algunos de estos riesgos existen mecanismos de protección social que tienen como finalidad combatir o generar un equilibrio entre la contingencia producida y las prestaciones que emanan de los propios mecanismos de protección social en aras de no dejar desamparadas a las personas en ese momento vulnerable que transitan a causa de la contingencia.

Ahora bien, la vejez como una contingencia natural de la vida resulta ser uno de los factores donde las personas, si no cuentan con mecanismos de protección social sólidos, tienden a generar condiciones de vulnerabilidad alarmantes, esto en razón a que por el simple ciclo de la vida a cierta edad (por regla general) dejamos de tener las fuerzas necesarias para poder desempeñar una actividad remunerada, lo que implica que sin trabajo no hay un ingreso económico y, sin este, no se pueden adquirir los elementos necesarios para ejercer una calidad de vida.

Esta situación se empeora si las personas adultas mayores no cuentan con algún tipo de pensión otorgada por un seguro social que les garantice prestaciones tan importantes en esa etapa de la vida como: la atención médica, hospitalaria y farmacéutica, así como prestaciones en monetario que sustituyan el ingreso económico para adquirir bienes y servicios básicos.

Este aspecto resulta ser común para México y muchos países de Latinoamérica, ya que existen múltiples factores para que una persona en su edad productiva no genere las cotizaciones requeridas por un seguro social para que en el momento de la vejez pueda acceder a las prestaciones en especie y económicas que amparan el ramo correspondiente del seguro social. Con base en lo anterior, se ha planteado lo siguiente: ¿cuáles son los mecanismos de protección social existentes en México para garantizar una calidad de vida a las personas adultas mayores?

En ese contexto, el presente trabajo tiene como objetivo desarrollar un análisis jurídico de los mecanismos de protección social dirigidos a las personas adultas mayores en México que tengan como finalidad generar condiciones de calidad de vida. Para ello, este artículo se desarrolla bajo el método deductivo-analítico dando comienzo con las principales acepciones que involucran al tema, pasando por el análisis del marco jurídico nacional e internacional enfocados a la protección de las personas adultas mayores, seguido de los mecanismos de protección social establecidos en el país y su alcance para generar una calidad de vida, así como la fijación de postura respecto de la materialización la protección social de las personas adultas mayores en México, concluyendo con algunas reflexiones finales y las fuentes de investigación.

II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Para generar una mejor comprensión del tema, resulta necesario establecer las principales acepciones que engloban el problema planteado. En ese sentido, se desarrollan tres términos indispensables para la comprensión de este trabajo: persona adulta mayor; protección social, y; calidad de vida.

A. Persona adulta mayor

Por cuestión natural, las personas pasan por un ciclo de vida, entendiendo a esta como el conjunto de etapas o periodos por los que transita una persona, “aunque no existen en realidad criterios absolutos que nos indiquen cuándo inicia o termina cada etapa de

nuestra vida, sí podemos utilizar ciertas señales”¹ que permitirá reconocer el ciclo actual por el cual está viviendo una persona, un ejemplo claro es el ciclo de la vejez.

En ese sentido, las personas que se encuentran en esta etapa de la vida son reconocidas como personas adultas mayores, entendiéndolas como una persona que tiene 60 años o más de edad². Por lo que el punto medular para considerar a una persona adulta mayor radicará en la edad que tenga para catalogarse en este grupo poblacional.

En esta etapa de la vida es importante la consolidación de medios de protección social, ya que a través de estos se garantizan los elementos necesarios para entablar una calidad de vida digna. Cabe destacar que esta situación toma gran relevancia, ya que la vejez es una de las etapas de las personas con mayor grado de vulnerabilidad derivado a que estas experimentan diversos cambios físicos y psicológicos que repercuten en el ámbito personal, económico y social³.

Ejemplo de ello es la aparición de enfermedades con mayor frecuencia y, desde un aspecto monetario, la imposibilidad de incorporarse al sector laboral, ya que primeramente se enfrentarían ante una discriminación laboral por cuestión de edad y segundo, por razón natural, pues por regla general a cierta edad las personas pierden la fuerza para poder desempeñar determinadas actividades que requieren trabajo físico. Sin embargo, esto no quiere decir que una persona adulta mayor sea incapaz de trabajar, sino que las actividades que pueden desempeñar se reducen enfocándose a aquellas que requieren un menor esfuerzo físico para poder desarrollarlas.

Con base en lo anterior, los Estados fungen como pieza clave para proteger a este grupo vulnerable máxime para aquellas personas adultas mayores que no cuentan con un mecanismo de protección social como lo pueden ser prestaciones de un seguro social. A falta de ello, los Estados implementan políticas públicas que pretenden otorgar prestaciones para proteger la contingencia de la vejez a las personas adultas mayores que carecen de otro medio de protección, mismos que se abordarán en profundidad en el punto IV del presente trabajo.

B. Protección social

Los mecanismos de protección social son aquellas acciones que implementan cada uno de los Estados teniendo como finalidad combatir, disminuir y erradicar la pobreza existente en la sociedad. Ciertamente las acciones desarrolladas para dar cumplimiento a este objetivo dependerán de cada uno de los Estados, puesto que

1. Universidad Nacional Autónoma de México: *Ciclo de vida humana*, Coordinación de Universidad Abierta Innovación Educativa y Educación a Distancia, 2020. Disponible en: [https://uapas1.bunam.unam.mx/ciencias/ciclo_de_vida_humana/#:~:text=Al%20conjunto%20de%20etapas%20o,cambios%20hormonales\)%20y%20a%20veces%20psicosociales%20](https://uapas1.bunam.unam.mx/ciencias/ciclo_de_vida_humana/#:~:text=Al%20conjunto%20de%20etapas%20o,cambios%20hormonales)%20y%20a%20veces%20psicosociales%20), consultado el 27 de septiembre de 2023.

2. Cfr. Varela Pinedo, L.F.: “Salud y calidad de vida en el adulto mayor”, *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, Vol. 33, núm. 2, 2016, p. 1.

3. Cfr. Alvarado García, A.M.; Salazar Maya, A.M.: “Análisis del con concepto de envejecimiento”, *Gerokomos*, Vol. 25, núm. 2, 2014. p. 58.

los contextos sociales, económicos, culturales, entre otros, son completamente diferentes en países latinoamericanos frente a europeos o asiáticos.

La realidad es que su finalidad no tiende a cambiar pues se encuentra enfocada desde una óptica general a la elevación de la calidad de vida de las personas. Sin embargo, la protección social se encuentra en constante evolución para lograr el cumplimiento de su objetivo e incluso expandirlo sin perder de vista su finalidad, ya que esta responde a la propia evolución de las personas con bases en los momentos y necesidades que se requieren en el presente. Es un hecho que la “protección social ha surgido en años recientes como un eje conceptual que pretende integrar una variedad de medidas orientadas a construir sociedades más justas e inclusivas, y a garantizar niveles mínimos de vida para todos”⁴.

En ese sentido, este mecanismo hoy en día es de gran importancia ya que a través de él se pretende generar condiciones de vida justas para la población de un Estado en aras de construir estándares de calidad de vida decorosas.

De lo anterior se desprende que uno de los actores que juega el papel principal para generar estas condiciones es el Estado al velar a través de ciertas medidas las herramientas, programas, políticas y apoyos a toda la población para el desarrollo funcional de la sociedad.

En ese orden de ideas, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura establece que la protección social es “un conjunto de intervenciones cuyo objetivo es reducir el riesgo y la vulnerabilidad de tipo social y económico, así como aliviar la pobreza y privación extremas”⁵.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo contempla lo siguiente: “La protección social forma parte del Trabajo Decente de la OIT, considera: aumentar la eficacia y extender la cobertura de los sistemas de seguridad social; promover la protección de los trabajadores (condiciones de trabajo decentes, salarios, tiempo de trabajo y salud y seguridad en el trabajo); y promover la protección de grupos vulnerables (trabajadores migrantes, sus familias y los trabajadores en la economía informal)”⁶.

De estas aseveraciones hechas por organismos internacionales especializados, se desprende que la protección social contempla los siguientes elementos:

1. Conjunto de acciones: la protección social otorgará medios de protección materializados en prestaciones económicas o en especie para atender una contingencia determinada y evitar o reducir el riesgo y/o sus consecuencias a una población específica atendiendo esa necesidad que se presenta a consecuencia del riesgo.

4. Foust Rodríguez, D.; Tetreault Weber, D.; Valencia Lomelí, E.: *Sistemas de Protección Social en América Latina y el Caribe*, CEPAL, Santiago de Chile, 2013.

5. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura: *Protección social*, FAO, Suiza, 2020. Disponible en: <https://www.fao.org/social-protection/overview/whatissp/es/>, consultado el 26 de septiembre de 2023.

6. Organización Internacional del Trabajo: *Protección social*, OIT, 2018. Disponible en: [https://www.ilo.org/mexico/areas-de-cooperaci%C3%B3n/WCMS_228737/lang-es/index.htm#:~:text=La%20protecci%C3%B3n%20social%20forma%20parte,trabajo\)%3B%20y%20promover%20la](https://www.ilo.org/mexico/areas-de-cooperaci%C3%B3n/WCMS_228737/lang-es/index.htm#:~:text=La%20protecci%C3%B3n%20social%20forma%20parte,trabajo)%3B%20y%20promover%20la), consultado el 13 de septiembre de 2023.

2. Vulnerabilidad: al momento de que se produce un riesgo en una persona o grupo de personas estas implícitamente son susceptibles a ponerse en una situación de desventaja frente a la sociedad e incluso frente al propio Estado, puesto que las consecuencias que ocasiona determinado riesgo generan una vulnerabilidad repercutiendo en el desarrollo cotidiano de la persona. Se debe mencionar que el aspecto de la vulnerabilidad conlleva múltiples dimensiones y no solo aquellas “condiciones del individuo sino, cada vez más, con las condiciones del medio (ambientales, sociales o de otro tipo) donde se desarrolla, dando lugar a la necesidad de incorporar los aspectos socioculturales en la comprensión de este concepto”⁷.

Es por lo que las acciones que derivan de los mecanismos de protección social permiten establecer un equilibrio para evitar que se genere o incremente ese estado de vulnerabilidad de la persona o grupo que ha sufrido el riesgo en cuestión.

3. Grupo vulnerable: si se produce un riesgo, por ende, se genera una vulnerabilidad y esta última repercute a un sector poblacional específico ocasionando “condiciones de desventaja o de riesgo para una persona, grupo, o cualquier sector de la sociedad; quienes, por distintos motivos, no tienen desarrollada la capacidad de solventar o atender sus desafíos”⁸ que ha producido el riesgo en cuestión. Dependiendo el riesgo creado generará sectores poblacionales determinados que son considerados como grupos vulnerables, por ejemplo: trabajadores, personas migrantes, personas indígenas y por supuesto, personas adultas mayores tema central en el presente trabajo.

En ese contexto, es importante reconocer que la protección social funge como un pilar fundamental para salvaguardar, proteger y otorgar estándares de vida digna a las personas, máxime aquellos grupos o colectivos que por factores diversos adquieren una vulnerabilidad que puede ser simple, doble e incluso triple. Por ende, las acciones que se desprendan de la protección social serán indispensables para consagrar una sociedad justa y equitativa en la satisfacción de sus derechos fundamentales.

C. Calidad de vida

A simple lectura, el término calidad de vida pareciera ser una acepción subjetiva al momento de establecer que se debería de entender como tal, sin embargo, existen parámetros que contribuyen al esclarecimiento de la definición de dicho concepto. Ciertamente, definir el significado de calidad de vida daría apertura a generar un abanico de definiciones tomando en consideración lo multifacético que puede resultar el término.

Desde una aspecto económico y social, la noción de calidad de vida se encuentra direccionada en el desarrollo económico y social de las naciones, trayendo implícito la satisfacción

7. Feito Grande, L.: “Vulnerabilidad”, *Anales Sistema Sanitario de Navarra*, Vol. 30, núm. extraordinario 3, 2007, p. 8.
8. Acevedo Alemán, J.: “Atención a los grupos vulnerables en México una tarea pendiente”, *Tlatemoani: revista académica de investigación*, Vol. 14, núm. 42, 2023, p. 88.

de las necesidades de sus poblaciones. En ese sentido, los estándares o parámetros de calidad de vida suelen incluir indicadores económicos, como el ingreso per cápita, sin embargo, también son involucradas características sociales, como la educación, trabajo, vivienda, salud y seguridad, entre otros. Por lo tanto, entender la concepción de lo que implica calidad de vida forzosamente requiere englobar los indicadores macroeconómicos, así como los aspectos sociales y contextos que se viven en el presente de un país⁹.

Se destaca que, desde los años setenta, “el concepto comenzó a utilizarse por científicos sociales, quienes recababan datos sociodemográficos de los individuos, tales como el estado socioeconómico, la vivienda y nivel educativo”¹⁰. Autores como Campbell y Rodgers incluyen “dentro del concepto indicadores psicológicos como la felicidad y la satisfacción personal”¹¹.

Asimismo, Smith, Avis y Assmann mencionan que este concepto surge “con el fin de distinguir resultados en el ámbito de la salud, derivado de investigaciones en bienestar subjetivo y el sentimiento de satisfacción con la vida”¹². Por lo anterior, el concepto resulta ser multidisciplinar, aplicable a áreas de las ciencias de la salud, ciencias sociales y ciencias económicas para poder generar sinergias y entender su complejidad.

Con independencia a lo anterior, algunos organismos internacionales han establecido el alcance del significado de calidad de vida tomando los parámetros multidisciplinarios. Ejemplo de ello es lo que establece la Organización Mundial de la Salud (OMS), al definirla como: “la percepción que tiene una persona sobre su posición en la vida dentro del contexto cultural y el sistema de valores en el que vive y con respecto a sus metas, expectativas, estándares y preocupaciones. Es un concepto de amplio alcance que está atravesado de forma compleja por la salud física de la persona, su estado fisiológico, el nivel de independencia, sus relaciones sociales y la relación que tiene con su entorno”¹³.

Como lo reafirma la OMS, la definición de calidad de vida implica establecer múltiples aspectos y no solo centrarse en la condición económica de una nación y/o persona sino darles importancia a tres aspectos:

1. Aspectos objetivos como: el ingreso, educación, salud, vivienda, por mencionar algunos.
2. Aspectos subjetivos: felicidad, dignidad de la persona, autoestima, entre otros.
3. Aspectos sociales: políticas públicas, programas sociales, acciones institucionales¹⁴.

9. Cfr. Fuertes Grábalos, E.; Plou LaFuente, P.; Gómez Bahillo, C.: “Desarrollo humano desde la perspectiva del crecimiento”, *Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 23, núm. 4, 2017, p. 83.

10. Bognar, G.: “The concept of quality of life”, *Social Theory and Practice*, Vol. 31, núm. 4, 2005, pp. 561-580.

11. Campbell, A; Converse, P.E.; Rodgers, W.L.: *The quality of American life: perceptions, evaluations, and satisfactions*, Russell Sage Foundation, New York, 1976.

12. Smith, K.W.; Avis, N.E.; Assmann, S.F.: “Distinguishing between quality of life and health status in quality of life research: A meta-analysis”, *Quality of life research*, Vol. 8, núm. 5, 1999, pp. 447-459.

13. Organización Mundial de la Salud.: “Envejecimiento activo: un marco político”, *Revista Española de Geriatria y Gerontología*, Vol. 37, núm. extraordinario 2, 2002, pp. 74-105.

14. Cfr. Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores: *Calidad de vida para un envejecimiento saludable*, Gobierno de México, 2021. Disponible en: [https://www.gob.mx/inapam/es/articulos/calidad-de-vida-para-un-envejecimiento-saludable?idiom=es#:~:text=De%20acuerdo%20con%20la%20OMS%20la%20calidad%20de%20vida%20es%3A&text=Es%20un%20concepto%20de%20amplio,%E2%80%9D%20\(OMS%2C%202002\)](https://www.gob.mx/inapam/es/articulos/calidad-de-vida-para-un-envejecimiento-saludable?idiom=es#:~:text=De%20acuerdo%20con%20la%20OMS%20la%20calidad%20de%20vida%20es%3A&text=Es%20un%20concepto%20de%20amplio,%E2%80%9D%20(OMS%2C%202002)), consultado el 27 de septiembre de 2023.

La existencia de estos tres aspectos en una persona, máxime en grupos vulnerables como las personas adultas mayores, traería implícito la satisfacción de los elementos mínimos de un sujeto para consagrar estándares de calidad de vida que les permita el desarrollo pleno de manera individual y colectiva.

Cabe mencionar que sin alguno de estos tres aspectos fundamentales estaríamos frente a un objetivo inacabado, por lo cual es necesario el fomentar el equilibrio de estos aspectos establecido por la OMS.

Por lo anterior, la calidad de vida resulta ser un concepto más complejo de lo que parece, englobando aspectos multidimensionales que en su conjunto y de una manera armónica permitan la satisfacción de necesidades básicas que generen bienestar en las personas y que, para lograrlo, "deben seguirse criterios intrapersonales y socio-normativos, del sistema personal y ambiental de un individuo"¹⁵.

III. MARCO JURÍDICO DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES EN MÉXICO

La existencia de marcos normativos que regulen aspectos enfocados a las personas adultas mayores permite generar mayores oportunidades para la protección de este grupo vulnerable. Asimismo, el reconocimiento de instrumentos internacionales sobre la materia coadyuva al perfeccionamiento de las normas internas del país ya que brinda una visión internacional sobre la salvaguarda y respeto de los derechos de las personas adultas mayores en un contexto global.

En ese sentido, a través de este punto se pretende desarrollar un análisis de las normas nacionales e internacionales más relevantes que trastocan los derechos de las personas adultas mayores con la finalidad de establecer el vínculo existente entre la norma y los compromisos contraídos por el Estado mexicano para garantizar una calidad de vida digna a este sector de la población mexicana.

A. Nacional

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Dentro de nuestro máximo marco normativo nacional encontramos una gran variedad de derechos a los que son acreedoras todas y todos los mexicanos. Ciertamente, no se encuentran de manera expresa derechos enfocados a las personas adultas mayores (salvo lo estipulado en el artículo cuarto que se comenta adelante), sin embargo, desde el primer artículo de la Constitución se refiere que "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse

15. Lawton, M.P.: "Quality of life in chronic illness", *Gerontology*, Vol. 45, núm. 4, 1999, p. 181.

ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”¹⁶. Asimismo, dentro de este ordenamiento se establece la prohibición de toda discriminación motivada por cuestiones de edad.

En ese contexto, y haciendo una lectura cualitativa de la Constitución, se puede establecer que cualquier persona incluida en las personas adultas mayores gozan de los derechos fundamentales contenidos en ella, por ejemplo: el trabajo, salud, ingreso, seguridad, vivienda, libertad de expresión, a la propiedad, a la igualdad, derecho a la vida, entre otros.

Cabe mencionar que esto se refuerza a raíz de la reforma constitucional del año 2011, donde México se vio en la necesidad de añadir los tratados internacionales en materia de derechos humanos a la legislación fundamental de nuestro país, buscando así la protección, promoción y garantía del cumplimiento de estos derechos a todas las personas sin distinción alguna.

Sumado a lo anterior, un hecho relevante en los últimos años fue la reforma constitucional de 2020 enfocada a las personas adultas mayores, ya que se concede el derecho universal al ingreso económico mediante una pensión. Dicha reforma establece que “las personas mayores de sesenta y ocho años¹⁷ tienen derecho a recibir por parte del Estado una pensión no contributiva en los términos que fije la Ley”¹⁸.

Si bien, es una reforma que beneficia a las personas adultas mayores contemplada desde la Constitución que les garantiza una prestación económica cumpliendo solo el requisito de la edad, sin embargo, críticas se han plasmado sobre esta controvertida reforma ya que la misma se garantiza a través de programas asistenciales, dejando fuera a otras herramientas que brinden protección social más eficaces como los seguros sociales.

La Constitución contempla un cúmulo de derechos fundamentales de las personas adultas mayores en México, pero a la par, da origen a leyes específicas que protegen a ese grupo vulnerable. Ejemplo de ello es la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores que se analiza en el punto siguiente.

2. Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores

Esta ley fue publicada en 2002 teniendo su última reforma en 2022, la cual tiene como objetivo “garantizar el ejercicio de los derechos de las personas adultas mayores, así como establecer las bases y disposiciones para su cumplimiento”¹⁹, esto a través de una política de respeto de los derechos de las personas adultas mayores; estableciendo principios, programas e instrumentos con una coordinación en los tres niveles de gobierno, así como la creación del Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores, conocida por sus siglas como INAPAM.

16. Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

17. Actualmente el requisito de edad cambia con base en las reglas operacionales siendo la edad de 65 años.

18. Artículo 4 párrafo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

19. Artículo 1 de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.

Cabe destacar que este instrumento también resulta ser producto de los compromisos internacionales materializados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las diversas declaraciones de los Estados parte de la CEPAL encaminadas al envejecimiento activo y a la problemática social prevista para los años siguientes para este grupo poblacional.

Asimismo, esta ley establece los derechos de las personas adultas mayores, teniendo como finalidad que este grupo poblacional mantengan una vida de calidad, libre de violencia y protegiendo su integridad en todos los ámbitos –físico, psicoemocional, sexual y social–, garantizando una certeza jurídica en cualquier procedimiento, protección de la salud, educación, asistencia social, trabajo, participación en organizaciones y asociaciones, atención preferente en instituciones y establecimientos que ofrezcan algún servicio, así como promover a las nuevas generaciones una cultura de aprecio y respeto por este grupo poblacional, evitando así la discriminación por cuestiones de edad.

Para contribuir el objetivo planteado por esta ley, se creó el Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores, aunque, desde 1979 existían en México antecedentes de instituciones similares como el Instituto Nacional de la Senectud (INSEN), que estaba enfocado a fortalecer las acciones del Estado ante la problemática del abandono de los adultos mayores. Hoy en día el INAPAM cuenta con la misión de “promover el desarrollo humano integral de los adultos mayores, brindándoles empleo, ocupación, retribuciones, asistencia y las oportunidades necesarias para alcanzar niveles de bienestar y alta calidad de vida, reduciendo las desigualdades extremas”²⁰.

Por lo anterior, México cuenta con marcos normativos nacionales específicos para la protección de los derechos de las personas adultas mayores y que en conjunto con las normas internacionales pretenden reforzar desde una visión jurídica el perfeccionamiento de normas protectoras a este sector poblacional.

B. INTERNACIONAL

1. *Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento*

Este plan fue establecido en 1982 siendo resultado de las acciones de la primera Asamblea General de las Naciones Unidas sobre las Personas de Edad del mismo año, teniendo como objetivo establecer la problemática mundial sobre los problemas existentes de una población mundial cada vez más envejecida sentando los pilares para generar políticas públicas y programas sobre el envejecimiento.²¹

La intención de este plan era “fortalecer la capacidad de los gobiernos y la sociedad civil para abordar eficazmente el envejecimiento de la población y abordar el

20. Gobierno de México: *Instituto Nacional de los Adultos Mayores*, INAPAM, 2018. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/169026/Tri_ptico_vuelta.pdf, consultado el 29 de septiembre de 2023.

21. Naciones Unidas: *Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, 26 de julio a 6 de agosto de 1982, Viena*, ONU, 2020. Disponible en: <https://www.un.org/es/conferences/ageing/vienna1982>, consultado el 26 de septiembre de 2023.

potencial de desarrollo y las necesidades de dependencia de las personas de edad²². Asimismo, estrechar redes de colaboración de una manera internacional y regional a través de capacitación, investigación sobre el envejecimiento en áreas trascendentales como: bienestar social, salud, ingreso y empleo.

La importancia de este instrumento originó que, en 2002, se realizaran modificaciones al plan original para atender las nuevas necesidades y acciones que requerían un nuevo contexto mundial sobre el envejecimiento, lo que generó el surgimiento del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, que es el documento revisado del primero, mismo que nace en la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, celebrada en 2002 en Madrid nuevamente bajo el auspicio de las Naciones Unidas.

En ese sentido, este instrumento funge como base para el desarrollo de otros marcos internacionales para la protección de los derechos de las personas adultas mayores en un contexto mundial generando un interés en la comunidad internacional para que, de una manera regional, se promulguen instrumentos sobre la protección de este grupo vulnerable.

2. Proclamación sobre el Envejecimiento (1992)

La Proclamación sobre el Envejecimiento es un instrumento que fue dado a conocer por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1992. Se debe destacar que este no es un instrumento que vincule a las partes para su cumplimiento, sin embargo, sí tiene un aspecto significativo para la visibilización y reconocimiento de los derechos de las personas adultas mayores.

Esta proclamación engloba algunas temáticas sobre el tema en cuestión, resaltando aquellas enfocadas a la cooperación internacional para afrontar los desafíos del envejecimiento poblacional a nivel mundial, así como el reconocimiento de los derechos de las personas adultas mayores y su protección para garantizar una vida digna, el bienestar social de este sector poblacional que les garantice vivir estándares decentes de vida en esta etapa vulnerable y la necesidad de concientizar a la sociedad de los aspectos que involucran el envejecimiento y generar solidaridad en este sector poblacional.

En ese sentido, la Proclamación sobre el Envejecimiento de la ONU es un documento que establece principios y valores fundamentales relacionados con el envejecimiento de la población y los derechos de las personas mayores. Aunque tiene una característica de derecho blando sirve como parámetro y directriz para la comunidad internacional y genera acciones enfocadas a la concientización de los temas que involucran al envejecimiento de la población²³.

22. *Ibid.*

23. Organización de las Naciones Unidas: *Proclamación sobre el Envejecimiento*, ONU, 2002. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/030/35/IMG/NR003035.pdf?OpenElement>, consultado el 26 de septiembre de 2023.

3. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos De las Personas Mayores de 2015

Desde un aspecto regional para el caso de México, se estableció la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Esta convención fue adoptada por la Organización de los Estados Americanos (OEA), que establece los derechos de las personas mayores en las Américas y busca garantizar su dignidad, autonomía y participación en la sociedad. Sin embargo, su objetivo es más amplio al afirmar que este instrumento tiene como finalidad “promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad”²⁴.

Este instrumento fue adoptado por el Senado mexicano el 13 de diciembre de 2022 a través de decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, lo que resulta un instrumento vinculante para el Estado mexicano teniendo que acatarlo, máxime que es un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos.²⁵

Es importante destacar que la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores es el primer tratado internacional específico en su tipo, centrado en la protección de los derechos de las personas mayores en una región geográfica específica. Por lo que los Estados miembros de la OEA que ratifican esta convención se comprometen a tomar medidas para asegurar que los derechos de las personas mayores sean respetados y protegidos en sus territorios.

4. Objetivos de desarrollo sostenible

Los objetivos de desarrollo sostenible dirigidos por la Organización de las Naciones Unidas son un conjunto de objetivos internacionales multidimensionales que tienen como finalidad “erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos como parte de una nueva agenda de desarrollo sostenible”²⁶. Se han plasmado un total de 17 objetivos dentro de los cuales se establecen metas específicas.

Para el caso de las personas adultas mayores podemos encontrar en su objetivo 10, denominado “reducción de las desigualdades”, metas enfocadas a este grupo vulnerable encaminadas a establecer su bienestar mediante el acceso a la atención

24. Organización Panamericana de la Salud: *La Convención Interamericana sobre en las Américas: situación y desafíos la protección de los derechos humanos de las personas mayores como herramienta para promover la década del envejecimiento saludable*, OPS, Washington, DC, 2023, p. 5.

25. Diario Oficial de la Federación: *DECRETO Promulgatorio de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada en Washington D.C., Estados Unidos de América, el quince de junio de dos mil quince*, Secretaría de Gobernación, 2023. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5686151&fecha=20/04/2023#gsc.tab=0, consultado el 28 de septiembre de 2023.

26. Organización de las Naciones Unidas: *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, OMU, Estados Unidos de América, 2022. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>, consultado el 28 de septiembre de 2023.

médica, la inclusión social y la igualdad de género. Ejemplo de ello es mediante empoderar y promover la inclusión social, económica y política de todas las edades.

Ciertamente, estos objetivos plasmados son compromisos de naturaleza de derecho blando, pese a ello, resultan ser compromisos pactados entre los Estados, por ende, ante la comunidad internacional y ante el principal organismo internacional.

Con base en lo anterior, los instrumentos internacionales antes mencionados tienen un marco semántico en común, buscar y garantizar que las personas adultas mayores gocen de igualdad de derechos y oportunidades, así como proteger su dignidad y bienestar en todas las etapas de la vida. Es necesario señalar que estos instrumentos pueden variar según las regiones y las organizaciones internacionales, pero todos comparten el objetivo de promover el respeto y la protección de los derechos de las personas adultas mayores y tener un impacto en los marcos nacionales, como lo es el caso de México.

IV. MECANISMOS DE PROTECCIÓN SOCIAL COMO UN ELEMENTO PARA ELEVAR LA CALIDAD DE VIDA DE LAS PERSONAS MAYORES

Desde una óptica macro, el Estado mexicano ha implementado acciones para garantizar la protección social a las personas adultas mayores en el país máxime para aquellas que carecen de algún mecanismo enfocado a su protección.

En ese sentido, se puede establecer que en la actualidad han tenido gran injerencia dos mecanismos de protección social, uno de ellos garantizado por la seguridad social a través de los seguros sociales y, el segundo, mediante la asistencia social.

Ahora bien, se debe de resaltar que ambos mecanismos tienen grandes diferencias, pues el primero de ellos es la herramienta ideal de la seguridad social que garantiza prestaciones en especie y económicas a la población derechohabiente que genera este derecho objetivo para reclamarlas.

Estas prestaciones que emanan de los seguros sociales resultan ser integrales y se pueden traducir en atención médica, hospitalaria, farmacéutica enfocadas a combatir la contingencia de la salud de la persona, la cual en esta etapa de la vida de la persona adulta mayor resulta ser trascendental. Asimismo, las prestaciones económicas que se ven traducidas en una pensión contributiva por cesantía avanzada o vejez protegen el ingreso económico de las personas adultas mayores que dejen de laborar.

Por otro lado, la protección social que emana de la asistencia social tiene un rol diferente, ya que en México esta herramienta se ve materializada en programas asistenciales y las prestaciones que emanan de este medio solo se enfocan en atender la contingencia que se presente garantizando una prestación que se estipule en la regla operacional del programa para la población objetiva señalada. Por ende, estas prestaciones no son integrales, tienden a ser cambiantes conforme a los gobiernos en turno e incluso a desaparecer, asimismo, carecen de exigibilidad jurídica, pues al no ser prestaciones contributivas (como los seguros sociales) no se genera el vínculo de la exigibilidad.

En ese contexto, se desarrollan las dos herramientas que garantizan protección social a las personas adultas mayores en México, dando comienzo por el seguro social seguido de la asistencia social.

A. Prestaciones de los seguros sociales

Primeramente, se debe señalar que el análisis de las prestaciones del seguro social se hará con base en aquellas que emanan del Instituto Mexicano del Seguro Social²⁷ (IMSS)²⁸ tomando en consideración que es el seguro social que tiene la cobertura mayor de personas en el país.

Dicho lo anterior, se analizan dos ramas del seguro social: la primera, denominada “Enfermedad y maternidad” que garantiza las prestaciones en especie; y la segunda, la rama de “Cesantía en edad avanzada vejez y retiro” que garantiza el ingreso económico a través de una pensión.

1. Seguro de enfermedad y maternidad

El IMSS contempla cinco ramas dentro del seguro social, cada una de ellas protege contingencias específicas. Estas ramas del seguro social son:

- a) Enfermedad y maternidad
- b) Riesgos de trabajo
- c) Invalidez y vida
- d) Guarderías y prestaciones sociales
- e) Cesantía en edad avanzada vejez y retiro

Para el caso que nos ocupa, el seguro de enfermedad y maternidad otorga prestaciones en especie importantes para las personas adultas mayores, ya que una de las contingencias que protege es procurar la salud de la persona al momento de que se presente la enfermedad. Estas prestaciones se encuentran materializadas mediante la atención médica, hospitalaria y farmacéutica de las personas.

En ese contexto, las prestaciones que emanan de este seguro son relevantes para sostener estándares de calidad de vida del grupo vulnerable tomando en consideración que en este ciclo de la vida las enfermedades suelen presentarse con mayor frecuencia a este grupo poblacional. Asimismo, con base en la Organización Mundial de

27. Es la institución con mayor presencia en la atención a la salud y en la protección social de los mexicanos desde su fundación en 1943, para ello, combina la investigación y la práctica médica, con la administración de los recursos para el retiro de sus asegurados, para brindar tranquilidad y estabilidad a los trabajadores y sus familias, ante cualquiera de los riesgos especificados en la Ley del Seguro Social. Hoy en día, más de la mitad de la población mexicana, tiene algo que ver con el Instituto, hasta ahora, la más grande en su género en América Latina. IMSS: *Conoce IMSS*, 2023. Disponible en: <http://www.imss.gob.mx/conoce-al-imss>, consultado el 28 de septiembre de 2023.

28. A partir de este momento se usará las siglas IMSS para referirse al Instituto Mexicano del Seguro Social.

la Salud, refiere que “la vejez se caracteriza también por la aparición de varios estados de salud complejos que se conocen habitualmente por el nombre de síndromes geriátricos. (...) la fragilidad, la incontinencia urinaria, las caídas, los estados delirantes”²⁹ son algunos padecimientos más comunes de la propia vejez.

En ese sentido, para poder atender estos padecimientos la rama de enfermedad del seguro social contempla la protección integral a través de las prestaciones antes mencionadas, por lo que la atención a la salud a través de un seguro social es importante y muy diferente a aquellas que devienen de un programa asistencial³⁰.

La problemática que se presenta es que, para poder tener derecho a las prestaciones de este seguro, es necesario ser derechohabiente del IMSS y, para ello, la ley establece de una manera específica los requisitos para incorporarse al seguro social, dentro de las cuales radica en tener una relación de trabajo formal.

Con base en datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía en su informe Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo para el segundo trimestre de 2023, en México la población ocupada era de 58 millones 521 mil personas, de las cuales 26 millones 228 mil se encontraban en la economía informal y el resto, 32 millones 293 mil, en la informalidad³¹, lo que refleja que el 55.18% de la población ocupada³² no se encuentra asegurada por algún seguro social y, por ende, carece de prestaciones en especie de la rama de enfermedad y maternidad.

Esta situación se complica al llegar a la etapa de la vejez puesto que al formar parte de la informalidad las personas adultas mayores no podrán contar con estas prestaciones en especie y peor, tampoco las de naturaleza económica que se garantizan por la rama de cesantía en edad avanzada vejez y retiro, misma que se desarrolla en el punto siguiente.

2. Seguro de cesantía en edad avanzada vejez y retiro

Este seguro perteneciente al IMSS tiene como finalidad garantizar prestaciones económicas que se ven reflejadas mediante una pensión por cesantía en edad avanzada o vejez. Para poder obtener esta prestación del seguro social la ley establece tres requisitos indispensables:

- a) Contar como mínimo 1000 semanas cotizadas ante el seguro (un aproximado de 20 años).

29. Organización Mundial de la Salud: “Envejecimiento y Salud”, [Who.int](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health), 1 de octubre de 2022. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>, consultado el 29 de septiembre de 2023.

30. En el punto de IMSS-BIENESTAR se abundará con mayor profundidad la diferencia entre prestaciones de salud de un seguro social y la asistencia social.

31. Cfr. Instituto Nacional de Estadística y Geografía: *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo para el segundo trimestre de 2023*, INEGI, 2023. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/enoe/15ymas/#tabulados>, consultado el 29 de septiembre de 2023.

32. *Idem*.

- b) Tener como mínimo 60 años para la pensión por cesantía o 65 años para la de vejez.
- c) No tener un trabajo remunerado.

El derecho a recibir la pensión, ya sea por cesantía o vejez, comenzará el día que el asegurado cumpla los requisitos previamente señalados y solicite ante el seguro social la concesión de pensión correspondiente.

Pareciera que esta prestación resulta ser fácil, sin embargo, se presentan complicaciones para su materialización efectiva para la población mexicana. Una de las principales problemáticas para que se haga realidad radicarán en lo siguiente:

- a) La población objetiva. Solo las personas que cumplan con los requisitos pueden acceder a ella, en específico, dar cumplimiento con las semanas cotizadas solicitadas. Esto se complica tomando en consideración con lo abordado en el punto anterior, pues más de la mitad de la población económica del país se encuentra en el sector informal, lo que implica que éstas no se encuentran cotizando ante un sistema de seguridad social por lo que al momento de llegar a la vejez no cumplen con los tiempos solicitados por el seguro social para obtener una pensión.
- b) Monto de la pensión. Actualmente en México el sistema de pensiones se rige por capitalización individual, esto quiere decir que, para tasificar el monto de la pensión por cesantía en edad avanzada o vejez, es necesario conocer el monto total del dinero ahorrado de las personas, el cual se ve reflejado en sus cuentas individuales, esto para poder estar en posibilidad de cuantificar la pensión correspondiente.

Ahora bien, el ahorro de cada una de las personas varía dependiendo del salario que ganen cada una de ellas, es decir, entre más ingreso ganen por concepto de salario mayor será el ahorro. En ese contexto, del total de las personas ocupadas en el país dentro del sector formal (al 2023) se reportó que perciben un ingreso que ronda entre uno y hasta dos salarios diarios (16 millones 285 mil personas) siendo el salario mínimo en México, al 2023, de \$207.44 pesos mexicanos (\$12.08 USD)³³, por lo que resulta ser insuficiente para que una persona al momento que llegue a la vejez pueda obtener una pensión suficiente para poder adquirir los bienes necesarios para su subsistencia, máxime que en la etapa de la vejez los gastos tienden a incrementar tomando en consideración las necesidades cambiantes en la etapa de la vida.

Por lo anterior, aunque las personas que cumplan con los requisitos para obtener esta pensión, la misma será raquítica tomando en consideración el bajo ahorro que

33. El tipo de cambio usado para este trabajo es de \$17.16 pesos mexicanos = 1 USD, datos a partir de Banco de México del 25 de septiembre de 2023. Disponible en: <https://www.banxico.org.mx/tipcamb/tipCamIHAction.do?idioma=sp&fechaInicial=dd/mm/aaaa&fechaFinal=dd/mm/aaaa&salida=HTML>, consultado el 25 de septiembre de 2023.

se logró durante su etapa productiva, influenciada por los bajos salarios que existen en México.

Con estas aseveraciones no se pretende establecer o enfocar de manera negativa a este seguro social, al contrario, se sostiene que los mecanismos de protección social que emanan de la seguridad social resultan ser los más eficaces máxime aquellos que devienen de los seguros sociales. Sin embargo, se debe de desarrollar una nueva estrategia en la que se priorice el fortalecimiento de los mismos y atender las causas preocupantes, como la informalidad, para que las personas puedan incorporarse a los seguros sociales en una etapa temprana y al momento de que lleguen a la etapa de la vejez puedan cubrir los requisitos solicitados por los seguros sociales para el otorgamiento de prestaciones en especie y económicas como la pensión por vejez.

B. Asistencia Social

Existen dos programas asistenciales insignia del gobierno mexicano en turno enfocados a garantizar protección social a través prestaciones no contributivas para las personas adultas mayores. Nos referimos al programa Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores y al IMSS-Bienestar, lo que anteriormente era conocido como el Seguro Popular.

1. Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores

A raíz de la reforma constitucional en su artículo cuarto y ante la necesidad de proteger a la población que no es beneficiada directamente por alguna institución en materia de seguridad social, nace el programa de asistencia social denominado Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores, que tiene como objetivo brindar protección social a través de una pensión no contributiva a toda la población adulta mayor de 65 años o más de edad, a través de una pensión económica equivalente a \$4,800 pesos mexicanos (\$279.72 USD) pagaderas de manera bimestral que se entrega de manera directa, sin intermediarios, a la población beneficiada.

Los principales requisitos para poder ser acreedor a esta pensión radicarán en:

- a) Tener 65 años o más de edad cumplidos dentro del bimestre de incorporación
- b) Ser mexicano o mexicana por nacimiento o naturalización con domicilio actual en la República Mexicana
- c) Acreditar la documentación como: acta de nacimiento, identificación, clave única de registro de población (CURP).³⁴

34. Programas para el Bienestar: *Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores*, Gobierno de México, 2023. Disponible en: <https://programasparaelbienestar.gob.mx/pension-bienestar-adultos-mayores/>, consultado el 29 de septiembre de 2023.

Para inicios de 2023, y con base en información de la Secretaría del Bienestar, institución encargada de direccionar este programa, estima que el padrón de beneficiarios rondaría en 11 millones 56 mil 534 personas para el primer semestre del año, beneficiando así a la mayor parte de la población adulta mayor del país.³⁵

Cabe recalcar que esta pensión se fija como un derecho constitucional, es decir, se otorga a toda la población adulta mayor que lo solicite y cumpla con los requisitos previamente señalados. Tomando en consideración lo anterior, se resalta que este programa genera un asistencialismo entre las personas pues al ser un derecho constitucional cualquiera puede acceder a la misma sin la necesidad de que en realidad lo requiera, lo cual transgrede los principios de la asistencia social radicados en la atención a grupos vulnerables que necesiten dicha prestación, pues son carecientes de otros mecanismos de protección social que en este caso garanticen el ingreso económico.

Asimismo, al ser un programa asistencial tienden a ser un botín político para los gobiernos en turno ya que por desgracia es una manera para el convencimiento del voto de la población máxime para las personas adultas mayores, por su puesto, sin olvidar lo mencionado en la introducción del presente punto, pues al ser un programa asistencial resulta ser cambiante año con año y con base en la disponibilidad económica que se tenga. Pese a ser un derecho constitucional, la realidad es que la dirección del programa recaerá en las reglas operacionales, mismas que pueden ser cambiantes por el poder ejecutivo siendo posible la modificación de cuantías, tiempos de espera, periodos de pagos, entre otros.

Otra de las interrogantes que se plantea es si la cuantía entregada por este programa es suficiente para garantizar una calidad de vida ya que el costo de la canasta básica alimentaria y no alimentaria³⁶ por persona en México, a junio de 2023, fue de \$4,277.95 pesos mensuales³⁷ (\$249.29 USD) y la pensión no contributiva que otorga este programa es de \$ 2,400.00 pesos mensuales (\$139.86 USD), lo cual no permite satisfacer los elementos que contempla esta canasta.

En ese contexto, si bien es una acción que garantiza el ingreso económico a las personas adultas mayores, el hecho es que existen mecanismos más eficientes que gozan de certeza jurídica para la protección de este grupo vulnerable en contraposición a un programa de naturaleza asistencial, y peor, la prestación económica de este programa no garantiza esos estándares mínimos de calidad de vida por lo que es necesario replantear la eficacia de este programa.

35. Secretaría del Bienestar: "Comunicado 001: Pensión de personas adultas mayores aumenta a cuatro mil 800 pesos bimestrales: Ariadna Montiel", *Gobierno de México*, 2023. Disponible en: <https://www.gob.mx/bienestar/prensa/pension-de-personas-adultas-mayores-aumenta-a-cuatro-mil-800-pesos-bimestrales-ariadna-montiel>, consultado el 27 de septiembre de 2023.

36. La canasta básica alimentaria y no alimentaria generalmente se define como el conjunto de alimentos suficientes para satisfacer las necesidades de un hogar promedio, así como los servicios básicos de una persona como transporte, vivienda, educación, recreación, entre otros.

37. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social: *Líneas de pobreza por ingreso junio 2023*, CO-NEVAL, 2023. Disponible en: https://www.coneval.org.mx/Medicion/Documents/Lineas_de_Pobreza_por_Ingresos/Lineas_de_Pobreza_por_Ingresos_jun_2023.pdf, consultado el 29 de septiembre de 2023.

2. IMSS-Bienestar

En 1973, la Ley del Seguro Social sufrió una modificación para facultar al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) a extender su acción a núcleos de población sin capacidad contributiva, extrema pobreza y profunda marginación. Años más tarde, en 1979, surge el Programa IMSS-Coplamar (Coordinación General del Plan Nacional de Zonas Deprimidas y Grupos Marginados), extendiendo así los servicios de salud a todo el territorio nacional. IMSS-Bienestar suplió al programa de naturaleza asistencial conocido como seguro popular que era “un esquema de aseguramiento público en salud a través de afiliación voluntaria, dirigido a la población que no contaba con seguridad social vía una relación laboral, con el fin de disminuir sus gastos en salud”. Con base en estos antecedentes se estableció hoy en día el programa conocido como IMSS-Bienestar.

En ese contexto, este programa proporciona servicios de salud gratuitos a la población que no cuenta con seguridad social, aunque cabe mencionar que no niega la atención a la población que sí cuenta con un esquema de afiliación, vinculando dos componentes: la atención médica y la acción comunitaria³⁸. Con base en datos publicados en el portal del Padrón de Beneficiarios del IMSS-Bienestar al 2022, se cuenta con un total de 11 millones, 678 mil 723 beneficiarios en todo el territorio nacional.³⁹

Para la incorporación al IMSS-Bienestar, se establecen los siguientes requisitos:

- a) Clave Única de Registro de Población (CURP), original y copia
- b) De no contar con CURP, proporcionar original y copia de acta de nacimiento y comprobante de domicilio⁴⁰.

Una de las críticas a este programa es que no resultan ser claras las reglas bajo las cuales se rige ya que la cobertura que ofrece resulta ser limitativa, es decir, solo cubre determinados padecimientos, así como intervenciones y medicamentos, lo cual para una persona adulta mayor es preocupante pues en esta etapa de la vida la atención a la salud es una prioridad y debe materializarse de una manera integral.

Por supuesto, otro de los puntos a resaltar es que al no ser un seguro social las limitaciones que ofrece el mismo estarán a expensa de lo que establezcan los manuales de procedimiento y reglas operacionales y al tener una suerte extraña entre asistencia social fusionada con un seguro social no se establecen los alcances claros ni beneficios de este programa que garantiza prestaciones en especie dirigidas a la atención a la salud, lo cual resulta ser una problemática para este grupo vulnerable.

38. Instituto Mexicano del Seguro Social/IMSS-BIENESTAR: “Historia”, *Gobierno de México*, 2022. Disponible en: <http://www.imss.gob.mx/imss-bienestar>, consultado el 28 de septiembre de 2023.

39. IMSS-BIENESTAR: “Padrón de beneficiarios”, *Gobierno de México*, 2022. Disponible en: <http://www.imss.gob.mx/imss-bienestar/padron>, consultado el 28 de septiembre de 2023.

40. Instituto Mexicano del Seguro Social: “Consulta médica IMSS-BIENESTAR”, *Gobierno de México*, 2023. Disponible en: <http://www.imss.gob.mx/tramites/imss03021>, consultado el 28 de septiembre de 2023.

V. UTOPIA O REALIDAD: MÁS ALLÁ DE BUENAS INTENCIONES

Como se estableció en los puntos anteriores, México cuenta con un marco normativo fuerte, así como mecanismos de protección social enfocados a la protección de las personas adultas mayores. Estos materializados a través de prestaciones que emanan de seguros sociales y programas de naturaleza asistencial. Pese a ello, la gran interrogante que se plasma y que se analizó es que estos mecanismos de protección social resultan ser insuficientes para este grupo poblacional máxime si se observa desde dos ópticas:

- a) Protección social de los seguros sociales: sin duda alguna las prestaciones que derivan de los seguros sociales, como es el caso del Instituto Mexicano del seguro social, son prestaciones integrales que protegen a la población derechohabiente, en específico, a las personas adultas mayores a través de prestaciones en especie y económicas que tienden a proteger contingencias específicas y que, para el caso que nos ocupa, es la propia vejez.

La problemática que se presenta es que la gran mayoría de la población mexicana no se encuentra vinculada ante un seguro social, esto en gran medida por la falta de incorporarse a la economía formal impidiendo acceder a los seguros sociales establecidos en el país. Esta cuestión implica que la gran mayoría de las personas mexicanas no puedan acceder a prestaciones que emanan de esta herramienta de la seguridad social. Por la anterior, al momento de que se configura la vejez, las personas no podrán acceder a las prestaciones ya que durante su vida productiva no cotizaron al sistema de seguridad social, por lo tanto, no podrán lograr cubrir los requisitos enfocados a los tiempos de espera, semanas cotizadas para otorgarle las prestaciones en especie como la atención médica y hospitalaria que manan de la propia rama de enfermedad del seguro social, así como prestaciones en dinero como una pensión resaltando que "(...) el ingreso económico es más necesario en la vejez y en México pueden otorgarse por invalidez, vejez o cesantía en edad avanzada, mismas que protegen a los dependientes económicos de los trabajadores en caso de que éste muera"⁴¹. En ese tenor de ideas, ciertamente los seguros sociales son un mecanismo idóneo para la protección de las personas adultas mayores, sin embargo, la complejidad del sistema para incorporarse aún seguro social limita a las personas en garantizarles una calidad de vida a través de este mecanismo al momento de la configuración de la vejez.

- b) Protección social de la asistencia social: la asistencia social, como una de las herramientas de la seguridad social, tiene un objetivo específico: garantizar protección social a los grupos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Por la anterior, la asistencia social si bien es cierto resulta ser

41. Mendizábal Bermúdez, G.: "La importancia de los pisos de protección social para los adultos mayores en México", *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 9, núm. 2, 2019, p. 627.

para todos, pero la materialización y prioridad se encuentra direccionada para aquellos grupos que requieran la atención inmediata.

En ese contexto, la asistencia social en México resulta ser un pilar fundamental para generar u otorgar prestaciones que permitan combatir determinada contingencia. La crítica que se hace es que los programas enfocados a la protección de las personas adultas mayores no resultan ser eficaces para generar las condiciones de vida, pues como se comentó en el punto anterior, las prestaciones que derivan del programa pensión para adultos mayores no son suficientes para adquirir los productos de la canasta básica alimentaria y no alimentaria, por lo que al no obtener estos productos básicos *per se* la persona no podrá generar estándares de calidad de vida.

Pese a ello, se debe reconocer que la creación de una pensión universal en nuestro país es un avance para los derechos de las personas adultas mayores. Sin embargo, se debe de replantear si a través de estos programas se pretenden lograr la configuración de calidad de vida o simplemente las expectativas para los gobiernos en turno puesto que carecen de elementos indispensables para lograr este objetivo como su exigibilidad, ya que "la falta de exigibilidad jurídica de las prestaciones que materialicen los derechos sociales humanos como el derecho a la salud, a la educación y a la seguridad social"⁴² son limitantes para satisfacer una vida digna.

Por lo anteriormente expuesto, podemos concluir que en México la protección social para las personas adultas mayores se encuentra sumamente limitada, pues si bien es cierto que se han hecho esfuerzos para efectos de garantizar determinada protección social a través del otorgamiento de prestaciones diversas a este grupo vulnerable, pero la realidad demuestra que no han sido suficientes para poder otorgar lo que conocemos como calidad de vida, sino simplemente ha funcionado para establecer condiciones sostenibles para el desarrollo de la vida de las personas adultas mayores sin generar ese aspecto de calidad.

Con esto no se pretende denigrar las acciones actuales en materia de protección social en el país, lo que se pretende es hacer una reflexión y visibilizar las problemáticas que impiden que estos mecanismos puedan generar o cumplir el objetivo de otorgamiento de calidad de vida a las personas adultas mayores.

VI. A MANERA DE REFLEXIÓN

Las principales reflexiones que se desentrañan del presente trabajo giran en torno a los siguiente:

- a) México cuenta con un marco normativo nacional, reforzado con el internacional, que reconoce y garantiza los derechos de las personas adultas mayores

42. *Ibid.*

- por lo que desde un aspecto normativo existen bases sólidas para su protección, sin embargo, la materialización de este resulta un dilema pese a la existencia de instituciones tendientes a la protección de este grupo vulnerable, generando que en ocasiones la ley se quede solo en papel y no en la práctica.
- b) México ha centrado sus mecanismos de protección social para las personas adultas mayores a través de dos herramientas: los seguros sociales y la asistencia social, sin embargo, se ha enfocado a reforzar los programas asistenciales dejando fuera a los seguros sociales que desde una perspectiva internacional resultan ser la mejor herramienta de un sistema de seguridad social.
 - c) Los seguros sociales son pieza clave en la protección de las personas adultas mayores en nuestro país. Desafortunadamente, al estar laboralizada la seguridad social limita a la población mexicana a la incorporación a algún seguro social, por lo que resulta indispensable la reconfiguración de la norma para materializar a la seguridad social como un derecho humano eliminando requisitos como el trabajo formal para su incorporación.
 - d) La tendencia a un cambio demográfico exponencial hacia el envejecimiento poblacional a nivel mundial debe de ser una de las causas por las cuales los Estados, en específico el mexicano, busquen mecanismos eficaces de protección social para generar condiciones de calidad de vida de este grupo poblacional y no solo generar dádivas con fines distintos al mejoramiento de vida de las personas.
 - e) La creación de una pensión universal en nuestro país es un avance para los derechos de las personas adultas mayores. La crítica que se sostiene es que el monto de la pensión no contributiva generada por este programa no es suficiente para adquirir los elementos necesarios de la canasta básica alimentaria y no alimentaria de una persona, por ende, estas no podrán gozar de una calidad de vida.
 - f) El camino para la construcción sólida de los mecanismos de protección social de las personas adultas mayores en México aún es largo, ya que hay muchas acciones por realizar y retos por asumir. Ciertamente, existen las normas necesarias para su materialización, sin embargo, se encuentran ligadas a la voluntad política de los gobiernos en turno para ponerlas en acción y no quedar en una simple utopía normativa.

Fuentes consultadas

- Acevedo Alemán, J.: "Atención a los grupos vulnerables en México una tarea pendiente", *Tlatemoani: revista académica de investigación*, Vol. 14, núm. 42, 2023, p. 88-108. DOI: <https://doi.org/10.51896/tlatemoani/KOOS9824>
- Alvarado García, A.M.; Salazar Maya, A.M.: "Análisis del concepto de envejecimiento", *Gerokomos*, Vol. 25, núm. 2, 2014. pp. 57-62. DOI: <https://doi.org/10.4321/s1134-928x2014000200002>
- Bognar, G.: "The concept of quality of life", *Social Theory and Practice*, Vol. 31, núm. 4, 2005, pp. 561-580.

- Campbell, A; Converse, P.E.; Rodgers, W.L.: *The quality of American life: perceptions, evaluations, and satisfactions*, Russell Sage Foundation, New York, 1976.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social: *Líneas de pobreza por ingreso junio 2023*, CONEVAL, 2023. Disponible en: https://www.coneval.org.mx/Medicion/Documents/Lineas_de_Pobreza_por_Ingresos/Lineas_de_Pobreza_por_Ingresos_jun_2023.pdf, consultado el 29 de septiembre de 2023.
- Diario Oficial de la Federación: *DECRETO Promulgatorio de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada en Washington D.C., Estados Unidos de América, el quince de junio de dos mil quince*, Secretaría de Gobernación, 2023. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5686151&fecha=20/04/2023#gsc.tab=0, consultado el 28 de septiembre de 2023.
- Feito Grande, L.: "Vulnerabilidad", *Anales Sistema Sanitario de Navarra*, Vol. 30, núm. extraordinario 3, 2007, pp. 7-22.
- Foust Rodríguez, D.; Tetreault Weber, D.; Valencia Lomelí, E.: *Sistemas de Protección Social en América Latina y el Caribe*, CEPAL, Santiago de Chile, 2013.
- Fuertes Grábalos, E.; Plou LaFuente, P.; Gómez Bahillo, C.: "Desarrollo humano desde la perspectiva del crecimiento", *Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 23, núm. 4, 2017, pp. 81-97. DOI: <https://doi.org/10.31876/rsc.v23i4.25139>
- Gobierno de México: *Instituto Nacional de los Adultos Mayores*, INAPAM, 2018. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/169026/Tri_ptico_vuelta.pdf, consultado el 29 de septiembre de 2023.
- IMSS-BIENESTAR: "Padrón de beneficiarios", *Gobierno de México*, 2022. Disponible en: <http://www.imss.gob.mx/imss-bienestar/padron>, consultado el 28 de septiembre de 2023.
- IMSS: *Conoce IMSS*, 2023. Disponible en: <http://www.imss.gob.mx/conoce-al-imss>, consultado el 28 de septiembre de 2023.
- Instituto Mexicano del Seguro Social: "Consulta médica IMSS-BIENESTAR", *Gobierno de México*, 2023. Disponible en: <http://www.imss.gob.mx/tramites/imss03021>, consultado el 28 de septiembre de 2023.
- Instituto Mexicano del Seguro Social/IMSS-BIENESTAR: "Historia", *Gobierno de México*, 2022. Disponible en: <http://www.imss.gob.mx/imss-bienestar>, consultado el 28 de septiembre de 2023.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía: *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo para el segundo trimestre de 2023*, INEGI, 2023. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/enoe/15ymas/#tabulados>, consultado el 29 de septiembre de 2023.
- Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores: *Calidad de vida para un envejecimiento saludable*, Gobierno de México, 2021. Disponible en: [https://www.gob.mx/inapam/es/articulos/calidad-de-vida-para-un-envejecimiento-saludable?idiom=es#:~:text=De%20acuerdo%20con%20la%20OMS%20la%20calidad%20de%20vida%20es%3A&text=Es%20un%20concepto%20de%20amplio,%E2%80%9D%20\(OMS%2C%202002\)](https://www.gob.mx/inapam/es/articulos/calidad-de-vida-para-un-envejecimiento-saludable?idiom=es#:~:text=De%20acuerdo%20con%20la%20OMS%20la%20calidad%20de%20vida%20es%3A&text=Es%20un%20concepto%20de%20amplio,%E2%80%9D%20(OMS%2C%202002)), consultado el 27 de septiembre de 2023.
- Lawton, M.P.: "Quality of life in chronic illness", *Gerontology*, Vol. 45, núm. 4, 1999, pp. 181-183. DOI: <https://doi.org/10.1159/000022083>
- Mendizábal Bermúdez, G.: "La importancia de los pisos de protección social para los adultos mayores en México", *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 9, núm. 2, 2019, pp. 618-634. DOI: <https://doi.org/10.46661/lexsocial.4230>
- Naciones Unidas: *Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, 26 de julio a 6 de agosto de 1982, Viena*, ONU, 2020. Disponible en: <https://www.un.org/es/conferences/ageing/vienna1982>, consultado el 26 de septiembre de 2023.
- Organización de las Naciones Unidas: *Proclamación sobre el Envejecimiento*, ONU, 2002. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/030/35/IMG/NR003035.pdf?OpenElement>, consultado el 26 de septiembre de 2023

- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura: *Protección social*, FAO, Suiza, 2020. Disponible en: <https://www.fao.org/social-protection/overview/whatissp/es/>, consultado el 26 de septiembre de 2023.
- Organización de las Naciones Unidas: *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, ONU, Estados Unidos de América, 2022. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>, consultado el 28 de septiembre de 2023.
- Organización Internacional del Trabajo: *Protección social*, OIT, 2018. Disponible en: [https://www.ilo.org/mexico/areas-de-cooperaci%C3%B3n/WCMS_228737/lang-es/index.htm#:~:text=La%20protecci%C3%B3n%20social%20forma%20parte,trabajo\)%3B%20y%20promover%20la,](https://www.ilo.org/mexico/areas-de-cooperaci%C3%B3n/WCMS_228737/lang-es/index.htm#:~:text=La%20protecci%C3%B3n%20social%20forma%20parte,trabajo)%3B%20y%20promover%20la,) consultado el 13 de septiembre de 2023.
- Organización Mundial de la Salud.: "Envejecimiento activo: un marco político", *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, Vol. 37, núm. extraordinario 2, 2002, pp. 74-105.
- Organización Mundial de la Salud: "Envejecimiento y Salud", *Who.int*, 1 de octubre de 2022. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>, consultado el 29 de septiembre de 2023.
- Organización Panamericana de la Salud: *La Convención Interamericana sobre en las Américas: situación y desafíos la protección de los derechos humanos de las personas mayores como herramienta para promover la década del envejecimiento saludable*, OPS, Washington, DC, 2023. DOI: <https://doi.org/10.37774/9789275326947>
- Programas para el Bienestar: *Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores*, Gobierno de México, 2023. Disponible en: <https://programasparaelbienestar.gob.mx/pension-bienestar-adultos-mayores/>, consultado el 29 de septiembre de 2023.
- Secretaría del Bienestar: "Comunicado 001: Pensión de personas adultas mayores aumenta a cuatro mil 800 pesos bimestrales: Ariadna Montiel", *Gobierno de México*, 2023. Disponible en: <https://www.gob.mx/bienestar/prensa/pension-de-personas-adultas-mayores-aumenta-a-cuatro-mil-800-pesos-bimestrales-ariadna-montiel>, consultado el 27 de septiembre de 2023.
- Smith, K.W.; Avis, N.E.; Assmann, S.F.: "Distinguishing between quality of life and health status in quality of life research: A meta-analysis", *Quality of life research*, Vol. 8, núm. 5, 1999, pp. 447-459. DOI: <https://doi.org/10.1023/a:1008928518577>
- Universidad Nacional Autónoma de México: *Ciclo de vida humana*, Coordinación de Universidad Abierta Innovación Educativa y Educación a Distancia, 2020. Disponible en: [https://uapas1.bunam.unam.mx/ciencias/ciclo_de_vida_humana/#:~:text=Al%20conjunto%20de%20etapas%20o,cambios%20hormonales\)%20y%20a%20veces%20psicosociales%20,](https://uapas1.bunam.unam.mx/ciencias/ciclo_de_vida_humana/#:~:text=Al%20conjunto%20de%20etapas%20o,cambios%20hormonales)%20y%20a%20veces%20psicosociales%20,) consultado el 27 de septiembre de 2023.
- Varela Pinedo, L.F.: "Salud y calidad de vida en el adulto mayor", *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, Vol. 33, núm. 2, 2016, pp. 199-201. DOI: <https://doi.org/10.17843/rpmesp.2016.332.2196>



Evolución de la protección social y su adecuación en Nicaragua

SOCIAL PROTECTION EVOLUTION AND ITS ADEQUACY IN NICARAGUA

Luis Ernesto Alemán-Madrigal

Doctorando en Administración, hacienda y justicia en el Estado Social

Universidad de Salamanca

luis_e_aleman@usal.es  0000-0003-3318-6967

Recibido: 26.09.2023 | Aceptado: 09.10.2023

RESUMEN

Se analiza la evolución histórica de las distintas formas de protección social, a través de una síntesis de actualización bibliográfica, estableciendo las diferencias en las que se han organizado las respuestas a los diversos estados de necesidad, así como las tendencias que se perfilan.

Comprendida la evolución, se identifica como en Nicaragua se han protegidos las diversas necesidades y contingencias sociales, caracterizando de manera holística el régimen general actual del seguro social nicaragüense, lo que permite un conocimiento científico sobre la lógica bajo la cual se configura su sistema.

ABSTRACT

The historical evolution of the different forms of social protection is analyzed, through a synthesis of bibliographic update, establishing the differences in which the answers to the diverse states of need have been organized, as well as the trends that are outlined.

Once the evolution is understood, it is identified how in Nicaragua the diverse needs and social contingencies have been protected, characterizing in a holistic way the current general regime of the Nicaraguan social security system, which allows a scientific knowledge about how its system is configured.

PALABRAS CLAVE

Seguro social
Seguridad social
Protección social
Nicaragua

KEYWORDS

Social security
Pensions
Welfare state
Nicaragua

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. PRIMERAS MEDIDAS DE PREVISIÓN SOCIAL
 - A. Antigüedad
 - B. Edad Media
 - C. Primeras teorías
- III. LOS SEGUROS SOCIALES
 - A. La extensión a América Latina
- IV. LAS POLÍTICAS DE SEGURIDAD SOCIAL
 - A. La ley estadounidense de seguridad social
 - B. El informe de Beveridge
- V. LA PROTECCIÓN SOCIAL
 - A. ¿Es una extensión al Estado Social o al Estado de Bienestar?
 - B. La recomendación N°. 202 de la Organización Internacional del Trabajo
- VI. LA PROTECCIÓN SOCIAL EN NICARAGUA
 - A. Primeras formas de protección social
 - B. La Ley Orgánica de Seguridad Social
 - C. La década de los ochentas y noventas
 - D. Los intentos de reforma al sistema
 - E. Actualidad del régimen general del seguro social
- VII. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Investigar, analizar y sintetizar la evolución de las distintas formas de protección social es una labor titánica. Se podrían llenar muchos folios en la reconstrucción de antecedentes históricos, rememorando las dramáticas situaciones humanas que inspiraron las diversas formas de protección. Desarrollar todo este proceso con implicancias históricas, filosóficas, económicas, políticas, sociales, etc., en un plano internacional y adecuarlo a un contexto nacional suena pretencioso y muy difícil de alcanzar.

La ausencia de bases teóricas que permitan comprender la evolución de la protección social en Nicaragua provoca que, en nuestro contexto jurídico, se desconozca el porqué de la configuración actual del sistema de protección social, lo que genera limitantes en la comprensión del ámbito de aplicación, la acción protectora, el régimen económico financiero y la organización institucional del régimen general del seguro social.

Con la investigación se pretende establecer las marcadas diferencias que han existido en cuanto a la protección de las diferentes necesidades y contingencias sociales a las que la humanidad se ha enfrentado, mostrando el contexto que ha motivado los diversos estados de protección, como han ido evolucionado y como se han adecuado en nuestro país.

Poder diferenciar entre las primeras formas de previsión social, el seguro social, la seguridad social y los pisos de protección social, permite la comprensión de la configuración del seguro social nicaragüense, lo que posibilita un análisis integral de las

motivaciones del sistema en proteger a un determinado sector de la población, en otorgar determinados beneficios económicos, en entender la justificación de los requisitos para acceder a las prestaciones económicas, sanitarias o de servicio, en identificar el fundamento de la gestión en una sola institución y de inferir el porqué de sus fuentes de financiamiento; sobre todo, hace reflexionar en cuanto a la vigencia del artículo 61 de la *Constitución Política de la República de Nicaragua* (1987)¹ que establece: “El Estado garantiza a los nicaragüenses el derecho a la seguridad social”, logrando brindar una respuesta integral al planteamiento ¿en Nicaragua existe un sistema de seguridad social o, por el contrario, un seguro social?

Se está ante una investigación del tipo teórica pues la evolución de las distintas formas de protección social no es percibida sensorialmente, sino a través de información abstracta condensada en axiomas lingüísticos, teniendo un enfoque eminentemente cualitativo, pues se persigue –a través de la sistematización las distintas formas de protección social– entender, evaluar, interpretar, comprender y destacar la forma en que se han dado respuestas a los distintos estados de necesidad del hombre. El alcance es descriptivo y explicativo, pues expone las características, propiedades y manifestaciones de las distintas formas de protección social. Dentro del ámbito de las investigaciones jurídicas, podemos ubicarla dentro de las dogmáticas, pues se agrupa y une de forma sistematizada los elementos doctrinarios, jurídicos y jurisprudenciales que permite desarrollar las distintas formas de protección social. Dentro de las distintas escuelas y clasificaciones, la dirección metódica de la investigación jurídica propuesta se regirá por el método lógico descomponiendo las distintas formas de protección social para luego recomponerlo logrando destacar las relaciones existentes entre todos sus componentes. La metodología a utilizar en correspondencia con el tipo, enfoque y alcance, será el análisis documental de las fuentes directas: libros, artículos de revistas, tesis doctorales, artículos periodísticos, conferencias, etc.

II. PRIMERAS MEDIDAS DE PREVISIÓN SOCIAL

La protección social, tal y como la conocemos en nuestro contexto, no se ha formado de manera espontánea, sino que es el resultado de una larga evolución histórica, como indica Nugent²: “La seguridad social es el resultado de un largo proceso histórico derivado del estado de inseguridad que vive el hombre, desde los albores de la humanidad.”

En la materia, hacer una reflexión de evolución del seguro social, o evolución de la seguridad social, no resulta del todo preciso, pues lo que ha acontecido son distintas

1. Constitución Política de la República de Nicaragua. Publicada con reformas incorporadas en La Gaceta Diario Oficial N°. 181 del 28 de septiembre del 2022.

2. Nugent, R.: “La seguridad social: su historia y sus fuentes”, en De Buen Lozano, N. y Morgado Valenzuela, E. (coords.): *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, p. 603.

formas de protección de las necesidades sociales³. La humanidad desde épocas remotas trata de dar solución a los distintos riesgos y contingencias sociales a los que los distintos grupos han enfrentado, dando solución de acuerdo a la realidad vivida en cada contexto histórico, riesgos y contingencias que continúan presentes y a los que el derecho da respuesta de distintas maneras, resultando más acertado hacer referencia a una evolución de la protección social como mecanismo utilizado a lo largo del tiempo para afrontar las necesidades sociales.

Con el ánimo de facilitar la sistematización de este complejísimo proceso histórico, podemos distinguir que la doctrina aceptada establece tres fases de las distintas formas de protección social:

1. Las primeras medidas de previsión social, desde sus orígenes hasta la aparición de los seguros sociales.
2. Los seguros sociales: nacimiento y desarrollo, desde el último tercio del siglo XIX hasta la configuración de los sistemas de seguridad social.
3. Los sistemas de seguridad social, a partir de la década de los años treinta hasta el momento actual.

Se podría decir que la idea de protección de las necesidades sociales ha estado presente desde que el hombre es hombre; desde que la humanidad se enfrenta a un mundo que no entiende y lo pone a prueba a través de situaciones que necesita prevenir; así encontramos que el hombre primitivo se vio acosado por fenómenos naturales estando expuesto a todos los riesgos inimaginables, superando tal condición hasta que comenzó a refugiarse en cavernas, a guardar alimentos para afrontar la escasez; descubrió la agricultura y comenzó a asentarse en lugares apropiados, de ahí, que las medidas de protección que se han venido adoptado a lo largo de la historia hayan sido extraordinariamente numerosas y diversas.

A. Antigüedad

Ejemplos inmediatos a las primeras medidas de protección social los encontramos como consecuencia de las historias judeo-cristinas, en las que sitúan el estado de inseguridad del hombre desde que fue expulsado del paraíso terrenal, así como las historias de José el Egipcio, que al organizar reservas cuantiosas de alimentos durante los siete años de abundancia consiguió su racional distribución en los siguientes siete años de escasez.

3. Las que desde un inicio necesitan diferenciarse de las contingencias sociales, las que pueden ser a) *materiales* y constituyen una antítesis de la seguridad económica. Estas se pueden dividir en regulares como: alimentación, vestido, alquiler, electricidad, gas, transporte, impuestos, tasas, etc.; e irregulares: las que están vinculadas a la familia (matrimonio, nacimiento, instrucción escolar, etc.) y a otros riesgos y eventualidades (enfermedad, accidentes, vejez, muerte, desocupación, etc.); b) *inmateriales*: cuya satisfacción depende de la escala de valores de cada persona en la vida (recreación, turismo, ocupación del tiempo libre y otros requerimientos que hacen a una mayor calidad de vida).

En las culturas del mundo antiguo, en Egipto se crearon instituciones de defensa y ayuda mutua que prestaban auxilio en casos de enfermedad, así como el servicio de salud pública financiada por impuestos especiales. En Babilonia se obligaba a los dueños de esclavos a pagar por los médicos que los atendían en casos de enfermedad. En Grecia los ciudadanos que no podían subvenir sus necesidades a causa de limitaciones físicas eran auxiliados, así como eran educados los hijos de quienes habían fallecido en guerra en defensa del Estado.

En las antiguas culturas americanas, en el imperio Tahuantinsuyo de los incas se garantizaba el derecho a la vida mediante la satisfacción plena de las necesidades físicas primordiales como: alimentación, vivienda, vestido y salud, lo que conllevaba a la supresión del hambre y la miseria, causados por las desigualdades sociales y por los efectos de la naturaleza incontrolables para el hombre⁴. Los ayllus –comunidad social de la región andina la que se asentó predominantemente en Bolivia y Perú– tenían un sentido comunitario inspirado en la solidaridad. Una vez cumplidas con sus labores comunes, se encargaban de los otros miembros que requerían ayuda. Los calpullis –versión azteca de los ayllus– también realizaban determinadas funciones de previsión, por ejemplo, cuando el jefe o cualquier miembro se enfermaba, sufría accidentes o recibía lesiones en guerra, tenía derecho a seguir percibiendo parte de los productos.

Las primeras medidas de protección social⁵ las encontramos en los *collegia*, surgidas en Roma durante el gobierno del Rey Numa, las que fueron fortalecidas por Servio Tulio, lográndose extender por muchas ciudades del mundo grecolatino. Los *collegia* eran asociaciones de artesanos con claros propósitos mutuales y con definido espíritu grupal. Se puede indicar que sus fines iniciales fueron religiosos, funerarios y de ayuda mutua⁶. Su constitución requería la unión de al menos tres individuos que, con aportaciones de entrada y periódicas, se comprometían a contribuir para formar el fondo común, el que se destinaba a sufragar los gastos de enterramiento del socio fallecido.

Las *guildas* tuvieron su origen en la concepción de los *collegia* y se extendieron principalmente en Gran Bretaña y los pueblos germanos. Fueron asociaciones de defensa y asistencia mutua unida por una fraternidad de combates. Por lo general se dividían en: religiosas o sociales, de mercaderes y de artesanos.

4. Pérez y Soto Domínguez, A. y Calderón Ossa, Y.A.: "El concepto de seguridad social: una aproximación a sus alcances y límites", *Iustitia*, núm. 10, 2012, p. 88.

5. Ruiz Moreno señala que la forma más antigua de protección social se encuentra en la ayuda mutua practicada en la estructura del seno familiar, la que se entregaba más por lazos sanguíneos que por intereses comunes: "Desde tiempos del hombre Neanderthal, del Homo Novus, del Cro-magnon al homo faber y/o economicus de Bergson y Waltras, la presencia de las enfermedades, el hambre, la inclemencia del medio, el pauperismo, la insalubridad y la ignorancia, han sido la esencia de la necesidad y el continente en el que interactúa las fuerzas sociales a favor y en contra de la inseguridad" (Ruiz Moreno, A.G.: *Nuevo derecho de la seguridad social*, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 56).

6. Posterior, los *collegia* se agruparon con el objetivo de competir con los mercados esclavistas, ya que los romanos no podían hacerse con mano de obra esclava, por la ruina a la que habían llegado producto de las extensas guerras contra los pueblos etruscos, sabinos, galos, samnitas, etc., lo que llevó al pequeño productor a vender sus tierras a los grandes propietarios, engrosándose la plebe, la que se dedicó a actividades urbanas y abandonó el mercado artesanal y la agricultura.

B. Edad Media

Durante la Edad Media⁷ la pobreza generada por las crisis agrarias, las epidemias, la falta de abastecimiento y las guerras, va a dar lugar a medidas de protección social diversas, comenzando con las corporaciones o gremios de artesanos, las que surgieron en Europa a partir del siglo XI. Las corporaciones eran organizaciones con un carácter proteccionista sobre sus afiliados, influían ante las regulaciones de los poderes públicos para que permitiesen el ejercicio de las distintas profesiones a los que no estuvieran vinculados a las corporaciones correspondientes.

Las cofradías,⁸ nacidas bajo el amparo de la Iglesia Católica en el siglo XIV⁹, tuvieron como fin la ayuda mutua y religiosa y se desarrollaron principalmente en España, teniendo su esplendor en el siglo XVIII. Con las aportaciones de los miembros constituidos por gremios, a través de cuotas pagadas en forma regular y periódicas, formaban reservas para sufragar gastos de aquellos que caían en desgracia, protegían a las viudas y huérfanos, y llegaron a fundar hospitales.

Las hermandades surgen en la segunda mitad del siglo XV, alcanzando su mayor esplendor en el siglo XVIII. Su organización fue similar al de las cofradías, diferenciándose de éstas porque eran más cerradas y había criterios de pertenencia al gremio. Se establecía para sus afiliados seguros de enfermedad, auxilio económico o asistencial, prestación en dinero dentro de ciertos plazos, seguro por invalidez y vejez, gastos de entierro y supervivencia. Existían dos clases: de enfermedad y de socorro por muerte.

C. Primeras teorías

En la Edad Moderna se da un salto cuantitativo y cualitativo en materia de previsión social. El fortalecimiento en Europa de la figura del Monarca absoluto, la aceptación

7. Durante la Baja Edad Media organizaciones privadas, religiosas y estatales comenzaron a proporcionar ayuda en dinero, productos o servicios a personas carentes de recursos para cubrir sus necesidades básicas a través de casas de caridad, asilos y conventos. En tanto, en la Plena Edad Media, el feudalismo se vio impotente en adoptar medidas de protección general; de hecho, el abuso de los señores feudales se vio en cierta forma frenado por la iglesia católica, la que con sus conventos y monasterios crearon establecimientos de socorro, enseñanza y servicio hospitalario (Ruiz Moreno, A.G.: *Nuevo derecho de la seguridad social*, ob. cit., pp. 57-58).

8. Las cofradías (cofradías religiosas benéficas, cofradías gremiales) eran constituidas por el acuerdo de sus socios fundadores y la protección que dispensaba tenía un carácter mixto: mutualista y asistencial. El primero, porque la protección se diluía entre los asociados; el segundo, porque éstos no tenían un derecho de protección sin más, sino únicamente un interés basado en el nivel de indigencia probado. Las necesidades protegidas procedían de enfermedad, cualquiera que fuera su causa, a la que correspondían prestaciones dinerarias, asistencia médico-farmacéutica por los cofrades sanitarios y hospitalización cuando era posible. También se considera merecedora de protección la vejez, el fallecimiento, la supervivencia de viudas y huérfanos, el paro, la dote matrimonial, la cautividad, etc. La financiación de tales prestaciones procedía de un fondo común integrado por las aportaciones de ingreso y por las aportaciones periódicas. El fondo común además era engrosado con las multas que la autoridad podía imponer a los cofrades por faltas cometidas contra la asociación.

9. Nugent las ubica en el siglo VIII, cuando Carlomagno dictaminó que cada parroquia debía sostener a sus pobres, viejos, enfermos sin trabajo y a los huérfanos, cuando no contaban con ayuda familiar. En 1601, Inglaterra establece un impuesto obligatorio a nivel nacional para cubrir esta asistencia parroquial; dos siglos más tarde, Dinamarca y Suecia adoptan medidas similares para asegurar la responsabilidad comunal (Nugent, R.: "La seguridad social: su historia y sus fuentes", ob. cit., pp. 604-605).

por parte de los teóricos de la época de la protección como una responsabilidad de la monarquía, y la necesidad real del apoyo del pueblo para consolidar su autoridad sobre la aún poderosa nobleza y la naciente burguesía, son factores que determinan que durante los siglos XVI, XVII y XVIII desde la autoridad pública sean diversas las medidas de protección social.

A pesar del desarrollo en Europa de una cierta política de asistencia pública, centrada esencialmente en la asistencia hospitalaria y en la superación de determinados estadios de pobreza a través de las organizaciones de carácter local, la protección fundamental de las necesidades sociales se realiza a través del principio mutualista (hermandades, montepíos)¹⁰ y de las primeras instituciones de ahorro popular (montes de piedad)¹¹.

A través del mutualismo se creaban asociaciones de determinadas colectividades para asumir ciertos riesgos y contingencias sociales como: vejez, invalidez, enfermedad y muerte, a través de las aportaciones de sus miembros. Su finalidad consistía en el reparto de cargas económicas entre los miembros de la mutualidad para afrontar de forma colectiva ciertos riesgos sociales compartidos por su vinculación al trabajo, el que podía afectar de manera individual a cualquiera de sus miembros. La comunidad en un principio tenía carácter obligatorio, pues la adscripción a la mutualidad era obligado a los que pertenecían al gremio, no obstante, con la desaparición de los regímenes gremiales y el paralelo desarrollo de la sociedad industrial de la mano del liberalismo económico, político y jurídico, influyeron en la creación de sociedades de socorro mutuos, una organización de naturaleza mutual con la diferencia de que su constitución obedecía a la libre decisión asociativa de los trabajadores.

En un principio, las mutualidades funcionaron de forma oculta cuando el derecho de asociación no existía y estaba prohibido por ley¹² hasta mediados del mismo siglo. En el mutualismo estaba ausente el propósito de lucro, inspirándose en el principio de solidaridad, el que sirve de base a lo que hoy se conoce como seguridad social.

A finales del siglo XIX hace su aparición el seguro privado –el que inicialmente en el siglo XIV fue ideado con el objetivo de proteger el trasiego marítimo de las mercancías de los comerciantes de Venecia– como consecuencia de la falta de capacidad de las

10. Instituidos y subvencionados económicamente por el propio Estado, trataban de proteger esencialmente las necesidades profesionales de altos ingresos –Militar, Ministerios, Reales Oficinas, Correos y Caminos, Real Armada, corregidores, Alcaldes Mayores, etc.- derivadas de la supervivencia (viudedad, orfandad).

11. Al respecto indican Martínez Abascal y Herrero Martín: “La morfología de las técnicas utilizadas por la protección social voluntaria transita a través de cuatro técnicas: el ahorro, la beneficencia, el mutualismo y el seguro privado. Aunque el rasgo general de todas ellas es la voluntariedad al ser la persona, individual o asociadamente considerada, quien opta por utilizar alguna de estas técnicas con finalidad preventiva o paliativa de ciertos rasgos sociales debe advertirse que de forma excepcional el mutualismo representa un carácter obligatorio en los momentos de su gestación durante el régimen gremial” (Martínez Abascal, V.A. y Herrero Martín, J.B.: *Curso de Derecho de la protección social*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 26).

12. “Estas sociedades de auxilio mutuo, aunque toleradas en algunos momentos, serán objeto de la prohibición general del asociacionismo que impone el pujante Estado liberal, en particular respecto de sociedades obreras, máxime teniendo en cuenta que, a partir de un cierto grado de desarrollo de la conciencia social de la clase trabajadora las mutualidades actuaban no sólo como un instrumento de ayuda mutua entre los asociados ante el infortunio sino también en condición de sociedades de resistencia, esto es, como formas iniciales de organización sindical del movimiento obrero” (Martínez y Herrero, *Curso de Derecho de la protección social*, ob. cit., p. 28).

asociaciones de socorros mutuos en atender con la amplitud requerida los riesgos y contingencias sociales. Consistía en una técnica primaria de autoprotección a través de un contrato de derecho privado que tenía por objetivo la cobertura ante determinados riesgos y contingencias de carácter social, en virtud del cual, mediante el pago de una prima estimada en función del riesgo asumido, la aseguradora se obligaba a pagar un determinado capital en el caso de producirse el evento incierto y futuro.

En la época liberal –donde la previsión contra los riesgos corre a cargo del individuo, quien si cae en desgracia es bajo su responsabilidad y falta de precaución– el ascenso de la burguesía, la exaltación de los principios individualistas, y el triunfo del liberalismo económico, abocan a la sociedad del siglo XIX a una total indefensión frente a las necesidades sociales. La obra de Adam Smith, *La riqueza de las naciones* (1776), no sólo constituye un método de análisis económico apoyado en el estudio de la libertad absoluta en la dinámica del mercado, sino una determinada concepción del papel del Estado –mínimo–, que desaconseja la intervención de la autoridad pública para evitar cualquier situación de necesidad social.

Para el liberalismo económico, la pobreza y las privaciones de las clases inferiores aparecen, pues, como un hecho inevitable y necesario, lo que determina que en este momento la protección de las necesidades sociales pasa única y exclusivamente por la previsión individual, es decir, por el ahorro de los individuos. Se produce así, a partir del siglo XVII, la creación de instituciones de ahorro popular: las cajas de ahorro (*Trustie savings banks, Caisses d'épargne*)¹³.

En la primera mitad del siglo XIX se comienza a poner de manifiesto la incapacidad del liberalismo económico para hacer frente a las necesidades sociales que planteaba la nueva sociedad industrial. Con la introducción de las máquinas, el trabajador se encontraba en absoluto desamparo frente a los riesgos y contingencias sociales, lo que derivó en la creación de dos clases antagónicas: la burguesía y el proletariado con su respectiva organización sindical¹⁴. Esta situación desemboca en la aparición de una nueva ideología basada en la primacía de los valores sociales sobre los individuales, constituyéndose una transformación radical del panorama político, social y económico: el socialismo. Esto nos traslada al último tercio del siglo XIX en Alemania, donde se sitúa el origen de los seguros sociales.

13. En 1778 se crea la caja de ahorros de Hamburgo, en 1786 se crea la de Oldemburgo, a la que le siguen cajas en: Berna, Basilea, Zúrich, Altona y Gotinga, etc.

14. La condena al liberalismo era entonces prácticamente unánime. Un par de ejemplos ilustran tal estado de las cosas: el *Manifiesto Comunista* y la Encíclica *Rerum Novarum*. Con las dos obras identificamos la condena al liberalismo, por un lado tenemos a Karl Marx, que con la publicación del *Manifiesto* en 1848 estableció la base doctrinal de los movimientos económicos, políticos y sociales que alentaban a la clase trabajadora a luchar contra la burguesía capitalista, bajo la frase: "Proletarios de todos los países, únense", en tanto, con la *Encíclica* expedida en 1891 por el Papa León XIII, se definió la posición de la Iglesia Católica frente a las cuestiones sociales, fijando los fundamentos del movimiento político demócrata-cristiano y estableciendo la condena que explotar la pobreza para lograr mayores lucros es contrario a todo derecho divino y humano. Ambas obras, si bien surgidas en polos completamente opuestos, procuraban dar un trato justo y digno a la clase trabajadora y el cese a la explotación a la cual eran expuestos.

III. LOS SEGUROS SOCIALES

Los primeros seguros sociales aparecen en Alemania, bajo el patrocinio de Otto von Bismarck, como una nueva forma de protección social que relegaba al pasado el sistema tradicional de la ayuda en la pobreza, la beneficencia privada y pública. Se suele indicar, que su surgimiento viene determinado por los siguientes factores:

1. Consolidación política del Estado alemán bajo la dirección de Prusia. El liderazgo de la unificación alemana lo había ostentado la Monarquía prusiana (absolutista y antidemocrática) que contaba con la frontal oposición de la ascendente burguesía liberal. Para llevar a cabo su programa, Bismarck buscó el apoyo popular mediante la adopción de una completa legislación social (*sozialpolitik*¹⁵).
2. Alemania gozaba de una importante tradición intervencionista, tradición que se vivió por primera vez durante la revolución de los años 1848-1849 en la forma de una política social activa con objeto de contrarrestar los peligros del pujante proletariado. En el año 1854 se aprueba la Ley sobre la Caja de Asistencia, disposición por la que se obligaba a los trabajadores y empresarios a efectuar aportaciones a una caja de enfermedad, precedente de la Ley del seguro de enfermedad del año 1883.
3. Las diversas corrientes del pensamiento alemán, lejos de la filosofía utilitarista imperante en Gran Bretaña y en otros países de Europa, fortalecen la primacía de los valores colectivos sobre los individuales, y la idea de que el Estado es el centro de poder de la sociedad, cuyos problemas son del propio Estado. Por el contrario, tanto en Francia como en el Reino Unido la fuerza del liberalismo político y económico, así como el convencimiento del individualismo, fue el motivo de la tardanza de la implantación de un régimen público de seguros sociales obligatorios.
4. La política proteccionista adoptada por Bismarck para proteger el trabajo nacional, como medio para solucionar la crisis económica y contribuir a la disminución del desempleo, dará lugar a una política fiscal como una técnica esencial para llevar a cabo un proyecto concreto de política social.

De cualquier manera, la principal causa que hace posible la puesta en marcha de los seguros sociales en Alemania es el temor a la destrucción del Estado y de la sociedad por el movimiento obrero socialista, concibiéndose la creación del seguro social como el instrumento adecuado para neutralizar dicho movimiento y para disponer de un arma política contra la burguesía liberal.

15. Palabra alemana utilizada para designar a un tipo de socialismo reformista que procuraba un cambio de tendencias en el pensamiento económico mundial, marcado por una mayor preocupación por lo social. No fue una nueva escuela de pensamiento, sino una tendencia de los investigadores en economía hacia la inserción de los problemas sociales dentro de las fórmulas económicas, cosa que no habían hecho los economistas clásicos.

El proceso legislativo impulsado por Bismarck comienza en 1883 y se desarrolla de la siguiente manera:

- a) 1883, ley del seguro de enfermedad, obligatorio para todos los obreros industriales cuya renta anual no sobrepasare los 2,000 marcos. Dos tercios de la cotización a cargo del obrero y el restante corresponde al empresario. Los beneficios dependían de la cuantía de cotización y de la entidad aseguradora. Entre las prestaciones otorgadas se encuentran la asistencia médica y farmacéutica por un período de 13 semanas y prestaciones económicas por el 50% del salario. Gestionado a través de instituciones autónomas controladas por el Estado. Se hizo extensivo a los trabajadores de la agricultura el 05 de mayo de 1886 y a los trabajadores en transporte el 10 de abril de 1892.
- b) 1884, ley del seguro de accidentes de trabajo, de previo regulada, sin embargo, se mejora al eliminar el sentido de responsabilidad por culpa, es decir, se consagra la teoría de la responsabilidad objetiva de los accidentes de trabajo. La cotización corre íntegramente a cargo de la empresa. En caso de incapacidad total, el trabajador percibía una renta equivalente al 66% del salario. En caso de fallecimiento, la viuda cobraría un 20% más el 15% por cada hijo menor de 15 años.
- c) 1889, leyes de los seguros de invalidez y vejez, reformada en 1899, financiado por medio de un seguro fijo del Estado, más cotizaciones obreras-patronales que podían ser variables. Las pensiones tenían un mínimo fijo más un complemento variable. La obligatoriedad del seguro se estableció para los obreros cuyos salarios no sobrepasaren los 2,000 marcos anuales. La pensión de jubilación se concedía a partir de los 70 años y su cuantía era proporcional a las cotizaciones del asegurado.
- d) 1911, ley del seguro de viudedad y del seguro de orfandad: dándose cobertura integral a los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

En 1912 se expide el Código de Seguros Sociales, en el que se estructura el sistema bismarckiano de los seguros sociales con las siguientes características:

- Por su obligatoriedad.
- Ámbito subjetivo originario muy limitado, solo afectaba a los trabajadores industriales, sobre todo a los obreros, por tanto, era un sistema laboralista.
- La carga financiera se reparte entre los empleadores y los asegurados, añadiéndose en ocasiones una subvención del Estado a esas cotizaciones.
- Es un sistema causal, atiende a los riesgos y causas del infortunio; de tipo reparador el que trata de suplir ante todo la pérdida salarial.
- Cada uno de los seguros cuenta con su propia estructura administrativa.

La característica principal del sistema ideado por Bismarck reside en trasladar al campo de los riesgos sociales la técnica de la operación del seguro privado¹⁶ (agrupación del riesgo y dispersión en el colectivo), con algunas originalidades:

- El seguro social es obligatorio, no como contrato forzoso legal (relación contractual que se forma bajo la coacción de la ley), sino como relación jurídica legal impuesta por vía de la autoridad.
- En el ámbito del seguro privado la prima es pagada por el suscriptor del seguro; en el seguro social, las cotizaciones se imponen a personas no protegidas –los empresarios– que pagan en razón de una deuda personal y que incluso están obligadas a pagar la cotización obrera por medio de retenciones salariales.
- El principio de proporcionalidad de la prima y el riesgo está excluido en el seguro social.
- La institución gestora de los seguros sociales no lleva a cabo ninguna selección de riesgo.
- El seguro social practica la compensación de riesgos en el marco nacional. Por el contrario, el seguro privado desemboca a través del juego del reaseguro en una dispersión de riesgos en el ámbito internacional.

A. La extensión a América Latina

Entre las dos guerras mundiales, el seguro social deja de ser una institución europea. Contrariamente a lo que en un principio pudiera pensarse, no es en los Estados Unidos donde el sistema de seguros sociales se introduce con mayor facilidad, será en América Latina. Su aparición se ve marcada por una serie de dificultades: escaso desarrollo industrial, dispersión de la población, problema en las comunicaciones, dificultad de acceso a determinados sectores de la población que habitan en zonas a las que el seguro social no podía llegar, etc.

16. Así lo desarrolla Vicente Palacio: “El momento clave en la aparición de los sistemas de seguridad social del tipo contributivo es el momento en el que se decide convertir los riesgos sociales en riesgos susceptibles de aseguramiento a través de la técnica jurídica del seguro de igual manera o cualesquiera otros riesgos individuales. Hasta entonces, las técnicas anteriores (familia, beneficencia, ahorro individual), habían sido claramente insuficientes para reparar estado de necesidad de cierta entidad y duración. Mediante el seguro, que se base en cálculos matemático-actuariales, se produce una dilución de los riesgos y un reparto del coste económico entre los sujetos implicados en esa relación jurídica obligatoria: el asegurador: en estos primeros momentos una compañía de seguros de naturaleza privada, cobra las primas del seguro, que son abonadas por el tomador del seguro –el empresario– y en menor medida por el asegurado: el trabajador. Se aplica pues, la técnica del seguro a favor de terceros, en virtud de una previa responsabilización objetiva del empresario basada en la teoría del riesgo de empresa, en un primer momento únicamente frente al accidente de trabajo y la enfermedad profesional y posteriormente, y haciendo coparticipe [sic] en la financiación al trabajador, frente a otros riesgos: la vejez, la invalidez, la muerte y supervivencia, la enfermedad, etc.” (Vicente Palacio, A.: “Concepto. Formación histórica. Fuentes reguladoras. Estructura del sistema español de seguridad social”, en García Ninet, J.I.; Vicente Palacio, A.; García Viña, J. (dirs.): *Manual básico de seguridad social*, Atelier, Barcelona, 2019, p. 24).

Será Chile quien inaugure la política de seguros sociales en 1925, con la creación de los seguros de: enfermedad, maternidad e invalidez estableciendo un ahorro obligatorio para sustituir al seguro de vejez. Brasil con la Ley Eloi Chávez en 1923 crea su primera norma de previsión social, estableciendo cajas de jubilación para los trabajadores del ferrocarril, las que protegían contra las contingencias derivadas de la invalidez por accidente de trabajo, por tiempo de trabajo, por muerte y por asistencia médica. Podría considerarse la aparición de los seguros sociales a partir de 1930 cuando los derechos sociales fueron vinculados al mercado de trabajo formal con la creación de instituciones en dependencia de la actividad ocupacional. Perú, a través de la Ley N°. 8483 del 12 de agosto de 1936 crea el seguro social obligatorio, el que tenía por finalidad cubrir los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte de la clase obrera, conociéndose como seguro obrero.

En una línea de tiempo, los seguros sociales en el resto del continente van apareciendo en:

- Venezuela a partir de 1940 con la Ley del Seguro Social Obligatorio y la puesta en marcha del Instituto Central de los Seguros Sociales en 1944¹⁷.
- Costa Rica, con la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social en noviembre de 1941, es la primera nación en Centro América que instaura un sistema tripartito de solidaridad con los que se desarrollan los seguros de enfermedad y maternidad, invalidez, vejez y muerte.
- México, con la publicación de la Ley de Seguridad Social el 19 de enero de 1943 –aprobada por el Congreso en diciembre de 1942– con la que se apelaba a la asistencia médica, los servicios sociales y la protección ante las contingencias del trabajo a través del seguro social, creándose para ello el Instituto Mexicano del Seguro social.
- Paraguay, con la entrada en vigencia del Decreto-Ley N°. 17071 del 18 de febrero de 1943, a través del cual se creaba el Instituto de Previsión Social y con el que se garantizaban a los asegurados los beneficios de: asistencia médica, pensiones de invalidez, vejez y muerte, prestaciones por maternidad, etc.
- Colombia en 1945 crea la Caja Nacional de Previsión del Sistema de Seguridad Social y en 1946 se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, entidad que cubría la seguridad social de los trabajadores del sector privado.
- Bolivia, con la entrada en vigencia de Ley General del Seguro Social el 23 de diciembre de 1949, con la que se establece los principios de un régimen general de seguros sociales obligatorios.

17. Por el contrario, Bárbara Rodríguez sitúa en fecha anterior el origen de los seguros sociales en Venezuela: “Podría considerarse el 26 de junio de 1928, como la fecha que se instituyen las primeras reivindicaciones en materia de seguridad social en Venezuela, a derogarse la Ley de Talleres y Establecimientos Públicos de 1917 y la unificación de las Leyes y Ordenanzas que en materia laboral se habían producido en el país” (Rodríguez, B.: “La seguridad social en Venezuela. Antecedentes, evolución e impacto económico, financiero y social”, *Gaceta Laboral*, Vol. 7, núm. 3, 2001, p. 347).

Tabla 1.

El progreso de la protección social en América Latina ¹⁸	
Países pioneros	En los que se pueden incluir a Argentina, Brasil, Chile, Cuba y Uruguay, quienes fueron los primeros en introducir el seguro social a inicios del siglo XX, caracterizándose por ser sistemas con una evolución rápida, con amplia cobertura, pero en forma estratificada y fragmentada ¹⁹ .
Países intermedios	Entre los que se incluyen Bolivia, Colombia, Costa Rica (el que por su amplia cobertura puede ser incluido en los países pioneros), Ecuador, México Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela. Estos países introducen sus sistemas a mediados del siglo XX, de una manera más unificada y menos estratificada, con una gran influencia del informe Beveridge en su gestión, aunque con una marcada menor cobertura que los países pioneros ²⁰ .
Países tardíos	Entre los que se incluye a Guatemala, El Salvador, Honduras, Haití, Nicaragua y República Dominicana, quienes crearon sus sistemas en la década de los 60's y 70's, siendo sistemas más unificados y con mayor uniformidad, pero con una marcada menor cobertura por las características estructurales de sus mercados de trabajo, donde la extensión del trabajo formal es más limitada que los grupos anteriores.

Fuente: Elaboración propia

IV. LAS POLÍTICAS DE SEGURIDAD SOCIAL

La seguridad social se concibe como: “parte de la ciencia política que, mediante adecuadas instituciones técnicas de ayuda, previsión y asistencia, tienen por fin defender o propulsar la paz y la prosperidad general de la sociedad a través del bienestar individual”²¹. Esta concepción de seguridad social estuvo presidida por la ley estadounidense de seguridad social de 14 de agosto de 1935, la ley de Nueva Zelanda en 1938, encontrando su máxima expresión en el informe Beveridge sobre el Seguro Nacional

18. Parafraseando a Bertranou, F.: *El futuro de la protección social en América Latina: reflexiones para los debates sobre el futuro del trabajo*, Informes Técnicos OIT Cono Sur, N°. 1, 2017, quien cita a Mesa-Lago (1978 y 2007).

19. Carmelo Mesa-Lago señala que los países estratificados que iniciaron la implementación de los sistemas de seguridad social en la década de 1920, lo hicieron de manera gradual y fragmentada, dando lugar a la creación de múltiples instituciones gestoras que protegían a diversos grupos a través de subsistemas con su propia legislación, administración, financiación y prestaciones. El Estado contribuía a la financiación de estos subsistemas mediante la creación de impuestos específicos o directamente desde los presupuestos. Progresivamente estos subsistemas incorporarían a grupos ocupacionales más amplios, con prestaciones más frágiles y requisitos de acceso a prestaciones más exigentes. El proceso de protección de estos subsistemas por lo general seguía la siguiente pauta: aseguramiento de fuerzas armadas, empleados públicos, maestros, empleados y obreros del sector transporte, más tarde la masa de empleados y obreros urbanos, por último, trabajadores agrícolas y por cuenta propia, empresarios y servicio doméstico (Mesa-Lago, C.: *El desarrollo de la seguridad social en América Latina*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1985, p. 5).

20. Los países con sistemas unificados comenzaron la implementación de sus sistemas a partir de la década de 1940, influenciados por las tendencias emanadas de la OIT y del informe Beveridge. Estos países eran relativamente desarrollados, pero con una escasa progresión industrial, predominando el trabajo rural sobre el urbano. En estos países se creaba un instituto gestor del sistema encargado de cubrir a toda la población, aunque el sistema en un principio solo se encargara de proteger a la población de la capital y de las ciudades principales. Habrá que señalar que en estos países, antes de la implementación de una institución gestora, existían instituciones que protegían por lo general a los grupos más poderosos: fuerzas armadas, empleados públicos, maestros, trabajadores en energía y ferrocarriles (Mesa-Lago, C.: *El desarrollo de la seguridad social en América Latina*, ob. cit., p. 7).

21. Nugent, R.: “La seguridad social: su historia y sus fuentes”, ob. cit., p. 612.

en 1942²², es a partir de este informe en conjunto con las legislaciones nacionales y un movimiento internacional favorable que terminan por consolidar la política de seguridad social frente a los seguros sociales²³.

Las políticas de seguridad social no constituyen una simple prolongación de la política de seguros sociales²⁴, están presididas por la idea de solidaridad social (cobertura general de los riesgos en favor de toda la población) realizada a través de la redistribución de la renta nacional, es decir, constituyen un servicio público de finalidad social.

22. Martínez Abascal y Herrero Martín –coincidiendo en varios puntos de los que consideramos la progresión lógica de la seguridad social– señalan que el desarrollo de la seguridad social tuvo lugar a inicios de la década de los veinte hasta los cuarenta, y que ese período de progresión puede estructurarse en: a) etapa preliminar: en donde la emergencia del sistema no responde a ningún plan y se produce de manera dispersa en algunos países, siendo las manifestaciones más prominentes la Constitución Mexicana de 1917 (que en su artículo 123.XXIX, reconoce la utilidad de la Ley del Seguro Social y ordena incluir los seguros de invalidez, vida, cesación involuntaria, enfermedades, accidentes y otros análogos), la Constitución de Weimar de 1919 que establece la creación de un sistema de seguros que procuren la conservación de la salud y la capacidad al trabajo, el Código del Trabajo Ruso de 1922 el que instaura un sistema con cobertura sistemática de diferentes riesgos sociales con financiación del Estado y el *New Deal* en 1929, instaurada como consecuencia de la crisis financiera desatada en Estados Unidos y expandida por el mundo, a través de ella, se establecieron un conjunto de medidas políticas, económicas y sociales que inauguraron el Estado de Bienestar, reformulando el capitalismo, sometiéndolo a mayor regulación y control de los poderes públicos, beneficiando el aumento del gasto social y redistribuyendo rentas; b) etapa propositiva: derivada de la Segunda Guerra Mundial, en un contexto conflictivo y con escasez de medios básicos de subsistencia, lo que se tradujo en la Gran Depresión de 1942, presentándose en este momento el informe de Beveridge, por último, se indica una c) etapa expansiva: inspirada por los resultados del informe de Beveridge y de los objetivos de la OIT (Martínez Abascal, V.A. y Herrero Martín, J.B.: *Curso de Derecho de la protección social*, ob. cit. pp. 32-36).

23. En Latinoamérica –y en España identificamos a Monereo Pérez, J.L.: “William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de seguridad social”, *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, núm. 4, 2015, p. 286–, se suele atribuir un primer uso del término “seguridad social” a Simón Bolívar en el discurso que tuvo lugar en el Congreso de Angostura en 1819, al exponer: “El sistema de gobierno más perfecto es aquél que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de seguridad política”. Una gran parte de ellos asume que Bolívar ejerce una especie de paternidad sobre este concepto, así Acevedo Tarazona afirma: “En el caso de Colombia y los países Bolivarianos una primigenia idea de la Seguridad Social se atribuye a Simón Bolívar en el discurso de Angostura” (Acevedo Tarazona, A.: “La seguridad social. Historia, marco normativo, principios y vislumbres de un Estado de Derecho en Colombia”, *Anuario de historia Regional y de las Fronteras*, Vol. 15, núm. 1, 2010, p. 196), postura seguida por el Tribunal Nacional Laboral de Apelación –máxima autoridad judicial en materia laboral y de seguridad social en Nicaragua– el que en sentencias 730/2019, considerando II, 109/2020, considerando II y 535/2020, considerando II, afirma: “EN LO QUE HACE A LA NATURALEZA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: Siempre en *[sic]* con este mismo análisis, tenemos que el Prócer de la Independencia y la integración latinoamericana Simón Bolívar, en el discurso de ANGOSTURA (15 de febrero de 1819) dijo: “...El sistema de gobierno más perfecto, es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política...”. Las ideas de Simón Bolívar, fueron expresadas 62 años antes que la Seguridad Social como tal hiciera su aparición en el mundo.” Contrario a la reflexión realizada por el Tribunal Nacional Laboral de Apelación, el enfoque utilizado por Bolívar poco tiene que ver con la concepción de seguridad social, pues Bolívar utilizó el término como contraposición a la inseguridad social generada por las crisis políticas de los pueblos de América Latina en la época, la que, combinada con la pobreza de esos tiempos, podría llevar a la población a situaciones de inseguridad social.

24. “Son evidentes las diferencias entre los seguros sociales obligatorios y la seguridad social. Mientras los primeros protegen a los trabajadores por cuenta ajena, la seguridad social nace con el propósito de amparar a toda la población. Asimismo, los seguros sociales protegen al trabajador contra determinados riesgos y contingencias sociales; en cambio, la seguridad social se estructura para cubrir todos los riesgos y contingencias a que están sujetos los miembros de una determinada colectividad...” (Nugent, R.: “La seguridad social: su historia y sus fuentes”, ob. cit., p. 612).

A. La Ley estadounidense de Seguridad Social

Como consecuencia de la Gran Depresión a nivel mundial, y con la finalidad de hacer frente a la crisis económica que azotó a los Estados Unidos, el presidente Franklin D. Roosevelt, el 14 de agosto de 1935, promulgó la *Social Security Act* con el objetivo de erradicar la miseria y evitar convulsiones sociales²⁵. Esta ley fue la primera en establecer la concepción integral de la seguridad social al utilizar todas las instituciones disponibles para lograr sus propósitos, entre los que se contaban: medidas contra la desocupación, asistencia a los económicamente débiles con preferencia a viudas, indigentes y ancianos y los seguros de invalidez, vejez, muerte y desempleo para los trabajadores en relación de dependencia.

Desde su entrada en vigencia, la ley sufrió diversas modificaciones, entre las que se destacan: la incorporación de las prestaciones por viudez en 1939 al modificar la naturaleza individualista del programa de ahorro a un sistema de seguridad social basado en la familia, incorporación de prestaciones no contributivas en 1950 a ex miembros de las fuerzas armadas y expansión a los trabajadores no cubiertos.

A través de la Ley Pública 734, el 28 de agosto de 1950, el presidente Harry S. Truman modifica la *Social Security Act*, estableciendo las siguientes novedades:

- Ampliación de los sujetos protegidos, incluyendo dentro del campo de protección a los trabajadores agrícolas, autónomos, domésticos, funcionarios, etc.
- Financiación típica de un sistema de seguro por medio de tasas sobre los salarios, su nivel repartido por igual entre empleador y asalariado, y con subvenciones federales concedidas por los Estados. La ideología del *Welfare State* hizo incluir un sistema de asistencia social en favor de los ancianos, ayuda a familias con hijos a cargo y a los ciegos necesitados.
- La Constitución estadounidense no incluye ni la asistencia ni la seguridad social como materias de competencia federal, lo que impide una legislación uniforme y aumenta la complejidad del sistema.

B. El Informe Beveridge

Contribuye a la difusión del término seguridad social y a la estructura de un sistema más avanzado, los planteamientos del economista inglés William Beveridge a través de su informe *Social Insurance and Allied Service* publicado el 20 de noviembre de 1942. Este informe es el resultado de la creación de una comisión por la Cámara de

25. De acuerdo a lo sugerido por Ora Dekornfeld, la idea de la seguridad social en Estados Unidos se fundamenta en el plan de jubilación ideado por el Doctor Francis Townsend quien redactó una propuesta para erradicar la pobreza en la vejez a través del "Plan Townsend" en 1930, con el que pretendía que aquellos mayores de 60 años deberían de recibir ingresos de parte del gobierno para jubilarse, un derecho que debía de ser para toda la población estadounidense, derecho que para ese entonces era exclusivo de los militares y luego fue extendido a trabajadores del ferrocarril o de las industrias, surgiendo todo un movimiento que llevó a la promulgación de la Ley de Seguridad Social (Klein, E. y Posner, J. (creads.): *El dinero, en pocas palabras*, Episodio 5, "Jubilación", 2011, en Netflix).

los Comunes de Inglaterra en junio de 1941, en la que se designó a Beveridge para presidirla, la que tenía como misión la redacción de un estudio de la situación de los sistemas de seguros sociales²⁶.

Las alternativas que el nuevo modelo inglés de seguridad social ofrecía respecto al sistema bismarckiano²⁷ eran:

- a) El modelo inglés descansaba su financiación ampliamente sobre recursos indiferenciados procedentes de los Presupuestos Generales del Estado, con los que había de atenderse a la carga creciente de la asistencia sanitaria y a la protección residual prestada por la asistencia social.
- b) El modelo beveridgeano se basa sobre cotizaciones uniformes para todos los asegurados otorgando prestaciones económicas uniformes; en tanto el modelo bismarckiano cobraba sobre cotizaciones diferenciadas según el volumen de rentas del asegurado, en consecuencia, otorgaba prestaciones en proporción a estas rentas.
- c) Asignaciones familiares complementarias de los salarios y prestaciones de seguridad social, financiadas por los impuestos generales invocando la solidaridad nacional.
- d) El modelo inglés preveía la existencia de una seguridad social voluntaria, concibiendo la obligatoria como nivel de subsistencia.
- e) El sistema del modelo de Beveridge manifiesta una tendencia hacia la universalización de la cobertura, de forma que abarque a toda la población por el simple hecho de ser ciudadano y no solo a quienes trabajasen en una empresa.
- f) Lleva implícita una tendencia hacia la unificación y homogeneidad de los riesgos objeto de cobertura; no solo de los sanitarios, sino también de los económicos. Se procura que con una única cotización se cubran todos los riesgos a través de una prestación mínima. Por el contrario, en el modelo de Bismarck se suelen diferenciar regímenes distintos para cada una de las contingencias protegidas.
- g) El modelo de Beveridge impone una administración del sistema pública con gestión unificada, mientras que el modelo bismarckiano hace posible la subsistencia de administraciones diferenciadas para cada riesgo y para colectivos diferenciados de cotizantes.

26. Señala Monereo Pérez, en cuanto al momento previo a la publicación del informe: "En el momento histórico previo a la elaboración del primer Informe Beveridge, lo que se apreciaba en el Reino Unido era la existencia de un heterogéneo y variado conjunto de prestaciones sociales (seguros sociales y seguridad social). Y resultaba evidente la necesidad de establecer no sólo un régimen de seguros sociales más equilibrado y racionalizado, sino de proceder a instaurar un sistema completo de Seguridad Social" (Monereo Pérez, J.L.: "William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de seguridad social", ob. cit., p. 281).

27. Para diferenciar más entre los dos modelos, nos señala Rodríguez Fernández que el modelo ideado por Beveridge es un seguro donde contribuyen el Estado y los individuos, los que tienen como principio fundamental una tarifa fija, es decir una renta fija que es percibida por los beneficiarios con independencia de cual sea el monto de los salarios percibidos, a diferencia del modelo alemán, en el que la prestación que se percibe guarda relación con los salarios o cotizaciones realizadas de forma previa (Rodríguez Fernández, M.L.: "Protección social para los trabajadores de la economía de plataforma: propuestas para aliviar su vulnerabilidad", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020, p. 170)

Beveridge en su referido informe plantea que ningún sistema de seguridad social puede ser satisfactorio sin el cumplimiento de tres supuestos:

1. Asignaciones por hijos hasta los 15 o 16 años siempre que estén cursando una educación a tiempo completo.
2. Servicio de salud y rehabilitación universales, esto es, la cura de enfermedad y restauración de la capacidad al trabajo disponibles para todos los miembros de la comunidad.
3. Mantenimiento del empleo con el fin de evitar el desempleo masivo.

Beveridge, basándose en estos supuestos, establece tres niveles de protección a los ciudadanos: seguro social (nivel contributivo y obligatorio), medio principal para atender las necesidades básicas; asistencia nacional (nivel no contributivo universal) proporcionada directamente por el Estado para casos especiales, previa comprobación de rentas; y seguro voluntario (nivel complementario privado y voluntario) para adiciones a las provisiones básicas, añadiendo como principios fundamentales de la seguridad social:

- Prestaciones y contribuciones uniformes.
- Unificación de gestión administrativa por razones de eficacia y economía.
- Suficiencia de las prestaciones tanto en cuantía como en duración.
- Amplitud en el ámbito de aplicación tanto en las personas protegidas como en los riesgos cubiertos.
- Clasificación del seguro de acuerdo a las distintas circunstancias de cada persona según ingresos y ocupaciones.

A este informe en materia de seguridad social hay que añadir un segundo informe dedicado a la política de pleno empleo apuntada por Beveridge como un instrumento esencial en el primer informe, y que fue publicado en 1944 bajo el título de *Full Employment in a Free Society*, a través del cual Beveridge plasma su preocupación en vencer los cinco enemigos del hombre: la miseria, la enfermedad, la ignorancia, la ociosidad y la insalubridad, lo que inspira su idea de sistema de seguridad social integral²⁸, para lo que es necesario superar el tradicional concepto de riesgo protegido, dando entrada a un concepto más indeterminado, el estado de necesidad.

El sistema británico ejercería una poderosa influencia tanto en los países de la *Commonwealth* como en los ordenamientos europeos, que apegados generalmente al sistema continental no dudan en acoger algunas de las ventajas del modelo beveridgeano.

28. Monereo Pérez nos indica que la característica principal del plan de seguridad social era: "un proyecto completo de seguros sociales. Abarca a todos los ciudadanos y no sólo a quienes trabajan para patrones. No se aplica exactamente de la misma manera a todos los ciudadanos...Pero todo el mundo estará asegurado por lo que todo el mundo necesita: pensiones de vejez, gastos de entierro, cuidados médicos. Y todo el mundo tendrá asegurados esos y todos los demás beneficios apropiados para él y su familia, por medio de una contribución única semanal pagada mediante un timbre de seguros" (Monereo Pérez, J.L.: "William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de seguridad social", ob. cit., p. 289).

De cualquier manera, conviene señalar que ningún sistema de seguridad social es hoy puramente bismarckiano o beveridgeano; ni siquiera en los países en que vieron la luz ambos modelos²⁹.

V. LA PROTECCIÓN SOCIAL

La solidaridad ha estado presente desde que la sociedad abandonó el liberalismo individual y se instauró la intervención del Estado ante la necesidad del hombre, por ello, la conceptualización jurídica de protección social obedece a “un ordenamiento integrado por un conjunto de principios y normas de carácter básicamente público, sostenidos por el principio de solidaridad, que regula la protección de determinadas situaciones de necesidad, individuales y colectivas, mediante prestaciones adecuadas y suficientes, dirigidas a prevenir, paliar o restaurar los efectos derivados de ciertos rasgos sociales en el marco de relaciones jurídicas que articulan aquella protección”³⁰.

La conceptualización de protección social³¹ es una definición con mayor acción protectora que los planteamientos realizados por Bismarck, situándose más en los lineamientos diseñados por Beveridge, no obstante, se debe hacer hincapié en que los planteamientos derivados por la protección social se corresponden más a un diseño instrumental de carácter internacional que a una realidad tangible nacional. Constituye una aspiración a un nuevo modelo protector que persigue alcanzar el ideal de protección Beveridgeano, sueño difícil de conseguir por la mayoría de los Estados, a

29. Así lo indican Tarrero Martos: “...lo cierto es que a día de hoy no se puede hablar de un sistema puro, puesto que la mayoría de ellos tienen aspectos de ambos, habiéndose establecido líneas de protección básica y universal en los sistemas de inspiración alemana y dándose más peso a la rama contributiva en los modelos nacidos al albur de las teorías de Beveridge. Así en los sistemas de corte continental, como pueden ser el español, el francés, el italiano o el mismo alemán, se han configurado prestaciones de naturaleza no contributiva, sufragadas con cargo a los impuestos, para paliar las situaciones de necesidad que se pueden producir por personas no trabajadores o con cortas carreras de cotización. Por si [*sic*] parte, en los sistemas anglosajones se ha incorporado la cotización de empresarios y trabajadores de cara a una mejora de su protección, así como a la cobertura de riesgos específicos de carácter eminentemente profesional” (Tarrero Martos, M.J.: “La agenda 2030 y la seguridad social”. Texto autoformativo: Curso agenda 2030 y la protección social en Iberoamérica. Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Madrid, 2020, p. 4); y Gil y Gil: “En general, los sistemas de Seguridad Social vigentes en los países desarrollados son mixtos, y contienen elementos de uno y otro modelo. En los sistemas mixtos, determinadas prestaciones (como la asistencia sanitaria o las pensiones no contributivas) se conceden por igual a todos los ciudadanos, o incluso a los extranjeros residentes, por el mero hecho de serlo; su concesión no requiere la existencia de determinados requisitos, o sólo precisa demostrar la situación de necesidad; la financiación corre exclusivamente a cargo del Estado. En cambio, otras prestaciones (como las pensiones contributivas) sólo se otorgan si existen ciertas cotizaciones previas, que resultan de la afiliación obligatoria al Sistema de Seguridad Social sobre la base del ejercicio de una actividad profesional; la cuantía de las prestaciones se halla en función de dichas cotizaciones, y el Estado sólo aporta directamente una parte de su financiación.” (Gil y Gil, J.L.: “El derecho a la seguridad social”, en Escobar Roca, G. (dir.): *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 1046-1047).

30. Martínez Abascal, V.A. y Herrero Martín, J.B.: *Curso de Derecho de la protección social*, ob. cit., p. 18.

31. Que a la vez no se debe confundir como sinónimo de previsión social, pues con esta definición –como se explicó en los primeros capítulos– se agrupan los medios a través de los cuales se anticipa al hecho de ocurrencia de la contingencia, distinguiéndose entre previsión individual (como podía ser el ahorro) y la previsión colectiva (mutualismo), distinguiéndose la previsión social de los otros medios de asistencia de la época porque en ella encontramos la técnica del seguro social como medio de protección frente a las contingencias sociales.

los que le resulta complejo en muchas ocasiones garantizar los beneficios establecidos en sus modelos.

Los continuos cambios en los modelos de producción a partir de la década de los setenta³² –los que inciden de manera directa en el empleo– y el aumento del gasto social en la mayoría de los países occidentales, han fomentado la crítica a los niveles de cobertura de parte de la seguridad social, la que es considerada insostenible para la mayoría de los Estados. Ante esta crítica³³, organismos como la Organización Internacional del Trabajo, en lo sucesivo OIT, advierten que la denominada crisis de la seguridad social no es consecuencia del aumento en el número de las pensiones, sino que su origen se encuentra en las bajas tasas de desarrollo económico y el desempleo. En consecuencia, la OIT ha venido reconociendo la relevancia de promover instituciones que faciliten la protección social que aseguren el trabajo decente, señalando la necesidad de realizar esta promoción en países en los que solo una minoría de la población tiene acceso a los niveles básicos de seguridad social. Es así que la OIT ha manifestado la necesidad de que sus Estados miembros asuman el concepto de pisos de protección social³⁴, entendido como: “un conjunto integrado de políticas sociales diseñado para garantizar a toda persona la seguridad de los ingresos y el acceso a los servicios sociales esenciales, prestando especial atención a los grupos vulnerables y protegiendo y empoderando a las personas a lo largo del ciclo de vida”³⁵.

32. Que, parafraseando a Álvarez del Cuvillo, son consecuencia de la crisis económica vivida en la misma década, la que influyó considerablemente en los mercados de trabajo y en los sistemas de protección social por los siguientes elementos: 1) consolidación masiva del desempleo: afectando la relación entre fuerzas de capital y trabajo en las sociedades más desarrolladas, situación que se ve agravada por la constante automatización de procesos que reducen la necesidad de mano de obra, 2) globalización o mundialización de la economía: derivada de un nuevo orden político mundial, el progreso de la tecnología y la liberalización de los mercados, lo que implicó un desarrollo exponencial de las relaciones de intercambio entre los Estados, entre ellas la movilización masiva de trabajadores y de capitales, 3) financiarización de la economía: predominio de los mercados de capital frente a los demás mercados, y 4) tercerización de la economía: se diluye la importancia de las grandes concentraciones de trabajadores en el mismo espacio físico y se incrementa la división del trabajo interempresarial a través de la externalización productiva, haciendo más difícil la organización de los trabajadores y modificando el control del trabajo (Álvarez del Cuvillo, A.: “La vigencia de las funciones históricas del Derecho del Trabajo en el siglo XXI”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho de Empleo*, Vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 31-32).

33. Puntualiza sobre estas críticas Bonilla García y Gruat: “se han criticado en función de criterios económicos por considerar que tienen efectos negativos en la globalidad del desempeño económico. Sus detractores argumentan que el costo es demasiado alto, pues supone una carga financiera que absorbe recursos estatales que podrían invertirse con mayor provecho en otros ámbitos prioritarios. También argumentan que dichas políticas constituyen un factor de disuasión en el mercado de trabajo, favorecen la dependencia del apoyo estatal socavan la ética laboral y obstaculizan el cambio estructural” (Bonilla García, A. y Gruat, J.V.: *Protección social: una inversión durante todo el ciclo de vida para propiciar la justicia social, reducir la pobreza y fomentar el desarrollo sostenible*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003, p. 1).

34. Concepto que apareció por primera vez en el informe “Por una globalización justa: crear oportunidades para todos” elaborado por la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización de la OIT en el año 2004. En el capítulo V del informe, dedicado a la importancia de crear una base socioeconómica, se enfatiza la importancia de garantizar la protección social y la seguridad básica en el proceso de globalización, convirtiendo el trabajo decente en un objetivo mundial. Para ello la Comisión recomendó: que los países elaboren políticas más sólidas para hacer frente a las tensiones sociales de la globalización, por lo que propone, aceptar un determinado nivel mínimo indiscutible de protección social como parte de la base socioeconómica de la economía global.

35. Organización Internacional del Trabajo: *Piso de Protección Social para una globalización equitativa e inclusiva*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2011, pp. xxiv-xxv.

Existe un cambio en el mundo contemporáneo impulsado por la Organización de Naciones Unidas y por la OIT en sustituir seguridad social por protección social –justificado por ser la respuesta a los problemas que la seguridad social no ha podido resolver–, el que va encaminado en garantizar a toda la población de un Estado: servicios básicos de salud, beneficios para familias pobres con niños, beneficios para ancianos y discapacitados pobres, y políticas para desempleados y trabajadores con ingresos insuficientes³⁶. La iniciativa de cambio se fundamenta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención sobre los Derechos del Niño, centrándose en dos componentes: a) servicios: uso de los servicios esenciales en el área geográfica (agua, saneamiento, nutrición adecuada, salud, educación, vivienda, etc.), y b) transferencias: sociales esenciales, monetarias o en especie a las poblaciones vulnerables y pobres, brindando una seguridad mínima de ingresos, sustento y salud, garantizando de esta manera el acceso a los niveles de servicio esenciales.

A través de la protección social se plantean cuatro garantías fundamentales (pisos) que protegen contra los principales riesgos a los que se está expuesto a lo largo del ciclo de la vida:

1. Servicios básicos de salud: contar con los fondos necesarios para hacer frente a las contingencias derivadas de la salud de las personas y contar con el acceso a servicios esenciales de atención, en el que se deberá incluir la atención a la salud materna.
2. Beneficios para familias pobres con niños: que todos los niños gocen de seguridad de ingresos, mediante prestaciones familiares las que pueden ser económicas o en especies, destinadas a facilitar el acceso a alimentación, educación y cuidados.
3. Política para desempleados y trabajadores con ingresos insuficientes: todos los residentes en capacidad de trabajo y que no puedan obtener los ingresos suficientes en los mercados de trabajo, se beneficien de un mínimo de seguridad de ingresos mediante regímenes de asistencia social, transferencias sociales o programas públicos de empleo.
4. Beneficios para ancianos y discapacitados pobres: que todos los residentes de edad avanzada o con discapacidades, en la medida que no puedan generar ingresos, disfruten de un nivel de seguridad de ingreso, mediante prestaciones económicas o en especies de vejez o invalidez.

Analizada la propuesta de pisos de protección social, contrastándola con los diversas propuestas que han existido para la protección de la sociedad, resulta bastante claro que no deberá de considerarse una fórmula mágica que resuelva las necesidades

36. Mendizábal Bermúdez, G.: "Piso de protección social y mujeres", en Kurczyn Villabos, P. (coord.): *Derechos Humanos en el trabajo y la seguridad social. Liber Amicorum: en homenaje al doctor Jorge Carpizo McGregor*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2014, pp. 281-301.

sociales del mundo³⁷, a la vez que su instauración dependerá de la viabilidad financiera de cada Estado. Por ello los pisos de protección estarán condicionados por las circunstancias de cada país, lo que se acopla con su naturaleza que establece, no son una receta universal, sino que representan lineamientos de políticas flexibles. Se trata de un enfoque nuevo e integral, centrado inicialmente en las prestaciones básicas, y concebido y elaborado sobre la base de las más recientes experiencias innovadoras.

A. ¿Es una extensión al Estado Social o al Estado de Bienestar?

Dadas las diferentes conceptualizaciones, las que se ubican en un tiempo determinado en la historia de la humanidad y obedecen a un contexto en específico, es conveniente diferenciar las políticas de protección social a las políticas garantizadas por el Estado de Bienestar, siendo menos aconsejable el ejercicio de cotejarlas con el Estado Social.

Comenzamos con el Estado Social, el que surge en Alemania a mediados del siglo XIX y se sustentaba en dos pilares: a) servicios públicos fundamentales a los que accedían los ciudadanos sin distinción, entre los que se encontraban: educación, energía, transportes, medicinas, comunicaciones y similares; y b) un estatuto social de trabajo y de la seguridad social el que era de orden público, integrado por un conjunto de reglas con autonomía a la voluntad de las partes de la relación laboral, organizando un esquema solidario frente a los riesgos de contingencia social que no solo cubriera a los trabajadores, sino a su familia³⁸.

Con el Estado Social existía una noción muy restrictiva de los servicios y beneficios económicos que el Estado debía a las personas, el cual se limitaba en particular a garantizar el seguro social, la salud y la educación. Posteriormente, con la creciente democratización de relaciones sociales, económicas y de poder, se va instaurando la idea de que la sociedad civil puede ser también deudora de derechos sociales a sectores de la población menos favorecidos, derechos como: "educación universal y gratuita, la salud universal y gratuita, la cultura como derecho social, el transporte masivo de poblaciones como derecho social, la vivienda como derecho social, la alimentación como garantía básica y derecho social, entre otros"³⁹.

El Estado de Bienestar nace en Estados Unidos en 1929 con el *New Deal*, como consecuencia de la crisis financiera a la que estaba sometida el país. Resulta complejo definirlo de una manera concreta, pues no se puede señalar determinado Estado

37. Existen voces que indican que con el piso de protección social se da un paso atrás ante la protección de los riesgos derivados de la vida, así Lavinas y Fonseca: "En otras palabras, el núcleo de la seguridad básica fue reformateado y se restringe casi exclusivamente a prestaciones médicas asociadas a ciertos servicios de salud, cuyo financiamiento y provisión pueden ser privados o públicos. En los documentos de la OIT acerca del piso de protección social, no hay una única referencia a que los servicios básicos de salud, por ejemplo, sean públicos, gratuitos y universales" (Lavinas, L. y Fonseca, A.: "Piso de protección social: pros y contras", *Brazilian Journal of Latin American Studies*, Vol. 14, núm. 26, 2015, p. 138).

38. Ruiz Moreno, A.G.: *Nuevo derecho de la seguridad social*, ob. cit., p. 70.

39. Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L.: "Estado de Bienestar Social: características generales, obstáculos y desafíos en América Latina", *e-Revista Internacional de la Protección social*, Vol. 6, núm. 1, 2021, p. 110.

de Bienestar, ya que cada país ha desarrollado su modelo, el cual, con el paso del tiempo, ha ido adquiriendo diferentes características propias en dependencia de la situación económica, cultural y demanda social. No obstante, haciendo una síntesis de las diferentes acepciones de la doctrina, podemos indicar que consiste en la intervención directa de los órganos del gobierno para imponer como política prioritaria el establecimiento de medidas económicas tendientes a favorecer a los sectores menos privilegiados.

Como se puede identificar, la instauración de pisos de protección social de parte de un Estado nos orienta a la posibilidad de que esa nación vaya encaminada en un futuro al establecimiento de las bases de un Estado de Bienestar, no obstante, de manera particular y en consonancia con los aportes realizados, considero que los pisos de protección social no son más que una reivindicación del Estado Social en el siglo XXI.

B. La recomendación N°. 202 de la Organización Internacional del Trabajo

Setenta años después de la adopción del Convenio N°. 102 de la OIT, “Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)”, la Conferencia Internacional del Trabajo, el 30 de mayo del 2012, aprobó un nuevo instrumento internacional en materia de protección social, la Recomendación N°. 202 de la OIT, “Recomendación de los Pisos de Protección Social”, la que tiene por objetivo: “orientar a los países miembros de la OIT para: a) establecer y mantener, según proceda, Pisos de Protección Social como un elemento fundamental de sus sistemas nacionales de seguridad social; y b) poner en práctica Pisos de Protección Social en el marco de estrategias de extensión de la seguridad social que garanticen progresivamente niveles más elevados de seguridad social para el mayor número de personas posible”⁴⁰.

La Recomendación prevé que por lo menos cuatro de las siguientes garantías deben de ser proporcionadas a todos los residentes y niños de las sociedades: 1) acceso universal a servicios esenciales de salud; 2) seguridad básica del ingreso para los niños; 3) seguridad básica del ingreso para personas en edad activa y que no puedan obtener ingresos suficientes, en casos de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez; y 4) seguridad básica del ingreso para las personas de edad.

La Recomendación establece que cada país definirá los niveles de protección adecuados según las circunstancias de cada nación, de modo que las prestaciones monetarias permitan una vida digna y que no existan barreras al acceso a servicios de salud esenciales. En cuanto a la financiación, la Recomendación indica que debe ser realizada con recursos nacionales, pues esa política no es sostenible a largo plazo con el uso de recursos externos, exceptuando aquellos países con un espacio fiscal no desarrollado, a los cuales se les permite el apoyo internacional para el lanzamiento de estos programas en tanto amplíen sus políticas fiscales.

40. Organización Internacional del Trabajo: *Recomendación N°. 202. Recomendación de los pisos de protección social*, 2012, p. 2.

Habrà que recalcar que, con la instauración de las políticas establecidas en la Recomendación, no se pretende sustituir los regímenes clásicos del seguro social o la seguridad social, lo que se procura es ampliar el rango de protección a los sectores a los cuales los regímenes tradicionalmente no dan cobertura⁴¹. Se busca introducir, sobre todo en los países con marcados sistemas con una cobertura formal de sus asalariados, regímenes de protección universal.

Expuesta la tendencia actual en materia de protección social, se identifica que su principal diferencia con la seguridad social radica en la exigibilidad jurídica. La seguridad social implica certeza en el otorgamiento de sus prestaciones, como bien indican Mendizábal y López: “seguridad mediante exigibilidad jurídica, materializada a través de las prestaciones de los seguros sociales, la protección social carece de ella, aunque se ha vuelto indispensable para dotar de servicios básicos a gran parte de la población sin cobertura”⁴². Todo esto hace reflexionar en la necesidad de mantener los derechos derivados de la seguridad social, por su garantía y espectro distinto al que otorga la protección social y entender esta como una medida de organismos internacionales a los países en crisis, pero una medida temporal, de lo contrario significaría perder la reivindicación de un derecho humano fundamental como lo es el derecho a la seguridad social.

VI. LA PROTECCIÓN SOCIAL EN NICARAGUA

Las influencias más remotas en la prevención las encontramos en los siglos XVI y XVII⁴³, cuando se dieron problemas de abastecimiento en las Colonias producto de la piratería y las continuas amenazas de las potencias enemigas de España, lo que favoreció la manufactura local, creciendo en las grandes ciudades los trabajadores independientes, los que se organizaron en gremios y comenzaron a reproducir las prácticas mutualistas, siendo las cofradías: “el órgano de expresión del gremio en América a la vez que el primer antecedente de las sociedades de socorros mutuos y de la previsión organizada por los grupos sociales”⁴⁴.

La protección social en América Latina, previo al siglo XIX, se dio a través de los siguientes medios:

41. Es una recomendación que fundamenta su aspiración en las Recomendaciones Nº. 67 “Recomendación sobre la seguridad de los medios de vida” y Nº. 69, “Recomendación sobre la asistencia médica” ambas de 1944, las que fueron pioneras en la constitución de sistemas integrales de seguridad social.

42. Mendizábal Bermúdez, G. y López Pérez, E.: “¿Nuevo modelo de seguridad social en el contexto de la industria 4.0?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, núm.1, 2018, p. 303.

43. Karlos Navarro, incluso señala con anterioridad el punto de partida: “Inspirados en la moral de los filósofos cristianos, los monarcas españoles se preocuparon por la situación de los indígenas, y tenían por principio fundamental la caridad, buscaron fomentar la asistencia Isabel La Católica, Carlos V y Felipe II, establecieron como fundamento de la política las obras de caridad. Así corresponde a Carlos V la siguiente Ley: “Encargamos y mandamos a nuestros virreyes, audiencias y gobernadores, que con especial cuidado provean que en todos los pueblos de españoles e Indios de sus provincias y jurisdicciones, se funden hospitales donde sean curados los pobres enfermos y se ejercite la caridad cristiana” (Navarro, K.: *La Seguridad Social en Nicaragua: Antecedentes Histórico-Jurídicos*, BITECSA, Managua, 2003).

44. García Jiménez, J.: *Seguridad Social, pobreza y sector informal en América Latina* [Tesis de Doctorado en Derecho], Universidad Complutense de Madrid, España, 1999, p. 37.

- Instituciones graciabiles: destinadas a socorrer a los servidores de la Corona a través de pensiones y jubilaciones.
- Instituciones benéficas-mutuales: tenían por objetivo la asistencia a los pobres y la ayuda recíproca entre los asociados, en este grupo se encuentran: cofradías, gremios, hermandades, etc.
- Instituciones indígenas: solidaridad y cooperativismo de los pueblos prehispánicos (cajas de comunidades, misiones).
- Instituciones oficiales: previsión para militares y funcionarios.
- Otras formas de protección social: sistemas de indemnización, subsidios por enfermedad y accidentes y asistencia médica de la población.

A. Primeras formas de protección social

La primera manifestación de protección social la encontramos en la época colonial a través de las acciones realizadas por los conventos y frailes, quienes en su labor del ejercicio apostólico: “alimentaban en sus conventos a muchos niños pobres que se dedicaban al estudio y servían varias cátedras en el Seminario y en casa de enseñanza de Granada”⁴⁵.

Después de todas las medidas de asistencia social brindadas por la Colonia, y las posteriores otorgadas por el Imperio, encontramos manifestaciones de protección social a los nicaragüenses afectados por la guerra civil de 1852, otorgando pensiones a favor de los inválidos de guerra y en 1858 a los hijos de los militares muertos.

El Ministerio de la Guerra en 1906, a través de Decreto, dispone pensiones a favor de los inválidos militares y montepíos, pensiones que inclusive estipulaban la forma en que serían calculadas⁴⁶. Luego, la Asamblea Nacional Constituyente (1912)⁴⁷, otorga una pensión vitalicia a todos los militares sobrevivientes de la campaña contra William Walker correspondiente a la mitad del sueldo que tenían de conformidad a su grado.

El antecedente más antiguo de participación por Nicaragua en actividades relacionadas con la seguridad social se encuentra en la suscripción de la Convención para unificar leyes protectoras de obreros y trabajadores el 07 de febrero de 1923⁴⁸. En esta Convención, en su artículo IV, se establecía que las Repúblicas contratantes deberían dictar leyes que:

45. Navarro, K.: *La Seguridad Social en Nicaragua: Antecedentes Histórico-Jurídicos*, ob. cit., p. 38.

46. Artículo 1 del Decreto. Publicado en La Gaceta Diario Oficial N°. 2992 del 16 de agosto de 1906. Nicaragua: “La pensión de inválido será la tercera parte del sueldo militar respectivo, y la de montepío la cuarta parte, excepto las de aquellos á [sic] quienes leyes especiales hubiesen asignado una cantidad mayor”.

47. Decreto. Publicado en La Gaceta Diario Oficial N°. 68 del 22 de marzo de 1912. Nicaragua.

48. Las llamadas Convenciones de Washington, publicadas en La Gaceta Diario Oficial N°. 90 al 113 del 25 de abril al 23 de mayo de 1923. Urcuyo, al respecto: “Nicaragua da sus primeros pasos en la formación de un sistema de seguridad social en la década de los 20, firmando en Washington un tratado en conjunto con el resto países centroamericanos. El tratado indicaba que había un compromiso de cada país por desarrollar programas de seguridad social” (Urcuyo, R.: *Políticas no Paramétricas para el Sistema de Pensiones de Nicaragua*, Banco Central de Nicaragua, Managua, 2009, p. 2).

- Establecieran un seguro obligatorio con financiamiento bipartito entre obreros y trabajadores con sus patrones o exclusivamente por patrones, garantizando a los trabajadores y familiares los medios para subsistir a las necesidades de: maternidad y enfermedad o inhabilitación permanente o accidental para el trabajo.
- Establecieran un sistema de seguros de vida para los trabajadores que se encontraran en las condiciones de: hombre casado o mujer casada si el marido tiene 60 años o incapacitado para el trabajo, tener hijos menores de 16 años o incapacitados para el trabajo, tener otros descendientes menos de 16 años o incapacitados que no tuvieran ascendientes más próximos que cuiden de ellos y tener ascendientes mayores de 60 años o inhabilitados para el trabajo.

A pesar de la firma de esta convención, no existió en el país la intención de llevar a cabo dichas disposiciones, pasando muchos años para que se comenzaran a sentar las bases para la creación de un sistema de seguridad social.

En 1924 se lleva a cabo el proceso electoral en el que es elegido constitucionalmente como presidente Carlos José Solórzano; para que dicho proceso se llevara a cabo, nicaragüenses fallecieron en la guerra constitucionalista. Por tal motivo, el Senado y la Cámara de Diputados a través de Decreto⁴⁹ en 1926, establecieron el pago para viudas, hijos menores, padres o madres (en ese orden de sucesión en caso de fallecimiento del pariente más cercano) de todos los que fallecieron a consecuencia del proceso de elección de una prestación económica al tanto alzado correspondiente a doscientos córdobas.

También en 1926, nuevamente a través de Decreto del Senado y la Cámara de Diputados⁵⁰, se protege a los profesores de instrucción primaria y maestros titulados de primaria en contra de la contingencia de enfermedades, a los que se les otorgaba una pensión vitalicia equivalente a la mitad del sueldo que percibían después de 10 años al servicio escolar de forma consecutiva. En caso de cumplir 15 años de servicios, la cuantía aumentaba a las tres cuartas partes, dejando la opción de que sí ya hubiesen cumplido 20 años al servicio y tenían 60 años de edad, podrían optar al retiro si así lo desearan. Esta jubilación por enfermedad, conforme el artículo 6 del mencionado Decreto, significaba el retiro absoluto del ejercicio del Magisterio, de manera que no gozarían de pensión en caso de ejercer su función.

Todas las pensiones descritas fueron suspendidas en 1929 producto del desorden que llevaban las oficinas fiscales en sus registros, oficina encargada del pago de las asignaciones. Así, el Senado y Cámara de Diputados establecieron⁵¹: "Dejar en suspenso todas las pensiones de inválidos, montepíos y jubilaciones hasta que cada una

49. Decreto. Publicado en La Gaceta Diario Oficial N°. 79 del 09 de abril de 1926. Nicaragua.

50. Decreto. Publicado en La Gaceta Diario Oficial N°. 248 del 27 de octubre de 1926. Nicaragua. Posteriormente reformada por Cartera de Instrucción Pública (1927) y El Senado y Cámara de Diputados de la República de Nicaragua (1929).

51. Artículo 1, de Decreto publicado en La Gaceta Diario Oficial N°. 217 del 28 de septiembre de 1929. Nicaragua.

de ellas haya sido revisada y clasificada por una Comisión que al efecto se instalará en esta capital, compuesta de tres miembros, un conservador y un liberal, designados por sus respectivas Juntas Directivas Nacionales y Legales, y un americano [sic], no nombrado por el Presidente de la República, quienes por el presente decreto quedan investidos de la facultad de cancelar, o modificar aquellas cédulas que por cualquier razón ya no tengas por qué estar vigentes, o deban modificarse, así como de rehabilitar todas las que estén libradas conforme a la ley, cuyos legítimos agraciados gozarán de ellas, inclusive el tiempo que dure la pensión temporal”.

En materia de riesgos de trabajo, se establece la primera medida de tipo ergonómica a favor de los trabajadores en 1936 a través del Decreto N°. 986⁵², emitido por la Presidencia de la República, en el que se estableció: “En los almacenes, tiendas, droguerías y demás establecimientos comerciales, el dueño o empresarios tendrían un número de sillas no inferior al cincuenta por ciento de sus dependientes o empleados a disposición de éstos”.

Una primera disposición completa en materia de protección social sería el Reglamento de Jubilaciones, Pensiones y Subsidios de Empleados y Obreros Ferroviarios⁵³, al contemplar:

Tabla 2.

Ámbito de aplicación	Acción Protectora	Régimen Económico Financiero	Organización Institucional
Empleados y obreros permanentes del servicio ferroviario de la Empresa del Ferrocarril del Pacífico.	<p>Asistencia Sanitaria: Subsidio por enfermedad o accidentes a causa de trabajo.</p> <p>Jubilaciones: <i>ordinaria:</i> 30 años de servicio, <i>invalidéz:</i> siempre que el trabajador se hubiere incapacitado a causa de trabajo, <i>retiro:</i> 10 años de servicio por despido y cumplido 60 años.</p> <p>Indemnizaciones: menos de 10 años de servicio con 50 años.</p> <p>Pensiones: viuda, hijos o padres de quienes tienen derecho a jubilación.</p>	<p>Sistema financiero: <i>capitalización individual</i>, se reconoce a cada contribuyente la propiedad de su fondo de retiro manejado por la caja.</p> <p>Fuentes de financiamiento: Contribuciones de la empresa, sueldo de los trabajadores, ventas de artículos abandonados en los ferrocarriles y no reclamados, colocación de fondos.</p>	Consejo de Administración de Caja.

Fuente: elaboración propia.

52. Decreto N°. 986. Publicado en La Gaceta Diario Oficial N°. 267 del 03 de diciembre de 1936. Nicaragua.

53. Reglamento de Jubilaciones, Pensiones y Subsidios de Empleados y Obreros Ferroviarios. Publicado en La Gaceta Diario Oficial N°. 244 del 31 de octubre de 1940. Managua.

Posterior encontramos el Código de Retiro y Pensiones de la Guardia Nacional de Nicaragua⁵⁴ (1949), como régimen especial:

Tabla 3.

Ámbito de aplicación	Acción Protectora	Régimen Económico Financiero	Organización Institucional
Militares y Beneficiarios	Retiros: forzosos (edad, servicios continuo e incapacidad) y voluntarios (militar de línea con 15 o más años de servicio.)	Reparto puro de gastos, financiado por los miembros del ejército.	Ejército.

Fuente: elaboración propia.

Como último antecedente de las primeras formas de protección social en el país encontramos el Reglamento de Fondos de Pensiones y Ahorros de los Empleados del Banco Nacional de Nicaragua⁵⁵:

Tabla 4.

Ámbito de aplicación	Acción Protectora	Régimen Económico Financiero	Organización Institucional
Empleados a servicio permanente del Banco.	Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte.	Sistema financiero: <i>capitalización individual</i> , se reconoce a cada contribuyente la propiedad de su fondo de retiro manejado por el fondo Fuentes de financiamiento: Contribuciones los trabajadores y el Banco.	Junta Administradora del Fondo.

Fuente: elaboración propia.

En cuanto al positivismo de la protección social en las Constituciones Nicaragüenses, su comportamiento ha sido el siguiente:

54. Código de Retiro y Pensiones de la Guardia Nacional de Nicaragua. Publicado en La Gaceta Diario Oficial N°. 68 del 23 de marzo de 1939. Nicaragua.

55. Reglamento de Fondo de Pensiones y Ahorros de los Empleados del Banco Nacional de Nicaragua. Publicado en La Gaceta Diario Oficial N°. 45 del 24 de febrero de 1953. Nicaragua.

Tabla 5.

Año de Constitución	Artículo	Texto
1939	104	El Estado procurará la creación de un instituto nacional de seguros sociales
	105	La ley regulará la forma de establecer los fondos de seguros a favor de los asalariados, mediante racional concurrencia del beneficiario y patrón para cubrir riesgos: enfermedad, invalidez, ancianidad y desocupación.
1948	85	El Estado establecerá el Instituto Nacional de Seguro Social. (se repite art. 105 de 1939)
1950	97	Ídem articulado
	290	La asistencia social estará a cargo del poder ejecutivo, quien la ejercerá a través de la Junta Nacional de Asistencia Social.
1974	107	Seguridad Social, deber del Estado, funcionará mediante concurrencia tripartida, cubrirá riesgos en forma gradual y progresiva.

Fuente: elaboración propia.

B. La Ley Orgánica De Seguridad Social

A partir de la constitucionalización del derecho a la seguridad social en el año 1950 se comenzó con una intensa actividad de recolección de datos por el Ministerio del Trabajo con el fin de implementar el sistema en el país, el que a sabiendas de la magnitud de la obra que se preparaba solicitó la participación de la mayoría de fuerzas del país en el proyecto, acudiendo al llamado: las Cámaras de Comercio, las cooperativas de productores, agricultores e industrias, las asociaciones profesionales, las agrupaciones obreras y las diversas entidades del gobierno.

El informe de las primeras investigaciones es presentado en diciembre de 1953 por el experto peruano Eduardo Rosales Puentes, informe que fue expuesto a nivel nacional y a nivel internacional con el objetivo de que se le hicieran las respectivas observaciones. En junio de 1954, Manuel de Viado, experto chileno, comparando todos los aportes realizados al informe y contrarrestando datos, elaboró estudios económicos-sociales del país resumidos en cinco grandes capítulos: 1) cuestiones geográficas, climáticas y de comunicación, 2) población, 3) posibilidades de atención médica, 4) cuestiones administrativas, y 5) economía nacional, estudios que fueron remitidos a nivel nacional para que fuesen perfeccionados, corregidos y completados.

El Ministerio del Trabajo, en mayo de 1955, consideró que la época de planificación ya había concluido, por lo que era necesario la instauración de una comisión planificadora compuesta por asesores de los representantes obreros, patronales y del gobierno, los que prepararon un anteproyecto de ley, el que fue aprobado y presentado al

Congreso Nacional, el que aprobó con ligeras modificaciones y pasó al Poder Ejecutivo para ser aprobada la Ley Orgánica de Seguridad Social⁵⁶.

Con la Ley Orgánica de Seguridad Social se procuraba que en el país se instaurara un concepto moderno e integral de seguridad social para la época, en el que, a través de una institución autárquica y rectora, se coordinaran los esfuerzos nacionales destinados a: asistencia social, asistencia médica y seguros sociales para dar protección a la ciudadanía.

La asistencia social estaría a cargo de juntas locales y una junta nacional, coordinadas bajo una Dirección de Asistencia Social, la asistencia médica estaría a cargo de la Dirección de Asistencia Médica y se establecía la creación del Instituto Nicaragüense de Seguridad Social que estaría a cargo del seguro social en el país. Un seguro social del tipo contributivo, solidario, extensivo para los asalariados y su cónyuge, permitiendo la afiliación facultativa al sistema de otros componentes de la población económicamente activa del país.

En cuanto a la cobertura de riesgos, con las prestaciones otorgadas se pretendía reestablecer la capacidad de trabajo y de ganancia perdida o reducida, con lo que las prestaciones tenían un fin restitutivo ante las contingencias de: enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, invalidez, vejez y muerte, asistencia médica y hospitalaria. La desocupación fue una contingencia a la que se le pretendió dar cobertura, no obstante, al final no fue protegida. La financiación era tripartita a través de cotizaciones de empleadores y trabajadores con la aportación del Estado.

El año de 1956 es dedicado a la elaboración del Reglamento General de la Ley Orgánica de Seguridad Social⁵⁷, creación de la organización administrativa, preparación de labores de afiliación obligatoria y funcionamiento de los servicios médicos. En la primera semana de febrero de 1957 comienza el cobro de cotizaciones a funcionarios, empleados y obreros al servicio del Estado, Entes Autónomos e Instituciones Bancarias cuyo centro de trabajo estuviesen ubicados dentro de la zona urbana de Managua, afiliando el 10 de febrero a los primeros 10 mil trabajadores, cubriéndolos ante los riesgos de enfermedad-maternidad, invalidez, vejez y muerte.

El otorgamiento de prestaciones económicas, así como de servicios médicos y hospitalarios, comenzaron el 11 de marzo de 1957. El 29 de junio de 1958 se afilió al segundo contingente de trabajadores, actividad que comprendió incorporar a todos los trabajadores que prestaran servicios en las empresas dedicadas a actividades privadas ubicadas en la zona urbana de Managua, excluyéndose a los trabajadores domésticos, cubriendo los mismos riesgos. A partir del 27 de septiembre comienza la cobertura en materia de riesgos profesionales a los trabajadores incorporados en los primeros dos contingentes; creándose hasta el año 1961 el régimen del seguro facultativo, el que amparaba a aquellas personas que habiendo sido afiliadas al régimen obligatorio salieron de su campo de aplicación.

56. Decreto N°. 161. Ley Orgánica de Seguridad Social. Publicado en La Gaceta Diario Oficial N°. 1 del 02 de enero de 1956. Nicaragua.

57. Decreto N°. 7. Reglamento General de la Ley Orgánica de Seguridad Social. Publicado en La Gaceta Diario Oficial N°. 257 del 12 de noviembre de 1956. Nicaragua.

C. La década de los ochentas y noventas

Con el triunfo de la Revolución Popular Sandinista en 1979, el país comenzó un proceso legislativo en el que procuró deslindarse de las políticas que regían hasta entonces. Como consecuencia lógica, se promulga una nueva Ley de Seguridad Social en 1982⁵⁸. Con esta nueva ley –consecuencia de un nuevo orden social, previa reforma agraria, alfabetización nacional y una lucha histórica– se daba el inicio de lo que fue llamado una nueva era, con la que se garantizaría plenamente los derechos de los trabajadores, los obreros y los campesinos, con ideas inspiradas en Simón Bolívar: “Hemos buscado a tientas la estabilidad política, pero no una estabilidad fundamentada en las bayonetas o en el terror, en las torturas o en la represión, sino como decía Simón Bolívar, una estabilidad política fundamentada en la mayor suma posible de felicidad y sobre todo en la mayor suma de seguridad social”⁵⁹.

Con la Ley de Seguridad Social se procuró la universalización de la acción protectora al ampliar el ámbito de aplicación y las prestaciones otorgadas. Resultó interesante también, con el objetivo de proteger a la población en estado de necesidad social, la anexión de las funciones y atribuciones en materia de bienestar social, en ese entonces encargada al Ministerio de Bienestar Social, unificación que se da por motivos de racionalización de recursos, ya que, en esa época, el Gobierno procuraba que las instituciones con las mismas finalidades y funciones se unificaran.

Tanto la Ley Orgánica de Seguridad Social como la Ley de Seguridad Social han sido las únicas leyes que han regulado el régimen general de los seguros sociales en el país. Por ello, es conveniente indicar sus principales diferencias a partir de las características generales de los sistemas ([ver Tabla página siguiente](#)).

En los noventa en el país hubo un cambio de rumbo político, pasando a un gobierno de tendencia conservadora y de derecha bajo el manto de la Unión Nacional Opositora, lo que llevó a un cambio de administración en las políticas de protección social, en especial las relativas al seguro social. La tendencia en este período radica en retardar el pago de los beneficios económicos, cambiar el modelo en que se brindaba la asistencia sanitaria y denunciar la administración previa del seguro social.

En cuanto a la administración de los años ochenta, se criticó el hecho de extender la cobertura nacional del seguro social y sobre todo la anexión de las funciones del Ministerio de Bienestar Social, encontrando la nueva administración un grave deterioro de la situación financiera, con serias deficiencias en las áreas de administración, registro y control financiero, específicamente⁶⁰:

58. Decreto N°. 974. Ley de Seguridad Social. Publicado en La Gaceta Diario Oficial N°. 49 del 01 de marzo de 1982. Nicaragua.

59. Instituto Nicaragüense de Seguridad Social y Bienestar: *La nueva seguridad social en la revolución popular sandinista*, Instituto Nicaragüense de Seguridad Social y Bienestar, Managua, 1982, p. 3.

60. Rizo Castellón, S: *Seguridad Social para el siglo XXI*, Editronic, Managua, 1996, p. 376.

- Alteración desmedida de la relación asegurados-pensionados, debido al incremento desmedido de los beneficiarios de las pensiones, del aumento en la expectativa de vida y de la reducción de la masa trabajadora por las crisis económicas.
- Otorgamiento populista de pensiones, las que pasaron de 9,029 en 1979 a 76,677 en 1990, sin la necesaria previsión de reservas técnicas ni estudios actuariales⁶¹.
- El traslado de la red hospitalaria al Ministerio de Salud, con el que se brindó una salud gratuita, perdiéndose el interés de pagar cotizaciones.
- La descapitalización de la institución por: retiros de fondos, hiperinflación de los años ochenta y la continua pérdida de activos por el traspaso de propiedades.
- Se encontró una mora en el pago de las cotizaciones en un 60% (Tabla 6).

Todo esto llevó a reformular el modelo de asistencia sanitaria y comenzar los estudios para un cambio en el modelo de pensiones, pasando a un sistema de capitalización. En lo referido al nuevo modelo de salud previsional –el que continúa vigente-, este se da por el deterioro que sufrieron los asegurados y sus beneficiarios en los ochentas, daño que se debió a: 1) pérdida de identificación institucional pues los recursos del seguro social pasaron al Ministerio de Salud, 2) la hiperinflación que redujo gravemente las reservas, 3) la contracción económica del país, 4) el otorgamiento de prestaciones sin cumplimiento de requisitos, y 5) la carga al seguro social de programas de bienestar social, lo que llevó al cambio en la manera de otorgar las prestaciones médicas, las que se otorgarían a partir de las posibilidades financieras de la institución y con la organización de empresas médicas previsionales de salud, la que suscribirían contratos con el INSS para otorgar el servicio.

Producto de los problemas económicos, políticos y sociales acontecidos en la década de los ochentas, a los cambios demográficos y a la mala administración previa, se comenzó a trabajar en cambiar el régimen de pensiones⁶², implementándose un sistema de capitalización colectiva con registros por cuentas individuales, privatizando totalmente el sistema y asignando al individuo parte de la decisión y control de sus fondos de retiros.

61. Algo que es confirmado por Vogel Delgadillo: "En la época sandinista se otorgó una cantidad impresionante de pensiones de gracia o no contributivas. Hoy representan el 50% del número total de pensiones. Esto es totalmente incompatible con el espíritu del seguro social que existe para darle respuesta a sus contribuyentes o asegurados" (Vogel Delgadillo, A.: *Reforma al sistema de pensiones en Nicaragua*, Instituto Nicaragüense de Seguridad Social, Managua, 1998, p. 12).

62. Indica Vogel que el cambio significaría: "a) Cambio de un Sistema de Reparto a un Sistema de Capitalización Individual Puro. b) Transparencia en la Implementación y Ejecución de los Procedimientos del Sistema. c) Creación de Compañías o Empresas Privadas Administradoras de Fondo de Pensiones (AFP). d) Intervención de Compañías de Seguros en el pago de pensiones. e) Creación de un Órgano Regulatorio llamado Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros. f) Participación del INSS como Ente Recaudador de las cotizaciones Obrero-Patronal. g) Aporte sustancial del desarrollo del Sistema Financiero Nacional. h) Mejores oportunidades de inversión, para el cotizante. i) Cuentas individuales para el ahorro de cotizantes. j) Mejor rentabilidad para el ahorro de los trabajadores adscritos al INSS. k) Emisión de un Bono de Reconocimiento que representa los derechos adquiridos de los cotizantes o trabajadores, por haber cotizado en un Sistema de Reparto. l) Incremento en Tasas de Cotizaciones, Edad de Retiro y años de servicio, a objeto de cumplir con Requisitos actuariales. m) Legalización y Reglamentación total de todo el Sistema de Seguridad Social" (Vogel Delgadillo, A.: *Reforma al sistema de pensiones en Nicaragua*, ob. cit., p. 23).

Tabla 6.

Configuración del sistema	Ley Orgánica de Seguridad Social (1956)	Ley de Seguridad Social (1982)
Campo de aplicación	Obligatorio	
	Exclusivo para las personas que ostentaban una relación laboral.	Todos los que obtengan una remuneración por trabajo o servicio ⁶³ , cualquiera que sea la naturaleza jurídica del servicio prestado. Si incorporaba a todas las personas sin límites de edad, a los miembros de misiones diplomáticas y organismos internacionales, a los integrantes de la reforma agraria y los miembros de cooperativas.
	Facultativo	
	Profesionales y trabajadores independientes que no se hayan incorporado al seguro obligatorio. Continuidad del régimen obligatorio y dueños de propiedades agrícolas y demás patronos.	Abierto a todas las personas interesadas de acuerdo a sus posibilidades económicas.
Acción protectora	Asistencia sanitaria	
	Establecimiento del Sistema Nacional Único de Salud, garantizando el acceso universal y gratuito de salud a toda la población. Los trabajadores y empleadores aportaban al sostenimiento de este sistema con sus contribuciones, las que eran transferidas al Ministerio de Salud.	
	Seguro de Enfermedad y Maternidad	
	Para acceder a prestaciones de enfermedad se requería la cotización de 12 semanas dentro de las últimas 26 previo al origen de la contingencia. El pago se daba por 26 semanas, prorrogables por 26 semanas más. La prestación económica por maternidad se otorgaba por 6 semanas anteriores y 6 semanas posteriores al parto.	El período de calificación para las prestaciones de enfermedad se establece en 8 semanas dentro de las últimas 22 y se amplía el período máximo de disfrute a 52 semanas. La prestación económica se otorga 4 semanas previas y 8 semanas después del parto. En caso que el parto se adelante, el período faltante se goza de manera posterior
	Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte	
	En la invalidez, solo se otorgaba la prestación económica. Para la pensión de vejez se establecía una única edad sin tomar en consideración sexo y actividad profesional. En cuanto al seguro de muerte, no había protección a los hijos fuera de matrimonio, ni se otorgaban pensiones por ascendencia y otros dependientes, las que eran exclusivas del seguro de riesgos profesionales.	Aparte de la prestación económica por la invalidez se otorgaban: servicios de readaptación profesional, colocación en actividades remuneradas, obligación de reubicar al trabajador por el empleador y se establece la asignación adicional en los casos que el inválido requiera de ayuda. Se establecen edades de acuerdo al desgaste físico o mental de la actividad ocupacional del trabajador. Se reconoce el otorgamiento de la pensión de orfandad a los mayores de 15 y menores de 21 años con estudios. Se otorgan pensiones por los ascendientes y otros dependientes.
Seguro de Riesgos Profesionales		
En la cuantía, si la incapacidad era total permanente, se otorgaba el 60% del salario de la fecha de la contingencia. En caso de que la incapacidad al trabajo se graduara menos del 20% se indemnizaba en base a tres años.	Cuando la pensión fuese de incapacidad permanente total, el cálculo se hacía en base al período cotizado y se tomaba en cuenta la carga familiar. Se establecía la compatibilidad entre el percibo de la pensión y el trabajo remunerado. Se establecía el accidente <i>in itinere</i> .	
Régimen económico-financiero	Se establece un tope máximo de salario para el pago de las contribuciones en 1982, el que indicaban no afectaría a los trabajadores, pues eran pocos los salarios que llegaran a esa cantidad. No se modificaron los porcentajes de contribución de los trabajadores.	
Organización Institucional	El seguro social tenía restricción en su autonomía al ser regulado por la Junta Nacional de Asistencia y de Previsión Social. Consejo Directivo con 15 miembros.	Seguro social con autonomía funcional a través de un Consejo Directivo. 6 miembros de Consejo Directivo: 2 representantes empleadores, 2 trabajadores y 2 del Estado.

Fuente: elaboración propia.

63. Vía jurisprudencial, quedó establecido que el campo de aplicación obligatorio en materia del régimen general del seguro social es exclusivo para los que ostentan una relación laboral, así en Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: *Sentencia* N°. 1154. 20 de agosto del 2014. Nicaragua, considerando V: "Por lo que hace a los SERVICIOS PROFESIONALES, esta Sala es del criterio que las personas que prestan Servicios Profesionales no son sujeto del Régimen de Aseguramiento Obligatorio, puesto que este régimen es aplicable únicamente a los Trabajadores con dependencia y subordinación directa a un empleador, y que cumplen con un horario fijo y determinado y que ejercen sus funciones en virtud de un contrato de índole laboral; no así los contratos por servicios profesionales, en los cuales la relación jurídica nace y se busca como concretizar una relación jurídica de servicios, la cual se presta de forma independiente, discontinua y marginal, desarrollando su actividad con total libertad, cuando el trabajador inicia sus labores para las que fue contratado, no hay subordinación; por tanto, la relación jurídica entre el empleador y las personas que suscriben Contratos de Servicios Profesionales es de carácter civil y no laboral, ya que su fundamento es en la naturaleza misma de los actos o servicios acreditados, que presuponen que el que los brindó puso su capacidad de trabajo en una situación de coordinación y no de subordinación con la otra parte contratante, demostrando el recurrente que la materialidad del hecho realizado excluye el elemento de dependencia que caracteriza al contrato laboral."

D. Los intentos de reforma al sistema

En abril del 2000 se publicó la Ley de Sistema de Ahorro para Pensiones⁶⁴, con la que se pretendía instaurar un sistema de pensiones que se caracterizaba por: 1) capitalización individual para cada asegurado, 2) libertad de elección para el asegurado entre las diferentes instituciones gestoras, 3) propiedad exclusiva individual de los recursos acumulados en las cuentas, 4) aporte del Estado en el pago de las pensiones mínimas, 5) afiliación obligatoria a este régimen por los trabajadores, y 6) prohibición al sistema público de pensiones de realizar nuevas afiliaciones desde el momento en que esta ley entrara en vigencia.

De acuerdo a una serie de estudios y análisis del impacto financiero que conllevaría la aplicación de este sistema en el país, se determinó su inviabilidad técnica y económica, derogándose la ley en principio por la Ley de Seguridad Social del año 2006⁶⁵, ley que pretendía derogar a la vez la ley de 1982 y con la que de manera general se procuraba otorgar beneficios adicionales a los asegurados que no se otorgaban de manera previa por la falta de estudios actuariales que sustentaran la viabilidad de la institución de manera sostenida en el tiempo, ley que posteriormente fue vetada, por lo que la Ley de Sistema de Ahorro para Pensiones fue derogada por la Ley de Derogación de la Ley N°. 340, Ley de Sistema de Ahorro para Pensiones y Ley N°. 388, Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones del 2006⁶⁶.

Resulta importante destacar la reforma refundación o paradigmática que se intentó implantar en el país a través de la Ley de Sistema de Ahorro para Pensiones y la legislación conexas (Tabla 7).

E. Actualidad del régimen general del seguro social

El derecho a la seguridad social en Nicaragua es un derecho humano con reconocimiento constitucional, que encontramos regulado en el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Nicaragua, la que reconoce en el territorio nacional instrumentos jurídicos vinculantes de carácter internacional como la Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, que reconocen el derecho a la seguridad social como un derecho humano al que tienen acceso todas las personas.

64. Ley N°. 340. Ley de Sistema de Ahorro para Pensiones. Publicada en La Gaceta Diario Oficial N°. 72 y 73 del 11 y 12 de abril 2000. Nicaragua.

65. Ley N°. 539. Ley de Seguridad Social. Publicada en La Gaceta Diario Oficial N°. 225 del 20 de noviembre del 2006. Nicaragua.

66. Ley N°. 568. Ley de Derogación de la Ley N°. 340, Ley de Sistema de Ahorro para Pensiones y Ley N°. 388, Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones. Publicada en La Gaceta Diario Oficial N°. 05 del 06 de enero del 2006. Nicaragua.

Configuración del sistema	Régimen de reparto	Régimen de capitalización individual
Acción protectora	Prestaciones	
	La cuantía de las pensiones tiene proporcionalidad con los aportes realizados y los períodos de cotización. Se encuentra definido en ley la manera en que se calculan las prestaciones.	La cuantía de la pensión estará en función de lo acumulado por cada trabajador en su cuenta individual. La percepción de la prestación se obtenía a través de la elección de: renta programada, renta vitalicia mensual y renta programada con renta vitalicia diferida. Las reglas para definir el cálculo de la prestación suelen estar ligada a factores exógenos del sistema.
	Pensión de vejez	
	Protege la senectud. La obtención de la pensión esta supedita al cumplimiento de una edad requerida y un número determinado de semanas cotizadas al sistema. Se aceptan los supuestos que por género u oficio se reduce el requisito de edad. Establece la garantía de una percepción mínima, asignaciones familiares y revalorización de pensión.	Protege la ancianidad. Se otorgan jubilaciones. Admite la posibilidad de adelantar la jubilación. No hay garantía mínima de prestación. Sin límite al máximo de pensión. No se incrementa la pensión por cargas familiares, si se toman en cuenta factores para ajustar la pensión.
	Pensión de invalidez	
	Para acceder a la pensión se establecen períodos de cotización más cortos. La cuantía de la pensión está sujeta al grado de pérdida de la capacidad al trabajo.	Es necesario acreditar períodos de cotización ininterrumpido. La cuantía de las pensiones se determina en función de los saldos acumulados.
	Pensión de sobrevivientes	
Se garantiza la pensión a los beneficiarios del causante: cónyuge o conviviente, hijos menores de 15 años, hasta los 21 con estudios provechosos y otros dependientes. Pueden percibir de manera simultánea pensiones los beneficiarios.	Se general el pago de pensión a los asegurados activos y no a los que ostentan la pensión. No puede haber percepción simultánea.	
Régimen económico-financiero	Aporte	
	Cotización tripartita. Pago único para todas las prestaciones. No hay pago adicional por gastos de administración	Cotización de trabajadores y empleadores. Las cotizaciones se suman en función de cada prestación. Pago a la administración del fondo de pensiones por la labor realizada.
	Financiamiento de las prestaciones	
	Se presume en el sistema de reparto reajustes en períodos de 5-10 años. Sistema de solidaridad intergeneracional.	Inversión de los recursos individuales con el objetivo de procurar rentas. Financiación de la pensión con los recursos que esa persona acumule.
Organización Institucional	Administración única estatal, con recursos propios y autonomía administrativa y financiera. Dirigida por un Consejo Directivo con representación de: trabajadores, empleadores y el Estado.	Administrado por empresas privadas, encargadas de administrar los fondos de pensiones y brindar las prestaciones a cambio de una retribución.

Fuente: elaboración propia.

El artículo 61 de la referida norma, de manera explícita, garantiza a los nicaragüenses el derecho a la seguridad social para una protección integral frente a las contingencias derivadas de la vida y el trabajo en la forma y condición que determine la ley. Como se logra identificar el Estado se compromete a la garantía de un sistema de seguridad social, no obstante, lo que se garantiza es la protección social a través de la técnica del seguro social. El artículo 82 regula derechos reconocidos a los trabajadores derivados de su relación laboral, entre los que incluye en el numeral 7) el derecho a la seguridad social el que se encargará de proteger integralmente al trabajador y sus familiares garantizando los medios de subsistencia en casos de invalidez, vejez, muerte, enfermedad y maternidad y riesgos profesionales.

En los artículos 98 y 105 se establece el deber del Estado de garantizar un servicio de seguridad social a la población, el que debe de prestarlo sin exclusiones, mejorarlo y ampliarlo tanto en cobertura como en el otorgamiento a prestaciones sociales, en consonancia con el principio de progresividad de la seguridad social. Lo anterior entra en clara contradicción con las reformas adecuacionales que se han hecho al régimen general del seguro social, en cuanto a las cuantías de las pensiones, las que en 2013 y 2019 han sido reducidas.

En el país, la seguridad social se garantiza a través de tres regímenes: el general de los trabajadores, el de los militares regulado por el Código de Organización, Jurisdicción y Previsión Social Militar⁶⁷ y las leyes conexas, gestionado por el Instituto de Previsión Social Militar; mientras que el régimen especial de los miembros de la policía, del sistema penitenciario, de migración y extranjería, de la dirección general de bomberos, de los órganos centrales del Ministerio de Gobernación, es regulado por la Ley para el Fortalecimiento de la Gestión del Instituto de Seguridad Social y Desarrollo Humano (ISSDHU)⁶⁸ y sus leyes conexas, gestionado por el Instituto de Seguridad Social y Desarrollo Humano.

El régimen general de los trabajadores, se encuentra regulado de manera general por la Ley de Seguridad Social y su Reglamento General⁶⁹, Decretos-Leyes emitidos por la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, quienes en ese momento histórico de conformidad con el artículo 10 del Estatuto Fundamental⁷⁰: “Mientras no se dicte la nueva Constitución Política de la República, Junta de Gobierno asume las facultades de Poder Ejecutivo, y compartirá las facultades de Poder Legislativo con el Consejo de Estado”, lo que ha traído serios debates legales en cuanto al cumplimiento del principio de jerarquía normativa.

Este cuerpo normativo, que ya tiene más de 40 años de estar en vigencia, ha sido reformado en múltiples ocasiones, reformas que han estado dirigidas a modificar el

67. Ley N°. 181. Código de Organización, Jurisdicción y Previsión Social Militar. Publicada en La Gaceta Diario Oficial N°. 165 del 02 de septiembre de 1994. Nicaragua.

68. Ley N°. 1021. Ley para el Fortalecimiento de la Gestión del Instituto de Seguridad Social y Desarrollo Humano (ISSDHU). Publicada en La Gaceta Diario Oficial N°. 50 del 13 de marzo del 2020. Nicaragua.

69. Decreto N°. 975. Reglamento General a Ley de Seguridad Social. Publicado en La Gaceta Diario Oficial N°. 49 del 01 de marzo de 1982. Nicaragua.

70. Estatuto Fundamental. Publicado en La Gaceta Diario Oficial N°. 1 del 22 de agosto de 1979. Nicaragua.

ámbito de aplicación, la acción protectora, el régimen económico-financiero y la organización institucional.

El ámbito de aplicación se divide en obligatorio y facultativo, perteneciendo al primero aquellos que ostentan una relación laboral y al segundo, todos aquellos que generen rentas en el país y que quieren tener la protección del seguro social. A la vez, el régimen obligatorio se divide en un régimen integral y un régimen en el que solo se pagan contribuciones para el seguro de invalidez, vejez y muerte y el seguro de riesgos profesionales. En el régimen integral se incluye el seguro de enfermedad y maternidad; esta división, bastante histórica, continúa con vigencia pues existen lugares en el territorio nacional donde no existe cobertura de parte del seguro social que garantice el acceso a las prestaciones del seguro de enfermedad y maternidad.

En cuanto al régimen facultativo, este se ofrece a la población en general en tres regímenes: facultativo de salud, el que está instaurado por ley y debidamente reglamentado, pero que resulta inviable económicamente de ofrecer, y en el que se garantizaría a la población el acceso a la asistencia médica; el régimen IVM, en el que exclusivamente se pagan contribuciones para acumular semanas cotizadas y así a optar a una pensión otorgada por este seguro; y el régimen EM-IVM, a través del cual se otorgan las prestaciones de estos dos seguros.

En cuanto a la acción protectora, las prestaciones que ofrece el seguro social son económicas, médicas y de servicio, la que se dispensa a través del seguro de enfermedad y maternidad, con el cual se otorga atención médica integral y prestaciones económicas a corto plazo por accidentes y enfermedades de origen común, así como por maternidad.

El seguro de invalidez, vejez y muerte, otorga pensiones, asignaciones familiares, asignación en caso de requerimiento de ayuda, servicio de readaptación profesional, de readaptación al anciano, ayuda de gastos de enterramiento y pensiones de viudez, orfandad y a otros sobrevivientes dependientes. Con exclusión de los pensionados por vejez, el seguro de invalidez, vejez y muerte, no incluye la atención médica, siendo atendidas estas personas por el régimen no contributivo de salud.

El seguro de riesgos profesionales incluye asistencia médica por el riesgo que provoca la incapacidad al trabajo de origen laboral, prestaciones económicas a corto plazo, indemnizaciones, pensiones, asignaciones, servicios de readaptación profesional, de colocación en actividades remuneratorias, suministro, mantenimiento y renovación de aparatos de prótesis y gastos de funeral.

En cuanto al régimen económico financiero, la financiación al seguro social es tripartita a través de contribuciones de los trabajadores, empleadores y la aportación del Estado, exceptuando el seguro de riesgos profesionales, el que corre exclusivamente a cuenta del empleador y el que históricamente, desde su creación, el empleador paga el 1.5% sobre la remuneración del trabajador.

Las contribuciones al seguro de enfermedad y maternidad y al seguro de invalidez, vejez y muerte han ido aumentando desde 1982. En cuanto a los modelos financieros, estos no han variado desde la creación del seguro social, correspondiendo para el seguro de enfermedad y maternidad el sistema de reparto simple, para el seguro de

invalidez, vejez y muerte el de prima escalonada⁷¹ y para el de riesgos profesionales el de capitales constitutivos.

VII. CONCLUSIONES

El concepto contemporáneo de protección social ha evolucionado a lo largo de la historia en respuesta a las cambiantes necesidades sociales. Este proceso puede dividirse en tres etapas claramente definidas: las primeras formas de protección social, la consolidación de los seguros sociales y el surgimiento de la seguridad social. Actualmente, existe el debate sobre un cuarto período evolutivo “pisos de protección social”, un concepto que aún no ha alcanzado un consenso uniforme entre los expertos y académicos. Este nuevo capítulo representa un área de estudio en desarrollo, en el que se debate si se trata de una reducción de las prestaciones sociales debido a los costos o, por el contrario, de un aseguramiento de beneficios básicos que aborden las necesidades y promuevan el mayor bienestar de las sociedades. En un contexto donde la protección social desempeña un papel fundamental en la construcción de sociedades más equitativas y justas, el debate es de suma relevancia y merece una atención continua por la comunidad académica y los responsables de políticas públicas. El camino hacia el consenso en torno a los pisos de protección social es fundamental para el futuro de la seguridad y el bienestar de las generaciones presentes y futuras.

La historia de los seguros sociales se originó en Alemania en un momento de consolidación política y desafíos económicos. Otto von Bismarck implementó una legislación social que combinaba elementos de los seguros privados con algunas particularidades como su obligatoriedad, contribución impuesta y retención por los empleadores, sin proporcionalidad entre prima y riesgo y sin selección del riesgo, operando a nivel nacional. La *sozialpolitik* comenzó en 1883 con el seguro de enfermedad, seguida por el seguro de accidentes de trabajo en 1884, seguro de invalidez y vejez en 1889 y seguro de viudez y orfandad en 1911. En América Latina los seguros sociales se introdujeron después de la primera guerra mundial, siendo Chile el país pionero en 1925.

A medida que surgieron desafíos sociales más amplios, se desarrolló un concepto de protección más extenso basado en la solidaridad social y la redistribución de la renta nacional. La *Social Security Act* de 1935 en Estados Unidos y el informe de Beveridge en 1942 adoptaron el concepto de seguridad social. La primera abordaba la miseria y ampliaba la protección para incluir a otros grupos desfavorecidos, mientras

71. Históricamente ha funcionado como un sistema de reparto simple. Los gobiernos han optado por no acostumar a los asegurados a la modificación de su contribución en determinados períodos de tiempo, así lo indican, Urcuyo: “Como resultado, el seguro IVM en la década de los 60 y 70 no pudo acumular las reservas técnicas actuariales al nivel inicialmente planeado para responder los compromisos futuros con los asegurados” (Urcuyo, R.: *Políticas no Paramétricas para el Sistema de Pensiones de Nicaragua*, ob. cit., p. 4); y Vogel: “Únicamente para darle un respiro al sistema, y sin obtener reservas técnicas alguna, se tendría que elevar la tasa de contribución a 8.6% para el año 2000, 12% para el 2020, y 27.1% para el año 2060. Elevar la tasa de contribución traería serios problemas políticos, sociales” (Vogel Delgadillo, A.: *Reforma al sistema de pensiones en Nicaragua*, ob. cit., p. 27).

que el segundo enfatizaba la financiación a través de los presupuestos generales, cotizaciones y prestaciones uniformes, promoviendo una administración unificada y destacando la importancia de las asignaciones familiares, la atención médica universal y el mantenimiento del empleo.

La noción de protección social ha evolucionado desde los enfoques iniciales de Bismarck hacia una definición más amplia que se asemeja a los planteamientos de Beveridge. Esta evolución refleja la necesidad de abordar no solo la seguridad económica, sino las necesidades sociales y colectivas. A pesar de las críticas en torno a la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social en la mayoría de los Estados, la OIT destaca que la insostenibilidad no se debe al aumento del gasto en pensiones, sino al desempleo. Por lo tanto, la promoción de los pisos de protección social, se presenta como una respuesta a los problemas que la seguridad social no ha podido resolver.

La incorporación de los pisos de protección social responde a la tendencia de integrar instrumentos internacionales en los ordenamientos jurídicos internos, como es el caso de la Agenda 2030. Esto representa un nuevo contrato social con implicaciones significativas para la erradicación de la pobreza, la salud, la igualdad de género, el trabajo decente, la reducción de la desigualdad, protección sostenible y la paz. Los pisos de protección social se convierten en un componente esencial para alcanzar estos objetivos globales.

Las primeras manifestaciones de protección social en Nicaragua se remontan a la época colonial, donde conventos y frailes proporcionaban asistencia a niños pobres y se iniciaron prácticas mutualistas a través de las cofradías. Esto marcó el comienzo de la solidaridad y la ayuda recíproca en la sociedad nicaragüense. El establecimiento de la Ley Orgánica de Seguridad Social en 1956 marcó un hito en la historia de la seguridad social nicaragüense. Fue un intento de proporcionar un enfoque moderno e integral de la seguridad social, coordinando los esfuerzos nacionales para proporcionar asistencia social, atención médica y seguros sociales que protegieran a los ciudadanos.

En la actualidad, Nicaragua cuenta con un sistema influenciado por el modelo de Bismarck. La afiliación obligatoria al sistema depende de la existencia de una relación laboral, el otorgamiento de las prestaciones requiere de períodos de afiliación y de constatación de contingencias. El sistema basa el otorgamiento de prestaciones a beneficiarios en criterios de filiación, dependencia económica y de convivencia bajo el mismo techo, situaciones que no responden a las necesidades de las sociedades del siglo XXI. En resumen, el sistema de seguridad social en Nicaragua ha experimentado una serie de transformaciones que obedecen a la adaptación de circunstancias financieras y no a circunstancias sociales o modelos económicos. Los desafíos relacionados con la sostenibilidad financiera y la garantía de un nivel adecuado de seguridad social para los ciudadanos nicaragüenses estriban en realizar el cambio de un seguro social a un sistema de seguridad social.

Bibliografía

- Acevedo Tarazona, A.: La seguridad social. Historia, marco normativo, principios y vislumbres de un Estado de Derecho en Colombia", *Anuario de historia Regional y de las Fronteras*, Vol. 15, núm. 1, 2010, pp. 191-204.
- Álvarez del Cuervo, A.: "La vigencia de las funciones históricas del Derecho del Trabajo en el siglo XXI", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho de Empleo*, Vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 7-45.
- Bertranou, F.: *El futuro de la protección social en América Latina: reflexiones para los debates sobre el futuro del trabajo*, Informes Técnicos OIT Cono Sur, N°. 1, 2017.
- Bonilla García, A. y Gruat, J.V.: *Protección social: una inversión durante todo el ciclo de vida para propiciar la justicia social, reducir la pobreza y fomentar el desarrollo sostenible*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003.
- García Jiménez, J.: *Seguridad Social, pobreza y sector informal en América Latina* [Tesis de Doctorado en Derecho], Universidad Complutense de Madrid, España, 1999. Disponible en: <https://docta.ucm.es/entities/publication/7de34e0a-2867-43ec-be60-e357949f215f>
- Gil y Gil, J.L.: "El derecho a la seguridad social", en Escobar Roca, G. (dir.): *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 1017-1072.
- Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L.: "Estado de Bienestar Social: características generales, obstáculos y desafíos en América Latina", *e-Revista Internacional de la Protección social*, Vol. 6, núm. 1, 2021, pp. 107-140. DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.06>
- Instituto Nicaragüense de Seguridad Social y Bienestar: *La nueva seguridad social en la revolución popular sandinista*, Instituto Nicaragüense de Seguridad Social y Bienestar, Managua, 1982.
- Klein, E. y Posner, J. (creads.): *El dinero, en pocas palabras*, Episodio 5, "Jubilación", 2011, en Netflix.
- Lavinás, L. y Fonseca, A.: "Piso de protección social: pros y contras", *Brazilian Journal of Latin American Studies*, Vol. 14, núm. 26, 2015, pp. 133-154. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.1676-6288.prolam.2015.102279>
- Martínez Abascal, V.A. y Herrero Martín, J.B.: *Curso de Derecho de la protección social*, Tecnos, Madrid, 2013.
- Mendizábal Bermúdez, G.: "Piso de protección social y mujeres", en Kurczyn Villabos, P. (coord.): *Derechos Humanos en el trabajo y la seguridad social. Liber Amicorum: en homenaje al doctor Jorge Carpizo McGregor*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2014, pp. 281-301.
- Mendizábal Bermúdez, G. y López Pérez, E.: "¿Nuevo modelo de seguridad social en el contexto de la industria 4.0?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, núm.1, 2018, pp. 298-327.
- Mesa-Lago, C.: *El desarrollo de la seguridad social en América Latina*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1985.
- Monereo Pérez, J.L.: "William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de seguridad social", *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, núm. 4, 2015, 279-305.
- Navarro, K.: *La Seguridad Social en Nicaragua: Antecedentes Histórico-Jurídicos*, BITECSA, Managua, 2003.
- Nugent, R.: "La seguridad social: su historia y sus fuentes", en De Buen Lozano, N. y Morgado Valenzuela, E. (coords.): *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, pp. 603-622.
- Organización Internacional del Trabajo: *Piso de Protección Social para una globalización equitativa e inclusiva*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2011.
- Organización Internacional del Trabajo: *Recomendación N°. 202. Recomendación de los pisos de protección social*, 2012. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:3065524,es

- Pérez y Soto Domínguez, A. y Calderón Ossa, Y.A.: "El concepto de seguridad social: una aproximación a sus alcances y límites", *Iustitia*, núm. 10, 2012, pp. 75-100. DOI: <https://doi.org/10.15332/iust.v0i10.878>
- Rizo Castellón, S: *Seguridad Social para el siglo XXI*, Editronic, Managua, 1996.
- Rodríguez, B.: "La seguridad social en Venezuela. Antecedentes, evolución e impacto económico, financiero y social", *Gaceta Laboral*, Vol. 7, núm. 3, 2001, pp. 341-368.
- Rodríguez Fernández, M.L.: "Protección social para los trabajadores de la economía de plataforma: propuestas para aliviar su vulnerabilidad", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020, pp. 168-194.
- Ruiz Moreno, A.G.: *Nuevo derecho de la seguridad social*, Editorial Porrúa, México, 2009.
- Tarrero Martos, M.J.: "La agenda 2030 y la seguridad social". Texto autoformativo: Curso agenda 2030 y la protección social en Iberoamérica. Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Madrid, 2020.
- Urcuyo, R.: *Políticas no Paramétricas para el Sistema de Pensiones de Nicaragua*, Banco Central de Nicaragua, Managua, 2009.
- Vicente Palacio, A.: "Concepto. Formación histórica. Fuentes reguladoras. Estructura del sistema español de seguridad social", en García Ninet, J.I.; Vicente Palacio, A.; García Viña, J. (dirs.): *Manual básico de seguridad social*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 23-40.
- Vogel Delgadillo, A.: *Reforma al sistema de pensiones en Nicaragua*, Instituto Nicaragüense de Seguridad Social, Managua, 1998.



Recensiones



Recensión de la obra de Giuseppe Ludovico: *Lavori agili e subordinazioni*, Giuffrè-Francis Lefebvre, Milano, 2023

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

csrodas@us.es  0000-0001-9780-7860

Recibido: 19.11.2023. Aceptado: 20.11.2023

Siempre es un placer recensionar una monografía rigurosa, seria y profusamente documentada que creo sinceramente que está llamada a convertirse en un clásico para la disciplina laboralista. Pero aun es mayor la satisfacción cuando se conoce personalmente al autor, del que destacaría su pasión por la docencia e investigación que desarrolla actualmente en la Universidad de Milán, aunque su buen hacer traspasa fronteras.

La obra recensionada tiene como finalidad reconstruir el significado de la subordinación en el ordenamiento jurídico italiano a la luz de la más reciente revolución tecnológica digital, con especial atención al teletrabajo, partiendo en primer lugar de la relación histórica que conecta el derecho laboral con el progreso tecnológico.

El punto de partida de la reflexión del profesor Ludovico es que, contrariamente a lo que suele creerse, la relación entre el derecho laboral y el progreso tecnológico no constituye una novedad, habiendo representado la evolución tecnológica la principal premisa genética del derecho laboral si consideramos la primera revolución industrial, que generó las condiciones socioeconómicas de nacimiento del derecho laboral, como un momento de radical transformación tecnológica de los sistemas de producción.

El progreso tecnológico ha representado el “eterno compañero de viaje” del Derecho del Trabajo, mientras que lo que ha cambiado a lo largo del tiempo ha sido la reacción a los repetidos cambios tecnológicos, que hasta los años sesenta fue sumamente positiva, ya que el progreso tecnológico constituía un fuerte factor de mejora de las condiciones de seguridad en el empleo.

Sólo con la tercera revolución industrial la innovación tecnológica empezó a adquirir una velocidad cada vez mayor, alterando las características tradicionales del trabajo subordinado, hasta el punto de que ya en los años ochenta la doctrina italiana empezó a preguntarse sobre

las consecuencias de la pérdida de centralidad de las "reglas aristotélicas del derecho del trabajo" de las sociedades pretecnológicas, es decir, la unidad del lugar-trabajo (trabajo en los locales de la empresa), del tiempo-trabajo (trabajo dentro de una única secuencia temporal) y de la acción-trabajo (actividad uniprofesional).

Estos "auténticos mitos" de la prestación laboral, sobre los que se había construido tradicionalmente el Derecho del Trabajo, empezaban a resquebrajarse debido a la capacidad del factor tecnológico de afectar a las coordenadas fundamentales del trabajo, como el tiempo, el lugar y el modo de ejecución de la prestación.

Es a partir de estas reflexiones de la doctrina italiana de los años ochenta que el profesor Ludovico se plantea reconsiderar el concepto de subordinación en un ámbito, el del trabajo tecnológico a distancia, en el que la desviación de las coordenadas tradicionales de prestación del trabajo subordinado se ha hecho más evidente.

Desde esta perspectiva reflexiona sobre la diversidad de los efectos producidos por la tecnología en el sentido de que ya en los años ochenta era perfectamente evidente para la doctrina italiana la ambivalencia del impacto de los instrumentos tecnológicos sobre el desempeño de los trabajadores: para los trabajadores de alto nivel profesional la tecnología permite adquirir mayores espacios de libertad, también en el espacio y en el tiempo, mientras para otros trabajadores de menor profesionalidad la misma tecnología no sólo no atenúa la sujeción al poder directivo del empleador sino que incluso acentúa las connotaciones típicas de la hetero-dirección.

La polarización de los efectos de las tecnologías digitales constituye así un factor que no puede pasarse por alto en el análisis del significado actual de la subordinación, y este factor muestra cómo no es la tecnología *per se* la que cambia el contenido de la subordinación, sino la capacidad del trabajador de conquistar mayores espacios de autonomía.

A partir de estas premisas, en el segundo capítulo, el autor pasa a considerar las razones de la llamada crisis de la subordinación que en el debate italiano empieza a plantearse siempre a partir de los años ochenta. Una crisis que, según el autor, se deriva del pretendido carácter unitario del concepto de subordinación y, en consecuencia, de su incapacidad de apartarse del modelo típico y tradicional del trabajador en la empresa.

También en este caso el autor parte de la reconstrucción del debate doctrinal de los años 80 para señalar cómo, frente a la creciente diversificación del trabajo por cuenta ajena, las opiniones más acreditadas ya habían intentado superar el concepto de subordinación como "único e invariable", destacando cómo en el Código Civil italiano la noción del artículo 2094 (que contiene la definición de trabajador subordinado como aquel que realiza su trabajo "bajo la dirección" del empresario) representa sólo uno de los muchos casos de subordinación que se caracteriza por su estructura pluralista.

Además de la definición del artículo 2094 del Código Civil, en el ordenamiento jurídico italiano existen otras nociones de trabajo por cuenta ajena que se apartan en mayor o menor medida del concepto de heterodirección: el trabajo de los directivos,

el trabajo a domicilio, el trabajo en cooperativas, el trabajo de los deportistas profesionales, etc.

De la subordinación a las subordinaciones. Este es el punto de llegada de la reflexión doctrinal italiana que el profesor Ludovico destaca para comprender el significado del concepto de subordinación en el trabajo tecnológico a distancia. La definición del artículo 2094 del Código Civil italiano y, por tanto, el criterio de la heterodirección, sólo tendrían la función de describir el tipo de trabajador subordinado socialmente prevalente en la empresa, pero no la de definir todos los casos particulares de subordinación presentes en el ordenamiento jurídico.

Esta pluralidad de subordinaciones emerge inequívocamente ya en la regulación del trabajo a domicilio –antecedente histórico del actual teletrabajo– regulado por la Ley nº 877, de 18 de diciembre de 1973, cuyo artículo 1.2 especifica que la subordinación en el trabajo a domicilio se produce “por derogación” del artículo 2094 del Código Civil, ya que el trabajador a domicilio debe limitarse a observar las instrucciones dadas para la realización de su prestación sin estar sometido, como ajeno a los locales de la empresa, al ejercicio continuado del poder directivo del empresario.

Sin embargo, la concepción del trabajo a domicilio como una derogación del artículo 2094 del Código Civil partía del supuesto implícito de que la heterodirección sólo es plenamente ejercitable con la presencia física del trabajador en la empresa, mientras que en el trabajo fuera de la empresa no se configuraría el requisito de subordinación del artículo 2094.

Las razones que posteriormente llevaron a la crisis de esta visión de la heterodirección estrictamente ligada a la presencia física del trabajador son evidentes. Con la aparición de las primeras formas de teletrabajo, la necesidad de superar la concepción del trabajo a domicilio como derogación de la noción del artículo 2094 comenzó a abrirse paso en el debate italiano a través de una reinterpretación del concepto de subordinación, que se aleja en primer lugar de la devaluación de la exterioridad física de la prestación y de la superación de la heterodirección como único y exclusivo criterio de identificación del trabajo por cuenta ajena, confirmando así su estructura pluralista. Es la inclusión del trabajador en la organización establecida por el empleador lo que representa el dato mínimo esencial para configurar la subordinación, es decir, la heterorganización del trabajo y no también su heterodirección.

Si la regulación del trabajo a domicilio constituyó el punto de referencia normativo de la primera generación de teletrabajo, la fragmentación de las tradicionales coordenadas espacio-temporales del trabajo subordinado se acentúa con el teletrabajo de segunda generación, que lo ha liberado definitivamente de horarios y lugares predeterminados por el empleador. No es casualidad que fuera precisamente en este periodo cuando empezaron a surgir las mayores preocupaciones en la doctrina italiana por la incapacidad de incluir estos nuevos fenómenos dentro de la noción tradicional de subordinación aún centrada en el criterio de la heterodirección. El riesgo, en pocas palabras, era el de empujar hacia el trabajo autónomo y alejar del trabajo subordinado a los trabajadores que, gracias a las herramientas tecnológicas digitales

más modernas, ahora podían prestar sus servicios no sólo fuera de la empresa, sino indistintamente en cualquier lugar y en cualquier momento.

Fue en este período que la jurisprudencia italiana, al mismo tiempo que confirmaba el criterio de la heterodirección, comenzó a negar la importancia del tiempo y del lugar de ejecución del trabajo a los efectos de calificar la relación, ya que éstos eran índices meramente circunstanciales de la existencia de la subordinación.

Parte de la doctrina fue aún más lejos, al considerar que la mayor autonomía concedida por la tecnología en el desempeño de la relación no era incompatible con la noción de subordinación, ya que tal autonomía sólo era posible debido al hecho de que el servicio estaba destinado a una determinada organización productiva ajena.

Desde el trabajo a domicilio hasta el teletrabajo de segunda generación, la inserción de la actividad laboral dentro de la organización establecida por el empleador, es decir, la heterorganización, sigue perfilándose, según parte de la doctrina, como el requisito mínimo fundamental para la identificación de la subordinación.

En la última parte del segundo capítulo el profesor Ludovico examina el impacto que el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo de 16 de julio de 2002 ha tenido en la elaboración del concepto de subordinación en el debate italiano. El aspecto más interesante del Acuerdo –y quizás menos considerado por la doctrina– es el principio fundamental establecido por el artículo 3 que sanciona la voluntariedad del teletrabajo. El principio de consensualidad del teletrabajo implica en sí mismo una limitación de los poderes del empresario en la medida en que somete al consentimiento del trabajador la adopción de una modalidad de prestación que podría ser dictada unilateralmente por el empresario en el ejercicio de su poder de dirección. La consensualidad en referencia al *an* y *quantum* del teletrabajo abre inevitablemente el espacio también a la negociación del *quomodo* y así lo contempla el artículo 4 del Acuerdo, que se refiere no sólo a la negociación colectiva sino también a la autonomía individual para la regulación de las "condiciones de trabajo" "a fin de tener en cuenta las características particulares del teletrabajo", con la consecuencia de que lo que debe incluirse en la heterodirección del empresario pasa a ser objeto de negociación entre las partes.

Es en esta perspectiva en la que el autor enmarca la disciplina contenida en los artículos 18 y siguientes de la Ley n. 81, de 22 de mayo de 2017, que "con el objetivo de aumentar la competitividad y facilitar la conciliación de los tiempos de trabajo y de vida", han regulado una particular "modalidad de ejecución de la relación de trabajo subordinado", definida como trabajo "ágil".

La peculiaridad de esta disciplina, que ha suscitado un notable debate en la doctrina italiana, radica en que la ley, por un lado, califica expresamente el trabajo ágil como trabajo por cuenta ajena, mientras, al mismo tiempo, confía la regulación de numerosos aspectos al acuerdo individual entre trabajador y empresario, admitiendo la posibilidad de desviaciones radicales del esquema causal tradicional del trabajo por cuenta ajena.

En particular, el artículo 18 y siguientes de la Ley 81 de 2017 no solo admite que el pacto individual de trabajo ágil pueda prever la realización de la prestación "también con formas de organización por fases, ciclos y objetivos y sin limitaciones precisas de

tiempo o lugar de trabajo", sino que ofrece a las partes individuales la posibilidad de apartarse del modelo jerárquico del artículo 2094 del Código Civil mediante una regulación consensual de los poderes del empleador.

El artículo 19 establece que el acuerdo individual "regula la prestación de trabajo" "también en lo que se refiere a las formas de ejercicio del poder de dirección del empresario" y el artículo 21 confía al acuerdo individual no sólo la regulación del "ejercicio del poder de control del empresario" sino también la identificación de las "conductas, relacionadas con la prestación de trabajo fuera de los locales de la empresa, que dan lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias".

La doctrina italiana ha hablado de contradicción en el sentido de que el poder del empresario, al convertirse en consensual, parece contradecir el esquema tradicional de subordinación que implica el carácter unilateral del ejercicio de dichos poderes.

Llegados a este punto, las preguntas que plantea el profesor Ludovico y a las que pretende responder son las siguientes: ¿la regulación del trabajo ágil ha convertido en consensual el ejercicio de los poderes del empresario? ¿Cómo puede conciliarse el carácter subordinado del trabajo ágil con la noción del artículo 2094 del Código Civil que implica el ejercicio unilateral de dichos poderes?

En la doctrina italiana ha prevalecido una lectura reduccionista de la disciplina del trabajo ágil para anular su significado potencialmente subversivo respecto al esquema del artículo 2094 del Código Civil, reiterando que la subordinación implica sometimiento al poder directivo unilateral del empresario sin posibilidad de regular o limitar consensualmente su ejercicio.

Sin embargo, no han faltado opiniones acreditadas –que el autor comparte y desarrolla– que han considerado imposible ignorar el dictado normativo, reconociendo la inequívoca voluntad legislativa de diferenciar el trabajo ágil del concepto tradicional de subordinación para asumir una dimensión consensual –ya deducible del Acuerdo Marco Europeo– tanto en el momento genético referido a la elección de recurrir al trabajo ágil, como en el funcional relativo a la regulación de la forma de conducir la relación y el ejercicio de los poderes del empresario.

La regulación consensual de los poderes patronales constituye una opción indicativa de la voluntad legislativa de limitar sus ejercicios unilaterales, inscribiéndose así en la tendencia a superar los esquemas jerárquicos propios del modelo organizativo fordista, de forma que se permita a las partes definir la estructura de intereses más congenial a los fines que pretenden perseguir.

La primacía del poder directivo deja así espacio para un programa de negociación acordado por las partes que se aleja en mayor o menor medida del modelo jerárquico del artículo 2094 del Código Civil, acentuando la tendencia del sistema al pluralismo normativo y a la diferenciación funcional a través de una forma "especial" de subordinación que pasa a ser "compartida".

Según el autor, la característica distintiva de este modelo diferente de subordinación no puede residir evidentemente en el requisito de la heterodirección, sino en el de la doble ajениación de la organización y del resultado de la prestación, que el Tribunal Constitucional italiano ya había reconocido en una importante sentencia.

En la sentencia núm. 30 de 12 de febrero de 1996, redactada por Luigi Mengoni, el Tribunal Constitucional había identificado el significado de la subordinación no tanto con el "modo de ser de la prestación" como con el "tipo de intereses a los que se funcionaliza la actividad", precisando, en la perspectiva de una visión pluralista de la subordinación, que esta última se identifica en su contenido mínimo en la concurrencia de dos condiciones: "la ajenidad (en el sentido de destino exclusivo a otros) del resultado para cuya realización se utiliza la prestación laboral, y la ajenidad de la organización productiva en la que se inserta la prestación".

La hetero-organización como requisito mínimo de la subordinación se confirma también en las reglas introducidas por el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 81, de 15 de junio de 2015, que estableció que, a partir del 1 de enero de 2016, la disciplina de la relación de trabajo subordinado se aplica también a las relaciones de colaboración que adoptan la forma de prestaciones de trabajo predominantemente personales y continuadas, cuyo modo de realización es organizado por el comitente, incluso cuando el modo de realización se organiza a través de plataformas, incluidas las digitales.

La disciplina del trabajo ágil y la de las colaboraciones parecen confirmar así que la subordinación ya no se identifica con el criterio exclusivo de la hetero-dirección sino con la hetero-organización, es decir, con la doble ajenidad de la organización y del resultado de la prestación.

Esto hace aún más evidente la perspectiva de la subordinación pluralista, donde junto a la hetero-dirección clásica existe un modelo diferente de relaciones laborales más, marcado por la colaboración y la consecución del resultado que por la sujeción a los poderes jerárquicos del empresario.

En el trabajo ágil, el verdadero problema, según el autor, es la coexistencia de los dos modelos en el sentido de que la revolución digital no ha sustituido completamente el modelo jerárquico por el modelo colaborativo, que coexiste con la subordinación tradicional sin reemplazarlo completamente.

Del pluralismo tipológico el profesor Ludovico deduce así el pluralismo regulatorio, que es objeto de profundización en el último capítulo de la obra, constatando cómo la cuestión más compleja es la verificación de la efectiva coherencia entre el esquema causal deducido en el acuerdo individual y la manifestación concreta de las posiciones de las partes en el curso de la relación.

En esta lógica, cuando las partes han optado por modular la prestación en función del resultado esperado, limitando o excluyendo el ejercicio de las facultades del empresario, la mayor autonomía del trabajador sobre el cuándo, el dónde y aún el *quantum* de la prestación sólo puede corresponder a un marco regulador diferente y coherente de la relación en materia de horario de trabajo, desconexión, retribución, seguridad en el trabajo y despido.

Cuando, por el contrario, la manifestación concreta de la relación demuestra la estructura jerárquica tradicional, deben aplicarse inevitablemente las normas ordinarias del derecho laboral, empezando por la relevancia del tiempo como criterio de mensuración del trabajo realizado y del rendimiento.

Los múltiples problemas que plantea el trabajo tecnológico a distancia encontrarían así una solución adecuada a través de un pluralismo regulatorio que sea capaz de distinguir dónde los mayores espacios de autonomía del trabajador están efectivamente autodeterminados por él y dónde son, por el contrario, sólo el reflejo de la mayor flexibilidad decidida unilateralmente por el empleador.

Según el profesor Ludovico, la cuestión fundamental que plantea la disciplina del trabajo ágil no es si se ajusta o no al esquema del art. 2094 del Código Civil sino la necesidad de articular el concepto fundamental de subordinación para considerar, sin confundirlos, los diferentes esquemas de intereses que se manifiestan en los sectores productivos más avanzados y en los más altos profesionalismos y en los más tradicionales respecto de los trabajadores con menos cualificaciones.

La digitalización del trabajo ha dejado aún más claro lo que la doctrina percibía desde hacía tiempo, a saber, la insuficiencia de una noción única y exclusiva de subordinación, interpretada según el criterio histórico de la heterodirección, para regular la creciente complejidad de la realidad moderna.

Este pluralismo se confirmó durante la disciplina introducida para hacer frente a la emergencia provocada por la epidemia de Covid-19. En tan solo unos días, el uso del trabajo ágil pasó de unos pocos miles a más de ocho millones de trabajadores. Evidentemente no se trataba del trabajo ágil disciplinado por el legislador sino de una variante impuesta por las necesidades de contener el contagio que poco o nada tenía de la consensualidad y agilidad del régimen previsto por la Ley núm. 81 de 2017.

Sin embargo, la experiencia adquirida durante la emergencia sanitaria también fue útil para comprender la diversidad tipológica del trabajo ágil, demostrando cómo para la mayoría de los trabajadores el trabajo ágil consiste simplemente en una ubicación espacial diferente de la prestación, mientras solo para una proporción mínima de trabajadores con mayor profesionalismo el uso de las tecnologías digitales conduce realmente a mayores espacios de autonomía.

Según el profesor Ludovico, la disciplina del trabajo ágil marca así la transición definitiva de la pretendida unidad del concepto de subordinación a su dimensión pluralista, que constituye la principal respuesta del sistema jurídico italiano a la creciente brecha producida por el progreso tecnológico entre trabajadores con diferentes habilidades y, como tales, portadores de intereses diferentes que de esta manera encuentran reconocimiento en la articulación interna del concepto de subordinación.

El libro se puede descargar gratuitamente en esta página: <https://air.unimi.it/handle/2434/971626>



Recensión de la obra de Tatsiana Ushakova: *El régimen jurídico de la migración laboral en el marco de la OIT, ADAPT*, University Press, 2023

Esperanza Macarena Sierra Benítez

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

emsierra@us.es  0000-0001-5335-0360

Recibido: 06.12.2023 Aceptado: 07.12.2023

En el marco del Proyecto de Investigación “Los grandes retos de la migración laboral; reflexiones y propuestas” (Ref. 2020/0003/008/001/002), concedido por la Universidad de Alcalá, en la convocatoria del Programa Propio de Investigación 2021 para Financiación Puente de Grupos Consolidados, se publica esta obra de la profesora Ushakova que, como bien indica la profesora Mella Méndez, autora del prólogo del libro “es el magnífico trabajo presentado en su día –como segundo ejercicio–, para el concurso de acceso a la Plaza de Profesora Titular de la Universidad de Alcalá de Henares”.

La obra se estructura en cinco grandes capítulos que, a su vez, llevan en los títulos los cinco movimientos de la conocida “Golden Sonata” de Henry Purcell. La idea es que cada uno de esos movimientos musicales sirva para transmitir al lector la emoción que subyace en el contenido de cada uno de esos capítulos. De este modo, los primeros dos hacen referencia a los fundamentos metodológico (*largo*) y jurídico (*adagio*), el tercero contiene una aproximación conceptual (*canzona*), y los dos últimos analizan los principales derechos (*grave*) y desafíos (*allegro*) a los que se enfrentan las personas migrantes en los países de acogida.

La obra tiene como objetivo abordar la migración laboral desde la perspectiva jurídica, combinada con un tratamiento histórico, demográfico, económico, sociológico, filosófico e, incluso como se afirma en los resúmenes de la obra, artístico y literario. Estos son elementos que hacen atractiva su lectura y permite que los estudiosos y profesionales *ius-laboralistas* adquieran un conocimiento multidisciplinar del fenómeno migratorio laboral.

Cuando la página web de la OIT hace referencia a la migración laboral dice que “los trabajadores migrantes contribuyen con el crecimiento y el desarrollo de los países de destino, mientras que los países de origen se benefician de las remesas y de las competencias

que los migrantes adquieren cuando están fuera de su país. No obstante, el proceso de migración implica desafíos complejos en términos de gobernanza, de protección de los trabajadores migrantes, de vínculos entre migración y desarrollo, y de cooperación internacional. La OIT trabaja para elaborar políticas que maximicen las ventajas de la migración laboral para todas las partes involucradas”.

En este sentido la protección del trabajador migrante se contempla en diversos textos de la OIT: Constitución, Declaraciones, Convenios y Recomendaciones de la Organización, como el Convenio 97 –igualdad de trato entre el trabajador migrante y el nacional–, o el Convenio 143 –en el caso de la migración irregular–. Sin embargo, como afirma la autora de esta monografía, éstos “no alcanzan el nivel de protección de los trabajadores migrantes fijado por la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, puesto que el planteamiento global y actualizado sobre la migración, incluida la migración laboral, se ha reflejado en los instrumentos de *soft law*.

Esta es una tendencia fijada desde comienzos de este siglo que exige un tratamiento de la migración laboral serio y riguroso, como el empleado por la profesora Ushakova, cuyo trabajo incorporo a mi biblioteca jurídica como obra de consulta, ya que está dotada de un excelente rigor jurídico. Esperamos que esta valiosa obra obtenga la difusión y transferencia a la sociedad que merece.



Recensión de la obra de José Luis Ruiz Santamaría: *El sistema de pensiones español en una sociedad en constante transformación. Un estudio desde una perspectiva holística y comparada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023

Rafael Borrego Peña

Doctorando en Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de Málaga

rafaelborrego@alu.uma.es  0009-0003-4979-5860

Recibido: 21.09.2023. Aceptado: 03.10.2023

Esta obra, recientemente publicada, constituye una reseñable contribución al análisis y comprensión de uno de los temas más relevantes y urgentes en la actualidad: el sistema de pensiones en España. Escrita por el profesor del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga, el Doctor José Luis Ruiz Santamaría, presenta una monografía que ofrece un profundo estudio desde una perspectiva holística, y que pretende arrojar luz sobre los desafíos que enfrenta el sistema de pensiones en un contexto de cambio social constante.

El libro se estructura en una serie de capítulos que abordan aspectos cruciales del sistema de pensiones español. En el primero, se estudia el origen y la evolución histórica de los programas creados para paliar las dificultades de la vejez, no solo en nuestro país sino también en el extranjero, destacando las figuras de Bismarck y Beveridge, nombres clave en la historia de los seguros sociales. Este análisis histórico, además de resultar de gran interés a cualquier persona que sienta curiosidad por conocer los orígenes de los sistemas de previsión social, nos ofrece una visión dinámica que ayuda a dar contexto a los siguientes apartados que describen con mayor detalle los aspectos del sistema.

En el segundo capítulo, el autor aterriza en la España actual y explica los aspectos más relevantes de nuestro sistema de pensiones, arrojando luz sobre las recientes reformas y trazando algunas importantes consideraciones a futuro. La sostenibilidad de las pensiones es uno de los temas más candentes en nuestro país y son numerosas las voces que, desde uno y otro lado del espectro ideológico, abogan por la necesidad de realizar transformaciones profundas, fundados principalmente en el envejecimiento generalizado

de la población y las estrecheces económicas que con frecuencia atraviesan las arcas públicas.

En el tercero, el autor atraviesa las fronteras nacionales y da una perspectiva europea sobre el estado de la materia, dando las principales claves sobre los enfoques actuales en el continente y en el seno de la Unión Europea. Además, va más allá y estudia a grandes rasgos la situación atravesada por el resto de los continentes del planeta. Esto resulta de interés mayúsculo, no solo por albergar los diferentes continentes patrones culturales y marcos regulatorios diametralmente opuestos, sino también por contar éstos con estructuras demográficas y económicas muy dispares con la realidad europea y occidental. El caso africano es quizá el más llamativo, al ser esta región la que goza una mayor tasa de natalidad y una edad media más baja, lo que le garantiza a largo plazo una gestión menos tensa de sus todavía incipientes sistemas de pensiones, a pesar de que ve emigrar a buena parte de su población más preparada para trabajar. Estará por ver si en el futuro próximo España y Europa, importantes destinos de tal migración, tratan estos flujos de personas como amenaza al equilibrio social o como potencial balón de oxígeno para unos sistemas de pensiones sedientos de contribuyentes.

El cuarto capítulo gira hacia otro tema de gran actualidad y con el que España sigue teniendo una deuda pendiente: la brecha de género. Estrechamente relacionada con la brecha de género laboral, la brecha pensional sigue marcando unas disparidades muy significativas entre hombres y mujeres que necesitan ser atajadas con mayor rigor. Aunque han sido inéditos los avances en los últimos años en materia de derechos económicos y sociales de la mujer, el sistema de pensiones tiende a arrastrar las fallas de décadas pasadas en las que la población femenina quedaba relegada al trabajo doméstico o a la precariedad en sus muy diversas formas, resultando en pensiones más modestas que las de los hombres. Aportando datos estadísticos sobre salarios y sobre pensiones contributivas y no contributivas, el autor realiza una crítica rigurosa del marco actual y trae a colación los posicionamientos y normativas surgidos en el seno de organizaciones como la ONU o la OIT, además de señalar el destacado rol que han venido teniendo los órganos jurisdiccionales a la hora de aportar soluciones interpretativas que ayudaran a reducir esas brechas de género.

El quinto y último capítulo recoge las crecientes preocupaciones existentes en el seno de la sociedad en cuanto al impacto de la tecnología en la vida económica y laboral de la población. La digitalización y la robotización, con su velocidad exponencial de desarrollo y su capacidad de automatizar cada vez procesos productivos de mayor complejidad, amenaza con volver redundante a buena parte de los trabajadores, en especial los dedicados a puestos de menor cualificación. Aunque los efectos disruptivos de la tecnología son, por su propia naturaleza, difíciles de prever, el autor trata de poner sobre la mesa y dar respuesta a algunos de los principales debates surgidos en este contexto. De entre todos ellos, quizá el más llamativo es el que trata la propuesta de incluir cotizaciones obligatorias para los robots, de forma que aporten una contribución que compense su cara destructiva desde el punto de vista del empleo.

Vista la obra en su conjunto, uno de sus puntos fuertes es su enfoque metodológico de carácter holístico; el autor no se limita a examinar los aspectos puramente financieros o jurídicos del sistema de pensiones, sino que también se sumerge en las dimensiones sociales, demográficas y políticas que lo rodean. Esto permite una comprensión más completa de los desafíos y las soluciones posibles, ofreciendo las ventajas de una óptica multidisciplinar.

Es de recibo resaltar el esfuerzo realizado por el profesor Ruiz Santamaría para sintetizar información tan compleja en una obra de reducida extensión, tarea solo al alcance de quienes gozan de un sólido dominio del tema. El contenido se muestra claro y accesible para los lectores, facilitando que cualquier persona interesada, sin necesidad de formar parte de la academia, pueda tener una obra de referencia y actualidad con la que entender el universo del sistema de pensiones y los retos a los que se enfrenta.



Varia



La costumbre, fuente de Derecho, en las Bodas de Añora

CUSTOM, SOURCE OF LAW, IN AÑORA WEDDINGS

María Dolores Rubio de Medina

Doctora en Derecho y Licenciada en Antropología Social y Cultural

md.rubio.de.medina@gmail.com  0000-0001-7510-4611

Recibido: 19.11.2023. Aceptado: 02.12.2023

RESUMEN

A principios del siglo XX, aún quedaba memoria de los ritos seguidos en las bodas que se celebraban en Añora (Córdoba). Existía un conjunto de prácticas, desde el cortejo hasta la celebración del matrimonio, que fueron fuente de Derecho Consuetudinario. A ese conjunto de reglas se le intenta encontrar cierta equivalencia con el Código de Derecho Civil actual.

ABSTRACT

At the beginning of the 20th century, there was still memory of the rituals followed at the weddings that were celebrated in Añora (Córdoba). There was a set of practices, from courtship to the celebration of marriage, that were a source of Customary Law. An attempt is made to find a certain equivalence to this set of rules with the current Civil Law Code.

PALABRAS CLAVE

Boda
Compromiso matrimonial
Dote
Capitulaciones
matrimoniales
Costumbre
Derecho Civil

KEYWORDS

Wedding
Commitment
Dowry
Marital agreements
Custom
Civil Law

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: REVISIÓN DE UN LIBRO SOBRE BODAS RURALES
- II. RITUALIDADES DE «LAS BODAS DE AÑORA»
- III. LAS RITUALIDADES Y EL DERECHO
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN: REVISIÓN DE UN LIBRO SOBRE BODAS RURALES

Es de sobra conocido que el sistema de fuentes clásico, en el Derecho español, se articula sobre la ley, la costumbre y los principios generales de Derecho; no obstante, el peso de la costumbre, en la actualidad, se encuentra muy atenuado, más si tenemos en cuenta la tendencia a «sobrelegislar» ante hechos para los que, aparentemente, según los legisladores, no existe norma, cuando se podrían encontrar soluciones aplicando la costumbre o la analogía.

En siglos pasados, la costumbre –o el Derecho Consuetudinario con sus «pequeñas particularidades locales»– transmitida de padres a hijos, era lo suficiente sólida como para tener aplicación práctica en diversos ámbitos. Concretamente me interesa analizar el papel del Derecho Consuetudinario en uno de los ritos de paso que existen en casi todas las culturas: el matrimonio, utilizando para ello la descripción de las ritualidades que desde el cortejo culminaban en la boda, en una de las localidades de Los Pedroches: Añora, que actualmente ronda los 1.500 habitantes.

Añora tuvo en su día una completa compilación de Derecho Consuetudinario aplicable al cortejo y al matrimonio; costumbres locales y económicas que D. Antonio Porras Márquez puso por escrito, con la ayuda de diversas fuentes locales y, sobre todo, por la información facilitada por D. Andrés Moreno, Licenciado en Derecho y Secretario del Ayuntamiento. El estudio realizado por D. Antonio Porras Márquez se publicó en 1916, con el título de *Prácticas de Derecho y Economía Popular observadas en la villa de Añora*. La investigación fue premiada en 1914, en el concurso sobre Derecho Consuetudinario y Economía Popular convocado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Madrid), y fue publicado dos años después.

El libro (116 páginas) nos descubre las costumbres inherentes a tres ritualidades diferentes: «Las bodas en Añora», «El culto a los muertos», y el «Seguro de bestias de labor». Mi análisis se centra, tan sólo, en la parte referida a las bodas, que se desarrollan de las páginas 19 a la 89. Esta parte, a su vez, se encuentra subdividida en dos apartados diferentes:

- I Parte: es una detallada descripción de las costumbres locales de Añora practicadas en relación al noviazgo y la boda: cortejo del novio a la novia, la pedida de mano, el intercambio de regalos, las amonestaciones, la celebración del matrimonio y el convite de boda. El autor ordena esta parte en siete apartados distintos que denomina «párrafos». Lo destacable, en mi opinión, son las referencias a la dote y a los regalos que se realizan a lo largo de toda la ritualidad,

con la finalidad de que los nuevos esposos constituyan un capital en común necesario para asentar el futuro de su unión.

- Il Parte: en este apartado, Porras Márquez, relaciona los siete «párrafos» o pasos en los que divide el rito de paso del matrimonio con determinados antecedentes históricos y jurídicos, con los que intenta justificar –o buscar el origen– en las costumbres locales. No obstante, no me parece que es lo suficiente interesante como para comentarla con detalle, puesto que no relaciona dichas costumbres con el Derecho Positivo aplicable a principios del siglo XX, el Código Civil, norma que se publicó mediante el Real Decreto de 24 de julio de 1889 y que llevaba aplicándose unos 25 años cuando realizó su estudio. El autor opta por buscar analogías jurídicas en el Derecho antiguo lo que resulta, francamente, bastante desconcertante, más allá de demostrarnos sus conocimientos sobre el Derecho clásico.

II. RITUALIDADES DE «LAS BODAS DE AÑORA»

Más que explicar, desde el punto de vista antropológico las costumbres locales previas a la boda, me centraré en exponer las repercusiones monetarias que, para los novios y sus allegados, conllevaba la celebración del rito matrimonial mediante la «palabra dada». El autor, en su estudio, utiliza el término «párrafo» para pasar de una fase a otra y organizar su estudio; separación que, en este artículo, denominaré «fases», para señalar las diferentes etapas.

1.^a Fase: En esta etapa, lo destacable es el inicio del cortejo por parte del novio y que se desarrolla dentro de la casa de la novia, concretamente en el pasillo central de la vivienda. Las casas de Los Pedroches destacan más que por su fachada, por su profundidad. Desde la puerta de la calle y hasta los patios, parte un largo corredor, del que salen, a ambos lados, las habitaciones, la salita –cuando existe– y la cocina.

En esta fase, durante la cual el hombre ronda a la futura novia, lo extraño es que no se pedía consentimiento, ni a los padres de la novia, ni a la futura novia, para entrar dentro de la casa. El hombre cuando le apetecía, entraba dentro y le daba «palique» a la muchacha. Esa falta de consentimiento expreso, al día de hoy, es bastante desconcertante, estando tan de moda sacar a la palestra el consentimiento en las relaciones afectivas, a resultas de la aprobación de la «Ley del sí es sí» (Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual).

En el pasado, en el inicio de la relación del noviazgo, no nos encontrábamos, como se ha avanzado, ante un consentimiento expreso, sino ante uno basado en la sutileza tácita. Así lo relata Porras Márquez cuando escribe que el futuro novio entra en la casa de la mujer que desea tener por esposa, sin pedir permiso a nadie «(...) y se sienta al lado de la novia, y 'cuando no *espachan* será que todos están conformes. ¿Para qué, pues; pedir permiso?»¹. Ahora la exigencia sería tener el permiso expreso para entrar

1. Porras Márquez, A.: *Prácticas de Derecho y Economía Popular observadas en la villa de Añora*, Real Academia de Ciencias Morales y Positivas, Madrid, 1916, pp. 24-25.

en la vivienda, la presunción se quedaría atrás, pues podríamos encontrarnos ante un posible allanamiento de domicilio.

Desde esa fase tan temprana de la relación comenzaba a practicarse una de las costumbres que irían *in crescendo*, a medida que la relación se va consolidando: la entrega de regalos –en dinero o en especie–, con la particularidad de que estos obsequios no afectaban, solamente, a los novios y a sus familiares, sino que extendían a los invitados a la boda, a los vecinos y a los conocidos, ¡fueren invitados o no! El novio comenzaba el cortejo regalándole a su futura novia alguna bagatela y, sobre todo, para que se notase que era cosa de suerte, no un gasto hecho a propósito, solía participar en las rifas de las fiestas del pueblo. Lo que tocaba, para la novia. Este artificio era una forma muy sutil de demostrar que no estaba comprando la novia (aunque si era de buena cartera, la compra de un mayor número de boletos de la rifa, le daba mayores posibilidades de despertar el interés de la muchacha, al haberle tocado más cosas en la rifa); en todo caso, en esta etapa lo importante, más que el dinero del novio y/o de su familia, era seguir los cauces que imponía la costumbre para demostrar el cariño o la palabra dada hasta la celebración de la boda.

A medida que la relación se iba afianzando, los regalos que hacía el novio iban subiendo de valor² y/o de utilidad. Cobraba una importancia primordial que el novio le regalase a la novia ¡una navaja! La razón para este sorprendente regalo, se encontraba en las peculiaridades socio-económicas de Los Pedroches, zona eminentemente agrícola y ganadera, muy apartada de las grandes rutas comerciales y/o viajeras, donde la navaja era un artículo de lujo que la novia precisaría en su vida futura: durante los viajes para los almuerzos, en la recogida de la aceituna, en las labores agrícolas, etc., al ser los cuchillos de mesa un lujo³.

Para la novia no existía la obligación de responder a los regalos de su cortejador, no estaba obligada a regalarle nada, sólo cuando llevaban muchos años de relación o el compromiso se hubiere consolidado, podía regalarle una bagatela (un pañuelo, por ejemplo)⁴.

2.ª Fase: el petitorio. Era cuando la familia de la novia se enteraba oficialmente del noviazgo. Curioso cuando el novio había cortejado a su deseada en la misma casa paterna. Se celebraba lo que se llamaba «el pedío». El día anterior, por parte del novio, una mujer mayor, vestida de negro y con mantilla, se presentaba en casa de la novia para avisar a los padres de la muchacha que el novio haría el «pedío»⁵. En esta oficialización de la relación, de nuevo, si nos atenemos a las normas actuales, entraríamos en conflicto, otra otra vez, con la «Ley del sí es sí», puesto que el consentimiento de la novia se manifestaba de una forma muy curiosa. Según Porrás Márquez, alguien de la comitiva del novio, decía: «Ya sabrán ostés a lo que venimos»; respondían por parte de la novia: «Sí, ya no lo figuramos»; y la novia, como tenía que decir algo, toda apurada,

2. Porrás Márquez, A.: Ob. cit., p. 25.

3. Porrás Márquez, A.: Ob. cit., p. 59.

4. Porrás Márquez, A.: Ob. cit., p. 25.

5. Porrás Márquez, A.: Ob. cit., p. 28.

respondía: «¡A ver!»⁶. ¡Y ya eran oficialmente novios! No sé ustedes, pero cuando leo y releo este párrafo, me imagino a todo el *staff* vinculado a las Políticas de Igualdad protestando. ¿Qué forma de dar el consentimiento es ésa?

Pasado el mal momento, comenzaba el ritual necesario para crear un pequeño capital para asegurar unos recursos mínimos para el futuro matrimonio. La familia del novio por la palabra de la novia, por ese «¡A ver!», le entregaba «cinco duros, una rosca de fideos o una torta de bizcochos y un canastillo de fruta del tiempo»⁷.

3.^a Fase: Ir a «ca» el cura. La costumbre era visitar al cura en su casa para acordar el inicio de las amonestaciones matrimoniales y fijar el día de la boda. Se hacía así por una razón económica: el cura cobraba menos si no salía de su casa; eso sí, esa visita era antes del toque del Ángelus, de ser después, los emolumentos serían dobles⁸.

Tras acordarse el casamiento, el pueblo entraba en acción con felicitaciones y, sobre todo, con burlas. Al caer la tarde, los mozos se congregaban ante la casa y hacían sonar campanas e instrumentos, armando gran ruido y diciendo, con gran jolgorio: «¡Que se la llevan! ¡Qué se la llevan!». Los novios, muertos de vergüenza, intentaban escapar de las burlas de los escandalosos⁹.

Ese mismo día se realizaba un pequeño convite en casa de la novia (copa de vino, bizcocho y garbanzos tostados), y proseguía el ritual de hacer crecer el capital de la novia. Las tías carnales del novio estaban obligadas a dar, cada una de ellas, 14 reales «para la almohada»¹⁰.

Este acto, no solo fijaba la fecha de la boda, sino que también determinaba la pérdida de libertad de la novia, pues quedaba recluida en casa y solo salía para ir a misa¹¹. Es decir, que para proteger su honor, y el de su futuro marido, nos encontramos con que la presión social le impedía, por este Derecho Consuetudinario no escrito, la libre circulación, hoy reconocida constitucionalmente.

4.^a Fase: Acabar el casamiento. La víspera del domingo en que se hacía la segunda amonestación, los novios realizaban un pequeño viaje. Por razones económicas y comerciales, lo normal era ir a Pozoblanco (a poco más de 7 kilómetros de Añora). Pozoblanco fue la única ciudad de Los Pedroches, junto con Hinojosa del Duque (1927), que obtuvo el título de ciudad en 1923, precisamente por su creciente desarrollo en agricultura, industria y comercio. El viaje tenía como principal objetivo: comprar pañuelos de seda a dos pesetas «para acabar el casamiento».

El domingo, el padrino de boda, le llevaba a la novia en una caballería un surtido asombroso: un costal nuevo de fanega y media de trigo, un jamón añejo, un *agnus-dei* (un cordero), un canastillo con garbanzos, una vara de holanda, una pieza de tela bordada para la camisa, un anillo, una «manila» (mantón) o dinero para comprarla. La novia recibía los regalos y le daba al padrino un pañuelo de nariz de color y bordado;

6. Porras Márquez, A.: Ob. cit., p. 28.
7. Porras Márquez, A.: Ob. cit., p. 28.
8. Porras Márquez, A.: Ob. cit., p. 29.
9. Porras Márquez, A.: Ob. cit., p. 30.
10. Porras Márquez, A.: Ob. cit., p. 30.
11. Porras Márquez, A.: Ob. cit., p. 30.

y otro, blanco y bordado, para que el novio lo llevase en la boda¹², precisamente de los que habían sido adquiridos en el viaje a Pozoblanco. Porrás Marquez, al conjunto de regalos recibidos por la novia, los llama las «arras» porque entre ellos va el anillo. Estos obsequios o «arras» tenían la particularidad de que no se devolvían por la novia, aunque el matrimonio no llegase a celebrarse.

Ese domingo por la noche, visitaban a la novia los tíos carnales y los hermanos casados, llevándole a la mujer: 24 reales, los tíos y 8, los hermanos¹³. Este tipo de desembolso en realidad era, en realidad, una ayuda que realizaba la familia para auxiliar a la novia en los gastos extraordinarios¹⁴. A estos dineros se los conocía con el nombre de «acabar el casamiento»¹⁵. La novia, por el contrario, seguía siendo muy austera en su correspondencia, pues sólo estaba obligada a dar uno de los pañuelos comprados por dos pesetas a cada tío, y media libra de chocolate a las tías.

5.ª Fase: Semana anterior a la boda. Transcurría entre los preparativos necesarios para celebrar la boda (limpieza de las casas y preparación de la comida); realizándose el domingo, el relleno, uno de los productos característicos de Los Pedroches, hoy exclusivamente vinculado al Carnaval. Se trataba de hacer unas morcillas que se le echaban en el cocido para cocerlas. Los ingredientes son: jamón picado, paleta con cura de unos tres meses, huevos duros, huevos crudos, perejil, sal, azafrán; a veces, un poco de pan rallado¹⁶.

En esta fase prosiguen los regalos, en este caso, en especie. Se acostumbraba por parte de los invitados a la boda mandar una gallina y una docena de huevos; y si no se estaba invitado, la obligación era mandar una docena de huevos. Estos productos se utilizaban en la preparación del relleno y las comidas de la boda, hasta el punto que era noticia que saliera en los periódicos la cantidad de huevos utilizada en una boda.

Al parecer, Porrás Márquez justificó la costumbre de mandar esos regalos en el pago a escote de los gastos de comida que aparece en un Ordenamiento dado para Sevilla en la Corte de Alcalá de Henares de 1348.

6.ª Fase: «Los daos». Como si no fuera suficiente, el domingo de relleno (el matrimonio se solía realizar el lunes siguiente, puesto que lo importante era que la gente no estuviera trabajando en el campo para poder asistir al banquete), se celebraban los «daos», que consistía en «una donación, una manera de constituir un pequeño caudal para los nuevos esposos y a cuya formación contribuyen gentes muy diversas»¹⁷.

Antes del toque del Ángelus, concurrían todos los invitados a la boda y los que, sin estarlo, tenían la obligación cumplir con la familia de la novia. Esta se sentaba en un banco de su casa, con su madrina de bautismo a la izquierda y una parienta cercana

12. Porrás Márquez, A.: Ob. cit., p. 33.

13. Un real equivalía a 25 céntimos de peseta, 4 reales equivalían a una peseta. Es decir, que los tíos daban 6 pesetas y 2 pesetas, los hermanos. El 28 de febrero de 2002 desapareció la peseta al ser sustituida por el euro como moneda de curso legal.

14. Porrás Márquez, A.: Ob. cit., p. 80.

15. Porrás Márquez, A.: Ob. cit. p. 81.

16. La variedad que describo es la que he visto y he ayudado hacer en mi casa; de un pueblo a otro, puede existir variedad de ingredientes, incluso puede añadirse pollo a la morcilla del relleno.

17. Porrás Márquez, A.: Ob. cit., p. 43.

a la derecha. Entraban los invitados, la novia extendía la mano derecha, en la que los invitados van depositando «el don»: los hombres, una peseta de plata; las mujeres, dos reales. Cuando a la novia se le llenaba la mano con los dineros, dejaba las monedas en un canastillo.

«Los que tenían que cumplir» eran la familia del novio, que cuando entraban en la casa de la novia, la madrina de bautismo dejaba su puesto a la madre del novio. Las tías carnales daban un duro¹⁸; pero si las tías estaban casadas, como el marido ya había dado un duro, solo daban una peseta. Un duro daba el padre del novio, dos pesetas la madre del novio, un duro las hermanas del novio y una peseta los solteros. El mismo rito correspondía a los familiares de la novia, que daban esas mismas cantidades. Cuenta Porras Márquez que, para reunir un capital de 500 pesetas en el transcurso de esta ceremonia, tenían que asistir al «dao» unas 600 personas. Tras el «dao» había baile y convite¹⁹.

Estos regalos, según Porras Marqués, tenían su origen en la rareza que era la costumbre de la dote en Añora, que se sustituye por los «daos»; con la particularidad de que no había lugar a la devolución, por ser escaso el tiempo que transcurría entre los «daos y la boda»; y precisa que, si alguno de los novios volvía a contraer matrimonio, lo normal era que las personas que dieron el «dao» para el primer matrimonio, no volvieran a darlo²⁰.

7.ª Fase: La boda y su celebración. Se tiraba la casa por la ventana, se comía, se bebía y se gastaba de forma exagerada, puesto que se partía de la idea de que la boda sólo se celebra una vez en la vida, por lo que «no hay novio que perdone a sus padres el que ese día no echen la casa por la ventana»²¹. Por si fuera poco, los gastos alcanzaban a los vecinos de la calle donde se celebraba la boda, puesto que estos invitaban a sus parientes y amigos a comer, que es lo que se conocía como «estar la calle de boda»²².

Una de las particularidades era el orden que adoptaba la comitiva que iba a la iglesia para la boda. Marchaba delante el novio con sus amigos; detrás iba la novia con el resto de las mujeres; es decir, había separación de sexos, la explicación a este fenómeno se encuentra en que era la forma de demostrar que la novia seguía al novio por propia voluntad, que no estaba siendo obligada a casarse; ciertamente, es un argumento extraño porque el autor del estudio apoya sus razonamientos en la Historia clásica (el rapto de las Sabinas)²³.

III. LAS RITUALIDADES Y EL DERECHO

El control de las diversas donaciones que se hacían a los novios se relacionaban en un documento que era conocido en Añora con el nombre de «La Carta». Este documento,

18. 5 pesetas o 20 reales.

19. Porras Márquez, A.: Ob. cit., pp. 44-45.

20. Porras Márquez, A.: Ob. cit., p. 85.

21. Porras Márquez, A.: Ob. cit., p. 48.

22. Porras Márquez, A.: Ob. cit., p. 55.

23. Porras Márquez, A.: Ob. cit., p. 87.

sería lo que actualmente conocemos como un papel de formato A-3, doblado en dos mitades, dando lugar a cuatro carrillas, o cuatro hojas. En este papel se anotaba lo que cada novio aportaba al matrimonio, previa tasación. «La Carta» la solían escribir algunas mujeres de Añora, y en la misma no se incluía ni fecha ni firmas; y, pese a todo, tenía la misma firmeza para las partes que un documento público²⁴.

En el anverso de «La Carta», por separado, se anotaban los dones que habían recibido el novio y la novia a lo largo del rito, pero sólo era la manera de hacerlos constar, puesto que, si el matrimonio no se celebraba, la novia no estaba obligada a devolverlos, se consideraban como bienes propios. También se anotaban aquí los 14 reales «para la almohada» que recibía la novia en la tercera fase del rito, que tenían la finalidad de que la novia pudiera completar el ajuar²⁵.

Entre los regalos del novio, salvo rarezas, no se anotaban los gastos de la boda, salvo que los novios hubieran tenido que pedir dispensa para casarse²⁶, en este supuesto, estos gastos sí se anotaban en «La Carta».

Porras Marquez intenta buscar la razón por la que la novia no hacía regalos al novio. La explicación que da es un argumento incompresible en la actualidad, al ser discriminatorio y machista. Considera el autor del estudio que se halla en la naturaleza, donde el macho está obligado a cortejar y mostrar arrogancia para conquistar a la novia²⁷. Para el colmo, cita como precedente a *Las Partidas* (Ley 3.ª, título XI, Part. 4.ª): «E si acaesciese que la esposa ficiesse don a su esposo, que es cosa que pocas vegadas aviene, porque son las mujeres naturalmente codiciosas...».

Considera Porras que los cinco duros que se dan en la pedida (2.ª Fase del rito), no son, sino la supervivencia de la «primitiva y genuina dote española»²⁸; mientras que el resto de los regalos: fideos, frutas, etc., tienen carácter simbólico, al ser el pueblo de Añora un gran cultivador de símbolos y supersticiones. La rosca de fideos, por ser redonda era símbolo del infinito (que el amor sea eterno); y la canastilla de frutas, los sanos frutos del matrimonio²⁹.

En la 3.ª fase, cuando los amigos del novio, tras haberse puesto de acuerdo los novios con el cura, dicen en plan jaranero, refiriéndose a la novia: «¡que se la llevan!»; Porras Márquez, que tenía que ser un señor con muchísima imaginación, escribe que era un equivalente simbólico del rapto; es decir, ni más ni menos usa el mito de las Sabinas para justificar esa costumbre. De la misma manera, este argumento le sirve para explicar el papel pasivo de la madre de la novia, la cual no estará presente ni en la boda ni en su celebración, sino que sigue en su casa realizando sus quehaceres o labores habituales, justamente por fundamentarse en el rapto³⁰ de las mujeres.

24. Porras Márquez, A.: Ob. cit., p. 55.

25. Porras Márquez, A.: Ob. cit., p. 73.

26. Porras Márquez, A.: Ob. cit., p. 55.

27. Porras Márquez, A.: Ob. cit., p. 60.

28. Porras Márquez, A.: Ob. cit., p. 67.

29. Porras Márquez, A.: Ob. cit., pp. 70-71.

30. Porras Márquez, A.: Ob. cit., p. 89.

La pregunta que surge, después de haber descrito un resumen del rito, es sí, al día de hoy, ¿existen equivalencias jurídicas a «La Carta»? Para ello, nada mejor que observar alguna de las costumbres descritas bajo la óptica del Código Civil (en adelante, CC).

Obviamente, la equivalencia más práctica para explicar los distintos regalos sería acudir al concepto de dote, aunque el autor prefiera usar el término «arras». «La Carta», en su tiempo, pudo cumplir un papel similar a «las capitulaciones matrimoniales», que actualmente se regulan el Capítulo II, del Título III, Libro Cuarto del Código Civil (artículos 1325 a 1335); también se deberá tener en cuenta el Capítulo III. «De las Donaciones por razón del matrimonio» (arts. 1226 a 1343), incluido dentro del mismo Título y Libro.

Con las Capitulaciones matrimoniales los otorgantes podrán «estipular, modificar, sustituir el régimen económico del su matrimonio o cualquier disposición por razón del mismo» (art. 1325 CC). «La Carta», como hemos visto, se «rellena» antes del matrimonio, aunque la finalidad que persigue es asentar el futuro, puesto que se busca que los nuevos esposos tengan un capital para iniciar su vida en común; al igual que las capitulaciones (art. 1326 CC). Obviamente, nada impide que «la Carta» pudiera completarse después de la celebración del matrimonio. En términos de analogía, ese documento puede considerarse como la versión económica o pobre de las Capitulaciones, puesto que no se elevaban a escritura pública como aquellas (art. 1327 CC); aunque evidentemente, la redacción de «la Carta» conllevaba cierto desembolso económico, puesto que la buena fe exigiría que alguien ajeno a las partes la elaborase, con lo que había que pagarle el servicio. En Añora, al parecer, existían un par de mujeres que realizaban esta función; digamos que serían una especie de escribanas locales, que cobraban por este menester.

Los acuerdos que se adoptan en las Capitulaciones matrimoniales, además de realizarse en escritura pública, se reafirman al tener cabida en el Registro Civil. Así el art. 60.1 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, establece que, junto a la inscripción del matrimonio, se anotará el régimen económico legal o pactado, así como los pactos y demás hechos que afecten al mismo. Aparentemente, la redacción del artículo no se refiere a pactos públicos realizados con escritura pública, por lo que, en principio, si hoy, alguien quisiera redactar una «la Carta» en la que se dispusiera alguna premisa o circunstancia que afectase al matrimonio, podría intentarse su inscripción en el Registro Civil de la localidad, precisamente por la importancia que tenía esta costumbre en el ámbito local.

Evidentemente, lo que hubieran acordado las partes, si hubieran decidido poner alguna obligación por escrito en «la Carta», no tendría otro límite que las costumbres aplicables a «Las Bodas de Añora», si no existiere oposición entre las partes; en su tiempo, nada impedía, por otro lado, que se introdujeran en «la Carta» aspectos no regulados por la costumbre, siempre que se tratase de acuerdos que no estuvieran prohibidos legalmente. La costumbre es, también, uno de los límites de las capitulaciones matrimoniales, puesto que se consideran nulas las estipulaciones contrarias a las leyes, a las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de los derechos que correspondan a cada cónyuge (art. 1328 CC).

Hay que tener en cuenta que el concepto de igualdad conyugal, en el siglo XIX y a principios del siglo XX, no era el mismo que el actual. Con las normas aplicables hoy en día, no podemos asegurar si eran justas y/o equitativas, las extrañas costumbres que hemos conocido. Por otro lado, carecemos de documentos que nos permitan realizar un análisis más riguroso, al no tener acceso a alguna «Carta» histórica que sirva de fuente. Lo que está claro es que, desde el momento de la celebración del compromiso y hasta el momento en que se contraía el matrimonio, todas las ritualidades favorecían a la mujer que recibía muchos más dones que el hombre, la cual, de no celebrarse el matrimonio, no estaba obligada a devolver lo recibido. Obviamente al existir un período tan breve entre la fase de «los daos» y el matrimonio, era raro que se produjeran rupturas de compromiso de la noche a la mañana, con lo que el no tener que devolverlos, en realidad, no se producía en la práctica ante la ausencia de rupturas reales que justificaran la devolución de «los daos». No es así cuando analizamos la normativa aplicable en la actualidad, puesto que, en el caso de las Capitulaciones, se establece que si se estipulan acuerdos para el futuro matrimonio y este no se celebre en el plazo de un año, los mencionados acuerdos quedarían sin efecto (art. 1326 CC); problema este, que como hemos visto, no tenían en Añora.

Los regalos, y especialmente el dinero que daban las diferentes personas, especialmente la familia de los futuros contrayentes, también podríamos encuadrarlo, en la actualidad, en la realización de «donaciones por razón del matrimonio» (art. 1336 CC). El Código Civil precisa, que en lo que se refiere a la propiedad de los bienes donados por razón del matrimonio, que siempre que se donen conjuntamente a los esposos, pertenecen a ambos pro-indiviso, a menos que la persona que efectuase la donación estableciere otra cosa (art. 1339 CC). En el caso de «las Bodas de Añora», la costumbre no presupone que estuviéramos ante bienes pro-indiviso, sino ante bienes particulares de la novia o del novio, que tenían la finalidad de sobrellevar las cargas económicas del matrimonio. Otra posibilidad al buscar analogía entre las costumbres de las «Bodas de Añora» y la normativa actual está, por ejemplo, en el artículo 1341 CC que permite que los futuros esposos puedan donarse bienes presentes; caso del padrino del novio cuando iba con un carro atestado a dejar presentes («las arras», según Porrás Márquez) en casa de la novia.

Concluyendo, el libro *Prácticas de Derecho y Economía Popular observadas en la villa de Añora* prueba la autoregulación de los ritos de paso practicados en sociedades pequeñas, dando lugar a unas normas basadas en la costumbre y que, al día de hoy, con la saturación informativa propia de la sociedad de la globalización y la circulación de datos por internet, sería impensable no sólo para poner en práctica –con las convenientes adaptaciones en base a la igualdad entre mujeres y hombres–, sino también para crear nuevas reglas que sustituyeran estas prácticas de economía popular. Lo sorprendente es que, en el imaginario popular y en la prensa de la época, lo destacable no eran las prácticas en sí, sino «los utensilios culinarios» con los que los contrayentes y sus familias obsequiaban a sus invitados, hasta el punto que de ellos se hacía eco la prensa, así por ejemplo, en «La Correspondencia de España», de fecha de 29 de junio de 1896, que con el título de «Boda Rumbosa», detalló los citados utensilios: «Ocho

fanegas de pan, doscientos reales para la compra de carneros, noventa gallinas, veinte conejos, ciento sesenta tajadas de lomo con sus correspondientes chorizos, arroba y media de arroz con leche, dos fanegas de garbanzos tostados, cinco cuartillas de garbanzos para el cocido, ocho arrobas de vino y ciento noventa docenas de huevos. (...).

No faltaba más a esta pintoresca relación que el aditamento de buen número de botellas de Leoches, para prevenir los desastrosos efectos de tan suculento y variadísimo menú».

Bibliografía

La Correspondencia de España (prensa), 29 de junio de 1896.

Porras Márquez, A.: *Prácticas de Derecho y Economía Popular observadas en la villa de Añora*, Real Academia de Ciencias Morales y Positivas, Madrid, 1916.



Las vicisitudes de la flexiseguridad en la industria de videojuegos argentina*

THE VICISSITUDES OF FLEXICURITY IN THE ARGENTINE VIDEO GAME INDUSTRY

Julieta Melendi

Abogada e investigadora

Doctoranda en Derecho

Universidad Nacional de Rosario (Argentina)

julietamelendi@hotmail.com  0000-0002-8210-6858

Recibido: 31.05.2023. Aceptado: 27.11. 2023

RESUMEN

En este trabajo analizamos la configuración fáctica de la flexiseguridad laboral en la industria de los videojuegos argentina. A tal fin, tomamos como referencia cuatro ejes previstos en dos instrumentos de *soft law* de la Unión Europea. A partir de allí, cotejamos las dimensiones del fenómeno con los datos cuantitativos disponibles en nuestro país, específicamente en el Sistema Nacional de Información Cultural y con los informes estadísticos provenientes del Observatorio de la Industria de los videojuegos argentina, a la vez que introducimos fuentes cualitativas primarias y secundarias. En efecto, concluimos que la flexiseguridad se configura de hecho en la industria de los videojuegos argentina; no obstante, el Estado deberá introducir modificaciones normativas en lo concerniente al seguro de desempleo, para que la flexiseguridad no se convierta lisa y llanamente en flexibilización.

ABSTRACT

In this paper we analyze the factual configuration of labor flexicurity in the Argentine video game industry. To this end, we take as a reference four axes provided for in two soft law instruments of the European Union. From there, we compare the dimensions of the phenomenon with the quantitative data available in our country, specifically in the National System of Cultural Information and with the statistical reports from the Argentine Video Game Industry Observatory, while introducing qualitative sources. primaries and secondaries. Indeed, we conclude that flexicurity is in fact configured in the Argentine video game industry; However, the State must introduce regulatory changes regarding unemployment insurance, so that flexicurity does not simply become more flexible.

PALABRAS CLAVE

Flexiseguridad
Videojuegos
Flexibilización
Empleabilidad
Capacitación permanente y vitalicia

KEYWORDS

Flexicurity
Videogames
Flexibility
Employability
Permanent and lifelong training

* La presente investigación ha sido llevada a cabo en el marco del curso de posgrado acreditable "Derecho, tecnologías y complejidad" del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina).

SUMARIO

- I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS
- II. LA FLEXISEGURIDAD
 - A. Disposiciones contractuales flexibles
 - 1. *El rol de los sindicatos en el marco de la flexiseguridad*
 - B. Empleabilidad
 - 1. *La importancia del capital intelectual*
 - C. COMPATIBILIZACIÓN ENTRE LA VIDA SOCIAL Y LABORAL
 - D. SEGURIDAD EN LOS INGRESOS
- III. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS
- Bibliografía

Cuando pensamos en juegos, pensamos en diversión. Cuando pensamos en aprender, pensamos en trabajo. Los juegos nos muestran que esto está mal. Los juegos desencadenan un aprendizaje profundo que es parte de la diversión. Esto es lo que hace que los buenos juegos sean profundos.

James Paul Gee

I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

En este trabajo analizamos la configuración fáctica de la flexiseguridad laboral en la industria de los videojuegos argentina. A tal fin, tomamos como referencia cuatro ejes de este instituto previstos en dos instrumentos de *soft law* de la Unión Europea, a saber: “El libro verde de la Unión Europea para la modernización del derecho del trabajo” (en adelante, “el libro verde”)¹ publicado en el año 2006, y la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones: Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad” (en adelante, “la Comunicación”)², publicado en el año 2007. A partir de allí, cotejamos las dimensiones del fenómeno con los datos cuantitativos disponibles en Argentina, específicamente en el Sistema Nacional de Información Cultural (SINCA) del Ministerio de Cultura de la Nación y con los informes estadísticos provistos por el Observatorio de la Industria de los videojuegos argentina de la Universidad Nacional de Rafaela, a la vez que introducimos fuentes cualitativas primarias y secundarias. En cuanto a este último aspecto, incluimos dos entrevistas en profundidad que llevamos a cabo a las empresas *Hidden People Club*, sita en la ciudad de La Plata, y a *Dash Team Games*, geosituada en la localidad de Bahía Blanca y, fuentes secundarias, a partir de los relatos extraídos de otras investigaciones a trabajadores de la industria de las tics en Argentina.

1. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52006DC0708>

2. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0359&from=GA>

II. LA FLEXISEGURIDAD

El término flexiseguridad se le atribuye a Hans Adriaansens, quien a través de diversas conferencias y entrevistas lo comienza a difundir en la década de 1990. Dicha noción implica abandonar el paradigma de seguridad en el puesto de trabajo, para ser reemplazado por la seguridad en el empleo. De este modo, se conjeturaba con que al flexibilizar la normativa protectora laboral de entrada y de salida se iba a producir, como contrapartida, un mejoramiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores atípicos, signada, a su vez, por la capacitación y formación permanente de los empleados, la reducción de la jornada laboral y la protección frente al desempleo. No obstante, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) atribuye la acuñación del término a Dinamarca, quien junto a Holanda, han sido considerados casos exitosos en su aplicación³. Cabe destacar que en “el libro verde”, y en “la Comunicación” se citan como ejemplos a seguir por los Estados de la Unión Europea, el modelo implementado en los dos países mencionados.

En dichos instrumentos de *soft law* se incorpora entonces el instituto de la “flexiseguridad” que no logra ser definido con claridad, ya que se alude a este como una táctica para dinamizar la flexibilidad y la seguridad en el mercado de trabajo, ambos conceptos que tampoco son pasibles de consenso. Lo que sí se puede dilucidar es que la flexiseguridad no involucra un modelo único⁴. Así pues, el modelo que implementó Dinamarca difiere del que aplican los Países Bajos o Austria, y sin embargo los tres son considerados como ejemplo de buenas prácticas en el Anexo II de la Comunicación.

En definitiva, lo que se pretendió mediante la introducción de este instituto fue que los Estados de la Unión Europea flexibilicen las condiciones laborales facilitando la contratación y el despido, y que como contrapartida garanticen el pleno empleo o a lo sumo la autoempleabilidad. Los instrumentos recomiendan el otorgamiento de un seguro de desempleo durante el tiempo en que la persona se encuentre desempleada hasta tanto logre reinsertarse en el mercado de trabajo. Por otra parte, fomentan la necesidad de capacitación y educación permanente y a lo largo de la vida no solo para que el trabajador pueda mantenerse actualizado en su trabajo, sino también para que si lo pierde, cualquiera sea la razón, logre reinsertarse rápidamente en el mercado laboral. Claro está que si bien garantizar el pleno empleo no depende del trabajador, de alguna manera se traslada cierta responsabilidad en aquél: debe mantenerse actualizado para adaptarse a los requerimientos del mercado de trabajo⁵.

3. Tangian, A.: “Flexiguridad europea: Conceptos (definiciones operativas), metodología (instrumentos de seguimiento) y políticas (implantaciones consistentes)”, *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 16, 2008, pp. 99-153.

4. Principio común de flexiseguridad nro. 3 de “la Comunicación”: “La flexiguridad debería adaptarse a las circunstancias, los mercados de trabajo y las relaciones laborales específicos de los Estados miembros. La flexiguridad no gira en torno a un único modelo de mercado laboral ni a una única estrategia de actuación”.

5. Quintana Hernández, J. M.: “¿Flexibilidad laboral, flexiseguridad o flexplotación?”, *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 26, 2012, pp. 131-159.

Vale la pena enfatizar en que los instrumentos internacionales analizados abordan la cuestión relativa a la flexiseguridad mencionando no solo a los trabajadores que se encuentran registrados en relación de dependencia por tiempo indeterminado (denominados en “la Comunicación” como “los trabajadores protegidos”), sino también respecto a los “desprotegidos”, esto es, los que no se hallan inmersos en el clásico paradigma del Derecho del Trabajo. De allí que se impulsa a los Estados de la Unión a disminuir la brecha existente entre los *insiders* y los *outsiders* adecuando sus normativas, con el fin de lograr la reducción de la precariedad laboral.

En Argentina, la Constitución Nacional protege al trabajo en todas sus formas (art. 14 bis) por lo cual, en esta investigación consideraremos la situación no solo de los trabajadores de la industria de los videojuegos que se encuentran registrados bajo relación de dependencia (sea que trabajen a tiempo parcial o la jornada completa), sino también la de aquellos denominados *freelancers* o autónomos. A mayor abundamiento, diversos instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) hacen referencia a los trabajadores asalariados indistintamente. No se puede soslayar que, en muchos casos, mediante la figura del autónomo se encubre el fraude o la simulación laboral. Por otra parte, existen zonas grises que nuestra legislación no contempla y que determina que, en ciertos supuestos, algunos empleados queden excluidos de un plexo normativo protectorio especial. Así pues, cabe citar como ejemplo el caso de los denominados trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE) incluidos en el Capítulo III del Estatuto del Trabajo Autónomo de España⁶. Esta normativa regula la situación de aquellas personas que trabajan de forma habitual y directa para un solo cliente del cual perciben por lo menos el 75% de sus ingresos, y a quienes la normativa les otorga una protección diferenciada de los restantes cuenta-propistas. Esta situación no está prevista en Argentina y, consecuentemente, quienes experimentan dicha realidad no cuentan con cierta protección diferenciada de los restantes autónomos.

A grandes rasgos y sintetizando, la flexiseguridad se puede estructurar en base a cuatro ejes, a saber: disposiciones contractuales flexibles, empleabilidad, compatibilización entre la vida laboral y la social, y seguridad en los ingresos. Si bien en Latinoamérica resulta difícil pensar este instituto, debido principalmente a la informalidad laboral, cavilamos que un gran porcentaje de los elementos mencionados se configuran en los hechos en la industria de los videojuegos argentina, tal como analizaremos en los próximos apartados. Ahora bien, reviste capital importancia reflexionar que la flexiseguridad dependerá del país en el cual se introduzca, de su normativa, de su capacidad fiscal e institucional, de su cultura, de su tendencia o no a la informalidad laboral, y del grado de aplicación efectiva de sus leyes⁷.

6. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/11/20/con>

7. Reunión nro. 306 del Consejo de Administración la Organización Internacional del Trabajo, titulada “Combinar flexibilidad y seguridad laboral desde la perspectiva del trabajo decente”, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_116306.pdf

A. Disposiciones contractuales flexibles

El primer eje en torno al cual gira la noción de flexiseguridad acomete reducir la excesiva protección normativa laboral sobre los trabajadores, esbozando la antañona idea de que un mayor resguardo de los derechos de los dependientes desincentiva la contratación, debido a los elevados costos que trae aparejado el despido.

En este sentido, cabe destacar que, a partir de la década de 1990, Argentina dio inicio a un proceso de flexibilización de su normativa laboral. Así pues, en la actualidad nuestra legislación contempla la posibilidad de celebrar contratos a tiempo parcial (art. 92 ter Ley 20.744), a plazo fijo (arts. 93 a 95 Ley 20.744), de temporada (arts. 96 a 98 Ley 20.744), trabajo eventual (arts. 99 y 100 Ley 20.744), de aprendizaje (art. 1° Ley 25.013) o de pasantía (Ley 26.427), entre otros. Ello sin contar los casos en que ciertas empresas evaden la normativa laboral utilizando institutos propios del derecho comercial como la locación de obra o de servicios, o también utilizando algunos de los institutos laborales atípicos mencionados en el párrafo que antecede, encubren relaciones laborales por tiempo indeterminado.

Ahora bien, al momento de abordar la cuestión de la flexibilidad de salida en el caso de los trabajadores registrados en la industria de los videojuegos pareciera que al contar con el plexo normativo protectorio esta no acontece. Sin embargo, en los hechos opera independientemente de lo estipulado en la legislación. Ello es así por dos cuestiones: la primera es la falta de representación gremial que dificulta el reclamo colectivo; la segunda se halla más bien vinculada a la empleabilidad que opera en el sector. A mayor abundamiento, Manuel Castells⁸ señala que, a través del proceso de globalización, el neoliberalismo se ha instalado en los países pasando por alto la normativa protectoria especial sin impedimentos. En definitiva, ante los requerimientos del mercado laboral internacional, las diversas MiPyMEs adecúan la organización para poder competir mundialmente. De allí que se flexibilizan diversos aspectos de la relación laboral⁹.

De hecho, en la mayoría de los casos en los que los trabajadores de la industria de los videojuegos no se encuentran conformes con las condiciones laborales, lejos de manifestar su queja, acaban por renunciar, buscar trabajo en otra empresa o emprender¹⁰. En este sentido, cabe traer a colación la entrevista que le realizamos a Ignacio Rud, CEO de la empresa *Hidden People Club*, quien trabaja hace 14 años en la industria de los videojuegos. Su relato cobra relevancia para esta investigación debido a que ha trabajado en diversas empresas del rubro registrado en relación de dependencia, informalmente, como cuentapropista, ha sido delegado sindical normalizador en la Unión de Informáticos y hace unos años constituyó su

8. Castells, M.: "La Globalización Truncada en América Latina, la crisis del estado-nación y el colapso neoliberal", *Centro de Estudios Miguel Enríquez*, 2004, pp. 1-15.

9. Añez, C.: "El capital intelectual: nuevo enfoque de la flexibilización laboral", *Revista Venezolana de Gerencia*, vol. 10, núm. 3, 2005, pp. 310-324.

10. García Lirios, C.: "Especificación de un modelo para el estudio de la flexibilidad laboral en IES y MiPyMEs formadoras del capital intelectual", *Tlatemoani: Revista Académica de Investigación*, vol. 10, núm. 30, 2019, pp. 68-89.

propia MiPyME junto a un amigo que también se encuentra en el sector desde hace mucho tiempo. En su testimonio destaca que cuando trabajaba en relación de dependencia para la empresa *QB9*, que, al ser adquirida por un grupo económico, modificó su nombre a *QB9 Entertainment*, en cierta ocasión comenzó a percibir no solo un estancamiento en las mejoras salariales, sino también un empeoramiento en las condiciones de trabajo. Precisamente en un contexto donde comenzaron a despedir personas en la compañía, mientras que a otros los geosituaron en otro lugar. Desde las oficinas tipo *loft* situadas en el barrio porteño de Palermo, amplias, ambientadas de forma lúdica, lo trasladaron a unos ocho kilómetros del lugar al barrio de Parque Patricios, en un lugar con oficinas más chicas y oscuras. Cabe destacar que contractualmente habían pactado que la empresa podía trasladarlo hasta nueve kilómetros como máximo. Adicionalmente, le cambiaron el estilo de los trabajos que le venían solicitando, haciéndole programar un juego para que los niños puedan colorear al conocido dinosaurio de televisión “Barney y sus amigos”. En la entrevista él menciona que entre quienes trabajan en la industria de los videojuegos existen ciertas premisas que son determinantes para la permanencia en un puesto de trabajo, a saber: la percepción de un buen salario, la existencia de un buen clima laboral y la exigencia de trabajos entretenidos o divertidos. Cuando conversó con diversos colegas, y observó que ninguna de ellas se cumplía, accedió a firmar un contrato de mutuo acuerdo extintivo. Es que ante la falta de una asociación sindical específica del sector que ostente la personería gremial tampoco halló otra opción.

En relación a los cuentapropistas, no se puede soslayar que muchos optan por esta opción con el fin de poder administrar mejor su tiempo, elegir con quién o para quién realizar un determinado servicio, y/o para obtener una contraprestación económica en una moneda que goce de mayor estabilidad. Ello se ve reflejado en el último informe llevado a cabo por el Observatorio de la industria argentina de videojuegos, en el que se exhibe que la subcontratación de personal en el exterior dificulta la búsqueda de personal para las empresas locales. En este sentido, el 54 % de los encuestados señaló que bastante/mucho; el 24 % intermedio; y solo el 22 % votó poco.

1. *El rol de los sindicatos en el marco de la flexiseguridad*

Una cuestión a dilucidar es ¿qué rol cumplen las asociaciones sindicales en la concepción de flexiseguridad manifiesta en los instrumentos de *soft law* de la Unión Europea analizados? En ambos instrumentos se hace hincapié en la importancia del diálogo social entre los diversos sectores, a saber: público, privado y/o sindical. El asunto radica en que si bien los sindicatos parecieran tener un rol preponderante en la modernización del derecho laboral según lo indican tales instrumentos, constantemente se hace referencia al valor que recobra la pacificación. De alguna manera, cuanto mayor sea el consenso de los diversos actores sociales para la aplicación de medidas flexi-

bles, mayor será la legitimidad con la que cuenten las políticas implementadas y, en consecuencia, menos pasibles de conflicto¹¹. Esta pacificación se halla presente en la industria de los videojuegos teniendo en cuenta el perfil de los trabajadores del sector. En este sentido, Marina Adamini¹² incluye el relato del delegado de la Unión de Trabajadores de Sociedades, Autores y Afines (UTSA) de la seccional de Mar del Plata quien menciona que ante una situación irregular en la industria de las tics, ellos intentan mediar con los empleadores evitando exponer a los empleados. En idéntico sentido, el Secretario Nacional de la Unión de Informáticos destaca que, si bien muchos trabajadores informáticos del interior del país los han contactado, en la mayoría de las ocasiones pierden la comunicación con ellos debido a que deciden no continuar por el temor que tienen a sufrir represalias.

En relación a la agrupación colectiva para la defensa de los derechos de los trabajadores en las empresas de las TICs, Adamini¹³ enfatiza en que es habitual que se instalen prácticas antisindicales en el sector por parte de los empleadores que van desde la prohibición de afiliación hasta la persecución de los delegados sindicales. De esta forma, se violan los Convenios núm. 87 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación y el núm. 98 sobre el Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva, los cuales han sido ratificados por Argentina. Particularmente, la autora destaca el relato de un trabajador de una empresa internacional del Polo Informático de la ciudad de Tandil, que fue elegido como delegado sindical perteneciente a la Unión de Informáticos. El empleado menciona que desde el área de recursos humanos de la empresa lo convocaron luego de dicha elección, para aclararle que la compañía no reconocía a la Unión de Informáticos como un sindicato y que, consecuentemente, él no podría llevar a cabo sus funciones como delegado. Asimismo, menciona que posteriormente tomó conocimiento que desde el área de recursos humanos comenzaron a generar un rumor entre sus compañeros de trabajo dando a entender que todo lo vinculado con la asociación sindical a la que él pertenecía era un engaño, a la vez que menospreciaban su rol propiciando un distanciamiento con sus camaradas.

Por otra parte, Adamini¹⁴ aduce que existe cierta resistencia por parte de los trabajadores de la industria de las TICs a la sindicalización. La autora sugiere que el hecho de que la mayoría de los trabajadores sean profesionales, o al menos estudiantes de grado universitario, marca un distanciamiento identitario con los gremios. Ello conduciría también a que haya una mayor reticencia a afiliarse a las asociaciones existentes. Sumado a esta cuestión, el perfil de estos trabajadores también es apolítico, y con mayor tendencia a la pacificación. De allí que, si no logran una mejora en sus condiciones laborales al intentar negociar individualmente con el gerente o el CEO de la empresa para la que trabajan, optan por renunciar y buscar otro trabajo, lanzarse como *freelancer* o constituir su propia MiPyME. Negociación esta última que resulta a

11. Quintana Hernández, J. M.: "¿Flexibilidad laboral, flexiseguridad o flexplotación?", ob. cit.

12. Adamini, M.: "Resistencias frente a la precarización laboral en el sector de software y servicios informáticos. Un abordaje a partir del caso de los trabajadores informáticos de Tandil", *Estudios del Trabajo*, núm. 59, 2020, pp. 1-30.

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*

todas luces dispar y que revela la hiposuficiencia negocial del trabajador. Así pues, la autora cita el relato de un ex trabajador del sector de los videojuegos de la empresa *Globant*, que si bien destaca la gran oportunidad y apertura al mundo que le brindó la compañía, debido a la cantidad de clientes reconocidos con los que opera, reconoce cierto estancamiento salarial difícil de negociar individualmente, ante el cual el entrevistado menciona que conviene renunciar y en todo caso esperar a que la empresa lo vuelva a contactar en otra oportunidad¹⁵.

La cuestión se recrudece si se analiza la sindicalización de los autónomos, porque si bien la Constitución Nacional reconoce que los trabajadores tendrán derecho a la sindicalización libre y democrática, el decreto 467/1988 reglamentario de la Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales de nuestro país veda la posibilidad de asociarse a quienes no sean considerados trabajadores en relación de dependencia en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo. Ello no solo resulta inconstitucional por contrariar el artículo 14 de la Carta Magna, sino también el artículo 75 inciso 22 mediante la violación del Convenio n°. 87 de la OIT, a la vez que se soslayan las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, cuya gravedad es evidente toda vez que Argentina ha sido parte de los miembros fundadores del organismo internacional.

B. Empleabilidad

La empleabilidad hace referencia a la “disponibilidad y oferta de puestos de trabajo adecuada a su titulación y a las condiciones laborales previas para aquellos que han sido despedidos y están desempleados”¹⁶. La empleabilidad en la industria de los videojuegos no solo se encuentra relacionada con la elevada tasa de empleo vigente en el sector, sino también con la posibilidad de emprender en principio como cuentapropista o constituyendo una MiPyME. En la Argentina, la industria de los videojuegos ha crecido exponencialmente en los últimos años. Según los datos provenientes del último informe del Observatorio de la industria argentina de Videojuegos de la Universidad de San Rafaela, Santa Fe, el tamaño estimado según proyección de recursos humanos contratados por perfil profesional (incluyendo tanto a empleados en relación de dependencia como a los autónomos) alcanzó para el año 2021 los U\$S 72.341.040, facturación que para la mayoría de los encuestados superó la del año 2020 (respecto del 56 % se acrecentó, para el 33 % permaneció igual y solo para el 13 % disminuyó). Asimismo, el 77 % de los encuestados estima que la facturación aludida superará para el año 2022 a la del 2021.

Si bien en el último relevamiento efectuado por el SINCA no se informa la cantidad de trabajadores con los que cuenta cada una de estas empresas, del informe llevado a cabo por el mismo organismo en el año 2019 se encuentra que la mayor parte de estas industrias se hallan conformadas por micro, pequeñas y medianas empresas.

15. *Ibid.*

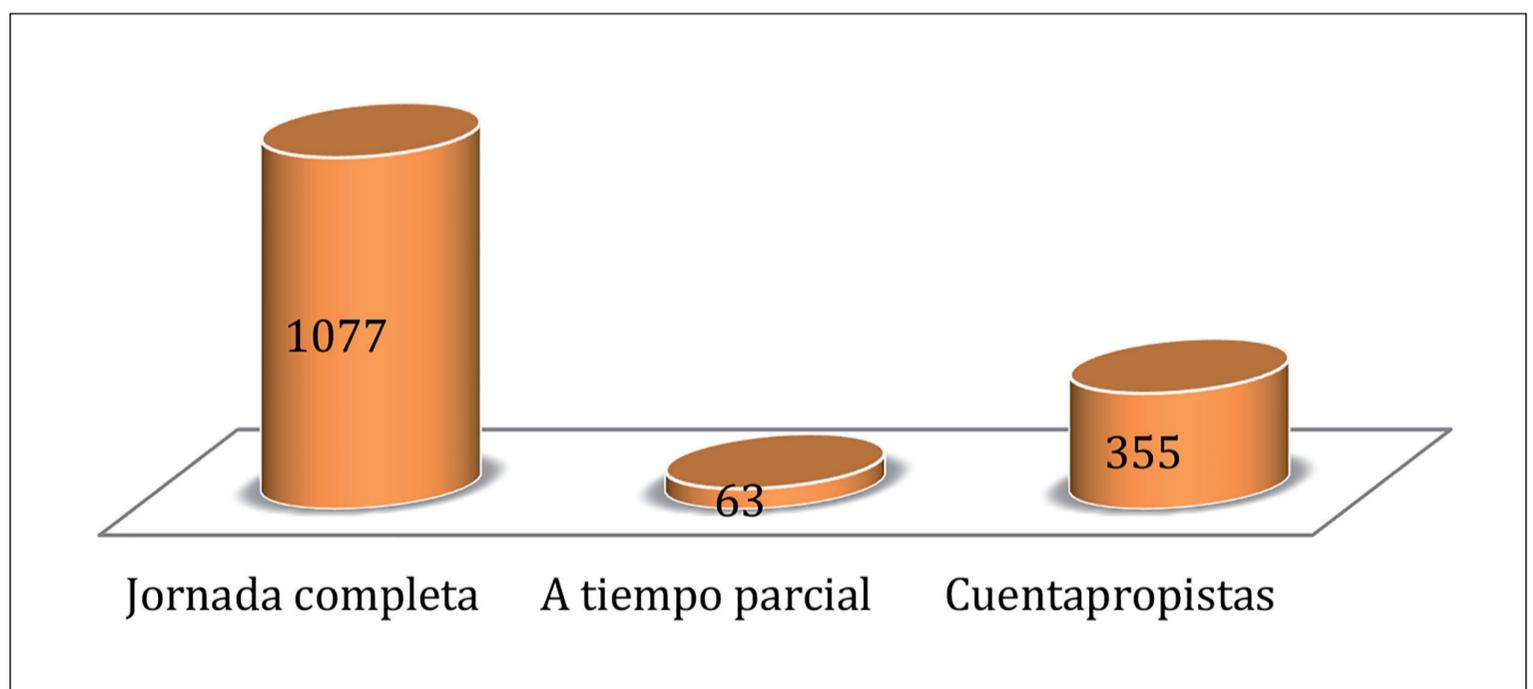
16. Tangian, A.: “Flexiguridad europea: Conceptos (definiciones operativas), metodología (instrumentos de seguimiento) y políticas (implantaciones consistentes)”, ob. cit., p. 107.

A idéntica conclusión arriba el informe llevado a cabo por el Observatorio de la industria argentina de Videojuegos de la Universidad de Rafaela, publicado en el año 2022. De este modo, se destaca que el 54 por ciento de la industria lo conforman las microempresas, el 32 % la pequeña, y el 14 % la mediana, siguiendo la clasificación PyME efectuada por la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) tomando como referencia la categoría Servicios por número de empleados. Ello sin dudas conlleva el problema intrínseco de medición que traen aparejadas las MiPyMEs. Tal como destaca la Comisión Económica para América Latina y el Caribe¹⁷, estas empresas adolecen de deficiencias estadísticas principalmente por tres motivos: la ausencia de datos, la informalidad y la falta de uniformidad por parte de los diversos organismos para medirlas.

Según el último informe del Observatorio de la industria argentina de videojuegos, el sector presenta 1.495 profesionales en actividad, de los cuales 1.140 se encuentran registrados, entre ellos 1.077 trabajan la jornada completa y 63 a tiempo parcial. En tanto que 355 son cuentapropistas.

Gráfico 1.

Trabajadores de la industria de los videojuegos argentina. Año 2021.



Elaboración propia en base a los datos provenientes del informe publicado en el año 2022 por el Observatorio de la industria de los videojuegos argentina de la Universidad Nacional de San Rafaela.

Quintana Hernández¹⁸ hace hincapié en que el mismo concepto de empleabilidad conduce a una individualización de las relaciones laborales en tanto se deposita en cabeza del trabajador la responsabilidad de capacitarse en forma permanente y vitalicia (eje que analizaremos con mayor detenimiento en el próximo apartado), en el

17. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL): *Manual de la micro, pequeña y mediana empresa: una contribución a la mejora de los sistemas de información y el desarrollo de las políticas públicas*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, San Salvador, 2009.

18. Quintana Hernández, J. M.: "¿Flexibilidad laboral, flexiseguridad o flexplotación?", ob. cit.

entendimiento de que este deberá mantenerse actualizado para procurarse un trabajo ante cualquier contingencia de la vida. Ya no se debe garantizar la permanencia en el puesto de trabajo, sino el pleno empleo. En “la Comunicación” se enfatiza en la necesidad de que los Estados promuevan políticas activas de empleo. Asimismo, se destaca que resultan inescindibles la formación permanente de los trabajadores y la empleabilidad no solo para que los empleados se hallen más cualificados si tienen que afrontar el desempleo, sino también, para que las empresas sean más competitivas.

Ello sin dudas impulsa la idea de movilidad laboral. Adamini¹⁹ destaca que la rotación es característica en la industria de las tics. Ello se da, por una parte, debido a la amplia demanda de estos trabajadores en el mercado laboral. No obstante, quienes cuentan con más calificación y/o experiencia poseen un espectro de oportunidades mayor en relación a quienes se inician en el rubro. En el mismo sentido, Orlando Guevara Villalobos²⁰ afirma que tanto los cuentapropistas como las microempresas pertenecientes al sector de los videojuegos que logran mantenerse efectivamente independientes son aquellos que ya tienen una trayectoria de pequeños éxitos, o al menos algún contacto con grupos corporativos que les permite mantenerse en esa situación.

Por otra parte, las mismas empresas consideran valiosa la rotación de personal. Esto último pone en jaque el paradigma tradicional del Derecho del Trabajo en donde la contratación por tiempo indeterminado constituía un pilar insoslayable. Aquella que nos remonta a la clásica representación del trabajador iniciando y finalizando su vida laboral dentro de la misma fábrica, pareciera quedar en desuetudo. A mayor abundamiento, en la reunión n.º. 306 del Consejo de Administración la Organización Internacional del Trabajo, titulada “Combinar flexibilidad y seguridad laboral desde la perspectiva del trabajo decente”²¹ destaca que la permanencia en el puesto de trabajo no conlleva necesariamente un mayor sentimiento seguridad para los trabajadores en relación a la continuidad de la relación laboral.

En este orden de ideas, Adamini²² incorpora el relato de un trabajador de la empresa ASSA quien menciona que uno de los objetivos primordiales de la compañía es lograr al menos un 30 por ciento de rotación del personal anualmente. Ello en el entendimiento de que cuanto mayor es la experiencia laboral del operario en diversas empresas (incluso a través del autoempleo) se conduce a una mejora interna. Ahora bien, como mencionamos en el primer eje, esta rotación, en la mayoría de los casos, se promueve a través del congelamiento de los salarios y/o la ausencia de mejora en las condiciones laborales, lo que conducirá, ante la ausencia de una asociación gremial que ostente la personería gremial, a la renuncia de los trabajadores debido a la hiposuficiencia negocial de las condiciones contractuales laborales.

19. Adamini, M.: “Resistencias frente a la precarización laboral en el sector de software y servicios informáticos. Un abordaje a partir del caso de los trabajadores informáticos de Tandil”, ob. cit.

20. Guevara Villalobos, O.: “Flexibilidad laboral en tiempos de distribución digital: Los desarrolladores de videojuegos independientes y sus malestares”. Ponencia presentada al XXXI Congreso Alas Uruguay, Montevideo, 2017.

21. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_116306.pdf

22. Adamini, M.: “Resistencias frente a la precarización laboral en el sector de software y servicios informáticos. Un abordaje a partir del caso de los trabajadores informáticos de Tandil”, ob. cit.

En este entendimiento, cabe destacar que la mayor empleabilidad del sector en nuestro país no la promueve primordialmente el propio Estado. Así pues, en el informe del año 2022 del Observatorio de la industria argentina de videojuegos, se destaca que los principales mercados de comercialización de los videojuegos lo constituyen en primer lugar, Estados Unidos y Canadá; en segundo, la Argentina; y, en tercer lugar, la Unión Europea. Al desagregar dicha información el informe muestra que, en relación a las microempresas, el destino de la comercialización de los videojuegos es: Argentina en un 36 por ciento, Estados Unidos y Canadá en un 34 %, el 13 % a Europa, el 13 % a otros países de Latinoamérica y el 4 % a Asia. En tanto que en relación a las PyMEs, Estados Unidos y Canadá son los destinatarios del 53 %, luego Argentina con un 17 %, en tercer lugar, Europa con un 15 %, el resto de Latinoamérica con un 8 %, el 4 % Asia, el 2 % Oceanía y el 1 % África.

En cuanto a la promoción del empleo, emprendedurismo o el autoempleo, si bien en Argentina se destinan fondos públicos para el financiamiento de la industria de los videojuegos, el mayor aporte lo realizan los *publishers*, las inversiones privadas (generalmente provenientes de otros estudios de videojuegos), el autofinanciamiento y, en menor medida, las diversas plataformas de *crowdfunding*²³. A mayor abundamiento, en la entrevista que le realizamos a Ignacio Rud, él destaca que su MiPyME no recurre prácticamente a los fondos públicos, debido no solo al monto irrisorio de estos programas, sino también a la cantidad de requisitos que se exigen y a la gran demora en las transferencias dinerarias que determinan que sean inviables.

Consecuentemente, esto genera otro fenómeno y es que, la mayoría de las personas humanas y las MiPyMEs (estas últimas mediante el *outsourcing*) prefieren prestar sus servicios a empresas extranjeras. En el informe llevado a cabo por el Banco Interamericano de Desarrollo, se enfatiza en la importancia que han cobrado en los últimos años a nivel global los servicios tercerizados de procesos de conocimiento los que incluyen “la tercerización de funciones centrales que requieren de habilidades y conocimiento especializados, como la investigación y desarrollo, el marketing digital y los servicios legales”²⁴. En este orden de ideas, cabe destacar que, del informe del Observatorio de la Industria de los videojuegos argentina, surge que los destinos de comercialización de servicios de las microempresas son en primer lugar Argentina en un 54 %, en segundo término, Estados Unidos y Canadá en un 21 %, en tercer lugar, los restantes Estados de Latinoamérica con el 14 % y finalmente Europa con el 11 %. En tanto que respecto a las PyMEs resultan destinatarios Estados Unidos y Canadá en primer lugar con un 44 %, luego Argentina con un 34 %, en tercer lugar, Europa con un 12 %, luego los restantes países de Latinoamérica con el 8 %, y en último lugar Asia y Oceanía ambos con un 1 % cada uno.

En este orden de ideas, cabe traer a colación la entrevista que le realizamos a dos integrantes de la MiPyME *Dash Team Games* de Bahía Blanca, Joaquín Martínez e Iñaki Roque, quienes señalan que en su compañía decidieron no aceptar

23. Banco Interamericano de Desarrollo (BID): *Los videojuegos no son un juego. Los desconocidos éxitos de América Latina y el Caribe*, BID, 2009.

24. *Ibid.*, p. 187.

las diversas ofertas que recibieron para prestar servicios, porque el propósito del grupo es desarrollar videojuegos. Así pues, relatan el caso de algunos conocidos que, si bien comenzaron desarrollando sus propios videojuegos, al obtener ofertas para prestar servicios a empresas extranjeras terminaron por cambiar el rumbo y dedicándose exclusivamente a la prestación de servicios.

Si bien hallamos en esto diversas ventajas como la apertura al comercio mundial o el cobro en una moneda extranjera que goce de mayor estabilidad, también es cierto que las condiciones suelen quedar libradas al mercado internacional, lo que implica muchas veces imposiciones. En este sentido, Pablo Míguez²⁵ descrea de que la cuarta revolución industrial esté signada por el pleno empleo o la cohesión social, sino que justamente en su base se hallan los contratos de trabajo precarizados que lejos de potenciar el capital intelectual local, resultan funcionales a los países centrales.

Una postura similar sostiene Guevara Villalobos²⁶, para quien en el mercado laboral internacional de los videojuegos los países desarrollados han pasado de contratar la mano de obra barata y poco calificada proveniente de los Estados subdesarrollados de Asia y Latinoamérica, específicamente para la manufactura de las consolas, para comenzar a contratar mano de obra cada vez más calificada. Ello es así principalmente por las siguientes razones: la intención de los países centrales de conservar costes reducidos de operación, abaratar los costos que implica el desarrollo de los videojuegos, incrementar y acelerar la fabricación mediante el aprovechamiento de la geolocalización y la respectiva diferencia horaria con el fin de llevar a cabo la actividad laboral durante las 24 horas del día, como así también globalizar la industria de los videojuegos de tal forma que cada región o país del mundo comience a darle su impronta sea desde la cultura, o el arte.

Por otra parte, existen casos en los que se pacta que ciertos proyectos pueden ser abandonados sin causa. Una experiencia similar aconteció a la MiPyME *Hidden People Club*. En la entrevista que le realizamos a Ignacio Rud, comentó que la empresa había llevado a cabo un contrato con un *Publisher* de nacionalidad china. Por cada entrega parcial del videojuego (al que luego denominaron “Nubarrón”), la empresa asiática les transfería cierto monto en dólares. Cuando se ejecutó aproximadamente el 60 por ciento del contrato, el *Publisher* se fundió y abandonó el proyecto alegando que había dejado de existir como empresa en aquel país. Si bien transitaron esa mala experiencia, desde *Hidden People Club* optaron por continuar con el desarrollo del videojuego aludido, al que luego lograron posicionar en el mercado.

1. La importancia del capital intelectual

La capacitación y/o educación permanente y a lo largo de la vida de una persona humana a la que alude la flexiseguridad se enmarca en la envergadura que adquiere

25. Míguez, P.: “Trabajo, conocimiento y precariedad laboral en el capitalismo contemporáneo”, *Revista Ciencias Sociales*, núm. 93, 2017, pp. 74-79.

26. Guevara Villalobos, O.: “Flexibilidad laboral en tiempos de distribución digital: Los desarrolladores de videojuegos independientes y sus malestares”, ob. cit.

el capital intelectual en las organizaciones en los últimos años. Con el posfordismo, comienza a cobrar importancia el conocimiento y la innovación en las empresas. Las MiPyMEs se constituyen entonces como el modelo ideal para su implementación debido a que su pequeño tamaño posibilita la adecuación de una manera más flexible a los requerimientos y variaciones del mercado.

En este sentido, García Lirios²⁷ resalta que actualmente el capital intelectual constituye el activo intangible más importante que poseen las MiPyMEs. Si bien lo abordaremos con mayor detenimiento en el próximo apartado, lo cierto es que una de las medidas que la mayoría de los encuestados del último informe del Observatorio de la industria argentina de videojuegos implementó en su empresa para la retención del talento humano es la formación (65 %). Ello cobra relevancia porque no solo el capital intelectual genera aportes a la organización, sino que, a su vez, los trabajadores valoran la posibilidad de continuar capacitándose. No resulta casual que la formación continua en la industria de las tics sea la antesala del emprendedurismo.

Para la CEPAL²⁸, las MiPyMEs presentan diversos beneficios entre los cuales se halla en primer lugar, la competitividad. Teniendo en cuenta que la adquisición de información y de conocimiento resulta cada vez más factible en la actualidad, a estas compañías les conviene invertir en la capacitación o en la formación de sus dependientes, antes que hacerlo en tecnologías de avanzada que resultan más costosas y no garantizan un ingreso económico inmediato. Quienes se dedican a la industria de los videojuegos pueden acceder a páginas *web* que contienen tutoriales en los cuales no solo les proveen el *know-how*, sino que también les recomienden diversos programas inclusive gratuitos para llevar a cabo el desarrollo de los videojuegos; pueden asimismo articularse con otras MiPyMEs del sector, crear redes locales o regionales de cooperación, lo que sin dudas potencia su expansión.

Ello se corresponde con lo afirmado por Joaquín Martínez, integrante de la MiPyME *Dash Team Games*, quien en la entrevista que le realizamos destaca que en Bahía Blanca se puede acceder a numerosos cursos gratuitos, que existe mucha información libre y muchas personas cooperando. Asimismo, señala que el programador es autodidacta, por lo que solo se trata de ingresar a la *web* y hallar lo que se está buscando.

Otro de los beneficios que halla la CEPAL²⁹ en las MiPyMEs, íntimamente relacionado con el anterior, lo constituye el acceso al conocimiento y la innovación permanente en estas compañías. El constante intercambio entre las instituciones educativas y las empresas, la movilidad permanente de estos trabajadores, incentivan su cualificación permanente. En idéntico sentido, García Lirios³⁰ afirma que resulta habitual que se lleven a cabo uniones entre las instituciones de educación superior que forman a los

27. García Lirios, C.: "Especificación de un modelo para el estudio de la flexibilidad laboral en IES y MiPyMEs formadoras del capital intelectual", ob. cit.

28. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL): *Manual de la micro, pequeña y mediana empresa: una contribución a la mejora de los sistemas de información y el desarrollo de las políticas públicas*, ob. cit.

29. *Ibid.*

30. García Lirios, C.: "Especificación de un modelo para el estudio de la flexibilidad laboral en IES y MiPyMEs formadoras del capital intelectual", ob. cit.

profesionales de la industria de las tics y las MiPyMEs que insoslayablemente influyen en la manera de actuar de los graduados. Esta influencia, según la autora, se avizora en las diversas etapas tanto precontractuales como durante la relación laboral, y que según afirma están signadas por la flexibilización laboral. Esta fusión determina que las MiPyMEs sean más competitivas a nivel internacional.

En este sentido, el informe del Observatorio de la industria argentina de videojuegos señala que el 58 % de los trabajadores de la industria cuenta con título universitario. Luego, hace hincapié en la importancia que representa el capital intelectual al indicar los conocimientos necesarios para formar parte del rubro según los encuestados, a saber: programación e inglés oral y/o escrito (ambos con el 86 %). Esto último cobra relevancia teniendo en cuenta que los trabajadores más demandados en el sector de las tics son quienes programan en ese idioma. Específicamente, en el área de los videojuegos, ello puede vincularse a los principales mercados que resultan destinatarios tanto de la subcontratación de los servicios como de la adquisición de los videojuegos, esto es, Estados Unidos y Canadá. Asimismo, a partir del relevamiento que llevamos adelante de las páginas *web* de las MiPyMEs del sector, se observa que la mayoría de ellas se encuentran predeterminadas en el idioma inglés.

Otros de los conocimientos infaltables para trabajar en la industria lo constituyen el uso del sistema de versionado como *Git* (63 %); las metodologías ágiles (54 %); el *testing QA* (47 %); el uso de la planilla de cálculo y probabilidad y estadística (ambas con 25 %). Asimismo, los encuestados mencionan otras habilidades requeridas para formar parte del sector entre las que destacan: cultura lúdica (82 %); conocimientos multidisciplinarios (65 por ciento); desarrollo de negocios (50 %); liderazgo de equipo (49 %); y en menor proporción, la redacción de informes (22 %). A mayor abundamiento, destacan que los perfiles más difíciles de conseguir se hallan en el siguiente orden de prelación: quienes comercializan, los desarrolladores, los desarrolladores de videojuegos, los productores y, en último lugar, quienes se dedican al arte.

Asimismo, de otro relevamiento realizado por el Observatorio de la industria argentina de los videojuegos de la Universidad Nacional de San Rafaela³¹ se avizoran cincuenta y dos cursos, trayectos y/o carreras para desarrolladores de videojuegos llevadas a cabo no solo por universidades y otras instituciones educativas, sino también por diversos municipios. Como se puede observar, la oferta es amplia y accesible ya que algunas de estas capacitaciones son dictadas gratuitamente. Sin embargo, Iñaki Roque, integrante de la MiPyME *Dash Team Games*, subraya que en algunos talleres gratuitos realizados por instituciones no universitarias de Bahía Blanca se suelen contratar a personas que no son profesores y que, particularmente en los cursos en los que se enseña programación, resulta difícil que los programadores se den a entender correctamente, porque les falta ser didácticos.

Por otra parte, Míguez³² destaca la importancia que ha cobrado el conocimiento en el paradigma actual del trabajo, de tal forma que este no solo precede a las empresas,

31. Relevamiento disponible en: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1qCu44Oxy2rx-G5FleLTLIBQg866S_fwwCaQ33Ro54T8/edit#gid=0

32. Míguez, P.: "Trabajo, conocimiento y precariedad laboral en el capitalismo contemporáneo", ob. cit.

sino que suele estar centralizado geográficamente en las metrópolis. De esta manera, el potencial de los diversos espacios geográficos se encuentra supeditado a la cooperación que puedan brindar los territorios que concentran el capital intelectual. Ello se puede observar en la concentración existente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no solo de la mayor parte de estudios de desarrolladores de videojuegos del país, sino también, de los principales festivales que promueven el contacto entre los *publishers* y los estudios. A modo de ejemplo, cabe citar que la Exposición de Videojuegos Argentina (EVA) se lleva a cabo en Capital Federal desde hace veinte años. No obstante, cabe destacar que en el 2022 se llevó a cabo en forma híbrida.

En este orden de ideas, según el relevamiento publicado en el año 2022 efectuado por el Sistema de Información Cultural de la Argentina existen ciento veintiséis industrias dedicadas al desarrollo de videojuegos. En relación a su ubicación geográfica, como se puede observar en el Mapa 1, la mayor parte de estas empresas se concentran en los principales centros urbanos del país. Así pues, cuarenta y cuatro se hallan localizadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Le sigue en orden de prevalencia la Provincia de Buenos Aires (con 35 empresas); luego se encuentran las provincias de Córdoba (con 18 industrias relevadas), Santa Fe (con diez), Mendoza (con nueve), Entre Ríos y Tucumán (ambas con tres), San Juan (con dos), y la Rioja y Chaco (ambas provincias con una).

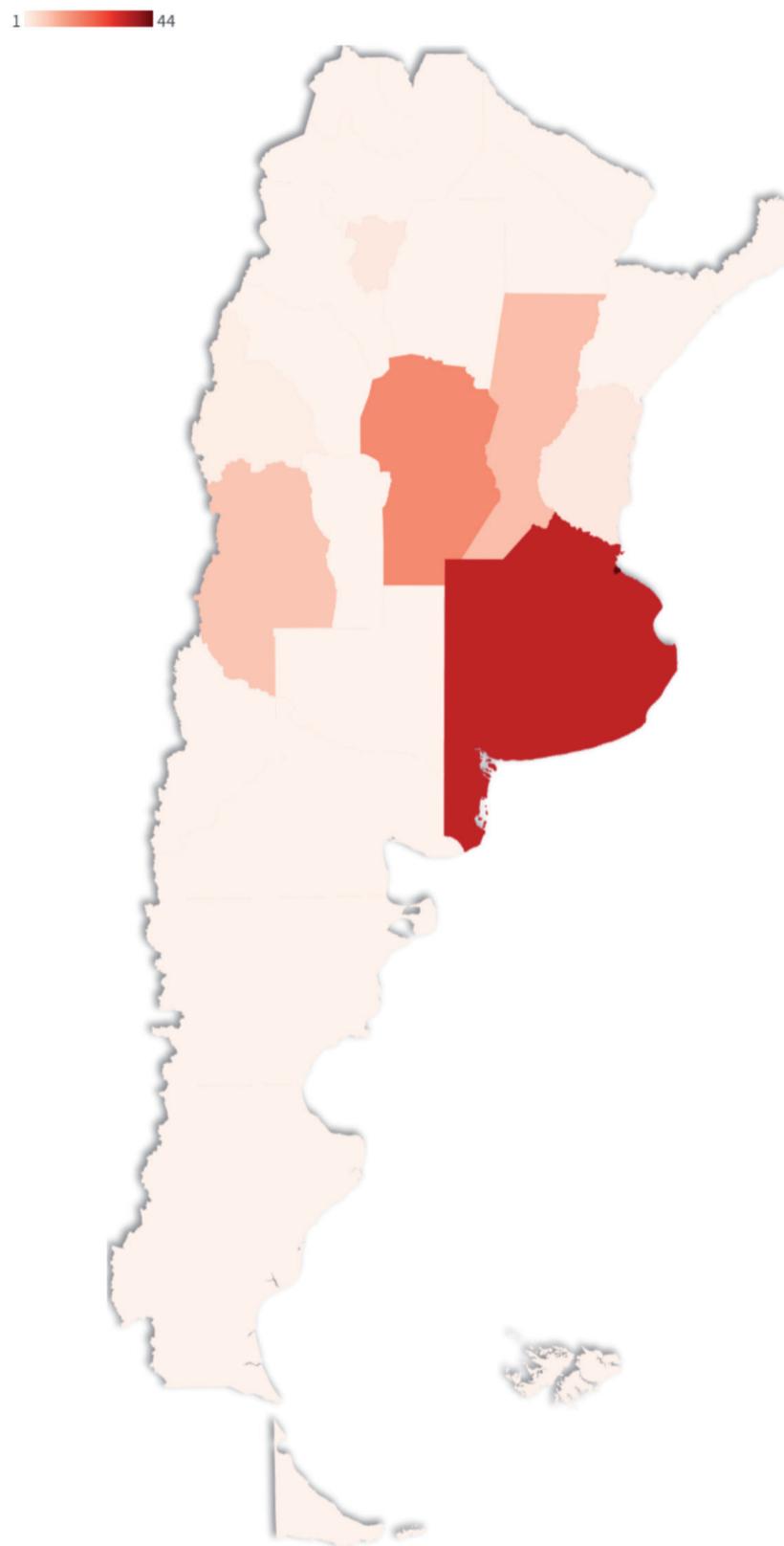
C. COMPATIBILIZACIÓN ENTRE LA VIDA SOCIAL Y LABORAL

Resulta menester destacar los beneficios que trae aparejada la aplicación de prácticas flexibles tanto para la organización y el trabajador como para la comunidad en general. Así pues, en relación al empleador, se acrecienta la competitividad, aumentan los beneficios percibidos a causa del correlativo aumento en la productividad, disminuyen los problemas los trabajadores, mejora el reclutamiento y la retención del personal, se utilizan al máximo las instalaciones y los equipos de servicio al cliente durante las 24 horas, se facilita el acceso a la experiencia global, se reducen los costos, y se produce un mayor consenso en la puesta en común de ideas. Con relación al trabajador, estos mejoran su autoestima, acrecientan la productividad, disminuyen aquellas tardanzas y ausentismo no notificados con anterioridad, se reduce el estrés que suele producir el traslado hacia la oficina en las horas pico del día, los trabajadores comienzan a adaptarse mejor a las necesidades domésticas, mejoran en la calidad de vida laboral y se sienten más empoderados. Por último, en relación a los beneficios que trae aparejado para la comunidad, se destacan la reducción del tráfico y, consecuentemente, de la contaminación ambiental, se comienzan a presentar mayores oportunidades de empleo para las personas que poseen discapacidad, y aumenta el sentido de enfoque comunitario³³.

33. Grobler, P. A. y De Bruyn, A. J.: "Flexible Work Practices (FWP) – An effective instrument in the retention of talent: A survey of selected JSE-listed companies", *South African Journal of Business Management*, vol. 42, num. 4, 2011, pp. 63-78.

Mapa 1.

Industrias de videojuegos en Argentina. Año 2021.



Elaboración propia en base a los datos brindados por el Sistema Nacional de Información Cultural de la Argentina (SINCA), del Ministerio de Cultura de la Nación.

En este orden de ideas, resulta interesante destacar que, en el último informe publicado por el Observatorio de la industria argentina de videojuegos, el 78 % de las empresas del sector afirma haber llevado a cabo acciones para la retención de personal. Entre estas se destacan la incorporación del teletrabajo (85 %), la posibilidad de horarios de trabajo flexible (82 %), la formación (65 %), los incentivos económicos (62 %), los días de vacaciones extra (50 %), el sueldo en dólares (35 %), la participación accionaria en la empresa (26 %), los viajes al exterior (24 %), la prepaga plan

Premium (15 %), y las facilidades extra por maternidad/paternidad (15 %). El 63 % de los encuestados afirma que las acciones fueron efectivas, para el 34 % intermedio y solo el 3 % mencionó que no lo fueron.

Resulta de innegable trascendencia que la gran parte de las acciones implementadas para la retención del personal se relacionan con brindar al trabajador la posibilidad de compatibilizar su vida social y laboral. Así pues, que se le permita teletrabajar implica que el trabajador evite gastos y tiempo de movilización hasta llegar a la empresa, que pueda trabajar aún si no se encuentra en su hogar. En segundo lugar, los encuestados mencionan que aplicaron horarios flexibles. Estas dos medidas hallan su explicación en el campo de la psicología organizacional, entre los que existe consenso en señalar las ventajas que la flexibilidad laboral conlleva para los trabajadores. A este respecto, diversos investigadores destacan que el otorgamiento de la libertad de decidir sobre el espacio y el tiempo en el que desarrollan sus actividades trae aparejados diversos beneficios tanto para los trabajadores como para la organización. Así pues, los autores hacen énfasis en la reducción del estrés, la posibilidad de cumplir con diversas tareas, el aumento de la productividad, la reducción del ausentismo y de las intenciones de renuncia³⁴.

En el relato proferido por la MiPyME bahiense *Dash Team Games* se verifica lo antedicho. Así pues, todos los integrantes del equipo teletrabajan y se encuentran personalmente una vez por semana para debatir, en un ambiente distendido, y comentar ideas sobre proyectos nuevos o sobre el que está en curso. Concretamente, Iñaki Roque está viviendo en España y mediante el teletrabajo sigue trabajando con sus compañeros. De hecho, enfatiza en el valor que la compañía le otorga a la compatibilización entre la vida social y laboral, al sostener que la misma industria hace necesario que así sea, porque solo de ese modo se puede ser más creativo.

D. SEGURIDAD EN LOS INGRESOS

El último eje a considerar se relaciona con la posibilidad de tener sistemas de la seguridad social modernos. En este sentido, Tangian³⁵ enfatiza en que quienes se encuentran registrados en relación de dependencia suelen estar mejor asegurados que los trabajadores con contratos atípicos. En efecto, si en un Estado existe mayor cantidad de trabajadores registrados la seguridad social se considera alta y viceversa. Como mencionamos en los párrafos que anteceden, en la industria de los videojuegos son muchos más los trabajadores que se encuentran registrados en relación de dependencia y que trabajan la jornada completa, que los autónomos. También observamos que una de las medidas de retención del personal aplicadas en las empresas analizadas fue el otorgamiento de prepagas plan Premium y las facilidades extra por maternidad/paternidad.

34. Gabini, S.: "Trabajo Flexible: Conceptualización y Estado del Arte del Constructo", *Investigación Administrativa*, vol. 45, núm. 118, 2016, pp. 1-26.

35. Tangian, A.: "Flexiguridad europea: Conceptos (definiciones operativas), metodología (instrumentos de seguimiento) y políticas (implantaciones consistentes)", ob. cit.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los instrumentos de *soft law* estudiados hacen hincapié sobre todo en la posibilidad de acceder a prestaciones por desempleo, cavilamos que ello no acontece de facto en la industria de los videojuegos argentina. Esto es así en principio porque el seguro de desempleo previsto en la legislación laboral de nuestro país se halla limitado personal y temporalmente. Así pues, el artículo 114 de la Ley Nacional de Empleo (24.013)³⁶ establece que esta prestación se halla dirigida a aquellos trabajadores que se encuentran registrados en relación de dependencia y que han sido despedidos sin causa o indirectamente, por causas económicas o tecnológicas, por la causal de fuerza mayor o la falta o disminución del trabajo que no sean imputables al empleador, por finalización del tiempo pactado, la realización de la obra, de la tarea asignada, o del servicio convenido, por la muerte, la invalidez o la jubilación del empresario cuando esto determine la extinción del contrato laboral, por la interrupción del contrato de temporada por causas ajenas al empleado, o por el concurso preventivo o la quiebra de la empresa para la cual prestan sus servicios. La propia normativa excluye a quienes no hayan efectuado aportes al Fondo Nacional de Empleo como mínimo durante seis meses en los tres años anteriores al cese del contrato de trabajo. Esto no es una cuestión menor, dado que excluiría a aquellos trabajadores que han celebrado contratos temporarios con una duración menor y también a los asalariados autónomos.

En efecto, la normativa también descarta a aquellos trabajadores que hayan renunciado, celebrado un contrato de mutuo acuerdo extintivo u optado por el retiro voluntario. Aquí también cobra relevancia la cuestión de la renuncia en la industria de los videojuegos la que suele darse en forma habitual ante al empeoramiento de las condiciones laborales, como mencionamos en los párrafos que anteceden.

Asimismo, también se encuentran excluidos del seguro social quienes sean beneficiarios de Programas de Empleo, los pasantes, el personal docente de Educación Superior de Instituciones Universitarias Privadas o quienes pertenezcan al régimen de los Establecimientos Privados de Enseñanza.

Por otra parte, no es común que los trabajadores pertenecientes a la industria de los videojuegos soliciten el seguro por desempleo porque esto no concuerda con su idiosincrasia. De este modo, así como muchos de ellos, como profesionales no se sienten identificados con los sindicatos, y consecuentemente no se suelen afiliarse, también les resulta impensado solicitar un seguro de este tipo ante cualquier contingencia de la vida. De allí que lo más probable es que ante el desempleo intenten buscar otro trabajo o emprendan, ya sea como autónomos o si cuentan con algunos ahorros mediante la constitución de una MiPyME. Así lo destaca Ignacio Rud, quien mencionó que sería impensado para alguno de sus colegas recurrir a una ayuda social de este tipo, afirmando que ellos ya resultaban reacios a la idea de asociarse colectivamente por la defensa de sus derechos, y que ante el desempleo prefieren buscar soluciones en forma individual. De hecho, menciona que cuando él formó parte de la asociación gremial simplemente inscripta tuvo la idea de generar un fondo desde ese espacio para cualquiera de sus colegas que lo pueda necesitar.

36. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/412/texact.htm>

Por último, y en relación a la duración del seguro de desempleo vigente en nuestro país, cabe destacar que, si bien depende de la cantidad de tiempo efectivamente trabajado y de los aportes realizados al Fondo Nacional de Empleo, en el art. 117 de la Ley 24.013 se prevé que puede otorgarse desde los dos hasta los doce meses como máximo, ello sin tener en cuenta que la propia normativa incorpora causales de suspensión y de extinción del beneficio aludido.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

En este trabajo nos abocamos a analizar cómo es el instituto de la flexiseguridad en el derecho comparado cotejándolo con la industria de los videojuegos de Argentina. Luego de analizar los cuatro ejes de este instituto previstos en dos instrumentos internacionales de *soft law* que la prevén (“el libro verde” y “la Comunicación”), hallamos que la mayoría de sus elementos se configuran en la práctica en la industria de videojuegos local. Así pues, la flexibilidad de entrada y de salida se encuentra propiciada en principio por la propia legislación laboral que a partir de la década de los 90 introdujo una serie de contratos atípicos que facilitan la desvinculación del trabajador con la empresa.

Por otra parte, si bien la mayoría de los trabajadores de la industria se encuentran registrados en relación de dependencia, lo cierto es que en la praxis, ante el estancamiento o empeoramiento de las condiciones laborales los empleados optan por renunciar. Ello es así por varias cuestiones que van desde la ausencia de una asociación gremial que ostente la personería gremial y reclame efectivamente sus derechos, hasta la propia idiosincrasia de los trabajadores, que determina que, ante la falta de acuerdo en una negociación individual con el empleador, y si es que realmente intentan y pueden negociar, opten por la renuncia.

Ello también se halla vinculado con el segundo eje de la flexiseguridad, esto es, la empleabilidad. Es que, ante el desempleo, los trabajadores de la industria argentina de los videojuegos, fácilmente pueden ser contratados en otra empresa o emprender, sea como cuentapropista o uniéndose con colegas del sector y creando su MiPyME. Esta cuestión es llamativa al compararla con la concepción de la empleabilidad considerada en los instrumentos internacionales analizados, ya que en ellos se esboza la idea de que sea primordialmente el Estado el que propicie las condiciones idóneas para fomentar la empleabilidad. Sin embargo, en Argentina estas son impulsadas sobre todo por el sector privado, sea nacional o internacional. En este sentido, si bien en nuestro país se ha previsto el financiamiento para emprendedores, las condiciones a las que están sujetas determinan que sean inviables. De hecho, la mayor cantidad de financiamiento la proporcionan los denominados *Publisher*, generalmente empresas extranjeras reconocidas como por pueden ser *Nintendo* o *Microsoft*.

No obstante, otra de las herramientas con las que cuenta la flexiseguridad para promover el pleno empleo se relaciona con la formación contante y vitalicia, para que el trabajador pueda reinsertarse rápidamente en el mercado laboral ante cualquier contingencia. Como se pudo observar, diversas instituciones educativas de distinto

grado y/o los municipios argentinos brindan capacitaciones no solo en lo atinente a la industria de los videojuegos en general, sino también talleres, que vinculados con la industria de las tics (como pueden ser capacitaciones en programación, 3D, o audiovisual, entre otros) potencian el sector. Asimismo, se otorga la posibilidad de cursar en forma gratuita a tales cursos. Sumado a ello, los trabajadores de la industria pueden acceder a través de la *web* a una cuantiosa información y a la cooperación nacional e internacional, característica de las MiPyMEs.

En cuanto al tercer eje de la flexiseguridad, esto es, la compatibilización entre la vida social y familiar del trabajador, de los estudios tanto cuantitativos como cualitativos citados, se avizora la relevancia que esta cobra para la vida de los trabajadores en la industria analizada. Particularmente la administración del tiempo y el espacio constituyen lo más valorado según el relato de los trabajadores citados.

Finalmente, en relación al eje que promueve los sistemas de seguridad modernos, si bien en Argentina tenemos una vasta legislación en materia de seguridad social, no se puede soslayar que la flexiseguridad alude primordialmente al seguro de desempleo. En este sentido, como se pudo observar, este se halla limitado personal y temporalmente, cuestión que dificulta en los hechos su percepción. Ello sin considerar que, tal como afirmaron los entrevistados, a los trabajadores de la industria de los videojuegos les resultaría impensado solicitar estos beneficios.

Por todo lo expuesto, consideramos que la flexiseguridad laboral opera de facto en la industria de los videojuegos argentina, aunque específicamente en el eje que promueve los sistemas de seguridad modernos el Estado Argentino debería ajustarse ampliando personal y temporalmente los seguros de desempleo para que la flexiseguridad no se convierta lisa y llanamente en flexibilidad, y promover de este modo el trabajo decente.

Por último, si bien esta investigación giró en torno al caso argentino, pensamos que el examen y diagnóstico al que arribamos constituyen un puntapié inicial para ser proyectado en diversos Estados, principalmente en Latinoamérica y que, a partir de allí, se generen nuevas líneas de investigación que consideren las características propias de cada país.

Bibliografía

- Adamini, M.: "Resistencias frente a la precarización laboral en el sector de software y servicios informáticos. Un abordaje a partir del caso de los trabajadores informáticos de Tandil", *Estudios del Trabajo*, núm. 59, 2020, pp. 1-30. Accesible en: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/113759>
- Añez, C.: "El capital intelectual: nuevo enfoque de la flexibilización laboral", *Revista Venezolana de Gerencia*, vol. 10, núm. 3, 2005, pp. 310-324. DOI: <https://doi.org/10.37960/revista.v10i30.10389>
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID): *Los videojuegos no son un juego. Los desconocidos éxitos de América Latina y el Caribe*, BID, 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.18235/0001869>
- Castells, M.: "La Globalización Truncada en América Latina, la crisis del estado-nación y el colapso neoliberal", *Centro de Estudios Miguel Enríquez*, 2004, pp. 1-15. Accesible en: http://www.archivo-chile.com/Chile_actual/20_tras_interna/chact_trasintern0007.pdf

- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL): *Manual de la micro, pequeña y mediana empresa: una contribución a la mejora de los sistemas de información y el desarrollo de las políticas públicas*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, San Salvador, 2009. Accesible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/2022-manual-la-micro-pequena-media-na-empresa-contribucion-la-mejora-sistemas>
- Gabini, S.: "Trabajo Flexible: Conceptualización y Estado del Arte del Constructo", *Investigación Administrativa*, vol. 45, núm. 118, 2016, pp. 1-26. DOI: [10.35426/iav45n118.05](https://doi.org/10.35426/iav45n118.05)
- García Lirios, C.: "Especificación de un modelo para el estudio de la flexibilidad laboral en IES y Mi-PyMEs formadoras del capital intelectual", *Tlatemoani: Revista Académica de Investigación*, vol. 10, núm. 30, 2019, pp. 68-89.
- Grobler, P. A. y De Bruyn, A.J.: "Flexible Work Practices (FWP) – An effective instrument in the retention of talent: A survey of selected JSE-listed companies", *South African Journal of Business Management*, vol. 42, num. 4, 2011, pp. 63-78. DOI: <https://doi.org/10.4102/sajbm.v42i4.506>
- Guevara Villalobos, O.: "Flexibilidad laboral en tiempos de distribución digital: Los desarrolladores de videojuegos independientes y sus malestares". Ponencia presentada al XXXI Congreso Alas Uruguay, Montevideo, 2017. Accesible en: https://www.easyplanners.net/alas2017/opc/tl/8216_orlando_guevara_villalobos.pdf
- Míguez, P.: "Trabajo, conocimiento y precariedad laboral en el capitalismo contemporáneo", *Revista Ciencias Sociales*, núm. 93, 2017, pp. 74-79. Accesible: <http://www.sociales.uba.ar/wp-content/blogs.dir/219/files/2017/05/REVISTA-93-074-M%C3%8DGUEZ.pdf>
- Quintana Hernández, J. M.: "¿Flexibilidad laboral, flexiseguridad o flexplotación?", *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 26, 2012, pp. 131-159. DOI: <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.7094>
- Tangian, A.: "Flexiguridad europea: Conceptos (definiciones operativas), metodología (instrumentos de seguimiento) y políticas (implantaciones consistentes)", *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 16, 2008, pp. 99-153. DOI: <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.3102>

