

Actualidades de protección social a juicio de los tribunales: materializaciones del «espíritu del tiempo» a través de los «principios jurídico-sociales»

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén (España)*

*Director de la [Revista de Trabajo y Seguridad Social](#). CEF
cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>*

Extracto

La materia de seguridad social está sometida a continuos procesos de reformas legislativas que ofrecen una imagen de esta rama jurídica muy cambiante, y algo irracional o incoherente. Sin embargo, en su configuración y aplicación práctica tienen mucha importancia las decisiones jurisdiccionales, el «derecho viviente» de la Seguridad Social. En esta presentación preliminar, se da cuenta de un conjunto de sentencias muy recientes en materia de seguridad social que ayudan a comprender tanto el dinamismo evolutivo de esta rama jurídica como el funcionamiento de los principios generales del derecho en ella. Entre ellos destacamos los principios de igualdad, no solo en perspectiva de género, que también; seguridad jurídica; primacía de la realidad sobre la forma (prioridad del fin social sobre la letra restrictiva de prestaciones sociales), etc.

Palabras clave: derecho vivo; Seguridad Social; enjuiciar con perspectiva de género; pensiones; brechas de género; realismo jurídico; principios jurídicos.

Recibido: 11-12-2022 / Aceptado: 11-12-2022 / Publicado: 04-01-2023

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2023). Actualidades de protección social a juicio de los tribunales: materializaciones del «espíritu del tiempo» a través de los «principios jurídico-sociales». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 472, 153-165. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.10271>

Social protection actualities as judged by the courts: materialisations of the "spirit of the times" through "social-legal principles"

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén (España)*

*Director de la [Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF](#)
cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>*

Abstract

The matter of social security is subject to continuous processes of legislative reforms that offer an image of this legal branch that is highly changing, and somewhat irrational or incoherent. However, in its configuration and practical application, jurisdictional decisions, the "living law" of Social Security, are very important. In this preliminary presentation, an account of a set of very recent sentences in the field of social security is given that help to understand both the evolutionary dynamism of this legal branch and the operation of the general principles of law in it. Among them we highlight the principles of equality, not only in gender perspective, which also; legal security; primacy of reality over form (priority of the social purpose over the restrictive letter of social benefits), etc.

Keywords: judicial law; Social Security; judging with a gender perspective; pensions; gender gaps; legal realism; legal principles.

Received: 11-12-2022 / Accepted: 11-12-2022 / Published: 04-01-2023

Citation: Molina Navarrete, C. (2023). Social protection actualities as judged by the courts: materialisations of the "spirit of the times" through "social-legal principles". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 153-165. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.10271>

La búsqueda forzada de ideas en nuestra propia cabeza genera, de inmediato, la idea de inquietud, la inquietud de no toparse con ninguna.

A. Cabrera (*Gracias, distancia*)

Hosco espíritu, otrora ávido de la lucha,
la Esperanza, que ayer atizaba tu ardor,
no te espolea ya más: tiéndete sin reparo,
caballo cuyo casco por doquier tropezaron.

[...]

¡La Primavera amada ha perdido su aroma!

C. Baudelaire («El gusto de la nada». *Las flores del mal*)

1. ¿Progreso versus estabilidad de las razones del derecho vivo? En un escenario de nuevos cambios legislativos en materia de seguridad social, referidos de forma somera en el editorial, dirigir ahora la mirada a ciertas aportaciones actuales (fragmentos) de su derecho vivo nos parece de especial interés y utilidad. No solo para complementar la información y el análisis sobre cuestiones sociales de tanta relevancia, sino también para contrastar el «espíritu de los tiempos legislativos» con el de la «complementación jurisprudencial» del derecho de la Seguridad Social. De ahí el carácter monográfico de esta nueva entrega de «Diálogos con la jurisprudencia».

Dada la extraordinaria extensión y la gran complejidad del número de decisiones judiciales y jurisprudenciales, imposible de sintetizar en las pocas páginas disponibles aquí, había que buscar unos mínimos criterios comunes que permitan dar a las elegidas cierta unidad, aun en su diversidad. A tal fin, la idea matriz de esta sección es atender al estado del arte interpretativo de cuestiones de actualidad relativas a la Seguridad Social, pero intentando ordenarlas de forma representativa a través de la vida práctica que despliegan, al tiempo que extraen, de ellas, los «principios jurídico-sociales» más relevantes del sistema, no solo del sistema jurídico-social, sino jurídico en general. Entre ellos destacamos –aunque ilustrados someramente, por supuesto– los de: igualdad, no solo en perspectiva de género, que también; seguridad jurídica; retroactividad, así como la irretroactividad; primacía de la realidad sobre la forma, del fin sobre la letra, etc.

Vivimos un nuevo tiempo, lamentablemente, en España de «ruido y crispación», también a raíz de tormentas asociadas a la interacción entre los cambios legislativos (a veces en exceso precipitados y de mala calidad técnica, no solo en el ámbito penal –hoy en el ojo del huracán–) y el margen interpretativo inherente a la función jurisdiccional (también en el orden penal). Fuera de la polvareda y furia políticas, no me parece ocioso ilustrar, en un plano jurídico, lo que aporta en estabilidad y racionalidad, también en una mejora de la protección, la interpretación jurisdiccional en la materia de seguridad social, frente a la idea de «insoponible levedad» del ser legal y su idea constante de reforma, a veces sin una razón coherente, solo de oportunismo. Por supuesto, tampoco desatenderemos las convulsiones derivadas de aplicaciones judiciales poco «prudentes» y las deficiencias del funcionamiento práctico del instrumento llamado a tratar de corregirlas, lo que devalúa su función constitucional uniformadora, quebrando la igualdad y la seguridad jurídica: el recurso de casación para la unificación de doctrina.

2. Dinamismo evolutivo del sistema y principio de protección reforzada frente a la contingencia profesional: nuevas aplicaciones de la clásica presunción de laboralidad de los accidentes de trabajo. Una institución de Seguridad Social que mejor resume esta interacción (no necesariamente oposición) entre la función de progreso social y la de estabilidad jurídica que representaría la actividad interpretativa es la relativa al régimen del accidente de trabajo ([art. 156 Ley general de la Seguridad Social](#) –LGSS–). Pocas leyes tan estables (apenas ha cambiado desde los albores del siglo XX) generan tanto dinamismo (y desbordamiento) aplicativo.

Los factores de riesgo, los riesgos, los tipos de daños profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ex [art. 157 LGSS](#) –también las enfermedades del trabajo ex [art. 156.3 LGSS](#)), las formas de organización y prestación del trabajo van cambiando, pero la regulación permanece y sus pautas interpretativas, que, pese a ello, van dando respuestas a los nuevos tiempos. Junto a los cánceres, los infartos de miocardio y los accidentes cerebrovasculares (ictus) constituyen la principal causa de muerte en nuestros días, y lo serán más en el futuro próximo. El mundo del trabajo no es ajeno a ello. Una completa y actualizada síntesis de doctrina jurisprudencial sobre los criterios para su calificación como contingencia profesional se puede hallar en la Sentencia del Tribunal Supremo ([STS](#)) [701/2022, de 7 de septiembre](#) (FJ 3.º), que sigue su precedente [STS](#) [59/2020, de 23 de enero](#). La citada sentencia aplica la presunción *iuris tantum* de laboralidad ex [artículo 156.3 de la LGSS](#) a un infarto que, producido en tiempo y lugar de trabajo, prestando su actividad habitual, debutó 3 semanas antes, con dolor centrotorácico (FJ 4.º, punto 3).

Hoy, una gran prueba de resistencia de esta presunción está en la proliferación de nuevas formas de organización del trabajo y de prestación de servicios, como son las del trabajo a distancia, en especial en la modalidad de teletrabajo. La reciente [Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Cáceres 297/2022, de 26 de octubre](#), aplicando de forma estricta esa antañona presunción, considera accidente laboral la caída de una empleada en su casa

mientras teletrabajaba. Por su relevancia es objeto de un análisis específico por la profesora Pilar Conde en este número.

3. Cuestiones relativas a los principios de igualdad de trato, y de no discriminación, en el marco de la pensión de jubilación anticipada. Si dos principios jurídicos de rango constitucional (en realidad hoy multinivel: garantías internacionales) deben mantener y desarrollar una vigencia efectiva en el derecho de la Seguridad Social, esos son, sin duda, los de igualdad de trato y no discriminación en general, y en atención a las diferentes circunstancias a las que se asocia (nacionalidad –en el ámbito comunitario–, sexo, edad, discapacidad, estado de salud, etc.), como propone la reciente y enigmática [Ley 15/2022, de 12 de julio](#). En la práctica, sin embargo, no es fácil su aplicación efectiva y se conocen numerosos ejemplos bien de regulaciones legales, bien de aplicaciones de conformidad más que dudosa a los mismos. En tales casos, la interacción diálogo-conflicto entre los diversos niveles jurisdiccionales debe aportar soluciones de adecuada efectividad.

En este sentido, resulta de interés la [STS 923/2022, de 22 de noviembre](#), que se suma a una larga serie de sentencias del Alto Tribunal de justicia social ordinaria obligado, a su vez, a rectificarse por estricto imperativo constitucional, al ser contrarias a la doctrina del Alto Tribunal de la justicia social constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional [172/2021, de 7 de octubre](#), y [191/2021, de 17 de diciembre](#)). En su virtud, se reconoce el derecho a acceder a una incapacidad permanente desde la situación de jubilación anticipada por aplicación de los coeficientes reductores por discapacidad ex [artículo 206 bis de la LGSS](#) (figura afectada por la reforma de la [Ley 21/2021, de 28 de diciembre](#)), aún sin tener la edad ordinaria.

En cambio, y situados en el lado más oscuro o sombrío de esa vigencia de los principios referidos, la jurisprudencia social sigue rechazando reconocer, por ejemplo, a las personas fijas discontinuas el acceso a la jubilación anticipada parcial ex [artículo 215.2 de la LGSS](#). Es el caso, por ejemplo, de la [STS 641/2022, de 12 de julio](#). Esta cuestión presenta un gran interés por varios motivos. Primero, por desvelar un déficit de protección de la figura estrella de la reforma laboral y sobre la que se cierne hoy, un año después de su aprobación, una gran polémica (la Sentencia de la Audiencia Nacional 166/2022, de 5 de diciembre, desactiva un intento convencional de desnaturalizar esta figura mucho más de lo que ya lo ha hecho la reforma laboral: anula una cláusula convencional que autorizaba el recurso a la contratación fija discontinua para realizar trabajos imprevisibles por «sorpresivos»; preveía un plazo de llamamiento de 48 horas para situaciones «sorpresivas», violando el espíritu y la letra del [art. 16 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)), tanto como agria. Segundo, porque se efectúa un tratamiento de la pensión de jubilación anticipada parcial como si de trabajo a tiempo parcial se tratara, pese a no ser esa la consideración en el ET, pero sí en la LGSS ([art. 245.2](#)). Además, es relevante porque entra en conflicto con el marco comunitario relativo al principio de igualdad de trato en todas las condiciones de empleo y de trabajo a tiempo parcial respecto del personal a tiempo completo ([Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre](#)). Por su trascendencia, ha merecido un análisis muy cuidado y completo por la profesora Margarita Miñarro, también en esta sección.

4. La defensa del principio de autonomía de los conceptos de seguridad social en relación con los fiscales, si bien cada vez más relativa por su creciente colonización.

La última reseña jurisprudencial realizada nos sitúa ante otra cuestión sistémica de calado doble, teórico y práctico. Me refiero a la defensa de la autonomía conceptual de las leyes y el derecho de Seguridad Social respecto de otras ramas con las que concurre de forma muy significativa. Esa autonomía se ha defendido respecto de la norma laboral (citado tratamiento diferenciado de la fijeza discontinua, siempre a tiempo parcial en la norma de Seguridad Social, a tiempo completo como regla general hoy ex [art. 16 ET](#), en la norma laboral), pero donde mayor incidencia tiene esta tensión, en nuestro tiempo, reside en su interacción con el campo fiscal, dada la tendencia a la colonización de los conceptos de seguridad social por los tributarios y fiscales. Naturalmente, aquí el objetivo principal es mejorar la función recaudatoria del sistema de Seguridad Social, en aras de la mejor sostenibilidad financiera de este.

Pese a esa clara tendencia a la colonización de las reglas y el espíritu tributarios, la doctrina jurisprudencial social ofrece ejemplos de resistencia. Sería el caso de la [STS 907/2022, de 15 de noviembre](#) (FJ 3.º), en virtud de la cual los ingresos debidos a la tenencia de bienes inmuebles urbanos, que no constituyen vivienda habitual (no computa) y no sujetos a arrendamiento, de la esposa del beneficiario, deben calcularse, a los efectos del derecho a percibir la renta activa de inserción, aplicando a su valor catastral un porcentaje del 100 % del interés legal del dinero ([art. 275.4 LGSS](#); [art. 2.1 d\) RD 1369/2006, de 24 de noviembre](#); [art. 7.1 c\) RD 625/1985, de 2 de abril](#)) –conforme a la corrección por el [RDL 20/2012, de 13 de julio](#), pasó del 50 % del interés legal al 100 %–. Descarta, pues, seguir la renta imputable fiscalmente a ese inmueble a los efectos del impuesto sobre la renta de las personas físicas, conforme al [artículo 85 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre](#) (2 % o el 1,1 % del valor catastral, en función de que el valor catastral haya sido revisado o no).

En sustancia, la justificación última que se da para tal doctrina residiría en que la norma de Seguridad Social prefiere atender a criterios de rendimiento lo más efectivos posible, en detrimento de los rendimientos ficticios, pues su finalidad social es verificar la situación igualmente real de insuficiencia económica que da derecho a percibir una prestación (en este caso especial y diferenciada de desempleo asistencial). Por cierto, una doble idea, la de atender a criterios de realidad y primar el fin social que constituyen sendas pautas más generales de interpretación del derecho de la Seguridad Social. En todo caso, una vez más, esta tensión o dialéctica más general entre lo real y lo ficticio, entre lo social y lo fiscal, sigue muy presente en el sistema, como evidencia el actual proceso de reforma legal progresiva del régimen especial del trabajo autónomo (RETA), dirigido a hacer realidad la aspiración recurrente relativa a la cotización social de las personas autónomas por sus ingresos reales (2023 estrena el nuevo marco dado por el [RDL 13/2022, de 26 de julio](#) –y sus ya diversas modificaciones–), también para corregir su situación de prevalencia en las pensiones mínimas (por cotizar la gran mayoría al mínimo –recuérdese también–).

5. Principio de primacía de la realidad social (criterio sociológico) frente a la letra legal (criterio gramatical), en aras de la efectividad del fin social (criterio teleológico), como regla general y sus «desmentidos» («excepciones» o «modulaciones»). Pero si un principio hermenéutico, más que propiamente de regulación, despliega un papel muy especial en el derecho de la Seguridad Social, por mor de la interpretación jurisdiccional, ese es el de primacía de la realidad sobre las formas, también sobre la literalidad de los redactados legales y siempre con vista a garantizar una protección efectiva, no ficticia. Las manifestaciones son muchas y constantes en el derecho vivo de la Seguridad Social.

Así, en relación a la constatación de los requisitos que dan acceso a una pensión, y por volver sobre una doble figura de especial significación (jubilación anticipada y fijeza discontinua), interesante resulta la [STS 622/2022, de 6 de julio](#), que reconoce el derecho a la pensión de jubilación anticipada involuntaria a un trabajador fijo discontinuo con atención al periodo de inactividad. Al respecto, volvemos a remitir al sugerente diálogo de la profesora Margarita Miñarro. Tampoco exige inscripción como demandante de empleo para acceder a esta pensión anticipada la [STS 541/2022, de 13 de junio](#), en casos de acuerdos de prejubilación que prevén el pago por la empresa de una cantidad equivalente a la que hubiese correspondido de recibir la prestación por desempleo.

En este mismo ámbito, la [STS 828/2022, de 17 de octubre](#), pese a partir siempre del carácter tasado de la lista del [artículo 207.1 d\) de la LGSS](#) (reafirmado con la última reforma legal), reitera su doctrina relativa a incluir dentro de los supuestos de cese reconducibles al [artículo 207.1 d\) de la LGSS](#) el «cierre de hecho» de la empresa, en la que el contrato se extingue tácitamente como consecuencia de aquel hecho. Que la empresa no cumpla con las formalidades legales nunca puede perjudicar el interés de la persona empleada, de quien no depende el cumplimiento (también [STS 1013/2021, de 14 de octubre](#)).

Por su parte, la [STS 900/2022, de 11 de noviembre](#), también a efectos de dar acceso a la jubilación anticipada, considera las prejubilaciones realizadas en el seno de un procedimiento de regulación de empleo como cese ajeno a la voluntad de la persona trabajadora, esto es, por causa no imputable a su libre decisión. Insiste en que:

[...] hay que partir [...] de la realidad de unos hechos que afirman cómo la extinción se produjo en el contexto y bajo la cobertura de un expediente de regulación de empleo [...] en el que se autorizó a la empresa a extinguir el contrato de trabajo con un gran número de trabajadores siempre que estos aceptaran las condiciones ofrecidas, siendo con ese condicionante con el que el actor aceptó la extinción [...]. (En el mismo sentido se deciden las [SSTS 786/2022, de 28 de septiembre](#), y [541/2022, de 13 de junio](#), entre otras; todas ellas relativas a prejubilaciones derivadas de la inclusión en un acuerdo colectivo laboral en el marco del proceso de integración de Banca Cívica, concluido entre Caja Canarias, Caja Navarra, Caja de Burgos, Cajasol y Banca Cívica, SA).

Igualmente, ahora en relación con el requisito de la carencia de rentas para dar acceso a ciertas prestaciones (aquí pensión de jubilación no contributiva) que requieren esta prueba de la situación de necesidad, la [STS 832/2022, de 18 de octubre](#), reconoce la prestación a una persona venezolana, pese a que consta que tiene una pensión del sistema de aquel país, pero que lleva años sin el percibo de renta alguna, por causas ajenas a su voluntad. De ahí que considere que no computan a los efectos de la condición de carencia de rentas (conforme a lo previsto en los arts. [363.1 d\)](#) y [369.1 LGSS](#); arts. [11.1](#), [12.1](#) y [12.4 RD 357/1991, de 15 de marzo](#); y [art. 4 Orden PRE/3113/2009, de 13 de noviembre](#)) los ingresos hipotéticos que nunca han llegado a percibirse de la Seguridad Social extranjera. Una vez más la razón jurídica esgrimida es que el sistema debe atender a situaciones reales de disfrute de renta, no a las ficticias, o con «virtualidad real inexistente» (FJ 4.º, punto 3).

En relación con la prestación a favor de familiares ([art. 226 LGSS](#)), la [STS 647/2022, de 12 de julio](#) (de nuevo revocando el criterio de suplicación, favorable a la entidad gestora, que denegó la prestación, y estimando el recurso de casación en interés de la persona beneficiaria –principio pro o de favor hacia persona beneficiaria–), exige el descuento de los gastos de hipoteca de la vivienda habitual, a los efectos de establecer el nivel de ingresos computables para determinar la existencia de la obligación de prestar alimentos entre familiares. De este modo, a fin de activar la exclusión del [artículo 40.1 e\) del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre](#), exige no solo que la persona obligada a prestar alimentos tenga unos ingresos superiores al salario mínimo interprofesional (SMI), sino que dichos ingresos le permitan garantizar para la persona alimentista unas rentas no inferiores a tal estándar, pues es el admitido para la satisfacción de la situación de necesidad (FJ 4.º, punto 1). A la jurisdicción social compete garantizar la efectividad de las normas, atendiendo a su finalidad social, de modo que su sentido práctico no levante obstáculos que hagan infranqueable el acceso real a la prestación legalmente configurada.

En la doctrina de suplicación, el mismo enfoque realista sigue la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ de Castilla-La Mancha 1626/2022, de 21 de octubre](#), según la cual las personas (formalmente) autónomas que no obtengan de forma efectiva ingresos de su actividad tendrán derecho a percibir la prestación por desempleo, si incurrir en una situación legal a tal fin (en el caso, suspensión del contrato de trabajo por expediente temporal de regulación de empleo), pese a estar de alta en el impuesto de actividades económicas y en el RETA (intermediación comercial). En estos casos, pues, no sería de aplicación la regla sobre incompatibilidad absoluta (para el trabajo por cuenta ajena es relativa) entre la prestación por desempleo y el trabajo por cuenta propia ([art. 282.1 LGSS](#), con relación al [art. 15.1 b\) 2.º RD 625/1985, de 2 de abril](#)).

Ciertamente, a veces la defensa del criterio de interpretación legal conforme a su letra más estricta supone una ventaja para la persona beneficiaria, no para la entidad gestora, siempre resistente al reconocimiento de prestaciones no configuradas de forma expresa y precisa en la ley. Sería el caso, por ejemplo, de la [STS 748/2022, de 20 de septiembre](#), que,

a los efectos de valorar una situación como de incapacidad permanente total (IPT), exige estar a todas las funciones de la profesión habitual (ni en el grupo profesional –hoy elegida como referencia por el ET– ni en la categoría), no solo a las reales realizadas a la fecha del accidente de trabajo del que trae causa. Otra cosa es que la imprecisión legal ([art. 194.2 LGSS](#) y [art. 11.2 Orden ministerial de 15 de abril de 1969](#)), pendiente desde hace décadas de reforma, requiera de integración jurisprudencial para concretarla o «cerrarla» mejor. O, en el ámbito del RETA, de la [STS 928/2022, de 22 de noviembre](#), que reconoce el derecho a la pensión de jubilación a una persona autónoma quien en el momento de acceder a aquella cumple todos los requisitos (edad, periodo de carencia, situación de origen, etc.), pese a tener periodos de cotización insatisfechos, porque han prescrito. La razón es una interpretación literal ex [artículo 28 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto](#), que habla de cuotas exigibles. Las prescritas no lo son, aun no siendo deudas satisfechas, a los efectos de fijar el importe de la pensión (FF. JJ. 3.º y 4.º, punto 1; reitera la doctrina de la [STS 905/2022, de 15 de noviembre](#)). Paradójicamente, aquí era la entidad gestora la que pretendía una interpretación más flexible del tenor literal, a fin de hacer más estricta la consideración de la figura de «estar al corriente de pago».

Ahora bien, por lo general, la interpretación estricta y/o literal de las leyes de Seguridad Social suele perjudicar el acceso a la prestación (o su cuantía) social pública. Un ámbito paradigmático es la rama de pensiones de viudedad, especialmente, pero no solo, para las parejas de hecho (de nuevo en trance de reforma), al exigirse su prueba no con cualquier medio válido, sino mediante registro *ad hoc* (en caso de ejercer libertad de circulación comunitaria no se precisará nuevo registro para acceder a la pensión de viudedad: [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de diciembre de 2022, asunto C-731/21](#)). Asimismo, se requiere convivencia (5 años, salvo hijos/as en común) e inscripción previa (2 años), según el [artículo 221.2 de la LGSS](#) (por ejemplo, [STSJ de Cataluña 3417/2022, de 10 de junio](#)). La exclusión de la pensión para quienes contraen «matrimonio por el rito gitano» es otro ejemplo claro (por ejemplo, [STSJ de la Comunidad Valenciana 246/2022, de 27 de enero](#)), en espera de nueva decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

También los preceptos que remiten a esta regulación conllevan la misma lectura literal, como sucede con el [artículo 219.2 de la LGSS](#) (supuesto excepcional en que la muerte del causante derivara de enfermedad común, no sobrevinida tras el vínculo conyugal), que remite al [artículo 221.2](#) del mismo texto legal. Por eso, cuando la doctrina de suplicación social lleva a cabo interpretaciones flexibilizadoras atendiendo a las circunstancias del caso, suelen ser revocadas por la Sala 4.ª (por ejemplo, [STS 857/2022, de 26 de octubre](#) –no reconoce la pensión de viudedad en un caso de fallecimiento por enfermedad común previa al matrimonio y antes de 1 año de la fecha de este, al no concurrir los 2 años necesarios–).

Una posición hermenéutica restrictiva que también hallamos con relación a la protección de Seguridad Social de colectivos especialmente vulnerables, como serían las personas con discapacidad y/o con gran invalidez. Así, por ejemplo:

- La [STS 655/2022, de 13 de julio](#), reafirma (estimando el recurso de casación suscitado por la Xunta de Galicia y, en consecuencia, revocando el criterio de sujeción social favorable a la persona beneficiaria) que, a los efectos del [Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre](#), no se alcanza el 33 % de discapacidad por el solo hecho de tener reconocida una situación de IPT, porque del criterio literal de las normas reguladoras, que hacen una equiparación «a todos los efectos», se desprende que su [artículo 4.2](#) incurre en *ultra vires*.
- La [STS 794/2022, de 4 de octubre](#), reconoce el complemento por maternidad ([versión inicial del art. 60 LGSS](#)) si el hecho causante de la pensión de incapacidad permanente es anterior a la [Ley 48/2015, de 29 de octubre](#), aunque se reconozca una revisión por agravación del grado con posterioridad (gran invalidez), porque la diversidad de los grados no implica una pensión autónoma. Cuenta con un voto particular que razona lo contrario (la diferencia de grado marca hechos causantes diferentes).

Por su importancia, y en un contexto de análisis de doctrina jurisdiccional global del polémico complemento, que sigue «ganando batallas judiciales» para los hombres después de derogado («muerto»), más allá de la relativa a la maximización de la fecha de efectos económicos del reconocimiento en aras de la igualdad –formal– de trato del varón ([STS 487/2022, de 30 de mayo](#)), ameritará un comentario específico en este monográfico. En todo caso, por lo que aquí interesa, hay que recordar que la Sala 4.^a, por lo general, en relación con las fechas de efectos de los reconocimientos de diversas situaciones revisorias, como la citada de discapacidad, tiende a limitar la retroacción a la fecha de la solicitud de revisión, no al momento en que se reconoció la discapacidad, a fin de restringir los efectos de retroactividad favorable, por el incremento de costes que supondría para el sistema. Es el caso de la [STS 264/2021, de 3 de marzo](#), que apelará, una vez más, a la literalidad de la norma ([art. 10.2 RD 1971/1999, de 23 de diciembre](#)) además de hacer nueva defensa de la autonomía de la norma de Seguridad Social en relación con la norma de derecho administrativo común reguladora de estas situaciones de retroactividad en la revisión administrativa de actos declarativos de derechos.

- La [STS 590/2022, de 29 de junio](#), en relación con la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia, de nuevo a partir de una lectura literalista y tradicional de la norma aplicable (distingue la figura de la persona autónoma «clásica», persona física, y la moderna, la persona autónoma societaria, a efectos de aplicar la regla del SMI para determinar si existe obligación de cotización), considera válida la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social. En ella se acuerda la pérdida de la pensión de jubilación durante 3 meses por indebida compatibilización con una actividad por cuenta propia, al ostentar el control efectivo de una sociedad mercantil, sin cabida en la excepción del [artículo 165.4 de la LGSS/1994](#): actividades que no den lugar a la obligación de cotizar.

Una vez más, pues, la Sala 4.^a del TS revoca la sentencia de suplicación, que había realizado una interpretación más flexible y favorable a la persona beneficiaria, en claro detrimento de la posición de racionalización de la entidad gestora, que suele mantener una posición de sospecha de fraude, un enfoque prohibido ex [artículo 6.4 del Código Civil \(CC\)](#)¹. Un principio dirigido al control de la viabilidad financiera del sistema, que es de reparto solidario, que conoce numerosas manifestaciones. Por ejemplo:

- La [STS 853/2022, de 26 de octubre](#). Es incompatible el incremento del 20% de la base reguladora de la pensión de IPT cualificada con la prestación de desempleo devengada por el cese en una ocupación laboral diferente de la que motivó el reconocimiento de la IPT.
- La [STS 863/2022, de 27 de octubre](#). En ella se descarta reconocer una situación legal de desempleo para la persona trabajadora en situación de jubilación parcial con prestación de servicios concentrada, porque no ha habido ningún cese, dado que la actividad laboral se realizó íntegramente en los primeros meses de su jubilación parcial. Por consiguiente, no concurre el requisito del [artículo 262.2 de la LGSS](#) (cese de la actividad), ni suspensión del [artículo 45.2 del ET](#). Sin duda, un obstáculo interpretativo para una práctica usual y que, avalada de forma para el acceso a la jubilación parcial por el TS, el Gobierno quiso limitar en la reforma de 2021, pero que finalmente decayó por la oposición sindical. En la segunda fase de la reforma parece que este tema volverá al debate.

A fin de no dilatar en exceso esta ejemplificación de doctrinas jurisprudenciales que hacen de la interpretación lineal su norte hermenéutico para contener el acceso a una pensión pública, finalizaremos el repaso con su impacto en las mejoras voluntarias ex [artículo 43 de la LGSS](#). Sería el caso de la [STS 920/2022, de 15 de noviembre](#): la mejora voluntaria del convenio (Bridgestone Hispania) para incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo.

A su juicio, no sería aplicable a las situaciones de asimilación a accidente de trabajo por razón de periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio, como consecuencia de la COVID-19 ([art. 5 RDL 6/2020, de 10 de marzo](#)). En análogo sentido, la [STS 57/2022, de 20 de enero](#). Por enésima vez, la interpretación literal de los preceptos legales y convencionales será la responsable de esa restricción de derechos de protección complementaria (FJ 4.º, punto 3).

¹ Y que los tribunales suelen corregir. Por ejemplo, la [STS 856/2022, de 26 de octubre](#), en la que se reiteran varias sentencias, desde 2019, según las cuales, en aplicación de la [disposición adicional décima del Estatuto del Trabajo Autónomo](#), no son indebidas las prestaciones por desempleo percibidas por una persona trabajadora, menor de 30 años, que le fueron reconocidas por el Servicio Público de Empleo Estatal porque había prestado servicios para su padre, primero; y, después, por subrogación empresarial para su hermano, con quienes no convivía.

6. Del juicio de realidad al enjuiciamiento con perspectiva de género, así como de infancia: la emersión, no siempre pacífica, de nuevos principios del derecho vivo de la Seguridad Social. Si conjuntamos los imperativos del principio de igualdad con los del juicio realista de las situaciones del sistema de Seguridad Social, no solo en sus ramas de pensiones, es manifiesto que la mayor novedad en los últimos años de su derecho vivo reside en el impacto que está teniendo el canon de juzgar con perspectiva de género. Este canon de enjuiciamiento social marca algunas de las más notables evoluciones del sistema, como es el caso relativo a las prestaciones por enfermedades profesionales. Sería el supuesto, por citar una reciente, de la [STS 747/2022, de 20 de septiembre](#) (reconoce el carácter profesional de la contingencia –deriva a síndrome del túnel carpiano– a una limpiadora, reforzando los criterios clásicos ex [art. 3 CC](#) con la perspectiva de género).

Ciertamente, esta perspectiva es conocida en su funcionamiento, pero ahora se proyecta en nuevos ámbitos, como el RETA, supliendo deficiencias sistémicas en él, como la exclusión de la figura de las lagunas de cotización social. Una deuda pendiente desde hace tiempo (al igual que otras –por ejemplo, [STS 722/2022, de 13 de septiembre](#)– recuerda que el RETA excluye la prestación por incapacidad permanente parcial por contingencias comunes). La [Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Granada 434/2022, de 13 de octubre](#), ha integrado esa técnica en el RETA, aplicando la perspectiva de género, cuando esas lagunas tengan como causa el retiro de la mujer autónoma al cuidado de la descendencia. Por su importancia será analizada en este monográfico por la profesora de la Universidad de Málaga Estefanía González Cobaleda.

Más novedoso en el derecho vivo de la Seguridad Social es el juego efectivo del principio de primacía del interés superior de la persona menor (juzgar con perspectiva de infancia). Un interesante ejemplo, crisol entre juzgar con perspectiva realista y con perspectiva de infancia, es la [STS 700/2022, de 7 de septiembre](#), que equipara, a los efectos del incremento del porcentaje de pensión de orfandad, una situación jurídica de orfandad absoluta con la *de facto* de una huérfana de madre cuyo padre, privado de la patria potestad por no cubrir sus necesidades desde hace 9 años, no percibe pensión de viudedad. Finalmente, una ilustrativa manifestación de las fuertes tensiones que, respecto de los cánones clásicos interpretativos, suscita la conjunción de esta doble perspectiva de enjuiciamiento, de género y de infancia, es la atormentada situación jurisdiccional de la cuestión relativa a los permisos por nacimiento como instrumento para la protección de la monoparentalidad.

Discutida la solución en el Poder Ejecutivo (anteproyecto de ley de protección de la diversidad de familias) antes de llevarla al Poder Legislativo, en la jurisdicción social ya se han definido definitivamente toda la gama de posiciones posibles:

- Favorable a que se acumulen (32) los dos permisos en la cabeza de familia monoparental, como si se tratara de una biparental (entre las más recientes, SSTSJ de [Aragón 718/2022, de 10 de octubre](#), y de [Galicia 5039/2022, de 9 de noviembre](#)).

- Radicalmente contraria a esa acumulación de permisos (solo 16), también por generar discriminaciones inversas (en detrimento de las familias biparentales, tratándose de una situación de discriminación por indiferenciación, no de discriminación indirecta por razón de género, que nuestro derecho no utilizaría como canon de control de las leyes). Destaca la [STSJ de Madrid 886/2022, de 5 de octubre](#)², no solo por su completo análisis, sino porque refleja tanto un cambio de criterio (anteriormente era favorable a la acumulación) como la persistente diversidad en una misma sala de suplicación, lo que deja en mal lugar la igualdad y la certeza del derecho ex artículos 14 y 9.3 de la Constitución española.
- Intermedia, pues solo acepta acumular las 10 semanas no obligatorias (16 propias más 10 derivadas del otro progenitor inexistente –a veces por decisión de la progenitora–). Destaca la [STSJ de Madrid 939/2022, de 28 de octubre](#) (26 semanas).

Por la trascendencia, complejidad y polvareda jurídica levantada, hemos entendido oportuno realizar un análisis específico en este monográfico de diálogos críticos con la jurisprudencia. Comentario a cargo de la jueza, profesora asociada y doctoranda María José Andrade, que da cuenta de la posición propia y de la sala canaria en la materia.

Al margen de la posición que se asuma sobre el fondo (desde hace años defiendo en esta revista mi desacuerdo con esta forma de aplicar el derecho de la Seguridad Social, en la que la jurisdicción decide asumir la función de suplencia que solo corresponde a la ley), mi principal crítica a este estado kafkiano del arte interpretativo en la materia reside en el deficiente funcionamiento del instrumento que debe corregir este dantesco panorama: el recurso de casación para la unificación de doctrina, incluso en el cauce especial del artículo 219.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. Una modalidad que habilita al Ministerio Fiscal, como se sabe, a acelerar el ejercicio de uniformidad de la interpretación propia de la función constitucional del TS, en aras de la seguridad en la aplicación del derecho y de la igualdad en la aplicación de la misma. La pena es que el TS mantiene una visión demasiado restrictiva, como reprocha el voto minoritario (pero masivo) en la [STS 697/2022, de 26 de julio](#) (en relación con la aún más pantanosa cuestión del complemento de maternidad del [art. 60 LGSS, versión originaria](#), también aquí analizada de forma específica), reiterada, aun en asunto muy diferente (efecto del silencio positivo en el Fondo de Garantía Salarial), en la [STS 911/2022, de 15 de noviembre](#). El problema es que, como con la «ley del sí es sí», el cambio legal ya llegará tarde para las situaciones creadas. Aunque más vale tarde que nunca.

² La [STSJ de La Rioja 188/2022, de 30 de septiembre](#), insiste en que se trata de una función legislativa, no judicial.