

Miradas judiciales a la actualidad de la Seguridad Social: «derecho humano» y necesaria, pero «acosada», «función de Estado»

Cristóbal Molina Navarrete

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

Desde tiempos remotos, en que surgieron las comunidades organizadas, el ser humano ha necesitado protección contra las contingencias de la vida. El desarrollo de sistemas formales de seguridad social para prestar asistencia médica y garantía de ingresos representó uno de los pasos más importantes y exitosos en la evolución de las sociedades humanas. El primer país en implantarla, a través de la técnica de los seguros sociales, fue Alemania, en 1880.

OIT. (2011). Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa

1. Los sistemas avanzados de Seguridad Social, necesaria –y exitosa– función de Estado y un derecho humano. Quizá por influjo de ese tópico literario que llaman «justicia poética», en que «lo virtuoso» resulta especialmente reconocido, e incluso premiado, precisamente cuando mayor presión y crítica estaba recibiendo, sin que una cosa traiga causa lógica de la otra, la devastadora crisis del nuevo coronavirus (SARS-CoV-2, que provoca la enfermedad COVID-19) ha servido para realzar lo imprescindible de un sistema avanzado, perfeccionado, de Seguridad Social ex [artículo 41 de la Constitución española](#) –CE– (y ex arts. 11-14 [Carta Social Europea](#) [CSE] –originaria y revisada–). Es bien conocido que, hasta la llegada de esta plaga –no muy disímil a las que narran los textos bíblicos–, las instituciones de la gobernanza económica mundial, lo que llaman «mercados» y las entidades financieras, habían venido manteniendo un duro sitio contra el «excesivo» gasto social que representa, sobre todo, la rama de pensiones públicas, hasta considerarlo ya insostenible y urgido de nuevos recortes. El atroz y estructural desequilibrio financiero que vendría padeciendo (casi 20.000 millones de euros actualmente; tras la salida del crac del coronavirus, serán muchísimos más) avalaría tal presión. Ahora, sin embargo, desbordados y desesperados por una crisis tan inesperada como mal gestionada (el [art. 55.1 CE](#) solo limita la libertad de crítica para los estados de excepción, solo declarado de forma encubierta, no formalmente, pues nos mantenemos en «estado de alarma» reforzada, de momento), el reclamo al sistema de Seguridad Social aparece como una determinante –no la única– «tabla de salvamento» –junto a la rama de asistencia sanitaria; sobre todo, la rama de protección por desempleo (y cese de actividad), pero también la condonación de cuotas–.

Nada hay que reprochar a esta opción en sí misma; al contrario, no se trata sino de hacer valer la principal función del sistema de Seguridad Social en época de crisis: jamás nunca se inventó una técnica de amortiguación social de la crisis económica más exitosa. Por lo tanto, además de la rama de pensiones públicas, como garantía de rentas suficientes para quienes ya alcancen la edad jubilar o para quienes queden en incapacidad para trabajar, otro amplísimo catálogo de contingencias, riesgos sociales o «situaciones de necesidad» (personal, humana, pero también social y económica) quedaban bajo su cobertura, mediana crisis o no. Donde reside el gran problema es en las décadas que llevamos, en todo el mundo, cuestionando estas utilidades y devaluando esta imprescindible «función de Estado», preconizando, en cambio, su reducción y desplazamiento por técnicas de protección –previsión social– privadas, sea en las formas estrictamente individuales, sea en las colectivas –sistemas de pensiones de empleo–. Un craso error del que ahora más de una institución parece arrepentirse (al menos, en el fragor de la durísima batalla contra el virus; veremos lo que dura «en el día después» del viaje a este infierno) y del que ya venía advirtiendo la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Pero no solo la OIT ha evidenciado, evaluado y constatado lo formidable que es, como función de Estado, no solo como derecho humano, la protección de una Seguridad Social madura y suficiente, también el propio Tribunal Constitucional (TC) español reconoce, desde sus mismos orígenes posconstitucionales, esa dimensión necesaria. Inequívoca es la [Sentencia del Tribunal Constitucional \(STC\) 133/2019, de 13 de noviembre](#), que, si bien relativa a una cuestión de distribución competencial (ya hemos evidenciado su actualidad en la realidad española más acuciante políticamente, tanto en esa rama como en la de pensiones públicas) en relación con la protección por desempleo, tan crucial hoy (se ha evidenciado en la [actualidad](#) que incorpora este número, a cargo del profesor Eduardo E. Taléns), ofrece otros varios aspectos de interés. Recuerda la dimensión evolutiva del sistema de Seguridad Social y su capacidad para avanzar allí donde la sociedad, y su Estado, lo consideren más oportuno para atender de forma eficaz las múltiples y crecientes, también costosas, pero muy rentables socioeconómicamente cuando se protegen de forma eficaz, contingencias –comunes y profesionales–. Por eso, se hace acreedora de un [diálogo](#) específico, realizado, desde la vertiente de la protección por desempleo y su evolución –que tan relevante está siendo en la lucha contra este cruel virus–, a cargo de la profesora, especialista en la materia, Susana de la Casa.

Cierto, la CE, a diferencia de las normas internacionales de las que bebe y le sirven de referencia interpretativa, no reconoce la protección de seguridad social como lo que hoy es realmente, un derecho humano fundamental. En cambio, sí se reconoce como derecho subjetivo en el desarrollo legislativo ([art. 1 Ley general de la Seguridad Social –LGSS–](#)), si bien, concretado para las personas españolas (habla todavía de «españoles») y en el marco de lo que en cada momento decida esa legislación (la seguridad social como derecho de configuración legal). Ahora bien, no menos cierto es que el sistema normativo es, como el sistema de ramas de protección, más complejo, y otro amplio cuerpo legislativo, tanto nacional (por ejemplo, legislación de extranjería) como internacional, también en el plano co-

munitario (sistema de reconocimiento y garantía de la libertad de circulación de personas; también, a través de los sistemas de coordinación de los diversos derechos de seguridad social de los Estados miembros, etc.), amplía la protección. Si bien no por ello se convierte en «universal» (subjettiva –campo de personas beneficiarias– y objetivamente –acción protectora–), sí camina hacia ella.

2. La protección multinivel del derecho humano fundamental a la seguridad social no quiere permanecer ajena al progreso del sistema; tampoco, a su racionalidad económica. Al respecto, es oportuno recordar la constante evolución protectora del sistema en virtud del activismo jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), pese a sus limitadas competencias legislativas en la materia, al ser un campo que todavía se mantiene abonado a la pulsión soberanista nacional –esa que tanto daño está haciendo al futuro del proyecto europeo, incapaz de reaccionar ante una crisis tan formidable y amenazante como la del nuevo coronavirus–. Piénsese, por ejemplo, en el constante goteo de sentencias del TJUE (STJUE) en este ámbito, reclamadas por los tribunales de ámbito nacional, que promueve, luego, decenas de decisiones judiciales disruptivas respecto del pasado, desautorizando jurisprudencias consolidadas y reclamando reformas en el plano legal. Por solo limitarnos a ejemplos muy recientes, de enorme interés es la [STJUE de 5 de diciembre de 2019, asuntos acumulados C-398/18 y C-428/18](#), que tendrá como efecto facilitar el acceso a la jubilación anticipada de los emigrantes retornados (un magnífico análisis en este monográfico a cargo del profesor Juan Antonio Maldonado).

Por supuesto, el TJUE, que hace de «héroe» y «villano», da unas de cal y otras de arena, tampoco es insensible a los impulsos de renacionalización y a las inquietudes de reserva soberana (causa de la salida del Reino Unido) que constantemente expresan los Estados (por ejemplo, la [STJUE de 12 de marzo de 2020, asunto C-769/18](#), cuida de no extremar el principio de equivalencia entre prestaciones de diferentes sistemas nacionales; en el caso, entre la prestación por crianza de un hijo con discapacidad, en Francia, y la ayuda a la integración de niños y adolescentes con discapacidad mental en Alemania). Y la materia de protección social es uno de los campos donde se juega con mayor frecuencia e intensidad ese conflicto entre el poder comunitario (más integración, más solidaridad europea) y el poder soberano, que se resiste, encontrando más de un espacio de comprensión por el TJUE. Pese a ser derecho fundamental y presupuesto inexorable para el mercado interior, la libre circulación de personas sigue encontrando más de un límite para que no devenga una «carga financiera añadida» para los sistemas de Seguridad Social, inquietos por su equilibrio (por ejemplo, [STJUE, Sala Tercera, de 18 de diciembre de 2019, asunto C-447/18](#): las prestaciones complementarias de Seguridad Social se reservan a los nacionales de un Estado). Una línea más garantista del proteccionismo nacional que hallamos en otras sentencias y respecto de otros Estados (por ejemplo, [STJUE de 5 de marzo de 2020, asunto C-135/19](#): el [Reglamento \(CE\) 883/2004](#), modificado por el [Reglamento \(UE\) 465/2012](#), no se opone a que se deniegue a una persona, que ha dejado de estar afiliada a la Seguridad Social de su Estado de origen tras cesar en su actividad y trasladarse a otro Estado miembro,

en el que ha cotizado mayoritariamente cierto subsidio de rehabilitación previsto en aquel sistema de origen y no en el de acogida).

Sea como fuere, en un sentido de política jurídica u otro, lo cierto es que esa pugna abre una creciente conflictividad. Así lo evidencia, para determinar las rentas computables, integrando también las derivadas de pensiones causadas fuera del Estado español, a efectos del reconocimiento del derecho a complementos por mínimos, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 728/2019, de 23 de octubre, que, revisando su doctrina previa, trata de ofrecer un equilibrio entre las razones en conflicto, las razones de integración y las razones de equilibrio financiero (un comentario muy sugerente en este monográfico por la profesora Isabel M.^a Villar). Las decisiones que se afanan en equilibrar la protección derivada de la libre circulación y equilibrio financiero nacional no faltan (por ejemplo, STJUE de 5 de diciembre de 2019, asuntos acumulados C-398/18 y C-428/18, clarifica el concepto de pensión a percibir como requisito de acceso a la jubilación anticipada voluntaria).

La respuesta garantista del TJUE (sobre la base del art. 48 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el citado Reglamento (CE) 883/2004), que vuelve a evidenciar el protagonismo de los derechos fundamentales a la hora de promover una evolución y mejora de los sistemas de Seguridad Social nacionales, aunque de ello se deriven costes adicionales –siempre que no sean excesivos, irrazonables–, exigirá volver más adelante, aun sucintamente, sobre esta modalidad de jubilación, que se revela cada vez más conflictiva; también, en el ámbito nacional (más allá, claro, de la respuesta al asunto, tras la sentencia comunitaria, de la sala de suplicación social gallega). Y ello porque refleja una posición no siempre inequívoca en torno a otra cuestión de fondo que hoy atraviesa todos los sistemas nacionales de Seguridad Social, también el español, cual es la necesidad de una honda revisión o reforma de los mismos desde una perspectiva de género. Si en materia de pensión de jubilación anticipada el Auto del Tribunal Constitucional 114/2018, de 16 de octubre, no evidenció sensibilidad alguna hacia el juzgar el sistema de pensiones con perspectiva de género, como le reprochó un fundado voto particular de la misma, la STS 115/2020, de 6 de febrero, sí lo ha hecho.

Esta mediática sentencia ha reconocido –otra paradoja de «justicia poética»– el servicio social de la mujer de época franquista como tiempo asimilado a la cotización. De este modo, se equipara al servicio militar masculino (art. 208.1 b) LGSS). El principio de igualdad de trato por razón de sexo resucita puntualmente normas de otro tiempo (Decreto número 378 de 11 de octubre de 1937, regulador del «servicio social de la mujer»), de otro mundo (autoritario y sexista, paternalista). Decimos que refleja otra «paradoja de justicia poética» porque la STS 79/2020, de 29 de enero, se hizo célebre por corregir el sexismo ínsito en ciertas normas todavía vigentes de esa misma época. Esta sentencia reconoce que las beneficiarias de pensiones del seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI) pueden causar prestaciones en favor de familiares, pese al silencio legislativo en esta materia, obediente a los estereotipos sexistas de su tiempo de promulgación. El SOVI refleja mejor que ningún libro de historia, ni ningún documental, la «política de confinamiento masivo» decretado au-

toritariamente a las mujeres respecto de la fábrica por el célebre Fuero del Trabajo de 1938 (derogado formalmente por la CE; la realidad fue otra cosa, si bien las manifestaciones del 8M –hoy tan en el ojo del huracán– evidencian que el tiempo de un cambio profundo está llegando). Precisamente, el servicio social de la mujer pretendía dar una «utilidad social» al trabajo de jóvenes y solteras sin poner en discusión su confinamiento en «sus labores» del hogar –cuando se casaran, claro–.

Por cierto, la [Orden ministerial de 13 de febrero de 1967](#) sigue hablando en estos términos (su tradicionalismo se refleja en diversas sentencias –[STS de 29 de enero de 2014, rec. 1122/2013](#); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de [Cataluña 4450/2019, de 27 de septiembre](#)–, aunque no se ponga en cuestión su vigencia). Parece claro que, como ha exigido el defensor del Pueblo, estas sentencias tienen un sentido mayor que el caso resuelto (la cuantía es tan escasa que no desequilibrará finanzas algunas) y se debe promover una reforma legislativa mucho más profunda a la vista de la jurisprudencia y de la interpretación con perspectiva de género del sistema. Crítica, asimismo, las resistencias del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) a estas relecturas en clave de género. Pero, evidenciando una vez más la ambivalencia que suele caracterizar los pronunciamientos del TJUE, este imperativo jurídico y social de reforma del sistema de Seguridad Social para corregir la profunda brecha de género, sobre todo en pensiones públicas contributivas, parecería hoy chocar con las resistencias del *praetor imperator* a una igualdad efectiva entre mujeres y hombres para reivindicar la figura del «varón (viudo o no) discriminado». Así parecería desprenderse de la [STJUE de 12 de diciembre de 2019 \(asunto C-450/18\)](#).

Esta sentencia declara discriminatorio por razón de sexo el complemento del [artículo 60 de la LGSS](#). Dada su trascendencia, amerita un [análisis](#) específico, que se incluye en este monográfico de doctrina jurisprudencial en materia de Seguridad Social, al que remito, como a los demás.

El profundo dinamismo que introduce esta relectura del sistema de Seguridad Social a la luz de los derechos fundamentales, siendo ella misma expresión de un derecho humano, se refleja igualmente en el ámbito jurisdiccional dominado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). De este modo, de nuevo paradójicamente, un entorno de derechos civiles y económicos, no sociales (escenario propio de ese otrora considerado «hermano pobre»: el Comité Europeo de Derechos Sociales [CEDS], garante de la CSE, originaria y revisada, «Constitución social» de Europa), abre nuevas expectativas de protección. Y, para cierta perplejidad jurídica, lo hace sobre el impacto de dos derechos inespecíficos: de un lado, el ya comentado derecho a la no discriminación y, de otro, más llamativo, desde el derecho a la propiedad ex [Protocolo número 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos \(CEDH\)](#). La seguridad social aparece, de este modo, en el marco del derecho europeo como un derecho humano por su inclusión dentro del derecho económico de la propiedad. Inequívocas al respecto son, entre algunas recientes, las SSTEDH de [26 de abril de 2018 \(caso Čakarević vs. Croacia\)](#) y de [5 de marzo de 2020 \(caso Grobelny c. Polonia\)](#).

Quizá pueda pensarse que este tipo de decisiones no dejan de ser residuales para una visión más global de la configuración jurisprudencial de los sistemas de Seguridad Social, hasta el punto de que suelen afectar a países que, aun europeos, consideramos más alejados de las pautas jurídico-culturales e institucionales, también de protección social, españolas. No creo que sea así. Pese a las evidentes limitaciones competenciales por razón de la materia, sin duda a diferencia de lo que sucederá una vez que se ratifique, como prometido, la [CSE revisada](#) en relación con la doctrina del CEDS, la intervención del TEDH no debe ser desdeñada para la revisión de más de una doctrina jurisprudencial en este ámbito. Un buen ejemplo, aunque al final frustrado, por el momento, es la [STSJ de Cataluña 1877/2019, de 9 de abril](#).

En ella, tras realizarse el debido juicio de convencionalidad (conformidad con la norma internacional; en este caso, el art. 1 [Protocolo núm. 1 CEDH](#) –derecho a la propiedad–, al que llama el [art. 96 de la CE](#) –revitalizado por la [STC 140/2018](#)–), del [artículo 146 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (procedimiento de revocación de los actos administrativos declarativos de derechos; entre otros, organismos administrativos por entidades gestoras de la Seguridad Social), se llegó a la conclusión de que no existe incompatibilidad entre la norma legal nacional y la internacional. Una doctrina que se reiterará en casos posteriores, añadiendo que esa compatibilidad será mayor si se trata de asuntos en los que se carece de elementos fácticos suficientes para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad entre «la injerencia en el derecho de propiedad que supone el reintegro de prestaciones indebidas y la situación de la trabajadora» ([STSJ de Cataluña 5716/2019, de 27 de noviembre](#)). Ahora bien, no debe desdeñarse un doble dato. De un lado, esa doctrina no se ha fijado de forma unánime, sino que cuenta con un nutridísimo voto particular que opina todo lo contrario, que existe disconformidad de la ley nacional con la internacional. De otro, son varias las sentencias de instancia social –cierto, luego revocadas– que sí estimaron, en cambio, este tipo de demandas de beneficiarios de la Seguridad Social obligados al reintegro de prestaciones indebidas por considerar que se violaba su derecho de propiedad, al concurrir ciertas situaciones de necesidad (falta de recursos para garantizar su subsistencia) de aquellos.

Sea como fuere, las cuestiones tratadas en estas decisiones son de gran recurrencia en el sistema de Seguridad Social y en su intensa conflictividad judicial, por lo que es manifiesto que se trata de una senda jurídica por explorar en la práctica forense nacional. Si las sentencias referidas de la praxis forense catalana refieren a la gestión eficiente que busca hacer el Servicio de Empleo Público Estatal, reclamando la devolución de prestaciones de desempleo que entiende indebidamente pagadas, al margen de la concreta situación financiera que puede padecer la persona beneficiaria (indebidamente cobradas), en la citada [STEDH de 5 de marzo de 2020](#) se da la razón a un trabajador agrario al que, en cambio, los tribunales nacionales le habían denegado la protección en una situación de incapacidad para el trabajo, en virtud de un error de evaluación de su estado de salud y aptitud para el trabajo. Empeñado en que él ya no estaba apto para trabajar, pese al no menos afán de los servicios de Seguridad Social polaca de que sí lo estaba, se vería obligado a recurrir a diversos órdenes jurisdiccionales nacionales (el social y luego el civil –reclamación civil de

daños-), hasta que finalmente encontró satisfacción, tanto en el ámbito nacional –se le reconoció la pensión de incapacidad permanente (IP) de forma tardía, pero no se le resarcó de lo no cobrado cuando tenía derecho a ello– cuanto en el internacional –el TEDH le reconocerá una indemnización de daños por el periodo en el que, estando incapacitado para trabajar, el sistema público no se lo reconoció–.

No creo que haya que justificar mucho para evidenciar cómo se abre una nueva vía de tratamiento de ámbitos de conflictividad judicial en materia de seguridad social muy al uso en nuestro país, tanto en la rama de protección por desempleo como, mucho más aún, en la rama de protección de la salud frente a la enfermedad (tanto en términos de prestación asistencial de sanidad cuanto en los de prestación económica como garantía de rentas). Sean en relación con la incapacidad temporal (IT), sean respecto de la IP, se dictan miles y miles de sentencias anualmente al respecto, evidenciando un profundo desajuste entre la posición de las entidades gestoras –que tienden a «sospechar» de la existencia de fraude, por lo que se atrincheran en el no reconocimiento– y la doctrina judicial y –más rara vez, por la dificultad que hay de acceder a la casación por unificación de doctrina– jurisprudencial. Esta parece más proclive a una mirada más benévola y comprensiva de las razones de protección de quienes se hallan –o entienden hallarse– en situaciones de incapacidad para el trabajo.

Es el caso, por ejemplo, de la [STS 132/2020, de 12 de febrero](#), que recurre al «principio de congruencia flexible» en el proceso laboral para garantizar la percepción del complemento por IT cualificada (20 % sobre el 55 % de la base reguladora), no solicitado, pero al que se tiene derecho, casando la contraria doctrina de suplicación que lo denegó. O la [STS 68/2020, de 28 de enero](#), que facilita, casando también la sentencia recurrida que lo rechazó, el acceso a la mejora voluntaria de seguridad social prevista en convenio y respaldada por la correspondiente póliza de seguro privado en una situación de incapacidad permanente total derivada de contingencia profesional. Su interés no está solo en el sentido dado a su decisión, expresando una cierta política de favor protector, aun restringiendo el ámbito de precedentes menos benévolos, sino por la síntesis de doctrina jurisprudencial al respecto que hace, condicionando en gran medida la solución a la concreta regulación convencional en cada caso. Más ambigua se mostrará, para la revisión del grado de IP, la [STS 35/2020, de 16 de enero](#). Su interés ha merecido el [comentario](#) específico de Andrés R. Trillo, letrado jefe del Servicio Jurídico Delegado Central en el INSS, que hace un completo análisis del alcance de la misma y su posición respecto de la doctrina jurisprudencial precedente.

3. La tensión público-privada en la rama de protección temporal frente a la enfermedad en un contexto de colapso del sistema de atención sanitaria y de creciente recurso a la IT. Hecha la selección de sentencias que parecían más reveladoras del panorama de actualidad jurisprudencial en materia de seguridad social en tiempos más recientes, y realizados con la debida antelación los encargos de comentario a la pléyade de especialistas con los que contamos en este número, tal y como se ha intentado de expresar sintéticamente en las páginas que han precedido estas líneas, sufrimos el tsunami sanitario,

económico, social y laboral que ya todas las personas conocen. Como se ha evidenciado, en diferentes secciones de este número, el reclamo a la cobertura de Seguridad Social se ha convertido en determinante de la respuesta, aluvional, caótica, improvisada, para intentar salir con el menor daño posible –dando por hecho que será inmenso– de esta pesadilla. No existiendo, lógicamente, sentencias específicas sobre estos aspectos (sí sobre otros, también con lectura de Seguridad Social, como son las medidas cautelares judicialmente decretadas para garantizar que los profesionales que combaten contra el virus tengan las debidas protecciones, evitando que la falta de medios preventivos se convierta en bajas laborales por contingencia profesional, donde las contradicciones entre los niveles y órdenes judiciales están a la orden del día), me ha parecido de interés dar cuenta, siquiera muy brevemente, de algunas sentencias que nos permiten ver qué mirada tienen hoy los tribunales en torno a algunas de las cuestiones más relevantes que se están planteando, no ya coyuntural, sino estructuralmente, también, «para el día después de la pesadilla».

Uno de ellos, auténticamente sistémico, transversal, implica una fuerte tensión entre los recursos públicos y los recursos privados en el sistema. Si el primero ha evidenciado que es una técnica asentada sobre la idea de universalidad y de solidaridad (art. 2 LGSS), también el segundo ha expresado que responde a una lógica absolutamente opuesta. Ahora bien, sabido es que un sistema de Seguridad Social maduro, perfeccionado, exige una ingente cantidad de recursos económicos, además de personal profesional, bien cualificado y bien pagado –hoy se da la primera condición en España, no la segunda–. Por lo tanto, su racionalización, tanto en la rama de prestación sanitaria –ahora se está pidiendo para el uso de medicamentos en la lucha contra el virus, ante su creciente escasez; también los miedos que genera, por encima de lo que debería ser racional– cuanto económica es una exigencia de interés general.

Desde esta perspectiva, no sorprende que las entidades gestoras busquen de forma denodada allegar recursos, también recordando que existe la figura del tercero obligado al pago cuando una prestación se da con fondos públicos. Sería el caso, por ejemplo, aunque se trate de la Sala Civil, de la [STS, Sala Primera, 45/2020, de 22 de enero](#), que resuelve –en contra del interés de esa racionalización del gasto– un asunto en el que el Servicio Vasco de Salud reclamaba (arts. [103 Ley del contrato de seguro](#) y [83 Ley general de sanidad](#)) de la compañía aseguradora el importe (9.744 €) de la atención hospitalaria prestada en el alumbramiento de una niña, cuya madre decidió hacerlo en una clínica privada al amparo de la consiguiente póliza de seguro. No obstante, sus facultativos –como ahora están haciendo con los pacientes de coronavirus– recomendaron que se trasladara al servicio hospitalario público para tratar la enfermedad que presentaba. Sin embargo, la madre asegurada «olvidó» dar de alta a la menor, dentro del plazo contractual pactado, para que la cobertura adquiriese efectos retroactivos. Dejando de lado las frecuentes disputas, todavía en los diversos órdenes jurisdiccionales, lo relevante aquí es que la Sala Civil, fiel a su tradición jurídica, prima la libertad de opción de la asegurada, doblemente cubierta, aunque la pague la sanidad pública; también, la mayor confianza del facultativo privado en el público. *C'est la vie*.

Paradójicamente –si no contradictoriamente–, la [STS 362/2019, de 13 de mayo](#), negará la asistencia sanitaria pública a un nacional cubano que convivía, reagrupado, con su hijo y con su nuera (española) en España. A juicio de la mayoría de la sala –el fundado voto particular afirma lo contrario, en línea con la doctrina de suplicación que casa la mayoría–, la tarjeta de residencia temporal por reagrupación familiar superior a tres meses no da derecho a la cobertura pública, pues tal situación ya exigía, aplicando la normativa de extranjería, la cobertura por un seguro privado. No podemos detenernos aquí en tan interesantísima doctrina, muy discutible.

Pero sí conviene destacar un aspecto muy relevante que enlaza con muchos temas de nuestra más triste realidad jurídico-social (por ejemplo, hay quien pide retirar la sanidad en este tiempo de caos a los extranjeros). La sala confirma como, pese a lo anunciado a bombo y platillo en el [Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio](#), sobre el acceso universal al sistema nacional de salud (SNS), dictado en los tiempos felices (que luego tuvieron seguimiento con los «viernes sociales»), el retorno a la figura de la «persona asegurada» (el [art. 42.1 a\) LGSS](#) sigue incluyéndola dentro de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, al margen de la cuestión competencial –transferida a las comunidades autónomas–, en claro detrimento de la figura del «titular universal» –LGS–, no ha desaparecido por completo. Si aquel regreso a la técnica del seguro social (avalada por el TC) propiciada por la reforma de 2012 ([RDL 16/2012, de 20 de abril](#), y [RD 1192/2012, de 3 de agosto](#); [art. 3.3 Ley 16/2003, de 28 de mayo](#), en relación con el [art. 7 RD 240/2007, de 16 de febrero](#)), hija de los «sábados de dolorosa austeridad» –que ahora seguimos pagando con creces al estar infradotados contra el desafío pandémico–, se ha corregido recuperando la figura del «titular del derecho a la protección de la salud» (nuevo literal del [art. 3 Ley 16/2013](#)), el legislador habría mantenido –dice el TS con toda razón– «las necesarias cautelas dirigidas a no comprometer la sostenibilidad financiera del SNS».

En consecuencia, cuando se alardea hasta el rubor ajeno de la universalidad de nuestro sistema y de su pretendida «robustez» (la que evitaría que fuésemos China o Italia), habría que recordar no solo aquellos negros «episodios nacionales» (valga la referencia como homenaje al gran escritor Pérez Galdós, cuya actualidad no puede ser borrada por las críticas que recibe desde diversos sectores modernos) de «leyes de austeridad suicida», sino también los recientes, de leyes que tampoco corrigieron sus deficiencias. Por eso, la Sala Social –mucho más atenta que la civil, como vemos– recordará que una guía o pauta interpretativa que debería seguirse en la comprensión de estas leyes es la de atender rigurosamente a la existencia de otras fuentes de financiación diferentes a las públicas (tercero obligado) o se constate la existencia de reglas que impidan exportar el derecho de cobertura sanitaria de un país a otro, siempre a fin de «evitar el uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria» (FJ 4.º, punto 2, *in fine*). En suma, la jurisprudencia social (en el mismo sentido, [STS 363/2019, de 13 de mayo](#)) recuerda que el acceso universal al SNS sigue siendo tendencia inacabada. La reforma de 2018 sigue primando la evitación de usos indebidos que racionalicen un ingente coste del sistema asistencial.

Cierto, este sistema se autoprotegería rechazando a menudo la cobertura pública de prestaciones que, muy usuales socialmente, resultan costosas para un sistema solidario y de reparto de bienes escasos. Así lo viene a reconocer la [STS 2/2020, de 8 de enero](#). Ahora bien, en ella también se asevera que eso no impide que pague la rama de protección económica por IT cuando tales operaciones implican una IT, siempre que sea el sistema público el que controle las altas y las bajas. Se desautoriza, así, la doctrina de suplicación más racionalizadora.

Por supuesto, tan generosa protección económica cedería si la operación no financiada públicamente, pero incapacitante temporalmente para el trabajo, obedece a decisiones en materia de estética y no a enfermedades en sentido estricto ([STS de 21 de febrero de 2012, rec. 769/2011](#)). En suma, asistimos a una clara confirmación de la línea jurisprudencial que diferencia entre el régimen de prestación asistencial sanitaria y el de prestación económica de Seguridad Social, autonomizando esta de aquella, medie o no una dimensión profesional de la contingencia (se recordará en tal sentido la [STS 705/2019, de 10 de octubre](#), que reconoce el derecho a una prestación ortoprotésica biónica tras el accidente de trabajo en virtud del principio de reparación íntegra de las secuelas, en concordancia con el viejo estándar del [Convenio OIT núm. 17](#), pese a excluirse ya de las previsiones de la LGSS en materia de asistencia sanitaria y de los nuevos convenios de la OIT).

Finalmente, por lo que hace a este seleccionado abanico de miradas judiciales a la más significativa actualidad de la protección por IT en nuestro tiempo, no querría dejar pasar la cita de la interesante [STS 122/2020, de 11 de febrero](#). Dos razones me llevan a destacarla. La primera, que reconoce como enfermedad profesional el síndrome del túnel carpiano padecido por una trabajadora a causa de su profesión habitual, que es la de camarera de piso. Para ello, realiza una interpretación flexible, abierta, del actual sistema regulador del listado de enfermedades profesionales ([RD 1299/2006, de 10 de noviembre](#)), de manera que, si bien no figura este oficio o profesión en el listado, este ni es lista cerrada en tal punto ni deja de referir genéricamente a actividades que son propias de tal actividad. La segunda es que, pese a que pudo –y quizá debió– asumir también una perspectiva de juzgar conforme a criterios de género, puesto que se trata de una profesión muy feminizada, no lo hizo y prefirió remitirse a sus precedentes en este sentido flexible, ya en relación con el derogado [Real Decreto 1995/1978 \(STS de 22 de junio de 2006, rec. 882/2005\)](#). Conviene integrar esta perspectiva en el juzgar el desenvolvimiento judicial del sistema jurídico de Seguridad Social, pero no es nada oportuno convertirlo en una cláusula de estilo que termine banalizando.

4. Miradas judiciales recientes a la rama de protección por desempleo más allá de la cuestión competencial y en espera de una reforma estructural –de mejora– profunda.

Más allá de la coyuntura de la crisis del nuevo coronavirus, parece claro que la rama de protección por desempleo es una de las más urgidas de reforma en un sentido de recuperación tanto de su nivel de cobertura como de su intensidad protectora, laceradas durante décadas de recortes, antes incluso de la gran crisis de 2008. La dimensión finalista múltiple

es evidente en la actual coyuntura, donde su papel de amortiguador social de crisis económicas –también sanitarias– resulta manifiesta. Así, por ejemplo, además de cubrir las regulaciones de empleo de las empresas, también está sirviendo para abrirse a la protección de colectivos históricamente excluidos de esta rama, como las personas empleadas domésticas (la gran mayoría, mujeres, pese a que este enfoque de género nunca fue asumido por parte de tribunal alguno). Por eso, no creo que sea puramente coyuntural, como ahora se presenta, el [subsidio extraordinario para las personas empleadas domésticas](#) (por un mes de duración y una cuantía equivalente al 70 % de su base de cotización) recogido en el [Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo](#). Se trata de un colectivo caracterizado («golpeado») por una gran precariedad laboral tanto por lo reducido de sus remuneraciones como por sus condiciones –materiales y contractuales– de trabajo. El augurio de continuidad no es mera apuesta profética, sino que es una exigencia del compromiso, tantas veces anunciado como inobservado, de ratificar el [Convenio número 189 de la OIT](#).

Es verdad, aquí no cabe ninguna función de suplencia legislativa por la jurisdicción, que no le corresponde (como expresara la jurisprudencia en relación con la protección de la rama de prestaciones familiares, consciente de que es obsoleta, por obedecer «a planteamientos de un concepto de familia tradicional y no tan amplio como el actual», [STS de 30 de abril de 2014, rec. 584/2013](#)), una vez que el TC rechazó la inconstitucionalidad de esta exclusión y no se ha planteado cuestión prejudicial comunitaria al respecto (por discriminación indirecta por razón de sexo). Ahora bien, sí que podemos hallar en fechas relativamente recientes de alguna decisión jurisprudencial que evidencia una cierta política de favor jurisprudencial por la ampliación de la cobertura de desempleo en colectivos que tradicionalmente habían quedado fuera y que, en la más devastadora realidad de los días de la pandemia coronavírica, también emergen a un primer plano. Es el caso de los autónomos y su prole convertida en «asalariados» por decisión familiar (materna o paterna). En este sentido, la [STS 760/2019, de 12 de noviembre](#), se ha puesto de parte de las doctrinas de suplicación que reconocían el derecho, de los hijos de los trabajadores autónomos menores de 30 años y no convivientes familiarmente, a acceder a la protección por desempleo, desautorizando aquellas que, menos benévolas, y más suspicaces, entendían que esa posibilidad era un boquete de fraude social.

Como es sabido, el trabajo entre familiares (recuérdese que las SSTC [79/1991](#) y [2/1992](#) prohibieron excluir del ámbito laboral relaciones jurídicas por el solo hecho de ser parientes sus titulares) podrá calificarse como trabajo por cuenta ajena tanto si media convivencia con el pariente empleador cuanto, si no media, si se prueba la condición de asalariado de la persona que presta los servicios (destruyendo la presunción de no laboralidad ex arts. [1.3 e\) Estatuto de los Trabajadores](#) y [12 LGSS](#)). Sobre estas situaciones, se aplicarán las normas generales reguladoras de la protección por desempleo a fin de fijar el derecho de las personas empleadas por un familiar a las correspondientes prestaciones, incluidas las de desempleo, al término de su relación laboral. En este escenario, ya relativamente pacífico tras la avalancha de conflictos de este tipo tenidos en la década de los años noventa del pasado siglo, terció la [disposición adicional décima de la Ley 20/2007, de 11 de julio](#), por la que se aprueba el Estatuto del Trabajador Autónomo (LETAU).

En el marco de políticas de promoción del trabajo autónomo, y a fin de facilitar el acceso a un trabajo de mercado asalariado de la llamada otrora «ayuda familiar», la citada disposición adicional décima incorporó la posibilidad de suscribir un contrato de trabajo con un hijo menor de 30 años (o mayor, pero con especiales dificultades de inserción), aun existiendo convivencia, de su progenitor-persona trabajadora autónoma. Siguiendo un esquema de voluntariedad anómalo en el ámbito de la Seguridad Social general, pero típico del trabajo autónomo, la disposición adicional décima otorga un derecho de opción a favor del titular del negocio para que pueda elegir si concluir un contrato mercantil con sus hijos, encuadrándolos en el régimen especial de trabajadores autónomos (o, en su caso, en el régimen especial de trabajadores del mar) o, alternativamente, un contrato de trabajo, aunque convivan con él, quedando encuadrados en el régimen general de la Seguridad Social (o en el régimen especial propio). Recuérdese que, si bien de forma diferente, ambas vías están bonificadas, sea la del contrato indefinido ([disp. adic. séptima Ley 6/2017, de 24 de octubre](#), de reformas urgentes del trabajo autónomo), sea la del contrato autónomo ([art. 35 LETAU](#), añadido por la [Ley 31/2015, de 9 de septiembre](#), de promoción del trabajo autónomo y economía social). En suma, los hijos (prole) del autónomo podían adquirir, pues, la condición de asalariado (una suerte de proletariado familiar) a la libre voluntad del padre. Claro, para prevenir el riesgo de fraude, la norma precisaba que, «en este caso», quedaría excluida la cobertura por desempleo ([art. 266 LGSS](#)).

Como suele ocurrir con las normas que persiguen objetivos contradictorios (se quiere facilitar que la ayuda familiar –trabajo informal– se convierta en trabajo formal, mejorando la recaudación y la protección, pero se cuida de evitar que con ello se fomente el fraude prestacional), su interpretación dio lugar a pronunciamientos opuestos. En unos casos, se optó por favorecer el control preventivo del riesgo de fraude inherente a este tipo de laboralización de la ayuda familiar, por lo que debía descartarse de la protección por desempleo en todos los casos de contratación de padre-trabajador autónomo a hijo-persona asalariada. En cambio, en otros, desde una posición más benévola, pro beneficiario de la protección –que pagan las arcas públicas–, se entendió que únicamente cabe excluir de la acción protectora por desempleo cuando exista convivencia familiar trabajador-empleador, no en otros casos, en línea con una jurisprudencia social precedente benefactora. Por ejemplo, la [STS de 25 noviembre de 1997 \(rec. 771/1997\)](#), reconoció el derecho a la prestación por desempleo a un trabajador, titular del 10 % de acciones de la empresa, siendo su madre titular del 35 % y su padre el administrador de la sociedad, habiendo sido contratado por su madre en dos ocasiones y por su padre en una, conviviendo con sus padres en el mismo domicilio.

Pues bien, el TS ha decidido proseguir con su línea garantista e inclinar la balanza del lado de la posición más benévola y ha reconocido el derecho a la cobertura por desempleo de los hijos de los trabajadores autónomos que prestan servicios para su padre en virtud de un contrato de trabajo, celebrado al amparo de la [LETAU](#). La citada [STS 760/2019, de 12 de noviembre](#), entiende que:

La DA 10.^a [...] se ha limitado a destruir la presunción *iuris tantum* de no laboralidad de la relación existente entre el hijo y el trabajador autónomo que le contrata cuando convive con él, pero en nada ha alterado la situación contemplada en el artículo 1.3 e) del ET respecto a la existencia de relación laboral, tanto en los supuestos de convivencia si se demuestra la condición de asalariado del familiar, como en los supuestos de no convivencia, en los que no existe la presunción de que dicha relación es la de «trabajos familiares».

Por lo tanto, cuando se acredite la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena y, en consecuencia, también la prestación típica de desempleo contributivo. En suma, una vez más la decisión laboral marcará la suerte de las relaciones de protección de Seguridad Social, sirviendo esta a aquella en aras de una constante continuidad entre seguridad en el empleo y, cuando aquella se pierde, seguridad económica, de modo que la pérdida de empleo no signifique al mismo tiempo pérdida de renta suficiente. Y ello, con creciente universalidad y solidaridad, de modo que «nadie se quede excluido» (ni por el colectivo al que pertenece ni por el periodo cotizado concretamente). Pues, como la citada [STC 133/2019, de 13 de noviembre](#), recuerda, respecto de la mutación en estructural del otrora temporal subsidio extraordinario por desempleo, la evolución del sistema de Seguridad Social va en la dirección de superar la dimensión contributiva para asumir la dimensión solidaria de una función de Estado de carácter unitario (en su regulación y en su régimen económico ex [art. 149.1.17 CE](#); para el actual debate en torno a su margen de transferencia a las comunidades autónomas, de gran interés el Foro de Debate entre los profesores [Ojeda Avilés](#) y [Rojo Torrecilla](#)). La Seguridad Social, en su dinamismo y capacidad solidaria, sería, así, el instrumento que permitiría a empresas y personas evitar «llorar por la leche (actividad y empleos) derramada (perdidos)». Pero, claro está, al tiempo, es preciso asegurar que aquella cuenta con la financiación suficiente. Pero, esta ya es otra historia, a la que menos están dispuestos a contribuir –tanto en forma de mayor fiscalidad como de cotizaciones sociales–. Veremos qué futuro nos depara.

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2020). Miradas judiciales a la actualidad de la Seguridad Social: «derecho humano» y necesaria, pero «acosada», «función de Estado». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 445, 147-159.