

Presentación

La jurisprudencia, «fuente» del derecho de la Seguridad Social: ¿más «generosidad» que «racionalización económica» o viceversa?

1. En un momento en el que parecen revisarse legislativamente, no sabemos por cuánto tiempo, ni con qué intensidad, algunas de las reformas más restrictivas en el sistema público de pensiones, así como en el conjunto de las prestaciones de la Seguridad Social (en especial prestaciones y subsidios por desempleo), en aras de una mayor suficiencia protectora, frente al valor de la sostenibilidad financiera, resulta interesante observar cómo se vive y se resuelve esa tensión en el ámbito en el que frecuentemente las personas se ven obligadas a defender su derecho a prestaciones sociales suficientes ante las situaciones de necesidad: el judicial. En días precedentes se han difundido diversas noticias que parecerían, de inicio, contradictorias. De un lado, sabemos que el nuevo Gobierno, que no puede dejar de preocuparse, también de ocuparse, de la garantía de sostenibilidad financiera del sistema, se ha empeñado en la lucha contra el fraude, no solo laboral, también social, de modo que ha trazado un plan específico para desvelar el abuso que eventualmente pudiera haber no solo en la rama de la incapacidad temporal (IT), sino también en la de la incapacidad permanente (IP), «poniendo su lupa» sobre todas ellas. Aunque ni hay estimaciones oficiales, ni podría haberlas, [ciertos analistas elevan a miles las cifras de tales eventuales bolsas de «falsos inválidos»](#) (incapacitados permanentes). En cambio, prácticamente al mismo tiempo, son también diversas las [noticias](#) que ponen de relieve cómo más de 40.000 personas verían rechazadas sus solicitudes de pensión en alguno de los grados de IP por el Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS–, recuperándose judicialmente en torno a la mitad.

Las pensiones de IP devendrían cada vez más, desde el punto de vista del ciudadano, una *rara avis*, pues apenas se concederían, exigiendo un alto coste por su conflictividad judicial. El trabajador se arriesga también a decisiones dispares según el territorio de España en que se viva, por la diversidad de criterios de los tribunales, sin que haya apenas posibilidad de unificar criterio, salvo contadas ocasiones (Sentencia del Tribunal Supremo –[STS– 730/2018, de 10 de julio](#)). En cambio, desde el punto de vista de la gestión administrativa (por las entidades gestoras y colaboradoras –mutuas–), así como desde ciertos sectores económicos, en esa rama anidaría una extensa práctica de «fraude». La complejidad de la experiencia y del sistema evidencian que a los supuestos de infraprotección podríamos sumar los de sobreprotección, no deslindándose con claridad las fronteras entre los errores en la evaluación clínica, y la falta de diligencia en pedir la revisión ([STS 450/2018, de 25 de abril](#)), y las propias «paradojas y contradicciones» del sistema contributivo ([STS 174/2018, de 21 de febrero](#)).

¿Y los tribunales, en qué posición se situarán, entre las razones de la sospecha del fraude en un contexto de racionalización máxima del sistema para su sostenibilidad, o mantendrán aquel clásico criterio «probeneficiario», según una concepción flexible y de humanización de

los requisitos de acceso? Aquí habría que distinguir. Paradójicamente, si para el reconocimiento de una pensión de IP (absoluta, total o de gran invalidez) las posiciones son, aun dispares, por lo general restrictivas (p. ej., [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Madrid 778/2018, de 11 de julio](#), entre muchas), cuando de racionalizar la concurrencia de diferentes fuentes de renta en una misma persona, en virtud de varias pensiones derivadas, a su vez, de sendos trabajos, la cuestión diverge. De la gran dificultad de reconstruir un régimen coherente y equitativo, también de las posibilidades y necesidad de racionalización, equilibrando protección con coherencia, trata el muy completo [diálogo del doctor Molina Navarrete](#), que nos ofrece un panorama ilustrativo de los «progresos» y «conservadurismos» jurisprudenciales en una materia hoy crucial en el debate de reforma de la Seguridad Social: el régimen de compatibilidades/incompatibilidades, de pensiones entre sí y con el trabajo, por cuenta ajena o por cuenta propia, manteniéndose una clara tendencia de favor hacia la compatibilidad, paradójica, o contradictoriamente, como deja traslucir el doctor Molina, en virtud del principio contributivo (SSTS [450/2018](#) y [174/2018](#), citadas).

Esta renovada dialéctica compatibilidad-incompatibilidad no solo tiene una vertiente nacional, también tiene otra comunitaria, como también el profesor Molina expone en su [diálogo](#), que nos advierte de cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– brilla también aquí por su omnipresencia. Por lo tanto, conocer la normativa comunitaria de coordinación es indispensable, social y judicialmente.

2. Y para ilustrarlo con suficiencia se ha seleccionado la [Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2018, asunto C-431/16, Blanco Marqués](#). Por su importancia merece un [análisis específico, que se ha realizado por don Andrés Trillo](#). Pocos más cualificados que él para hacerlo, en su condición de jefe del Servicio Jurídico del INSS en Madrid, encargado de defender el interés del Estado español en los pleitos de la Seguridad Social que se tienen en esa central «ciudad de la justicia social» que es hoy Luxemburgo y en la que mayor tensión alcanza ese «conflicto de almas» de las normas sociales (*vid.* Molina Navarrete, C. (2017). *El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria*. Madrid: La Ley, pp. 53 y ss.). El TJUE se situó otra vez del lado del tribunal nacional (Sala Social del TSJ de Castilla y León) que reclamó su auxilio para abrogar una jurisprudencia consolidada, relativa a la (no) compatibilidad del complemento de la incapacidad permanente total (IPT) que la convierte en «cualificada» (IPTC) con una pensión de jubilación abonada por la Seguridad Social de otro Estado (en el caso, Suiza).

El TJUE, partiendo de que la normativa comunitaria se aplica a todas las prestaciones destinadas «a mantener o mejorar la capacidad de ganancia», incluida las de invalidez, no solo las de jubilación, considera que, si bien tanto el complemento de IPTC como la pensión de jubilación en Suiza tienen «la misma naturaleza», no debe excluirse su compatibilidad. La razón estribaría en que la prohibición de la regla de acumulación en este caso constituiría «una cláusula de reducción» en los reglamentos comunitarios de coordinación (el INSS lo negaba) cuya legitimidad requiere dos requisitos acumulativos, no dándose el segundo: que prestación y suspensión figuren en el anexo IV del reglamento, lo que no sucedería para el TJUE –sí, para el INSS–.

Precisamente, del carácter trascendental y disruptivo de esta jurisprudencia dará cuenta no solo la revocación del criterio judicial que negaba al señor Blanco Marqués la compatibilidad del complemento y su pensión suiza ([STSJ de Castilla y León de 13 de junio de 2018, rec. 1999/2016](#)), sino el aluvión –incluso previo– de sentencias del TSJ de Galicia que desautorizan la práctica gestora de suspender el complemento en tales casos (p. ej., SSTSJ de Galicia de [11 de mayo de 2018, rec. 396/2018](#), y [26 de junio de 2018, rec. 696/2018](#), entre decenas), sino también, y sobre todo, la rectificación jurisprudencial, a través de la [STS 698/2018, de 29 de junio](#). En virtud del «principio de vinculación más fuerte» (Molina, *ob. cit.*, pp. 23 y ss.) a la jurisprudencia del TJUE, esta sentencia decide poner fin a sus precedentes, aceptando ahora la compatibilidad del complemento (20%) con el abono de pensión de jubilación por el propio sistema español de seguridad social.

En ambos casos, conviene evidenciar que la política jurisprudencial del derecho de la Seguridad Social promovida es claramente garantista, primando la razón tuitiva. A veces, como se desprende de ambos diálogos, incluso por encima de lo racional, no solo económicamente, también en lo jurídico. En un supuesto –el nacional– por las contradicciones no resueltas del sistema, en otro –comunitario– por el vacío al respecto de la norma española (laguna).

3. Pero no es la de pensiones contributivas de IP la única rama del sistema sometida a ese fuerte conflicto entre el clásico enfoque de interpretación «humanitaria», o «probeneficiario», y el propio de la racionalización económica para su sostenibilidad. Será en la rama de pensiones de jubilación donde la tensión alcance su punto álgido. Particular trascendencia reviste el radical divorcio que hay, desde aquella misma perspectiva de tensión entre las «dos almas» del sistema, la «social» y la «económica», como refiere el doctor Molina Navarrete en su [diálogo](#) sobre la compatibilidad entre pensiones de incapacidad permanente absoluta (IPA) y gran invalidez –trasunto a su vez de la compatibilidad con el trabajo–, pero utilizable con un sentir más general, en relación con el «momento» de acceder a la jubilación. Para ilustrarlo, bastará con recordar la noticia, que leíamos hace unos pocos meses, proveniente de una de las máximas autoridades de la gobernanza económica, el Fondo Monetario Internacional. El titular era ilustrativo: «[¿Jubilarse a los 70? Vuelve el fantasma. El FMI insiste en jubilarse más allá de los 67](#)». En un tiempo muy próximo, y posteriormente con harta frecuencia, en España, leemos noticias que evidenciarían la «obstinación» ciudadana de jubilarse antes, reduciendo la edad media real a 64 años.

Más recientemente, si bien no propiamente en la rama de pensiones de jubilación, sino en esa otra rama previa, formalmente no reconocida en nuestro sistema, pero practicada hasta el extremo como instrumento de «reconversión económico-industrial» –que en ocasiones lleva, si no desaparece la actividad, al rejuvenecimiento de plantillas, frente al tan cacareado enfoque del «envejecimiento activo»–, la de «prejubilaciones» (sistema privilegiado para ciertos sectores y empresas), nos ofrece otro ejemplo de la «laxitud» con que se recurre a anticipar la edad de salida del mercado de trabajo con cobertura del sistema. Así, leemos que [el Gobierno ofrece más ayudas para reducir la edad de prejubilación en el sector minero](#) (Asturias, Castilla y León, Ara-

gón y Puertollano). En definitiva, por una u otra vía, la prolongación de la edad de jubilación se convierte en una quimera y predominarían las formas de anticipo, plagándose el sistema de contradicciones. Se cuentan por centenares los asuntos relativos al derecho a la jubilación anticipada, parcial y total, que llegan a los tribunales, también por la kafkiana regulación resultante tras constantes, y algo improvisados, procesos de reforma, todos con pretendida clara voluntad de podar tan frondoso, y resistente, árbol.

Pues bien, aunque la realidad es mucho más tozuda, como se decía, y la experiencia desvelada por la prueba estadística dice que lejos de ir a menos estas modalidades han ido a más, los tribunales han asumido plenamente la vocación oficial legislativa de poner coto en esta jungla. Aunque la jurisprudencia no ha desaprovechado las muy numerosas ocasiones que le ofrece la creciente conflictividad en este ámbito para criticar la técnica legislativa seguida en esta materia, que no duda en descalificar —con toda razón— como «entramado normativo abstruso y de escarpada hermenéutica» (STS 763/2018, de 17 de julio, FJ Segundo, punto 3), eso no ha impedido «santificar» la finalidad restrictiva del proceso reformador. De ahí que haya ido abandonando toda interpretación flexible de sus presupuestos, a comenzar por el requisito de la edad, en detrimento de algunas corrientes de la doctrina de suplicación social más apegadas a la tradición de humanitarismo solidario o equitativo («hermenéutica humanizadora» del derecho de seguridad social). Así por ejemplo, la citada STS 763/2018, casa la STSJ de Madrid 461/2016, de 25 de mayo, que postulaba una interpretación flexible a la hora de acceder a la jubilación parcial a los 60 años de los incluidos en planes de jubilación parcial previamente acordados. A su juicio, una cosa es que el sistema se abra a diversas modalidades de jubilación, incluyendo la opción de conciliar pensión y trabajo, y otra que eso requiera flexibilizar la interpretación, cuando la finalidad de endurecimiento es inequívoca.

Una orientación marcadamente restrictiva que hallaremos por doquier, con relación a los más diversos aspectos del complejo y confuso régimen de la jubilación anticipada, en sus diferentes modalidades, por lo tanto no solo respecto del presupuesto de la edad. Doctrinas clásicas que vienen expresando ese enfoque de favor o probeneficiario, con interpretaciones flexibles y de humanización de los requisitos de acceso a la prestación, como la «doctrina del paréntesis» (para integrar el periodo mínimo de carencia específica ante eventuales tiempos de interrupción de los estados de alta), también pierden vigor en la jurisprudencia reciente. A título de ejemplo, la STS 173/2018, de 20 de febrero rechaza aplicar tal doctrina, revocando la STSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2016 (rec. 6661/2015), que un tanto ilusamente pretendía permanecer anclada a esa tradición:

El rigor del requisito ha sido sometiendo a consideración humanizadora y de equidad por consolidada doctrina jurisprudencial flexibilizadora que considera relleno el mismo, aún en supuestos de interrupción dilatada en la demanda de empleo, cuando concurre circunstancia que explica que se descuidasen los resortes legales para la pervivencia de la situación de alta. Con ello solo puede concluirse que la actora completa todos los requisitos para obtener y lucrar pensión de jubilación de forma anticipada que la sentencia le reconocía.

No será de este parecer la jurisprudencia social. La sala, por unanimidad, sacará de su error a la sala de suplicación catalana, evidenciándole que viviríamos otros tiempos. Por su gran importancia merecía ser objeto de análisis por uno de los más consumados especialistas de la disciplina de seguridad social, el profesor Juan Antonio Maldonado Molina, a cuyo útil [comentario](#) remitimos. Por supuesto, no es solo la Sala Social del Tribunal Supremo la que asume el cambio de tiempo legislativo en relación con esta modalidad de jubilación, tan usual en la práctica, pues son legión las sentencias de suplicación que también evidencian esta evolución restrictiva, lo que no puede dejar de tener consecuencias prácticas en la interpretación de las reglas, llevando a la denegación de la prestación de jubilación anticipada solicitada. Es el caso, por ejemplo, de la [STSJ de Galicia de 27 de julio de 2018 \(rec. 529/2018\)](#), que, frente al criterio flexible reclamado a la hora de entender el requisito de no volver a estar incluido en un régimen del sistema de la Seguridad Social, una vez se extinguió el contrato antes del 1 de abril de 2013 (disp. final 12.ª 2 a) [Ley 27/2011](#), en la redacción dada por el [Real Decreto-ley 5/2013](#)), aunque se trate de empleo prácticamente residual, por ser a tiempo parcial y pocos días –68 días– señala que:

(...) para acceder a la jubilación anticipada (...), al ser producto de una decisión del propio sujeto que prefiere pasar a ser jubilado, incluso tras haber podido agotar su derecho de protección por desempleo (...), se exige que el beneficiario no haya accedido a otro nuevo empleo cubriendo así el objetivo de la norma que es facilitar la salida del mercado laboral (...).

De nada servirá aquí el cuidado alegato de la defensa del solicitante, que no solo apeló al principio de interpretación conforme a un criterio de flexibilidad de la regla que la humanice en vez de remercantilizarla (el «conflicto de almas» de las normas sociales, la humanitaria o social y la económica a la que tanto apela el profesor Molina Navarrete), sino a la doctrina de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (2014). Para la sala de suplicación, ni es vinculante tal criterio de interpretación administrativa, pues los jueces se vincularían tan solo a «las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales», ni hoy es el signo de los tiempos tal flexibilización, aunque, como bien razonaba la defensa del solicitante, la aplicación rígida de la reforma lleve al «absurdo de penalizar a un trabajador por trabajar, (...) pues después de una larga vida laboral, por haber trabajado a tiempo parcial durante 68 días se le impide la aplicación de la legislación anterior (...)».

4. La línea restrictiva, no obstante, se impone en la jurisprudencia y los ejemplos están a la orden del día. En el caso anteriormente comentado, la sala de suplicación gallega se cuida bien de distinguir entre lo que cabe denominar «economías de opción» puestas a disposición del trabajador por el sistema de pensiones para acceder a la jubilación, con diversas variantes, y el «fraude». Pero la sombra de este se cierne constantemente sobre esta prestación.

En efecto, a la frecuencia de su invocación por el INSS hay que sumar lo vaporoso de sus fronteras. Piénsese en la discutida y discutible jurisprudencia que permite convertir la jubilación parcial en jubilación anticipada total, sin coeficientes reductores, mediante el cúmulo en un año de

los periodos de trabajo a tiempo parcial, sin necesidad de esperar a consumir los años que restan a la edad de jubilación ordinaria ([STS de 29 de marzo de 2017, rec. 2142/2015, objeto en su día de análisis en esta revista](#)). Precisamente, esa orientación a medio camino entre el aval al nuevo «valor de la sostenibilidad financiera» del sistema de pensiones, con las exigencias de racionalización e interpretación restrictiva que conllevaría, y la marcada preocupación por eliminar a su mínima expresión las posibilidades de accesos fraudulentos a la pensión de jubilación anticipada, que igualmente conllevaría lecturas restrictivas de las normas, incluida inversión de la carga de la prueba a favor de quien debería soportarla, el INSS, está presente en varios pronunciamientos recientes de la jurisprudencia social. Muy emblemática, desde esa perspectiva, nos ha resultado la [STS 721/2018, de 5 de julio](#).

En ella se descarta cualquier valor probatorio del pago de la indemnización por el despido objetivo, presupuesto de acceso ([art. 207.1 LGSS](#)) que no tenga los mismos caracteres que la transferencia bancaria, cerrando una cláusula probatoria que el legislador abre. Aquí, la razón de defensa de la sostenibilidad financiera del sistema, junto a la inquietud por establecer cláusulas de inmunidad frente al fraude, primaria sobre la razón de protección («alma social»). El [análisis](#) riguroso de la misma en su contexto, normativo y jurisprudencial, se ha encargado a la doctora Raquel Vela Díaz, que nos ofrece una visión completa y crítica muy sugerente.

5. Junto a las pensiones contributivas (de jubilación, de IP), hay otras ramas de prestación social del sistema que están igualmente en el ojo del huracán. Sin duda, la más relevante es la relativa a la «protección por desempleo». Algunos hitos jurídicos de primer relieve (normativos y jurisprudenciales) han sido objeto de breve, pero ilustrativo, [análisis en la sección de actualidad](#) de este mismo número y revista, a cargo del profesor Molina Navarrete, por lo que a él remito. En esta sección hemos preferido centrar la atención sobre la evolución jurisprudencial en otro aspecto de esa rama y que en estos días ocupa un primerísimo lugar en el debate político, económico y social en esta materia. Me refiero al llamado vulgar, pero gráficamente, «paro de los autónomos», y que técnicamente se denomina «protección por cese de actividad» ([título V LGSS](#)). Sobre ella hemos podido leer igualmente días atrás cómo, con un superávit de 126 millones de euros, apenas el 0,6 de los autónomos cobrarían esa prestación social, si bien es cierto que la mayoría no cotiza por ella. En realidad, como cifra más certera, solo el 46% de los solicitantes de la prestación –que obviamente han cotizado– la obtienen, por lo tanto la mayoría no.

En 2017, de 600.000 autónomos que pararon su actividad, solamente 3.965 cumplían los requisitos para solicitarla. Paradójicamente, pese a las reformas legales del sistema para dar más flexibilidad a la prestación, facilitando su acceso –a diferencia del sentido de las demás reformas, orientadas a restringir el acceso, como hemos visto–, el número de solicitudes para la prestación por cese de actividad ha ido decreciendo cada año (7.049 en 2014, 6.700 en 2015, 4.705 en 2016, 3.965 en 2017). Conforme a esas [informaciones mediáticas](#), sobre datos oficiales, apenas 16 millones de euros son los dedicados a la protección, quedando más del 85% de las cotizaciones en las cuentas del sistema. Ciertamente, es la única prestación del Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA) que tiene superávit, pues en su conjunto arroja un déficit

de más de 7.000 millones de euros, casi un 40% del total del sistema, si bien, en proporción al número de afiliados, no es el que más pesaría en el sistema, pues serían los demás regímenes especiales –incluido el minero– los que lastran más las cuentas –tan en números rojos– del sistema.

En este caso, dado que la gestión la tienen atribuida las mutuas, son ellas las que hacen de freno al reconocimiento de la prestación por cese de actividad. Más del 80% de las solicitudes rechazadas lo son por el mismo motivo: por entender que no concurren los presupuestos para el cese de actividad, en especial las pérdidas requeridas. Por lo tanto, como para el caso de las pensiones por IP, deberán ser los tribunales los que diriman si existe o no el derecho. Si en el caso de las pensiones por IPA los casos son legión, como se ha recordado, existiendo diferentes orientaciones jurisprudenciales y judiciales en la materia, primando la restrictiva, sin perjuicio de ciertos aspectos aquí analizados, como serían los relativos al régimen de compatibilidades, donde el favor jurisprudencial es claro, como nos confirman ambos diálogos de referencia en este monográfico, en el caso del cese de actividad las demandas son escasas. En cualquier caso, existen y han dado lugar ya a posiciones de muy diversa índole en las doctrinas de suplicación, unas restrictivas, conforme al signo de estos tiempos, y otras más proclives a mantener una interpretación probeneficiario.

Precisamente, esta dirección clásica, de garantía, parece que dominará en la materia, a juzgar por la [STS 293/2018, de 14 de marzo](#). En ella, descartando que el subsidio por incapacidad temporal pueda ser computado a los efectos de determinar el umbral mínimo de pérdidas anual para facilitar el acceso a la prestación por cese de actividad, se revoca el criterio restrictivo de la suplicación social (en este caso de la sala sevillana), y se reconoce el derecho a la prestación. El interés de esta sentencia está fuera de duda y el diálogo que de la misma realiza la doctora Francisca Romero nos permite una visión completa e ilustrada de los problemas jurídicos y sociales en juego.

6. Sin duda «son todas las que están» seleccionadas, aunque no sean, ni mucho menos, «todas las que son» relevantes para obtener una visión, necesariamente genérica, pero global, por lo tanto limitada, pero ilustrativa, de cómo está evolucionando en este tiempo la doctrina judicial y la jurisprudencia sociales en esa tensión o conflicto, creciente, entre la «razón social» del derecho de la Seguridad Social y su «razón económica». Aunque comprobamos cómo no es pura cuestión de «historia jurídico-social» el principio o criterio hermenéutico probeneficiario del sistema (en esta misma línea, por citar sentencias en otros ámbitos prestacionales, como el de las pensiones no contributivas, de interés resultaría la [STS 806/2018, de 25 de julio](#), que, con revocación del criterio restrictivo de la suplicación social, admite el certificado acreditativo del empadronamiento, de una mujer extranjera, como prueba del requisito de residencia legal exigido para el acceso a la pensión no contributiva; o la más «antigua», pero hoy de actualidad plena, relativa a la exclusión del rescate de planes de pensiones de las rentas computables para acceder al subsidio de desempleo de mayores de 52 años –tras 2013 de 55 años, y ahora parece que en unos meses será otra vez de 52 años–, según la [STS 65/2016, de 3 de febrero](#), etc.), no por ello sería correcto concluir que las razones económicas de la sostenibilidad tienden a ser relegadas en el análisis jurisprudencial. Más bien podría decirse lo contrario.

En realidad, su relevancia parece ser el signo de los tiempos, aunque con ello se desvirtúe la razón social del derecho constitucional a una protección adecuada y suficiente de seguridad social para hacer frente a situaciones de necesidad. Por supuesto, las garantías de protección social, lejos de ser incompatibles con los imperativos de racionalidad económica, los presupone, siempre que no se identifique racionalidad de un sistema contributivo de reparto con cicatería gestora. Sin embargo, de todo hay en la rica y extensa experiencia, como quienes se adentren en estas páginas podrán comprobar con la lectura de este puñado selecto de decisiones recientes que ofrecen una visión panorámica, limitada, pero ilustrativa, de todas las tendencias. El juicio final corresponderá, como siempre, a cada profesional. Aquí tratamos de ofrecer razones para un juicio más informado. Confío en que así resulte y agradezco que la *RTSS.CEF* me haya ofrecido la posibilidad de coordinar la labor de este puñado de reputados y afanosos profesionales (académicos y letrados; investigadores e investigadoras, con natural paridad).

Isabel María Villar Cañada
Profesora Contratada Doctora. Universidad de Jaén.
Coordinadora del Monográfico