

Efectos de la Huelga Y el Cierre Patronal en el sistema español de seguridad social

Guillermo L. Barrios Baudor¹

1. Presentación

1.1. El alta especial y su naturaleza jurídica

En sus apartados l) y m), el art. 45.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en adelante ET) establece que el contrato de trabajo podrá suspenderse por el ejercicio del derecho de huelga y por el cierre de la empresa. En similares términos se expresan, además, los arts. 6.2 y 12.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo (en adelante RDLRT). Uno y otro supuesto son, pues, eventos suspensivos que, trascendiendo del plano colectivo, repercuten notablemente en el terreno individual²; su ejercicio exonera a las partes del contrato de trabajo de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45.2 ET). También la relación jurídica de Seguridad Social resulta afectada por el juego de estos dos típicos medios de presión laboral; en concreto, la huelga y el cierre patronal inciden en aspectos tales como el de su mantenimiento, el régimen jurídico de cotización que le acompaña y el alcance de la misma en orden a la acción protectora³.

Pues bien, en el presente trabajo pretenden abordarse los efectos de la huelga o del cierre patronal que se manifiestan en la relación jurídica de Seguridad Social española; efectos que, en cuanto que ésta presupone una actividad laboral previa, han venido siendo

¹ Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid (España).

² En exclusiva referencia a la huelga *vid.* al respecto MERCADER UGUINA, J.: «Efectos del ejercicio del derecho de huelga sobre la relación de Seguridad Social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 4, 1991, pág. 85.

³ En este sentido, aunque también específicamente referidos a la huelga, *vid.* VALLEJO DA COSTA, R. y GONZÁLEZ LABRADA, M.: «Ejercicio de la huelga y efectos jurídicos sobre la relación individual de trabajo y de la Seguridad Social en la Jurisprudencia Constitucional», en *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 382.

doctrinalmente incluidos entre los calificados como accesorios⁴. En concreto, por cuanto refiere al ordenamiento jurídico español de protección social pública, dichos efectos pasan generalmente por la permanencia del trabajador que participa en una huelga o del que se ve afectado por el cierre patronal en situación de «*alta especial*» [arts. 6.3 y 12.2 RDLRT, 125.6 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante LGSS) y 36.5 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (en adelante DAAB)].

Al respecto cabe adelantar ya que el ordenamiento jurídico español contempla de forma expresa la mayor parte de las consecuencias que en el ámbito de la Seguridad Social se derivan de la huelga y el cierre patronal legales de ahí que los pronunciamientos jurisprudenciales existentes al respecto sean ciertamente escasos. Además de los preceptos anteriormente citados, esta regulación aparece fundamentalmente recogida en las Órdenes Ministeriales de 30 de abril de 1977 y 30 de junio de 1977 por las que se desarrolló el RDLRT. Precisamente, es el art. 2 de la Orden Ministerial 30 de abril de 1977 el que dispone que el alta especial tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta. Probablemente porque, de acuerdo con su régimen jurídico, esta última calificación resulta mucho más coherente que aquella otra⁵.

1.2. Consideraciones críticas

Sea como fuere, la finalidad del alta especial no es otra que la de evitar al trabajador los perjuicios que, en el ámbito de la Seguridad Social española, derivan del ejercicio del derecho de huelga o del cierre patronal.

Concretamente, por lo que al primero de estos dos supuestos se refiere, la misma trata de facilitar al trabajador el libre ejercicio del derecho de huelga para la defensa de sus

⁴ Sobre la distinción entre efectos de carácter básico o accesorio de la huelga y del cierre patronal *vid.*, por todos, ALONSO OLEA, M.: «La regulación actual del derecho de huelga», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 7, 1981, pág. 292 y ss.

⁵ En este sentido, ya VILLA GIL, L. E. DE LA y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de Seguridad Social*, segunda ed., Aranzadi, Pamplona, 1979, págs. 362 y ss., contemplaron de forma independiente las situaciones asimiladas al alta y el alta especial. En parecido sentido MERCADER UGUINA, J.: «Efectos del ejercicio ...», *ob. cit.*, pág. 88, señala que «El artículo 6.3 RDLRT crea, así, nominalmente, una nueva relación jurídica de encuadramiento». Por su parte, ALMANSA PASTOR, J. M.: *Derecho de la Seguridad Social*, séptima ed, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 270, señala que el alta especial es una «asimilación al alta con ciertas peculiaridades». En realidad todas las situaciones asimiladas conllevan peculiaridades, por lo que más bien parece querer indicarse que se trata de una situación de alta con especialidades.

intereses. Piénsese que de no haberse arbitrado semejante medida, el trabajador podría incluso no llegar a secundar la huelga en virtud de los perjuicios que su práctica pudiera ocasionar en relación al conjunto de su carrera de seguro. Y es que, además de buscar un mayor equilibrio entre las partes en conflicto, lo que en último término se persigue es impedir que la Seguridad Social se convierta en una «medida antihuelga»⁶. Sobre todo cuando esta actitud, rectamente ejecutada, adquiere el carácter de derecho fundamental [art. 28.2 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE)]⁷.

Por lo que al cierre patronal se refiere, no se trata de amparar al empresario en la legítima defensa de sus intereses. Mucho menos de remover los obstáculos que dificultasen el pleno ejercicio de este derecho, por otra parte implícitamente reconocido en el art. 37.2 CE⁸. De lo que en verdad se trata es de proteger a quien, con carácter temporal y, probablemente también, de forma involuntaria, se encuentra apartado de su puesto de trabajo. Precisamente por ello cabe adelantar que, si ya es discutible sostener que el trabajador que participe en una huelga se halle privado de prestaciones tales como las de incapacidad temporal cuando la simulación y el fraude quedan fuera de toda duda o que el huelguista deba soportar en un futuro la incidencia de la suspensión de la obligación de cotizar como manifestación de uno de los sacrificios ligados a su ejercicio, no se entiende muy bien por qué estos trabajadores han de sufrir las limitaciones propias del alta especial. Porque aquí, ni existe fraude o simulación, ni es posible acudir a la teoría del sacrificio⁹.

⁶ Como con acierto señalan BAYLOS GRAU, A. y DESDENTADO BONETE, A.: «La Seguridad Social como medida antihuelga», *Gaceta Sindical*, núm. 17, 1982, págs. 40 y ss. De hecho, respecto del personal funcionario, de forma expresa se contempla ya que el ejercicio de la huelga no pueda afectar en modo alguno al régimen de sus prestaciones sociales: «Quienes ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga carácter de sanción, ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales» (art. 30.2 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público). Todo lo cual deriva en un injusto, por diferenciado, tratamiento entre trabajadores por cuenta ajena y funcionarios públicos.

⁷ En este sentido *vid.* GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1983, pág. 358. Como señala este mismo autor, «En lógica consecuencia, la alternativa es clara e indiscutible: la relación aseguratoria ha de permanecer invariable, sin que quepa la modificación o privación de esta última. No aceptar tal solución supondría ... violar su contenido esencial».

⁸ Así lo puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril (Boletín Oficial del Estado 25-4-1981) zanjando la polémica doctrinal suscitada al respecto. Sobre el tema *vid.*, por todos, RUIZ CASTILLO, M. M.: *El cierre patronal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, págs. 57 y ss.

⁹ En parecido sentido *cfr.* RUIZ CASTILLO, M. M.: *El cierre patronal*, *ob. cit.*, pág. 365.

Aplicar a los trabajadores no huelguistas la figura pensada para los huelguistas resulta cuando menos discutible¹⁰.

En cuanto que huelga y cierre patronal parten de presupuestos de hecho diferentes, la relación jurídica de Seguridad Social del personal no huelguista afectado por el cierre patronal debiera permanecer inalterada sin limitación alguna en cuanto al alcance de la acción protectora. De hecho, al igual que sucede con el supuesto previsto en el art. 208.1.2) LGSS, se podría considerar a dichos trabajadores en situación legal de desempleo¹¹ o bien, a través de la autorización que el art. 125.2 LGSS contiene, podría configurarse una nueva situación asimilada al alta, distinta y totalmente independiente de la prevista para la huelga. Por supuesto, en cuanto más favorables para el trabajador, ambas soluciones deberían ir acompañadas de las medidas necesarias para evitar posibles fraudes a la Seguridad Social.

2. Antecedentes normativos y régimen vigente

2.1. El Decreto Ley 5/1975, de 22 de mayo

Con anterioridad al RDLRT apenas si existió regulación alguna de la huelga y del cierre patronal en el ámbito español de la Seguridad Social¹². La causa cabe hallarla en el tradicional retraimiento que ha existido en nuestro ordenamiento jurídico a la hora de atribuir efectos suspensivos a uno y otro supuesto¹³. De hecho, aunque el cierre patronal ya

¹⁰ Aunque normalmente el cierre patronal surge como respuesta a una situación previa de huelga, cabe la posibilidad de que los empresarios procedan «*al cierre del centro de trabajo en caso de ... cualquier otra modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo*» (art. 12.1 RDLRT). Sea cual fuere su causa, lo cierto es que la situación de alta especial se aplica por igual a quienes nada tienen que ver con la huelga, bien porque ésta no exista o porque no hayan querido adherirse a ella. Concretamente y en exclusiva referencia a los efectos laborales de esta causa suspensiva, la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 23 de junio de 1986 (RJ 5339) señaló que «*constituye un principio elemental de justicia que el que quiso trabajar y no pudo por causas ajenas a su voluntad no deje de percibir la compensación salarial*». Aspecto este que resulta igualmente aplicable a las consecuencias del cierre patronal en el ámbito de la Seguridad Social.

¹¹ En parecido sentido *vid.* GARCÍA NINET, J. I.: «El cierre patronal», *Revista de Trabajo*, núms. 67-68, 1982, pág. 104 y OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, sexta ed., Tecnos, Madrid, 1992, pág. 552. En exclusiva referencia a los trabajadores no huelguistas *vid.* asimismo SANTANA GÓMEZ, A.: *El régimen jurídico de los trabajadores no-huelguistas*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 314, 345 y ss.

¹² Una interesante recopilación de la legislación española en la materia con anterioridad al RDLRT puede consultarse en ÁVILA ROMERO, M.: *Conflictos colectivos, huelgas y cierre patronal*, Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1981.

¹³ Respecto a la evolución del efecto suspensivo de la huelga en el derecho español *vid.* GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de ...*, *ob. cit.*, págs. 155 y ss.

fuera expresamente reconocido por el Decreto 1376/1970, de 22 de mayo, nada se estableció al respecto¹⁴. Habrá pues que esperar a la aparición del Decreto Ley 5/1975, de 22 de mayo, sobre regulación de conflictos colectivos de trabajo, para encontrar los primeros y casi únicos antecedentes normativos de la actual situación de alta especial¹⁵.

Así, por lo que al primero de estos dos supuestos se refiere, tras señalar que la huelga procedente no extinguiría por sí misma el contrato de trabajo, su art. 4.1 estableció que durante tal situación el trabajador no causaría baja en la Seguridad Social. En este sentido, quien participara en una huelga que fuese declarada procedente mantendría la situación de alta. *A sensu contrario*, la mera participación del trabajador en una huelga que no se ajustara a lo establecido en el Decreto Ley 5/1975, permitía la tramitación de su baja en el sistema de Seguridad Social¹⁶.

Debe advertirse, sin embargo, que tal posibilidad no se producía de manera automática, sino generalmente en aquellos casos en los que el empresario procedía a extinguir el contrato de trabajo en virtud de la facultad resolutoria que le otorgaba su art. 4.2. Y es que el alcance atribuido a la calificación de la huelga en el art. 4.1 Decreto Ley 5/1975 resultaba matizado por los efectos interruptivos, suspensivos o extintivos que la misma pudiera ocasionar respecto a la relación individual de trabajo¹⁷. Con todo, durante la huelga procedente subsistía la obligación de cotizar¹⁸.

Por lo que al cierre patronal se refiere, el art. 21.2 Decreto Ley 5/1975 estableció por remisión al 4.1 que la autorización para el cierre empresarial seguida del mismo produciría

¹⁴ Sobre el mismo *vid.*, por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «El cierre patronal y su nueva disciplina jurídica», *Revista de Política Social*, núm. 88, 1970, págs. 17 y ss.

¹⁵ Sobre el mismo *vid.*, por todos, RIVERO LAMAS, J.: «La regulación jurídica de la huelga en España», *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 59, 1975, págs. 27 y ss. Debe señalarse, sin embargo, que ya antes de la aparición de esta norma, GARCÍA ABELLÁN, J.: *Derecho de conflictos colectivos de trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969, abordó en sus págs. 121 y ss. las posibles repercusiones de la huelga en el ámbito de la Seguridad Social.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 21 de noviembre de 1975 (RJ 5892) comentada por RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «Suspensión de empleo y sueldo de trabajadores en huelga. Procedencia de la baja en Seguridad Social. Abono de la prestación de protección a la familia y de las vacaciones no disfrutadas», *Revista de Política Social*, núm. 111, 1976, págs. 215 y ss.

¹⁷ Así lo entendió ALMANSA PASTOR, J. M.: «Efectos de la huelga sobre las relaciones individual de trabajo y seguridad social», *Revista de Trabajo*, núms. 49-50, 1975, pág. 30, al señalar que «las situaciones de alta o baja en la seguridad social no pueden conectarse con el carácter procedente o improcedente de la huelga, sino mejor con los efectos jurídicos que ésta haya producido sobre la relación individual de trabajo».

¹⁸ ALMANSA PASTOR, J. M.: «Efectos de la ...», *ob. cit.*, pág. 31.

la suspensión del contrato de trabajo con permanencia del trabajador en situación de alta en la Seguridad Social. Todo ello sin perjuicio de que al tiempo del cierre aquél fuera despedido por su irregular participación en la huelga, en cuyo caso procedería tramitar la correspondiente baja en el sistema de protección social. *A sensu contrario*, los trabajadores afectados por un cierre no autorizado seguían permaneciendo a todos los efectos en situación de alta real. Nótese que en el régimen instaurado por el Decreto Ley 5/1975 la autorización de la Autoridad Laboral (Administración Laboral) constituía para el cierre patronal un requisito previo de licitud¹⁹. En todo caso, ya fuera éste lícito o ilícito, parece ser que subsistía la obligación de cotizar.

En ambos supuestos, aunque se mantuviera la situación de alta, la relación jurídica de Seguridad Social resultaba afectada como consecuencia del ejercicio de los mismos. Efectivamente, en tanto el trabajador permaneciera en situación de huelga, ya fuera procedente o improcedente, o en situación de cierre patronal perdía todo derecho a las prestaciones por desempleo (arts. 4.1 y, por remisión a este, 21.2 Decreto Ley 5/1975)²⁰.

2.2. El RDLRT y sus normas complementarias

No obstante lo anterior, apenas si el Decreto Ley 5/1975, de 22 de mayo, llegó a alcanzar los dos años de vigencia, pues pronto la huelga y el cierre patronal pasaron a regularse por el todavía vigente RDLRT²¹. Al igual que sus antecedentes, los arts. 6.3 y 12.2 RDLRT también tuvieron en cuenta las repercusiones de la huelga y del cierre patronal en la relación jurídica de Seguridad Social. Sin embargo, comparados con

¹⁹ Al respecto *vid.* GARCÍA NINET, J. I.: «El cierre patronal», *ob. cit.*, pág. 98.

²⁰ Exclusivamente referido a la situación de huelga, ALMANSA PASTOR, J. M.: «Efectos de la ...», *ob. cit.*, pág. 32, entendió posible causar las prestaciones por desempleo en el supuesto de huelga procedente seguida de extinción indemnizada del contrato de trabajo. Sin embargo, en tal caso, más que de una situación de huelga procedente, la prestación por desempleo derivaría directamente de un supuesto involuntario de extinción del contrato de trabajo.

²¹ En conjunto sobre el RDLRT *vid.* DURÁN LÓPEZ, F.: «La nueva regulación de la huelga y del cierre patronal», *Revista de Política Social*, núm. 15, 1977, págs. 47 y ss. y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El Derecho de huelga en el RDL 17/1977, de 4 de marzo», *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 1, 1977, págs. 141 y ss.

aquéllos, éstos introdujeron trascendentes modificaciones operadas todas ellas bajo el prisma de una novedosa situación de «alta especial»²².

Dada la trascendencia de estas modificaciones, se hizo necesario desarrollar reglamentariamente diversos preceptos del RDLRT. Fruto de tal inquietud surgieron de manera casi inmediata las Órdenes Ministeriales de 30 de abril y 30 de junio de 1977, la primera de las cuales recondujo la figura del alta especial a la categoría de situación asimilada a la de alta²³.

Ahora bien, a partir de 1978 la huelga adquirió el carácter de derecho fundamental (art. 28.2 CE), por lo que alguna de estas normas, principalmente el RDLRT, debieron ser reinterpretadas a la luz del nuevo texto constitucional²⁴. En cuanto derecho fundamental, se estableció la exigencia de que la huelga fuese regulada a través de una Ley Orgánica (art. 28.2 CE). Pues bien, a pesar de los frustrados intentos realizados en este sentido, ésta no ha sido por el momento aprobada²⁵. De ahí que todo ese compendio normativo al que se ha hecho referencia con anterioridad, junto con una serie dispersa de disposiciones

²² Al respecto cabe señalar con MERCADER UGUINA, J.: «Efectos del ejercicio ...», ob. cit., pág. 88, que «Tal solución normativa no encuentra ajuste concreto entre las expresamente contempladas ... Las razones que justificaron la creación de tan particular categoría no resultan fáciles de adivinar». Quizás la razón se deba al simple hecho de que a partir del Decreto Ley 5/1975 y hasta la aparición del RDLRT, tanto el trabajador huelguista como el afectado por el cierre patronal se encontraban en una situación de mantenimiento del «alta» aunque «con especialidades» en cuanto a la acción protectora (arts. 4.1 y 21.2 Decreto Ley 5/1975). De ahí, posiblemente, el término «alta especial».

²³ Obsérvese que, apenas pasados dos meses desde la publicación del RDLRT, se procedió a ordenar las repercusiones de la huelga y del cierre patronal en el sistema de la Seguridad Social. Desafortunadamente, sea por razones de oportunidad política, económica o legislativa, no siempre se ha actuado con tanta celeridad en la regulación de otros supuestos que, como éstos, son igualmente merecedores de protección. Lo cual, como no podía ser de otra manera, ha derivado en un confuso y complejo sistema de situaciones asimiladas al alta.

²⁴ En este sentido *vid.*, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril (Boletín Oficial del Estado 25-4-1981), 13/1984, de 3 de febrero (Boletín Oficial del Estado 18-2-1984) ó 48/1991, de 28 de febrero (Boletín Oficial del Estado 27-3-1991). En conjunto sobre esta doctrina jurisprudencial *vid.*, por todos, VALLEJO DA COSTA, R. y GONZÁLEZ LABRADA, M.: «Ejercicio de la ...», ob. cit., págs. 381 y ss.

²⁵ Con el fin de dar cumplimiento a la exigencia contenida en el art. 28.2 CE, el Consejo de Ministros aprobó el 14 de mayo de 1992 un Proyecto de Ley Orgánica de Huelga y de Medidas de Conflicto Colectivo que fue enviado a las Cortes Generales (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 1-6-1992). Durante su tramitación fue transformado en Proyecto de Ley Orgánica de Huelga y como tal aprobado por el Senado (Boletín Oficial de las Cortes Generales 12-4-1993). Sin embargo, la disolución de las Cortes mediante Real Decreto 534/1993, de 12 de abril, con motivo de la convocatoria de elecciones generales, impidió su ratificación definitiva por parte del Congreso de los Diputados. Sobre este frustrado Proyecto que recogía en sus arts. 19.2 y 35 los efectos de la huelga y el cierre patronal en la relación jurídica de Seguridad Social, *vid.*, por todos, ALONSO OLEA, M.: «Sobre el caducado Proyecto de Ley de Huelga», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 59, 1993, págs. 337 y ss. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *El proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993: la huelga en los servicios esenciales de la comunidad como telón de fondo*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993, así como la bibliografía por ellos citada.

administrativas a las que en su momento se aludirá, constituya el régimen jurídico vigente de la huelga en España.

En todo caso, a los efectos que ahora interesan, procede recalcar, siquiera brevemente, su inestimable valor jurídico, cual es el de configurar en el ámbito de la Seguridad Social española un régimen propio y específico de la huelga y del cierre patronal. Por su importancia, este régimen encontraría acomodo definitivo en los arts. 125.6 LGSS y 35.6 DAAB²⁶.

3. Cuestiones generales

3.1. Procedimiento para la declaración del alta especial

Tanto los arts. 6.3 y 12.2 RDLRT como los arts. 125.6 LGSS y 35.6 DAAB establecen de modo genérico que durante la huelga y el cierre patronal el trabajador permanecerá en situación de alta especial²⁷. Para ello el empresario deberá presentar, ante la Tesorería General de la Seguridad Social y en un plazo de cinco días naturales a partir del siguiente al del cese en el trabajo como consecuencia del ejercicio de uno de estos dos derechos, la relación nominal de aquellos trabajadores cuyo contrato de trabajo ha quedado suspendido (art. 1.1 y 2 Orden Ministerial 30 de abril de 1977).

Por lo que a la huelga se refiere, e independientemente de que ésta haya comenzado con anterioridad, el inicio del cómputo de este plazo coincidirá con el de la efectiva incorporación del trabajador a la huelga. De ahí que en ocasiones sea necesario comunicar en una misma relación nominal fechas diversas de participación. Asimismo cabe la posibilidad de que ante una misma huelga se haga necesario presentar varias veces esta documentación.

²⁶ Como señala MERCADER UGUINA, J.: «Efectos del ejercicio ...», ob. cit., pág. 88, la ausencia de referencias a la huelga en la LSS y en la LGS resulta en todo punto lógica ya que ambas fueron dictadas en «un momento histórico de prohibición del fenómeno huelguístico».

²⁷ En este mismo sentido se expresaba el escasamente innovador art. 19.2 del Proyecto de Ley Orgánica de Huelga. En vez de perfeccionar la normativa reguladora de los efectos del alta especial, se limitó sin más a transcribir la ya existente. Al respecto *vid.* GOERLICH PESET, J. M.: «Los efectos derivados del ejercicio de la huelga en los trabajos preparatorios de la Ley Orgánica de Huelga», *Revista de Treball*, núms. 19-20, 1992, pág. 30. Desafortunadamente, tal proceder se debe, como señala TORTUERO PLAZA, J. L.: «La huelga y la suspensión de la obligación de cotizar a la Seguridad Social. El alcance de la neutralidad del Estado», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 17, 1993, pág. 179, a que «Otra vez más el Derecho de la Seguridad Social vuelve a ser considerado como un derecho menor o de segundo orden».

Por supuesto, no cabe iniciar dicho cómputo en el momento del preaviso. Y ello no sólo porque podría darse la posibilidad de que el conflicto llegara a solucionarse con anterioridad al comienzo de la huelga, sino por la sencilla razón de que el preaviso no supone el cese en el trabajo. Así pues, durante el mismo los trabajadores continuarán en situación de alta ordinaria. En todo caso, presentada en plazo dicha relación, los efectos del alta especial se retrotraerán al momento de la efectiva incorporación del trabajador a la huelga. Si por el contrario este plazo resulta excedido, tal retroacción únicamente alcanzará a los cinco días anteriores a su presentación²⁸.

Por lo que al contenido de aquella relación respecta, bastará con la indicación de la fecha en la que el cese se produjo, las razones que lo motivaron y el número de afiliación del trabajador a la Seguridad Social (art. 1.2 Orden Ministerial 30 de abril de 1977). En supuestos de excepcionalidad, bastará, incluso, con una mera comparecencia verbal o una simple nota escrita comunicando tal situación para producir los mismos efectos (por ejemplo, un fax, un correo electrónico, etc.), si bien, al restablecerse la normalidad, deberán aportarse todos los datos necesarios²⁹.

Este es, pues, el mecanismo normal para que se inicien los efectos del alta especial sin que, por otra parte, se contradiga lo establecido en el RDLRT³⁰. En cuanto a la huelga, tales efectos perdurarán en el tiempo hasta la fecha de reincorporación del huelguista al trabajo, la cual podrá producirse incluso con anterioridad a la finalización de aquélla. En ese momento, el empresario vendrá obligado a notificar esta circunstancia en idénticos términos a la TGSS (art. 1.3 Orden Ministerial 30 de abril de 1977)³¹.

²⁸ Sobre todos estos aspectos *vid.* GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de ...*, ob. cit., pág. 360, MERCADER UGUINA, J.: «Efectos del ejercicio ...», ob. cit., págs. 86 y 87 y OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, ob. cit., págs. 524 y ss.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1985 (RJ 2683), así como TORTUERO PLAZA, J. L.: «La huelga y ...», ob. cit., pág. 180. En todo caso, como señala este autor «la Seguridad Social debe conocer, de forma individualizada, qué trabajadores han ejercitado su derecho de huelga y el tiempo de duración de la misma».

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1985 (RJ 2683). Piénsese que además de una función de control, lo que fundamentalmente se pretende con este procedimiento es «objetivar, lo más exactamente posible en el tiempo, el período de suspensión de la relación de aseguramiento al objeto de delimitar de forma precisa las posibles responsabilidades empresariales» (MERCADER UGUINA, J.: «Efectos del ejercicio ...», ob. cit., pág. 87).

³¹ Una vez producida la reincorporación, si el empresario no la comunica debidamente incurrirá en un incumplimiento sancionable administrativamente. Y ello porque al haber optado por iniciar el procedimiento del alta especial, le son exigibles los requisitos que la misma implica. Al respecto puede aplicarse la sanción

En cualquier caso, haya o no haya notificación, deberán iniciarse a partir de la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo los efectos propios del alta ordinaria. Lógicamente si éste no se reincorpora en plazo no se desplegarán tales efectos³². En fin, en caso de reingreso escalonado de los trabajadores, la empresa deberá ir comunicando progresivamente a la Tesorería General de la Seguridad Social las reincorporaciones que se vayan produciendo³³. Adaptados a sus específicas circunstancias, similares criterios cabe aplicar al cierre patronal³⁴.

En este orden de cosas cabe señalar, por último, que, en aplicación de la OM 30 de abril de 1977, la Resolución de la Secretaría General para la Seguridad Social de 5 de marzo de 1985³⁵ estableció un procedimiento administrativo similar al ahora visto en relación con aquellos trabajadores que durante la jornada de huelga mantienen parte de su actividad laboral. Al respecto esta disposición administrativa señaló que, con independencia del número de horas trabajadas, dichos trabajadores permanecerán en situación de alta durante toda la jornada de huelga (Regla Segunda)³⁶.

prevista en el art. 21.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones, como genéricamente propuso MERCADER UGUINA, J.: «Efectos del ejercicio ...», ob. cit., págs. 87 y 88. Como señala HURTADO ORTEGA, R.: «La suspensión del contrato de trabajo por el ejercicio del derecho de huelga», en *La suspensión del contrato de trabajo*, CDJ, vol. XXX, 1994, pág. 312, si producida la reincorporación, el empresario no cotiza por el trabajador, la sanción correspondiente será la prevista hoy en el art. 22 3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

³² Al respecto cfr. la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 13 de marzo de 1982 (RJ 1579).

³³ MERCADER UGUINA, J.: «Efectos del ejercicio ...», ob. cit., pág. 87. Sobre la posibilidad de reincorporarse al trabajo antes de que la huelga finalice *vid.* GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de la huelga*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, págs. 16 y 17.

³⁴ Por todos, *vid.* CRUZ VILLALÓN, J.: «El ejercicio del derecho al cierre patronal», *Relaciones Laborales*, tomo II, 1986, págs. 644 y ss.

³⁵ Boletín Oficial del Estado 13-3-1985.

³⁶ Calificando erróneamente esta situación como de alta de pleno derecho *vid.* MERCADER UGUINA, J.: «Efectos del ejercicio ...», ob. cit., pág. 89. En fin, con esta solución se tratan de «evitar perjuicios a los trabajadores –pues si se aplica inflexiblemente el alta especial los efectos de la huelga se extienden mucho más allá de su duración efectiva– o al empresario –pues si se opta por no aplicar el alta especial se verá obligado a cotizar por tiempos no trabajados–» (GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de ...*, ob. cit., págs. 82 y 83).

3.2. Trascendencia de la calificación del supuesto de hecho

3.2.1. En la huelga

En principio, y a diferencia de su más inmediato antecedente, ni el art. 6.3 RDLRT ni los arts. 125.6 LGSS y 35.6 DAAB especifican qué tipo de huelga, legal o ilegal, es la que da lugar a la situación de alta especial³⁷.

Al respecto existen varias razones que indican que cuando se instituyó esta figura se estaba pensando única y exclusivamente en la huelga llevada a cabo en el más estricto marco de la legalidad:

- Ésta había sido la orientación seguida por el art. 4.1 Decreto Ley 5/1975, de 22 de mayo, al que el art. 6.3 RDLRT sustituyó.
- Tal solución es la que cabe desprender de una interpretación sistemática del propio articulado del RDLRT³⁸.
- Así lo entendieron las normas que inmediatamente desarrollaron el RDLRT (Órdenes Ministeriales de 30 de abril de 1977 y 30 de junio de 1977)³⁹. De hecho, tal ha sido el criterio asumido normativamente con posterioridad a la promulgación del texto constitucional [por ejemplo, art. 3.3 RD 625/1985, de 2 de abril (en adelante, RLPD)]⁴⁰.

En este sentido puede afirmarse que tan solo en el supuesto de huelga legal cabe hablar de alta especial⁴¹; por el contrario, la participación en una huelga que, por

³⁷ Salvo las peculiaridades establecidas en torno a la huelga parcial, resulta indiferente por lo demás cuál sea la modalidad de la huelga. Como señala OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, ob. cit., pág. 525, «todas las modalidades topan con igual respuesta del legislador: el trabajador en huelga permanecerá en situación de alta especial, ya se trate de abstención ... de corta o larga duración, intermitente o continuada».

³⁸ GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de ...*, ob. cit., pág. 368. Interpretación que igualmente parece ser admitida por GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de ...*, ob. cit., pág. 82, al señalar que «el art. 6 del Real Decreto-ley se ocupa mayoritariamente de los efectos de la huelga legal».

³⁹ GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de ...*, ob. cit., pág. 359 y GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de ...*, ob. cit., pág. 82. En contrario *vid.*, sin embargo, MERCADER UGUINA, J.: «Efectos del ejercicio ...», ob. cit., pág. 91.

⁴⁰ Al respecto *vid.* asimismo el art. 19.2 del Proyecto de Ley Orgánica de Huelga.

⁴¹ En este sentido *vid.* GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de ...*, ob. cit., págs. 368 y 369 y OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, ob. cit., págs. 524 y ss.

contravenir lo establecido en el propio RDLRT, sea declarada ilícita o ilegal podrá ocasionar la baja del trabajador en el sistema de Seguridad Social⁴².

Ahora bien, al igual que sucedía en el régimen instaurado por el Decreto Ley 5/1975 para la huelga improcedente, tales afirmaciones han de ser matizadas en función de los efectos jurídicos interruptivos, suspensivos o extintivos, que la huelga produzca en la relación individual de trabajo; efectos que no surgen de forma automática y que dependen en buena medida de la actuación seguida por el empresario ante el desarrollo de la huelga⁴³. Téngase en cuenta que, consciente o inconscientemente, el empresario puede llegar a no iniciar el procedimiento previsto en la Orden Ministerial de 30 de abril de 1977.

Así, si el empresario entiende que la huelga se realiza de conformidad con lo establecido en el RDLRT lo más normal es que se ajuste al procedimiento previsto en la Orden Ministerial de 30 de abril de 1977 para la declaración del trabajador en situación de alta especial⁴⁴. De no hacerlo así, los trabajadores continuarán disfrutando de los efectos

⁴² Sobre los efectos de la huelga ilegal sobre el contrato de trabajo *vid.*, por todos, GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de ...*, ob. cit., págs. 47 y ss. En todo caso, téngase en cuenta que «La calificación de una huelga como ilegal, abusiva, legal o lícita corresponde al Orden social de la Jurisdicción, no con carácter previo al desarrollo de la huelga, sino, una vez producida ésta, al reclamar los huelguistas frente a las sanciones empresariales por participar en huelga estimada ilícita» (MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, decimoséptima ed., Tecnos, Madrid, 1996, pág. 725). Así pues, antes de tal calificación judicial tan sólo existe una apariencia inicial de licitud o ilicitud de la huelga (MOLERO MANGLANO, C.: *Lecciones sobre Convenios Colectivos, Derecho de Huelga y Cierre Patronal*, ICAI, Madrid, 1985, pág. 157).

⁴³ ALMANSA PASTOR, J. M.: «Ejercicio del derecho de huelga y Seguridad Social», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 17, 1993, pág. 176 o GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de ...*, ob. cit., pág. 82.

⁴⁴ MERCADER UGUINA, J.: «Efectos del ejercicio ...», ob. cit., págs. 86 y ss., se refiere a este procedimiento como una obligación jurídica que viene impuesta al empresario. Sin embargo, debe señalarse que con ocasión de la huelga legal el empresario no se encuentra obligado a iniciar dicho procedimiento. Se trata más bien de lo que técnicamente se conoce como una carga, esto es, facultad que asiste al empresario para actuar o inhibirse, soportando en este último caso, los eventuales perjuicios que pudieran derivarse de tal inhibición. Así pues, si inicia dicho procedimiento deberá cumplir el conjunto de obligaciones jurídico administrativas que la situación de alta especial exige y que aparecen contenidas en el art. 1 Orden Ministerial 30 de abril de 1977. Si se inhibe y no la ejercita deberá seguir soportando las exigencias que la situación de alta ordinaria implica, más beneficiosas para el trabajador y, en cambio, más gravosas para el empresario. De ahí que resulte excesivo el que este autor (*ibidem*, pág. 87), apoyándose en la Sentencia Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1985 (RJ 2683), califique como contrario a la buena fe el comportamiento de la empresa que no llega a presentar la relación nominativa de los trabajadores afectados por la huelga. Excesivo resulta también el hecho de que por este motivo solicite una sanción administrativa, sobre todo si se tiene en cuenta que tal actuación puede deberse a una abstención empresarial que sólo a él perjudica.

Para un supuesto de retraso en la comunicación *vid.* la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 24 septiembre 1998 (AS 3366).

propios del alta ordinaria⁴⁵. Idéntica solución corresponderá atribuir a los trabajadores huelguistas si, además de no realizar comunicación alguna a la entidad gestora, el empresario continúa abonándoles los salarios por renunciar a su legítimo derecho de no satisfacerlos por no haberse devengado⁴⁶.

En cambio, si el empresario entiende que la huelga se realiza contraviniendo lo establecido en el RDLRT podrá presentar ante la Tesorería General de la Seguridad Social los partes de baja que afecten a los trabajadores en huelga, tal y como se deduce del articulado de la Orden Ministerial de 30 de junio de 1977. Dicha presentación cabrá realizarla se extinga o no el contrato de trabajo, en este último supuesto aplicando un régimen similar al que correspondería, por ejemplo, a las ausencias injustificadas al trabajo (arts. 29 y ss. DAAB)⁴⁷. Por supuesto, nada impide que el empresario se abstenga de dar de baja a dichos trabajadores, manteniéndose así el alta ordinaria con efectos plenos. En su caso, dado que ninguna referencia existe al momento en que dichos partes de baja hayan de ser presentados por el empresario, en cuanto a su comunicación deberá estarse a las normas generales de Seguridad Social sobre altas y bajas (arts. 100 LGSS, 29 y ss. DAAB)⁴⁸.

Así las cosas, dependiendo de cuál sea la actuación del empresario frente a la huelga, resulta igualmente factible encontrar al huelguista en situación de alta ordinaria (huelga legal sin declaración de alta especial o huelga ilegal sin comunicación de baja), en situación

⁴⁵Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1985 (RJ 2683) y 4 de octubre de 1991 (RJ 7161), así como GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de ...*, ob. cit., pág. 84.

⁴⁶ ALMANSA PASTOR, J. M.: «Ejercicio del derecho ...», ob. cit., pág. 176.

⁴⁷ Admitiendo únicamente la baja en el caso de extinción del contrato cfr. ALMANSA PASTOR, J. M.: «Ejercicio del derecho ...», ob. cit., pág. 176 y, en parecido sentido también, GARCÍA MURCIA, J. y VILLIERS, C.: «Huelga y contrato de trabajo: una comparación entre el Derecho inglés y el Derecho español», *Relaciones Laborales*, núm. 23, 1996, pág. 103. Y es que, como señala GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de ...*, ob. cit., pág. 82, «Es indudable, en este sentido, la conexión existente entre la baja del trabajador y la extinción de la relación de trabajo». En el régimen anterior al RDLRT, ALMANSA PASTOR, J. M.: «Efectos de la ...», ob. cit., pág. 30, admitía la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo en caso de huelga procedente a través de un despido que, pese haber sido calificado como improcedente, se convertía en definitivo por el juego de las indemnizaciones. Dicha extinción ocasionaba la baja del trabajador en la Seguridad Social. Sin embargo, hoy en día, salvo que el huelguista incurra en algún tipo de incumplimiento contractual grave o culpable [Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 7 de abril de 1983 (RJ 2816) y 13 de mayo de 1983 (RJ 4253)], no es posible extinguir válidamente el contrato de trabajo por participar en una huelga legal (art. 6.1 RDLRT). Si a pesar de ello, el empresario despidiera al trabajador, tal acto extintivo merecería la calificación de nulidad por violación de un derecho fundamental (arts. 55.5 ET) con obligación de readmitir [art. 56.1.b) ET]. En fin, para un caso curioso de despido producido nada más terminar la huelga y calificado de improcedente *vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1991 (RJ 7161).

⁴⁸ Una posición crítica sobre este último tema puede consultarse en MERCADER UGUINA, J.: «Efectos del ejercicio ...», ob. cit., pág. 90.

de alta especial (huelga legal con iniciación del procedimiento establecido al efecto) e, incluso, en situación de baja (huelga ilegal con comunicación de baja, se extinga o no el contrato de trabajo)⁴⁹. En todo caso, la entidad gestora debiera rechazar la declaración de alta especial respecto a los trabajadores que participan en una huelga ilegal⁵⁰. Recuérdese que esta figura se encuentra pensada única y exclusivamente para los supuestos de huelga legal. Además lo contrario supondría trasladar indebidamente al sistema español de Seguridad Social las consecuencias del irregular ejercicio del derecho de huelga⁵¹.

En fin, de haberse optado por presentar los oportunos partes de baja, cabe la posibilidad de que, en los correspondientes procesos individuales se estime con posterioridad la legalidad de la huelga. En tal caso se iniciarán los efectos del alta especial a partir de la fecha en la que dichos partes hubieran sido presentados (art. Único Orden Ministerial de 30 de junio de 1977), prolongándose hasta la finalización de la huelga⁵². Lógicamente si el trabajador se encontraba ya en situación de alta especial al tiempo de la baja, más que iniciarse, dichos efectos se reactivarán nuevamente. Adviértase que para que tal posibilidad se produzca es necesaria la reclamación individual del trabajador indebidamente dado de baja, solicitando así la nulidad del acto extintivo.

⁴⁹ En este sentido *vid.* ALMANSA PASTOR, J. M.: «Ejercicio del derecho ...», *ob. cit.*, pág. 176. Por tal motivo parece adecuado que, en vez de utilizar genéricamente el término huelga, las normas aludan directamente a la expresión alta especial.

⁵⁰ OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, *ob. cit.*, pág. 527.

⁵¹ Sin embargo, GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de ...*, *ob. cit.*, pág. 82, SALA FRANCO, T.: «Consideraciones de urgencia acerca del Proyecto de la Ley Orgánica de Huelga», *Tribuna Social*, núm. especial, 1992, pág. 16 y, quizás también, MERCADER UGUINA, J.: «Efectos del ejercicio ...», *ob. cit.*, pág. 91, parecen extender de manera automática la situación de alta especial a los supuestos de huelga ilegal en los que no se produce extinción del contrato de trabajo. En fin, sobre la posibilidad de condonar los incumplimientos contractuales del huelguista *vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1990 (RJ 8981).

⁵² Piénsese que la declaración de nulidad o improcedencia del acto extintivo dará lugar al abono de los correspondientes salarios de tramitación. Tradicionalmente éstos han tomado como *dies a quo* el de la reanudación de la actividad tras la finalización de la huelga, ya que en otro caso resultarían injustamente beneficiados los trabajadores despedidos frente a los que permanecen en huelga. En este sentido *vid.* GÁRATE CASTRO, J.: *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, ACARL, Madrid, 1994, pág. 186. Sin embargo, atendiendo al hecho de que el trabajador despedido no puede ser considerado huelguista, se ha tomado como tal el de la extinción del contrato de trabajo. En este sentido *vid.* GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de ...*, *ob. cit.*, págs. 21 y 22, que recoge la doctrina dictada por la STSJ Galicia 9 de marzo de 1992 (AS 1232). Sea cual fuere la solución que finalmente se adopte, no debe olvidarse que el art. 56.1.b) ET exige el mantenimiento del alta durante el período correspondiente a estos salarios. En todo caso, de acogerse esta segunda interpretación la OM 30 de junio de 1977 quedaría vaciada de contenido.

3.2.2. En el cierre patronal

Para que la situación de alta especial opere en este caso es asimismo necesario que el cierre patronal se efectúe de conformidad con lo dispuesto en el RDLRT. Al igual de lo que sucede respecto a la huelga, sólo el cierre patronal legal puede dar lugar a la situación de alta especial. Así cabe deducirlo de lo dispuesto en los arts. 12.2 RDLRT, 1.1 Orden Ministerial 30 de abril de 1977 o 45.1.m) ET. Téngase en cuenta además que esta fue la orientación seguida por el art. 21.2 Decreto Ley 5/1975⁵³. En caso contrario, el trabajador permanecerá en situación de alta ordinaria. Piénsese que si el cierre es ilegal no existe, a pesar de su efectividad, una verdadera suspensión del contrato de trabajo, por lo que las relaciones laboral y de Seguridad Social deberán permanecer inalteradas⁵⁴.

Ahora bien, tampoco aquí el alta especial opera de forma automática. Con el fin de que ésta despliegue en plenitud todos sus efectos, el empresario habrá de iniciar el procedimiento establecido en el art. 1 Orden Ministerial de 30 de abril de 1977⁵⁵. De no hacerlo así, e independientemente de la existencia de esta causa suspensiva, el trabajador continuará, a todos los efectos, en situación de alta ordinaria. Precisamente, el hecho de que los trabajadores no huelguistas se encuentren afectados por el cierre patronal, puede dar lugar a que el empresario, consciente de los perjuicios que pudieran derivarse para sus carreras asegurativas, no llegue a iniciar siquiera dicho procedimiento⁵⁶.

⁵³ Al respecto *vid.*, por todos, ALONSO GARCÍA, M., ALMENDROS MORCILLO, F., PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E.: *La huelga y el cierre empresarial*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1979, pág. 97 y RUIZ CASTILLO, M. M.: *El cierre patronal*, ob. cit., pág. 367. Adviértase que la competencia para calificar jurídicamente la legalidad o ilegalidad de un cierre patronal corresponde en último caso al orden jurisdiccional social.

⁵⁴ Al respecto *vid.* la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 9 de marzo de 1984 (RJ 3041), así como GARCÍA NINET, J. I.: «El cierre patronal», ob. cit., pág. 104 y RUIZ CASTILLO, M. M.: *El cierre patronal*, ob. cit., pág. 367. Además de esta última autora, sobre las causas que pueden ocasionar la ilicitud del cierre patronal *vid.* IGLESIAS CABERO, M.: «El cierre patronal como medida de conflicto colectivo», *Actualidad Laboral*, núm. 17, 1986, págs. 859 y 860.

⁵⁵ En relación con este tema TORTUERO PLAZA, J. L.: «La huelga y ...», ob. cit., pág. 180, señala que «También en estos casos la Seguridad Social debe conocer quiénes son los trabajadores afectados por el cierre y cuál es la duración de la suspensión».

⁵⁶ En parecido sentido, se ha admitido la posibilidad de que el empresario abone voluntariamente los salarios correspondientes a estos trabajadores, sin que ello suponga discriminación alguna [Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 23 de junio de 1986 (RJ 5339)]. Así pues, siguiendo esta misma doctrina, no sería discriminatorio el que, a pesar del cierre, dicho procedimiento se haya iniciado únicamente en relación a los

Puede ocurrir sin embargo que, habiéndose iniciado este procedimiento, el cierre sea calificado con posterioridad total o parcialmente ilegal⁵⁷. Pues bien, en ambos casos, los efectos del alta ordinaria que acompañan siempre a esta modalidad de cierre se retrotraerán al momento en el que la calificación de ilicitud encuentre su origen.

3.3. La suspensión de la obligación de cotizar. El Convenio Especial

A pesar de ser otra la orientación seguida por el Decreto Ley 5/1975, la declaración del alta especial conlleva la suspensión de la obligación de cotizar, tanto por parte del empresario como por parte del propio trabajador (arts. 6.3 RDLRT y 106.5 LGSS)⁵⁸.

A lo que parece, se pretende con ello que la Seguridad Social permanezca neutral ante el conflicto de trabajo; en relación a la huelga nuestro Tribunal Constitucional ha entendido que la suspensión de la obligación de cotizar constituye un límite indirecto que, en cuanto efecto de uno de los sacrificios ligados a su ejercicio, no vulnera su contenido esencial⁵⁹. Debe advertirse, sin embargo, que una cosa es que la Seguridad Social deba permanecer neutral no dispensando prestaciones sustitutivas del salario durante el tiempo del conflicto y otra cosa distinta es que el tiempo de huelga o cierre patronal pueda repercutir en la protección general que el sistema español de Seguridad Social debe garantizar por imperativo constitucional; en este sentido, no bastaría con afirmar, por ejemplo, que dicho efecto suspensivo no vulnera el contenido esencial del derecho de huelga, sino que hay que

participantes en la huelga. En cambio, sí lo sería de tramitarse tan sólo respecto a unos y no todos los trabajadores no huelguistas afectados por el cierre.

⁵⁷ Al respecto cfr. RUIZ CASTILLO, M. M.: *El cierre patronal*, ob. cit., pág. 367, así como la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 24 de marzo de 1986 (RJ 2014).

⁵⁸ En idéntico sentido se expresó también el art. 19.2 del Proyecto de Ley Orgánica de Huelga. Para GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de ...*, ob. cit., pág. 360, ésta es «La peculiaridad principal del “alta especial”», peculiaridad que como señala la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 26 de noviembre de 1986 (RJ 12584) supone «una excepción de la excepción –no producir baja pero sin obligación de cotizar–». En todo caso, de concurrir la solución contraria, se produciría en opinión de ALONSO GARCÍA, M., ALMENDROS MORCILLO, F., PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E.: *La huelga y ...*, ob. cit., pág. 78, un enriquecimiento injusto por parte de la entidad aseguradora, en cuanto las primas correspondientes a ese período estarían cubriendo un «riesgo imposible».

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 13/1984, de 3 de febrero (Boletín Oficial del Estado 18-2-1984), comentada por ALONSO OLEA, M.: «Efectos de la huelga legal. Suspensión de cotizaciones a la seguridad social y sus efectos sobre las prestaciones; en especial sobre las de desempleo», en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo II, Civitas, Madrid, 1984, págs. 32 y ss.

enjuiciar si existe o no la debida proporcionalidad entre ejercicio del derecho y sacrificio soportado por el trabajador⁶⁰.

Aun cuando resulta evidente que esta proporcionalidad quiebra, la única fórmula arbitrada para contrarrestar las negativas consecuencias que la ausencia de cotizaciones pudiera deparar en un futuro a los trabajadores declarados en situación de alta especial es la de suscribir un Convenio Especial al finalizar la huelga o el cierre patronal [art. 18 Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre (en adelante, OMCE)]⁶¹. Concretamente, la finalidad de esta modalidad del Convenio Especial común es la de completar las bases de cotización correspondientes a las contingencias de invalidez permanente y supervivencia, derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, jubilación y servicios sociales durante el período de huelga y cierre patronal (art. 18.1 OMCE)⁶².

Ahora bien, no parece que la posibilidad que el trabajador tiene de suscribir el Convenio Especial con la Seguridad Social constituya, en cuanto remedio escaso y caro, el mecanismo más adecuado para ello⁶³. Piénsese, por ejemplo, que en relación a la huelga es el propio trabajador quien, en su caso, deberá soportar a su exclusiva costa los efectos perjudiciales del ejercicio de este derecho fundamental (art. 28.2 CE)⁶⁴. Lo cual, si ya

⁶⁰ TORTUERO PLAZA, J. L.: «La huelga y ...», ob. cit., págs. 181 y 182.

⁶¹ Si bien ya en marzo de 1982 se planteó una reforma al respecto (VILLA GIL, L. E. DE LA: *Panorama de las relaciones laborales en España*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 36), mayoritariamente se ha estimado que el mecanismo adecuado para la superación de las negativas consecuencias que la suspensión de la obligación de cotizar conlleva es el de considerar a todos los efectos como efectivamente cotizado el período de suspensión del contrato de trabajo (por todos, *vid.* TORTUERO PLAZA, J. L.: «La huelga y ...», ob. cit., pág. 182). Otras medidas propuestas han sido las de que dicho período actúe como un paréntesis que no compute a efectos carenciales (LÓPEZ GANDÍA, J.: «Dinámica de la ...», ob. cit., pág. 42) o la de mantener la cotización por parte del trabajador y del empresario a través del actual art. 106 LGSS (TORTUERO PLAZA, J. L.: «La huelga y ...», ob. cit., pág. 182). Posición esta última que, dada su neutralidad, es asimismo compartida por RAMOS QUINTANA, M. I.: «Prestaciones por desempleo y ejercicio del derecho de huelga», *Relaciones Laborales*, tomo I, 1994, pág. 112.

⁶² El Convenio se convierte así en lo que MERCADER UGUINA, J.: «Efectos del ejercicio ...», ob. cit., pág. 96, califica de «mecanismos de cobertura de vacíos de cotización».

⁶³ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, decimocuarta ed., Civitas, Madrid, 1995, pág. 393 y TORTUERO PLAZA, J. L.: «Supuestos legales de desempleo protegido en el ordenamiento español: una valoración crítica», *Relaciones Laborales*, tomo II, 1994, págs. 118 y 119.

⁶⁴ GOERLICH PESET, J. M.: «Ejercicio del derecho de huelga y acción protectora de la Seguridad Social. De la S.T.C. 48/1991, de 28 de febrero, al convenio especial para trabajadores en huelga (Orden de 18 de julio de 1991)», *Tribuna Social*, núm. 16, 1992, pág. 24 y *Los efectos de ...*, ob. cit., pág. 94. Como expresivamente señala TORTUERO PLAZA, J. L.: «La huelga y ...», ob. cit., pág. 187, «Mantener que el equilibrio o la proporcionalidad se consigue trasladando al trabajador la obligación de cotizar, si quiere evitar los efectos de la suspensión, a su exclusivo cargo por los tiempos de huelga ... es, cuando menos, un eufemismo». Sobre

resulta extremadamente discutible respecto a la huelga, mucho más lo es en relación al cierre patronal. Repárese en que, si bien la ausencia de cotizaciones durante el mismo es imputable al empresario, quien soporta sus consecuencias es el propio trabajador⁶⁵. Una vez más se pone de manifiesto el escaso rigor con el que el ordenamiento español acomete la incidencia de las situaciones suspensivas y en general de las diferentes situaciones asimiladas al alta sobre la obligación de cotizar⁶⁶.

En fin, la obligación de cotizar subsistirá en el supuesto de que, por haber omitido el empresario los trámites de notificación previstos en la Orden Ministerial 30 de abril de 1977 para la obtención de la declaración del alta especial, el trabajador continúe a todos los efectos en situación de alta ordinaria⁶⁷. Asimismo, dicha obligación subsiste, no sólo cuando el cierre patronal es ilegal, sino también respecto a los trabajadores que al tiempo del cierre patronal legal estuvieran de vacaciones o en situación de incapacidad temporal⁶⁸.

todo si tenemos en cuenta que con la suscripción del Convenio Especial el trabajador deberá ingresar no sólo la cuota obrera, sino también la patronal. Por su parte, CASAS BAAMONDE, M. E.: «Las huelgas atípicas en el ordenamiento jurídico español (o huelgas marginadas del tipo de derecho, constitucional y legal, de huelga)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 24, 1985, pág. 525, señala que esta medida es «perfectamente compatible con la ordenación jurídico-constitucional del derecho de huelga». Quizás por ello el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga hizo suya tal medida en su art. 19.2.

⁶⁵ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, ob. cit., pág. 213. Si en verdad quiere protegerse al trabajador no huelguista afectado por el cierre patronal, deberá tenerse en cuenta que éste posee una sustantividad distinta de la huelga, por lo que no bastará con limitarse a copiar la solución para ella prevista (RUIZ CASTILLO, M. M.: *El cierre patronal*, ob. cit., pág. 365).

⁶⁶ Comparando el distinto tratamiento dispensado a la protección integral de los hijos (art. 39.2 CE) y a la igualdad de trato de la mujer en el trabajo (art. 35.1 CE) en relación con el ejercicio del derecho de huelga (art. 28.2 CE) o el cierre patronal (art. 37.2 CE) cfr. MOMPALER CARRASCO, M. A.: «Huelga y Seguridad Social: hacia una superación del modelo contributivo (una valoración crítica de la S.T.C. 48/1991 de 28 de febrero)», *Tribuna Social*, núm. 35, 1993, págs. 25 y ss.

⁶⁷ Por todos, vid. GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de ...*, ob. cit., pág. 84. Respecto a estos períodos, al no existir una contraprestación retributiva y por tanto computable, «se tomará como base de cotización la mínima correspondiente al grupo de su categoría profesional» [Sentencia del Tribunal Supremo 4 octubre de 1991 (RJ 7161); también PLANAS GÓMEZ, M.: «Períodos en alta en el Régimen General de la Seguridad Social sin retribución económica», *Tribuna Social*, núm. 22, 1992, págs. 83 y 84 y art. 69 Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre]. Según HURTADO ORTEGA, R.: «La suspensión del ...», ob. cit., pág. 312, la cotización deberá correr íntegramente a cargo del empresario ya que éste no podrá descontar al trabajador su parte de cuota.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 7 de junio de 1982 (RJ 3451); también GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *El cierre patronal*, Ariel, Barcelona, 1990, pág. 150 e IGLESIAS CABERO, M.: «El cierre patronal ...», ob. cit., pág. 858. La subsistencia de la obligación de cotizar en el supuesto de incapacidad temporal resulta lógica si se tiene en cuenta que cuando concurren dos supuestos suspensivos se prima aquel que se produjo con anterioridad (VIDA SORIA, J.: «Suspensión del contrato de trabajo», *Comentarios a las Leyes Laborales. Estatuto de los Trabajadores*, tomo IX, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1983, págs. 70 y ss.). En cambio el mantenimiento de dicha obligación respecto a las vacaciones no es sino la consecuencia clara del más elemental principio de justicia.

Por supuesto, la baja del trabajador, con o sin extinción del contrato de trabajo extingue asimismo la obligación de cotizar⁶⁹. Por su parte, durante la huelga parcial deberá cotizarse por los salarios realmente percibidos (Resolución Secretaría General para la Seguridad Social 5 de marzo de 1985) como si se tratase de un trabajo a tiempo parcial⁷⁰.

3.4. Breve referencia a los trabajadores no huelguistas

Como es lógico, el régimen del alta especial ahora estudiado resulta inaplicable a aquellos trabajadores que no se sumen a la huelga, quienes, al seguir prestando sus servicios, continuarán disfrutando de la situación de alta ordinaria⁷¹. En situación de alta ordinaria, que no de alta especial ni mucho menos de alta de pleno derecho, se encuentran aquellos trabajadores que hayan sido designados para efectuar los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa (art. 6.7 RDLRT) o los esenciales para la comunidad (art. 10.2 RDLRT) en tanto permanezcan desarrollando tal actividad⁷².

4. Acción protectora

4.1. Desempleo

4.1.1. Alcance

De conformidad con la orientación seguida por el Decreto Ley 5/1975, los arts. 6.3 y, por remisión a éste, 12.2 RDLRT disponen que el trabajador en huelga o afectado por el

⁶⁹ Al respecto *vid.* ALMANSA PASTOR, J. M.: «Ejercicio del derecho ...», *ob. cit.*, pág. 176.

⁷⁰ LÓPEZ GANDÍA, J.: «Dinámica de la obligación de cotizar: Situaciones suspensivas y extintivas del contrato de trabajo y la cotización a la Seguridad Social (I.L.T., Huelga, Desempleo, Salarios de tramitación, etc.)», *Tribuna Social*, núms. 20-21, 1992, pág. 41. En el supuesto de cierre patronal con duración inferior al de la jornada laboral, RUIZ CASTILLO, M. M.: *El cierre patronal*, *ob. cit.*, pág. 366, propone el mantenimiento proporcional de la cotización. Hipótesis que, como la propia autora reconoce, parece poco frecuente en la práctica.

⁷¹ Ello no obstante, puede ocurrir que durante el transcurso de la huelga dicha prestación se vea imposibilitada por diversas razones. Al respecto *vid.* SALA FRANCO, T.: «Problemas jurídicos del trabajador no huelguista», *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1984, págs. 105 y ss. y SANTANA GÓMEZ, A.: *El régimen jurídico ...*, *ob. cit.*, págs. 162 y ss. Sin embargo, a pesar de que el régimen del alta puede resultar afectado como consecuencia de tales alteraciones, únicamente cabe aplicar los efectos del alta especial a los trabajadores no huelguistas en el supuesto de que el empresario opte por cerrar lícitamente la empresa. Fuera del mismo cabrán otras posibilidades como las propuestas por este último autor en sus págs. 314 y 345, pero no la que ahora se contempla. En este sentido *vid.* GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de ...*, *ob. cit.*, pág. 83.

⁷² Por todos, *vid.* GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de ...*, *ob. cit.*, pág. 83 y GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 130.

cierre patronal no tendrá derecho a la prestación por desempleo. Posteriormente, el art. 3 Orden Ministerial 30 de abril de 1977 aclaró que tal privación se establece por el hecho mismo de la suspensión del contrato de trabajo originada por el ejercicio del derecho de huelga o del cierre patronal⁷³. Este es pues el motivo por el que ambos supuestos o, si se prefiere, el alta especial, no aparecen mencionados en el art. 2 RLPD.

Lo cual, en relación a la situación de huelga no es sino consecuencia lógica de los presupuestos que delimitan esta contingencia, cuales son capacidad, voluntad y disponibilidad para el trabajo, así como preexistencia de empleo, pérdida o reducción del mismo y pérdida o reducción de los correspondientes ingresos (arts. 203 y ss. LGSS)⁷⁴. La solución contraria supondría arbitrar un sistema compensatorio de la pérdida salarial del trabajador huelguista de tal manera que el necesario equilibrio contractual que debe existir entre los antagonistas sociales quedaría roto⁷⁵.

Sin embargo, impedir el acceso a la prestación por desempleo a los trabajadores que se ven afectados por el cierre patronal, resulta cuando menos discutible. Se trata de trabajadores que pudiendo y queriendo trabajar cesan de forma generalmente involuntaria en la actividad que venían desarrollando. Además, sí concurren aquí los presupuestos delimitadores de esta contingencia: capacidad, voluntad y disponibilidad para un trabajo que temporalmente se ha perdido, con la consiguiente reducción de ingresos. Sobre esta base, bien podría adoptarse la solución prevista en el art. 208.1.2) LGSS para la suspensión de la relación laboral por expediente de regulación de empleo. En todo caso, si el cierre es ilegal lo que se deben son salarios y no prestaciones por desempleo⁷⁶.

⁷³ Por su parte, en relación a aquellos supuestos de huelga en los que no exista posibilidad alguna de fraude, GOERLICH PESET, J. M.: «Los efectos derivados ...», ob. cit., pág. 33, parece interpretar este artículo en sentido favorable al nacimiento de la prestación por desempleo.

⁷⁴ ALMANSA PASTOR, J. M.: «Efectos de la ...», ob. cit., págs. 31 y 32. En coherencia con esta argumentación, tal privación resulta para GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de ...*, ob. cit., pág. 364, «absolutamente consecuente». Téngase en cuenta además que, por ahora, la suspensión sólo da lugar al desempleo en el supuesto previsto por el art. 208.1.2) LGSS. En este sentido *vid.* ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, ob. cit., pág. 213.

⁷⁵ Por todos, *vid.* VILLA GIL, L. E. DE LA: «Algunas reflexiones para ...», pág. 109 y GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de ...*, ob. cit., págs. 362 y 363. En todo caso, «La afectación ... del derecho a las prestaciones mencionadas ... no encubre ninguna maniobra sancionatoria» (CASAS BAAMONDE, M. E.: «Las huelgas atípicas ...», ob. cit., pág. 525).

⁷⁶ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, ob. cit., pág. 213 y GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *El cierre patronal*, ob. cit., pág. 146. Para ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, cuarta ed., Tecnos, Madrid, 1991, pág. 309, «la exclusión de

Sea como fuere, es posible que en función de otros hechos, concurrentes aunque distintos al de la suspensión del contrato de trabajo por huelga o cierre patronal, el trabajador pueda acceder a dicha prestación⁷⁷. Este es el caso, por ejemplo, de las prestaciones causadas durante las situaciones de huelga y cierre patronal respecto a otro empleo si el trabajador se hallaba pluriempleado⁷⁸; también el de las prestaciones que con carácter parcial viniera percibiendo el trabajador con anterioridad a las situaciones de huelga o cierre patronal; posición ésta que se encuentra avalada por el hecho de que durante las mismas las empresas han de mantener el pago delegado de las prestaciones (art. 4 Orden Ministerial 30 de abril de 1977) entre las cuales se halla la de desempleo parcial⁷⁹; o, en fin, el de aquellas otras debidas a la propia extinción del contrato de trabajo. En último término, no es la situación de alta especial, sino cada uno de estos supuestos en particular los que generarán este acceso.

4.1.2. Incidencia de la ausencia de cotizaciones

En otro orden de cosas, se ha visto también cómo el alta especial exonera a las partes de la obligación de cotizar. Con el fin de paliar los problemas que en su caso pudieran derivarse de ello, se han arbitrado, en relación a la prestación de desempleo, una serie de mecanismos correctores:

- 1º) Por lo que a la determinación del período mínimo de cotización se refiere, el art. 3.3 RLPD establece que se asimilará a cotizaciones efectivamente realizadas el

esta asimilación del cierre patronal ilegal produce a los trabajadores un perjuicio injustificado». Ha de señalarse, sin embargo, que si el cierre es ilegal no es necesario realizar asimilación alguna. Recuérdese que en tal caso la relación jurídica de Seguridad Social permanece inalterada.

⁷⁷ GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de ...*, ob. cit., pág. 85.

⁷⁸ OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, ob. cit., pág. 525. Adviértase que, con el fin de evitar lógicas incompatibilidades, la concesión de las prestaciones por desempleo tan sólo es posible en los supuestos de pluriempleo previstos en los aps. 2, 3 y 4 del art. 15 RLPD.

⁷⁹ GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de ...*, ob. cit., pág. 364, LÓPEZ GANDÍA, J.: «El problema del requisito del alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social: el desempleo involuntario como situación asimilada al alta», *Revista de Jurisprudencia de Seguridad Social y Sanidad*, núm. 11, 1981, pág. 276 y OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, ob. cit., pág. 525. Al respecto cfr. los arts. 19.4 y 35 del Proyecto de Ley Orgánica de Huelga. Por último, para un supuesto excepcional de subsidio de desempleo disfrutado anterior y paralelamente al ejercicio del derecho de huelga cfr. la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 13 de junio de 1985 (RJ 4369).

tiempo de cierre patronal o huelga legales⁸⁰. Con ello se trata de evitar que un solo día de huelga o cierre patronal impida el acceso a esta prestación a los trabajadores que se hallan sujetos a un contrato temporal de corta duración (por ejemplo, de doce meses)⁸¹. Ha de advertirse, sin embargo, que tal mecanismo opera sólo a los efectos de determinar el período mínimo de cotización⁸². En cualquier caso esta medida, que responde a criterios claros de política legislativa, supone otorgar al alta especial un tratamiento mucho más generoso que el dispensado a otros supuestos igualmente dignos de protección⁸³.

2º) Por lo que a la duración de la misma se refiere, el Tribunal Constitucional ha entendido, en una interpretación de la legalidad favorable al ejercicio del derecho fundamental de huelga igualmente extensible al ejercicio del cierre patronal, que resulta aplicable a este supuesto la retroacción prevista en el art. 3.5 RLPD, aspecto éste que venía siendo negado con anterioridad por no encontrarse la huelga entre los supuestos contemplados en dicho precepto⁸⁴. De tal manera que el lapso

⁸⁰ Al respecto cfr. los arts. 19.2 y 35 del Proyecto de Ley Orgánica de Huelga. Dicho período mínimo se cifra actualmente para la prestación de desempleo en 360 días (art. 210.1 LGSS). Este es pues el período respecto al cual se entienden como cotizados los días de huelga o cierre patronal. Y ello a pesar de que el todavía no reformado art. 3.3 RLPD siga aludiendo a 180 días. En este sentido, *vid.* LÓPEZ GANDÍA, J.: «Dinámica de la ...», *ob. cit.*, pág. 42.

⁸¹ Por todos, *vid.* VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación por desempleo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, pág. 327. Sobre los perjuicios que la ausencia de esta medida podía suponer para los trabajadores temporalmente contratados con anterioridad a la aparición del RLPD *vid.* BAYLOS GRAU, A. y DESDENTADO BONETE, A.: «La Seguridad Social ...», *ob. cit.*, pág. 40. Este parece ser el motivo por el que se hizo uso de la autorización que confirió la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1984, contrarrestando así uno de los límites impuestos al ejercicio del derecho de huelga. Como puede apreciarse, la vía utilizada fue la contenida en el actual art. 124.2 LGSS, aunque parece ser que se barajaron otras. Al respecto *vid.* las mencionadas por SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Nueva regulación del desempleo: La Ley 31/1984 y su reglamento», *Documentación Laboral*, núm. 15, 1985, pág. 104.

⁸² SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Nueva regulación del ...», *ob. cit.*, pág. 104, así como las Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 9 de febrero y 20 de mayo de 1988 (RJ 1831 y 4084) y 17 de marzo de 1989 (RJ 2519).

⁸³ Especialmente crítico con el art. 3.3 RLPD se muestra DIEGUEZ CUERVO, G.: «Cómputo de los días de huelga legal para la determinación de las prestaciones de desempleo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 51, 1992, pág. 114.

⁸⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional 48/1991, de 28 de febrero (Boletín Oficial del Estado 27-3-1991), 152/91 y 153/91, de 8 de julio (Boletín oficial del Estado 9-8-1991). Sobre las mismas *vid.* BORRAJO DACRUZ, E.: «Huelga legal y protección por desempleo», *Actualidad Laboral*, núm. 44, 1991, pág. 2364, DIEGUEZ CUERVO, G.: «Cómputo de los ...», *ob. cit.*, págs. 113 y ss., GOERLICH PESET, J. M.: «Ejercicio del derecho ...», *ob. cit.*, págs. 19 y ss. y RENTERO JOVER, J.: «Huelga legal y prestación contributiva de desempleo. A propósito de la TC S 48/1991, de 28 de febrero», *Relaciones Laborales*, tomo II, 1991, págs. 528 y ss. Para un análisis de conjunto de la doctrina constitucional en la materia *vid.* BAYLOS GRAU, A.: «Diez años de Jurisprudencia Constitucional: el Derecho de Huelga», en *Constitución y Derecho ...*, *ob. cit.*,

temporal durante el cual el trabajador permanece en situación de alta especial actúa como un paréntesis que no se tiene en cuenta a estos efectos. Tan solo se computarán, pues, las cotizaciones efectuadas con anterioridad o posterioridad a la situación de alta especial⁸⁵. Aun así cabe la posibilidad de que no existan cotizaciones en cuantía suficiente como para compensar las pérdidas con ocasión de la huelga o del cierre patronal, lo cual puede seguir repercutiendo de forma negativa en el ejercicio del primero de estos derechos⁸⁶.

A pesar del lógico silencio del Tribunal Constitucional al respecto, este paréntesis sirve asimismo para determinar la cuantía de la prestación por desempleo. Piénsese que para el cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo únicamente se tienen en cuenta los últimos ciento ochenta días cotizados precedentes al día en que se haya producido la situación legal de desempleo o al que cesó la obligación de cotizar (art. 4.1 RLPD y en parecidos términos art. 211.1 LGSS). Dado que en los días de permanencia en situación de alta especial no existe cotización alguna, es lógico que los mismos no computen a estos efectos. Ello no obstante pueden darse supuestos excepcionales en los que no lleguen a compensarse los días de huelga o de cierre patronal en número suficiente como para completar el período de seis meses exigido. Lo cual repercutirá negativamente en

págs. 304 y 305 y GARCÍA MURCIA, J.: «La protección por desempleo: una reseña de Jurisprudencia Constitucional», *Actualidad Laboral*, núm. 4, 1993, págs. 57 y ss. y «Jurisprudencia Constitucional en materia de Seguridad Social: la protección por desempleo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 37, 1993, págs. 195 y ss. Debe señalarse, por último, que esta medida fue contemplada también por el art. 19.2 Proyecto de Ley Orgánica de Huelga. Ejemplo del anterior tratamiento de la situación de huelga lo constituyen las Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 1 de octubre de 1988 (RJ 6721), 22 de mayo de 1989 (RJ 3971) o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 28 de septiembre de 1989 (RJ 1620).

⁸⁵ En parecido sentido cfr. la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 7 de noviembre de 1990 (RJ 903). Recuérdese que el alta especial sólo puede entrar en juego en relación a la huelga y el cierre patronal legales. Así pues, en caso de huelga ilegal no cabe aplicar el art. 3.5 RLPD [Sentencia Tribunal Superior de Justicia Madrid 17 de enero de 1994 (AS 391)].

⁸⁶ RENTERO JOVER, J.: «Huelga legal y ...», ob. cit., págs. 531 y 532. Actualmente, un día de huelga o de cierre patronal puede originar la pérdida de sesenta días de prestación. En este sentido, *vid.* TORTUERO PLAZA, J. L.: «Supuestos legales de ...», ob. cit., pág. 117, así como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Galicia 13 de julio de 1992 (AS 3862). En fin, sobre estos dos mecanismos correctores *vid.* MERCADER UGUINA, J. R. y LÓPEZ CUMBRE, L.: «Duración de la prestación por desempleo en la nueva Ley General de Seguridad Social: antiguas inercias y modernas respuestas», *Tribuna Social*, núm. 50, 1995, pág. 25.

quien ha ejercido un derecho constitucionalmente protegido o en quien se ve afectado por la decisión de un tercero⁸⁷.

Menores problemas presentan los supuestos de huelga parcial. Recuérdesse que en estos casos tan sólo se cotiza por los salarios realmente percibidos, como si de un contrato a tiempo parcial se tratara. De ahí que, en defecto de norma expresa, resulte aplicable a los mismos lo dispuesto por el art. 3.4 RLPD: esto es, cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada. Lo cual supone, en términos generales, un régimen más favorable para el trabajador que el que le correspondería de participar en una huelga a jornada completa o de verse afectado por un cierre patronal⁸⁸.

4.2. Incapacidad temporal

4.2.1. Alcance

Sabido es que, a diferencia del Decreto Ley 5/1975, también respecto a esta prestación se halla limitado el alcance del alta especial. En similares términos a los utilizados por los arts. 6.3 y, por remisión a éste, 12.2 RDLRT, el art. 131.3 LGSS señala que durante las situaciones de huelga y cierre patronal el trabajador no tendrá derecho a la prestación económica por incapacidad temporal. Por su parte, el art. 2 Orden Ministerial 30

⁸⁷ Al respecto podrían aplicarse alguna de las soluciones que MOMPALER CARRASCO, M. A.: «Huelga y Seguridad ...», ob. cit., propone en su págs. 26 y 27 (por ejemplo, integración de lagunas a través de bases promediadas de cotización).

⁸⁸ Por lo que a la determinación del período mínimo de cotización se refiere, resulta indiferente que la huelga se desarrolle a jornada completa o a jornada parcial. En ambos casos la solución es idéntica (arts. 3.3 *in fine* y 3.4 RLPD). En cambio, no ocurre lo mismo respecto al cálculo de la duración de la prestación, ya que en el primer caso los días de huelga no se tienen en cuenta (art. 3.5 RLPD) y en el segundo sí (art. 3.4 RLPD), de tal manera que el período durante el cual se percibirá la prestación de desempleo puede llegar a ser mayor en este segundo caso. Ahora bien, si entre los últimos seis meses cotizados se encuentra algún día de huelga parcial, el importe de la prestación de desempleo se verá reducido, ya que las cotizaciones efectuadas durante la misma, aunque limitadas al salario realmente percibido, se tienen en cuenta para el cálculo de la base reguladora (arts. 211.1 LGSS y 4.1 RLPD). Por supuesto, cuando los días de huelga quedan fuera de dicho período, resulta indiferente que la huelga sea parcial o a jornada completa. Sin embargo, dado que la merma en las cotizaciones se produce como consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental, debieran arbitrarse mecanismos correctores similares a los establecidos para la incapacidad temporal en la Resolución de la Secretaría General para la Seguridad Social 5 de marzo de 1985. Aun así, el hecho de que existan cotizaciones ayuda a reducir los problemas de integración del período de cotización exigido que podían manifestarse en el supuesto de huelga a jornada completa.

de abril de 1977 establece que en los supuestos de incapacidad derivada de enfermedad común o accidente no laboral no se percibirá el subsidio mientras el trabajador se encuentre en situación de alta especial.

Evidentemente, no sólo son criterios cronológicos los que justifican la ausencia de referencias al alta especial en el art. 4 de la Orden 13 octubre 1967 (en adelante OLT). También aquí se pretende evitar la compensación salarial de las rentas dejadas de percibir con motivo del ejercicio de la huelga o del cierre patronal, compensación que, en ocasiones, podría dar lugar a la aparición de situaciones fraudulentas. De ahí que en aquellos supuestos de intervención quirúrgica o internamiento hospitalario en los que la simulación y el fraude quedan fuera de toda duda se recomiende la posibilidad de percibir la prestación económica⁸⁹. Ahora bien, precisamente porque la simulación y el fraude quedan fuera de toda duda, parece discutible que se adopte idéntica medida en relación al cierre patronal.

Por lo demás, una vez finalizada la situación de alta especial, la percepción del subsidio se regulará de acuerdo con las normas generales vigentes en la materia [art. 2.b) Orden Ministerial 30 de abril de 1977]⁹⁰. Normalmente, la reactivación del subsidio coincidirá con la finalización de la huelga o del cierre patronal, puesto que con ella desaparece la situación de alta especial. Sin embargo, por lo que a la huelga se refiere esto no ocurrirá siempre. Téngase en cuenta que el trabajador puede abandonar la huelga con anterioridad a ese momento de general finalización de la huelga, dando así por terminada su situación de alta especial. A salvo de posibles conductas fraudulentas, nada debiera impedirle acceder, en tal caso, a la prestación de incapacidad temporal⁹¹.

⁸⁹ Propuesta que adopta VILLA GIL, L. E. DE LA: «Algunas reflexiones para ...», ob. cit., pág. 109 y que el art. 19.4 del Proyecto de Ley Orgánica de Huelga hizo suya. En cambio, para ALBIOL MONTESINOS, I.: «Efectos, responsabilidad y tutela del derecho de huelga», en *Ley de Huelga*, Instituto Sindical de Estudios, Madrid, 1993, pág. 160, la diferenciación entre incapacidad con o sin internamiento hospitalario «carece de sentido, pues la situación de incapacidad para el trabajo tiene idéntica entidad en un caso y en otro».

⁹⁰ Al respecto *vid.* las Sentencias del Tribunal Central de Trabajo 5 de marzo de 1980 (RJ 1379) y 26 de marzo de 1982 (RJ 1893) comentadas, entre otras, por RUIZ PONTONES, M.: «La huelga en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Central de Trabajo (II)», *Documentación Laboral*, núm. 25, 1988, págs. 225 y 226.

⁹¹ GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de ...*, ob. cit., pág. 20 y NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: «Los efectos de la huelga sobre la incapacidad temporal», en *La incapacidad temporal*, ob. cit., págs. 361 y 362. En contrario GARCÍA NINET, J. I.: «La incapacidad temporal», ob. cit., pág. 75, sostiene que «el subsidio económico seguiría en suspenso, pues su voluntad de no participar en la huelga, o más claramente de abandonar la huelga, quedó invernada o congelada ... a causa del accidente o de la enfermedad común». No obstante lo anterior, este último autor propone revisar tal criterio en supuestos de huelgas de larga duración.

Sea como fuere, lo cierto es que una vez iniciada la incapacidad, aun cuando no se perciba subsidio alguno, durante la situación de alta especial comienza a computar el plazo establecido para determinar el porcentaje aplicable a esta prestación. De ahí que en el momento de la reactivación del subsidio éste será el que corresponda en función del tiempo transcurrido desde la fecha en que se produjo la baja médica (Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social 2 de marzo de 1980)⁹².

Exceptuados de las reglas anteriores quedan los trabajadores que durante la huelga desempeñen servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa (art. 6.7 RDLRT) o los esenciales para la comunidad (art. 10.2 RDLRT), así como los que se encuentren pluriempleados respecto a las contingencias, comunes o profesionales, producidas en aquellas actividades en las que no exista huelga o cierre patronal⁹³. Este criterio resulta igualmente aplicable al trabajador que continúa en situación de alta ordinaria por haber omitido el empresario los trámites previstos en la Orden Ministerial 30 de abril de 1977. Asimismo, en los supuestos de huelga parcial cabrá acceder a la prestación económica por incapacidad temporal si bien el importe del subsidio se reducirá en la misma proporción en que se haya reducido la jornada ordinaria de trabajo (Resolución Secretaría General para la Seguridad Social 5 de marzo de 1985)⁹⁴.

Mayores problemas se presentan, sin embargo, en relación a los accidentes sufridos por los representantes sindicales, unitarios y miembros del comité de huelga cuando, hallándose en situación de alta especial, se encuentran ejerciendo sus respectivas funciones representativas, principalmente la de negociar el fin del correspondiente evento suspensivo. ¿Cabría en tal caso acceder a la prestación económica de incapacidad temporal? Dado que el art. 2 Orden Ministerial 30 de abril de 1977 restringe el acceso a esta prestación cuando la incapacidad deriva de accidente no laboral, la solución a semejante interrogante ha de

⁹² *Catálogo de Resoluciones Administrativas. Acción protectora*, tercera ed., INSS, Madrid, 1996, págs. 183 y 184. Al respecto *vid.* ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Incapacidad temporal y maternidad», *Tribuna Social*, núm. 53, 1995, pág. 9 y DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I.: «El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción», *Tribuna Social*, núms. 44-45, 1994, págs. 57 y 58. Lógicamente, si el trabajador ha sido dado de baja con motivo de huelga ilegal no podrá reconocérsele prestación económica alguna.

⁹³ Por todos, *vid.* GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de ...*, ob. cit., pág. 85.

⁹⁴ Al respecto *vid.* PÉREZ ALONSO, M. A.: *La incapacidad temporal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pág. 38.

venir delimitada por la calificación, laboral o no, que dichos accidentes merezcan. Dicho de otro modo, se trata de averiguar si en estos supuestos en los que se mantiene el alta especial es posible apreciar la existencia de un accidente de trabajo⁹⁵.

Pues bien, en cuanto que el ejercicio de tales funciones representativas guarda una estrecha relación con el trabajo por cuenta ajena, es posible deducir la inclusión de estos supuestos en un concepto amplio de accidente de trabajo (art. 115.1 LGSS). Téngase en cuenta además que, con el fin de aclarar dudas, expresamente se consideran como tal los accidentes sufridos con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en donde se ejerciten las funciones propias de dichos cargos [art. 115.2.b) LGSS]. Por todo ello cabría admitir en estos casos el nacimiento de la prestación económica por incapacidad temporal⁹⁶. Lógicamente esta interpretación no puede ser extendida a todos los supuestos de accidente sufridos por un trabajador sino sólo a los que deriven del ejercicio de esas funciones representativas⁹⁷.

Por la misma razón, esta prestación surgirá igualmente en el supuesto de enfermedad profesional que, sin tener su origen en el período de huelga o cierre patronal, se manifieste durante el mismo⁹⁸. Similar solución debe aplicarse también a los supuestos de recaídas que, manifestándose durante la huelga o el cierre patronal, procedan de una misma situación de incapacidad (art. 9 OLT).

⁹⁵ A favor de la consideración de tales accidentes como de trabajo *vid.*, por todos, GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de ...*, ob. cit., págs. 365 y ss. y RUIZ CASTILLO, M. M.: *El cierre patronal*, ob. cit., págs. 361 y ss. En contra *vid.* ALONSO GARCÍA, M., ALMENDROS MORCILLO, F., PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E.: *La huelga y ...*, ob. cit., pág. 77 y MOLERO MANGLANO, C.: *Lecciones sobre Convenios ...*, ob. cit., pág. 161. Negando tal posibilidad en el supuesto de huelga ilegal *vid.* ALMANSA PASTOR, J. M.: «Ejercicio del derecho ...», ob. cit., pág. 177.

⁹⁶ Posición que asimismo comparten GARCÍA NINET, J. I.: «La incapacidad temporal», en *La incapacidad temporal*, ob. cit., pág. 73 y MERCADER UGUINA, J.: «Efectos del ejercicio ...», ob. cit., pág. 92. Cuestión distinta, en absoluto pacífica, será la de establecer responsabilidades en orden al pago de esta prestación. Sobre el tema cfr. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, ob. cit., pág. 90.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Central de Trabajo 30 de abril de 1980 (RJ 2464).

⁹⁸ Al respecto cfr. ALONSO GARCÍA, M., ALMENDROS MORCILLO, F., PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E.: *La huelga y ...*, ob. cit., pág. 77 y GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de ...*, ob. cit., pág. 86. En este caso la prestación se otorga en atención a las cotizaciones y a la situación de alta existentes en el momento de originarse la enfermedad profesional. Difícil resulta, por el contrario, que ésta se origine durante la situación de alta especial. En parecido sentido cfr. GARCÍA NINET, J. I.: «La incapacidad temporal», ob. cit., pág. 73.

En todo caso, resulta posible conservar el subsidio económico por incapacidad temporal si en el momento de iniciarse la huelga o el cierre patronal el trabajador se encuentra ya disfrutando de esta prestación⁹⁹. Esta posición se halla avalada por el hecho de que durante ambas situaciones las empresas han de mantener el pago delegado de las prestaciones (art. 4 Orden Ministerial 30 de abril de 1977), entre ellas las de incapacidad temporal. Ahora bien, en tanto subsista esta prestación el trabajador no podrá incorporarse a la huelga, manteniéndose así la situación de alta ordinaria. De ahí que la participación en actividades relacionadas con la misma pero contrarias al restablecimiento de la salud de quien se encuentra temporalmente incapacitado, pueda llegar a ocasionar no sólo la pérdida o suspensión del subsidio (art. 132 LGSS), sino, incluso, la extinción del contrato de trabajo basada en la trasgresión de la buena fe contractual [art. 54.2.d) ET]¹⁰⁰.

4.2.2. Incidencia de la ausencia de cotizaciones

Por otro lado, cabe señalar que, a diferencia de lo que ocurre con el desempleo, no se han arbitrado los mecanismos necesarios para evitar los posibles perjuicios que la ausencia de cotizaciones puede deparar al trabajador en relación a la adquisición futura de esta prestación¹⁰¹. Dichos perjuicios se centran fundamentalmente en el establecimiento del período mínimo de cotización cuando la incapacidad deriva de una enfermedad común.

⁹⁹ Sobre este particular, en el que se prima ante la Seguridad Social la situación suspensiva cronológicamente anterior, *vid.*, por todos, MERCADER UGUINA, J.: «Efectos del ejercicio ...», *ob. cit.*, pág. 92, así como la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo 7 de junio de 1982 (RJ 3451). En conjunto sobre la concurrencia de situaciones suspensivas *vid.* VIDA SORIA, J.: «Suspensión del contrato ...», *ob. cit.*, págs. 70 y ss. Ahora bien, como acertadamente señala GARCÍA NINET, J. I.: «La incapacidad temporal», *ob. cit.*, pág. 73, no cabe admitir tal posibilidad en los supuestos de «simulación descubierta y probada; por ej. porque tras preavisar la huelga y antes de comenzarla, para no dejar de cobrar, se obtiene una baja de modo fraudulento».

¹⁰⁰ En este sentido *vid.* MERCADER UGUINA, J.: «Efectos del ejercicio ...», *ob. cit.*, pág. 92, así como las Sentencias del Tribunal Central de Trabajo 14 de noviembre y 18 de diciembre de 1978 (RJ 6117 y 7194) comentadas por GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La realización de actividades sindicales durante la incapacidad temporal para el trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 125, 1980, págs. 239 y ss. En principio, el trabajador incapacitado no podrá incorporarse a la huelga hasta que no se haya recuperado de su dolencia (GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de ...*, *ob. cit.*, pág. 363). Ahora bien, cabe pensar en determinados comportamientos huelguísticos que no impliquen de suyo alteración alguna del estado de salud, ni obstaculicen el correspondiente proceso de curación. Pues bien, salvo que los mismos constituyan verdaderos incumplimientos contractuales de carácter grave y culpable o quebranten el deber de buena fe por otras causas, parece excesivo acudir en tales casos a la solución extintiva arriba expuesta (GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de ...*, *ob. cit.*, págs. 18 y ss. y NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: «Los efectos de ...», *ob. cit.*, págs. 360 y ss.).

¹⁰¹ Acertadamente crítico se muestra al respecto TORTUERO PLAZA, J. L.: «La huelga y ...», *ob. cit.*, págs. 183 y ss. En parecido sentido también NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: «Los efectos de ...», *ob. cit.*, pág. 357.

Recuérdese que únicamente en estos casos se exige acreditar una carencia de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante (art. 130 LGSS). Desafortunadamente, no se ha dispuesto una solución similar a la establecida en los arts. 3.3 y 3.5 RLPD.

Asimismo, pueden presentarse problemas en orden al cálculo de la base reguladora de la prestación ahora estudiada. Especialmente cuando el trabajador ha permanecido durante todo el mes anterior al del inicio de la incapacidad en situación de alta especial. Para dicho cálculo se tiene en cuenta la base de cotización del mes anterior a la del hecho causante (art. 13.1 D 1646/1972, de 23 de junio), base que en este caso no existe.

Con el fin de superar esta laguna, aunque en exclusiva referencia a los supuestos de huelga parcial, la Regla Cuarta de la Resolución de la Secretaría General para la Seguridad Social 5 de marzo de 1985 estableció, que si la situación de huelga abarcara todo el mes o meses completos, se tomará el último en que hubiese existido obligación de cotizar plenamente. En el caso de que la situación de huelga parcial no hubiera abarcado todo el mes anterior al del hecho causante, esta misma regla dispuso que para la determinación de las bases reguladoras se tendrá en cuenta el promedio de cotización de aquellos días en que no hubiese existido cotización parcial por esa causa. Nada impide, pues, que tales soluciones sean aplicadas de forma expresa a los supuestos de huelga a jornada completa y cierre patronal¹⁰².

4.3. Otras prestaciones

Aunque por meros criterios cronológicos nada se diga en los correspondientes reglamentos reguladores de las restantes prestaciones, del tenor del art. 2 Orden Ministerial 30 de abril de 1997 cabe deducir que el alta especial permite lucrar las siguientes:

- a) Asistencia sanitaria: ésta deberá ser dispensada, incluso, con la misma extensión que encuentra en las normas reguladoras del sistema; esto es, asistencia sanitaria

¹⁰² En parecido sentido cfr. TORTUERO PLAZA, J. L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *La Incapacidad Temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva*, Fundación MAPFRE, Madrid, 1996, pág. 47.

para el beneficiario y para los familiares a su cargo¹⁰³. En este sentido podría decirse que las cotizaciones realizadas en períodos anteriores permiten la subsistencia durante la situación de conflicto laboral del derecho a la asistencia sanitaria¹⁰⁴.

- b) Incapacidad permanente¹⁰⁵: quien se encuentre en situación de alta especial podrá acceder a la pensión de invalidez permanente aun cuando ésta no derive de una prestación anterior de incapacidad temporal a la que, por otra parte, no se tiene derecho (art. 136.3 LGSS)¹⁰⁶.
- c) Jubilación: a pesar de la concurrencia de un alta formal, se considerará causada la prestación de vejez el día en que se formule la correspondiente petición [art. 3.b).c') Orden 18 enero 1967]. En cambio, al subsistir en parte un alta material, en el supuesto de huelga parcial la prestación de vejez se entenderá causada el día del cese total en el trabajo por cuenta ajena [art. 3.a) Orden 18 enero 1967].
- d) Maternidad: así se establece, de forma expresa, en el art. 8.8 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. Aun cuando nada se diga al respecto, semejante solución cabrá extender, asimismo, a la prestación de paternidad.
- e) Muerte y supervivencia.
- d) Prestaciones familiares contributivas de contenido no económico que impliquen mantenimiento de una actividad laboral susceptible de quedar suspensas en virtud

¹⁰³ VILLA GIL, L. E. DE LA: «Algunas reflexiones para la regulación legal de la huelga», en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, pág. 110 y GARCÍA NINET, J. I.: «El cierre patronal», ob. cit., pág. 104.

¹⁰⁴ MERCADER UGUINA, J.: «Efectos del ejercicio ...», ob. cit., pág. 92, siguiendo a GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de ...*, ob. cit., pág. 362.

¹⁰⁵ En este sentido *vid.* ÁLVAREZ DE LA ROSA, J. M.: *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 267.

¹⁰⁶ Téngase en cuenta, sin embargo, que salvo en los supuestos de huelgas o cierre patronales de larga duración, la posibilidad de acceder a esta prestación desde la situación de alta especial resulta poco operativa en la práctica. Piénsese, por ejemplo, en el acaecimiento de un accidente común durante la situación de alta especial. En tal caso, antes de acceder a la prestación de invalidez permanente el trabajador deberá someterse al tratamiento médico prescrito. Tratamiento que, aún en el supuesto de que existan secuelas definitivas, difícilmente se verá superado por la duración de la huelga o del cierre patronal. Normalmente éstos finalizarán antes que aquél, por lo que, en su caso, el trabajador pasará a percibir la prestación de incapacidad temporal.

del ejercicio de la huelga o el cierre patronal (por ejemplo, reducción de jornada por cuidado de familiares *ex art. 180.3 LGSS*).

Lógicamente, al encontrarse ya los contratos de trabajo suspendidos, no podrá accederse a las situaciones de huelga o cierre patronal durante la percepción de las prestaciones de riesgo durante el embarazo y/o de riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses; ni probablemente, tampoco, en sentido contrario. Todo ello por la sencilla razón de que durante estas dos situaciones las trabajadoras se encuentran ya con sus respectivos contratos de trabajo suspendidos. Semejante criterio alcanzará, igualmente, a las prestaciones familiares contributivas de contenido no económico que no impliquen el mantenimiento de una actividad laboral susceptible de quedar suspendidas por huelga o cierre patronal (por ejemplo, las situaciones de excedencias por cuidado de familiares).

En fin, por lo que respecta a la incidencia de la ausencia de cotizaciones que el alta especial conlleva en la acreditación de la carencia exigida y en el cálculo de la base reguladora de las prestaciones de incapacidad permanente, jubilación y supervivencia, adviértase que, con carácter global, no se ha adoptado una solución similar a la prevista para el desempleo en los arts. 3.3. y 3.5 RLPD. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de suscribir el Convenio Especial previsto en el art. 18 OMCE al que se ha aludido con anterioridad¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Como señala TORTUERO PLAZA, J. L.: «La huelga y ...», *ob. cit.*, pág. 184, parece ser que para el legislador «la Seguridad Social comienza y acaba en la protección por desempleo». Proponiendo que se considere como neutro el período de alta especial *vid.* SAMPEDRO CORRAL, M.: «Las consecuencias jurídicas de la huelga: sus efectos y la responsabilidad derivada de su ejercicio», en *Estudios sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992, págs. 126 y 127. En similar sentido *vid.* las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia Canarias 19 enero, 19 febrero, 7 y 12 julio 2004 (AS 363, 642, 2851 y 2758), 7 junio 2006 (JUR 226321) y 29 septiembre 2007 (JUR 1902).