

# Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

4º Trimestre 2016

nº 9

**Sumario:**

Dirección: José Luis Monereo Pérez

## **Editorial**

- ✦ El imparable camino hacia la flexi jubilación o la compatibilidad plena entre trabajo y pensión

*José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta*

## **Estudios Doctrinales**

- ✦ La existencia de hijos comunes como criterio atributivo de derechos en materia de viudedad  
*Arántzazu Vicente Palacio*
- ✦ Medidas específicas incorporadas a la pensión de jubilación desde 2011, como parrilla de salida para una reforma necesaria  
*Fco. Javier Fernández Orrico*
- ✦ Un riesgo para la salud de los trabajadores: campos electromagnéticos, electrosensibilidad  
*María Antonia Pérez Alonso*
- ✦ Sobre la base reguladora de prestaciones originadas por contingencias profesionales para personas con contrato formativo  
*Fermín Gallego Moya*

## **Estudios de Doctrina Judicial**

- ✦ Reconocimiento de la condición de beneficiarios de asistencia sanitaria a emigrantes en Suiza retornados  
*Patricia Prieto Padín y Juan José Fernández Domínguez*
- ✦ Las mutuas no deberían ser entidades de Derecho Público. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo  
*Jordi García Viña*
- ✦ Reposición de la prestación por desempleo percibida durante un ERTE  
*Pilar Charro Baena y Sergio González García*
- ✦ La pérdida de visión como causa de incapacidad permanente parcial: El caso de los abogados  
*Carolina Gala Durán*
- ✦ La Protección Social del abogado: no reconocimiento de la pensión de jubilación en el "RETA" si se mantiene el ejercicio profesional  
*Miguel Ángel Almendros González*
- ✦ Pensión de viudedad: divorcio y convivencia como pareja de hecho  
*Francisco Vila Tierno*
- ✦ Las últimas manifestaciones de la jubilación forzosa por convenio colectivo.  
*Juan Bautista Vivero Serrano*
- ✦ El previsible fracaso del índice de revalorización de las pensiones públicas: ¿reforma o empobrecimiento de los pensionistas?  
*Borja Suárez Corujo*
- ✦ Jubilación anticipada, cotización durante la percepción del subsidio por desempleo y cómputo del período de carencia  
*Francisco Javier Hierro Hierro*

## **Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas**

- ✦ La re-reforma de los sistemas de pensiones en América Latina. Análisis y propuestas  
*Antonio Ojeda-Avilés*
- ✦ Pensión de viudedad y matrimonios disparatados por razón de edad.  
*Jesús Martínez Girón*

## **Crónica legislativa de Seguridad Social y materias conexas**

*María Nieves Moreno Vida*

## **Crónica de Doctrina Judicial y Novedades Bibliográficas**

*Belén del Mar López Insua*

## **Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social**

- ✦ El debate sobre los efectos económicos de la legislación sobre salario mínimo  
*Santos M. Ruesga Benito*
- ✦ La economía sumergida y su incidencia en el trabajo y en la Seguridad Social: la defensa internacional del trabajo decente  
*José Luis Monereo Pérez y Salvador Perán Quesada*

## **Clásicos de la Seguridad Social**

- ✦ María Palancar Moreno (1910 1970): Política Social y Seguridad Social  
*José Luis Monereo Pérez, Manuel J. Peláez y Carolina Serrano Falcón*



# Revista de Derecho de la Seguridad Social

# Laborum

4º Trimestre 2016

Nº 9

© Ediciones Laborum, S.L.

Avda. Gutiérrez Mellado, nº 9  
Planta 3ª - Oficina 21  
30.008 - Murcia

Telf. 968 88 21 81

Fax. 968 88 70 40

Web: [www.laborum.es](http://www.laborum.es)

email: [laborum@laborum.es](mailto:laborum@laborum.es)

Depósito Legal: MU 1085-2014

Publicación Impresa: ISSN 2386-7191

Publicación Digital: ISSN 2387-0370

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:



[www.laborum.es/revsegsoc](http://www.laborum.es/revsegsoc)



[facebook.com/RevSegSoc](https://www.facebook.com/RevSegSoc)



[@RevSegSoc](https://twitter.com/RevSegSoc)



[revsegsoc@laborum.es](mailto:revsegsoc@laborum.es)

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

**PRESIDENTE:**

Manuel Abadía Vicente

**DIRECCIÓN:**

José Luis Monereo Pérez

**COORDINACIÓN:**

Guillermo Rodríguez Iniesta

**CONSEJO DE REDACCIÓN:**

José Luis Monereo Pérez  
Guillermo Rodríguez Iniesta  
Faustino Cavas Martínez

Lourdes López Cumbre  
Juan Antonio Maldonado Molina  
María Nieves Moreno Vida

José Luis Tortuero Plaza  
Cristina Sánchez-Rodas Navarro  
Francisco Ortiz Castillo

**CONSEJO ASESOR:**

Mario Ackerman  
Jordi Agustí Juliá  
Miguel A. Almendros González  
María José Añón Roig  
Joaquín Aparicio Tovar  
Ángel Arias Domínguez  
Alberto Arufe Varela  
Guido Balandi  
Guillermo Barrios Baudor  
Francisco Blasco Lahoz  
Ángel Blasco Pellicer  
Paola Bozzao  
Umberto Carabelli  
Jo Carby-Hall  
María Emilia Casas Baamonde  
Lance Compa  
María Antonia Castro Argüelles  
Wolfgang Däubler  
Luis Enrique De la Villa  
Mikel De la Fuente Lavín  
Ángel Luis De Val Tena  
Aurelio Desdentado Bonete  
María Teresa Díaz Aznarte  
Marco Esposito

Gemma Fabregat Monfort  
José Antonio Fernández Avilés  
Juan Antonio Fernández Bernat  
Juan José Fernández Domínguez  
Maximilian Fuchs  
Ángel Gallego Morales  
Javier Gárate Castro  
Juan García Blasco  
Carlos García de Cortázar  
Joaquín García Murcia  
Ignacio García Ninet  
María García Valverde  
Mario Garmedia Arigón  
Rosa González de Patto  
Santiago González Ortega  
Jesús Lahera Forteza  
Juan López Gandía  
Belén del Mar López Insua  
José Luján Alcaraz  
Antonio Márquez Prieto  
Jesús Martínez Girón  
Carolina Martínez Moreno  
Jesús Mercader Uguina  
Orides Mezzaroba

Cristina Monereo Atienza  
Rafael Muñoz de Bustillo  
Antonio Ojeda Avilés  
Sofía Olarte Encabo  
Mari Carmen Ortiz Lallana  
Adrián Osvaldo Goldin  
Manuel Carlos Palomeque López  
José Antonio Panizo Robles  
Rosa Quesada Segura  
Margarita Ramos Quintana  
Susana Rodríguez Escanciano  
Gloria Rojas Rivero  
Eduardo Rojo Torrecilla  
Santos Miguel Ruesga Benito  
Tomás Sala Franco  
Fernando Salinas Molina  
Carmen Sánchez Trigueros  
Carolina San Martín Mazzuconi  
Antonio Vicente Sempere Navarro  
Andrés Trillo García  
Fabio Tulio Barroso  
Daniel Toscani Giménez  
Fernando Valdés Dal-Ré

**COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:**

Alejandro Garilli  
Jaime Cabeza Pereiro  
Carlos Alfonso Mellado

Juan Gorelli Hernández  
Arántazu Vicente Palacio

Borja Suárez Corujo  
Carolina Gala Durán

**EDITOR:**

Francisco Ortiz Castillo

**RED EUROPEA DE REVISTAS DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
(Red Europea de RDSS)**

Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum  
ISSN: 2386-7191  
Editorial Laborum, España. Director, Prof. Jose Luis Monereo Pérez.  
<http://laborum.es/revsegsoc/>

EJSS European Journal of Social Security  
ISSN: 1388-2627  
Editorial Intersentia, Países Bajos.  
Editores, Profs. Frans Pennings, Universidad de Utrecht, y Michael Adler, Universidad de Edimburgo  
<http://www.ejss.eu/>

JSSL Journal of Social Security Law  
ISSN: 1354-7747  
Publisher Sweet and Maxwell, Reino Unido Editor, Prof. Neville Harris, Universidad de Manchester  
<http://www.sweetandmaxwell.co.uk/>

ERIPS e-Revista Internacional de la Proteccion Social  
ISSN: 2445-3269  
Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Directora, Prof. Cristina Sánchez-Rodas  
<http://institucional.us.es/revistapsocial/>

RDSS Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale  
ISSN: 1720-562X  
Editorial il Mulino, Italia. Director responsable, Prof. Maurizio Cinelli, Universidad de Macerata  
<http://www.mulino.it/riviste/issn/1720-562X>



# Índice

## EDITORIAL

13

### **EL IMPARABLE CAMINO HACÍA LA FLEXI JUBILACIÓN O LA COMPATIBILIDAD PLENA ENTRE TRABAJO Y PENSIÓN ..... 15**

*JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ*

*GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA*

1. LOS DERECHOS DE AUTOR..... 19
2. PUBLICACIONES ESPORÁDICAS..... 20
3. CURSOS, CONFERENCIAS, JORNADAS, ETC. .... 21
4. PREMIOS LITERARIOS, ARTÍSTICOS O CIENTÍFICOS ..... 21

## ESTUDIOS DOCTRINALES

23

### **LA EXISTENCIA DE HIJOS COMUNES COMO CRITERIO ATRIBUTIVO DE DERECHOS EN MATERIA DE VIUDEDAD: UN CRITERIO CUESTIONABLE DESDE LA ÓPTICA DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN..... 25**

*ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO*

1. INTRODUCCIÓN..... 25
2. SOBRE LA FINALIDAD DE LA PROTECCIÓN DE VIUDEDAD, DEL MATRIMONIO Y DE LAS PAREJAS DE HECHO: UN BREVE RECORRIDO NORMATIVO HISTÓRICO ..... 28
3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LAS NORMAS CUESTIONADAS Y SU EVENTUAL APLICACIÓN A LOS RESTANTES SUPUESTOS DE EXIGENCIA DE HIJOS COMUNES ..... 33

### **MEDIDAS ESPECÍFICAS INCORPORADAS A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DESDE 2011, COMO PARRILLA DE SALIDA PARA UNA REFORMA NECESARIA ..... 43**

*FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO*

1. INTRODUCCIÓN..... 43
2. REFORMAS EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DESDE LA LEY 27/2011 ..... 49
3. UN ESBOZO SOBRE LOS CAMBIOS QUE NECESITA NUESTRO SISTEMA DE PENSIONES PARA GARANTIZAR SU VIABILIDAD FUTURA ..... 71

### **UN RIESGO PARA LA SALUD DE LOS TRABAJADORES: CAMPOS ELECTROMAGNETICOS, ELECTROSENSIBILIDAD ..... 75**

*MARÍA ANTONIA PÉREZ ALONSO*

1. CAMPOS ELECTROMAGNÉTICOS. INTRODUCCIÓN..... 75
2. RD 299/2016, DE 22 DE JULIO, SOBRE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES CONTRA LOS RIESGOS RELACIONADOS CON LA EXPOSICIÓN A CAMPOS ELECTROMAGNÉTICOS Y SUS CONEXIONES CON LA DIRECTIVA 2013/35/UE..... 82
3. LA PROHIBICIÓN EN FRANCIA DE LAS REDES WIFIS Y TELEFONÍAS MÓVILES EN DETERMINADOS ESPACIOS ..... 91
4. A MODO DE REFLEXIÓN..... 93

**SOBRE LA BASE REGULADORA DE PRESTACIONES ORIGINADAS POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES PARA PERSONAS CON CONTRATO FORMATIVO..... 95**

*FERMÍN GALLEGO MOYA*

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN .....	95
2. REGLAS DE COTIZACIÓN EN EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN. DETALLE PARA EL SUPUESTO PLANTEADO .....	98
3. SITUACIÓN ANTERIOR AL REAL DECRETO 1529/2012: BASE REGULADORA MINORADA Y ÚNICA.....	100
4. SITUACIÓN TRAS EL REAL DECRETO 1529/2012: BASE REGULADORA SILENCIADA .....	103
5. CONCLUSIÓN .....	105
6. BIBLIOGRAFÍA.....	105
7. SENTENCIAS.....	106

**ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 107**

**RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE BENEFICIARIOS DE ASISTENCIA SANITARIA A EMIGRANTES EN SUIZA RETORNADOS..... 109**

*PATRICIA PRIETO PADÍN*

*JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ*

1. INTRODUCCIÓN.....	109
2. PRECEDENTES DEL CONFLICTO ANALIZADO: PRIMEROS CRITERIOS JUDICIALES .....	113
3. DIFERENTES ARGUMENTOS JURÍDICOS PARA UNA MISMA SOLUCIÓN .....	114
4. VALORACIÓN FINAL (CON UN DATO MÁS ALLÁ DE LAS ESTADÍSTICAS Y LA OPORTUNA REMISIÓN A LA STC 139/2016, DE 21 DE JULIO).....	120

**LAS MUTUAS NO DEBERÍAN SER ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 1 DE JUNIO DE 2016..... 123**

*JORDI GARCÍA VIÑA*

1. ANTECEDENTES DE HECHO .....	123
2. HECHOS PROBADOS .....	124
3. OBJETO PRINCIPAL DE LA CONTROVERSA.....	125
4. RÉGIMEN DE RETRIBUCIÓN DE LOS COLABORADORES QUE NO UTILIZAN EL SISTEMA RED .....	126
5. ACREDITACIÓN DE REALIZACIÓN DE GESTIONES ADMINISTRATIVAS .....	126
6. RETRIBUCIONES DEVENGADAS O PAGADAS .....	127
7. ACREDITACIÓN DE LAS GESTIONES ADMINISTRATIVAS REALIZADAS POR LOS COLABORADORES.....	127
8. INFORME ANUAL DE CUENTAS.....	128
9. RETRIBUCIONES ABONADAS A AGENTES DE SEGUROS.....	129
10. RETRIBUCIONES A COLABORADORES PENSIONISTAS .....	129
11. CONCLUSIONES.....	130

**REPOSICIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO PERCIBIDA DURANTE UN ERTE (A PROPÓSITO DE LA STS 3 MARZO 2016)..... 131**

*PILAR CHARRO BAENA*

*SERGIO GONZÁLEZ GARCÍA*

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO.....	131
-------------------------------------	-----

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL .....	132
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA .....	133
<b>LA PÉRDIDA DE VISIÓN COMO CAUSA DE INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL: EL CASO DE LOS ABOGADOS (COMENTARIO A LA STS DE 4 DE MAYO DE 2016, Nº RCU. 1986/2014).....</b>	<b>135</b>
<i>CAROLINA GALA DURÁN</i>	
1. SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA Y RECORDATORIO DE LOS CONCEPTOS BÁSICOS .....	135
2. EL DEBATE JURÍDICO: CUESTIONES PROCESAL Y MATERIAL.....	136
3. VALORACION DE LA SENTENCIA: LA PÉRDIDA DE VISIÓN COMO CAUSA DE INCAPACIDAD PERMANENTE.....	139
<b>LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL ABOGADO: NO RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN EL “RETA” SI SE MANTIENE EL EJERCICIO PROFESIONAL (A PROPÓSITO DE LA STS DE 2 DE MARZO DE 2016) .....</b>	<b>143</b>
<i>MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ</i>	
1. PLANTEAMIENTO DEL CASO .....	143
2. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS ABOGADOS: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL.....	144
3. LA COMPATIBILIDAD DE SISTEMAS DE PROTECCIÓN: RETA Y MUTUALIDAD. LA STS DE 25 DE ENERO DE 2000 .....	149
4. LA INCOMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL RETA CON EL MANTENIMIENTO DEL EJERCICIO DE PROFESIÓN LIBERAL .....	149
5. CONCLUSIONES.....	152
<b>PENSIÓN DE VIUDEDAD: DIVORCIO Y CONVIVENCIA COMO PAREJA DE HECHO A PROPÓSITO DE LA STS (SALA DE LO SOCIAL) DE 20 DE JULIO DE 2015 (RCUD 3070/2014) .....</b>	<b>153</b>
<i>FRANCISCO VILA TIERNO</i>	
1. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES DE HECHO .....	153
2. PENSIÓN DE VIUDEDAD Y VÍAS DE ACCESO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LAS PAREJAS DE HECHO.....	154
3. MATRIMONIO, SEPARACIÓN O DIVORCIO Y RECONCILIACIÓN. EL RECONOCIMIENTO DEL SUPUESTO DE HECHO EN EL MARCO DEL ART. 174 LGSS .....	156
4. CONCLUSIONES. EFECTOS DE LA RECONCILIACIÓN TRAS LA RUPTURA DEL VÍNCULO MATRIMONIAL Y PENSIÓN DE VIUDEDAD .....	158
<b>LAS ÚLTIMAS MANIFESTACIONES DE LA JUBILACIÓN FORZOSA POR CONVENIO COLECTIVO. COMENTARIO A LA STS, 4ª, 11-5-2016, RCU 2530/2014.....</b>	<b>161</b>
<i>JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO</i>	
1. EL ESCASO Y COYUNTURAL JUEGO DE LA JUBILACIÓN FORZOSA TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2012: EL I CONVENIO COLECTIVO DE LA CORPORACIÓN RTVE.....	161
2. LA DESAPARICIÓN PREMATURA DE LA JUBILACIÓN FORZOSA EN EL SECTOR PÚBLICO: LA SUSPENSIÓN LEGAL DURANTE LA CRISIS ECONÓMICA DE LAS MEDIDAS CONVENCIONALES DE FOMENTO DEL EMPLEO .....	163

3. EL RECURSO ILÍCITO A LA JUBILACIÓN FORZOSA COMO SUPUESTO DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD: LA CALIFICACIÓN DE NULIDAD DEL DESPIDO ATÍPICO.....	165
--	-----

## **EL PREVISIBLE FRACASO DEL ÍNDICE DE REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES PÚBLICAS: ¿REFORMA O EMPOBRECIMIENTO DE LOS PENSIONISTAS?..... 167**

*BORJA SUÁREZ CORUJO*

1. PRELIMINAR.....	167
2. EL MECANISMO DE REVALORIZACIÓN COMO PIEZA ESENCIAL DE LAS PENSIONES PÚBLICAS .....	168
3. EL POLÉMICO ÍNDICE DE REVALORIZACIÓN ANUAL DE LAS PENSIONES INTRODUCIDO POR LA LEY 23/2013.....	171
4. MIRANDO AL FUTURO (Y AL EXTERIOR): LA NECESARIA REFORMA DEL MECANISMO DE REVALORIZACIÓN .....	177
5. REFLEXIONES FINALES .....	178

## **JUBILACIÓN ANTICIPADA, COTIZACIÓN DURANTE LA PERCEPCIÓN DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO Y CÓMPUTO DEL PERÍODO DE CARENIA..... 181**

*FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO*

1. JUBILACIÓN ANTICIPADA: CONTRAPOSICIÓN DE INTERESES (DIRIGENTES/ADMINISTRADOS) ANTE UN MUNDO DE RELACIONES LABORALES INCIERTO .....	181
2. LA STS 13 MAYO 2015, REC. 838/2014 .....	184
3. BIBLIOGRAFÍA.....	189

## **DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 191**

### **LA RE-REFORMA DE LOS SISTEMA DE PENSIONES EN AMÉRICA LATINA. ANÁLISIS Y PROPUESTAS..... 193**

*ANTONIO OJEDA-AVILÉS*

1. EL SIGNIFICADO DE LAS REFORMAS A AMBOS LADOS DEL OCÉANO ATLÁNTICO .....	193
2. LA INCÓGNITA DE MÉXICO.....	197

### **PENSIÓN DE VIUDEDAD Y MATRIMONIOS DISPARATADOS POR RAZÓN DE EDAD. LA «LEGISLACIÓN BERLUSCONI» DE 2011 Y SU DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA NÚM. 174 DE 2016..... 205**

*JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN*

1. EL CASO Y SUS PROTAGONISTAS .....	205
2. LOS RAZONAMIENTOS DEL CASO .....	207
3. EL INFORME CITADO POR EL CASO, SOBRE DERECHO COMPARADO DE SEGURIDAD SOCIAL.....	209

## **CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 213**

*MARÍA NIEVES MORENO VIDA*

1. SEGURIDAD SOCIAL.....	215
2. PREVENCIÓN DE RIESGOS.....	219
3. EMPLEO.....	220
4. SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS.....	222
5. INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.....	222

## **CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS**

223

*BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA*

### **CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS ..... 225**

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO).....	225
2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	225
3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	227
4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES).....	228
5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN.....	228
6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL:.....	228
7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES.....	244
8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA.....	244
9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA).....	244

### **NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS ..... 246**

1. OBRAS <i>GENERALES</i> DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS.....	246
2. OBRAS <i>ESPECÍFICAS</i> DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS.....	246
3. ROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA).....	246
4. RECENSIONES.....	247

## **ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL**

249

### **EL DEBATE SOBRE LOS EFECTOS ECONÓMICOS DE LA LEGISLACIÓN SOBRE SALARIO MÍNIMO..... 251**

*SANTOS M. RUESGA BENITO*

1. INTRODUCCIÓN.....	252
2. LA TEORÍA DEL SALARIO MÍNIMO.....	254
3. ANÁLISIS EMPÍRICOS DE LOS EFECTOS DEL SALARIO MÍNIMO.....	257
4. ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES.....	265
5. BIBLIOGRAFÍA.....	267

### **LA ECONOMÍA SUMERGIDA Y SU INCIDENCIA EN EL TRABAJO Y EN LA SEGURIDAD SOCIAL: LA DEFENSA INTERNACIONAL DEL TRABAJO DECENTE..... 273**

*JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ**SALVADOR PERÁN QUESADA*

1. LA PRIMERA MANIFESTACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE TRABAJO INFORMAL.....	274
--	-----

2. DELIMITACION CONCEPTUAL DEL TRABAJO INFORMAL EN LA RECOMENDACIÓN <i>SOBRE LA TRANSICIÓN DE LA ECONOMÍA INFORMAL A LA FORMAL</i> DE LA OIT .....	279
3. EL CARÁCTER OPERATIVO DE LA RECOMENDACIÓN <i>SOBRE LA TRANSICIÓN DE LA ECONOMÍA INFORMAL A LA FORMAL</i> DE LA OIT .....	287
4. BIBLIOGRAFÍA .....	291

---

**CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL** **295**

---

<b>MARÍA PALANCAR MORENO (1910-1970): POLÍTICA SOCIAL Y SEGURIDAD SOCIAL</b> .....	<b>297</b>
--	------------

*JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ*

*MANUEL J. PELÁEZ*

*CAROLINA SERRANO FALCÓN*

Editorial

Laborem



# EL IMPARABLE CAMINO HACÍA LA *FLEXI* JUBILACIÓN O LA COMPATIBILIDAD PLENA ENTRE TRABAJO Y PENSIÓN

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIVERSIDAD DE GRANADA*

*DIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM*

*PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSS)*

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

*PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

*UNIVERSIDAD DE MURCIA*

*MAGISTRADO (SUPL.) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA*

*“El sentido verdadero de la revolución es la igualdad, la distribución más igual de los bienes de este mundo. Que los nuevos gobiernos o las nuevas clases llegadas al poder sólo pueden sostenerse haciendo todo lo que les sea posible en este sentido”*

Alexis de TOCQUEVILLE<sup>1</sup>

A primeros de este año 2016 podíamos encontrar en los medios de comunicación noticias como esta “... *El conflicto de las pensiones sacude la literatura española. El Ministerio de Empleo reclama la pensión a autores jubilados que siguen publicando. Decenas de creadores son inspeccionados*”<sup>2</sup>. La noticia no quedó aquí sino que incluso llevó a que el Defensor del Pueblo abriera actuaciones (Queja número 15009913), a instancia de “La Plataforma Seguir Creando” para conocer las razones por las que se estaban llevando a cabo la suspensión de la pensión de jubilación por trabajos literarios, el requerimiento de devolución de prestaciones consideradas como indebidas y sanciones por infracciones sociales. La actuación concluyó en unas recomendaciones, de fecha 11-8-2016, dirigidas al Ministerio de Empleo y Seguridad Social con el siguiente tenor:

*“1. Estudiar la aprobación de modificaciones legislativas que permitan declarar compatible el cobro de las pensiones públicas del régimen de la Seguridad Social con la percepción de derechos de autor por creaciones u obras nuevas realizadas a partir de la jubilación.*

*2. Mientras lo anterior no pueda realizarse, efectuar una interpretación normativa, en atención al interés cultural de esta labor, que permita la continuidad de la*

---

<sup>1</sup> TOCQUEVILLE, A.: *Fragmentos en favor de una política social* (1847), Anexo a la obra de TOCQUEVILLE, A.: *El Antiguo Régimen y la Revolución*, edición y estudio preliminar, “El pensamiento sociopolítico de Tocqueville: igualdad de condiciones y justicia social” (pp. IX-LXXVI), Granada, Ed. Comares, 2016, pág. 264.

<sup>2</sup> [http://cultura.elpais.com/cultura/2016/01/21/actualidad/1453404951\\_724842.html](http://cultura.elpais.com/cultura/2016/01/21/actualidad/1453404951_724842.html).

*actividad creadora de los autores pensionistas de modo que no sufran menoscabo en sus respectivos niveles de renta por el hecho de crear.*

*3. Revisar los requisitos del artículo 214 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sobre pensión de jubilación y envejecimiento activo, para permitir el acceso a la jubilación activa al mayor número de ciudadanos que pretendan prolongar su vida laboral.*

*4. Promover, en coordinación con los restantes departamentos competentes, la elaboración de un Estatuto del Artista y del Creador, que aborde la protección integral y las necesidades específicas de este grupo social.*

*Agradeciendo su preceptiva respuesta, en el plazo no superior a un mes a que hace referencia el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en el sentido de si se acepta o no la recomendación formulada, así como, en caso negativo, las razones que se estimen para su no aceptación”.*

Si recordásemos brevemente como se ha venido articulando la pensión a la jubilación desde los inicios del sistema podríamos ver las siguientes singularidades. Tanto el primer Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social de 1966<sup>3</sup>, como los Textos Refundidos de 1974<sup>4</sup>, 1994<sup>5</sup> y el actual de 2015<sup>6</sup> dedicaban el primer precepto del capítulo que normaba la vejez o jubilación –según su rúbrica– al “*concepto de jubilación*”<sup>7</sup> si bien ningún nada de ello se recogía allí, se limitaban a decirnos que prestación se iba a percibir en caso de jubilación. No obstante, del examen del articulado, que dedican a señalar quiénes podían ser beneficiarios se podía deducir fácilmente un concepto de esta situación, que podría ser el siguiente: la jubilación es el cese voluntario en el trabajo al el cumplimiento de una determinada edad. Siendo entonces sus notas delimitadoras: a) un cese en el trabajo; b) que se produce de forma voluntaria; y c) al cumplimiento de una determinada edad.

En los inicios del sistema las excepciones a esos requisitos eran mínimas y cuasi calificables de excepcionales. Unas se limitaban a permitir anticipar la edad ordinaria de la pensión a muy concretos supuestos: a la posibilidad prevista en el extinto régimen del Mutualismo Laboral de poder anticipar la edad de jubilación para los mutualistas de dicho régimen<sup>8</sup>; o bien por ser beneficiarios de coeficientes reductores de la edad por pertenecer a grupos o realizar actividades profesionales de carácter excepcionalmente penoso, tóxico, peligroso o insalubre. Junto a esta excepción a la edad mínima se permitirá, en situaciones muy excepcionales, salvar el requisito o condición de cese en el trabajo, que sólo quedará normado –expresamente– para los trabajadores por cuenta ajena agrícolas y en unas condiciones de trabajo muy marginales. Y ninguna excepción habrá para la nota de voluntariedad.

No obstante, poco a poco estos elementos caracterizadores de la jubilación irán desdibujándose perdiendo su virtualidad. Sin ánimo de ser exhaustivo podrían recordarse las

<sup>3</sup> Decreto 907/1966, de 21 abril.

<sup>4</sup> Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

<sup>5</sup> Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

<sup>6</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre.

<sup>7</sup> Art. 149 LSS/1966; Art. 153 LGSS/1974; Art. 160 LGSS/1994; y Art. 204 LGSS/2015.

<sup>8</sup> DT.2ª LSS/1966; DT.2ª LGSS/1974; DT. 1ª LGSS/1994; y DT.1ª LGSS/2015.

sucesivas y continuas excepciones que se irán incorporando a su régimen jurídico: a) Desde la conocida Disp. Adic. 5ª del Estatuto de los Trabajadores de 1980 que permitirá fijar una edad de jubilación obligatoria –con determinados requisitos–; hasta llegar a reconocer implícitamente que un trabajador, se puede ver abocado necesariamente a pedir la pensión de jubilación, como es la denominada “*jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador*” (art. 207 LGSS); b) las sucesivas reformas que irán permitiendo distintas posibilidades de anticipar la edad mínima de acceso a la jubilación; y c) finalmente la generalización de múltiples formas de permitir total o parcialmente percibir la pensión de jubilación y seguir trabajando (jubilación parcial, flexible, activa, etcétera).

Se podría pensar que hemos llegado a una situación actual en la que difícilmente se puede predicar como notas delimitadoras de la jubilación, el cese en el trabajo, su voluntariedad y la exigencia de una edad mínima. Y ciertamente no falta razón. Y nos viene a la memoria aquella brillante lección inaugural del curso académico 2001/2002 en la Universidad de Granada del maestro Vida Soria, que llevaba un título lúcido *¿Qué fue eso de la Seguridad Social?*<sup>9</sup> Y es que ciertamente estamos ante un proceso de cambios cualitativos que en no poco podría permitir hablar de una “des-construcción” del modelo legal preexistente de Seguridad Social.

Podríamos también preguntarnos *¿cómo se ha llegado a esta situación? o ¿cuáles han sido sus causas?* La respuesta podría darse acudiendo a los tópicos habituales que todos conocen. Pero puede que realmente (o, al menos, así se suele presentar) nuestro legislador se haya visto abocado a ello por múltiples razones y quizás cabría detenerse en una que se considera básica, su errático actuar favoreciendo a partir de los años 1980 y siguientes ceses anticipados, prejubilaciones, jubilaciones anticipadas, jubilaciones parciales y luego querer volver atrás sobre sus erróneas y poco meditadas decisiones poniendo trabas y endureciendo el acceso a esas modalidades de jubilación que en algún momento se pensó que iban a favorecer el empleo...

Desde 1980 las reformas legislativas que han afectado al régimen jurídico de la pensión de jubilación han ido dirigidas:

-Limitar las posibilidades de acceso: a) elevación del período mínimo de cotización necesario para lucrar la pensión, en 1985<sup>10</sup> se pasará de 10 a 15 años mínimo; b) supresión del cómputo de días cuota al objeto de determinar la cobertura del período mínimo de cotización<sup>11</sup>; c) endurecimiento de las condiciones de acceso a la jubilación parcial<sup>12</sup>; d) endurecimiento del acceso a la jubilación anticipada y penalización de su uso<sup>13</sup>; y d) elevación de la edad mínima de acceso, entre otras<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Publicada en la *Revista Actualidad Laboral*, n.º 2 (2001), págs. 377-392.

<sup>10</sup> Ley 26/1985, 31 julio.

<sup>11</sup> Ley 40/2007, de 4 diciembre.

<sup>12</sup> Ley 40/2007, de 4 diciembre.

<sup>13</sup> Ley 40/2007, 4 diciembre y Ley 27/2011, de 1 de agosto.

<sup>14</sup> Ley 27/2011, de 1 agosto.

-Reducir su cuantía: a) En 1983 se “toparán” las pensiones<sup>15</sup>, medida que se presentó como coyuntural, pero que, sin embargo, ha quedado plenamente instaurada en el sistema, y que no deja de ser controvertida; b) En 1985 se pasara de tomar como referencia de cálculo un período de 24 bases de cotización a un período de 96 mensualidades y con las últimas reformas cuando alcancen su plena vigencia llegaremos a 300 bases de cotización<sup>16</sup>; c) cambios en la determinación del porcentaje a la baja sin permitir que las fracciones de días o meses se tomen como años completos o elevando el número de años necesario para alcanzar el 100 por cien de la base reguladora que pasará de 35 a 37 años<sup>17</sup>; d) el establecimiento de un instrumento reductor de la cuantía inicial de la pensión de jubilación como es la aplicación del factor de sostenibilidad<sup>18</sup>; y d) un índice de revalorización de pensiones desvinculado del índice de precios al consumo (IPC)<sup>19</sup>.

Si a ello se une la preocupación por la falta o disminución del número de cotizantes, y el interés por nuevas incorporaciones o por mantener la de aquellos que se encuentran en activo, se podrá convenir el interés en retrasar el acceso a la condición de pensionista o bien el seguir manteniéndolo vinculado. El fin es doble, menor importe en las cuantías de las pensiones y por otro lado mantenimiento, aunque sea parcial, de los ingresos. Estas son, entre otras, la “razones” aducidas por las que en los últimos años han venido proliferando las medidas que permiten trabajar y percibir pensión de jubilación.

Con independencia de que se pueda considerar un parche y una traba a la incorporación de nuevos trabajadores al mercado de trabajo y por tanto al Sistema de Seguridad Social, lo cierto es que al menos, se permite una salida legal a esas personas que o bien quieren o lo precisan mantenerse en el mercado laboral.

Es pronto quizás para hacer una valoración de las últimas reformas que han posibilitado o “legalizado” lo que ya se venía haciendo en la experiencia jurídica, pero todavía quedan muchos aspectos a matizar o a reconsiderar como antes. Recuérdense esas situaciones conflictivas que algunos colectivos están o han planteado. Por ejemplo, el tema de la compatibilidad no resuelta de colectivos de profesionales con mutualidades alternativas a la Seguridad Social está ahí (el caso más conocido sería el de los abogados); el de la jubilación y el mantenimiento de la titularidad de un negocio y ejercicio de funciones inherentes a la misma; o el que ha motivado la recomendación del Defensor del Pueblo al principio señalada, en el que nos centraremos

Tras la reforma introducida por el RD-Ley 5/2013 parece que la colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social se ha activado en relación con determinados colectivos en orden a controlar el correcto cumplimiento de la obligaciones e incompatibilidades que todo pensionista de jubilación tiene respecto al ejercicio de actividades durante el percibo de la prestación social pública. Continuando con la noticia con la que abrimos esta editorial La noticia continuaba y sigue diciendo “*el conflicto llevó ayer al PSOE a presentar en el Congreso una*

<sup>15</sup> Ley 44/1983, de 28 diciembre.

<sup>16</sup> Ley 26/1985, de 31 julio y Ley 27/2011, de 1 de agosto.

<sup>17</sup> RD 1716/2012, 28 diciembre.

<sup>18</sup> Ley 23/2013, de 23 diciembre y art. 211 LGSS.

<sup>19</sup> Ley 23/2013, de 23 diciembre y art.58 LGSS.

*proposición no de ley para que sea compatible cobrar la pensión con cualquier actividad creativa. “Los autores representan una situación excepcional”, explican fuentes socialistas. “Nuestro objetivo es desarrollar una ley del artista y del creador, no sólo para resolver este conflicto, sino para solucionar el problema de la creación en España de una vez”.* Pero el conflicto no solo alcanza a los escritores sino también a músicos, pintores, fotógrafos, etc.; en realidad no solo aquellos que siguen realizando su actividad sino también aquellos que continúan percibiendo tras la jubilación derechos de autor. Por otro lado no solo alcanza esta actuación inspectora del Ministerio de Empleo y Seguridad Social a los denominados “creadores” sino también a funcionarios jubilados que prosiguen tras el acceso a la jubilación, publicando artículos, libros, impartiendo cursos, conferencias, etc.

En realidad, el supuesto conflicto que parece que se nos presenta como generalizado y con un futuro apocalíptico “...un daño de proporciones incalculables al desarrollo intelectual de nuestro país, impidiendo que nuestro autores puedan seguir aportando en una etapa de su vida en la que el grado de madurez, experiencia y sabiduría puede ser volcado en mejorar una sociedad cada vez más necesitada de peso intelectual”<sup>20</sup> hay que situarlo en sus justos términos. Todo está en función de cómo se desarrolle esa actividad tras el acceso a la pensión de jubilación. Si la actividad se mantiene en similares condiciones de profesionalidad que en su momento llevaron a su inclusión en el sistema de Seguridad Social<sup>21</sup>, resulta obvio como ocurre con cualquier otro pensionista, que tendrá que sujetarse a las condiciones generales y por tanto, o bien se pide la suspensión de la pensión y se continúa desarrollando con normalidad esa actividad creativa; o se acoge alguna de las múltiples formas en las que se permite percibir simultáneamente pensión con ingresos por actividades, como son la jubilación parcial, la jubilación flexible, la jubilación activa o bien simplemente desarrollando la misma pero no superando determinado volumen de ingresos (arts. 213 a 215 LGSS). No se entendería una diferencia de trato respecto de otros trabajadores también jubilados por muy creativo o sabio que nos pueda parecer y por sus futuras aportaciones al saber o al conocimiento. Piénsese en la pérdida que también puede suponer la sociedad la jubilación de un ebanista, un escultor, un cocinero, un cirujano, etc.; y a nadie se le ocurre pedir que se le declare exento de la aplicación de la ley.

Cosa distinta a lo anterior es como trata o debería de tratarse determinadas actividades que se puedan proseguir tras el acceso a la jubilación y si son o no merecedoras de considerarlas incompatibles. Sin ánimo de ser exhaustivo, nos podemos encontrar con las siguientes: a) Derechos de autor; b) Publicaciones esporádicas; c) Cursos, conferencias, seminarios y similares; d) Premios literarios, artísticos o científicos

## **1. LOS DERECHOS DE AUTOR**

Los derechos de autor suponen –en términos generales– una cantidad de dinero que el autor de una obra artística o, literaria o científica percibe como participación en los beneficios que produce su difusión, publicación o reproducción. Ingresos que en algunas

<sup>20</sup> Noticia publicada en el diario El País en 23-1-2016. La noticia completa se puede leer en la siguiente dirección: El País [http://cultura.elpais.com/cultura/2016/01/22/actualidad/1453484477\\_281268.html](http://cultura.elpais.com/cultura/2016/01/22/actualidad/1453484477_281268.html).

<sup>21</sup> Bien como trabajador por cuenta ajena en el Régimen General o en el RETA si la actividad era desarrollada por cuenta propia. También y para la continuación de actividad de los funcionarios públicos con posterioridad a su cese o en los residuales regímenes de funcionarios públicos, de la administración de justicia o militares.

ocasiones se perciben una parte como anticipo a cuenta de los futuros derechos o bien periódicamente. El problema es si, por ejemplo, un libro publicado antes de la jubilación que sigue generando derechos de autor tras la misma debe ser considerado como ingresos compatibles o incompatibles con la pensión de jubilación. En el terreno fiscal esos rendimientos se consideran prestaciones de servicios afectos a IVA; y rentas de trabajo a efectos de IRPF (si el autor ha cedido los derechos de explotación y no ordenan los medios de producción propios ni tampoco los recursos humanos)<sup>22</sup>; o bien renta de actividad profesional a efectos de IRPF (para el caso de que cedan los derechos de explotación y ordenen los medios de producción y en su caso los recursos humanos). Si se asumen los criterios fiscales y se trasladan al ámbito de la Seguridad Social el jubilado que sigue percibiendo derechos de autor tendrá que tener en cuenta que los mismos podrán colisionar con el disfrute libre de su pensión de jubilación y se podrán ver afectados por las incompatibilidades previstas en los arts. 213-215 de la LGSS. No parece que este debería de ser el criterio a tomar en cuenta por varias razones, a saber:

-El art. 213.1 de la LGSS/2015 declara incompatible el disfrute de la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista. Y aquí no hay trabajo, si no que se están percibiendo unos rendimientos por un trabajo que se hizo antes de estar jubilado. Recuérdese por lo demás, que un escritor profesional, cuando está en activo cotiza por una base tarifada, luego no se puede pensar que habría un perjuicio para la Seguridad Social, ya que está percibiendo lo que se debía y el pensionista ahora está recibiendo su pensión calculada conforme a su cotización.

-La previsión de compatibilidad de la pensión de jubilación con trabajos por cuenta propia con el límite SMI (art. 213.4 LGSS), no afectaría para nada a lo que aquí se ventila, ya que no hay trabajo efectivo alguno.

-Y por otro lado podría llevar al absurdo de que una persona tuviera que renunciar a los futuros derechos de autor si quiere jubilarse so pena de negociar una venta definitiva –con una posible pérdida de ganancias futuras– de los mismos momentos antes de jubilarse.

## 2. PUBLICACIONES ESPORÁDICAS

Una publicación, una colaboración esporádica, podría pensarse que no llevaría consigo su afectación a la pensión de jubilación, por falta de las notas de habitualidad que en el caso de los trabajadores por cuenta propia se predica para su inclusión en el RETA (art. 305.1 LGSS)<sup>23</sup>. También podría pensarse que se vería afectada por el límite establecido en el art. 213.4 LGSS y por tanto en tanto en cuanto no supere el límite de SMI sería perfectamente compatible. No obstante aquí queda en el aire si la incompatibilidad debería de predicarse del aspecto cualitativo o del cuantitativo. Es decir una única publicación podría

<sup>22</sup> V. art. 17 y 46 RD-Ley 1/1996, de 12 abril. V. Resolución de la DGT núm. 1296/2005, de 30 junio; y Resolución DGT núm. 2221/2008, de 25 noviembre.

<sup>23</sup> El D. 3262/1970, de 29 de octubre, por el que se estableció y reguló el Régimen de la Seguridad Social de los Escritores de Libros, en su art. Segundo. Dos, en relación con la profesionalidad exigida para su alta en el mismo, exigía que se publicaran cinco libros distintos como mínimo o bien haber percibido de una o varias empresas editoriales españolas en concepto de liquidación de derechos de autor o en el de premio una suma no inferior a 50.000 pesetas.

suponer la incompatibilidad, múltiples publicaciones podrían ser compatibles, todo dependería de los ingresos que percibiera el pensionista.

### **3. CURSOS, CONFERENCIAS, JORNADAS, ETC.**

La situación es bastante similar, todo dependerá de cómo se articulen los mismos si estamos ante una actividad organizada y dirigida por el propio pensionista estaremos ante el ejercicio de una actividad económica y por tanto habrá que ver si quedaría encuadrable dentro de la obligación de mantener o cursar un alta en el RETA (art. 305.1 LGSS) y en este caso procedería la suspensión de abono de la pensión de jubilación; o bien a tenor de los ingresos quedaría dentro de los topes del art. 213.4 LGSS y por tanto compatible con el disfrute simultáneo de la pensión. Algo similar podría decirse si estamos ante una actividad por cuenta ajena y en cuyo caso habría que determinar si el sujeto debería de estar o permanecer en alta en el R. General (art. 136.1 LGSS) o bien a tenor de los ingresos estaría dentro del *umbral* tolerable del art. 213.4 LGSS y por tanto los ingresos por tal trabajo no tendrían incidencia en la pensión de jubilación.

Y aquí la reflexión es la misma que se ha indicado anteriormente, una única participación en un curso, jornada o conferencia podría dar lugar, por la cantidad percibida, a la aplicación de la incompatibilidad prevista en el apartado 4 del art. 213 LGSS, conclusión que en principio parecería excesiva.

### **4. PREMIOS LITERARIOS, ARTÍSTICOS O CIENTÍFICOS**

Desde el punto de vista fiscal se distinguen aquellos premios que están exentos de tributación, de aquellos que no la tienen y se consideran rentas irregulares<sup>24</sup>. La consideración de estar exentos o no viene determinada por la declaración en tal sentido por la Agencia Estatal Administración Tributaria a través del procedimiento previsto en el la OHA/3525/2008, de 20 noviembre. Parece lógico pensar que si el premio está exento de tributación cualquiera que sea su importe no llevaría consigo en ningún caso la aplicación de regla o causa alguna de incompatibilidad. Si bien surge una duda *¿qué ocurre respecto a su explotación?* Es decir, si se originan posteriormente derechos de autor con su publicación. Y aquí tendríamos que volver a las mismas consideraciones antes indicadas.

Volviendo a las recomendaciones que sugiere el Defensor del Pueblo, algunas observaciones habría que señalar sobre ellas:

-Respecto a declarar compatible las pensiones públicas con la percepción de derechos de autor por creaciones u obras nuevas a partir de la jubilación. Se está con ello diciendo que el autor puede seguir realizando la misma actividad que ya realizaba cuando no era pensionista, ¿dónde está entonces el cese en la actividad? Elemento configurador de la pensión de jubilación y que da lugar a una situación de necesidad de pérdida de rentas.

-Respecto a que mientras que no se lleve a cabo las reformas legislativas que la entidad gestora haga una interpretación normativa en razón al interés cultural de esta labor,

---

<sup>24</sup> Vid. arts. 3 y 7 LIRPF y 25.1 Reglamento de la Ley IRPF.

de modo que no sufra el autor un menoscabo en sus respectivos niveles de renta por el hecho de crear. Se le está diciendo a la entidad gestora que se olvide de la legalidad y la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Cuando alguien se jubila, normalmente, sufre una pérdida de rentas que la pensión no repara plenamente, pero no se olvide que a ella se llega por voluntad del interesado. Y que la actividad creadora no solo es predicable de los autores, salvo que se entienda que ellos por ser quienes son deban de tener un trato singular.

-Que hay que revisar el régimen de compatibilidades con el trabajo previsto en el art. 214 LGSS. Aquí se podría coincidir y es cierto que las severas condiciones que norma para poder compatibilizar la pensión con el trabajo y que en muchas ocasiones el trabajo tras la pensión no es buscando sino necesitado por las escasas cuantías de las pensiones.

El problema del que no se quiere hablar es que el admitir percibir la pensión de jubilación y seguir trabajando es admitir la realidad, que en muchas ocasiones es una necesidad y que, hay que seguir trabajando para junto con la pensión mantener un nivel de rentas similar al que se tiene en activo. La cuestión es que si se admite sin más la compatibilidad la pensión de jubilación con el trabajo, esta dejar de ser tal y la convertimos en un ahorro de futuro. Y de ahí, a un sistema de planes de pensiones hay muy poca distancia. Con ello no tiene mucho sentido de hablar de contingencia, situación de necesidad, ...; y llegaremos entonces a plantearnos *¿Qué fue eso de la Seguridad Social?*

Estudios  
Doctrinales

LABORUM



# La existencia de hijos comunes como criterio atributivo de derechos en materia de viudedad: un criterio cuestionable desde la óptica de la prohibición de discriminación

## The existence of common children as rights attributive criteria relating to widowhood: a questionable criteria from the perspective of the prohibition of discrimination

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD JAUME I-CASTELLÓN

### Resumen

En los últimos años, el legislador ha recurrido en varias ocasiones a la existencia de hijos comunes como criterio para la atribución de derechos en materia de viudedad. Uno de dichos supuestos fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, por entender que se trata de una exigencia que carece de justificación objetiva y razonable incurriendo en discriminación. El trabajo analiza, tras una previa exposición de la evolución normativa de la protección de viudedad en nuestro sistema de Seguridad Social, si el resto de supuestos en los que se atiende a dicho criterio incurrir en el mismo vicio de inconstitucionalidad. El estudio centra su atención en la eventual aplicación de la doctrina de la discriminación “indirecta” en tanto esta exigencia, pese a su aparente neutralidad, despliega sus efectos negativos especialmente en relación a las parejas homo y transexuales.

### Abstract

In recent years, the legislator has occasionally resorted to there being joint children as a criterion to attribute widowhood rights. The Constitutional Court declared one such assumed cases as being unconstitutional as it understood that such a demand lacked any objective and reasonable justification and committed discrimination. After firstly, presenting the normative progress made in protecting the widowhood state in our Social Security System, this work analyses if this same criterion is also unconstitutional in other assumed cases. It also focuses on the possible application of the “indirect” discrimination doctrine as this demand, despite its apparent neutrality, has negative effects, particularly in relation to homo- and transsexual partners.

### Palabras clave

Pensión de viudedad; hijos comunes; parejas de hecho; ex cónyuges; matrimonio; parejas homosexuales; parejas transexuales; discriminación; discriminación indirecta

### Keywords

Widowing pensions; joint children; common-law couples; ex-spouses; marriage; homosexual partners; transsexual partners; discrimination; indirect discrimination

## 1. INTRODUCCIÓN

La STC 81/2016 de 25 de abril de 2016 (BOE de 31-5-2016) ha vuelto a poner de actualidad un tema que ya había sido abordado con anterioridad por el Tribunal Constitucional: la constitucionalidad del requisito de tener hijos comunes para el acceso a la pensión de viudedad, en determinados casos. Concretamente, la STC 81/2016 resuelve la cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en relación con la letra c) de la D.A.15ª Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, norma que trasladó al régimen de Clases Pasivas la nueva regulación en materia de viudedad que, en relación al

sistema de Seguridad Social (Régimen General y Regímenes Especiales) vino a establecer la Ley 40/2007, de 4 de diciembre y que también fue objeto de cuestionamiento de constitucionalidad, que fue resuelto por la STC 41/2013, de 14 de febrero, que es la sentencia que inicia la serie de sentencias referidas a esta cuestión<sup>1</sup>. Específicamente, la cuestión de inconstitucionalidad que ahora se resuelve se plantea en relación a la norma especial o de derecho transitorio que permite acceder a la pensión de viudedad al integrante de una pareja de hecho cuando el fallecimiento del otro miembro de la pareja tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la norma que permite el acceso a las parejas de hecho a dicha prestación de seguridad social, es decir, el 1-1-2008. Es, por tanto, una norma de derecho temporal, en tanto su finalidad fue permitir la aplicación retroactiva de los efectos de la nueva regulación a hechos causantes previos a su entrada en vigor.

No es este –ni su equivalente en la Ley General de Seguridad Social– el único supuesto en el que se exige el requisito de tener “hijos comunes” en el ámbito de la prestación económica de viudedad. En los últimos tiempos, el legislador ha acudido a este criterio en otras ocasiones: como requisito alternativo a la duración del matrimonio en el supuesto en el que se exige una duración mínima cuando el fallecimiento del causante deriva de enfermedad común no sobrevenida al matrimonio (art. 219.2 TRLGSS); como criterio para modular la medición de la dependencia económica en el supuesto de las parejas de hecho, tanto en el criterio relativo como en el absoluto (art. 221 TRLGSS); como requisito para el reconocimiento del propio derecho a la prestación (D.A.3ª Ley 40/2007; D.T.13ª.1 TRLGSS); y, finalmente, en el marco del reconocimiento de la pensión de viudedad a los ex cónyuges, también se recurre a la existencia de los hijos comunes en el supuesto excepcional en el que se permite el acceso a la misma incluso si no se es beneficiario de pensión compensatoria, cuando la separación o el divorcio tuvo lugar con anterioridad a 1-1-2008. Supuestos que también se contemplan en el ámbito del régimen de Clases Pasivas en la tendencia a la homogeneidad que caracteriza a las últimas reformas en materia de seguridad social<sup>2</sup>.

Es importante significar que pese a que la cuestión afecta tanto a parejas homosexuales y transexuales como heterosexuales, la mayor parte de los pronunciamientos constitucionales van referidos a las primeras, lo que tiene su importancia porque convierte la

---

<sup>1</sup> STC 55/2013, de 11 de marzo, en resolución de recurso de amparo; STC 77/2013, de 8 de abril, en resolución de recurso de amparo; STC 124/2014, de 21 de julio, en resolución de recurso de amparo; STC 188/2014, de 17 de noviembre, en resolución de recurso de amparo;

<sup>2</sup> En general, las reformas en materia de seguridad social se han trasladado al ámbito de Clases Pasivas a través de las Leyes de Presupuestos en algunos casos porque así se introdujo también en el propio sistema y en otros casos, como vía de extensión: así, por ejemplo, la posibilidad de acceso a la pensión a las parejas de hecho y la regulación sobre ex cónyuges exigiéndoles que fueran beneficiarios de pensión compensatoria que vino a establecer en el sistema de Seguridad Social la Ley 40/2007, fue trasladada a Clases Pasivas por la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008. Sin embargo, la Ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado para 2010 que volvió a modificar esta misma regulación en el Sistema de Seguridad Social, extendía también esta modificación a Clases Pasivas. Vid. También modificación operada por la Ley 17/2012, de Presupuestos Generales del Estado para 2013. Sin embargo, no fue objeto de traslación al ámbito de Clases Pasivas el supuesto añadido a la D.T.18ª LGSS-1994 Que extiende el supuesto extraordinario de pensión de viudedad para ex cónyuges aunque no cumplan los requisitos (hijos comunes y mayores de 50 años) siempre que sean mayores de 65 años, no tengan derecho a otra pensión y la duración del matrimonio no haya sido inferior a 15 años). La D.T.12ª RD. Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley de Clases Pasivas se limita a recoger, introducida por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, el primer supuesto que exige hijos comunes, edad superior a 50 años y una duración al matrimonio de 10 años.

orientación y la identidad sexuales en factores de diferenciación relevantes, susceptibles de permitir encuadrar la cuestión en el ámbito de la doctrina de la discriminación “indirecta” que, aunque desarrollada en el marco de la discriminación entre hombres y mujeres, su aplicación no puede quedar restringida a dicho ámbito. Hay que anticipar ya que no es esta la óptica que adopta el Tribunal Constitucional. La mayor dificultad para la procreación biológica tanto en el caso de las parejas de mujeres<sup>3</sup> –las técnicas de reproducción asistida en estos casos quedan fuera del catálogo común de prestaciones del SNS<sup>4</sup> lo que las convierte en poco accesibles dado su coste–, como la imposibilidad biológica en los varones –salvo que acudan a la maternidad subrogada, expresamente prohibida en España–, así como el largo y complejo procedimiento para la adopción –por lo demás, posibilidad de la que antes estaban excluidas las parejas homosexuales–, convierte este criterio en muy cuestionable desde esta dimensión de una supuesta “neutralidad” que, sin embargo, perjudica de hecho a un número mucho mayor de personas, en este caso, los citados colectivos [STJUE de 22 de noviembre de 2013 (C-385/11) Caso Elbal Moreno], STC 61/2013, de 14 de marzo; y STC 71/2013 de 8 de abril]. Pese a ello, ambas sentencias del Tribunal Constitucional insisten en que la confrontación en el juicio de igualdad o discriminación no se centra en la mayor dificultad de las parejas homosexuales para cumplir dicho requisito, sino en la razonabilidad de dicho objetivo, en el tratamiento diferente otorgado en el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en las que el fallecimiento ocurrió antes de 1-1-2008, a las que se exige dicho requisito y las parejas de hecho que acceden a la citada pensión después de dicha fecha a las que no se les exige la existencia de hijos comunes aunque, como se ha señalado, su existencia cobra relieve para la valoración de la imprescindible dependencia económica del superviviente respecto del causante que se exige en estos casos.

Por lo demás, hay que anticipar también que no todos los supuestos legales que utilizan como criterio la existencia de hijos comunes –con o sin derecho a pensión de orfandad– han sido objeto de cuestionamiento constitucional: en concreto, las distintas sentencias constitucionales se han limitado al análisis de la constitucionalidad de la D.A.3ª Ley 40/2007 (y su equivalente en el régimen de Clases Pasivas, la D.A.15ª Ley 51/2007), resolviendo bien cuestiones de inconstitucionalidad bien recursos de amparo, sin alcanzar, por tanto, el resto de supuestos mencionados. En tanto la libertad de la que goza el legislador para la configuración

<sup>3</sup> Hay que recordar que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, modificada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, permite ahora cuando la mujer que se somete a la técnica de reproducción asistida estuviera casada con otra mujer, que se le atribuya *ab initio* la filiación del hijo/a de su esposa, siempre que no estuviera separada de hecho o legalmente.

<sup>4</sup> La Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre regula en la actualidad el alcance de esta técnica en el marco del Catálogo Común de prestaciones básicas del Sistema Nacional de Salud. Los tratamientos de reproducción humana asistida (RHA) financiados se limitan a aquéllos que tienen fin terapéutico (es decir, ayudar a lograr la gestación en aquellas personas con imposibilidad de conseguirlo de forma natural, no susceptibles a tratamientos exclusivamente farmacológicos, o tras el fracaso de los mismos), preventivo (prevenir la transmisión de enfermedades o trastornos de base genética graves, o la transmisión o generación de enfermedades de otro origen graves, de aparición precoz, no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, y que sean evitables mediante la aplicación de estas técnicas) o en determinadas circunstancias especiales (que son la selección embrionaria, con destino a tratamiento de terceros y la preservación de gametos o preembrión para uso autólogo diferido por indicación médica para preservar la fertilidad en situaciones asociadas a procesos patológicos especiales. Además, se exigen estrictos requisitos de edad de los pacientes y se contempla una limitación temporal (ciclos), además de otros requisitos. Quedan excluidos, pues, los tratamientos de RHA cuando no existen esos fines terapéuticos o preventivos, como en el caso de mujeres solteras o en parejas homosexuales que no presentan problemas terapéuticos.

del sistema legal de seguridad social al que se ha referido reiteradamente el propio Tribunal Constitucional<sup>5</sup>, está limitada por el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) tanto directa como indirecta, y además, los criterios de diferenciación deben ser objetivos y razonables en relación a su finalidad, dichas regulaciones resultan cuestionables, dada la finalidad de la prestación económica de viudedad.

No cabe duda que la Ley 40/2007 constituyó un hito importante en la regulación de la protección de la viudedad, pues permitió por vez primera el acceso a la pensión de viudedad a las parejas de hecho, fuera del supuesto transitorio y excepcional que contempló la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Y aunque la regulación legal vigente exige, como es sabido, una dependencia económica que no se exige todavía en la actualidad a las uniones matrimoniales, dicha regulación no es constitucionalmente cuestionable en tanto el acceso al matrimonio está configurado en términos amplios, comprendiendo en la actualidad a todas las personas, con independencia del sexo de los contrayentes. En todo caso, no está de más recordar que el Tribunal Constitucional ya desestimó en el pasado, y reiteradamente, la pretendida inconstitucionalidad de la imposibilidad de acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho sobre la base, a su parecer, de la incuestionable diferencia de régimen jurídico entre ambas instituciones jurídicas<sup>6</sup>, argumento más que discutible cuando, en aquel entonces, algunas personas estaban privadas del derecho constitucional al matrimonio (art. 32 CE) en razón de su orientación o identidad sexual. Corregida esta diferenciación de trato con la modificación del Código Civil operada por la Ley 13/2005 de 1 de julio, efectivamente ya no parece discutible que pueda existir un diferente régimen jurídico para el acceso a la pensión de viudedad para las parejas de hecho, siempre que los criterios sobre los que se sustenta la diferenciación sean objetivos y coherentes con la finalidad de la institución jurídica, y esto es lo que, puede resultar cuestionable.

## **2. SOBRE LA FINALIDAD DE LA PROTECCIÓN DE VIUEDAD, DEL MATRIMONIO Y DE LAS PAREJAS DE HECHO: UN BREVE RECORRIDO NORMATIVO HISTÓRICO**

Parece indubitado que, históricamente, la protección de la viudedad surgió para otorgar rentas a aquellas mujeres viudas que dependían económicamente de sus maridos. Esta dependencia no se exigía expresamente en estos términos, pero estaba implícita en el requisito de la incapacidad para el trabajo de la viuda o, en su caso, en la exigencia alternativa de que la viuda tuviera una determinada edad en el momento del hecho causante. Así se recogía en la primera norma que vino a establecer la protección por viudedad fuera del ámbito de la protección del accidente de trabajo<sup>7</sup> y en la que la viuda aparece como

---

<sup>5</sup> STC 65/1987, de 21 de mayo; STC 134/1987, de 21 de julio; STC 97/1990, de 24 de mayo; STC 197/2003, de 30 de octubre, entre otras.

<sup>6</sup> Entre muchas, STC 184/1990, de 15 de noviembre; STC 29/1991; 30/1991; 31/1991; 35/1991; 38/1995, de 14 de febrero; y 77/1991, de 11 de abril.

<sup>7</sup> La Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 contemplaba entre las prestaciones a abonar por fallecimiento del trabajador por accidente laboral una indemnización por supervivencia, cuya cuantía se establecía en función del número de supervivientes del trabajador fallecido: la indemnización era igual a la suma igual al salario medio diario de dos años cuando el causante dejaba viudas e hijos o nietos a su cuidado; de dieciocho meses de salario (...)

beneficiaria directa de la protección<sup>8</sup>: el Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955, por el que se eleva la prestación del Seguro de Vejez e Invalidez. Esta norma exigía a la viuda, bien una edad superior los 65 años en el momento del hecho causante, o bien la incapacidad para el trabajo, decretando la suspensión de la prestación cuando realizara trabajos remunerados por cuenta ajena o trabajos lucrativos por cuenta propia, cuando los beneficios de su explotación fueran, como mínimo, equivalentes al importe de la prestación (arts. Sexto y Séptimo). Se exigía, además de otros requisitos ahora irrelevantes, que el matrimonio hubiera tenido una duración mínima de 10 años en la fecha de fallecimiento del causante y que la viuda no tuviera derecho al Seguro de Vejez e Invalidez. El derecho a cursar la solicitud de la prestación al cumplir los 65 años se mantenía si en el momento del fallecimiento del causante la viuda no había cumplido todavía los sesenta y cinco años de edad, pero sí acreditaba más de cincuenta.

Fue la Ley de Bases de Seguridad Social –y su texto articulado, la Ley de Seguridad Social de 1996– las que alteraron las condiciones para acceder a la pensión vitalicia de viudedad y, en este sentido, aparece el hecho de tener hijos comunes con el causante con derecho a pensión de orfandad como una forma “alternativa” al cumplimiento del requisito anterior de la incapacidad para el trabajo o la edad que, además, se redujo a los cuarenta años (base 41; art. 160.1 LSS-1966). Así pues, el hecho de tener hijos comunes no era tanto un nuevo requisito que tuviera finalidad excluyente o restrictiva sino todo lo contrario: constituyó una vía para ampliar las eventuales beneficiarias de la pensión vitalicia de viudedad, en tanto el hecho de no estar en alguna de dichas situaciones únicamente permitía a la viuda el acceso a un subsidio temporal de viudedad. Por lo que respectaba al varón, se le reconocía el derecho a la

---

cuando sólo quedaban hijos o nietos; de un año de salario cuando sólo quedase viuda sin hijos ni otros descendientes, y de 10 meses de salario cuando sólo dejase padres o abuelos que se reducía a siete meses cuando sólo fuese uno de ellos. No se contemplaba la posibilidad de que el varón fuera beneficiario de una sujeto causante mujer, posibilidad que se abrió con la Ley de Accidentes de Trabajo de 10 de enero de 1922, desarrollada por su Reglamento provisional de 29 de diciembre de 1922, siempre que su subsistencia dependiera de la sujeto causante.

Vid. más extensamente, AAVV (Dir. Vicente Palacio, A.), “La pensión de viudedad: marco jurídico para una nueva realidad social. Como reformular la pensión de viudedad de forma que mejor cumpla el carácter de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante”, Proyecto Fipros. Se puede descargar en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/100619.pdf>

<sup>8</sup> Efectivamente, en el ámbito del Retiro Obrero (1919) y su sucesor, el Seguro de Vejez (1939) se contemplaba el acceso indirecto a la protección de la viudedad al reconocer a la viuda el derecho a percibir las prestaciones devengadas y no percibidas por el beneficiario de dichos seguros. Igualmente se establecía en el ámbito del posterior Seguro Obrero de Vejez e Invalidez (1947).

Además, en el ámbito del Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares (1938) se estableció también la posibilidad de protección de la viuda en caso de fallecimiento del esposo asegurado en el ámbito de este subsidio cuando carecieran de medios de subsistencia y la pensión de viudedad que eventualmente percibieran fuera inferior a 4000 pta. En la rama complementaria de las Mutualidades Laborales también se establecieron prestaciones de viudedad en la que aparece el hecho de haber tenido hijos con el causante como una forma de convalidar el requisito exigido de que el matrimonio se hubiera contraído antes de los 60 años y con una antelación de dos años al fallecimiento del causante. También se contempla como eventual beneficiario al varón si bien en tal caso con carácter excepcional al exigírsele la incapacidad permanente y absoluta para toda clase de trabajo, que no tuviera derecho cualquier otra pensión, carecer de medios de subsistencia y que no quedasen familiares con obligación y posibilidades de prestarle alimentos.

Vid. más extensamente, AAVV (Dir. Vicente Palacio, A.), “La pensión de viudedad: marco jurídico para una nueva realidad social. Como reformular la pensión de viudedad de forma que mejor cumpla el carácter de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante”, Proyecto Fipros. Se puede descargar en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/100619.pdf>

pensión de viudedad cuando al tiempo de fallecer la esposa se hallara incapacitado para el trabajo y sostenido por ella, sin reconocérsele la forma “alternativa” de tener una edad determinada o el hecho de tener hijos comunes con la causante. Pese a esta voluntad de mejora, resulta difícil no ver en este reconocimiento de la “maternidad” a favor de la mujer un premio o compensación por dicha maternidad, perpetuando un rancio valor de la maternidad como rol vital de la mujer y por supuesto, del matrimonio.

A la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social se debe la supresión de los requisitos de la edad o incapacidad o tener a su cargo hijos habidos del causante con derecho a pensión de orfandad, supresión que se justificaba en la voluntad de perfeccionar el régimen de pensiones, dejando sin efecto las limitaciones legales hasta entonces existentes en relación a las viudas de trabajadores en activo o de pensionistas. Se eliminaban todas las limitaciones legales previas: las originarias (edad o incapacidad) y su vía alternativa (la existencia de hijos comunes). La supresión de estos requisitos supuso también la desaparición de la prestación temporal de viudedad puesto que era el incumplimiento de esas condiciones redactadas en términos alternativos lo que determinaba el acceso a la protección reducida de la prestación temporal de viudedad. La falta de expresa exigencia legal de una dependencia económica de la viuda respecto del causante, no obstaba su efectiva concurrencia en la mayor parte de las ocasiones, en tanto sociológicamente el modelo familiar predominante era el preconizado e impulsado en el marco de la ideología nacional-católica del régimen franquista, en un contexto regulador del matrimonio en el que la forma católica matrimonial era obligatoria, salvo muy limitadas excepciones; matrimonio religioso cuya finalidad primera era la generación y educación de la prole, según los mandatos del entonces vigente Derecho canónico<sup>9</sup>. Se trataba, pues, de una presunción *iuris et de iure* de dependencia económica de la viuda, inaplicable al varón, a quien sí se exigía la efectiva dependencia económica respecto de su esposa.

Y esta regulación es la que se mantuvo en el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social: la exigencia de matrimonio, la necesidad de convivencia con el causante en el momento del fallecimiento (o en su caso, su “inocencia” en caso de separación judicial), el cumplimiento del periodo de carencia en los casos de fallecimiento por enfermedad común, y para los varones, su incapacidad y la dependencia económica respecto de la causante. Como es sabido, las SSTC 103/1983, de 22 de noviembre y 104/1983, de 23 de noviembre, declararon la inconstitucionalidad sobrevenida por discriminatoria de los requisitos adicionales de incapacidad y dependencia económica exigidos al varón viudo, lo que dio lugar a la reforma del art. 160 LGSS-1974 por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre. La dependencia económica quedó así definitivamente excluida como situación protegida en la pensión de viudedad también en relación al varón, de forma que la progresiva y finalmente masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y la evolución de la sociedad española hicieron el resto: la

<sup>9</sup> Según el Codex iuris canonici (1917) vigente hasta 1983, los fines del matrimonio eran: Can. 1013. § 1. *Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis; secundarius mutuum; adiutorium et remedium concupiscentiae.*

El Código de Derecho Canónico de 1983 modificó los fines del matrimonio pero todavía figura entre tales la generación y educación de la prole (Canon 1055; § 1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados).

protección de la dependencia económica dejó de ser la finalidad de la prestación de viudedad, que pasó a ser la compensación por la pérdida de las rentas dejadas de percibir a consecuencia del fallecimiento del causante, exigiéndose exclusivamente el matrimonio<sup>10</sup>. Así se recogió también en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994, que fue objeto de numerosas modificaciones en el marco del consenso parlamentario y social, modificaciones de muy diferente alcance pero, en general, ampliatorias de la protección dispensada, en cumplimiento de la recomendación XII del Pacto de Toledo de 1995, que reconocía la necesidad de mejorar las pensiones de viudedad en el caso de menores ingresos, y del Acuerdo Social de 9 de abril de 2001, para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, que también reconocía la necesidad de mejorar la protección por muerte y supervivencia, especialmente las pensiones de menor cuantía. En este contexto reformador, cabe señalar a los efectos que interesa, que la reforma que, con apoyo en el Acuerdo de Reforma de Pensiones de 9 de abril de 2001, llevó a cabo el RD 1465/2001, de 27 de diciembre, entre otras medidas, estableció la posibilidad de aplicar un porcentaje superior al general para el cálculo de la cuantía de la pensión en aquellos casos que el pensionista tuviera cargas familiares, definiendo éstas como la convivencia del beneficiario con hijos menores de 26 años o mayores incapacitados o menores acogidos, cuando los rendimientos en conjunto de la unidad familiar, dividido por el número de miembros, no superase en cómputo anual el 75% del salario mínimo interprofesional.

Fue la Ley 30/2005 de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2006 la que anunció la futura reforma de la pensión de viudedad, “*en un contexto de reformulación global dirigida a la recuperación de su carácter de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante*”, abriendo también la puerta al reconocimiento de este derecho a las parejas de hecho cuando existiera dependencia económica y/o existieran hijos menores comunes en el momento del fallecimiento del causante. Apareció así, por primera vez en el actual sistema de Seguridad social, la referencia a la existencia de hijos comunes como criterio para la atribución de derechos en materia de viudedad, en este caso como alternativa a la dependencia económica del supérstite de una pareja de hecho respecto del causante, en una equiparación altamente cuestionable, como luego veremos, y más si tenemos en cuenta que nuestro ordenamiento ya reconocía la posibilidad de parejas de hecho con independencia del sexo de sus integrantes y que, además, unos meses antes se había aprobado la reforma del Código Civil, permitiendo el matrimonio también con independencia del sexo de los contrayentes (Ley 13/2005, de 1 de julio). La Ley 30/2005 invocaba la concertación social como marco en el que se llevaría a cabo la mencionada reforma, consenso social que llegó con la firma del Acuerdo de Reforma de Pensiones de 13 de julio de 2006 que, en términos similares, volvía a acudir al criterio de la existencia de hijos comunes para la atribución de derechos en materia de viudedad en los supuestos que finalmente serían sancionados legislativamente por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, si bien durante la tramitación parlamentaria se introdujeron algunas modificaciones de menor calado en el texto del Proyecto del Ley inicial.

---

<sup>10</sup> La Resolución de 23 de junio de 1989 de la Secretaría General de la Seguridad Social reconoció el derecho a la pensión de viudedad sin exigir en ningún caso el cumplimiento del requisito de la convivencia al que se refería el art. 160 LGSS-1974.

En esencia, la existencia de hijos comunes –en algunos casos, exigiendo que tengan derecho a pensión de orfandad y en otros casos, sin exigir este requisito–, cobraba virtualidad en la reforma operada por la Ley 40/2007 a los siguientes efectos: a) en el supuesto de que el fallecimiento del causante tuviera lugar por enfermedad común no sobrevenida tras el matrimonio, como requisito alternativo a que el matrimonio se hubiera celebrado con una antelación mínima de 1 año. En este caso no se exigía que los hijos comunes tuvieran derecho a pensión de orfandad y además, no se exigía el requisito de la convivencia –ni, por tanto, el alternativo de hijos comunes–, cuando se acreditara una convivencia previa al matrimonio que, sumada al matrimonio, excediera de dos años; b) A efectos de la medición de la dependencia económica exigida para que las parejas de hecho tengan derecho a la pensión de viudedad, los hijos comunes con derecho a pensión de orfandad suponen en el criterio “relativo” consagrado en primer lugar –con independencia del número de hijos– un incremento del porcentaje de los ingresos del superviviente en el total de ingresos de la pareja, que pasa del 25% al 50%. A estos mismos efectos, en el criterio “absoluto” (alternativo) de medición de la dependencia económica cada hijo común con derecho a pensión de orfandad que conviva con el supérstite (en este caso, sí se atiende al número de hijos) supone un incremento del 0,5 de la cuantía del SMI vigente en cada momento; c) La existencia de hijos comunes –nuevamente sin exigir que tengan derecho a pensión de orfandad– se configura como uno de los requisitos que permiten el acceso con carácter excepcional de las parejas de hecho a la pensión de viudedad para aquellas parejas que no pudieron acceder a la nueva regulación por haberse producido el fallecimiento del causante con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva regulación, que es el supuesto sobre el que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en las sentencias referenciadas.

A estos supuestos hay que añadir el creado por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010. Como es sabido, la Ley 40/2007 también modificó el acceso a la pensión de viudedad de los ex cónyuges, condicionándolo a que fueran perceptores de una pensión compensatoria y que esta se extinguiera con el fallecimiento del causante. Esta reforma generó una importante litigiosidad judicial así como diversas iniciativas parlamentarias; estas últimas culminaron con la adición a la LGSS-1994 de una nueva Disposición Adicional 18ª por la que se abría el acceso a la pensión de viudedad de los ex cónyuges aunque no fueran beneficiarios de pensión compensatoria en aquellos supuestos en los que la separación o divorcio hubiera tenido lugar antes de 1-1-2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007 y, por tanto, del nuevo condicionante de dependencia económica que supuestamente se materializa con esa nueva exigencia de ser perceptores de pensión compensatoria). Además de otros requisitos (edad superior a 50 años y que no hubieran transcurrido más de 10 años entre la fecha del divorcio y la fecha de fallecimiento del causante y una duración mínima del matrimonio de 10 años), se exigía también la existencia de hijos comunes. Posteriormente, la Ley 27/2011, de 1 de agosto añadió un nuevo epígrafe 2 a la citada D.A.18ª, eximiendo de ese requisito de existencia de hijos comunes pero, en contrapartida, incrementando la edad de los beneficiarios (65 años) y la duración del matrimonio (15 años).

Estos mismos supuestos son los vigentes en el actual TRLGSS con la salvedad de los declarados inconstitucionales por las 41/2013, de 14 de febrero y la STC 81/2016 de 25 de abril, referidas respectivamente a la regulación aplicable en el sistema de Seguridad Social (D.A.3ª Ley 40/2007/ y al Régimen de Clases Pasivas (D.A.15ª Ley 51/2007, de 26 de diciembre). La cuestión que vamos a abordar es si dicho requisito, en los supuestos vigentes,

puede entenderse que incurre en causa de discriminación atendiendo a la función que cumple la pensión de viudedad en nuestro sistema de seguridad social en cada uno de dichos supuestos y el papel que desempeña este criterio en dicho contexto. Es preciso tener presente que, de la parca regulación de los efectos del matrimonio en el Código Civil, se deduce que la finalidad de tal institución es la ayuda mutua, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo (arts. 67 y 68 Código Civil), lógicamente, en caso de que existan. Como no podía ser de otra manera, el Código Civil no contempla la generación de prole o descendencia entre las finalidades de la institución matrimonial, como así ocurre en el Derecho canónico, ni tampoco se contempla así en la definición de pareja de hecho que la Seguridad Social realiza de esta institución jurídica a los efectos de la generación de derechos en materia de viudedad (art. 221.2 TRLGSS)<sup>11</sup> –definición necesaria dada la ausencia de una definición común a nivel estatal–, que se limita a exigir que la pareja de hecho tenga “relación de afectividad análoga a la conyugal”. Y es importante señalar también que esta misma definición exige estrictos requisitos de notoriedad, publicidad, y duración o permanencia de la pareja, lo que no deja de tener su relevancia si tenemos en cuenta que el argumento que se utiliza en reiteradas ocasiones para justificar el requisito de la existencia de hijos comunes es la necesidad de evitar actuaciones fraudulentas.

### **3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LAS NORMAS CUESTIONADAS Y SU EVENTUAL APLICACIÓN A LOS RESTANTES SUPUESTOS DE EXIGENCIA DE HIJOS COMUNES**

#### **3.1. La doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la regulación de la D.A.<sup>3ª</sup> Ley 40/2007 y la D.A.15ª Ley 51/2007**

Como ya se ha anticipado, el Tribunal Constitucional sitúa el juicio de constitucionalidad no en la diferencia de trato entre parejas homo o transexuales y heterosexuales, como así hace el juzgado promotor de la cuestión de inconstitucionalidad en la STC 41/2013<sup>12</sup>, y por tanto, en las prohibiciones de discriminación enunciadas en el art. 14 –sin que a ello sea óbice que no figura expresamente citada la orientación sexual en tanto es reconducible a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social–, sino desde la

<sup>11</sup> Art. 221. 2 TRLGSS: A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

<sup>12</sup> Los términos en los que presenta la cuestión de inconstitucionalidad la Audiencia Nacional en relación a la D.A.15ª Ley 51/2007 son diferentes. Considera la Audiencia Nacional que la regulación incurre en la inconstitucionalidad que ya reconoció la STC 41/2013 pero interesa la declaración de inconstitucionalidad ante la imposibilidad de aplicarla por analogía al existir un precepto legal vigente. De hecho, en este aunque el Abogado del Estado solicita al igual que en el anterior la desestimación de la cuestión, la Fiscal, a diferencia del procedimiento anterior, sí interesa la estimación de la cuestión presentada, al identidad de fundamento y regulación en ambas disposiciones legales.

perspectiva de la cláusula general de igualdad del primer inciso del art. 14 CE, desactivando así la orientación e identidad sexuales como criterio diferenciador en tanto que, efectivamente, el requisito cuestionado se exige tanto a las parejas homosexuales como heterosexuales. Aun siendo esto así, y como luego se señalará, la forma en la que el Tribunal Constitucional centra el estudio y resolución de la cuestión de inconstitucionalidad no es irrelevante pues la doctrina de la discriminación indirecta puede jugar un papel importante en la valoración de la constitucionalidad de este requisito en el resto de supuestos en los que se exige, pues si bien se trata de una doctrina inicialmente referida a la igualdad entre hombres y mujeres, nada obsta para que pueda aplicarse también a otros supuestos con los que exista una identidad de razón.

Desde esta perspectiva más general, la estimación por el Tribunal Constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad se basa en la inexistencia de una finalidad objetivamente justificada, razonable y proporcionada, que permita justificar la diferencia de trato entre el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho a partir de la entrada en vigor de las respectivas normas (Régimen General, la Ley 40/2007; y Clases Pasivas, la Ley 51/2007) y el acceso excepcional para los hechos causante acaecidos antes del 1-1-2008. Se limita, pues, el Tribunal Constitucional, a acudir a su tradicional doctrina según la cual, *“(...) el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello (...) de tal suerte que para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En suma, el principio de igualdad en la ley no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (...)”*<sup>13</sup>.

El Tribunal Constitucional pasa así al análisis de las razones que pueden justificar esta exigencia adicional para el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho para hechos causantes anteriores a 1-1-2008. La Fiscalía, la Abogacía del Estado y el Letrado de la Seguridad Social, que coinciden en solicitar la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad (en el supuesto resuelto por la STC 41/2013, pero no así en el supuesto resuelto por la STC 81/2016, en la que la Fiscalía sí interesa la estimación de la cuestión), consideran que la existencia de hijos comunes sirve como criterio de la existencia efectiva de la relación de convivencia que se pretende proteger, sirviendo también para conjurar el riesgo de reclamaciones fraudulentas fundadas en hechos pretéritos de dudosa prueba, argumento que es rechazado por el Tribunal Constitucional *“(...) pues ni la circunstancia de haber tenido hijos en común acredita una mayor estabilidad o solidez de la unión de hecho,*

---

<sup>13</sup> STC 22/1981, de 2 de julio; STC 49/1982, de 14 de julio; STC 2/1983, de 24 de enero; STC 23/1984, de 20 de febrero; STC 209/1987, de 22 de diciembre; STC 209/1988, de 10 de noviembre; STC 20/1991, de 31 de enero; STC 110/1993, de 25 de marzo; STC 176/1993, de 27 de mayo; STC 340/1993, de 16 de noviembre; STC 117/1998, de 2 de junio; STC 200/2001, de 4 de octubre; y STC 39/2002, de 14 de febrero, entre otras.

*ni dicha circunstancia constituye el único medio de prueba posible sobre la estabilidad de la pareja (...)*”, añadiendo que la propia D.A.3ª Ley 40/2007 (y su equivalente la D.A.15ª Ley 51/2007) exige la convivencia ininterrumpida con el causante durante al menos 6 años (un año más que en el supuesto general de acceso a la pensión de viudedad para las parejas de hecho en hechos causantes posteriores a 1-1-2008) remitiendo a los términos establecidos en el primer inciso párrafo cuarto del art. 174.4 LGSS-1994. En definitiva, en ambos casos, tanto el hecho causante haya acaecido antes o después del 1-1-2008, se exige el requisito de convivencia estable y notoria como pareja de hecho con carácter inmediato al fallecimiento del causante y su acreditación en los mismos términos, es decir, mediante el certificado de empadronamiento. Por tanto, el Tribunal Constitucional descarta que el requisito cuestionado se justifique por la conveniencia de acreditar de forma inequívoca una efectiva y estable convivencia *more uxorio* entre el causante y el beneficiario, a fin de evitar posibles reclamaciones abusivas o fraudulentas.

Tampoco este requisito se justifica, a juicio del Tribunal Constitucional, en una pretendida finalidad de otorgar protección social a una concreta situación de necesidad. El Alto Tribunal es consciente de que la libertad de configuración que asiste al legislador le legitima para considerar merecedoras de mayor protección mediante la pensión de viudedad –y al margen de la pensión de orfandad que pueda corresponder a los hijos– las situaciones de necesidad en las que existan cargas familiares para el supérstite porque considere que en tales casos se acrecienta el daño económico resultante de la disminución de ingresos producida por el fallecimiento del causante. Y añade a continuación el Tribunal Constitucional: “(...) en este sentido, la mayor situación de dependencia económica que puede suponer, *al menos en hipótesis*, la existencia de hijos en común de la pareja de hecho a cargo del miembro supérstite (cuando los hijos sean menores o incapacitados) podría considerarse como justificación objetiva y razonable del requisito legal cuestionado, si no fuera porque los propios términos en que dicho requisito aparece formulado lo privan de fundamento”. Como se puede ver, el Tribunal Constitucional no descarta la posibilidad de que los hijos comunes puedan suponer, si están a cargo del supérstite, un requisito válido por derivarse del mismo una mayor dependencia económica –al margen de la pensión de orfandad que pudiera corresponderles– pero como luego veremos, a mi parecer se trata también de un requisito cuestionable en atención a la finalidad de la prestación. En todo caso, y volviendo a los argumentos del Tribunal Constitucional, considera que en este supuesto dicho argumento no es válido porque no se exige que dichos hijos comunes sobrevivan al causante o que estén a cargo del supérstite: lo relevante para el legislador es, *exclusivamente*, que exista esa descendencia común, lo que lo convierte en un requisito carente de justificación objetiva y razonable porque no responde a la finalidad de la pensión contributiva de viudedad configurada por la norma excepcional examinada, que no es propiamente atender a una real situación de necesidad o de dependencia económica, asegurando un mínimo de rentas, sino más bien resarcir frente al daño que produce la actualización de la contingencia (la muerte del causante) por la falta o minoración de ingresos de los que participaba el supérstite. A este argumento el Tribunal Constitucional añade que dicho requisito, además de carecer de justificación constitucionalmente legítima, es de *imposible cumplimiento* por razones biológicas, tanto para las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo (y razones jurídicas, al haber estado excluidas de la adopción hasta fechas recientes) como para las parejas de hecho de distinto sexo que no pudieron tener hijos por causa de infertilidad. La falta de justificación de este requisito en relación con la propia esencia o fundamento de la pensión de viudedad especial reguladas en

las normas examinadas y el hecho de que conduzca a un resultado desproporcionado al impedir injustificadamente a determinados supervivientes de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas) determina la declaración de inconstitucionalidad de ambas normas.

Hay que recordar que ambas sentencias cuentan con votos particulares<sup>14</sup> que, en esencia, reproducen las argumentaciones de las partes procesales que interesaban la desestimación de las cuestiones de inconstitucionalidad: a) la existencia de hijos comunes implica la existencia de mayores cargas familiares, anteriores y/o posteriores al hecho causante, cuya atención incide en todo caso sobre la capacidad económica del superviviente, por lo que su valoración por el legislador encaja en la lógica de una prestación dirigida a compensar el daño que la muerte del causante produce en el beneficiario por la falta o minoración de ingresos en los que participaba, sin que resulte desprovisto de sentido *presumir* que ese daño es mayor cuando *han existido hijos* comunes; b) su finalidad de constituir un indicio probatorio de la existencia de la relación de afectividad análoga a la conyugal al no exigirse en estos casos que la pareja de hecho esté inscrita en alguno de los registros específicos o mediante documento público, como así se exige para hechos causantes posteriores a 1-1-2008. En definitiva, como puede verse ambos argumentos se dirigen a poner de manifiesto su virtualidad probatoria: el problema, a mi parecer, es que aun con dicha finalidad, cierran el paso a otros mecanismos probatorios generando un resultado desproporcionado. Y a mayor abundamiento, no parece muy razonable afirmar –puesto que es una presunción *iuris et de iure*– que de “haber existido” hijos comunes se deriva un mayor daño, con independencia de que esos hijos estén a cargo o no o incluso de que hubieran haber podido premorir al progenitor ahora causante.

### **3.2. Sobre la eventual aplicabilidad de la doctrina constitucional al resto de supuestos en los que, en materia de viudedad, la existencia de hijos comunes constituye un criterio de atribución de derechos**

#### **3.2.1. La existencia de hijos comunes cuando el fallecimiento deriva de enfermedad común no sobrevenida al matrimonio (art. 219 TRLGSS)**

Con la aparente finalidad de prevenir y excluir accesos fraudulentos a la pensión de viudedad, la Ley 40/2007 introdujo una limitación para el acceso a la pensión de viudedad en los supuestos en los que el fallecimiento derivara de enfermedad común no sobrevenida al matrimonio. No hay expresa referencia a este objetivo ni en la Ley ni tampoco en el Acuerdo Social del que la Ley constituye su plasmación legislativa (Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006)<sup>15</sup>, pero no existe otra justificación para esta

---

<sup>14</sup> El voto particular a la STC 41/2013, de 14 de febrero lo es de su Presidente, Magistrado D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, al que se adhieren los Magistrados D. Ramón Rodríguez Arribas y D. Juan José González Rivas. El voto particular a la STC 81/2016, de 21 de abril, remitiéndose al anterior, lo firman igualmente su Presidente, el Magistrado D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, al que se adhiere el Magistrado D. Andrés Ollero Tassara.

<sup>15</sup> (...) En caso de matrimonio, para acceder a la pensión de viudedad, en los supuestos de fallecimiento del causante por enfermedad común, se requerirá un período previo de vínculo conyugal de dos años o la existencia de hijos en común con derecho a pensión de orfandad.

De no acreditarse ese período y ante la ausencia de hijos con derecho a pensión de orfandad, se concederá una pensión temporal con una duración equivalente al período acreditado de convivencia matrimonial.

restricción de la acción protectora en materia de viudedad que sí se menciona, sin embargo, durante su tramitación parlamentaria<sup>16</sup> aunque la propia norma se refiere a que se trata de un supuesto “excepcional”. Así pues, tras la reforma legal, el acceso a la pensión de quienes están casados –supuesto en el que, hay que recordar, no se exige dependencia económica, como así acontece en el caso de las parejas de hecho– cuando el fallecimiento deriva de enfermedad común preexistente al matrimonio<sup>17</sup>, para tener acceso a la pensión vitalicia de viudedad, se exige que el matrimonio se hubiera celebrado con un año mínimo de antelación a la fecha del fallecimiento del causante o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. La existencia de hijos comunes –sin necesidad de que sean beneficiarios de pensión de orfandad, como así se exigía en el Proyecto de Ley–, aparece como requisito alternativo a la exigencia de que el matrimonio haya tenido una duración mínima de un año<sup>18</sup>.

De este carácter alternativo caben dos hipotéticas interpretaciones o lecturas. La cuantitativa: dada la duración de la gestación (o de los procesos de adopción), la existencia de hijos constituye una prueba –iuris et de iure– de la existencia de una relación de convivencia *more uxorio* previa al matrimonio, aunque se haya contraído cuando ya se tenía conocimiento de la enfermedad común determinante del óbito del causante. La cualitativa: a juicio del legislador, la existencia de esos hijos comunes aporta un valor añadido al matrimonio, que no tiene relación con la dependencia económica pues no se exige esta, ni de forma expresa ni tampoco por la vía indirecta de requerir que sean beneficiarios de pensión de orfandad, si es que este criterio realmente sirve para tal finalidad. En atención a que se exime del requisito de la duración mínima y por tanto, también de su “alternativa” –la existencia de hijos comunes–, cuando en la fecha de celebración del matrimonio se acredita un determinado periodo de convivencia con el causante (el previsto en el art. 221.2

<sup>16</sup> A este acceso tendencioso a las pensiones de viudedad hace referencia el Diputado de Esquerra Republicana de Catalunya, Sr. Tardà i Coma, para descartar que esa finalidad justifique la restricción de derechos que esta nueva limitación supone: “Las prestaciones de viudedad también merecen un análisis pormenorizado. Nos congratulamos de que se adapte la prestación parcialmente a los nuevos tiempos y se reconozcan las prestaciones a las nuevas realidades de uniones estables, tal como mencionaba el señor ministro, pero este reconocimiento para muchos gays, lesbianas, transexuales y otras parejas que decidan unirse fuera del sistema tradicional establecido por los valores dominantes no puede revertir, a nuestro entender, en el recorte que se contiene en el proyecto de ley. La limitación al acceso a la prestación de viudedad para matrimonios de más de dos años o con hijos comunes introduce de facto –y este es otro factor que no entendemos– la casta, entre comillas –si se me permite la expresión–, en los matrimonios. Que alguien aproveche la prestación de viudedad para lucrarse con una prestación del sistema no puede justificar bajo ningún concepto la medida que se pretende instaurar y que no dejará opción a muchas parejas de jóvenes, y mucho menos a las parejas de hecho, a las que se pretende requerir cinco años. Se da, pues, un trato diferente –nosotros nos preguntamos si no es anticonstitucional– a quien por razones ideológicas ha decidido utilizar una fórmula de unión distinta. Se propone la medida de la prestación temporal para el caso de que no pueda acceder a la misma, pero no tiene nada que ver con la prestación vitalicia que se venía concediendo” Diario de Sesiones (Congreso de los Diputados), nº 256, 2007.

<sup>17</sup> La restricción a las enfermedades no sobrevenidas se operó durante la tramitación parlamentaria pues el proyecto de ley –así como el Acuerdo social del que deriva– se referían a todos los supuestos fuera o no sobrevenida. Vid. Sobre este particular, la intervención del senador del Grupo Mixto Sr. Urrutia Elorza: “(...) otra cuestión que nos preocupa respecto de las pensiones de viudedad, y así lo refleja una de nuestras enmiendas, es el fallecimiento por enfermedad común. La exigencia de un período mínimo de dos años o de hijos comunes constituye una restricción al acceso de esta prestación.

¿Qué pasa si la enfermedad no se hubiera detectado antes de la celebración del vínculo? Diario de Sesiones (Senado), nº 137. Su enmienda nº 2 proponía su supresión. E igualmente, la enmienda nº 14 (Congreso) de la Diputada del Grupo Mixto Sra. Lasagabaster Olazábal solicita la exclusión de aquellos supuestos en los que la enfermedad es conocida con posterioridad al matrimonio (o constitución de la pareja de hecho).

<sup>18</sup> El Proyecto de Ley y el Acuerdo Social señalado cifraba esta duración en dos años.

TRLGSS), parece lógico pensar que el legislador utiliza aquí este criterio en su sentido cuantitativo, como indicio de la existencia de esa relación de afectividad, excluyendo así que el “precipitado” matrimonio tenga por finalidad el acceso fraudulento a una prestación vitalicia de viudedad. Hay que recordar que el incumplimiento de este requisito no impide el acceso total a la protección por viudedad sino únicamente a la pensión vitalicia, al haber creado la norma un supuesto de pensión temporal de viudedad<sup>19</sup> como en los orígenes de nuestro sistema de seguridad social, pero con otra finalidad y regulación (vid. Supra). Pero hay que tener en cuenta que la convivencia que excluye la exigencia de una duración mínima al matrimonio y su alternativa –los hijos comunes– es muy dilatada (cinco años), y exige su acreditación a través del certificado de empadronamiento. Es importante señalar que no estamos aquí valorando la adecuación constitucional de la exigencia de una duración mínima al matrimonio, previsión que, pese a su carácter restrictivo en relación a la regulación anterior, podría entrar dentro de la libertad que el Tribunal Constitucional reconoce al legislador para la configuración legal del sistema de Seguridad social en función de sus disponibilidades financieras. Lo que se está valorando es si ese requisito alternativo puede calificarse de discriminatorio por ocasionar un resultado desproporcionado. Y la única conclusión que posiblemente proceda sea la afirmativa. La existencia de hijos comunes puede ser un indicio –en esa dimensión cuantitativa– de la existencia de una convivencia anterior al matrimonio, pero no puede ser el único medio de prueba admisible, con exclusión de cualquier otro. La supervivencia del causante incluso en el supuesto de que la enfermedad sea anterior al matrimonio no queda a su voluntad y casi parece una carrera contrarreloj frente a la que, finalmente, se manifiesta como inevitable muerte. Se discrimina así, en general, por una condición personal que entra dentro de la libertad de elección del sujeto o incluso queda fuera de su poder de disposición: en el caso de parejas heterosexuales, problemas de fertilidad o de su capacidad de procreación, que son discriminadas por esa condición o circunstancia biológica y, en el caso de las parejas homo o transexuales, la discriminación lo es por razón de orientación o identidad sexual, pues incluso presuponiendo su voluntad de ser padres (biológicos o por adopción), los procesos de adopción son muy largos, y desde luego, se dilatan más allá de los 9 meses de la gestación, y respecto de la eventual maternidad biológica en el caso de las parejas de lesbianas, la fecundación artificial también suele precisar de un largo tiempo, amén de su elevado coste económico. Pero incluso en supuestos de matrimonios heterosexuales fértiles, el hecho de que la única forma de acreditar la veracidad de la relación de afectividad cuando desgraciadamente el matrimonio no llega a cumplir un año y excluir la presunción de actuación fraudulenta que subyace a la redacción del precepto legal sea la existencia de hijos comunes, discrimina también a las parejas heterosexuales jóvenes pues la realidad pone de manifiesto que, cada vez más, se pospone la paternidad, aun cuando no es este el colectivo mayormente beneficiario de estas pensiones. Por consiguiente, aunque la finalidad de la regulación pudiera estar justificada, la medida no parece adecuada a la naturaleza de la protección dispensada ni es tampoco proporcional pues, pese a su aparente neutralidad, perjudica ostensiblemente a un colectivo específico: aquellos que no pueden o les resulta más difícil tener descendencia común. Como señalan las sentencias del Tribunal Constitucional antes señaladas, este requisito carece de justificación en relación con la propia esencia o fundamento de la pensión de viudedad y el hecho de que conduzca a un resultado

<sup>19</sup> La duración que se exigía en el Acuerdo Social señalado y en el Proyecto de Ley presentado para su tramitación parlamentaria.

desproporcionado al impedir injustificadamente a determinados supervivientes de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada por ser de imposible o más difícil cumplimiento lo convierten en discriminatorio.

### **3.2.2. El papel de la descendencia común con derecho a pensión de orfandad en la cuantificación de la dependencia económica exigible para el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho (art. 221 TRLGSS)**

El reconocimiento a las parejas de hecho de la posibilidad de acceder a la pensión de viudedad constituyó la medida estrella de la Ley 40/2007 en materia de viudedad. Con todo, y en línea con las futuras reformas que se anunciaban de esta prestación<sup>20</sup>, el acceso a la protección de la protección de las parejas de hecho quedó restringido a los supuestos en los que existiera dependencia económica del superviviente respecto del causante. Se iniciaba así el camino para restablecer el requisito de la dependencia económica para el acceso a la pensión de viudedad y se hacía en el supuesto que iba a generar menos controversia y en el que el legislador partía sin condicionantes previos, en tanto supuesto de nueva creación. La definición de “dependencia económica” aparece así como el caballo de batalla de esta nueva regulación, pues su mayor o menor amplitud abre o cierra el acceso a esta prestación para las parejas de hecho.

Como es sabido, el legislador optó por dos criterios para la definición de esta dependencia económica. En primer lugar, un criterio relativo, en el que lo importante es el peso o porcentaje que los ingresos del causante tienen en el conjunto de los ingresos de la pareja, cualesquiera que estos sean. Y en segundo lugar, un criterio absoluto, que valora los ingresos del superviviente en relación al salario mínimo interprofesional, para aquellos casos de menores ingresos en los que la aplicación de la regla primera pudiera suponer la exclusión de la protección, por ser el superviviente el mayor aportante al conjunto de ingresos –exiguos– de la pareja. En ambos criterios se recurre nuevamente a la existencia de hijos comunes, en este caso con derecho a pensión de orfandad: así, en el criterio absoluto, el porcentaje que el superviviente aportaba al conjunto de ingresos de la pareja se reduce del 50 al 25% en caso de inexistencia de hijos con derecho a pensión de orfandad, o lo que es lo mismo, que en ausencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, sólo existe la dependencia económica cuando el causante aportara más del 75% de los ingresos de la pareja, frente al 50% en caso de existencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. Es de significar que en este supuesto es indiferente el número de hijos comunes: la mera existencia de un hijo con derecho a pensión de orfandad ya tiene ese valor modificativo o, en términos negativos, su inexistencia ya conlleva la imposibilidad de acceder a la pensión por falta de “dependencia económica”. Por el contrario, el número de hijos con derecho a pensión de orfandad sí es relevante en el criterio relativo: existe también dependencia económica cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo

---

<sup>20</sup> El Acuerdo sobre Medidas de Seguridad Social de 13 de julio de 2006 se refiere expresamente a la exigencia de la dependencia económica en todos los supuestos: matrimonio, parejas de hecho y ex cónyuges: “(...) La pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes: matrimonio; parejas de hecho, siempre que tuviesen hijos en común con derecho a pensión de orfandad y/o existiese dependencia económica del sobreviviente respecto del causante de la pensión; o personas divorciadas perceptoras de las pensiones previstas en el Código Civil”.

interprofesional vigente en el momento del hecho causante, límite que se incrementa en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

Nada dice la norma sobre la finalidad de la previsión, ni tampoco es deducible de su tramitación parlamentaria, siendo de significar que esta previsión no fue objeto de ninguna enmienda parlamentaria. Es de suponer que su finalidad responde a la existencia de unas mayores cargas familiares, pero esta conclusión resulta contradicha por el hecho de que se exija que dichos hijos sean comunes y además, beneficiarios de pensión de orfandad, en tanto esta mayor carga es atendida precisamente mediante la pensión de orfandad cuyo acceso no está vedado, como no podría ser de otra manera, por la filiación no matrimonial del hijo (art. 39 CE). El legislador reduce así las cargas familiares que supuestamente tienen incidencia sobre la dependencia económica del superviviente de la pareja de hecho a los hijos que son comunes, con exclusión, por ejemplo, de los eventuales hijos privativos del causante o del supérstite que pudieran estar a cargo de este último u otras cargas familiares, como ascendientes o hermanos de uno u otro miembro de la pareja. Sin embargo, utiliza otra definición de cargas familiares, como antes se ha señalado, para aplicar un porcentaje superior al general para el cálculo de la cuantía de la pensión, que aunque restrictiva pues excluye cargas familiares de ascendientes u otros familiares, comprende, por lo menos, a menores acogidos, sin olvidar tampoco que su finalidad es mejorar “excepcionalmente” la cuantía de la pensión de viudedad cuando existen tales cargas familiares y no, como en este caso, cerrar el acceso a la misma.

A igual que en los supuestos anteriores, también se nos plantean dudas sobre si se trata de una medida razonable en relación a su finalidad. Obviamente, no es cuestionable que el legislador, en la libertad de configuración del sistema de seguridad social que le asiste, exija como requisito la dependencia económica del supérstite: la cuestión es si la forma de medición de esa dependencia es o no razonable y/o conduce a resultados desproporcionados o susceptibles de generar discriminación. Y al igual que en el supuesto anterior, la respuesta debe ser, a mi parecer, afirmativa. Por un lado, y aunque pueda parecer lo contrario, la existencia de esos hijos comunes con derecho a pensión de orfandad no implica necesariamente unas mayores cargas familiares, tanto porque es beneficiario de la pensión de orfandad y la situación de necesidad del huérfano se atiende a través de esta prestación, como por el hecho de incluso es jurídicamente posible que dicho hijo realice una actividad retribuida manteniendo el derecho a la pensión de orfandad (art. 224.2 TRLGSS). El propio hecho de que el número de hijos no tenga incidencia en la forma de cálculo de la dependencia económica que se deriva de la regla absoluta abunda en la falta de proporcionalidad de la norma, a lo que añade el hecho de que en el criterio relativo –pero no así en el absoluto– se exija que los límites económicos se mantengan en el momento del hecho causante y durante toda su percepción (párrafo segundo del art. 221.2 TRLGSS). Hay que insistir en que no se cuestiona –aunque sea discutible que el criterio relativo sirva realmente para indicar una “dependencia económica” (otra cosa es el perjuicio o daño que supone la pérdida de esos ingresos)– la fórmula seleccionada por el legislador para calcular la dependencia económica: lo que se cuestiona es que en dicha fórmula se tome en consideración la existencia de hijos cuando de su existencia no necesariamente se derivan esas “cargas familiares”. Y en tanto medida que, neutral, tiene mayor incidencia sobre unos determinados colectivos caracterizados por una circunstancia personal como es la orientación

e identidad sexuales, cabría aplicar la doctrina de la discriminación indirecta y considerar inconstitucional esa forma de medición de la dependencia económica.

### **3.2.3. Pensión de viudedad de cónyuges separados judicialmente o divorcios sin pensión compensatoria e hijos comunes (D.A.18<sup>a</sup>). Reconocimiento excepcional para separaciones judiciales y divorcios anteriores a 1-1-2008**

La regulación del acceso a la pensión de viudedad de los ex cónyuges también fue objeto de reforma por la Ley 40/2007 con el objeto de establecer como requisito la dependencia económica del superviviente respecto del causante, dependencia económica que quiso situarse o concretarse en la percepción por aquél y a cargo de éste de una pensión compensatoria. Sin embargo, la confusa redacción del entonces art. 174.2 LGSS-1994<sup>21</sup> dio pie a diversas resoluciones judiciales<sup>22</sup> que interpretaron que la norma no exigía la percepción de pensión compensatoria como requisito de acceso a la pensión de viudedad, sino que lo que exigía era que, de percibirse dicha pensión, se extinguiera con el fallecimiento del causante. Las citadas sentencias resolvían los procedimientos judiciales iniciados por demandantes de pensiones de viudedad, divorciados con anterioridad a la reforma y cuyos convenios reguladores no fijaban o establecían pensión compensatoria, pero en relación a hechos causantes producidos en los meses siguientes a su entrada en vigor.

La solución a la controversia vino con la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, cuya D.F.3<sup>a</sup> llevó a cabo dos modificaciones. Por un lado, reformó la redacción legal en aras a clarificar que la percepción de la pensión compensatoria constituía el requisito de acceso a la pensión de viudedad para los cónyuges separados judicialmente o divorciados. Por otro lado, introdujo una nueva Disposición Transitoria 18<sup>a</sup> en la LGSS-1994 por la que se permitía el acceso a la pensión de viudedad en aplicación de la normativa anterior a la Ley 40/2007 –es decir, sin exigencia de pensión compensatoria– cuando la separación judicial o el divorcio hubieran tenido lugar antes de 1-1-2008. Además, se exigía: a) que entre el divorcio y el hecho causante no hubieran transcurrido más de 10 años; b) que el matrimonio hubiera tenido una duración mínima de 10 años; c) y una edad superior a 50 años o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. Con posterioridad, la Ley 27/2011, de 1 de agosto (D.F.7.9) introdujo un nuevo apartado 2 a la citada D.T.18<sup>a</sup> LGSS-1994 permitiendo el acceso a la pensión de viudedad en el mismo supuesto –es decir, para separaciones judiciales y divorcios ocurridos antes de 1-1-2008 cuando, aún no existiendo hijos comunes, los solicitantes tuvieran 65 o más años, no tuvieran derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no hubiera sido inferior a 15 años. En estos mismos términos se recoge en la actualidad en la vigente D.T.13<sup>a</sup> TRLGSS.

<sup>21</sup> 2. En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante.

<sup>22</sup> Entre otras, SJS de 28-7-2008 (núm. proc. 329/2008), SJS de 10-7-2008 (ss. núm. 410/2008), STSJ núm. 3 de Santander de 27-10-2008 (S. núm. 460/2008) y SJS Huesca de 19-1-2009 (S. núm. 12/2009).

Vaya por delante que en tanto se trata de una norma de derecho transitorio y en relación a una situación normativa en la que todavía no estaba reconocido el acceso al matrimonio a las parejas homo o transexuales, esta cuestión afecta exclusivamente a matrimonios heterosexuales: aquellos separados legalmente o divorciados con anterioridad a 1-1-2008 sin haber pactado pensión compensatoria. No se trata, pues, de situar la tacha de discriminación en ninguna condición personal ni resulta, por tanto, aplicable la doctrina de la discriminación indirecta. En este caso, la discriminación más bien cabe situarla en la ausencia de justificación objetiva y razonable de esa exigencia en el contexto de la regulación de la pensión de viudedad. No se entiende qué equivalencia existe entre la exigencia de una determinada edad al supérstite (50 años) y haber tenido hijos con el causante. Si el legislador ha querido restringir la aplicación de esta norma por razones económico-financieras, o por otra razón legítima, debería haberse limitado a exigir una determinada edad en la consideración, razonable, de que el supérstite joven es todavía empleable, por ejemplo. Pero intercambiar la edad por la existencia de hijos comunes hace aparecer la maternidad/paternidad como un premio a los matrimonios que han tenido hijos, otorgándoles así un mayor valor jurídico. Y aunque pudiera parecer lo contrario, esta conclusión se refuerza con la adición por la Ley 27/2001 del segundo supuesto en la que la supresión de este requisito de los hijos comunes se hace a costa de un endurecimiento de los otros requisitos: la edad exigida al supérstite –que se eleva desde los 50 a los 65 años (nada menos que 15 años)– y también la duración mínima exigida al matrimonio, que pasa de 10 a 15 años. No hay nada que objetar a la previsión de medidas de fomento de la natalidad incluso a través del reconocimiento de mayores beneficios en el ámbito de las prestaciones, como algunas de las que el legislador ha establecido más recientemente (por ejemplo, el complemento por maternidad en las pensiones contributivas recogido en el actual art. 60 TRLGSS-1994) en tanto es un complemento o mejora, pero acudir a la existencia de hijos sin que dicha maternidad/paternidad tenga ninguna conexión con la finalidad de la protección y con un efecto excluyente del acceso a esta o dificultando el acceso, es claramente discriminatorio por incumplimiento del primer juicio de constitucionalidad: la existencia de una justificación objetiva y razonable.

# Medidas específicas incorporadas a la pensión de jubilación desde 2011, como parrilla de salida para una reforma necesaria

## Specific measures incorporated to retirement pension from 2011, as starting grid for a necessary reform

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

*PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

*UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ*

### Resumen

La pensión de jubilación es una de las cuestiones que urge reformar y que deberá acometer el nuevo Gobierno. Es algo a lo que no dejan de aludir las diversas formaciones políticas. No es posible seguir así, no es posible afrontar la viabilidad del sistema de Seguridad Social con el actual mecanismo de reparto, porque no cotizan suficientes trabajadores para financiar las prestaciones de la Seguridad Social, se mire por donde se mire. De ahí que quisiera en estas páginas que amablemente me han cedido los dirigentes de la revista, realizar un repaso a las medidas que con mayor o menor acierto en mi opinión se han plasmado en forma de ley y de norma reglamentaria para finalizar con una propuesta que ayude a solucionar este problema.

### Abstract

The retirement pension is one of the issues that need to reform and should undertake the new government. It is something that no longer refer the various political formations. You can not go on like this, it is not possible to address the viability of the social security system with the current sharing mechanism, because not quoted enough workers to fund Social Security benefits, you look where you look. Hence wanted in these pages I have kindly provided the leaders of the journal, conduct a review of the measures with greater or lesser success in my opinion have been translated into law and regulatory standard to finish with a proposal that help solve this problem.

### Palabras clave

Pensión, reforma, jubilación, medidas, Seguridad Social

### Keywords

Pension, reform, retirement, measures, Social Security

## 1. INTRODUCCIÓN

Escribo estas líneas en una tórrida tarde de agosto, con la tranquilidad de que el tema a tratar y cualquiera que se quiera sobre nuestra Seguridad Social, no ha variado desde hace mucho tiempo, y menos en lo que afecta a las pensiones, concretamente respecto de la pensión de jubilación, tema que nos ocupa. Y todo ello, gracias a la falta de Gobierno, que impide cualquier tipo de reforma en materia de pensiones, por mínima que pueda parecer.

Antes de iniciar la tarea que se anuncia en el título de esta colaboración se debe dejar sobre el tapete, algo que me parece de vital importancia. En el año 1995, los partidos políticos se sentaron a debatir sobre dos cuestiones que resultaron muy positivas: por un lado, se pusieron de acuerdo sobre la necesidad de adoptar una serie de medidas (llamadas recomendaciones) necesarias para que las pensiones pudieran ser viables en el futuro; por otro, hubo un pacto de caballeros, en el sentido de no hacer “política” de este tema, de acusar al partido del Gobierno sobre las políticas que este desarrollara en materia de pensiones, precisamente porque tales políticas debían ser consensuadas entre todos, Gobierno y oposición. Ese acierto al que se llegó, a mi parecer no debería perderse en el olvido. Al contrario, es importante adoptar nuevas medidas que alejen el riesgo de que nuestro sistema de Seguridad

Social “entre en pérdida” como se diría en términos aeronáuticos. Las razones para ello han sido ciertamente reiteradas, pues además de la profunda crisis económica y de empleo que hemos sufrido que no parece querer irse, existen otras causas más persistentes, endogámicas diría, como es el vuelco de la pirámide de población, al haber existido un período reciente muy escaso de nacimientos, unido a las cada vez mayores expectativas de alargamiento de la vida<sup>1</sup>, merced a los avances de la medicina, y que junto a las futuras jubilaciones de los *baby boom* de los años sesenta, provocarán si se mantienen los actuales mecanismos, que muy pocos trabajadores puedan cubrir las pensiones de una gran parte de sujetos protegidos de la Seguridad Social que se jubilan o acceden a otra pensión (invalidez, viudedad, orfandad). Con esa perspectiva resulta fácil presumir que no será posible financiar las pensiones con los actuales principios de solidaridad y unidad de caja. Principios que se concretan en la aplicación de un sistema de reparto en virtud del cual, los cotizantes de hoy (trabajadores y asimilados) financian las prestaciones económicas de los beneficiarios de hoy. Ambos colectivos (cotizantes y beneficiarios) conforman el sistema de Seguridad Social, y mientras que los primeros tienen la obligación de financiar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, los segundos, después de un largo peregrinar deambulando por el sistema, perciben las prestaciones a las que por reunir determinados requisitos tienen derecho, pues ellos también, en su día ocuparon el lugar de los cotizantes. Como se desprende de ello, ya se dijo hace años en medios periodísticos por quien tenía autoridad para decirlo, que «el sistema funciona de manera eficiente cuando el número de trabajadores que entran como cotizantes al sistema es análogo al de los que se jubilan, si esto no sucede el sistema sólo se equilibrará subiendo las cotizaciones o reduciendo las pensiones»<sup>2</sup>.

En consecuencia, si en algún momento, existieran menos cotizantes que beneficiarios, ciertamente habría que tomar medidas que paliaran, al menos los efectos directos de esa situación. De ahí la preocupación de las autoridades que rigen los destinos de nuestra Seguridad Social y de los grupos políticos, advirtiendo la necesidad de adoptar los ajustes adecuados para garantizar la viabilidad del sistema.

La buena noticia, a mi juicio, es que no se trata de una situación imprevisible, sino que con antelación es posible tejer un programa que contenga las medidas que contrarresten esos negros nubarrones que se ciernen sobre el futuro de los pensionistas de Seguridad Social. No se podrá decir que no se sabía, o que no dio tiempo a buscar soluciones a tales previsiones.

Creo que son muchas las medidas que se pueden adoptar, desde la correcta regularización de inmigrantes (algo que se ha intentado recientemente, aunque con resultados desiguales); la progresiva incorporación de la mujer en el mundo laboral, en especial en aquellas actividades tradicionalmente excluidas. En suma, medidas orientadas a favorecer la contratación laboral de personas, entre las que no está de más, ni mucho menos, la primera de todas, el fomento de la natalidad, a través de ayudas a las familias, como primera célula de la sociedad para crear una base amplia de trabajadores que mantengan un sistema de Seguridad Social con los actuales principios.

---

<sup>1</sup> Se dice que la edad media de la población mundial se está incrementando a razón de cuatro meses por año (cfr. GARCÍA GIL, M. B., *Los instrumentos jurídicos de la política de empleo*. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 178).

<sup>2</sup> BAREA TEJEIRO, J., «Transparencia en la reforma de las pensiones». *La Razón*, 1 de noviembre de 2006, pág. 30.

Junto a todas esas medidas y a otras muchas, que con seguridad irán acompañadas de notables correcciones en la regulación jurídica sobre el modo de funcionar de la Seguridad Social, desde hace algún tiempo pensaba, en esta línea de los ajustes técnicos, que se podría estimular una medida, impopular por cierto que creo debiera ser la primera en ser impulsada por nuestros legisladores. Se trata de una modificación en la normativa de nuestra Seguridad Social, que afecta esencialmente a la edad de jubilación ordinaria de los trabajadores, y que propugna la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación.

En efecto, como es sobradamente conocido, el momento previsto por la Ley para que se produzca el hecho causante en la pensión de jubilación, una vez cumplidos los requisitos exigidos, como son el alta en la Seguridad Social, y en todo caso, la carencia genérica de quince años y específica de dos años en los últimos quince años, es el del cese en el trabajo, habiendo cumplido una edad que se ha mantenido en los 65 años<sup>3</sup> desde inicios del pasado siglo<sup>4</sup>. Lo que constituye en la actualidad una auténtica edad de jubilación anticipada, pues a los 65 años, en la mayoría de los casos, todavía se disfruta de buena salud y de fuerzas para desempeñar la mayoría de actividades. Todo lo contrario de lo que sucedía cuando se estableció esa edad, a principios del siglo XX, como frontera para, percibir la pensión de jubilación, pues además de que muy pocos la alcanzaban, la mayoría de los que lo conseguían llegaban en un estado francamente deplorable, pues la esperanza de vida en esos años era muy corta.

Quisiera insistir, en la necesidad de conectar la filosofía de aquellos años que acertó de lleno al crear la pensión de jubilación, con la finalidad de las prestaciones de la Seguridad Social, cuando la edad avanzada hiciera muy dificultoso el mantenimiento del trabajador en la actividad laboral.

Así pues, conviene profundizar en el contenido del riesgo cubierto en la pensión de jubilación contributiva, pues en realidad, la contingencia cubierta es la protección de la subsistencia de las personas cuando alcanzan el ciclo humano de la vejez o ancianidad. Quizá por ello, en épocas anteriores al siglo XX, ni siquiera se planteó que el hecho de alcanzar esas edades pudiera constituir una contingencia protegible, ya que en la antigüedad la esperanza de vida era muy reducida comparada con la de hoy en día, y bastaba con cubrir las concretas contingencias que iban sucediéndose en la actividad laboral, a través de diversas medidas de protección, sin considerar la edad del trabajador como un parámetro significativo a tener en cuenta, sino que a lo largo de la historia, la vejez ha estado subsumida en otras contingencias obteniéndose protección mediante las denominadas por la doctrina “técnicas inespecíficas de protección de la vejez”, pues no se protegía al anciano por el hecho de su vejez, sino porque se trataba de un anciano enfermo o inválido o pobre, lo que hoy día llamaríamos un anciano dependiente<sup>5</sup> o con discapacidad.

---

<sup>3</sup> En la actualidad sigue siendo posible jubilarse a los 65 años, siempre que el trabajador acredite además de los requisitos ordinarios de alta y cotización, una cotización que varía en función del año en que tiene lugar el hecho causante, así en 2016, será necesario haber cotizado 36 o más años.

<sup>4</sup> El Real Decreto de 11 de marzo de 1919, estableció en el retiro obrero, una pensión inicial de 365 pts. al año, algo más de 2 euros, a partir de los 65 años.

<sup>5</sup> Cfr. MALDONADO MOLINA, J. A., *Génesis y evolución de la protección social por vejez en España*, MTAS. TGSS. Madrid, 2002, pág. 15.

Así las cosas, se consideró en aquella primera legislación sobre la pensión de jubilación, la necesidad de que se garantizara a las personas mayores que hubieran alcanzado una determinada edad y que hubieran realizado una actividad laboral durante un período determinado, el disfrute de una pensión de retiro, considerando una edad –los 65 años de edad–, que, entonces se consideraba inalcanzable o que si se llegaba a ella era en condiciones en las que se presumía, con una presunción “*iuris et de iure*”, que no era posible su continuidad en la actividad laboral.

El mero transcurso de los años ha propiciado que la finalidad de la pensión de jubilación haya quedado desvirtuada. Hoy día a los 65 años, no sólo llegan muchos trabajadores en plenitud de facultades, dispuestos a disfrutar del tiempo que les resta de vida y “aprovecharse” de alguna forma de las prestaciones que le otorga la Seguridad Social, sino que en la mayoría de los casos, ni siquiera se espera a cumplir la edad ordinaria de jubilación, acogiendo a las diversas modalidades que facultan al trabajador para jubilarse anticipadamente (aún más) respecto a la edad ordinaria. Ante esto, cabría preguntarse seriamente, si este planteamiento responde a la finalidad de la acción protectora de la Seguridad Social. Parece que la respuesta debe ser negativa.

Y es que, si la acción protectora de la Seguridad Social en el nivel contributivo debe dirigirse al otorgamiento de cobertura cuando se produce la actualización de los riesgos, tampoco puede olvidarse que esos riesgos se han considerado, en atención a la situación de necesidad que originan. Y esa situación no se ha corregido desde la creación del retiro obrero –el cumplimiento de 65 años de edad–, siendo así que las circunstancias han cambiado. Y dado que, no existe la obligación de acreditar la necesidad, sino que ésta se presume *iuris et de iure*, al actualizarse la contingencia es por lo que, en muchos casos, se otorgan pensiones, sin que exista una real situación de necesidad, por encontrarse el trabajador en perfectas condiciones para desarrollar su trabajo.

### **El retraso en la jubilación**

La cuestión que se debate es si tal estado precisa realmente de una pensión de jubilación, o, si bajo este camuflaje se esconden unas vacaciones indefinidas financiadas por el Estado. A este respecto, conviene «dejar constancia, que el sistema público de Seguridad Social no fue diseñado en su origen, ni ha evolucionado, hacia una institución que incite a retirarse del mundo del trabajo»<sup>6</sup>.

Creo razonable, por tanto, que se prolongue la vida laboral de los trabajadores. Otra cosa es que no sea una medida popular, y sin embargo, por paradójico que pudiera parecer, me parece que sería una respuesta sólida, no sólo para amortiguar el elevado gasto social del sistema de la Seguridad Social, sino para incentivar la autoestima personal de los propios trabajadores, e incluso para sus empresas, al aprovechar la experiencia y los conocimientos de los trabajadores de más edad.

---

<sup>6</sup> FERRERAS ALONSO, F., «Un acuerdo por la viabilidad del sistema público de protección social y a favor del empleo y de la competitividad», *Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social*. MTAS. Colección Seguridad Social, núm. 30. Madrid. 2006, pág. 29.

En ese sentido, el intento de persuadir a los trabajadores de la conveniencia de mantenerse en la actividad laboral, tuvo su inicio, como se recordará, en la 10ª Recomendación del “Pacto de Toledo”, que propone: «la jubilación debe ser flexible y dotada de los caracteres de gradualidad y progresividad»<sup>7</sup>. Más tarde, el “Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social”<sup>8</sup>, desarrolló tales características que se plasmaron, a través de diversas medidas flexibilizadoras que fueron incorporadas al requisito de la edad en la pensión de jubilación por la *Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible*. En el preámbulo se justifica la Ley, por la finalidad de no impedir «una presencia social activa de los ciudadanos» que se encuentran con posibilidad de causar derecho a percibir la pensión de jubilación, dotándola de las notas de “gradualidad” y “progresividad”, afectando tales medidas, en especial, a la edad de jubilación del trabajador.

Y es en este punto, el de la edad, en donde creo se debe seguir trabajando con un espíritu semejante al que propició la Ley 35/2002. Y todo ello, con la finalidad de no impedir una presencia social activa de los ciudadanos que se encontraran con posibilidad de causar derecho a percibir la pensión de jubilación. Es lo que se llamó el alargamiento o prolongación de la vida laboral activa.

Entonces eran tres las razones que, según la Ley 35/2002, apoyaban tal objetivo y que a la vista del RDL 5/2013 siguen vigentes como son:

1ª) La propia autoestima del trabajador, que en determinadas circunstancias emocionales del trabajador podría ser objeto de consideración.

2ª) El aprovechamiento de la experiencia y los conocimientos de los trabajadores de más edad, pues en determinadas actividades, como pueden ser, la enseñanza o la investigación universitarias, resulta enriquecedor tal conocimiento y experiencia.

3ª) Los efectos sobre el sistema de pensiones. Es obvio que si un trabajador tiene derecho a la pensión de jubilación contributiva, y en lugar de ello alarga su actividad laboral, liberaría al Estado del pago de su pensión, con lo que ello supone de ahorro para las arcas de la Seguridad Social.

Más de diez años después se mantuvo esa política con el *Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo*<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Informe de la ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse. Pacto de Toledo. MTAS. Colección Seguridad Social, núm. 15, pág. 56. En esa misma Recomendación 10ª, ya se advertía que «el acceso a la pensión de jubilación no debe impedir una presencia social activa del pensionista. En tal sentido y sin perjuicio de mantener la edad ordinaria de jubilación en los 65 años, resultaría muy aconsejable, en términos financieros y sociales, facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen».

<sup>8</sup> El Acuerdo fue firmado en fecha 9-4-2001, por el Gobierno, Confederación de CC.OO., CEOE, y CEPYME.

<sup>9</sup> Convalidado por Resolución de 11 de abril de 2013, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (BOE del 17).

El RDL 5/2013, recuerda extraordinariamente ese primer intento de “prolongación de la vida laboral activa”, solo, que se cambia la denominación por el de “promover el envejecimiento activo”, que «debe abordarse –explica el preámbulo–, de forma integral, ya que la transición entre vida activa y jubilación implica tanto a la política de Seguridad Social, como a las políticas de empleo». Esa es la razón de que entre los objetivos del RDL 5/2013, se encuentren según el preámbulo estos dos:

- La lucha contra la discriminación por razón de la edad en el mercado de trabajo y
- La racionalización del sistema de prestaciones por desempleo para reforzar su vinculación con sus objetivos originales.

Parece, sin embargo, que la razón principal de la urgencia, fue el interés que la Unión Europea<sup>10</sup> tiene en que las reformas sobre el sistema de pensiones se lleven a cabo. Interés que se basa precisamente en los desafíos a medio plazo derivados de fenómenos demográficos, pues como señala el preámbulo, «las bajas tasas de natalidad y el alargamiento de la esperanza de vida exigen la adaptación de estos sistemas para asegurar su viabilidad en el largo plazo y mantener unas pensiones adecuadas para el bienestar de los ciudadanos de más edad».

Escudriñando en lo que parece esencial del RDL 5/2013, se observa que los elementos básicos para el sostenimiento de las pensiones son los siguientes:

- El incremento de la edad de jubilación.
- La prolongación de la vida activa.
- El incremento de la participación en el mercado de trabajo de los trabajadores de más edad.

Para ello, y siguiendo el preámbulo se recomiendan poner los siguientes medios:

- Vincular la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida.
- Racionalizar el acceso a los planes de jubilación anticipada y a otras vías de salida temprana del mercado laboral.
- Favorecer la prolongación de la vida laboral, facilitando el acceso al aprendizaje a lo largo de la vida, desarrollando oportunidades de empleo para los trabajadores de más edad y fomentando el envejecimiento activo.

Dejando, por el momento, los principios programáticos propios de cualquier norma de cierto calado, y por centrarme en las concretas novedades que representó la aparición del RDL 5/2013 (la gran mayoría de ellas incorporadas en el flamante Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social)<sup>11</sup>, la primera y estrella de todas ellas es la instauración en la normativa de Seguridad Social de la posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo

<sup>10</sup> En el marco de la Unión Europea existen diversos instrumentos de coordinación en materia de pensiones, como son: la Estrategia Europa 2012, con el objetivo entre otros de afrontar el envejecimiento y su impacto sobre los sistemas de protección social; la publicación por la Comisión Europea del “Libro Blanco 2012: Ayuda para una pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”, que se complementa con otros documentos como el “informe de envejecimiento 2012” o “adecuación de las pensiones en la UE 2010-2050”.

<sup>11</sup> En adelante LGSS.

por cuenta ajena o por cuenta propia, extensible a los funcionarios del Régimen de Clases Pasivas<sup>12</sup>, si bien, puede causar cierta desilusión al acercarnos al estudio de los “detalles”, porque no resulta tan interesante como a primera vista parece. Conviene recordar que no es la única forma vigente de compatibilizar trabajo y pensión de jubilación como luego veremos. A continuación el decreto ley incorpora modificaciones en la regulación de la pensión de jubilación anticipada y en la pensión de jubilación parcial, con retoques en el acceso y en la cuantía, ciertamente restrictivos<sup>13</sup>. Correlativamente, se llevan a cabo las consiguientes modificaciones del contrato a tiempo parcial y de relevo que acompañan inevitablemente a la jubilación parcial.

En consecuencia, es clara la necesidad de retrasar la edad mínima de jubilación por todas las razones que más arriba se han apuntado, en particular como un instrumento más que puede facilitar la viabilidad del sistema de pensiones de la Seguridad Social.

Conviene conocer las últimas medidas afectan a la pensión de jubilación desde la importante *Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social*, hasta el momento y finalizar con una serie de propuestas, que podrían mejorar la sostenibilidad en la financiación de las pensiones y en general de las prestaciones de Seguridad Social.

## 2. REFORMAS EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DESDE LA LEY 27/2011

Debe reconocerse que han sido importantes los cambios que han modificado la pensión de jubilación contributiva en tan solo dos años (2011-2013), pues desde 2014 al momento actual (agosto 2016), bien poco se ha cambiado si no es el complemento por maternidad que afecta también a otras pensiones, o a otras cuestiones menores de meras actualizaciones tales como la revalorización, el complemento por mínimos o el límite máximo anual de las pensiones, u otras que no requieren una iniciativa especial. Y menos aún encontrándose el Gobierno en funciones.

En estos momentos se encuentra viva la polémica acerca de la necesidad de hacer algo con las pensiones para que sean viables. Y aquí entramos en juego, pues a continuación de exponer cuáles han sido los cambios más significativos de la pensión de jubilación, creo llegado el momento de proponer un cambio de calado por si fuera de interés de cara a una futura reforma no solo de la pensión de jubilación sino del resto de pensiones del Sistema de Seguridad Social.

### 2.1. El requisito de la edad

Se endurece el requisito de la **edad legal ordinaria** mínima, que desde principios del siglo XIX a 31 de diciembre de 2012 ha sido de 65 años, hasta los 67 años de edad o manteniendo los 65 años pero con 38 años y medio cotizados, con un período transitorio, en el que se irá elevando la edad de forma gradual hasta 2027, año en que se aplicarán las nuevas condiciones en su integridad [art. 205.1.a) y disposición transitoria séptima LGSS].

<sup>12</sup> Modalidad de compatibilidad que se contiene en el art. 214 que lleva como título: «pensión de jubilación y envejecimiento activo».

<sup>13</sup> La jubilación anticipada se regula en los arts. 207 y 208 de la LGSS, y la jubilación parcial, en el art. 215 de la LGSS.

**Período transitorio desde 2013 a 2027 (disposición transitoria séptima LGSS):**

<b>Año</b>	<b>Períodos cotizados</b>	<b>Edad exigida</b>
2013	35 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 3 meses.	65 años y 1 mes.
2014	35 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 6 meses.	65 años y 2 meses.
2015	35 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 9 meses.	65 años y 3 meses.
2016	36 o más años.	65 años.
	Menos de 36 años.	65 años y 4 meses.
2017	36 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 3 meses.	65 años y 5 meses.
2018	36 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 6 meses.	65 años y 6 meses.
2019	36 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 9 meses.	65 años y 8 meses.
2020	37 o más años.	65 años.
	Menos de 37 años.	65 años y 10 meses.
2021	37 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 3 meses.	66 años.
2022	37 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 6 meses.	66 años y 2 meses.
2023	37 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 9 meses.	66 años y 4 meses.
2024	38 o más años.	65 años.
	Menos de 38 años.	66 años y 6 meses.
2025	38 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 3 meses.	66 años y 8 meses.
2026	38 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 3 meses.	66 años y 10 meses.
A partir del año 2027	38 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 6 meses.	67 años.

A efectos de la determinación de la edad de acceso a la pensión de jubilación<sup>14</sup>, el cómputo de los meses se realizará de fecha a fecha a partir de la correspondiente al nacimiento. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se considerará que el cumplimiento de la edad tiene lugar el último día del mes.

Los periodos de cotización acreditados por los solicitantes de la pensión de jubilación, a los efectos de poder acceder a la pensión de jubilación al cumplimiento de la edad que, en cada caso, resulte de aplicación, vendrán reflejados en días y, una vez acumulados todos los días computables, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias, serán objeto de transformación a años y meses, con las siguientes reglas de equivalencia:

- a) El año adquiere el valor fijo de 365 días y
- b) El mes adquiere el valor fijo de 30,41666 días.

Para el cómputo de los años y meses de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a un año o a un mes las fracciones de los mismos.

Para determinar los periodos de cotización computables para fijar la edad de acceso a la pensión de jubilación, además de los días efectivamente cotizados por el interesado, se tendrán en cuenta:

a) Los días que se consideren efectivamente cotizados, conforme a lo establecido en el art. 237 apartados 1 y 2 (modalidad contributiva de las prestaciones familiares) de la LGSS, como consecuencia de los periodos de excedencia que disfruten los trabajadores, de acuerdo con el art. 46.3 del ET.

b) Los días que se computen como periodo cotizado en concepto de beneficios por cuidado de hijos o menores acogidos, según lo dispuesto en el art. 236 y en la disposición transitoria decimocuarta de la LGSS, así como en el art. 6 del Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre.

c) Los periodos de cotización asimilados por parto que se computen a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, de acuerdo con lo establecido en el art. 235 de la LGSS.

## **2.2. Se amplía el período a considerar de la base reguladora**

*Supuesto ordinario.* Respecto a la base reguladora, ya no se calculará dentro de los últimos 15 años anteriores al momento en que se produzca el hecho causante, sino que será de 25 años. Concretamente, será el cociente que resulte de dividir por 350, las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses anteriores al mes previo al hecho causante, también, con un período transitorio en que por cada año se irá incrementando los meses

---

<sup>14</sup> Art. 1 del Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

considerados hasta alcanzar los 25 años en 2022 (art. 209.1 y disposición transitoria octava.1 LGSS<sup>15</sup>).

*Supuesto transitorio.* Asimismo, se establece una ampliación de los meses considerados respecto de la base reguladora, para aquellos trabajadores que cesen en su trabajo por causa no imputable a su voluntad en supuestos previstos como situación legal de desempleo partir de los 55 años y que al menos durante 24 meses hayan experimentado una reducción de las bases de cotización respecto de la acreditada con anterioridad a la extinción de la relación laboral (disposición transitoria octava, apartado 2 y 3 LGSS)<sup>16</sup>. Además la determinación de la base reguladora de la pensión, en estos términos, resulta de aplicación a los trabajadores por cuenta propia o autónomos con respecto a los cuales haya transcurrido un año desde la fecha en que se haya agotado la prestación por cese de actividad, regulada en el título V (LGSS), siempre que dicho cese se produzca a partir del cumplimiento de los 55 años de edad.

---

<sup>15</sup> Tal base reguladora se aplicará a partir de 2022, hasta entonces, se aplicará de forma gradual, según la disposición transitoria octava, apartado 1 de la LGSS, del siguiente modo:

- A partir de 1 de enero de 2013, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 224 las bases de cotización durante los 192 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.
- A partir de 1 de enero de 2014, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 238 las bases de cotización durante los 204 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.
- A partir de 1 de enero de 2015, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 252 las bases de cotización durante los 216 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.
- A partir de 1 de enero de 2016, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 266 las bases de cotización durante los 228 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.
- A partir de 1 de enero de 2017, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 280 las bases de cotización durante los 240 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.
- A partir de 1 de enero de 2018, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 294 las bases de cotización durante los 252 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.
- A partir de 1 de enero de 2019, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 308 las bases de cotización durante los 264 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.
- A partir de 1 de enero de 2020, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 322 las bases de cotización durante los 276 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.
- A partir de 1 de enero de 2021, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 336 las bases de cotización durante los 288 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.

A partir de 1 de enero de 2022, la base reguladora de la pensión de jubilación se calculará aplicando, la norma general en su integridad.

Lo previsto en este apartado 1 será de aplicación a todos los Regímenes de la Seguridad Social (apartado 5 disposición transitoria octava LGSS).

<sup>16</sup> Según la disposición transitoria octava apartados 2 y 3 de la LGSS:

- Desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016, para quienes hayan cesado en el trabajo por causa no imputable a su libre voluntad, por las causas y los supuestos contemplados en el art. 267.1.a) y, a partir del cumplimiento de los 55 años de edad y al menos durante veinticuatro meses, hayan experimentado una reducción de las bases de cotización respecto de la acreditada con anterioridad a la extinción de la relación laboral, la base reguladora será el resultado de dividir por 280 las bases de cotización durante los 240 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante, siempre que resulte más favorable que la que le hubiese correspondido de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior (se refiere al correspondiente período gradual).
- Desde el 1 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2021, para quienes hayan cesado en el trabajo por causa no imputable a su libre voluntad, por las causas y los supuestos contemplados en el art. 267.1.a) y, a partir del cumplimiento de los 55 años de edad y al menos durante veinticuatro meses, hayan experimentado una reducción de las bases de cotización respecto de la acreditada con anterioridad a la extinción de la relación laboral, la base reguladora será la establecida en el art. 209.1, siempre que resulte más favorable que la que le hubiese correspondido de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 (período gradual).

### 2.3. Se agudiza el problema de las «lagunas» en las bases de cotización

Si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras 48 mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades con el 50% de dicha base mínima [art. 209.1.b) de la LGSS]<sup>17</sup>. De manera que se limita la consideración de la base de cotización al 100% en caso de lagunas de cotización únicamente de los 48 meses inmediatamente anteriores al momento del hecho causante de la pensión de jubilación. En la normativa anterior ese criterio se aplicaba durante todo el período que comprende la base reguladora.

En los supuestos en que alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista solo durante una parte del mismo, procederá la integración por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada, en cuyo caso alcanzará hasta esta última cuantía.

Se observa, pues, que para calcular la base reguladora de la pensión de jubilación se aplican las mismas reglas que para la incapacidad permanente, a excepción de que en aquella no existe la posibilidad de tener en cuenta a los efectos del cálculo, para algunos supuestos de incapacidad permanente, un período inferior a los 96 meses anteriores al hecho causante.

En la pensión de jubilación se consideran las bases de cotización de los 300 meses anteriores o el número de meses correspondientes previsto, según el año en que se produzca el hecho causante. En los supuestos de trabajadores con contrato a tiempo parcial, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar, se lleva a cabo con la base mínima de cotización aplicable en cada momento correspondiente al número de horas contratadas<sup>18</sup>.

Por otro lado, a excepción de los períodos entre temporadas o campañas de los extranjeros con contrato de trabajo fijo-discontinuo, en ningún caso se consideran lagunas de cotización las horas o los días en que no se trabaje en razón de las interrupciones en la prestación de servicios derivados del propio contrato a tiempo parcial<sup>19</sup>.

### 2.4. Mayor exigencia en la determinación del porcentaje

También los porcentajes sufren cambios, así, dejan de computarse por año cotizado, salvo por lo primeros 15 años que se mantiene como en la normativa anterior con el 50% de la base reguladora. Ahora, a partir del año decimosexto, por cada mes adicional de

---

<sup>17</sup> El art. 5.5 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre (BOE del 5) precisa: La no existencia de la obligación de cotizar abarcará tanto a las situaciones asimiladas al alta como a aquellas otras situaciones en que no nace la obligación de cotizar por no encontrarse el trabajador en alta o situación asimilada.

<sup>18</sup> Art. 248.2 LGSS.

<sup>19</sup> Cfr. art. 7.2, del RD 1132/2002.

cotización, comprendidos entre los meses 1 y 248, se añadirá el 0,19%<sup>20</sup>, y por los que rebasen el mes 248, se añadirá el 0,18% [art. 210.1.b) LGSS], sin que el porcentaje supere el 100% de la base reguladora, también con un período gradual, y para ello se crea transitoriamente la siguiente escala con los porcentajes provisionales (más favorables) hasta el año 2027 según la disposición transitoria novena de la LGSS.

<b>Durante los años 2013 a 2019</b>	<b>Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 163, el 0,21% y por los 83 meses siguientes, el 0,19%.</b>
Durante los años 2020 a 2022	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 106, el 0,21% y por los 146 meses siguientes, el 0,19%.
Durante los años 2023 a 2026	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 49, el 0,21% y por los 209 meses siguientes, el 0,19%.
A partir del año 2027.	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 248, el 0,19% y por los 16 meses siguientes, el 0,18%

Estos porcentajes transitorios también se aplican en los supuestos de las pensiones derivadas de contrataciones, a tiempo parcial<sup>21</sup>.

Una vez calculada la cuantía le será de aplicación el denominado factor de sostenibilidad que corresponda en cada momento, al que se hará referencia más adelante y que se regula en el art. 211 de la LGSS.

## 2.5. Mejora del porcentaje adicional

Como en la normativa anterior a la Ley 27/2011, se sigue aplicando un porcentaje adicional<sup>22</sup> al que le corresponda al trabajador (no necesariamente el 100%) cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la (ordinaria) que resulte de la aplicación en cada caso de lo establecido en la letra a) del apartado 1 del art. 205, siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización establecido en la letra b) del citado apartado (15 años), se reconocerá al interesado un porcentaje adicional por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía estará en función de los años de cotización acreditados en la primera de las fechas indicadas, según la siguiente escala<sup>23</sup>:

<sup>20</sup> Para el cómputo de los meses, se toman meses completos, sin que se equiparen a un mes las fracciones de los mismos (art. 1.2 segundo párrafo del Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre).

<sup>21</sup> Disposición transitoria novena, en relación con el art. 248.3 de la LGSS.

<sup>22</sup> El porcentaje adicional regulado en el art. 210.2 LGSS, se reconoce asimismo a los trabajadores que tenga la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967.

<sup>23</sup> En la normativa anterior, se reconocía al interesado un porcentaje adicional consistente en un 2 por ciento por cada año completo transcurrido entre la fecha en que cumplió 65 años de edad y la del hecho causante de la pensión. Dicho porcentaje se elevaba al 3 por ciento cuando el interesado acreditaba al menos cuarenta años de cotización al cumplir 65 años.

- Hasta 25 años cotizados, el 2%.
- Entre 25 y 37 años cotizados, el 2,75%.
- A partir de 37 años cotizados, el 4%.

Con respecto a la forma de aplicación de este porcentaje adicional, y pese a su complejidad de cálculo sigue con igual redacción.

## **2.6. Una forma inquietante de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia**

El apartado 4 del art. 213 LGSS<sup>24</sup>, establece que «el percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual». Esto supone que desde la entrada en vigor del mencionado apartado<sup>25</sup>, determinadas actividades marginales que antes eran irregulares por afectarles la incompatibilidad, dejaron de serlo.

Ni que decir tiene que este nuevo apartado puede crear muchos problemas a los funcionarios del Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en sus actuaciones de comprobación sobre la compatibilidad entre trabajo por cuenta propia y la pensión de jubilación, al propiciar la dualidad en la contabilidad, de forma que el autónomo-pensionista presentará las cuentas de modo que no se sobrepasen los ingresos declarados con el importe del SMI.

### **2.6.1. Una cuestión recurrente: ingresos brutos o ingresos netos**

Un aspecto esencial para determinar si se sobrepasa el citado límite, es el de si los ingresos que se consideran son los brutos, es decir aquellos que se obtienen, sin descontar impuestos, gastos, etc., o, los netos, es decir, los que resultan una vez deducidos los gastos.

En la redacción del texto de la ley, parece referirse a los brutos, por dos motivos: el primero, por la forma en que se encuentra redactado, al referirse a «ingresos anuales totales», sin mayores especificaciones. El adjetivo “totales” es sumamente revelador de que no ha existido intención de que se computen solamente los ingresos netos. El segundo motivo, se desprende de la continuación del nuevo apartado, en el que se señala que «quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social»<sup>26</sup>. Por lo que si no tienen obligación de cotizar por la nueva actividad, no

---

<sup>24</sup> Se trata de una novedad, incorporada por la disposición adicional trigésima primera de la Ley 27/2011, con un calado suficientemente importante en materia de compatibilidad, como para plantearse más de una duda, la primera de ellas su propia presentación como mera *complementariedad de ingresos con la pensión de jubilación*, sin ninguna alusión a la compatibilidad con el trabajo, que es en realidad el núcleo de interés de la nueva norma.

<sup>25</sup> Debe tenerse en cuenta que esta disposición se encuentra vigente desde el día 2 de agosto de 2011, de acuerdo con la disposición final duodécima.1.a) de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en donde se indica que la disposición adicional 31ª entrará en vigor en la fecha de publicación de la propia Ley.

<sup>26</sup> Apartado 4 del art. 213 LGSS incorporado por la disposición adicional trigésima primera Ley 27/2011.

hay razón para descontar los gastos e impuestos que les pueda ocasionar tales gastos al ahorrarse los costos sociales por su actividad por cuenta propia<sup>27</sup>.

### **2.6.2. Efectos del ejercicio de la actividad sobre futuras prestaciones**

Finaliza el apartado 4 del art. 213 TRLGSS, con un último párrafo, en el que se advierte que «las actividades especificadas en el párrafo anterior, por las que no se cotice, no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social».

De modo que la actividad marginal por cuenta propia no afectará a futuras prestaciones, y será como si no la realizara a tales efectos, ya que el trabajador no pierde la condición de pensionista, con todos los beneficios a que tiene derecho, en particular en materia de asistencia sanitaria con las ventajas de la prestación farmacéutica o de servicios sociales.

No tendría sentido, y aquí sí que existiría incompatibilidad –esta vez entre prestaciones–, que un pensionista de jubilación generara por ese trabajo marginal otro tipo de prestaciones, por ejemplo, el subsidio por incapacidad temporal o a las prestaciones por desempleo, o a la pensión de incapacidad permanente, ni tampoco la mejora de la pensión de jubilación que por cierto, no resulta ni un ápice menoscabada (a diferencia de otras figuras como la jubilación activa a la que se hará referencia más tarde) por compatibilizarla con el trabajo por cuenta propia.

### **2.6.3. Oportunidad de la medida y propuesta de mejora**

A mi entender, de las nuevas compatibilidades reguladas recientemente, creo que nos encontramos ante la más audaz y “rompedora”, y debería ser desarrollada, pues han transcurrido cinco años desde su aparición sin mayores especificaciones. Y ello, porque la única condición exigida es la de no superar ingresos superiores al SMI derivados de la actividad, algo que difícilmente podrán comprobar los servicios de Inspección, en especial en aquellas actividades tales como fontanería, jardinería y otros trabajos itinerantes, sin local fijo en los que en la práctica el control se hace más dificultoso.

Creo, tal como se encuentra regulada en la actualidad, que esta clase de compatibilidad seguro ha de ser fuente de fraude, y además muy difícil de comprobar.

Sobre esta figura haría las dos siguientes propuestas alternativas:

Primera: un nuevo límite para su acceso, según el importe económico de la pensión, de manera que aquellos que superen un determinado importe, les estaría taxativamente prohibida la compatibilidad de la pensión con el trabajo por cuenta propia. Permitiendo a quienes perciban un importe inferior la posibilidad de completarla con el trabajo marginal por cuenta propia, siempre que no superen el SMI.

---

<sup>27</sup> Otra cosa es que, ocupen a trabajadores por cuenta ajena, en cuyo caso deberán asumir las cotizaciones que como empresa corresponda ingresar. Pero en ese supuesto, difícilmente obtendría ingresos que no superaran el SMI, con lo que presumiblemente, no podría compatibilizar su pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia.

Segunda: creo que sería más equitativo y proporcional, el establecimiento de límites, según tramos del importe de la pensión. Y es que no es lo mismo, que se acoja a esta medida, quien perciba una pensión de jubilación con el tope máximo de la pensión, que quien percibe una pensión modesta o con complemento por mínimos. De manera que de forma inversamente proporcional, el límite de ingresos se ampliaría, en función de la menor cuantía de la pensión.

## 2.7. El establecimiento del factor de sostenibilidad

Todos somos conscientes de que la regulación jurídica de la pensión de jubilación requería profundos cambios, porque desde hace mucho tiempo se nos viene diciendo que el sistema de la Seguridad Social, tal como está concebido con base en los principios de reparto y solidaridad no se adecua a la realidad al fundamentarse en una amplia base de cotizantes que deberán financiar las prestaciones, entre las que destaca, por su número de beneficiarios y por el importe económico de su cuantía, la pensión de jubilación contributiva.

Lo cierto es que en este tiempo de déficit de empleo, se ha dejado notar sensiblemente la reducción de las cotizaciones que son la base de la financiación de las prestaciones y por eso los responsables de la Seguridad Social buscan nuevas fórmulas que permitan mantener el actual funcionamiento del Sistema. Y, no nos engañemos, esta es la razón principal de la aparición de la *Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social*<sup>28</sup>, que establece un antes y un después en la forma de cálculo y en el criterio de revalorización de las pensiones de Seguridad Social.

Y es que, antes de que atravesáramos estos momentos de decrecimiento en las cotizaciones, ya se vislumbraba el auténtico problema del actual Sistema, como es la conjunción de la progresiva elevación de la esperanza de vida que supone un alargamiento de la duración de las pensiones que, junto con las bajas tasas de natalidad entendidas como “riesgos” por el legislador en el preámbulo de la Ley, representarán si se mantiene la misma tónica, el fin del actual Sistema.

Sobre el calificativo de riesgo de tales circunstancias, quizá podría denominarse así a las bajas de tasas de natalidad<sup>29</sup>, pero más dudas plantea que pueda considerarse un “riesgo” la elevación de la esperanza de vida, algo esencialmente positivo porque posibilita el alargamiento de la vida de las personas y dice mucho de nuestro actual sistema sanitario. Si acaso el riesgo real será el de que llegue un momento en el que no puedan financiarse las pensiones durante tanto tiempo, pero no el hecho de vivir más años en este mundo. Y para eso, se deben adoptar decisiones efectivas para lograr ese objetivo de sostenimiento de las pensiones. El peligro de estas iniciativas, y me temo que con estas dos nuevas medidas –el Factor de sostenibilidad y el nuevo criterio de revalorización–, se ahogue a los pensionistas, ya sea por una de las medidas o por la otra o por ambas a la vez, que alejan de los salarios que venía percibiendo el trabajador en su vida activa laboral.

<sup>28</sup> Disposición derogada por la LGSS, que la incluye en parte en su art. 211.

<sup>29</sup> Por vez primera el número de fallecimientos en España en el año 2015, ha superado al de nacimientos.

El preámbulo de la Ley apunta un cuarto elemento que justifica la preocupación por el problema de la viabilidad de las pensiones, en concreto, «concorre una circunstancia excepcional, en los próximos años, y es que accederá a la jubilación la generación denominada del “baby boom” con lo que eso supone de incidencia en el aumento en el número de pensiones durante un periodo dilatado de tiempo (2025-2060)».

Es comprensible, por tanto, la preocupación por buscar soluciones al problema. Soluciones que deben ser consensuadas en el marco del Pacto de Toledo porque tratándose de medidas a largo plazo la mayoría de ellas, es preciso el acuerdo de los diferentes grupos políticos para garantizar su pervivencia, en lugar de que cada vez que cambie el signo político del Gobierno, se revise lo legislado por el precedente ejecutivo.

En ese sentido, el preámbulo de la Ley expresa la necesidad de que, «si se quiere mantener un sistema de pensiones público, de reparto y solidario, se incorporen medidas adicionales a las previstas en las leyes en vigor, pero circunscritas a las recomendaciones del Pacto de Toledo, y que se aceleren aquellas que ya habían sido introducidas en nuestra normativa de Seguridad Social, como es el caso del factor de sostenibilidad» introducido por el art. 8 de la importante Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social (Ley 27/2011) que da contenido a la disposición adicional quincuagésima novena del *Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social* (LGSS94), según la cual, «con el objetivo de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo y garantizar su sostenibilidad, a partir de 2027 los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027. Dichas revisiones se efectuarán cada 5 años, utilizando a este fin las previsiones realizadas por los organismos oficiales competentes». Esta figura que tenía prevista su implantación en 2027, ha visto adelantada su puesta en funcionamiento por lo que se refiere a su aplicación al año 2019, lo que quizá podría forzar jubilaciones anticipadas, si es que para entonces todavía existe esta modalidad.

De hecho, este anticipo en su aplicación ya se preveía en el art. 18.3 de la *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*, al señalar que «el Gobierno, en caso de proyectar un déficit en el largo plazo del sistema de pensiones, revisará el sistema aplicando de forma automática el factor de sostenibilidad en los términos y condiciones previstos en la Ley 27/2011».

Se ve que efectivamente se ha proyectado un déficit en el sistema de Pensiones, porque ya en el primer trimestre de 2013, el importante RDL 5/2013, en su disposición adicional novena, encargó al Gobierno, en el breve plazo de un mes, la creación de un comité de expertos, con el fin de que elaborara un informe para el estudio del Factor de Sostenibilidad y su remisión a la Comisión del Pacto de Toledo. A continuación, en fecha 14 de abril de 2013, el Consejo de Ministros acordó la constitución del citado comité, que en fecha 7 de junio de 2013 emitió su informe, centrado en el factor de sostenibilidad que presenta dos vertientes: por un lado sobre el importe inicial de las pensiones y por otro, relativo a la revalorización anual de las mismas. Precisamente ésta última vertiente es la que se puso en funcionamiento en 2014, mientras que la que afecta al importe inicial de las pensiones, que se encuentra vinculado en cierta forma a la esperanza de vida de las personas,

se retrasará hasta 2019. De modo que se aplica un doble mecanismo, el primero de aplicación a las pensiones iniciales y el segundo de aplicación a todas las pensiones en vigor al afectar directamente a su revalorización, actualización o variación anual fijada por la normativa<sup>30</sup>.

La figura del Factor de Sostenibilidad se me antoja como un remedio, como un intento de compensar algo que no se había tenido en cuenta desde que se creó el retiro obrero, pues si la edad ordinaria de jubilación ha sido desde principios del siglo XX los 65 años de edad y ha permanecido invariable hasta el 31 de diciembre de 2012, ahora parece que se quiere recuperar el tiempo perdido, con una reducción del importe de la pensión en función de la esperanza de vida, en lugar de aplicar la reforma por el camino de la edad, en el sentido de que según sea la esperanza, se alargará la edad ordinaria de jubilación. Es una idea anunciada<sup>31</sup>, pues los 65-67 años representan auténticas edades de jubilación anticipada, pues en tales edades, en la mayoría de los casos, todavía se disfruta de buena salud y de fuerzas para desempeñar la mayoría de actividades.

Verdaderamente, si se hubiera tenido en cuenta este factor de la esperanza de vida desde hace tiempo, pero centrado en la edad y no tanto en la reducción del importe de la pensión como el actual factor de Sostenibilidad, no hubiera sido necesario el establecimiento de esta figura de urgencia.

Pero, adentrémonos en la regulación que ha preparado el legislador, y conozcamos su forma de aplicación.

### **2.7.1. Concepto de factor de sostenibilidad**

El art. 211.1 de la LGSS, define el factor de sostenibilidad, «como un instrumento que con carácter automático permite vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas, a través de la fórmula que se regula en el apartado 4, ajustando las cuantías que percibirán aquellos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes».

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que el factor de sostenibilidad solo se aplicará a las pensiones de jubilación, sin que afecte por tanto a otras pensiones como pueden ser las de incapacidad permanente, viudedad, etc.

Además, se refiere a la jubilación contributiva sin que alcance a la pensión de jubilación no contributiva con un régimen jurídico diferente.

La definición, a primera vista, resulta abstracta y no da demasiadas pistas de cómo se determinará la pensión, simplemente “...ajustando las cuantías que percibirán aquellos que

---

<sup>30</sup> DE LAS HERAS CAMINO, A., «El factor de sostenibilidad en la Seguridad Social española. Un análisis de la propuesta del Comité de Expertos y la decisión adoptada por el Gobierno», CEF 11 noviembre 2013, pág. 7 (versión informática).

<sup>31</sup> El propio preámbulo lo reconocía así cuando señalaba que «en 1900, la esperanza de vida de los españoles con 65 años era de unos 10 años, mientras que en la actualidad es de 19 años, previéndose que continuará aumentando en el futuro».

se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes...”, y remitiendo el cálculo a una fórmula que aparece en la propia disposición.

### **2.7.2. El factor de sostenibilidad y su aplicación práctica**

En realidad, el factor de sostenibilidad es una más de las operaciones previstas para el cálculo de la pensión de jubilación, por eso solo se aplica una sola vez, porque forma parte de los pasos necesarios para el cálculo de la pensión inicial, concretamente el último de todos, pues para determinar la pensión de jubilación es necesario el cálculo de la base reguladora y a continuación se le aplica el porcentaje que le corresponda al trabajador en función de los años cotizados, y con ello resulta el importe de la pensión. A ello deberá realizarse una nueva operación consistente en la aplicación del factor de sostenibilidad, representado por el resultado de la fórmula a la que antes se ha hecho referencia. La forma de aplicarse el factor de sostenibilidad en la práctica, es cuestión se explica en los apartados. 2, 3, 4, 5, 6 y 8 del art. 211 de la LGSS, aunque al no haberse llevado todavía a la práctica resulta difícil de ilustrar con algún ejemplo la forma de realizarse. No obstante, se podría intuir la función del factor de sostenibilidad a la vista del articulado, comenzando por su ámbito de aplicación, la descripción de la fórmula que se ha adoptado con la explicación de su contenido y la periodicidad de la revisión del factor de sostenibilidad finalizando con una alusión a su relación con el complemento por mínimos.

#### **2.7.2.a. Ámbito de aplicación**

«El factor de sostenibilidad –señala el art. 211.2 LGSS–, se aplicará por una sola vez para la determinación del importe inicial de las pensiones de jubilación».

Como parece claro el factor de sostenibilidad se aplica una sola vez, precisamente en el momento en que se calcula por vez primera la pensión de jubilación contributiva y como último paso en el cálculo de la misma. Y ello tendrá lugar a partir de las pensiones que se causen a partir de 2019, adelantándose sensiblemente en ocho años el inicio previsto de la aplicación del factor de sostenibilidad. Ese adelanto, parece que se debe al Informe de los Expertos con el argumento de que así se despeja la incertidumbre sobre su futura aplicación a los pensionistas presentes y futuros<sup>32</sup>. El inconveniente es que la propuesta no se ha acompañado de datos rigurosos sobre los efectos de la misma y de la repercusión que supondrá su aplicación, tanto en el importe de la pensión a percibir como en la salud financiera del conjunto del sistema público de pensiones. Pero es que además, ese adelanto, no impedirá que se vuelva a regular más de una vez esta materia, lo que podría hacer inútil el esfuerzo realizado. No se olvide que el RDL 5/2013, modifica aspectos de la pensión de jubilación que introdujo la Ley 27/2011 y ello en solo dos años, y sin que hubieran llegado a entrar en vigor las previsiones de la Ley.

Por otro lado nada se dice en el art. 211 LGSS, en relación con las pensiones de jubilación procedentes de Clases Pasivas, ni siquiera se realiza remisión alguna, por lo que en principio el factor de sostenibilidad solo se aplicará a las pensiones de jubilación del

---

<sup>32</sup> El Informe del Comité de Expertos aún propugnó un adelanto durante 2014, dejándose finalmente su aplicación en 2019.

sistema de la Seguridad Social, lo que podría plantear algún problema de discriminación entre Seguridad Social y Clases Pasivas así como entre clases de pensiones, aun en el propio sistema de Seguridad Social al no aplicarse a otras pensiones como las de muerte y supervivencia o de invalidez<sup>33</sup>.

### 2.7.2.b. Elementos del cálculo a tener en cuenta

Los elementos que finalmente se ha considerado que deberán tenerse en cuenta para el cálculo del factor de sostenibilidad son dos<sup>34</sup>:

1º) Las tablas de mortalidad de la población pensionista de jubilación del sistema de la Seguridad Social elaboradas por la propia Administración de la Seguridad Social

Este elemento es el fundamental, pues será el que estime con los datos que obran en la Seguridad Social, la esperanza de vida<sup>35</sup> que se tomará en los diferentes períodos de aplicación de la pensión de jubilación. Para elaborar ese trabajo, contamos con un excelente Cuerpo de Actuarios, Estadísticos y Economistas de la Administración de la Seguridad Social, a los que cabe esperar que se les encomiende esa tarea.

Se trata, por tanto del elemento de mayor importancia pues de él dependerá el resultado final de la pensión de jubilación. Como es lógico, y dada la actual situación de la Seguridad Social, se prevé que el coeficiente que resulte no superará la unidad, es decir el resultado de la pensión con anterioridad a la aplicación del factor de sostenibilidad antes de 2019.

Lo anterior no es óbice para que se le facilite al administrado en general, y al beneficiario de la pensión en particular, las citadas tablas de mortalidad, entiendo que deberían hacerse públicas para que el beneficiario pueda por sus propios medios contrastar el resultado obtenido por la Seguridad Social, en aras de una mayor transparencia. En ese sentido, el art. 211.8 LGSS, señala que «el factor de sostenibilidad se aplicará con absoluta transparencia, publicándose el seguimiento sistemático de la esperanza de vida. De igual manera, y con ocasión del reconocimiento de su pensión inicial, se informará a los pensionistas sobre el efecto del factor de sostenibilidad en el cálculo de la misma».

Desde luego y dada la complejidad de las variables como se verá a continuación mucho deberá esforzarse la entidad gestora que tenga atribuida la competencia en materia de pensión de jubilación para justificar el origen de los datos con que se ha confeccionado el factor de sostenibilidad.

2º) La edad de 67 años como edad de referencia.

---

<sup>33</sup> Aspecto desarrollado por DE LAS HERAS CAMINO, A., «El factor de sostenibilidad en la Seguridad Social española. Un análisis de la propuesta del Comité de Expertos y la decisión adoptada por el Gobierno», cit., págs. 10-11.

<sup>34</sup> Art. 211.3 LGSS.

<sup>35</sup> Sobre la esperanza de vida, abarca a la población protegida por la Seguridad Social, a diferencia del Informe del Comité de Expertos que abogaba porque se vinculara a la población total.

Quizá sea este el elemento más endeble, en el sentido de que si bien hoy se consideran los 67 años como la edad ordinaria de jubilación, salvo que el beneficiario acredite un período determinado de cotización, en cuyo caso se puede considerar los 65 años de edad, estamos ante un elemento que puede ser modificado en cualquier momento, pues no sería de extrañar, que la edad ordinaria de jubilación se elevara más allá de los 67 años de edad, precisamente la edad que se ha tomado como referencia en la determinación del factor de sostenibilidad, por lo que sería de esperar que también se elevara esta edad de referencia.

Sin embargo el mayor inconveniente que presenta la consideración de los 67 años como edad de referencia en la determinación de la esperanza de vida radica en que si se toma esa edad en todos los casos, como en la legislación española es posible que se produzca el hecho causante a diferentes edades antes de los 67 (incluso desde los 60 años en el caso de los mutualistas) y por supuesto después de dicha edad, no parece que sea equitativa la adopción de una sola edad, sino que la esperanza de vida será diferente según la edad en que acceda el trabajador a la pensión de jubilación. Por ejemplo, no es la misma esperanza de vida la de un trabajador que se jubila en 2019 con 64 años, que otro que lo hace con 69, por lo que no se le debe aplicar el mismo coeficiente de reducción, y sin embargo a los dos se le consideraría la esperanza de vida de una persona con 67 años de edad. Debería, por tanto ajustarse el factor de sostenibilidad a la edad efectiva en la que se inicia la pensión<sup>36</sup>.

### 2.7.2.c. La fórmula de cálculo

Para quienes estamos alejados de las fórmulas matemáticas nos resulta ciertamente extraño, tener que interpretar el contenido de las mismas. Pero lo menos que se puede hacer es la transcripción del procedimiento

$$\text{Fórmula del factor de sostenibilidad} \rightarrow \boxed{FS_t = FS_{t-1} * e^{*67}}$$

Siendo:

- FS = Factor de sostenibilidad.
- FS<sub>2018</sub> = 1.
- t = Año de aplicación del factor, que tomará valores desde el año 2019 en adelante, que se corresponderá al año de jubilación de cada beneficiario.
- e<sup>\*67</sup> = Valor que se calcula cada cinco años y que representa la variación interanual, en un periodo quinquenal, de la esperanza de vida a los 67 años, obtenida esta según las tablas de mortalidad de la población pensionista de jubilación del sistema de la Seguridad Social<sup>37</sup>.

Para el cálculo del factor de sostenibilidad en el periodo 2019 a 2023, ambos inclusive, e<sup>\*67</sup> tomará el valor

$$\left[ \frac{e_{67}^{2012}}{e_{67}^{2017}} \right]^{\frac{1}{5}},$$

<sup>36</sup> Sobre esta cuestión vease, DE LAS HERAS CAMINO, A., «El factor de sostenibilidad en la Seguridad Social española. Un análisis de la propuesta del Comité de Expertos y la decisión adoptada por el Gobierno», cit., pag. 11.

<sup>37</sup> El Informe del Comité de Expertos consideraba variaciones anuales en la esperanza de vida.

siendo el numerador la esperanza de vida a los 67 años en el año 2012 y el denominador la esperanza de vida a los 67 años en el año 2017.

Para el cálculo del factor de sostenibilidad en el periodo 2024 a 2028, ambos inclusive,  $e_{67}^*$  tomará el valor

$$\left[ \frac{e_{67}^{2017}}{e_{67}^{2022}} \right]^{\frac{1}{5}},$$

siendo el numerador la esperanza de vida a los 67 años en el año 2017 y el denominador la esperanza de vida a los 67 años en el año 2022.

Y así sucesivamente.

Para la aplicación del factor de sostenibilidad, se utilizarán los cuatro primeros decimales.

#### **2.7.2.d. Control**

Un medio de control indirecto, lo constituye lo señalado en el art. 211.7 LGSS, según el cual, la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal<sup>38</sup> emitirá opinión, respecto de los valores calculados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social para la determinación del factor de sostenibilidad.

### **2.8. Jubilación anticipada con coeficientes reductores**

En la jubilación anticipada con coeficientes reductores, la principal novedad consiste en la posibilidad de jubilarse anticipadamente de forma voluntaria (antes solo posible en el ámbito del mutualismo), de modo que la jubilación anticipada se configura mediante dos modalidades, la que deriva del cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador y la que deriva de la voluntad del interesado (arts. 207 y 208, respectivamente de la LGSS), siendo esta última más exigente en cuanto a los requisitos, si bien se amplía (solo en esta modalidad) a los trabajadores por cuenta propia del RETA [art. 318.d) LGSS]. Y ello, sin olvidar que en ambas modalidades la solicitud de la pensión de jubilación por el trabajador, tanto ordinaria como la anticipada con coeficientes reductores, es voluntaria. Pero acerquémonos a cómo se han configurado ambas modalidades, en lo que afecta solo a los cambios sufridos.

#### **2.8.1. Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador**

Para causar derecho a la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador se requiere que se reúnan los siguientes requisitos<sup>39</sup>:

<sup>38</sup> Según lo dispuesto en el art. 23 de la *Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal*.

<sup>39</sup> Art. 207 de la LGSS.

**a)** Tener cumplida una edad inferior en cuatro años, como máximo, a la edad ordinaria de jubilación que corresponda en cada momento y que figura en el art. 205.1.a) y en la disposición transitoria séptima de la LGSS. De forma coherente con la normativa general que amplía la edad de jubilación se modifica la edad mínima de acceso a la jubilación anticipada en estos supuestos<sup>40</sup> frente a la anterior redacción, según la cual, se exigía tener cumplidos los 61 años de edad, pues si esta redacción se mantuviera es evidente que la anticipación en la edad del trabajador se iría ampliando a medida que se fuera retrasando la edad legal ordinaria de jubilación hasta 2027.

**b)** Encontrarse inscrito en las oficinas de empleo como demandantes de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación. Este es uno de los pocos requisitos que no han experimentado cambios.

**c)** Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 33 años, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias<sup>41</sup>. Lo que ha supuesto un incremento en tres años respecto de la anterior normativa.

**d)** Que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral<sup>42</sup>.

Es un requisito que deriva del resultado de la evolución de la crisis actual y procede de la redacción de 2002, según la cual, se establecía que «el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador, la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su

---

<sup>40</sup> Significa que cuando concluya el período gradual de aplicación de la edad legal ordinaria, si el trabajador alcanza con 65 años de edad los 38 años y 6 meses, la edad mínima de jubilación anticipada será la de 61 años de edad, mientras que si no alcanza tal cotización, la edad mínima de jubilación anticipada será la de 63 años, pues su edad de jubilación legal ordinaria será la de 67 años de edad.

<sup>41</sup> A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

<sup>42</sup> A estos efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada serán las siguientes:

**1.ª** El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al art. 51 del Estatuto de los Trabajadores.

**2.ª** El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores.

**3.ª** La extinción del contrato por resolución judicial, conforme al art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

**4.ª** La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante.

**5.ª** La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral conforme a lo establecido en el art. 51.7 del Estatuto de los Trabajadores.

En los supuestos contemplados en las letras a. y b., para poder acceder a esta modalidad de jubilación anticipada, será necesario que el trabajador acredite haber percibido la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva.

El percibo de la indemnización se acreditará mediante documento de la transferencia bancaria recibida o documentación acreditativa equivalente.

Sobre el control que deberá realizar la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en estos supuestos, en particular letras b) y e), véase la disposición adicional cuarta del RDL 5/2013.

relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma»<sup>43</sup>. Más tarde, la Ley 40/2007, concretó aun más al señalar que se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produce de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1 LGSS<sup>94</sup>, que son las causas previstas para acreditar el requisito de la situación legal de desempleo para causar el derecho a la prestación por desempleo.

La extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género, también dará acceso a esta modalidad de jubilación anticipada.

#### Forma de reducir la pensión

La pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación<sup>44</sup> que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el art. 205.1.a) y en la disposición transitoria séptima, de los siguientes coeficientes en función del período de cotización acreditado:

- 1º. Coeficiente del 1,875% por trimestre cuando se acredite un período de cotización inferior a 38 años y 6 meses.
- 2º. Coeficiente del 1,750% por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses.
- 3º. Coeficiente del 1,625% por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses.
- 4º. Coeficiente del 1,500% por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 44 años y 6 meses.

Para el cómputo de los períodos de cotización se tomarán períodos completos, sin que se equipare a un período la fracción del mismo.

Esto viene a significar, respectivamente, un 7,5%; 7%; 6,5%; y 6% de reducción por cada año. Es evidente que con este nuevo sistema se endurece la aplicación de los coeficientes reductores, pero no tanto por el porcentaje que se aplica, sino sobre todo por el incremento en años cotizados para que se le aplique el mismo porcentaje procedente de la normativa anterior al RDL 5/2013. En efecto, en la normativa anterior si el trabajador acreditaba entre 30 y 34 años cotizados, se le aplicaba un coeficiente reductor del 7,5% por cada año que le faltaba para alcanzar la edad ordinaria de jubilación. Con la nueva normativa para que se le aplique el mismo porcentaje del 7,5%, de reducción anual necesita haber cotizado como mínimo 33 años y menos de 38 años y 6 meses. Para que se le aplique el 7% por cada año, si anteriormente bastaba entre 35 años y 37 años cotizados, con la nueva

<sup>43</sup> Apartado 3 del art. 161 LGSS<sup>94</sup>.

<sup>44</sup> A los exclusivos efectos de determinar dicha edad legal de jubilación, señala el penúltimo párrafo del apartado 2, del art. 207 LGSS, que se considerará como tal la que le hubiera correspondido al trabajador de haber seguido cotizando durante el plazo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el art. 205.1.a) y en la disposición transitoria séptima de la LGSS.

normativa es preciso para alcanzar igual porcentaje haber cotizado entre 38 años y 6 meses y menos de 41 años y 6 meses. Y así, se puede observar que la exigencia en el aumento de años cotizados contrasta con las dificultades que sin duda encontrará quien pretenda acceder a la jubilación anticipada, teniendo en cuenta el desempleo actual que hará poco menos que imposible este tipo de jubilación anticipada

### **2.8.2. Jubilación anticipada por voluntad del interesado**

La segunda modalidad, cuyo origen se encuentra en la voluntad del trabajador de jubilarse anticipadamente –aplicable a todos los regímenes del sistema– supone la reaparición de esta posibilidad, desde la lejana regulación solo aplicable a los mutualistas que lo fueron en 1 de enero de 1967. Sin embargo, no parece este momento el más idóneo para crear esta nueva modalidad pese a haber sido insistentemente reclamada. Y ello, por varias razones: la primera, porque nos encontramos en momentos en los que se predica lo contrario, es decir, el alargamiento de la vida laboral activa o como se dice en el título del RDL 5/2013: «el favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo», que en realidad parece que dicen dos cosas pero es lo mismo, se trata de incentivar la permanencia del trabajador en el mercado laboral.

En segundo lugar, aunque aparentemente se establece un nuevo procedimiento para jubilarse anticipadamente, los requisitos exigidos son más exigentes aún que los de la anterior modalidad, por eso una vez examinados detenidamente se comprueba que en la mayoría de los casos compensará esperar a cumplir la edad legal ordinaria de jubilación, hasta el punto de que sería razonable plantearse la supresión de esta modalidad de jubilación anticipada.

#### **a) Requisitos**

El acceso a la jubilación anticipada por voluntad del trabajador exigirá los siguientes requisitos<sup>45</sup>:

**a) Tener cumplida una edad que sea inferior en dos años, como máximo, a la edad que en cada caso resulte de aplicación según lo establecido en el art. 205.1.a) y en la disposición transitoria séptima. Se restringe la edad mínima en dos años, respecto a la anterior regulación al RDL 5/2013 con la idea de no someter el Sistema al pago prolongado de la pensión.**

Además al ampliar la edad de jubilación se modifica la edad mínima de acceso a la jubilación anticipada en estos supuestos, frente a la anterior redacción, según la cual, se exigía tener cumplidos los 63 años de edad, pues si esta redacción se mantuviera es evidente que la anticipación en la edad del trabajador se iría ampliando a medida que se fuera retrasando la edad legal ordinaria de jubilación hasta 2027.

**b) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 35 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias<sup>46</sup>. Se incrementa**

<sup>45</sup> Art. 208 de la LGSS.

<sup>46</sup> A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

en dos años el tiempo de cotización exigido, lo que supone un esfuerzo adicional. También se reitera que el período del servicio militar se computará «solo» a los exclusivos efectos de acreditar el período mínimo de 35 años cotizados con el límite máximo de un año.

c) Una vez acreditados los requisitos generales y específicos de dicha modalidad de jubilación, el importe de la pensión a percibir ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. En caso contrario, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada.

Lo que significa que si no alcanza, al menos, la cuantía de la pensión mínima, según las circunstancias familiares y económicas del solicitante, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada por voluntad del interesado. Posiblemente hay que buscar la razón de esta medida en que se piensa que se debe excluir de esta modalidad de jubilación anticipada a quienes podrían aprovecharse de situaciones en las que en cualquier caso obtendrían la pensión mínima ya sea anticipadamente o al cumplir la edad legal ordinaria de jubilación, con la ventaja en el primer caso de que obtendrían la pensión mínima antes de alcanzar la edad ordinaria. En otras palabras, que si el importe de la pensión anticipada resultante, una vez aplicados los correspondientes coeficientes reductores, es inferior a la pensión mínima que le correspondería a los 65 años, no podrá acceder a la pensión de jubilación anticipada si el cese en el trabajo es voluntario, lo que provocará en muchos casos, maniobras para acordar con las empresas simulaciones de ceses involuntarios en sus diversas manifestaciones.

#### b) Reducción de la pensión

La pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación<sup>47</sup> que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el art. 205.1.a) y en la disposición transitoria séptima de la LGSS, de los siguientes coeficientes en función del período de cotización acreditado:

1º. Coeficiente del 2 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización inferior a 38 años y 6 meses.

2º. Coeficiente del 1,875 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses.

3º. Coeficiente del 1,750 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses.

4º. Coeficiente del 1,625 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 44 años y 6 meses.

---

<sup>47</sup> A los exclusivos efectos de determinar dicha edad legal de jubilación, se considerará como tal la que le hubiera correspondido al trabajador de haber seguido cotizando durante el plazo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el art. 205.1.a) y en la disposición transitoria séptima de la LGSS.

Se observa una mayor exigencia de tiempo en esta modalidad voluntaria de jubilación anticipada. Para el cómputo de los períodos de cotización se tomarán períodos completos, sin que se equipare a un período la fracción del mismo.

### **2.8.3. Normas comunes**

#### **a) Forma de determinar el período computable (trimestres)**

A efectos de la aplicación de los coeficientes reductores de la pensión por jubilación anticipada<sup>48</sup>, el cómputo de los trimestres que en el momento del hecho causante le falten al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación, que en cada caso resulte de aplicación, se realizará de fecha a fecha, contados hacia atrás desde la fecha en que se cumpliría, por el solicitante de la pensión, la edad legal de jubilación. A los efectos de determinar dicha edad legal de jubilación se considerarán cotizados los años que le resten al interesado desde la fecha del hecho causante hasta el cumplimiento de la edad que corresponda.

Cuando en la fecha del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se considerará que el cumplimiento de la edad tiene lugar el último día del mes.

#### **b) Tope máximo de la pensión de jubilación cuando se apliquen coeficientes reductores por edad**

En ambos supuestos de jubilación anticipada con coeficientes reductores, es aplicable el art. 210 apartados 3 y 4 de la LGSS que establece: «cuando para determinar la cuantía de una pensión de jubilación hubieran de aplicarse coeficientes reductores por edad en el momento del hecho causante, aquéllos se aplicarán sobre el importe de la pensión resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje que corresponda por meses de cotización.

Una vez aplicados los referidos coeficientes reductores, el importe resultante de la pensión no podrá ser superior a la cuantía resultante de reducir el tope máximo de pensión en un 0,5% por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación».

El cambio que ha sufrido este apartado 3 es el de incrementar el citado porcentaje, desde el 0,25% (que estaba previsto a partir de 1 de enero de 2013) hasta el actual 0,50%, lo que significa que el límite máximo de la cuantía de la pensión a la que podrá acceder el solicitante se reduce más aun para el caso de la jubilación anticipada con coeficientes reductores.

Con esta medida se pretende corregir un efecto indeseado que se ha venido observando en la práctica, cual es el de evitar que se acceda a jubilaciones anticipadas con la misma cuantía que si se produjera la jubilación a la edad ordinaria. De este modo se topan las pensiones anticipadas, de forma proporcional a la reducción de la pensión un 0,50%, según el número de trimestres o fracción de los mismos

Este coeficiente no se aplicará:

---

<sup>48</sup> Cfr. art. 3.2 del Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre.

1º) En los casos de jubilaciones anticipadas conforme a las previsiones del art. 206 LGSS, en relación con los grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre, o se refieran a personas con discapacidad<sup>49</sup>.

2º) A los Mutualistas: Cuando se trate de jubilaciones causadas al amparo de lo establecido en la norma 2.ª del apartado 1 de la disposición transitoria cuarta LGSS.

## **2.9. La jubilación parcial**

Para no extenderme demasiado en detalles, comentaré de forma telegráfica los cambios habidos en esta modalidad de jubilación. La jubilación parcial, después de la reforma de la Ley 27/2011 y sobre todo del RDL 5/2013, ha sufrido importantes restricciones:

- Por un lado, el porcentaje máximo de reducción de jornada se ha ido restringiendo desde el 85% al 75% y finalmente al 50%, salvo el caso de que el relevista (en jubilación parcial anticipada) sea contratado por tiempo indefinido y a tiempo completo, que se eleva al 75% de la jornada [art. 215.1.c) de la LGSS].

- Se eleva la edad de acceso, exigiéndose tener cumplida en la fecha del hecho causante 65 años o de 63, cuando se acrediten 36 años y 6 meses cotizados, con el correspondiente período transitorio [art. 215.1.a) y disposición transitoria décima, respectivamente de la LGSS].

- Se exige haber cotizado, al menos 33 años, frente a los 30 años de la normativa anterior [art. 215.1.d) de la LGSS].

- Deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, sin que las de aquél sean inferiores «al 65% del promedio de las bases de cotización de los últimos 6 meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial [art. 215.1.e) de la LGSS].

- De todas las restricciones que se han incorporado, la mayor, consiste en que, sin perjuicio de la reducción de jornada, durante el período de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando éste a jornada completa, aplicándose transitoriamente hasta su completo establecimiento un período gradual [art. 215.1.g) y disposición transitoria décima.3, respectivamente de la LGSS].

Debe tenerse en cuenta que uno de los principales atractivos que tenía la jubilación parcial, aparte de combinar trabajo y pensión, era el aliciente añadido de que las cotizaciones a tiempo parcial (consecuencia de la reducción de jornada) eran consideradas al alcanzar la jubilación ordinaria como si se hubiera cotizado a jornada completa a los efectos de causar derecho a la pensión de jubilación ordinaria, y este es precisamente el punto que se ha

---

<sup>49</sup> Art. 210.4 LGSS.

eliminado, pues en la regulación definitiva se deberá cotizar a tiempo completo con independencia del porcentaje de reducción de jornada, de forma que cuando se aplique la norma en todo su rigor, si, por ejemplo, se reduce la jornada del trabajador que accede a la jubilación parcial un 50%, empresa y trabajador deberán cotizar como si prestara servicios a jornada completa. Todo ello para que al alcanzar la edad ordinaria, el trabajador no resulte perjudicado en su definitiva pensión. Sin embargo, el coste es enorme. Quizá hubiera bastado con efectuar las cotizaciones proporcionales a la jornada parcial realizada como en cualquier contrato a tiempo parcial, pese a perjudicar al trabajador en su futura pensión ordinaria.

Por otro lado, cabría preguntarse hasta qué punto puede la Administración exigir que se cotice por encima de lo realmente trabajado. Concretamente cabe plantearse dos cuestiones:

Primera: si eso mismo lo realizara la empresa y el trabajador por su cuenta, en virtud de un acuerdo, es decir, que cotizara a tiempo completo por encima de la jornada parcial realmente trabajada, con la intención de obtener una mejora de la pensión, es indudable que se trataría de un acuerdo fraudulento. Y ese fraude se basaría en la falta de correspondencia entre lo trabajado y lo que se cotiza por ese trabajo. Pues bien, habría que cuestionarse si el hecho de que esa posibilidad sea establecida de forma expresa por Ley resulta suficiente para que la nueva fórmula se considere correcta.

Segunda: pese a que el acceso a la jubilación parcial en tales condiciones es voluntario, tratándose de una norma general, cabría preguntarse hasta qué punto no constituye un enriquecimiento injusto por parte de la Administración el establecimiento de este mecanismo que supone un lucro indebido que no responde a un trabajo real de quien accede a esta figura de la jubilación parcial.

Quizá debería buscarse una solución más equitativa, ni la anterior normativa que consideraba las cotizaciones al 100% con independencia de la reducción de jornada, ni la actual, que obliga a cotizar al 100% con independencia de la reducción realizada. Entiendo que las cotizaciones deben considerarse por la jornada a tiempo parcial realizada, y, para salvar la situación podría establecerse la creación de un convenio especial específico para esta situación que permitiera voluntariamente al trabajador completar su cotización al 100% hasta su jubilación ordinaria.

Ello supondría un coste menor para el empresario y con respecto al trabajador que debería asumir el coste, se trataría de un convenio especial para quienes suscriben contratos a tiempo parcial, si bien con determinadas especificidades atendiendo a la proximidad de la jubilación ordinaria. Creo que esta debe ser la dirección a seguir.

En cualquier caso, es importante que se tomen iniciativas efectivas que revitalicen esta interesante figura de la jubilación parcial, sobre todo por los beneficios sociales y de acceso al empleo que reporta.

## **2.10. La jubilación activa**

Mientras día a día pierde interés el uso de la jubilación parcial se crea una nueva figura sobre envejecimiento activo, traída por el RDL 5/2013, como posibilidad de compatibilizar el derecho al 50% de la pensión de jubilación, con cualquier trabajo a jornada completa o a tiempo parcial, ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena, siempre que la

pensión se haya causado con la edad ordinaria de jubilación y con el importe del 100% de la base reguladora, en las condiciones del art. 214 de la LGSS.

Debe tenerse en cuenta que una vez cumplidos los requisitos, la pensión de jubilación será siempre del 50% de la que le correspondería al trabajador. Lo que puede variar en esta modalidad de compatibilidad es la jornada de trabajo –absolutamente flexible–, y, consiguientemente, los ingresos obtenidos por la actividad. De manera que la Administración renuncia al control de la actividad y de los ingresos obtenidos por el trabajador, solo se compromete a pagar el 50% de la pensión.

No parece un criterio equitativo, porque pueden darse casos, en que la pensión alcance el tope máximo, y además, el trabajador obtenga ingresos muy elevados solo con la actividad que desempeña, convirtiéndose la pensión en un mero complemento, en lugar de serlo la actividad, mientras que en otros supuestos, en los que la actividad es reducida y con pocos ingresos, no le compensará al pensionista percibir solamente la mitad de la pensión. En fin, creo que desde el punto de vista del trabajador, y tal como está redactada esta nueva forma de compatibilidad, habría que estudiar caso por caso, para determinar si le interesa al trabajador entrar en este tipo de compatibilidad.

En cambio, desde el punto de vista, tanto de la Administración, como del empresario (en su caso), es atractivo, pues para la primera, supone un ahorro importante, exactamente del 50% de la pensión, mientras que para el empresario, los costes en cotización son mínimos y, desde luego analizado su mecanismo va a ser sin duda, la figura que está sustituyendo a la jubilación parcial, aunque con una mayor flexibilidad, que no, proporcionalidad en las reducción de la pensión.

Creo que la nueva figura se enriquecería, estableciendo también criterios de proporcionalidad, en el sentido de permitir un mayor margen del importe de la pensión (más del 50%) en aquellos casos, en que la jornada declarada fuera inferior al 50%, y al contrario, reducir el porcentaje de la pensión, caso de que la jornada desempeñada, sea superior. Quizá esta medida tuviera más dificultad de ser aplicada y sobre todo controlada, sobre todo, en el caso de los trabajadores por cuenta propia, cuando se abra la posibilidad de la parcialidad de la jornada o la jubilación parcial<sup>50</sup>.

Además, es verdad, que incorporar este criterio, supondría un esfuerzo adicional por parte de los servicios de inspección, en el control de la jornada efectivamente realizada por el trabajador pero, qué duda cabe, su funcionamiento sería más equitativo.

### **3. UN ESBOZO SOBRE LOS CAMBIOS QUE NECESITA NUESTRO SISTEMA DE PENSIONES PARA GARANTIZAR SU VIABILIDAD FUTURA**

Nuestro sistema de Seguridad Social se encuentra en un momento crucial. Siempre he sido defensor del mecanismo actual, en lo que se refiere a los principios de solidaridad y reparto. Para ello, es necesario tener una amplia base de trabajadores que coticen a la

---

<sup>50</sup> Según se prevé, respectivamente, en el art. 1.1 de la Ley 20/2007 y la disposición adicional trigésimocuarta de la Ley 27/2011.

Seguridad Social y desgraciadamente la situación actual no ayuda debido a la falta de empleo. Hubo hace pocos años una entrada masiva de inmigrantes, lo que junto a la progresiva incorporación de la mujer al mundo del trabajo podía hacer presagiar que las cosas podían cambiar. Sin embargo, visto el panorama hasta los extranjeros se han ido marchando a sus países de origen.

Es verdad que se han adoptado importantes medidas encaminadas a reducir el gasto en prestaciones, en particular las que se refieren a la pensión de jubilación y sus modalidades –jubilación anticipada, jubilación parcial o jubilación activa–, que se acaban de analizar, pero me temo que pese a todo no va a ser suficiente y será necesario adoptar nuevas medidas que aseguren la viabilidad de las pensiones. Creo que la solución no va a estar tanto en seguir apretando la tuerca de nuevas exigencias en los requisitos y de endurecimiento en la determinación de la pensión. Ya se ha hecho mucho, basta pensar en la creación del factor de sostenibilidad que comenzará en principio a funcionar en 2019 o el nuevo criterio de revalorización de las pensiones, más exigente y, por cierto, más complicado de determinar y con fórmulas indescifrables para un jurista.

Creo que ha llegado el momento de buscar ideas imaginativas que nos saquen de esta situación y ponerlas en práctica lo antes posible. En definitiva es preciso ponerse a trabajar en un asunto que nos afecta a todos. La buena noticia es que si nos damos prisa todavía está a tiempo de arreglarse, existe margen para ello.

Decía que siempre he sido partidario de mantener el vigente sistema tal como se concibió por los creadores de la Seguridad Social en los inicios de los años sesenta, pero en el estado actual no va ser posible mantenerlo exactamente con las mismas reglas de funcionamiento. Es preciso replantearse todo nuestro Sistema y buscar una solución que sea viable.

Durante este año he escuchado algunas propuestas a propósito de la interminable campaña electoral que ha supuesto el año 2016 para los partidos políticos, y no me acaban de convencer las propuestas que tienden a la creación de nuevos impuestos. La sociedad española, con la falta de empleo que existe no puede permitirse nuevos impuestos. Desde luego no hay que desnucarse pensando que la solución se encuentra en la creación de nuevos impuestos, es la respuesta fácil para quien no se remanga y trabaja seriamente para encontrar un nuevo mecanismo que resuelva este problema sin trasladarlo a los ciudadanos con mayores cargas impositivas.

Como decía, creo que con independencia de que se convoque el Pacto de Toledo, se debe llegar al convencimiento de que ya no basta con remiendos ni con medidas que vayan parcheando con aislados remaches los agujeros por los que entra el agua de la insostenibilidad financiera que anega la barca de la Seguridad Social. Ha llegado el momento de sustituir la barca por otra con materiales nuevos, más ligeros y resistentes. En definitiva, urge cambiar el sistema actual, al menos en parte, pues no resulta aconsejable en esta materia adoptar medidas drásticas de aplicación inmediata. Es buena la costumbre de que las nuevas medidas en materia de Seguridad Social se adopten de forma gradual y utilizar con prudencia las disposiciones transitorias que permitan un cambio suave y sin excesivos traumas.

Convencido de la necesidad del cambio del sistema, la siguiente cuestión que se planteará será hacia dónde deberíamos dirigir nuestra mirada para sustituir el actual marco de funcionamiento de la Seguridad Social basado en los principios de reparto y solidaridad. Porque en este punto es en donde se encuentra la clave del camino hacia la solución.

Si el problema en esencia es el de la viabilidad del sistema, debido a que como con elocuente sencillez decía el Profesor Barea, si los que cotizan a la Seguridad Social, no alcanzan a cubrir el gasto que supone las prestaciones de Seguridad Social, el Sistema solo se mantiene, rebajando el importe de las pensiones o incrementando la cuantía de las cotizaciones, eso significa que habrá que encontrar otra forma de financiar las pensiones. Y esa otra forma, no puede ser otra que la de dar un golpe de timón y cambiar el sistema actual de reparto, según el cual las pensiones las paga la Seguridad Social con las cotizaciones de los trabajadores que trabajan ahora, con el inconveniente de que cuando el número de trabajadores disminuye y el de pensionistas se incrementa, se hace insostenible, por un sistema de capitalización que se establecería bajo la tutela del Estado. Reconozco que pese a las medidas que se han adoptado, entre ellas una que me parecía capital, como es la de incentivar el alargamiento de la vida laboral de los trabajadores, creo que eso no será suficiente, y por eso creo que ha llegado el momento de plantearse ese cambio de sistema que propugno.

El sistema de capitalización supone aplicar la misma técnica que en los planes de pensiones o en los seguros privados, con la diferencia de que será el Estado el que se encargue de garantizar que las inversiones que realicen las aseguradoras se realicen con el menor riesgo posible y de forma diversificada. Desde luego, habría que establecer una clara distinción de este nuevo régimen con las diversas modalidades de planes de pensiones que seguirán siendo de naturaleza privada.

No es el momento de mostrar al detalle en que consistiría este nuevo sistema, pero sí es posible indicar cuáles serían sus líneas maestras, teniendo en cuenta que el paso de un sistema de reparto a otro de capitalización no resulta nada sencillo por la razón de que habría que buscar el punto exacto de edad a los que de forma transitoria se les seguiría aplicando el anterior sistema de reparto, manteniendo al mismo tiempo las pensiones vigentes al tiempo del cambio, y teniendo en cuenta que a los trabajadores más jóvenes les será de aplicación el nuevo sistema, y ya no contribuirían por el sistema de reparto o contribuirían menos de forma gradual hasta que dejaran de cotizar por este sistema de forma simultánea con el antiguo. La cuestión es que esa falta de cotización como consecuencia del cambio de sistema supondrá sin duda unos costes enormes, pues mientras se produce la implantación del nuevo sistema de capitalización habrá que seguir manteniendo el pago de las pensiones cuya financiación dejará de contar (antes o después) con las cotizaciones de los actuales cotizantes. Es indudable que supondrá un cambio colosal que necesariamente deberá ser progresivo para evitar que sea traumático, en particular en lo que afecta al esfuerzo que corresponde a la aportación del Estado en la partida de la Seguridad Social de los Presupuestos Generales de cada año. Pero con el objetivo de que a medio y largo plazo, descenderá esa aportación estatal. De manera que el nuevo sistema va a suponer un importante esfuerzo por parte de los trabajadores y del propio Estado.

Insisto mucho en la progresividad porque es una de las características de nuestra Seguridad Social que más eficacia ha tenido cuando se ha pretendido realizar una reforma de

cierto calado. Por eso creo que la clave para que tenga éxito el nuevo rumbo de las pensiones debe ser que durante un tiempo generosamente amplio convivan ambos sistemas.

Hay otro aspecto que quisiera dejar meridianamente claro, y es que aunque se emplee una técnica característica de los seguros privados, una cosa es la técnica y otra muy diferente es pensar que se trataría de privatizar la Seguridad Social. Como es natural esa cuestión carece de sentido por muchas razones, la primera de ellas, porque la Constitución obliga a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones suficientes en caso de necesidad (art. 41), luego no puede haber duda, de que seguirá siendo un sistema público. Otra cosa es cómo sería la gestión, que podría estar encomendada a entidades aseguradoras que estarían fuertemente sometidas a la supervisión del Estado.

Ejemplos de esta transición de un sistema de reparto al de capitalización lo tenemos en Chile o en Colombia, que pese a haber sido muy criticado, especialmente en los primeros años, precisamente los más complicados por las razones apuntadas, estableció hace treinta y cinco años un sistema de pensiones que, en la actualidad ha permitido tener un desarrollo económico importante con crecimientos en torno al 7% acumulativo anual.

*A grosso modo*, en el sistema chileno, los que ahora comienzan su vida laboral cotizan a las denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), eligiendo la que ellos quieran.

Estas AFP, se caracterizan porque se regulan por el Estado, que les impone como deben invertir sus fondos. Como antes comentaba, se trata de una especie de fondos de pensiones, pero que no pueden invertir en lo que quieran ni en el importe que quieran al encontrarse fuertemente restringidos por el Estado, con la finalidad de garantizar lo mejor posible el cobro de la futura pensión. Tales AFP no constituyen un monopolio, de forma que los trabajadores pueden elegir a qué fondo de pensiones le encargan la capitalización de su pensión. Esto permite, que si alguna Administradora quiebra, existe un mecanismo para asegurar los fondos que los trabajadores han depositado en ella.

Es solo una muestra de las ventajas que puede ofrecer un sistema de capitalización, la principal: que no dependerá el futuro de las pensiones de la mayor o menor tasa de empleo, de la mayor o menor tasa de nacimientos y fallecimientos, del alargamiento o brevedad de la vida de los pensionistas, porque cada trabajador podrá ir conociendo en cada momento lo que le corresponderá, sin el riesgo de que dependa de factores externos a él mismo.

Desde luego, serían muchos más los elementos a tener en cuenta, pero no es posible en esta oportunidad. Sin embargo, me comprometo a realizar en breve un estudio más detenido sobre la necesidad de este cambio que propongo y sobre todo, de la forma de llevarlo a cabo, tanto en el momento en que se produzca el cambio como en su implantación definitiva. Mientras tanto, como apunta el titular de este estudio, habrá que seguir trabajando con las medidas específicas que se han incorporado recientemente a la pensión de jubilación, como parrilla de salida para una reforma necesaria.

# Un riesgo para la salud de los trabajadores: campos electromagnéticos, electrosensibilidad

## A risk for the health of the workers: electromagnetic fields, electrosensitivity

MARÍA ANTONIA PÉREZ ALONSO

PROFESORA TITULAR DE UNIVERSIDAD. DTO. DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. FACULTAD DE DERECHO.

UNIVERSIDAD DE VALENCIA. EXMAGISTRADA SUPLENTE (SALA SOCIAL) DEL TSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

MARIA.A.PEREZ@UV.ES (ORCID: 0000-0002-5375-2674)

### Resumen

El RD 299/2016, de 22 de julio, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a campos electromagnéticos ha supuesto un importante avance en la protección de los trabajadores acerca de este riesgo que es de todo punto importante y cuyas consecuencias siguen siendo evaluadas por los científicos y cuyo resultados, si bien aún contradictorios, van avanzando hacia una clara relación entre la existencia de determinados cánceres raros de cerebro y de corazón que se han relacionado con la exposición a las redes inalámbricas wifi, además de otros efectos como los directos, los indirectos, las corrientes en las extremidades y el calentamiento de los tejidos que son descritos en esta normativa.

El RD 299/2016 aparece como adaptación a la Directiva 2013/35/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 que viene a derogar a la Directiva 2004/40/CE y fija las disposiciones mínimas de protección de los trabajadores contra los riesgos para la salud y su seguridad derivados de la exposición de los trabajadores a los campos electromagnéticos.

### Abstract

The RD 299/2016, of July 22, on the protection of the health and the safety of the workers against the risks related to the exhibition to electromagnetic fields has supposed an important advance in the protection of the workers brings over of this risk that is any important point and which consequences continue being evaluated by the scientists and whose results, though still contradictory, they are advancing towards a clear relation between the existence of certain rare cancers of brain and of heart that have related to the exhibition to the wireless networks wifi, besides other effects like the direct ones, the indirect ones, the currents in the extremities and the warming of the fabrics that are described in this regulation.

The RD 299/2016 appears as adjustment to the Board 2013/35/UE, of the European Parliament and of the Advice of June 26, 2013 that it comes to repeal to the Board 2004/40/CE and to fix the minimal dispositions of protection of the workers against the risks for the health and his safety derived from the exhibition of the workers to the electromagnetic fields.

### Palabras clave

Campos electromagnéticos- electrosensibilidad- Seguridad Social- protección de la salud-prevención de riesgos laborales

### Keywords

Electromagnetic fields - Social electrosensibilidad- safety - protection of the health - prevention of labor risks

## 1. CAMPOS ELECTROMAGNÉTICOS. INTRODUCCIÓN

El RD 299/2016, de 22 de julio, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a campos electromagnéticos<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Son numerosos los estudios que se han realizado en torno a los campos electromagnéticos, siendo los expertos en esta materia, principalmente físicos, los que abordan más habitualmente esta materia, si bien el estudio se acomete por numerosos especialistas, como Ingenieros industriales, médicos, enfermeros, técnicos en prevención de riesgos (...)

(en adelante, RD 299/2016) ha supuesto un importante avance en la protección de los trabajadores acerca de este riesgo que es de todo punto importante y cuyas consecuencias siguen siendo evaluadas por los científicos y cuyo resultados, si bien aún contradictorios, van avanzando hacia una clara relación entre la existencia de determinados cánceres raros de cerebro<sup>2</sup> y de corazón que se han relacionado con la exposición a las redes inalámbricas wifi.

Precisamente, el RD 299/2016 aparece como adaptación a la Directiva 2013/35/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 que viene a derogar a la Directiva 2004/40/CE y fija las disposiciones mínimas de protección de los trabajadores contra los riesgos para la salud y su seguridad derivados de la exposición de los trabajadores a los campos electromagnéticos, como más tarde se expondrá.

Pero qué son los campos electromagnéticos, en opinión de los expertos<sup>3</sup> un campo electromagnético es la combinación de dos cosas, un campo eléctrico y un campo magnético. Además, si voluntariamente se produce un campo eléctrico se crea un campo magnético y a la inversa, así por ejemplo una placa de inducción, se basa a través de una corriente eléctrica se crea un campo magnético, es el funcionamiento básico.

La definición legal de los campos electromagnéticos aparece en el propio artículo 2 del RD 299/2016, como más tarde se verá, así como sus efectos biofísicos directos<sup>4</sup> siendo éstos del tipo efectos térmicos y no térmicos y corrientes en las extremidades; al mismo tiempo se describen los efectos indirectos siendo éstos las interferencias con equipos y dispositivos médicos electrónicos, incendios y explosiones, corrientes de contacto. A la vez, que se describen los valores límites de exposición sobre la base de efectos agudos y a corto plazo comprobados científicamente, como son los efectos térmicos y la estimulación eléctrica de los tejidos.

De otro lado, los expertos médicos en materia de campos electromagnéticos apuntan que la sintomatología que presenta la exposición a campos electromagnéticos<sup>5</sup> o

---

laborales, los laboralistas, vid. bibliografía en esta materia en la base de datos de Dialnet: RODRÍGUEZ DANTA, M. BELLVER CEBREROS, C. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, A.C: Campos electromagnéticos. Universidad de Sevilla, 1995; PORTIS, A.: Campos electromagnéticos. Editorial Reverté. 1985; DE LA CRUZ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, A.: Problemas de campos electromagnéticos; Edit. McGraw-Hill, Interamericana de España. Madrid 2005; HUIDOBRO MOYA, J.M.: Problemas de campos electromagnéticos. Manual formativo de ACTA, Nº. 49/ 2008, pp. 47-53; CANINO RODRÍGUEZ, J.M.: Campos electromagnéticos. Conceptos básicos. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. 2003; Campos electromagnéticos y la salud. Prevención express: Boletín de actualidad técnica sobre prevención de riesgos laborales, Nº. 373/ 2006, pp. 13-16; TERMES JORBA, L.: Efectos de los campos electromagnéticos en las personas e instalaciones. Edit. Electra, Nº 145/ 2007, págs. 82 y ss.; LINARES GIL, C y DÍAZ JIMÉNEZ, J.: Los campos electromagnéticos no ionizantes y su posible impacto en la salud. Ecosostenible, Nº. 13/ 2006, pp. 3 y ss.

<sup>2</sup> HERNANDO GRANDE, A.: Una aplicación de los campos electromagnéticos: investigación sobre la sincronización de señales en nuestro cerebro. Revista de la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, Nº 1/ 2007, pp. 139 y ss.

<sup>3</sup> MAGALLON PEREZ, PABLO: Ingeniero Industrial. Universidad Politécnica de Valencia. Master en Ingeniería Industrial Universidad Libre de Bruselas.

<sup>4</sup> ROLDÁN, E.; GOITIA, J.: Campos electromagnéticos de frecuencia industrial y efectos biológicos en el cuerpo humano. Dyna, Nº 6/ 2002, págs. 61-73.

<sup>5</sup> Vid. la reseña de google y las radios frecuencias: [https://www.google.es/search?q=campos+electromagn%C3%A9ticos&biw=1280&bih=929&tbm=isch&imgil=RkuseQl4NLrW8M%253A%253BqpggYVwOpudxEM%253Bhttp%25253A%25252F%25252Fwww.protegete \(...\)](https://www.google.es/search?q=campos+electromagn%C3%A9ticos&biw=1280&bih=929&tbm=isch&imgil=RkuseQl4NLrW8M%253A%253BqpggYVwOpudxEM%253Bhttp%25253A%25252F%25252Fwww.protegete (...)

contaminación electromagnética es muy variada, casi todas se sitúan con síntomas de hipersensibilidad a la exposición a campos electromagnéticos, como hipersensibilidad electromagnética<sup>6</sup>, electro hipersensibilidad, electro-sensibilidad y sensibilidad eléctrica, esto es, “hipersensibilidad idiopática atribuida a campos electromagnéticos”, campos magnéticos, campos eléctricos de baja y alta frecuencia, si bien en ocasiones, puede generar cánceres raros de cabeza y corazón, según estudios científicos americanos de mayo de 2016<sup>7</sup>.

La sintomatología que se presenta habitualmente por la personas hipersensibles a las radiaciones son: fatiga, cansancio y trastornos del sueño incomodidad general, dolores de cabeza y dolores en otras partes del cuerpo<sup>8</sup>, cefaleas, insomnio; pérdida de memoria a corto plazo, irritabilidad, dificultad para concentrarse, cansancio crónico, tristeza sin motivo aparente, alteraciones cardíacas, mala circulación sanguínea, alteraciones en la piel, incluido picor y quemazón, desorientación, congestión nasal, disminución de la libido, infecciones recurrentes, trastorno del tiroides, movimientos involuntarios de los músculos<sup>9, 10</sup>.

Esta patología afecta a un 5% de la población y fue Suecia, el primer país que la consideró enfermedad<sup>11</sup>, si bien con carácter general no está reconocida como enfermedad, aun así, en Francia<sup>12</sup>, se ha reconocido por un Tribunal de Toulouse una incapacidad a una persona afectada por electro-hipersensibilidad, aunque sin obtener la calificación de enfermedad profesional reclamada<sup>13</sup> y en Austria, se ha elaborado un documento de consenso de fecha 3 de marzo de 2012<sup>14</sup>, para evaluar determinadas patologías dado el aumento de los problemas de salud no específicos, frecuentemente asociados con el estrés, pero que podría

---

delmovil.com%25252Fque-es-un-campo-electromagnetico%25252F&source=iu&pf=m&fir=RkuseQl4NlRw8M%253A%252CqpggYVwOpudxEM%252C\_&usg=\_\_CTrJvFKgD\_eVPuSAJqNSk61o5IU%3D&ved=0ahUKEwj0uPzCxbvOAhULcBoKHQP6Cf4QyjcIRA&ei=DZStV7T-LovgaYP0p\_AP#imgrc=RkuseQl4NlRw8M%3A

[https://www.google.es/search?q=campos+electromagn%C3%A9ticos&biw=1280&bih=929&tbm=isch&imgil=RkuseQl4NlRw8M%253A%253BqpggYVwOpudxEM%253Bhttp%25253A%25252F%25252Fwww.protegete delmovil.com%25252Fque-es-un-campo-electromagnetico%25252F&source=iu&pf=m&fir=RkuseQl4NlRw8M%253A%252CqpggYVwOpudxEM%252C\\_&usg=\\_\\_CTrJvFKgD\\_eVPuSAJqNSk61o5IU%3D&ved=0ahUKEwj0uPzCxbvOAhULcBoKHQP6Cf4QyjcIRA&ei=DZStV7T-LovgaYP0p\\_AP#imgrc=RkuseQl4NlRw8M%3A](https://www.google.es/search?q=campos+electromagn%C3%A9ticos&biw=1280&bih=929&tbm=isch&imgil=RkuseQl4NlRw8M%253A%253BqpggYVwOpudxEM%253Bhttp%25253A%25252F%25252Fwww.protegete delmovil.com%25252Fque-es-un-campo-electromagnetico%25252F&source=iu&pf=m&fir=RkuseQl4NlRw8M%253A%252CqpggYVwOpudxEM%252C_&usg=__CTrJvFKgD_eVPuSAJqNSk61o5IU%3D&ved=0ahUKEwj0uPzCxbvOAhULcBoKHQP6Cf4QyjcIRA&ei=DZStV7T-LovgaYP0p_AP#imgrc=RkuseQl4NlRw8M%3A)

<sup>6</sup> Denominación utilizada en Suecia, vid. STSJ de Madrid de 16-1-2012, rec. 4455/2011. Suecia fue el primer país que reconoció este tipo de enfermedad.

<sup>7</sup> [http://www.ciro-idf.fr/fr/2-liens\\_entre\\_telephonie\\_mobile\\_et\\_tumeurs\\_\\_premiers\\_resultats\\_d\\_une\\_etude\\_americaaine/subpage/view/page/17423](http://www.ciro-idf.fr/fr/2-liens_entre_telephonie_mobile_et_tumeurs__premiers_resultats_d_une_etude_americaaine/subpage/view/page/17423)

<sup>8</sup> [http://www.ciro-idf.fr/fr/2-hypersensibilite\\_electromagnetique\\_\\_le\\_rapport\\_predefinitif\\_de\\_l\\_anses\\_en\\_consultation\\_publicque/subpage/view/page/17444](http://www.ciro-idf.fr/fr/2-hypersensibilite_electromagnetique__le_rapport_predefinitif_de_l_anses_en_consultation_publicque/subpage/view/page/17444)

<sup>9</sup> <http://www.electrosensibilidad.es/>

<sup>10</sup> En esta línea, incluso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Demanda 6-9-2005, núm. 75287/2001) ha declarado que la instalación de transformador de energía eléctrica junto a vivienda puede suponer actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y provocar un atentado a los derechos humanos; STS de 26-3-2013, rec. 1872/2011.

<sup>11</sup> Según las últimas estimaciones para las sociedades modernas la población electrosensible oscila ya entre el 3 y el 5%, lo que eleva a unos 13 millones el número de europeos que sufren este mal. En Suecia, primer país que aceptó la electrosensibilidad como causa de baja laboral (invalidez física), la cifra de afectados se eleva a 290.000. <http://www.electrosensibilidad.es/>

<sup>12</sup> [http://www.ciro-idf.fr/fr/2-colloque\\_pour\\_une\\_reconnaissance\\_de\\_l\\_electrohypersensibilite/subpage/view/page/17181](http://www.ciro-idf.fr/fr/2-colloque_pour_une_reconnaissance_de_l_electrohypersensibilite/subpage/view/page/17181)

<sup>13</sup> [http://www.ciro-idf.fr/fr/2-une\\_decision\\_de\\_justice\\_favorable\\_a\\_un\\_cas\\_d\\_electrohypersensibilite/subpage/view/page/16360](http://www.ciro-idf.fr/fr/2-une_decision_de_justice_favorable_a_un_cas_d_electrohypersensibilite/subpage/view/page/16360)

<sup>14</sup> <https://es.scribd.com/document/199450866/DIRECTRICES-DE-DIAGNOSTICO-Y-TRATAMIENTO-PARA-EHS-DEL-COLEGIO-DE-MEDICOS-DE-AUSTRIA-2012-con-cuestionario-para-el-paciente>

estar relacionados con la creciente exposición a la “contaminación electromagnética” derivada de las ondas de radio generadas por teléfonos inalámbricos, estaciones base de telefonía móvil, teléfonos móviles, tarjetas de datos para ordenadores portátiles y tabletas y redes inalámbricas, además de la exposición a campos eléctricos y magnéticos generados por las líneas, dispositivos y equipos eléctricos.

Del mismo modo, en España, los tribunales ya han dictado varias sentencias reconociendo la incapacidad permanente a trabajadores que padecen de hipersensibilidad electromagnética, como es el caso de la sentencia del Juzgado de lo social de Madrid de 24-5-2011, que reconoció una invalidez permanente absoluta a una trabajadora de la administración y servicio de la Universidad, por padecer hipersensibilidad electromagnética y ambiental; la STSJ de Cataluña de 27-2-2009, rec. 334/2007, que reconoce una incapacidad permanente total para la profesión habitual por “Síndrome de hipersensibilidad múltiple con marcada sensibilidad a radiaciones electromagnéticas y productos químicos ambientales”; la STSJ de Cataluña de 19-4-2011, rec. 508/2010 que recoge el “Síndrome de hipersensibilidad múltiple con mermada sensibilidad a radiaciones electromagnéticas y productos químicos ambientales”; por su parte, la STSJ de Cataluña de 9-2-2015, rec. 6735/2014, reconoce la invalidez permanente absoluta por sensibilidad electromagnética y a otros factores ambientales;

Por su parte, la asociación vallisoletana de afectados por antenas de telecomunicaciones<sup>15</sup> con base en el Informe Réflex de 2004<sup>16</sup> afirma que las emisiones de campos magnéticos producen efectos genéticos, esto es daños genéticos y celulares, relacionados con el cáncer y enfermedades neurodegenerativas que se triplican en los alrededores de las estaciones de base de telefonía. Así, en el informe Réflex financiado por la UE de 2004 por el que se estudió los efectos de los campos electromagnéticos en el cuerpo humano, se determinó que “los resultados del estudio revelaron y demostraron que la radiación por ondas electromagnéticas en frecuencias que iban desde los 900MHz hasta los 3500MHz, producen roturas en las cadenas de ADN a niveles de radiación muy por debajo de los clasificados como niveles seguros (que son los niveles con los que se está irradiando actualmente a las personas de manera legal) y por lo tanto son un potencial promotor del cáncer”<sup>17</sup>. En esta línea, más recientemente, en 2016, GIL PEREZ<sup>18</sup> expresa que: “Los resultados muestran que la exposición crónica de cobayas a campos electromagnéticos a las frecuencias estudiadas, no produce alteraciones en la audición. Sin embargo tanto la exposición aguda como crónica a un campo electromagnético de 24000 Hz han producido modificaciones de la audición en ratones compatible con una hipoacusia neurosensorial coclear”.

Así, en esta línea, la OMS en el año 2005 determinó que: “La hipersensibilidad electromagnética se caracteriza por una variedad de síntomas no específicos que difieren de

<sup>15</sup> <http://www.avaate.org/spip.php?article11>

<sup>16</sup> [http://www.avaate.org/IMG/pdf/Reflex\\_original.pdf](http://www.avaate.org/IMG/pdf/Reflex_original.pdf) [http://www.avaate.org/IMG/pdf/Reflex\\_original.pdf](http://www.avaate.org/IMG/pdf/Reflex_original.pdf)

<sup>17</sup> Vid. noticias del informe REFLEX (acrónimo de “Risk Evaluation of Potential Environmental Hazards from Low Energy Electromagnetic Field (EMF) Exposure Using Sensitive in vitro Methods”) <http://www.electrosensibilidad.es/>. <http://www.elmundo.es/elmundo/2004/12/22/ciencia/1103721576.html>

<sup>18</sup> GIL PÉREZ, N.M: Influencia de los campos electromagnéticos de baja frecuencia sobre la audición. Tesis doctoral, directores José Morales López, Manuel García Barrero, Virginio Enrique García Martínez. Universidad de Extremadura. 2016.

un individuo a otro. Los síntomas son ciertamente reales y pueden variar ampliamente en su gravedad. Sea cual sea la causa, la hipersensibilidad electromagnética puede ser un problema incapacitante para la persona afectada. La hipersensibilidad electromagnética no tiene un criterio de diagnóstico claro”, si bien más recientemente, el avance científico sobre los efectos de los campos electromagnéticos sobre la salud de la población ha determinado que, la OMS en octubre de 2014, afirmase que “El Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer ha clasificado los campos electromagnéticos producidos por los teléfonos móviles como posiblemente carcinógenos para los seres humanos”<sup>19</sup>

Actualmente, la utilización masiva para trabajar en todos los ámbitos, con tabletas y ordenadores que requieren el uso de esta tecnología y ante la rápida expansión y constante exposición, las autoridades sanitarias y la población exigen saber si esto puede provocar efectos indeseables sobre la salud, tanto a corto, como medio o largo plazo. En este sentido resulta necesario averiguar y concretar si realmente las radiofrecuencias que emiten los sistemas wifi producen cambios en el organismo de las personas <sup>20</sup>, esto es, conviene contextualizar el tipo de ondas de radiofrecuencia que emiten los sistemas de comunicación inalámbricos (wifi). En cuanto a los focos de contaminación radioeléctrica son las antenas de telefonía móvil, telefonía inalámbrica, routers wifi, los contadores de la luz inteligentes digitales”Smart-meters” que emiten ondas similares a telefonía o campos electromagnéticos de media/baja frecuencia; en bajas frecuencias, las radiaciones no ionizantes con mayor riesgo provienen de los centros de transformación, subestaciones, cables eléctricos de media/alta tensión, aéreos, subterráneos y los que se colocan pegados a las fachadas de los primeros pisos. Resulta preciso para evitar los riesgos a la salud que las líneas eléctricas se apantallen con materiales de alta permeabilidad magnética o se alejen de las viviendas. También son focos de contaminación los ordenadores, vitrocerámica, secador, manta eléctrica, reloj eléctrico o cadena de música<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> En el año 2016 la OMS realizará una evaluación formal de los riesgos a partir de todos los resultados de salud estudiados en relación con campos de radiofrecuencias. Así, dado que los efectos de las redes wifi, de la telefonía móvil, pueden producir efectos adversos en la salud de las personas y, en particular, en la salud de los trabajadores, es por ello que se ha iniciado desde hace años y en varios países estudios acerca de la intensidad y frecuencia de dichos aparatos en la salud. La OMS afirma en su nota descriptiva de octubre de 2014 que existen unos efectos a corto plazo “La principal consecuencia de la interacción entre la energía radioeléctrica y el cuerpo humano es el calentamiento de los tejidos. En el caso de las frecuencias utilizadas por los teléfonos móviles, la mayor parte de la energía es absorbida por la piel y otros tejidos superficiales, de modo que el aumento de temperatura en el cerebro o en otros órganos del cuerpo es insignificante. En varios estudios se han investigado los efectos de los campos de radiofrecuencia en la actividad eléctrica cerebral, la función cognitiva, el sueño, el ritmo cardíaco”. A largo plazo, “las investigaciones epidemiológicas para analizar los posibles riesgos a largo plazo derivados de la exposición a las radiofrecuencias se han centrado sobre todo en hallar un nexo entre los tumores cerebrales y el uso de teléfonos móviles”, si bien dado que la generación de tumores requiere de largos períodos de evolución, no se puede, a día de hoy determinar la relación causa-efecto, si bien sólo se puede efectuar estudios en relación con tumores de evolución más breve.

<sup>20</sup> Vid. TFG “Wifi y salud” 2014/2015, de OLIVIA PEDREÑO FRAILE, Tutor/a: PEDRO MARTÍN VILLAMOR Universidad de Valladolid. Facultad de Enfermería <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/11775/1/TFG-H200.pdf>

<sup>21</sup> Vid.: MALDONADO GONZÁLEZ, J. y LANCHAS ALONSO, I.: Efectos de los campos electromagnéticos de extremadamente baja frecuencia. Salud y trabajo, N° 88/ 1991, pp. 13 y ss; GIL PÉREZ, N.M: Influencia de los campos electromagnéticos de baja frecuencia sobre la audición. Tesis doctoral, directores José Morales López, Manuel García Barrero, Virgilio Enrique García Martínez. Universidad de Extremadura. 2016.

Existen varios estudios para analizar la implicación de las ondas wifi en la salud y se destaca por PEDREÑO FRAILE<sup>22</sup> que ya se ha obtenido como resultado que las radiofrecuencias (ondas wifi) afectan a: la calidad y movilidad de los espermatozoides, alteración de la frecuencia cardiaca y disminución de los niveles de melatonina en recién nacidos, mayor permeabilidad de la barrera hematoencefálica, mayor vulnerabilidad en niños, electrohipersensibilidad, mayor riesgo de tumores cerebrales, daños en el sistema nervioso y predisposición al Alzheimer.

Actualmente, como expone PEDREÑO FRAILE<sup>23</sup>, toda la población mundial está expuesta a los campos electromagnéticos de frecuencias extremadamente bajas (FEB) de los aparatos eléctricos, electrónicos y líneas eléctricas y a la radiación de radiofrecuencia (RF) de los dispositivos inalámbricos, como teléfonos móviles, teléfonos inalámbricos u ondas wifi. En cuanto al tipo de radiaciones<sup>24</sup>, en concreto afecta a las ondas wifis donde se incluyen las de tipo de microondas, esto es, son electromagnéticas no ionizantes o de baja energía<sup>25</sup>. En la actualidad se plantea la posibilidad de sustituir el wifi por el Li-fi (Light Fidelity)<sup>26</sup>. Por ello resulta necesario acometer en España las reformas necesarias para el control racional de los riesgos referidos a campos electromagnéticos.

Quizás, falta en España una política más activa que promueva el uso racional de todos los aparatos que provoquen campos electromagnéticos, como ya la tiene Francia desde el año 2015, sobre todo, referido a la población más sensible como menores y personas especialmente sensibles.

Así, en España, la normativa reguladora a la exposición a campos magnéticos está regulada en el RD 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas (BOE de 29 de septiembre de 2001) basado en el principio de precaución o cautela<sup>27</sup>. Por su

---

<sup>22</sup> Vid. TFG “Wifi y salud” 2014/2015, de OLIVIA PEDREÑO FRAILE, Tutor/a: PEDRO MARTÍN VILLAMOR Universidad de Valladolid. Facultad de Enfermería, p. 12 <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/11775/1/TFG-H200.pdf>

<sup>23</sup> Vid. TFG “Wifi y salud” 2014/2015, de OLIVIA PEDREÑO FRAILE, Tutor/a: PEDRO MARTÍN VILLAMOR Universidad de Valladolid. Facultad de Enfermería, p. 12 <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/11775/1/TFG-H200.pdf>

<sup>24</sup> Vid. en cuanto al tipo de radiaciones el TFG “Wifi y salud” 2014/2015, de OLIVIA PEDREÑO FRAILE, Tutor/a: PEDRO MARTÍN VILLAMOR Universidad de Valladolid. Facultad de Enfermería, p. 4 <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/11775/1/TFG-H200.pdf>

<sup>25</sup> Vid. LINARES GIL, C y DIAZ JIMENEZ, J.: Campos electromagnéticos no ionizantes y su posible impacto en la salud. Ecosostenible, Nº. 13/2006, págs. 3-9.

<sup>26</sup> Están surgiendo alternativas útiles al wifi como es el Li-Fi (Light Fidelity). Es un sistema de comunicación inalámbrico que utiliza la luz visible a través de bombillas Led para transmitir información. Sus principales ventajas son que tiene un coste bajo (menor que el wifi), mayor velocidad que el wifi (5 veces más que la fibra óptica), ausencia de cables y que no interfiere con otros sistemas de comunicación, vid. TFG “Wifi y salud” 2014/2015, de OLIVIA PEDREÑO FRAILE, Tutor/a: PEDRO MARTÍN VILLAMOR Universidad de Valladolid. Facultad de Enfermería, p. 11. <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/11775/1/TFG-H200.pdf>

<sup>27</sup> Vid. STSJ de la C. Valenciana de 28-5-2009 (contencioso-advo), rec. 693/2007, por el que se describe por parte de Iberdrola la necesidad de apantallamiento puesto que elimina las radiaciones de los campos electromagnéticos o, al menos, los reduce bastante, por aplicación de una directiva comunitaria. Iberdrola afirma que en cuanto a si hay diferencia económica entre apantallamiento y no apantallamiento, dice que el (...)

parte, el artículo 61 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones establece que la gestión del dominio público radioeléctrico y las facultades para su administración y control corresponden al Estado, sin que los ayuntamientos ni las Comunidades Autónomas tengan competencias sobre esta materia<sup>28</sup>.

Actualmente, un estudio americano de 27 de mayo de 2016 y cuyos resultados finales se presentaran al final del 2017<sup>29</sup>, ha dado la voz de alarma al quedar acreditado la existencia de tumores raros con la utilización de aparatos de radiofrecuencia con las frecuencias equivalentes a los teléfonos móviles de 900 MHz, con una utilización intensiva, el aumento del cáncer pasa del 3% al 5%., esto es, el estudio se ha realizado en secuencias de 10 minutos, señal encendida 10 minutos, apagada 10 minutos, durante 9h/día desde antes del nacimiento hasta los dos años. El estudio americano invita a los poderes públicos a realizar campañas de prevención entre los que se encuentra la promoción de “orejeras”, de tal manera que se cree que cuando el estudio esté concluido en 2017, el Centro Internacional sobre el cáncer deberá reevaluar la clasificación de las radiofrecuencias por su carácter cancerígeno, de Categoría 2B (cáncer posible y responde al principio de precaución) que realizó en 2011, para pasar a 2 A (cáncer probable para el hombre).

Así, en esta línea, el control de estas ondas electromagnéticas, en el ámbito laboral ha venido a través del RD 299/2016, de 22 de julio, sobre protección de salud de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a los campos electromagnéticos, que viene a ser la adaptación a la Directiva 2013/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre disposiciones mínimas de salud y seguridad relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos) y por la que se deroga la Directiva 2004/40/CE.

---

apantallado garantiza la seguridad de las personas; el no apantallado, es decir, el normal, no lo garantiza. El apantallamiento da lugar a un aumento de costes del 200%.

<sup>28</sup> STSJ de Madrid de 20-2-2013, rec. núm. 137/2011, considera que las Corporaciones locales tienen ciertas competencias relacionadas con las competencias urbanísticas, en sentido contrario, vid. STSJ de la C. Valenciana de 15-3-2010, rec. núm. 112/2009; STSCo de 18-1-2012 núm. 2194/2002; vid. STS de 19-2-2010, rec. 1871/2005, sobre responsabilidad extracontractual, exposición de vecinos de un inmueble a campos electromagnéticos generados por transformador de energía eléctrica inferiores al límite de exposición máximo establecido de 100 micro teslas: falta de prueba de riesgos para la salud conforme a la información que resulta del estado actual de la ciencia.

<sup>29</sup> Los primeros resultados de este trabajo se han dado a conocer el 27 de mayo de 2016 (Report of partial findings from the National Toxicology Program carcinogenesis studies of cell phone radiofrequency radiation in Hsd: Sprague Dawley SD rats (whole body exposure), NTP found low incidences of tumors in the brains and hearts of male rats, but not in female rats. Studies in mice are continuing. La NTP ha encontrado una baja incidencia de tumores en los cerebros y corazones de las ratas macho, pero nada en ratas hembra. Los estudios en ratones jóvenes están continuando, en el 2017 saldrá el estudio definitivo. vid.en en [http://www.ciro-idf.fr/fr/2-liens\\_entre\\_telephonie\\_mobile\\_et\\_tumeurs\\_premiers\\_resultats\\_d\\_une\\_etude\\_americaine/subpage/view/page/17423](http://www.ciro-idf.fr/fr/2-liens_entre_telephonie_mobile_et_tumeurs_premiers_resultats_d_une_etude_americaine/subpage/view/page/17423)

## **2. RD 299/2016, DE 22 DE JULIO, SOBRE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES CONTRA LOS RIESGOS RELACIONADOS CON LA EXPOSICIÓN A CAMPOS ELECTROMAGNÉTICOS Y SUS CONEXIONES CON LA DIRECTIVA 2013/35/UE**

El RD 299/2016, se dicta en el marco de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL)<sup>30</sup>, para establecer las disposiciones mínimas para la protección de los trabajadores contra los riesgos para su salud y su seguridad derivados o que puedan derivarse de la exposición a campos electromagnéticos durante su trabajo.

El RD 299/2016 nace como adaptación a la Directiva 2013/35/UE que, a su vez, deroga a la Directiva 2004/40/CE, pero no regula, los efectos a largo plazo, ni tampoco los riesgos derivados del contacto con conductores en tensión, sólo regula los riesgos para la salud y la seguridad de los trabajadores debido a los efectos biofísicos directos conocidos y a los efectos indirectos causados por los campos electromagnéticos (art. 3 RD 299/2016). Cabe precisar que el RD 299/2016 es una copia prácticamente literal de la Directiva 2013/35/UE, con alguna excepción que más tarde se dirá. Así, el propósito de la Directiva 2013/35/UE tiene por finalidad abordar todos los efectos biofísicos directos o indirectos provocados por los campos electromagnéticos para todos los trabajadores de la Unión Europea. Los efectos no deseados en el cuerpo humano dependen de la frecuencia del campo electromagnético o la radiación a la que el cuerpo está expuesto, por ello procede establecer un sistema de limitación de exposición y de la frecuencia para proteger adecuadamente a los trabajadores expuestos a los campos magnéticos. Para ello, se puede reducir mediante medidas preventivas en el diseño del puesto de trabajo y reduciendo los riesgos en origen a la hora de seleccionar los equipos, procedimientos y métodos de trabajo. A la vez, la Directiva 2013/35/UE considera que hay que evitar duplicidades de evaluación cuando el material cumple la normativa de la Unión Europea.

Como cualquier norma de prevención, el RD 299/2016 impone al empresario la obligación de evitar o reducir los riesgos, además de elaborar y aplicar un plan de acción para evitar que la exposición supere determinados valores límites. En este sentido, el art. 4 del RD 299/2016 determina que los riesgos derivados de la exposición a campos electromagnéticos deberán eliminarse en su origen o reducirse al nivel más bajo posible, teniendo en cuenta los avances técnicos y la disponibilidad de medidas para el control del

---

<sup>30</sup> Vid. MONEREO PEREZ, J.L.: Tratado de Prevención de Riesgos laborales. Teoría y práctica. Editorial Tecnos, 2015; GARCIA NINET, J.I.: Manual de Prevención de Riesgos Laborales. Editorial Atelier. 2012; BLASCO LAHOZ, J.F y LOPEZ GANDIA, J.V.: Curso de Prevención de Riesgos laborales. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2015; TOSCANI GIMENEZ, D.: Curso básico de Prevención de Riesgos Laborales. Editorial Altaban, 2007; SALA FRANCO, T.: Derecho de la prevención de riesgos laborales. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2015; AA.VV.: en curso “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, un decenio después”. Dir. Sempere Navarro, vid. en noticias Iustel, diario del Derecho [http://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1018228](http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1018228); ROSAT ACED, C., ROSAT ACED, I. y AGUN GONZALEZ, J.J.: Protocolos sobre prevención de riesgos laborales. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009; ESTARDID COLOM, F.: Protocolos sobre prevención de riesgos laborales. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009.

riesgo en su origen. La reducción de estos riesgos se basará en los principios generales de prevención del artículo 15 LPRL<sup>31</sup>.

En el artículo 2 del RD 299/2016 se definen los campos electromagnéticos y dentro de los mismos se distingue entre los efectos biofísicos directos y los efectos indirectos y, a su vez, entre los efectos térmicos y no térmicos<sup>32</sup>. Igualmente, en el precepto se realiza una clasificación de valores límite de exposición (en adelante, VLE) cuyos valores máximos aparecen en los anexos del RD 299/2016 y se corresponden con los mismos VLE descritos en la Directiva 2013/35/UE.

Tanto la Directiva 2013/35/UE como el RD 299/2016 prevén la elaboración de una Guía Técnica no vinculante para la evaluación y prevención de los riesgos derivados de la exposición a campos electromagnéticos en los lugares de trabajo.

### **2.1. Definición de campos electromagnéticos y sus efectos directos e indirectos**

En cuanto a la regulación que ofrece el art. 2 RD 299/2016 sobre los campos electromagnéticos, de los efectos directos e indirectos, térmicos y no térmicos y valores límites de exposición. El precepto define lo que debe entenderse por campo electromagnéticos, a la vez que describe los efectos biofísicos directos e indirectos.

Así, se entenderá por campos electromagnéticos: los campos eléctricos estáticos, los campos magnéticos estáticos y los campos eléctricos, magnéticos y electromagnéticos variables en el tiempo, con frecuencias comprendidas entre 0 Hz y 300 GHz.

En cuanto a los efectos que pueden generar los campos electromagnéticos en el cuerpo humano y, por ende, en la salud de los trabajadores, se distingue, de un lado los Efectos biofísicos directos que son los efectos en el cuerpo humano causados directamente por su presencia en campos electromagnéticos y los efectos indirectos.

De este modo, en cuanto a los efectos biofísicos directos se describen por la norma los siguientes:

1. Efectos térmicos: como el calentamiento de los tejidos por la absorción de energía procedente de campos electromagnéticos.

2. Efectos no térmicos: como la estimulación de los músculos, de los nervios o de los órganos sensoriales; estos efectos podrían ser perjudiciales para la salud física y mental de los trabajadores expuestos; además, la estimulación de los órganos sensoriales podría dar lugar a síntomas transitorios, como vértigo o fosfenos retinianos. Estos efectos podrían provocar molestias temporales, alterar el conocimiento u otras funciones cerebrales o

<sup>31</sup> MERCADER URGUINA, J.R.: “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales veinte años después”, en Revista de Información laboral nº 8 /2015; ALARCON CASTELLANOS, M.M.: “Consecuencias indemnizatorias ante un incumplimiento grave en materia de prevención de riesgos laborales”, en Revista de Aranzadi doctrinal nº 29/2007;

<sup>32</sup> Vid. HUIDOBRO MOYA, J.M.: “Efectos en la salud de los campos electromagnéticos”, en Manual formativo de ACTA, Nº. 49/2008, pp. 47 y ss; ITURMENDI MORALES, G.: “Responsabilidad civil por los campos electromagnéticos”, en Gerencia de riesgos y seguros, Nº. 79/ 2002, pp. 11 y ss.

musculares y por tanto podrían repercutir en la capacidad del trabajador para trabajar de manera segura; en definitiva, podrían suponer riesgos para la seguridad.

### 3. Corrientes en las extremidades.

De otro lado, se describen los efectos indirectos que son los efectos causados por la presencia de un objeto en un campo electromagnético que pueda entrañar un riesgo para la salud o la seguridad, como son los siguientes efectos:

1. Interferencias con equipos y dispositivos médicos electrónicos (incluidos los marcapasos cardíacos y otros dispositivos médicos implantados o llevados en el cuerpo);
2. Riesgo de proyección de objetos ferromagnéticos en campos magnéticos estáticos;
3. Activación de dispositivos electro-explosivos (detonadores);
4. Incendios y explosiones resultantes de la ignición de materiales inflamables mediante chispas causadas por campos inducidos, corrientes de contacto o descargas en forma de chispa;
5. Corrientes de contacto.

## 2.2. Valores límites de exposición

En cuanto a los “valores límites máximos de exposición” o VLE el art. 11 de la Directiva 2013/35/UE reserva poderes a la Comisión para introducir modificaciones de carácter puramente técnico en los anexos, en función de los avances científicos, si bien puede ser revocado en cualquier momento por el Parlamento Europeo.

En cuanto a los “valores límites máximos de exposición” o VLE se han establecido en el RD 299/2016 en atención a los efectos adversos que pueden sufrir los trabajadores si se superan los límites máximos, referidos a efectos directos agudos y a corto plazo comprobados científicamente, caso de los efectos térmicos y la estimulación eléctrica de los tejidos. De este modo, en el artículo 2 letra e y f) se han fijado unos valores límites de exposición “relacionados con efectos de la salud” y otros valores límites de exposición “relacionados con efectos sensoriales”<sup>33</sup>. Al mismo tiempo se han fijado “niveles de acción” en la letra g) del art. 2 del RD 299/2016<sup>34</sup>, si bien la Directiva 2013/35/UE, los denomina

---

<sup>33</sup> Vid. en este sentido la sentencia de la AP de Castellón de 5-5-2005 (sala civil), rec. ap. 323/2004 campos electromagnéticos: transformador de energía eléctrica sito en bajos de edificio: posibilidad de perjuicio para la salud: cáncer de tres habitantes del edificio en dos años: retirada de transformador, en esta sentencia se recoge informes de expertos: Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 12 de julio de 1999 relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos (0 Hz a 300 GHz) que sitúa el límite de exposición en el campo magnético a 50 Hz, que es el que nos ocupa, en 100 micro teslas, considerando para establecer este límite un factor de seguridad sobre 50.

<sup>34</sup> Art. 2 g) RD 299/2016, determina que los “Niveles de acción (NA) son los niveles operativos establecidos para simplificar la demostración del cumplimiento de los valores límite de exposición correspondientes o, en su caso, para tomar las medidas de protección o prevención establecidas en el presente real decreto. La terminología relativa a los niveles de acción usada en el anexo II es la siguiente:

(...)

niveles de actuación (art. 2 g) Directiva 2013 y miden los niveles de demostración del cumplimiento de los VLE o para tomar las medidas necesarias de protección o prevención establecidas en el RD 299/2016.

Estos VLE son de dos tipos:

a) Valores límite de exposición relacionados con efectos para la salud (VLE relacionados con efectos para la salud): aquellos valores límite de exposición por encima de los cuales los trabajadores pueden sufrir efectos adversos para la salud, como el calentamiento o la estimulación de los tejidos nervioso y muscular.

b) Valores límite de exposición relacionados con efectos sensoriales (VLE relacionados con efectos sensoriales): aquellos valores límite de exposición por encima de los cuales los trabajadores pueden estar sometidos a trastornos transitorios de las percepciones sensoriales y a pequeños cambios en las funciones cerebrales.

Cabe destacar que los VLE aparecen descritos en los Anexos del RD 299/2016, siendo éstos los mismos que en la Directiva 2013/35/UE.

Así, el RD 299/2016, divide los VLE en tres partes o formas diferentes, primero se refiere a la densidad de flujos magnéticos y campos magnéticos y se mide en teslas. Esos campos magnéticos tienen un radio de acción menor que los campos eléctricos. Según la frecuencia se dicta un límite superior e inferior, esto es, a más frecuencia del campo eléctrico más energía tiene el mismo campo<sup>35</sup>.

---

1. Para los campos eléctricos, se entenderá por «niveles de acción inferiores» y «niveles de acción superiores» los niveles relacionados con medidas específicas de protección o prevención establecidas en este real decreto;

2. Para los campos magnéticos, se entenderá por «niveles de acción inferiores» los niveles correspondientes a los VLE relacionados con efectos sensoriales y por «niveles de acción superiores» los correspondientes a VLE relacionados con efectos para la salud”.

<sup>35</sup> MAGALLON PEREZ, PABLO: Ingeniero Industrial. Universidad Politécnica de Valencia. Master en Ingeniería Industrial Universidad Libre de Bruselas. A modo de recordatorio, la luz solar emite en gran parte el espectro electromagnético, la luz visible es simplemente parte de la radiación electromagnética, entonces los conocidos rayos uva tienen más frecuencia y por lo tanto tienen más energía y es por ello que nos podemos quemar la piel. Si vamos a campos electromagnéticos más energéticos podemos encontrar los rayos X, para hacer radiografías o las gamas, que son los que pueden emitir sustancias radioactivas como centrales nucleares. Si vamos justo al otro lado del espectro electromagnético, ondas con menos energía que la luz visible es por ello que en las frecuencias están divididas en el RD 299/2016, según la frecuencia y se admite unos valores diferentes.

De otro lado, en ocasiones, se plantea la posibilidad de enterrar las líneas de alta tensión o media tensión, si bien, esta opción no parece que tenga sentido, a juicio de otros expertos en la materia, pues plantea otro tipo de problemas. De este modo, el campo electromagnético de una línea de alta tensión enterrarla no tiene sentido porque el campo magnético solo tiene un radio de acción, en una línea de alta tensión o media tensión, de unos 2 ó 3 metros, de modo que aunque estemos sobre la vertical de una línea de alta tensión o media tensión realmente nuestro cuerpo no recibe más campo magnético que el que se recibe de forma natural, si bien se recibe campo eléctrico, pero si nos separamos 2 o 3 metros de la vertical, de una línea de alta tensión deja de ser apreciable dicho campo.

El campo magnético no se puede apantallar, el campo eléctrico sí, entonces si la línea de alta tensión se pone subterránea hace que estemos más cerca del campo magnético y encima no se puede apantallar de ninguna forma. Vid. sobre este tema: MUÑIZ FERNÁNDEZ, J., GOITIA, J., CASAS, LLANOS, GARCÍA, C., BERNAR, J.: Medida de campos electromagnéticos en diferentes trabajos en alta tensión. Ingeniería energética y medioambiental, Nº 155/ 2001, págs. 113-116.

La normativa divide entre campos eléctricos y campos magnéticos. Para unir las dos medidas hay otra sección en el RD 299/2016 que habla de los campos electromagnéticos y entonces, para unir la energía que provoca el campo eléctrico y el campo magnético lo mide en vatios para unificar las dos medidas anteriores<sup>36</sup>. A modo de ejemplo, en la tabla 6, del Anexo II, se determina que los niveles de acción para la exposición a campos magnéticos representan valores máximos en la posición del cuerpo del trabajador. En el caso de una fuente muy localizada situada a una distancia de algunos centímetros del cuerpo del trabajador, el campo eléctrico inducido se determinará dosimétricamente caso por caso, pues de no darse este supuesto se realizará un promedio espacial de los campos. De otra en la tabla 10, del Anexo III, para los VLE la densidad de potencia media se mide sobre una superficie expuesta cualquiera de 20 cm cuadrados. Las densidades de potencia máxima espaciales promediadas para 1 cm cuadrado no deberán ser superiores a 20 veces el valor de 50W/metro cuadrado. Las densidades de potencia comprendidas entre 6 y 10 GHz deben promediarse para cualquier período de 6 minutos.

### 2.3. Ámbito de aplicación

En cuanto al ámbito de aplicación del RD 299/2016, aparece descrito en el art. 3, de modo que se aplicará a las actividades en las que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a riesgos derivados de los campos electromagnéticos como consecuencia de su trabajo, tanto referido a efectos biofísicos directos conocidos y efectos indirectos causados por campos electromagnéticos a corto plazo, de modo que no se abordan los efectos a largo plazo ni los riesgos derivados del contacto de conductores en tensión.

En cuanto a la expresión “como consecuencia de su trabajo”, en mi opinión debería ser interpretable del siguiente modo, y hacer dos consideraciones:

1ª.- La expresión “como consecuencia de su trabajo, a mi modo de ver, se debe considerar en el sentido de que el empresario debe evaluar los riesgos derivados del trabajo y como consecuencia del trabajo, tanto directos como indirectos, pero sin que los mismos se extienda más allá de lo que el juicio sea razonable y me explico, dado que los campos eléctricos y magnéticos se hallan por todas partes, es dable que el empresario debe proteger a los trabajadores que estén o puedan estar expuestos a riesgos derivados de los campos electromagnéticos como “consecuencia de su trabajo”, sin que se pueda entender de aplicación el RD 299/2016 a otros riesgos del mismo origen que procedan de ámbitos exteriores y ajenos al trabajo, como por ejemplo la existencia de una línea de alta tensión o media tensión que nada tenga que ver con el trabajo, o una antena de telecomunicación.

Ahora bien, dicho esto, ello no impide que se siga aplicando, lógicamente, todas las figuras que la propia LPRL o el Estatuto de los Trabajadores o la Ley General de Seguridad Social, en las que se hace referencia a la evaluación de riesgos, como es el caso de la coordinación de actividades preventivas ante los supuestos de concurrencia de actividades

---

<sup>36</sup> MAGALLON PEREZ, PABLO: Ingeniero Industrial. Universidad Politécnica de Valencia. Master en Ingeniería Industrial. Universidad Libre de Bruselas.

empresariales versus art. 24 LPRL<sup>37</sup>, o en los supuestos de contratas y subcontratas, versus artículo 42 del ET<sup>38</sup>. Cabe destacar que la existencia a campos electromagnéticos es múltiple y en diferentes ámbitos, pues donde hay un campo eléctrico existe un campo magnético, por tanto el legislador con buena lógica ha tratado de delimitar el campo de actuación del empresario en torno a la protección de los trabajadores, en la medida que el art. 3 del RD 299/2016 delimita en el sentido de indicar que “las disposiciones de este real decreto se aplicarán a las actividades en las que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a riesgos derivados de los campos electromagnéticos “como consecuencia de su trabajo”.

Además, en mi opinión cabe destacar que el RD 299/2016 deberá interrelacionar con el RD 614/2001, de 8 de junio sobre disposiciones mínimas para la protección de la salud y seguridad de los trabajadores frente al riesgo eléctrico<sup>39</sup>.

2ª.- La referencia “como consecuencia de su trabajo” nos lleva al plano de la protección de las contingencias profesionales y, por ello considero que el RD 299/2016, no ha alterado la protección que ofrece el art. 156 LGSS, sobre la protección del accidente de trabajo, pues el Accidente de trabajo se produce tanto con “ocasión, como por consecuencia”, esto es, resulta ser accidente de trabajo cuando se produce una relación de causalidad tanto directa como indirecta con el trabajo. Ahora bien, la protección de los campos electromagnéticos, se sitúa en un plano inferior de protección, al exigirse que sea “como consecuencia de su trabajo, aun así, nada impide la protección integral del accidente de trabajo<sup>40</sup> y, aunque aparentemente el trabajador debería demostrar que las enfermedades que padece son como consecuencia de su trabajo, no creo que esta expresión “como consecuencia de su trabajo” se pueda extrapolar al concepto mismo de Accidente de trabajo, dado que la expresión utilizada por el art. 3 del RD 299/2016, responde estrictamente al plano de la prevención de riesgos laborales y la delimitación de las actuaciones del empresario en torno a la prevención de riesgos.

A la vez, cabe indicar que esta expresión de “como consecuencia” ya la utiliza el legislador en lo que se ha dado en denominar “enfermedades del trabajo”, esto es, enfermedades que contrae el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre

<sup>37</sup> Vid. SALCEDO BELTRAN, C.: La coordinación de actividades preventivas en el sector de la construcción. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2013; SAGARDOY DE SIMÓN, I.: “Comentario al artículo 24 de la LPRL. Coordinación de actividades empresariales”, en Estudios y comentarios legislativos. Aranzadi, 2008.

<sup>38</sup> Vid. STSJ de la Rioja de 18-11-2011, rec. 427/2011, referido a una contrata de limpieza de placas solares en la que se produce la electrocución por trabajo en proximidad de línea de tendido eléctrico, con incumplimiento empresarial de la obligación del estudio de seguridad y salud laboral; inexistencia de caso fortuito, ni imprudencia temeraria del trabajador; porcentaje aplicable: recargo del 30% en atención a la gravedad de la falta; Vid. STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2004, rec. 2149/2004, empresa de limpieza en el metro, sobre mediciones de campos electromagnéticas en el andén de la estación de metro.

<sup>39</sup> Vid. un comentario del RD 614/2001, en PÉREZ HERRANZ, A. (Asociación Española de la Industria Eléctrica) y MANZANO SANZ, F.: “Protección de la salud y seguridad de trabajadores frente al riesgo eléctrico”, en Boletín de Prevención de Riesgos Laborales. Aranzadi, 2004; “Protección de la salud y seguridad de trabajadores frente al riesgo eléctrico”. Electra, Nº 109/ 2001, pp. 89 y ss; MUÑOZ, R.: “Evaluación de materiales y prendas de vestir frente al riesgo térmico producido por un arco eléctrico”. Revista de química textil, Nº. 196/ 2010, pp. 20 y ss; GARCÍA-CONDE NORIEGA, E.: Prevención de riesgos laborales en el sector eléctrico. La nueva regulación eléctrica. VII Jornadas jurídicas del sector eléctrico, 2002, pp. 305 y ss.

<sup>40</sup> Vid. un estudio completo sobre el Accidente de Trabajo y la bibliografía allí citada en AA.VV. (Dir. PEREZ ALONSO, M.A.): El Accidente de Trabajo y la Enfermedad Profesional. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2015.

que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo (art. 156 e) LGSS) o se trate de enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador que se agraven como consecuencia de lesión constitutiva del accidente (art. 155 f) LGSS).

#### **2.4. Plan de acción del empresario cuando se superen los niveles límites de exposición**

De otro lado, para el supuesto de que se superen los niveles de acción pertinentes, el artículo 4 del RD 299/2016 determina que el empresario elaborará y aplicará un plan de acción que incluya medidas técnicas y/o de organización destinadas a evitar que la exposición supere los VLE relacionados con efectos para la salud o los VLE relacionados con efectos sensoriales. El plan de acción prestará especial atención a los siguientes aspectos: a) la adopción de métodos de trabajo que conlleven una exposición menor a campos electromagnéticos; b) la elección de equipos que generen campos electromagnéticos menos intensos, teniendo en cuenta el trabajo al que se destinan; c) medidas técnicas para reducir la emisión y exposición incluyendo, cuando sea necesario, el uso de sistemas de bloqueo, blindajes o mecanismos similares de protección de la salud; d) medidas adecuadas de delimitación y acceso, como señales, etiquetas, marcas en el suelo o barreras para limitar o controlar el acceso; e) en caso de exposición a campos eléctricos, medidas y procedimientos para controlar las corrientes de contacto y las descargas en forma de chispa, mediante métodos técnicos y formación de los trabajadores) programas adecuados de mantenimiento de los equipos de trabajo y de los lugares y los puestos de trabajo; g) el diseño y la disposición de los lugares y puestos de trabajo; h) la limitación de la duración e intensidad de la exposición; i) la disponibilidad de equipos adecuados de protección individual.

#### **2.5. Medidas específicas de protección. Formación e información a los trabajadores y señalización**

Se prevé en el art. 4.4 del RD 299/2016 un plan de acción donde se incluya medidas técnicas y/o de organización destinadas a evitar riesgos para los trabajadores especialmente sensibles y, en particular, en relación con las trabajadoras embarazadas cuyo estado gestacional sea conocido por el empresario o los trabajadores que hayan declarado que llevan dispositivos médicos implantados activos o pasivos, como marcapasos cardíacos, o que lleven otros dispositivos médicos en el cuerpo, como por ejemplo bombas de insulina. Por su parte, la Directiva 2013//35/UE, se refiere además a prótesis metálicas y desfibriladores (EM nº 23).

Se dispone la señalización y limitación de acceso en su caso, salvo excepciones (art. 4.5 RD 299/2016), a zonas de trabajo donde exista la posibilidad de que los trabajadores vayan a estar expuestos a campos electromagnéticos que superen los niveles de acción, de conformidad con el RD 485/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo, y se limitará el acceso a las mismas en caso necesario. También se deberá facilitar la información a la que se refiere el art. 8 de la LPRL (art. 4.4. RD 299/2016).

A la vez, el empresario deberá dar la formación necesaria, así como la información, a la vez que se establecen las disposiciones relativas a la vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos de exposición a los campos electromagnéticos ( art. 8 RD 299/2016).

## 2.6. La evaluación de riesgos

Asimismo, el empresario deberá efectuar la evaluación de los riesgos, en el caso de que los trabajadores puedan estar expuestos a campos electromagnéticos, cuya evaluación deberá realizarse en el lugar de trabajo, de tal forma que se puedan definir y poner en práctica las medidas necesarias para reducir los riesgos, tomando especial atención a los VLE relacionados con los efectos para la salud y los VLE relacionados con los efectos sensoriales, así como la frecuencia, la duración y el tipo de exposición y cualquier efecto sobre la salud y la seguridad de los trabajadores especialmente sensibles, caso de las embarazadas y trabajadores con dispositivos médicos implantados, como marcapasos cardíacos o bombas de insulina, así como cualquier efectos indirecto (art. 6.1 y 6.5 RD 299/2016). Por el contrario, no será necesario realizar la evaluación a la exposición en los lugares de trabajo abiertos al público, siempre que se haya realizado otros controles (art. 6.6. RD 299/2016)<sup>41</sup>.

La evaluación de riesgos debe estar actualizada periódicamente, en particular, si se han producido cambios significativos o de los resultados de la vigilancia de la salud, así se derive. En este sentido, para realizar la evaluación, el empresario identificará y evaluará los campos magnéticos en el lugar de trabajo, conforme a lo indicado en la Guía técnica, en las guías de la Comisión Europea y, cuando corresponda, teniendo en cuenta los niveles de emisión de los campos electromagnéticos comunicados por los fabricantes de equipos y, en su caso, los distribuidores (art.6.2 RD 299/2016). Si los VLE no pueden determinarse de manera fiable, la evaluación se realizará mediante mediciones o cálculos.

Las evaluaciones que debe realizar el empresario de los riesgos que se deriven de los campos electromagnéticos en el lugar de trabajo, para que puedan ser definidos y ponerse en práctica las medidas necesarias para reducir los riesgos, se programaran y efectuarán con la periodicidad adecuada, a la que se refiere el art. 6 del RD 39/1997, de 17 de enero<sup>42</sup>, esto es, además de la evaluación inicial cuando corresponda, se deberá realizar evaluaciones periódicas y, en todo caso, se deberá realizar la evaluación cuando se hayan producido daños en la salud de los trabajadores. Las evaluaciones deben realizarse por personal cualificado para el desempeño de funciones de nivel superior con la especialidad de higiene industrial (art. 6.1., 6.3. y 6.4 RD 299/2016).

A la vez, el empresario en el marco de lo dispuesto en los artículos 15 y 16 LPRL, al evaluar los riesgos, prestará particular atención a los siguientes aspectos (art. 6.5 RD 299/2016):

---

<sup>41</sup> Vid. STSJ de Madrid de 16 de enero de 2012, rec. 4455/2011, en el que se recoge que se han detectado campos electrostáticos en el entorno de la máquina, que junto con una radiación del Campo E en baja frecuencia cuando la máquina no está activada, podrían ser de un funcionamiento no adecuado de la Tierra eléctrica de la máquina. Se trata de cuadro plurisintomático de larga evolución, que reúne los criterios para considerar que dicha patología puede estar en relación con la exposición a campos magnéticos; y que países como Suecia la consideran en su ordenamiento jurídico laboral como una enfermedad denominada hipersensibilidad electromagnética.

<sup>42</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Aspectos jurídicos del Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales”, en Revista de Aranzadi doctrinal 2007.

a) los VLE relacionados con efectos para la salud y los VLE relacionados con efectos sensoriales así como los niveles de acción a que hacen referencia el artículo 5 y los anexos II y III del presente real decreto; b) la frecuencia, el nivel, la duración y el tipo de exposición, incluida la distribución del campo electromagnético por el lugar de trabajo y en el cuerpo del trabajador; c) los efectos biofísicos directos; d) cualquier efecto sobre la salud y la seguridad de los trabajadores especialmente sensibles, en especial las trabajadoras embarazadas o los trabajadores que llevan dispositivos médicos implantados activos o pasivos, como marcapasos cardíacos, o que lleven otros dispositivos médicos en el cuerpo, como por ejemplo bombas de insulina; e) cualquier efecto indirecto; f) la existencia de equipos sustitutivos diseñados para reducir los niveles de exposición a campos electromagnéticos; g) la información apropiada obtenida de la vigilancia de la salud mencionada en el artículo 10; h) la información facilitada por el fabricante del equipo; i) cualquier otra información pertinente sobre salud y seguridad; j) las fuentes de exposición múltiples; k) la exposición simultánea a campos de frecuencias múltiples.

De otro lado, en el art. 6.6. RD 299/2016 se indica que no será necesario realizar la evaluación de la exposición en los lugares de trabajo abiertos al público, siempre que ya se haya procedido a una evaluación conforme a las disposiciones sobre limitación de la exposición del público en general a los campos electromagnéticos, se respeten las limitaciones especificadas en las mismas con respecto a los trabajadores y se descarten los riesgos para la salud y la seguridad.

Los VLE no deben superarse en ningún caso, pero si así sucede y se superan los VLE relacionados con efectos para la salud o VLE relacionados con efectos sensoriales el empresario intervendrá con carácter inmediato para reducir la exposición a niveles inferiores y deberá determinar las causas y modificar las medidas de protección y prevención para evitar que se vuelva a superar; a la vez, el empresario deberá informar a los delegados de prevención de las circunstancias que han dado lugar a la sobreexposición (art. 7 RD 299/2016).

Para el supuesto de que el trabajador informe de un efecto indeseado o inesperado de la salud o cuando se detecte una exposición superior a los VLE el empresario velará para que el trabajador se beneficie de los exámenes de salud adecuados dentro del horario elegido por el trabajador, tal y como expresa el art. 10.3 RD 299/2013, si bien el art. 8.2 de la Directiva de 2013 añade que será sin coste alguno.

Por otra parte, se prevé que en determinados supuestos se pueden superar los límites de acción para los campos eléctricos o para los campos magnéticos en las condiciones que fija el artículo 5 RD 299/2016, si bien en tales casos, se deben adoptar medidas específicas de protección, tal y como fija el nº 6 del art. 4 RD 299/2016, siendo ésta la siguiente: a) la formación específica de trabajadores; b) el uso de medios técnicos, como por ejemplo la puesta a tierra de los objetos conductores o la conexión de los trabajadores con dichos objetos (conexión equipotencial); c) el empleo, cuando corresponda, de equipos de protección individual, como calzado aislante, guantes y ropa de protección con arreglo a lo establecido en el Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual; control de los movimientos.

En este sentido, cuando un trabajador informe de algún síntoma o trastorno transitorio, el empresario actualizará, si fuera necesario, la evaluación de riesgos y las medidas de prevención. Entre dichos trastornos transitorios pueden encontrarse: a) las percepciones sensoriales producidas por campos magnéticos variables en el tiempo; b) los efectos en el funcionamiento del sistema nervioso central en la cabeza, debidos a campos magnéticos variables en el tiempo; c) los efectos del campo magnético estático, como vértigo y náuseas (art. 4.8 RD 299/2016).

### **2.7. Excepciones a los valores límites de exposición**

En cuanto a los VLE el artículo 11 del RD 299/2016 fija tres excepciones en las que se podrá superar los valores de exposición y se producirá en los siguientes casos:

1ª.- Los que estén relacionados con la instalación, ensayo, uso, desarrollo, mantenimiento, investigación de equipos de imagen por resonancia magnética para pacientes en el ámbito sanitario siempre que se cumplan las condiciones que expresa el precepto;

2ª.- En instalaciones militares operativas, ejercicios militares internacionales conjuntos, siempre que se prevengan los efectos adversos para la salud y los riesgos para la seguridad. En este apartado, la Directiva de 2013 hace especial mención a las normas aprobadas internacionalmente, como el caso de las normas de la OTAN a los efectos de permitir un funcionamiento y una interoperabilidad en ejercicios militares internacionales conjuntos;

3ª.- Cabe la superación de los VLE, los cuales podrán superarse temporalmente en circunstancias debidamente justificadas, en sectores específicos o actividades específicas distintas a las anteriormente descritas. En tal caso, la empresa deberá comunicar dicha situación a la autoridad laboral competente. En este supuesto excepcional, la Directiva de 2013 afirma que el empresario debe tomar las medidas necesarias para volver a cumplir los VLE lo antes posible, siendo esta una diferencia notable entre el RD 299/2016 y las prescripciones de la Directiva 2013; A la vez, la Directiva también hace la aseveración de que la superación de los VLE sólo puede ser temporal y que se actualizará de inmediato y modificará las medidas de protección y prevención para que no se vuelva a superar. También el art. 5.9 Directiva 2013/35/UE determina que se actualizará la evaluación de riesgos y medidas de prevención cuando el trabajador padezca síntomas transitorios.

### **3. LA PROHIBICIÓN EN FRANCIA DE LAS REDES WIFIS Y TELEFONÍAS MÓVILES EN DETERMINADOS ESPACIOS**

La Ley francesa N° 2015-136 del 9 de febrero 2015 sobre la simplicidad, transparencia, información y consulta sobre la exposición a los campos electromagnéticos (DO 10-2-2015)<sup>43</sup>, (en adelante, ley francesa 2015) ha supuesto un importante impulso al control y uso razonable de móviles y aparatos de radiofrecuencia<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> LOI n° 2015-136 du 9 février 2015 Relative à la sobriété, à la transparence, à l'information et à la concertation en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques. JORF n°0034 du 10 février 2015 page 2346 texte n° 1. Francia: Le Monde; 2015 [acceso 20 de abril de 2015]. Disponible en:

(...)

Así, en su articulado destacan importantes medidas de protección a los niños, público en general, inquilinos y fabricantes. Se ha creado una Agencia Nacional de frecuencias, esto es, un observatorio de radiofrecuencias<sup>45</sup> relativo a los niveles de exposición a los campos magnéticos, además de reducir los niveles de campos magnéticos dentro de los puntos atípicos, esto es, lugares públicos (art.1. Ley francesa 2015). Además, se ha fijado como objetivo dentro de la salud pública asegurar la vigilancia en materia de radiofrecuencia (art. 2 Ley francesa 2015), a la vez de elaborar programas de evaluación de impacto sanitario de los campos electromagnéticos.

Las medidas que se han adoptado en esta Ley francesa de 2015 consisten en la prohibición de las redes Wifi en las guarderías y restringe su uso en los colegios de primaria. El texto también regula el uso del wifi y, así están prohibidas, las instalaciones de acceso “sin hilo” o inalámbricas a internet en espacios dedicados a la acogida, reposo y actividades de los niños menores de 3 años y se debe desconectar el acceso sin hilo cuando no sean utilizados para las actividades numéricas pedagógicas (art. 7, II, Ley francesa 2015) en las escuelas de primaria. Además, el consejo escolar debe ser notificado con carácter previo a cualquier nueva instalación de una red radioeléctrica (art. 7, III, Ley francesa 2015). También se prevé que la publicidad de aparatos de teléfonos móviles debe tener una mención clara y visible del uso recomendado de un dispositivo que permita limitar la exposición de la cabeza a la emisión de radioeléctricos, referidos a menores de 14 años, mediante la utilización de dispositivos en las orejas o adaptación de orejeras. Por último, la ley prevé diversas medidas de información pública para los fabricantes o vendedores de los sistemas de radio. Se prevé igualmente disposiciones de información al inquilino de la instalación de radiofrecuencias y de su emisión (art, 1 Ley francesa 2015)<sup>46</sup>.

De este modo, el 19 mayo de 2016 se ha creado en Francia un observatorio de ondas electromagnéticas, con sede en París, a raíz de que en 2011 se consideró que las ondas electromagnéticas fueron clasificadas como cancerígenas posibles. Una de las primeras medidas ha sido renegociar con los operadores de telefonía móvil antes del final del año. En esta línea, se han emitido voces discordantes en cuanto a los contadores de luz de nueva generación, cuyo control de consumo eléctrico se realiza vía pilotos a distancia mediante ondas electromagnéticas<sup>47</sup>, si bien una directiva comunitaria de 2009 obliga a cambiar dichos contadores por gas natural.

Desde el 11 de julio de 2016, la Agencia nacional de seguridad sanitaria de la alimentación<sup>48</sup> ha fijado nuevas medidas acerca de la exposición de los niños a las radiofrecuencias en el sentido de prohibir la publicidad de aparatos a menores de 14 años, la

---

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030212642&dateTexte=&categorieLien=id>; <http://www.electromagneticos.es/news.php?newsid=66>, vid. TFG “Wifi y salud” 2014/2015, de OLIVIA PEDREÑO FRAILE, Tutor/a: PEDRO MARTÍN VILLAMOR Universidad de Valladolid. Facultad de Enfermería, p. 12. <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/11775/1/TFG-H200.pdf>

<sup>44</sup> En noviembre de 2015 existían tres proyectos de ley sobre desarrollo reglamentario de la Ley 9 de febrero de 2015. [http://www.ciro-idf.fr/fr/2-trois\\_textes\\_d\\_application\\_de\\_la\\_loi\\_abeille\\_en\\_consultation\\_publicue/subpage/view/page/16577](http://www.ciro-idf.fr/fr/2-trois_textes_d_application_de_la_loi_abeille_en_consultation_publicue/subpage/view/page/16577)

<sup>45</sup> [http://www.ciro-idf.fr/fr/2-vers\\_la\\_creation\\_d\\_un\\_observatoire\\_parisien\\_des\\_ondes\\_electromagnetiques/subpage/view/page/17253](http://www.ciro-idf.fr/fr/2-vers_la_creation_d_un_observatoire_parisien_des_ondes_electromagnetiques/subpage/view/page/17253)

<sup>46</sup> <http://www.electromagneticos.es/news.php?newsid=66>; Plataforma Estatal Contra la Contaminación Electromagnética - Peccem

<sup>47</sup> [http://www.ciro-idf.fr/fr/2-le\\_point\\_sur\\_le\\_deploiement\\_des\\_compteurs\\_communicants/subpage/view/page/17247](http://www.ciro-idf.fr/fr/2-le_point_sur_le_deploiement_des_compteurs_communicants/subpage/view/page/17247)

<sup>48</sup> [http://www.ciro-idf.fr/fr/2-radiofrequences\\_et\\_sante\\_des\\_enfants\\_les\\_recommandations\\_de\\_l\\_anses/subpage/view/page/17425](http://www.ciro-idf.fr/fr/2-radiofrequences_et_sante_des_enfants_les_recommandations_de_l_anses/subpage/view/page/17425)

prohibición de venta de objetos radioeléctricos a menores de 6 años y el uso obligatorio de orejeras adaptadas a los menores de 14 años, dado que las particularidades morfológicas de los niños son más vulnerables a las radiofrecuencias, además de aconsejar un uso moderado<sup>49</sup>.

#### 4. A MODO DE REFLEXIÓN

Es destacable la protección que ofrece el RD 299/2016 y por ende la Directiva 2013/35/UE a los trabajadores en torno a los riesgos provocados por los campos electromagnéticos. La cuestión reside en averiguar a cuántos trabajadores abarca su campo de acción, máxime teniendo en cuenta que actualmente prácticamente todos los trabajadores estamos afectados por campos electromagnéticos debido al uso masivo e intensivo de los equipos de trabajo eléctricos y en consecuencia, magnéticos y viceversa, amén de otros campos electromagnéticos sobre los que estamos expuestos en otros ámbitos, al margen del ámbito laboral, tales como el ámbito familiar, social, lúdico, etc... La protección afecta a todos los trabajadores que “como consecuencia del trabajo” estén sometidos a radiaciones de campos eléctricos y magnéticos, como las cadenas de montaje, los teleoperadores, mensajería, los comerciales, los ejecutivos, el sector de la enseñanza incluida la universitaria donde es común redes inalámbricas en espacios comunes y no comunes; en suma, un sinnúmero de actividades que se mueven y se actúa dentro del espectro del campo eléctrico, del campo magnético y, por ende, del campo electromagnético. Por ello, el RD 299/2016 junto con la Directiva 2013/35/UE es sumamente protector porque su ámbito de aplicación abarca a todos los trabajadores frente a los riesgos relacionados con la exposición a los campos electromagnéticos, si bien para una correcta protección se precisa personal muy cualificado que efectúe las mediciones, como son los especialistas en higiene industrial y conseguir que no se superen los valores límites de exposición a los que se refiere ambas normativas.

La norma exige que el empresario haga una evaluación de riesgos, en el caso de que los trabajadores puedan estar expuestos a campos electromagnéticos, cuya evaluación deberá realizarse en el lugar de trabajo, tomando especial atención a los valores límites de exposición relacionados con los efectos para la salud y los valores límites de exposición relacionados con los efectos sensoriales y tome las medidas necesarias para reducir los riesgos. Y para el caso de que el trabajador presente los síntomas descritos en la norma como los efectos directos e indirectos, efectos térmicos y no térmicos, corrientes en las extremidades, el empresario actualizará, si fuere necesario, la evaluación de riesgos y las medidas de prevención. Por el contrario, no será necesario realizar la evaluación a la exposición en los lugares de trabajo abiertos al público siempre que se haya realizado otros controles.

---

<sup>49</sup> Precisamente, se ha determinado que afecta a las funciones cognitivas (particularmente las capacidades de atención, de memorización y de ejecución), e impactos de orden psicológico tales como ansiedad, estrés, trastornos del sueño por ejemplo; depresión, adicción, disturbios del aprendizaje escolar y de los ritmos cardiacos) que directamente dependerían de un uso del teléfono móvil), de manera aguda o crónica. Para otros efectos examinados, como la cancerogénesis, el teratógénése, las ofensas del desarrollo, del sistema inmunitario o la toxicidad sistémica, los datos disponibles no permiten concluir en cuanto a la existencia o no de un efecto en caso del niño; vid. ZAMORANO, L. TORRES, H., SOTO, M.: “Modelado y simulación del SAR debido a los campos electromagnéticos radiados por teléfonos celulares”, en Rev. Fac. Ing. - Univ. Tarapacá (Chile), N° 3/2005, pp. 114 y ss. , para quienes los estudios, desde el punto de vista bioelectromagnético, se toman complejos por el hecho de que los teléfonos móviles son digitales, pulsados y modulados a baja frecuencia, cuyas formas de onda dan como resultado que corrientes iónicas y campos electromagnéticos producidos en la zona irradiada del cerebro, interactúan con la microonda del celular y el tejido cerebral, de manera no conocida exactamente. Por lo tanto, es esencial saber qué características o conjunto de parámetros de la radiación son la causa fundamental de los efectos mencionados.



# Sobre la base reguladora de prestaciones originadas por contingencias profesionales para personas con contrato formativo

## On the regulatory base caused by professional contingencies for persons with an educational services contract

FERMÍN GALLEGO MOYA

ABOGADO. PROFESOR ASOCIADO DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA

### Resumen

Analizamos una cuestión de indudable alcance práctico y que, de manera sorprendente, apenas ha sido objeto de atención por parte de la doctrina, académica y judicial: la determinación de la cuantía de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente derivada de contingencia profesional, en el contrato para la formación y el aprendizaje, cuyas dudas se generan por la inexistencia, en esta modalidad contractual, de una obligación empresarial de cotizar con arreglo a la remuneración salarial percibida al tiempo del accidente de trabajo, de manera que, en la práctica, la asunción incuestionada de la regla que equipara cotización y base reguladora puede determinar, en estos casos, el reconocimiento de prestaciones económicamente minoradas que este artículo pretende advertir y cuestionar, sobre todo a raíz de la promulgación del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre.

### Abstract

We will analyse a matter of undoubted practical significance and, surprisingly, hardly it has been the subject of attention by the academic, judicial doctrine. The determination of the amount of the regulatory base for the provision of permanent disability resulting from professional contingency, in the contract for training and learning, whose doubts are generated by the absence, in this type of contract, of a business obligation to contribute under the perceived compensation wage at the time of an accident at work, so that, during the practice, the unquestioned assumption of the rule that equates the quote and regulatory base can determine, in these cases, the recognition of reduced benefits that this article aims to warn and question, mostly as a result of the enactment of the Royal Decree 1529/2012, 8 November.

### Palabras clave

Contrato para la formación y el aprendizaje, Base reguladora, accidente de trabajo

### Keywords

Contract for training and learning, regulatory Base, accident at work.

## 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

### 1.1. En general

Se analiza aquí una cuestión de indudable alcance práctico y que, de manera sorprendente, apenas ha sido objeto de atención por parte de la doctrina, académica y judicial. Se trata de determinar la cuantía de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente derivada de contingencia profesional, en el contrato para la formación y el aprendizaje. El problema se plantea por la inexistencia, en esta modalidad contractual, de la obligación empresarial de cotizar con arreglo a la remuneración salarial percibida al tiempo del accidente de trabajo.

Con toda probabilidad, lo que sucede es que se están reconociendo multitud de prestaciones de incapacidad permanente en contratos formativos sin cuestionar la minorada base reguladora tomada en cuenta. Esa aquiescencia se corresponde con el convencimiento de que la normativa sobre cotización es la que determina (y justifica) la reducción en la cuantía de las prestaciones. Y la base de cotización en estos supuestos de relaciones laborales formativas no requiere la coincidencia entre retribución salarial y cotización a la Seguridad Social.

En efecto, como luego se detalla, la cobertura de las contingencias protegidas en este tipo de contratos se verifica mediante el ingreso mensual de una cuota única que permanece fija con independencia de la fecha de ingreso del trabajador en la empresa, de la retribución y de la proporción que en cada jornada se dedique al trabajo y formación. Dicho abiertamente: en estos casos ni se cotiza, para las contingencias comunes, en función de bases, ni para las profesionales en atención a los salarios, sino en razón a una suma legalmente preestablecida con carácter general y fijo.

De esta forma, en el contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje no coinciden salario y base de cotización; la aportación económica al sistema depende de lo establecido por la Ley de Presupuestos Generales del Estado<sup>1</sup>. Se ha considerado lógico, por ello, que si la promoción de contratación para la formación (en cuyo supuesto confluyen aspectos formativos y de prestación de servicios) se incentiva mediante la reducción de las cuotas en razón al interés social formativo de profesionales y a que no todo el tiempo de la relación laboral es dedicado a actividad productiva, también es lógico que, en consecuencia, la acción protectora por aquellas cotizaciones quede reducida en idéntica proporción.

Así, en el contrato para la formación y el aprendizaje, existe una cotización unitaria independiente de la retribución real percibida por el trabajador en formación, no vinculada, por tanto, a la percepción salarial<sup>2</sup>. Al contrario de lo que ocurre con otro tipo de contrataciones, la cotización permanece fija, por lo que en ella no aparece “repercutida” la cotización por las retribuciones básicas, complementos salariales y pagas extraordinarias que, conforme al convenio colectivo, se haya podido percibir; dicha cuantía, a los efectos de la cuota abonada mensualmente, resulta irrelevante.

## 1.2. En particular

Ya se ha explicado el contexto en que se plantea la cuestión: el cuestionamiento de la tradicional equivalencia, en supuestos de accidente de trabajo, entre las cantidades por las que se cotiza al tiempo del siniestro y la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente que corresponda<sup>3</sup>. Con tal trasfondo se ha tenido conocimiento de un caso que sirve de justificación para el presente comentario.

Aceptándose, para las contingencias comunes, que al cotizarse por menos, la Entidad Gestora responde igualmente por menos, debemos plantearnos si ello es predicable igualmente en relación a las contingencias profesionales.

---

<sup>1</sup> Si consultamos el Portal Web del Instituto Nacional de la Seguridad Social ([www.seg-social.es](http://www.seg-social.es)), observamos que, en lugar de bases de cotización, se establece, en los contratos para la formación, una cuota única mensual distribuida, entre empresa y trabajador, por los conceptos de: contingencias comunes (30,98 € y 6,18 € respectivamente), accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (IT 2,38 € e IMS 1,88, exclusivamente a cargo del empresario), desempleo (42,04 € y 11,85 €, respectivamente), Fondo de Garantía Salarial (2,35 € a cargo únicamente de la empresa) y Formación Profesional (1,14 € y 0,15 € respectivamente).

<sup>2</sup> APILLUELO MARTÍN, M., “*El contrato para la formación y el aprendizaje: la cualificación profesional como clave*”, Editorial Bomarzo, 2014, pág. 136.

<sup>3</sup> Es tradicional en el Sistema de la Seguridad Social la diferenciación protectora entre las contingencias comunes y las profesionales en orden a la base reguladora de las prestaciones, según el origen generador de la situación de necesidad, pues mientras las contingencias comunes se han relacionado habitualmente con las bases de cotización, las profesionales lo han sido con los salarios realmente percibidos, diferenciación que arranca desde el Capítulo V del Reglamento de Accidente de Trabajo (STSJ Madrid 8 marzo 2004, AS 2004/2462).

En nuestro caso, el trabajador, vinculado a una empresa dedicada a la producción de encurtidos mediante un contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje, sufre un accidente laboral como consecuencia del vuelco de la carretilla elevadora que conducía, accidente que le provocó varias fracturas en una de sus piernas.

En el momento del accidente la retribución del trabajador venía integrada por dos conceptos retributivos mensuales (salario base, en importe de 688,51 € y plus de beneficios, en cuantía de 80,29 €), además de la parte proporcional de las pagas extraordinarias (113,15 €), lo que representaba un salario bruto mensual de 881,95 €, ajustado al Convenio Colectivo de aplicación. No obstante, en las hojas de salario anteriores al accidente, la empresa consignaba una cantidad, como “base de cotización”, de 564 €, cantidad que era equivalente al 75% de la base mínima de cotización vigente aquel año (753,00 €).

La Mutua Colaboradora de la Seguridad Social expide el correspondiente parte de baja médica, haciéndose cargo de la asistencia sanitaria del accidentado hasta que, estabilizadas sus lesiones, acuerda el alta médica y tramita ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social el correspondiente expediente para valoración de las secuelas, que concluye mediante resolución que desestima el reconocimiento de grado alguno de incapacidad permanente.

El trabajador impugna jurisdiccionalmente dicha resolución administrativa, propugnando el reconocimiento de su incapacidad permanente total, al entender que las limitaciones funcionales que presenta le impiden desarrollar adecuadamente las labores propias del oficio.

Lo que aquí interesa, sin embargo, es el tema referido al importe de la prestación económica y, en concreto, a la determinación de su base reguladora. Veamos las posiciones sostenidas por los intervinientes, teniendo en cuenta que la demanda propugna que ha de operarse sobre una cuantía equivalente al salario mensual que ascendía, como se ha dicho, a 881,95 euros:

- La Mutua, por el contrario, entiende que la base reguladora de la prestación ha de ajustarse a la cantidad por la que la empresa codemandada venía cotizando al tiempo del siniestro, cantidad que, según anotaciones del expediente administrativo, extraídas del dato que figuraba en las nóminas, ascendía a 564 €; tomar en cuenta una base superior comportaría la existencia de infracotización y de responsabilidad empresarial.
- La empresa, por su parte, mantiene que la cotización efectuada se ha ajustado a la normativa laboral y de Seguridad Social y que ninguna responsabilidad había de alcanzarle.
- Planteada así la cuestión, el trabajador sostiene que es su derecho percibir, con cargo a la Mutua demandada, la prestación de incapacidad permanente, en porcentaje reglamentario sobre la base reguladora ajustada a la retribución percibida al tiempo del accidente, no concurriendo responsabilidad empresarial por infracotización<sup>4</sup>, y sin que la efectiva discordancia entre la base de cotización consignada y la retribución devengada afecte a su pretensión<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Que concurre, con cierta frecuencia, al utilizarse la modalidad contractual analizada en fraude de ley, en cuyo caso, desvelado el mismo, la empresa infractora será responsable de la prestación en proporción al efecto que dicha infracotización haya podido tener. Ejemplo de ello, el que analiza la STSJ Cataluña 2 febrero 2012 (JUR 2012/117695).

<sup>5</sup> No obstante, de manera cautelar accedió a la solicitada aclaración y ampliación, manteniendo como pretensión principal la ya indicada.

## 2. REGLAS DE COTIZACIÓN EN EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN. DETALLE PARA EL SUPUESTO PLANTEADO

### 2.1. Reglas singulares de cotización

En estas páginas se considera que la posición del trabajador es la más ajustada a Derecho y, consecuentemente, se exponen los argumentos que la cimentan. Como premisa puede partirse de lo ya expuesto: en los contratos para la formación y el aprendizaje no existe una base de cotización como tal, sino unas cuotas reducidas para cada contingencia, que el empresario abona, en aplicación de lo dispuesto en la normativa presupuestaria estatal desarrollada en las respectivas Órdenes anuales de cotización.

En el origen de dicha peculiaridad se sitúa, quizás, la propia naturaleza del contrato formativo, cuyo objeto, mixto, abarca al mismo tiempo aspectos formativos y productivos, singularidad que incide en diversos elementos de la relación laboral, incluida la protección social del trabajador, a quien tradicionalmente se ha considerado infraprotegido<sup>6</sup>.

No obstante, en la actualidad, podemos decir que la acción protectora de la Seguridad Social en relación a los trabajos contratados en formación, tras sucesivos retoques<sup>7</sup> (que incluyen un cambio de denominación que ahora combina los dos nombres históricos de esta modalidad)<sup>8</sup>, comprende la totalidad de contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el desempleo y el Fondo de Garantía Salarial<sup>9</sup>; cosa distinta es que la el importe de las indicadas prestaciones venga determinado por el especial sistema de cotización.

Con las indicadas reglas de cotización, el legislador ha querido fomentar el empleo de los jóvenes y facilitar su inserción laboral y su formación profesional haciendo más atractivos estos contratos para las empresas a través de la reducción de costes<sup>10</sup>, de manera

<sup>6</sup> Aunque inicialmente el RD 1445/1982, de 25 de junio (RCL 1982/1744) establecía, en su art. 20.1 el derecho del trabajador a todas las prestaciones, el RD Ley 18/1993 de 3 de diciembre (RCL 1993/3295) vino a restringir la protección del entonces aprendiz, situación que ha sido objeto de mejora paulatina a través de los textos legales posteriores, sin haberse alcanzado una equiparación plena con el contratado en régimen ordinario, sobre todo en la cuantía de las prestaciones.

<sup>7</sup> Como indica BLÁZQUEZ AGUDO, E., “Nuevas tendencias en la contratación: las herramientas de fomento de la celebración de contratos”, *Revista de Justicia Laboral*, núm. 54/20133 (BIB.2013/14423): “Los contratos formativos dirigidos a trabajadores no cualificados han sido los que más reformas han sufrido en los últimos tiempos. Si ya fue modificado en la Ley 35/2010, con posterioridad el RD-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo en los jóvenes, el fomento de la estabilidad del empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, lo ha sustituido por otro con una nueva denominación: «contrato para la formación y aprendizaje», que a la vez ha sido revisado por el Real Decreto-ley 3/2012 y la Ley 3/2012, y desarrollado reglamentariamente a través del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual. Igualmente, se han introducido pequeñas puntualizaciones en la Ley 11/2013”.

<sup>8</sup> En un intento de romper con la anterior regulación que establece una protección inferior de estos trabajadores frente al resto (vid. MORENO GENÉ, J., “Contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia”, *Temas Laborales*, núm. 116/2012, pág. 38).

<sup>9</sup> Art. 11.2.h ET, DA 6ª LGSS/94 y art. 26 RD 1529/2012.

<sup>10</sup> Para SEMPERE NAVARRO, A.V., “Incidencia de las reformas de 1997 en los contratos formativos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 8, 1998, pág. 53 (BIB. 1998/48), el tradicional recorte en la (...)

que con independencia de la retribución que pueda corresponderles<sup>11</sup>, la cotización esté limitada económicamente en cuantías reducidas prefijadas de antemano (art. 27 RD 1529/2012, de 8 noviembre)<sup>12</sup>, e incluso, en determinados casos, bonificada hasta el 100%.

## 2.2. Normas de cotización anual

Para 2013, año en que se produce el accidente laboral del caso examinado, el artículo 44 de la *Orden ESS/56/2013*, de 28 de enero establece que la cotización a la Seguridad Social y demás contingencias protegidas por los trabajadores que hubieran celebrado un contrato para la formación y el aprendizaje se efectúa de acuerdo con lo siguiente:

- a) *La cotización a la Seguridad Social consistirá en una cuota única mensual de 36,39 euros por contingencias comunes, de los que 30,34 euros serán a cargo del empresario y 6,05 euros a cargo del trabajador, y de 4,17 euros por contingencias profesionales (2,33 euros por IT y 1,84 euros por IMS), a cargo del empresario.*
- b) *La cotización al Fondo de Garantía Salarial consistirá en una cuota mensual de 2,31 euros, a cargo del empresario.*
- c) *A efectos de cotización por Formación Profesional, se abonará una cuota mensual de 1,26 euros, de los que 1,11 euros corresponderán al empresario y 0,15 euros al trabajador.*

---

protección social estaba motivado principalmente por el deseo del legislador de reducir el coste laboral de estos contratos, tanto para las empresas cotizantes como para la Administración”.

PEDRAJAS MORENO, A., en “*El contrato de aprendizaje*”, *Relaciones Laborales*, Vol. I, 1994, pág. 305, destaca la primacía de la ocupación frente al logro de determinados niveles de protección, de tal modo que estos últimos presentan carencias en favor de la creación de nuevos puestos de trabajo.

<sup>11</sup> Según el art. 11.2 ET, en redacción dada por Ley 3/2012, de 6 de julio, (letra f), *el tiempo de trabajo efectivo, que habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas, no podrá ser superior al 75 por ciento, durante el primer año, o al 85 por ciento, durante el segundo y tercer año, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, a la jornada máxima legal. Los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en el supuesto previsto en el artículo 35.3. Tampoco podrán realizar trabajos nocturnos ni trabajo a turnos; (letra g) La retribución del trabajador contratado para la formación y el aprendizaje se fijará en proporción al tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo con lo establecido en convenio colectivo. En ningún caso, la retribución podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo.*

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El contrato para la formación tras las reformas de 2012 y 2013”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11/2014 (BIB. 2014/121), advierte de que “la referencia a lo establecido en convenio colectivo no excluye que se pacte en el propio contrato otra retribución más elevada, la cual tampoco podrá quedar por debajo del importe del SMI en proporción al tiempo de trabajo efectivo”.

En cuanto a la negociación colectiva, no es habitual que la misma establezca un salario específico para este tipo de trabajadores, por lo que se suele aplicar la referencia legal del SMI proporcional al tiempo de trabajo efectivo.

<sup>12</sup> Artículo 27. Cotización a la Seguridad Social y otros conceptos de recaudación conjunta: “1. En aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, la cotización a la Seguridad Social, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional en los contratos para la formación y el aprendizaje se efectuará en la forma y cuantía que se determine en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. La cotización por la contingencia de desempleo se efectuará de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional cuadragésima novena del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825). 2. Las retribuciones que, en el supuesto previsto en el artículo 35.3 del Estatuto de los Trabajadores, perciban las personas trabajadoras contratadas para la formación y el aprendizaje en concepto de horas extraordinarias estarán sujetas a la cotización adicional correspondiente”.

d) *Respecto a la cotización por desempleo, regulada en el Real Decreto-Ley 10/2010 de 16 de junio, corresponderá abonar una cuota de 52,75 euros, de los que 41,15 corresponderán al empresario y 11,60 al trabajador.*

f) *Las retribuciones que perciban los trabajadores en concepto de horas extraordinarias estarán sujetas a la cotización adicional regulada en el art. 5.*

Además, las empresas que aumentaran su plantilla mediante estos contratos con trabajadores mayores de 20 años, tienen derecho a bonificaciones que pueden llegar hasta el 100%, según dispuso el art. 2 del RD-Ley 10/2011, de 26 de agosto para los contratos que se suscribieran antes de 31-12-2013<sup>13</sup>. En cualquier caso, las reducciones y bonificaciones en la cotización empresarial por estos contratos, están financiadas por la propia Tesorería General de la Seguridad Social según se dispuso en la Ley 3/2012, de 6 de julio de reforma del mercado laboral<sup>14</sup>.

En el proceso judicial del que trae causa este comentario, nadie puso en cuestión que las citadas cuotas reducidas o bonificadas hubiesen sido convenientemente ingresadas por la empresa en la Tesorería General de la seguridad Social, de manera que la mercantil codemandada, no solo había venido abonando un salario ajustado al Convenio colectivo de aplicación, sino que había efectuado la cotización a la Seguridad Social en los términos exigidos reglamentariamente.

### **3. SITUACIÓN ANTERIOR AL REAL DECRETO 1529/2012: BASE REGULADORA MINORADA Y ÚNICA**

#### **3.1. RD 2317/1993, de 29 diciembre**

La primera vez que el legislador estableció una norma restrictiva en las prestaciones de seguridad social de los contratos formativos fue en el artículo 14.4 del RD 2317/1993, de 29 de diciembre, por el que se desarrollaron los contratos en prácticas y de aprendizaje y los contratos a tiempo parcial<sup>15</sup>. El citado precepto establecía que: *A efectos de reconocimiento*

<sup>13</sup> Artículo 2. Reducciones de cuotas en los contratos para la formación y el aprendizaje: “1. *Las empresas que, a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley y hasta el 31 de diciembre de 2013, celebren contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores desempleados mayores de 20 años e inscritos en la oficina de empleo con anterioridad al 16 de agosto de 2011, tendrán derecho, durante toda la vigencia del contrato, incluida la prórroga, a una reducción de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional, correspondientes a dichos contratos, del 100 por cien si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75 por ciento, en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior a esa cifra [...]*”. Esta disposición reductora de la cotización empresarial se mantuvo en el art. 3 de la Ley 3/2012 de reforma del mercado laboral suprimiendo el límite temporal de 31-12-2013.

<sup>14</sup> Disposición adicional primera. Financiación, aplicación y control de las bonificaciones y reducciones de las cotizaciones sociales: “1. *Las bonificaciones de cuotas previstas en esta Ley, se financiarán con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal. Las reducciones de cuotas previstas para las contrataciones y transformaciones de los contratos para la formación y el aprendizaje establecidas en esta Ley se financiarán con cargo a la correspondiente partida presupuestaria de la Tesorería General de la Seguridad Social*”.

<sup>15</sup> El Real Decreto 2317/1993 vino a derogar el RD 1992/1984, de 31 de octubre (RCL 1984/2605) por el que se regulan los contratos en prácticas y para la formación, texto que no contenía ninguna norma de reducción de la base (...)

*de las prestaciones económicas de la Seguridad Social a las que el interesado pueda tener derecho se tomará como base de cotización el 75 por 100 de la base mínima de cotización que corresponda en función de la edad del trabajador.*

Dicho precepto llegó a ser considerado, no obstante, por cierta doctrina judicial, como inaplicable a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, cuya base reguladora no se obtenía en razón a la base de cotización sino en razón al salario, según se razonó, entre otras, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 21-7-2000 (JUR 2001/68571)<sup>16</sup> o en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 13-12-2000 (JUR 2001/34321)<sup>17</sup>.

### 3.2. RD 488/1998, de 27 marzo

El RD 2317/1993 fue derogado por el RD 488/1998, de 27 de marzo (RCL 1998/943)<sup>18</sup>, cuyo art. 16 reformuló el art. 14.4 del RD de 1993, en un texto que reducía la

---

reguladora de las prestaciones. En efecto, su art. 17 únicamente reflejaba que: “Los trabajadores contratados en prácticas o formación laboral tendrán derecho a todas las prestaciones de Seguridad Social, no computándose el tiempo del contrato a efectos de carencia para la pensión de jubilación. La aportación de los trabajadores a la Seguridad Social por contingencias comunes se obtendrá multiplicando las cuotas devengadas por los trabajadores por el coeficiente que anualmente determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”.

<sup>16</sup> Fundamento de Derecho Único: *El único motivo del recurso que interpone la Mutua aseguradora de las contingencias de accidente de trabajo alega la infracción del artículo 14.4 del Real Decreto 2.317/93, de 29 de diciembre, en relación con el artículo 89 de la Ley 12/96, de 30 de diciembre, y con la Orden de 27 de enero de 1997 que fijó la base máxima de cotización en 77.730 pts. al mes, por entender que por base reguladora de la prestación de gran invalidez, derivada de accidente de trabajo, debe tenerse el 75% de la base mínima de cotización establecida en el año 1997 para mayores de 18 años, esto es, el 75% de 77.730 pts. al mes, pero el recurso no puede prosperar porque, aunque es cierto que el actor era aprendiz, lo que supone la aplicación del citado artículo 14.4, no lo es menos que nos encontramos ante una prestación derivada de accidente de trabajo, cuya cuantía se calcula, conforme a la transitoria primera del Decreto 1.646/72, de 23 de junio, por la normativa anterior al mismo, representada por los artículos 60 y siguientes del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956 que fijan la base reguladora de las prestaciones por accidente de trabajo en atención al salario real percibido por el accidentado y no en función de su base de cotización, razón por la que, como esa normativa es aplicable mientras no sea derogada, procede desestimar el recurso, máxime cuando el citado artículo 14.4 no modifica la normativa dicha, pues de su tenor literal se deriva que es aplicable para el cálculo de aquellas prestaciones que se fijan en atención a las bases de cotización del trabajador, pero no para el cálculo de aquellos que se calculan en atención al salario del operario, razón por la que la interpretación extensión que se pretende es contraria al tenor literal de la norma que no admite interpretación contraria al trabajador, sobre todo cuando con ello quiebran principios generales de nuestro derecho social, cual es el de adecuar las prestaciones por contingencias profesionales al salario percibido al tiempo del accidente.*

<sup>17</sup> Fundamento de Derecho Segundo: *(...) si se trata de invalidez permanente derivada de contingencias comunes, se deben aplicar las reglas ordinarias para el cálculo de la base reguladora, pero teniendo como base de cotización la establecida en el art. 14.4 de la norma reglamentaria ya citada; y ello porque según el art. 14.2 de la misma norma establece un sistema específico de cotización de cuota única. (Tercero): Por el contrario, si la invalidez deriva de contingencia profesional; entonces no se tienen en cuenta las bases de cotización, ya sean la ordinaria, ya la ficticia del art. 14.4 del Real Decreto 2.317/93; sino los salarios reales percibidos por el trabajador, en los términos que se establecen en el art. 60.2º del Decreto de 22 de junio de 1.956, tal como acertadamente se entendió en la Resolución del INSS de 26 de marzo de 1.998. De lo anterior se desprende que la finalidad del art. 14.4 del Real Decreto 2.317/93 no es otra que fijar una base de cotización ficticia para el cálculo de la base reguladora de las prestaciones derivadas de contingencias comunes; base de cotización ficticia que debe sustituir a la base mensual de cotización a que se refieren los arts. 140.2 de la Ley General de la Seguridad Social y art. 5.3 del Real Decreto 1.799/85; ya que ésta no existe al regularse de modo específico en los contratos de aprendizaje la contribución al Sistema de Seguridad Social mediante una cuota única establecida en el art. 14.2 del Real Decreto 2.317/93.*

<sup>18</sup> Para SEMPERE NAVARRO, A.V., “La incidencia del RD 488/1998 en el “Contrato para la Formación”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, parte Tribuna, 1998 (BIB. 1998/377), “cuando, por fin, mediante el RD 488/1998 se (...)”

base reguladora al 75% de la base mínima. Literalmente, indica el precepto [Determinación de la base reguladora de las prestaciones económicas] que “*A efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, se tomará como base de cotización<sup>19</sup> el 75 por 100 de la base mínima de cotización que corresponda*”.

La doctrina judicial, con alguna matización<sup>20</sup>, ya consideró aplicable la citada regla sobre base reguladora a las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo, porque “*dada la necesaria correlación que entre cotizaciones y prestaciones debe darse en la acción protectora de la Seguridad Social y puesto que el invocado artículo 16 del Real Decreto 488/98 fija una única fórmula de cálculo de las prestaciones sin diferencia de riesgos ni de contingencias, hay que concluir que la base reguladora de incapacidad permanente que tiene reconocida el trabajador ha sido correctamente calculada*”<sup>21</sup>; se insiste, pues, en la “*naturaleza del contrato, cuya normativa determina una concreta y específica regulación para el cálculo de la base reguladora que no discrimina en cuanto a la contingencia de la que deriva la prestación*”<sup>22</sup>.

Con todo, no faltaron autores que, al igual que sucediese con el anterior texto derogado, se preguntaban, ahora con el precepto vigente, “*si la determinación de la base reguladora de las prestaciones económicas que, como concepto legal, se describe en el artículo 16, incluye o no las contingencias profesionales cuando dispone que «se tomará como base de cotización el 75% de la base mínima que corresponda», puesto que tradicionalmente en el sistema de la Seguridad Social las contingencias profesionales se han relacionado con los salarios realmente percibidos*”<sup>23</sup>. Y de hecho, a los Juzgados y Salas de suplicación seguían llegando asuntos en los que trabajador contratado en formación y Mutua

---

*acomete tal desarrollo reglamentario (en referencia a la Disp. Adicional 4ª de la Ley 63/1997, RCL 1997/3086), en realidad, sólo surgen dos cuestiones de interés además de la obvia de que entran en luego las previsiones legales ya reseñadas”, una de ellas, “la determinación de la base reguladora. Puesto que la LPGE ha optado por un sistema de cuota única mensual, que no toma en consideración la retribución realmente devengada, surge la duda de cómo determinar la base de cotización que, a su vez, determina cuál sea la base reguladora de las prestaciones económicas. Frente a la indicación legal de que la misma viene dada por la remuneración total que se tenga derecho a percibir durante el mes correspondiente (art. 109 LGSS [RCL 1994, 1825]) surge la obviedad de que la LPGE ha prescindido de tales retribuciones y el art. 16 del RD 488/1998 se entiende legitimado para extraer la conclusión, simplificada y razonable, de que a estos efectos habrá de tomarse «como base de cotización el 75 por 100 de la base mínima de cotización que corresponda».*

<sup>19</sup> La base de cotización sigue siendo referencia para el cálculo de las prestaciones comunes incluso en los supuestos de finalización del contrato. Es el supuesto contemplado en STSJ Asturias 5 enero 2012 (JUR 2012/25820), en que “*el demandante inicia un proceso de incapacidad temporal durante la vigencia del contrato para la formación, que se prolonga, una vez extinguido éste, hasta el momento en el que pasa a la situación de incapacidad permanente total lucrando la oportuna prestación económica, impidiendo por definición aquél proceso el desarrollo actividad laboral susceptible de generar cotización alguna. Dicho de otro modo, si su base de cotización cuando comienza el proceso de incapacidad temporal era del 75% de la base mínima correspondiente, y tal porcentaje se mantuvo hasta la finalización de su contrato de trabajo, la imposibilidad de asumir otro cometido profesional durante aquella situación, que se prolongó hasta la declaración de incapacidad permanente, hacía inviable haber podido efectuar cotización alguna, superior o inferior, a la de aquél indicado porcentaje, por lo que se integrará la laguna representada por el período no cotizado, tomando en consideración el 75% de la base mínima de cotización*”.

<sup>20</sup> Sentencias, como la STJS Comunidad Valenciana 7 enero 2003 (JUR 2003/215432), cuestionaban de “*lege ferenda*” la opción tomada por el legislador inspirada en el principio de “a menor cotización menor protección”.

<sup>21</sup> STSJ Asturias 19 marzo 2004 (AS 2004/1487).

<sup>22</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 24 abril 2008 (AS 2009/1250).

<sup>23</sup> PALOMINO SAURA, P., “*Peculiaridades del contrato para la formación en materia de Seguridad Social*”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14/2004, Parte Presentación, 2004 (BIB 2004/1706).

discutían el importe de la base reguladora, cuestionando la aplicación del citado art. 16 a los supuestos de accidente de trabajo<sup>24</sup>.

No obstante, mayoritariamente se consideró que, aclarada por el RD 488/1998 cuál habría de ser la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, la especificidad de la norma haría extensible dicha previsión tanto a las contingencias comunes como profesionales<sup>25</sup>.

#### 4. SITUACIÓN TRAS EL REAL DECRETO 1529/2012: BASE REGULADORA SILENCIADA

Hemos de partir de que en contingencias profesionales para trabajadores con contratos para la formación, una cosa es la cotización (ya analizada), y otra distinta cuál sea la base reguladora de las prestaciones, en este caso, la de Incapacidad Permanente, derivada de accidente de trabajo.

La Disposición Adicional 6ª LGSS (RD.Leg 1/1994, de 20 de junio) se refería en términos homogeneizadores al alcance protector de estos contratos tras las últimas modificaciones introducidas en la norma básica por el RD.ley 10/2010 y, posteriormente, por el art. 14 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre<sup>26</sup>. Por su parte, el RD.Ley 10/2011, de medidas urgentes de empleo, entre otras, “*para la promoción del empleo de los jóvenes*”, justificaba la reforma en hacer del nuevo contrato para la formación y el aprendizaje “*un contrato con plenos derechos laborales y de protección social*” (Exposición de motivos, I). Dicha norma dio nueva redacción al art. 11.2 ET, regulador del contrato para la formación y el aprendizaje, estableciendo en su apartado h) la cobertura genérica de protección social sin excepciones<sup>27</sup>.

Siendo cierto que el art. 16 del RD 488/1998, (dentro del Capítulo II), dejaba muy claro que la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores con contrato para la formación sería equivalente al 75% de la base mínima de cotización<sup>28</sup>, dicho precepto

<sup>24</sup> Ejemplo de ello, la Sentencia TSJ Madrid 8 marzo 2004 (AS 2004/1706), que resolvió supuesto en que la Dirección Provincial del INSS había emitido resolución el 10 de diciembre de 2002 por la que declaraba al trabajador en situación de incapacidad permanente total, con derecho a percibir una pensión vitalicia equivalente al 55% de la base reguladora anual que correría a cargo de la Mutua de Accidentes de Trabajo. La Mutua, sin embargo, entiende que la cuantía de la base reguladora anual debía ser inferior al cifrarla en el 75% de la base mínima de cotización aplicable, motivo por el cual formula reclamación previa y ulterior demanda.

<sup>25</sup> Así sucede en la Sentencia anteriormente referida, en la que la Sala madrileña desestimó la demanda actora, acogiendo la tesis de la Mutua, ya que “*el art. 16 RD 488/1998, al no establecer ninguna diferenciación debe ser aplicado tanto en el supuesto de contingencias comunes como profesionales*”.

<sup>26</sup> Disposición adicional sexta. LGSS. Protección de los trabajadores contratados para la formación: “*La acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación comprenderá todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones de aquella, incluido el desempleo*”.

<sup>27</sup> Art. 11.2. h ET: “*La acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación y el aprendizaje comprenderá todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el desempleo. Asimismo, se tendrá derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial*”.

<sup>28</sup> PALOMINO SAURA, Pilar (op. cit.) realiza una apreciación interesante a este respecto, que reproducimos: *Con anterioridad, el artículo 14.4 RDley 2317/1993, de 29 de diciembre (RCL 1993, 3611), hacía referencia al 75 por 100 de la base mínima de cotización que correspondiera «en función de la edad del trabajador». Tras el RD 2015/1997, de 26 de diciembre (RCL 1997, 3082), el salario mínimo interprofesional se unifica y presenta una cuantía única para cada uno de los colectivos afectados, con independencia de la edad del trabajador, lo que tiene una especial incidencia en los contratos formativos al reforzar las medidas de mejora del régimen (...)*

limitativo ha quedado expresamente derogado por el RD 1529/2012, de 8 de noviembre por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje<sup>29</sup>. En efecto, su Disposición Derogatoria Única establece: *Alcance de la derogación normativa. Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en el presente real decreto, y expresamente las siguientes: a) El capítulo II, las referencias a los contratos para la formación contenidas en el capítulo III, las disposiciones adicionales segunda y tercera y la disposición final primera del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos (...).*

Como sabemos, este RD 1529/2012 se dictó en desarrollo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que modificó el régimen de los contratos formativos, refiriéndose en su Exposición de motivos (apartado II, *in fine*) a que “*otro aspecto destacable de este capítulo son las modificaciones introducidas en el contrato para la formación y el aprendizaje para potenciar el empleo juvenil mediante la supresión de limitaciones injustificadas*”<sup>30</sup>.

El mismo RD 1529/2012, establece claramente el alcance de la protección social de los contratos para la formación, sin restricción alguna o diferencia con respecto al sistema ordinario, al consignar, en su art. 26 (*Alcance de la protección social*) que: *1. De conformidad con lo establecido en el artículo 11.2.h) del Estatuto de los Trabajadores, la acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación y el aprendizaje comprenderá todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el desempleo. 2. Asimismo, se tendrá derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial.*

Así las cosas, en 2013 (coincidiendo con el supuesto de hecho examinado), una vez derogado el mencionado art. 16 RD 488/1998 por el RD 1529/2012 (que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, en fecha 9-11-12) la base reguladora de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales en los contratos para la formación se ha de calcular igual que los contratos ordinarios, esto es, sobre la retribución efectivamente devengada y abonada al trabajador, pues no hay norma alguna que indique un régimen de excepción al común, que es el contenido en el capítulo V (arts. 58 a 72) del Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se aprueba el Reglamento para aplicación del texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo; norma reglamentaria declarada aplicable por Disp.

---

*jurídico de tales contratos llevadas a cabo en 1997. Y así, en el artículo 16 RD 488/1998 (RCL 1998, 943), la base reguladora de todas las prestaciones pasa a ser el 75 por ciento de la base mínima de cotización «que corresponda», en lugar de la establecida «en función de la edad del trabajador».*

<sup>29</sup> Vigente el RD 1529/2012 ya no puede afirmarse pues, como antes, que el sistema de protección social del trabajador en formación descansa sobre dos pilares: una cotización en cuantía fija e inferior a la que resultaría de aplicar los criterios ordinarios de determinación y una base reguladora igualmente reducida con respecto a la ordinaria (al calcularse la base reguladora de las prestaciones profesionales con arreglo a la normativa ordinaria).

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “*Contrato de aprendizaje y formación dual. El Real Decreto 1529/2012*”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, Sección Editorial, enero 2013, considera que las modificaciones introducidas suponen una reforma parcial del régimen jurídico del nuevo contrato para la formación, “aunque manteniendo sus sustancia”.

Transitoria 1ª del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social<sup>31</sup>.

Por lo tanto, podemos concluir que ni había antes del RD 2317/1993 y del RD 488/1998, ni hay después del RD 1529/2012, norma legal alguna que avale un cálculo de la base reguladora por accidente de trabajo de los aprendices y contratados para la formación que sea diferente al que resulta de aplicar el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956.

Y ello porque, si bien la previsión contenida en el artículo 16 del citado Real Decreto 488/1998, no infringía ni el principio de legalidad, ni el de jerarquía normativa (considerando en este punto que la invocada Ley de Accidentes de Trabajo tan sólo tiene un valor reglamentario del mismo nivel, por tanto, que el Real Decreto 488/1998)<sup>32</sup>, una vez derogada la citada regla, no hay ya sustento normativo que valide aquella restricción.

## 5. CONCLUSIÓN

De este modo, y contestando a las dudas planteadas *ab initio*, la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente que el actor solicita debe coincidir con la indicada en su demanda, al calcularse según las normas propias de la contingencia profesional que remiten al salario percibido al tiempo del siniestro, incluyendo junto al salario base y complementos, el promedio de las retribuciones con periodicidad superior al mes, que en este caso asciende a 881,25 euros mensuales.

En última instancia (coincidente con la pretensión subsidiaria del actor en el proceso judicial), la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente derivada de un accidente de trabajo acaecido en 2013, no podría ser inferior al 100% de la base mínima de cotización entonces vigente de 753,00 € mensuales, al estar derogada desde 10-11-2012 (RD 1592/2012) la norma (art. 16 RD 488/1998) que reducía la base reguladora de las prestaciones de estos trabajadores al 75% de la base mínima<sup>33</sup>, solución que habría de adoptarse, al menos, de no aceptarse como marco de referencia la propia retribución.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

APILLUELO MARTÍN, M., *El contrato para la formación y el aprendizaje: la cualificación profesional como clave*, Editorial Bomarzo, 2014.

---

<sup>31</sup> A efectos del cálculo de la base reguladora de las pensiones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y de invalidez absoluta, debida a cualquier contingencia, se mantendrá la vigencia de las normas aplicables en 30 de junio de 1972, en tanto se apruebe el consiguiente Reglamento General.

<sup>32</sup> La disposición transitoria cuarta de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre en su apartado 2, autorizaba al Gobierno para establecer en las disposiciones reglamentarias la cotización a la Seguridad Social que corresponda efectuar en estos contratos.

<sup>33</sup> En sintonía con lo establecido en la Disposición adicional cuadragésima novena LGSS/94 («Cotización por desempleo en el contrato para la formación y cuantía de la prestación»), introducida por el art. 12 Cinco Ley 35/2010 (en los mismos términos, RDL 10/2010), según la cual: la cotización por la contingencia de desempleo en el contrato para la formación se efectuará por la cuota fija resultante de aplicar a la base mínima correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales el mismo tipo de cotización y distribución entre el empresario y trabajador establecidos para el contrato en prácticas. Para determinar la base reguladora y la cuantía de la prestación por desempleo se aplicará lo establecido en el artículo 211 de esta Ley.

- BLÁZQUEZ AGUDO, E., “Nuevas tendencias en la contratación: las herramientas de fomento de la celebración de contratos”, *Revista de Justicia Laboral*, núm. 54/2013 (BIB. 2013/14423).
- MORENO GENÉ, J., “Contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia”, *Temas Laborales*, núm. 116/2012.
- PALOMINO SAURA, P., “Peculiaridades del contrato para la formación en materia de Seguridad Social”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14/2004, Parte Presentación, 2004 (BIB 2004/1706).
- PEDRAJAS MORENO, A., “El contrato de aprendizaje”, *Relaciones Laborales*, Vol. I, 1994.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “Contrato de aprendizaje y formación dual. El Real Decreto 1529/2012”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, Sección Editorial, enero 2013.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El contrato para la formación tras las reformas de 2012 y 2013”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11/2014 (BIB. 2014/121).
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “Incidencia de las reformas de 1997 en los contratos formativos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 8, 1998, pág. 53 (BIB. 1998/48).
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “La incidencia del RD 488/1998 en el “Contrato para la Formación”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, parte Tribuna, 1998 (BIB. 1998/377).

## 7. SENTENCIAS

- STSJ Andalucía / Sevilla 21 julio 2000 (JUR 2001\68571).
- STSJ Castilla La Mancha 13 diciembre 2000 (JUR 2001\34321).
- STJS Comunidad Valenciana 7 enero 2003 (JUR 2003/215432).
- SSTSJ Madrid 8 marzo 2004 (AS 2004/2462 y AS 2004/1706).
- STSJ Asturias 19 marzo 2004 (AS 2004/1487).
- STSJ Andalucía/Sevilla 24 abril 2008 (AS 2009/1250).
- STSJ Asturias 5 enero 2012 (JUR 2012/25820).

Estudios de  
Doctrina  
Judicial

LABORUM



# Reconocimiento de la condición de beneficiarios de asistencia sanitaria a emigrantes en Suiza retornados

## Recognition about the healthcare beneficiary status to returned emigrants from Switzerland

PATRICIA PRIETO PADÍN

*INVESTIGADORA CONTRATADA PREDOCTORAL FPU (MECD)  
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, UNIVERSIDAD DE LEÓN*

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE LEÓN*

### Resumen

El comentario analiza el copiosísimo elenco de sentencias que, frente al criterio del INSS, conceden la prestación de asistencia sanitaria a emigrantes a Suiza retornados: pese a haber obtenido una pensión de la Seguridad Social helvética siguen ostentando el derecho que deriva de “estar a cargo” de su cónyuge.

### Abstract

The commentary analyzes the copious list of judgments which, against the INSS's decision, granted the provision of healthcare to returned emigrants from Switzerland: in spite of having received a pension from Swiss Social Security, she still holds the right that derives from “being in charge” of her husband.

### Palabras clave

asistencia sanitaria, emigrantes retornados, Suiza, instrucciones del INSS

### Keywords

healthcare, returned emigrants, Switzerland, INSS's instructions

## 1. INTRODUCCIÓN

En torno a 65 pronunciamientos localizados entre abril de 2013 y septiembre de 2016 (una media de más de 20 sentencias al año) han abordado un tema de tal singularidad como para que al jurista llame la atención la efervescente actividad judicial respecto al derecho a la asistencia sanitaria en España de quienes antaño fueron emigrantes en Suiza.

Una primera lectura de las sentencias estudiadas proporciona la clave para entender el origen del conflicto que, lejos de situarse en un cambio normativo o una variación de doctrina jurisprudencial o de criterio en la Sala de algún Tribunal Superior de Justicia, encuentra su razón de ser a partir de una modificación en las instrucciones de la Entidad Gestora de la Seguridad Social al respecto.

Poco cabe añadir a cuanto doctrina científica<sup>1</sup> y numerosos pronunciamientos judiciales<sup>2</sup> han afirmado sobre el valor en Derecho de dichas instrucciones (que siempre deben ser escritas con minúscula, para así destacarlo como conviene, en cuanto ejercicio del poder de dirección de órganos superiores de la Administración sobre los jerárquicamente dependientes, sin alcanzar el carácter de disposición general o acto administrativo que trascienda de su ámbito organicista<sup>3</sup>), aun cuando no por ello quepa ignorar su altísima influencia práctica, conforme cabe seguir del extenso muestrario –la parte visible del iceberg– que da pie a este discurso. En todo caso, sí procederá advertir, a modo de queja<sup>4</sup>, que su carácter estrictamente “interno” veda el acceso formal a las mismas (siempre cabría intentar acceder a ellas por vía informal, obviamente manteniendo el secreto del informador), y tampoco los Tribunales ayudan en exceso a conocer su exacto contenido y/o fundamentos. De hecho, tan solo en unos pocos pronunciamientos se ha podido obtener noticia fidedigna de que la causa última radicaba en el cambio del parecer “oficial” del INSS “respecto a los pensionistas por legislación suiza que se encuentran residiendo en España y perciben asistencia sanitaria como beneficiarios, límite de ingresos, Ley 33/2011, etc”<sup>5</sup>.

Mudado el criterio, no solo se procede a aplicarlo a los futuros solicitantes, sino que se le confiere cuanto cabría denominar “efectos retroactivos” y ha lugar, también, a la oportuna revisión de expedientes (de hecho, muchas de las notificaciones a los interesados

<sup>1</sup> Por todos, la contundente valoración de MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: “Art. 191”, en VV.AA.: *Ley de Procedimiento Laboral: comentada y con jurisprudencia*, DE LA VILLA GIL, L. E., Dir., Madrid, La Ley, 2006, p. 11356 y LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: “Instrucciones y órdenes de servicio en el ámbito de la Administración de la Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, T. V, 1998, pp. 725-738.

<sup>2</sup> Modélica la construcción contenida en la STSJ Madrid, Contencioso-Administrativo, 21 marzo 2011 (Rec. 179/2009); ratificándola plenamente, STS, Contencioso-Administrativo, 18 junio 2013 (Rec. 668/2012).

<sup>3</sup> Por su claridad, cabe reenviar a los términos de la STS, Contencioso-Administrativo, 7 junio 2006 (Rec. 3837/2000): “El carácter normativo o no que haya de atribuirse a una determinada decisión de un órgano administrativo no depende solo de la clase de materia sobre la que verse. Lo verdaderamente decisivo es el alcance y significación que su autor otorgue a dicha decisión. Esto último comporta que cuando la decisión tenga como únicos destinatarios a los subordinados del órgano administrativo y exteriorice por ello pautas para la futura actuación administrativa que dichos subordinados hayan de realizar, habrá de admitirse que lo que se está dictando no es un acto normativo con eficacia externa para los ciudadanos, sino una de esas instrucciones y órdenes de servicio que regula el artículo 21 de la LRJPAC. En este segundo caso se tratará de simples directrices de actuación, en el ejercicio del poder jerárquico, con el fin de establecer los criterios de aplicación e interpretación jurídica que habrán de ser seguidos en futuros actos administrativos. Y paralelamente, la correspondiente decisión tendrá una eficacia puramente interna y carecerá de valor vinculante para las personas cuya situación jurídica resulte afectada por esos posteriores actos administrativos que puedan dictarse, las cuales podrán combatir, a través de los correspondientes recursos administrativos y jurisdiccionales, la validez de los criterios que hayan sido aplicados en esos concretos actos administrativos que individualmente les afecten”.

Para análisis de supuestos concretos de trascendencia semejante, entre otras muchas, SSTS, Contencioso-Administrativo, 7 febrero 2007 (Rec. 78/2003), 5 noviembre y 30 diciembre 2008 (Rec. 10549/2006 y 227/2005) y 28 octubre 2011 (Rec. 583/2010); un amplio repaso a doctrina jurisdiccional sin fisuras desde hace ya décadas en STSJ Madrid, Contencioso-Administrativo, 14 octubre 2015 (Rec. 488/2014).

<sup>4</sup> Sirva la remisión a los ilustrativos términos utilizados por SARDINA PÁRAMO, J. A.: *Estudios y comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, T. I, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y BOE, 1993, p. 64.

<sup>5</sup> SSTSJ Castilla y León/ Valladolid 14 y 15 (2) mayo, 4, 5 y 11 junio y 13 noviembre 2014 (Rec. 411/2014, 656/2014, 658/2014, 631/2014, 848/2014, 679/2014 y 1668/2014), 4 marzo y 10 junio 2015 (Rec. 11/2015 y 867/2015) y 29 junio 2016 (Rec. 993/2016) o Asturias 30 junio 2016 (Rec. 1169/2016).

comienzan con un ilustrativo “según hemos podido comprobar en nuestros archivos...”<sup>6</sup>), procediéndose a dictar las resoluciones oportunas –o notificaciones, según precisará la Entidad Gestora– bajo un tenor mimético en el cual, tras recordar a su destinatario que ha estado percibiendo la asistencia sanitaria en España como beneficiario de otra persona –casi siempre–, y al tiempo es titular de una pensión con cargo a la Seguridad Social suiza, va a disponer de un plazo de 15 días desde la recepción del escrito para acogerse a una Mutua de Seguridad Social suiza (en algún caso, para “solicitar el E-121” –actual S1–<sup>7</sup>) o suscribir un convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social (en otras variantes, más acabadas pero no mayoritarias, se añade que podrá “solicitar asistencia sanitaria para personas sin recursos económicos suficientes si cumple los requisitos establecidos en el RD 1088/1989 de 8 de Septiembre, artículo 1”<sup>8</sup>, y en alguna –muy pocas– incluso se alude a la alternativa de suscribir un seguro privado<sup>9</sup>), pues se declara la incompatibilidad entre las dos condiciones reseñadas, debiendo el afectado “comunicar al negociado de convenios internacionales la opción elegida mediante el justificante oportuno”<sup>10</sup>.

El resultante final de esta iniciativa, a partir de los datos que ofrece la muestra, puede ser sintetizado conforme sigue:

1.- La aplicación del criterio administrativo afecta a 62 mujeres, mientras únicamente lo hace a 4 hombres; de ellas, tan solo 23 acreditan haber trabajado en Suiza (por el contrario, los 4 hombres prestaron servicios por cuenta ajena en el país helvético); en fin, en el momento en que se dicta la resolución-notificación, 61 de las féminas disfrutaban o instaban la solicitud como beneficiarias de su cónyuge –o ex cónyuge–, situación en la cual se encontraban 2 de los varones, cifrándose tan solo en 3 cuantos habían accedido a la prestación por ser pensionistas del Sistema español y no alcanzar el límite de ingresos.

2.- Las pensiones reconocidas, y en virtud de las cuales se les privaba de la prestación sanitaria, eran de cuantía muy baja, siendo la menor de 44,21 €<sup>11</sup>, para una media que se aproxima a los 250 €, aun cuando, no obstante, existen ejemplos en los cuales se superan el

<sup>6</sup> SSTSJ Castilla y León/ Valladolid 21 mayo, 23 octubre 2014 (Rec. 680/2014, 1372/2014) y 29 abril, 25 junio, 2, 15 y 24 julio, 24 septiembre, 25 noviembre y 23 diciembre 2015 (Rec. 569/2015, 961/2015, 960/2015, 959/2015, 1079/2015, 1190/2015, 1716/2015 y 2043/2015) o 29 junio 2016 (Rec. 993/2016).

<sup>7</sup> La variante, con la consecuencia –cuando se intentó– de no lograr tal propósito, “al considerar la Institución helvética que no era su función emitir tal certificado”, en STSJ Galicia 11 noviembre 2014 (Rec. 3673/2013); en igual sentido e, idéntica solución, STSJ Aragón 29 abril 2015 (Rec. 206/2015).

<sup>8</sup> STSJ Castilla y León/ Valladolid 10 abril, 2 mayo y 16 diciembre 2013 (Rec. 281/2013, 735/2013 y 1766/2013); 12 febrero, 28 mayo, 23 julio y 5 noviembre 2014 (Rec. 53/2014, 611/2014, 1036/2014 y 1532/2014); 18 marzo, 15 y 22 abril, 12, 18, 20[2], 27 mayo, 14 octubre, 3,16 y 23 diciembre 2015 (Rec. 241/2015, 421/2015, 422/2015, 633/2015, 632/2015, 543/2015, 555/2015, 631/2015, 1268/2015, 1786/2015, 1787/2015, 1999/2015) y 27 enero y 31 marzo 2016 –sustituida, tras aclaración, por STSJ Castilla y León/Valladolid 19 mayo 2016 (Rec. 104/2016)– (Rec. 2176/2015 y 104/2016); también, SSTSJ Asturias 24 mayo y 28 junio 2013 (Rec. 662/2013, 978/2013), 25 abril 2014 (Rec. 766/2014); 29 mayo y 26 junio 2015 (Rec. 818/2015 y 1170/2015) y 26 abril 2016 (Rec. 630/2016).

<sup>9</sup> STSJ Castilla y León/ Valladolid 2 mayo 2013 (Rec. 735/2013) o SSTSJ Asturias 24 mayo y 28 junio [2] 2013 (Rec. 662/2013, 957/2013, 978/2013), 14 febrero y 25 abril 2014 (Rec. 106/2014, 766/2014), 29 mayo y 26 junio 2015 (Rec. 818/2015, 1170/2015) o 26 abril 2016 (Rec. 507/2016).

<sup>10</sup> Entre muchas, STSJ Castilla y León/ Valladolid 24 julio 2015 (Rec. 1079).

<sup>11</sup> STSJ Castilla y León/ Valladolid 4 junio 2014 (Rec. 631/2014).

salario mínimo interprofesional y el IPREM (al venir establecidas en 787 €<sup>12</sup>, 788,01€<sup>13</sup>, 815,54 €<sup>14</sup>, 865 €<sup>15</sup>, 875,99 €<sup>16</sup>, 975,41 €<sup>17</sup>, 1.085,75 €<sup>18</sup> o 1.191,32 €<sup>19</sup>)<sup>20</sup>.

3.- Sin que en los demás supuestos conste la elección, en 40 de los casos (uno de ellos declarado no válido por no estar correctamente formalizado) se optó por suscribir un convenio especial con la Seguridad Social.

4.- Sin excepción, media oportuna reclamación administrativa y, en todos los supuestos, o bien resolución desestimatoria que conduce a la vía judicial<sup>21</sup>, o bien manifestación de que el INSS únicamente ha contestado mediante “oficio informativo”, que no una resolución, por lo cual “no cabe interponer reclamación previa”<sup>22</sup>.

En ninguno consigue hacer valer el INSS su criterio, siendo reconocido el derecho en todas y cada una de las ocasiones; sin embargo, no consta rectificación alguna en el proceder de la Entidad Gestora, la cual, rozando la temeridad (en uno de los pronunciamientos se alude a que el criterio judicial es “contumazmente ignorado por la entidad gestora”<sup>23</sup>), persiste sin nuevos argumentos, quizá en busca de aquel pronunciamiento favorable capaz de abrir la casación para unificación de doctrina. Entre tanto, el administrado, o bien se aquieta a un parecer expresa y unánimemente repudiado por los Tribunales –fiándose de la corrección de cuanto se le informa–, o bien ha de asumir la carga de reclamar el derecho en vía judicial, donde, a fuerza de reiterarse la cuestión, se ha creado una verdadera “plantilla” reproducida por los distintos órganos judiciales sin apenas modificación alguna.

5.- Como dato enormemente significativo, las sentencias solo afectan a cuatro Tribunales Superiores de Justicia. Con la presencia testimonial del correspondiente a Aragón (1), y la poco más significativa de Galicia (3), la cuestión parece circunscribirse casi en exclusiva a Asturias (14) y Castilla y León (47); en concreto, a la provincia de León (de donde provienen los 47 casos) y, con mayor precisión aún, a la zona a la cual extiende su circunscripción los dos Juzgados de lo Social de Ponferrada (44).

---

<sup>12</sup> STSJ Castilla y León/ Valladolid 18 mayo 2015 (Rec. 632/2015).

<sup>13</sup> STSJ Asturias 30 junio 2016 (Rec. 1169/2016).

<sup>14</sup> STSJ Asturias 21 febrero 2014 (Rec. 242/2014).

<sup>15</sup> STSJ Castilla y León/ Valladolid 14 octubre 2015 (Rec. 1242/2015).

<sup>16</sup> STSJ Asturias 26 abril 2016 (Rec. 507/2016).

<sup>17</sup> STSJ Asturias 26 junio 2015 (Rec. 1170/2015).

<sup>18</sup> Aludiendo a la equivalencia en francos suizos (1.346), STSJ Asturias 30 diciembre 2014 (Rec. 2674/2014).

<sup>19</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 15 mayo 2014 (Rec. 656/2014).

<sup>20</sup> En todo caso, por debajo de los umbrales de la norma, se tome su versión original para acreditar el límite de ingresos (la mitad del smi), ya su modificación en 1972 (el doble del smi), ora el referente del IPREM, ora los 100.000€, pues la confusión al respecto es patente, conforme cabe comprobar, por ejemplo, en SSTSJ Asturias 28 junio 2013 (Rec. 978/2013) o 29 mayo 2015 (Rec. 818/2015) y Galicia 16 febrero 2016 (Rec. 4735/2015).

<sup>21</sup> En una sola ocasión, manteniéndose la regla, cabe constatar cómo, en el plazo que media desde la presentación de la demanda hasta la sentencia, la Entidad Gestora rectifica y procede a reconocer la condición de beneficiaria de la solicitante, incluyéndola como tal en la cartilla de su esposo; no obstante, tal hecho ocurre en agosto 2011, momento en el cual no existían esas firmes instrucciones, STSJ Galicia 26 julio 2013 (Rec. 1116/2011).

<sup>22</sup> Al no existir una resolución que le confiera la posibilidad de instar la reclamación previa, SSTSJ Castilla y León/ Valladolid 15 y 22 abril y 20 mayo 2015 (Rec. 421/2015, 422/2015 y 543/2015) o al tratarse de mera información, SSTSJ Castilla y León/ Valladolid 10 junio y 2 y 15 julio 2015 (Rec. 867/2015, 960/2015 y 959/2015).

<sup>23</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 25 y 27 enero 2016 (Rec. 2104/2015 y 2176/2015).

De poner en relación estos datos con los que obran en las estadísticas, cabrá destacar varias circunstancias de interés<sup>24</sup>: 1) Iniciada en el año 1959, una vez suprimido el visado para viajar al país, el Instituto Español de Emigración (IEE) trato de organizar su flujo a partir de 1961 (con la firma de un Convenio Hispano-Suizo al efecto), a pesar de lo cual más de un tercio de los salidas de España se hicieron al margen del control administrativo. 2) De su importancia dan cuenta datos que cifran, en los años que a este comentario interesan, en 656.729 los españoles desplazados a Suiza entre 1964 y 1971 bajo la supervisión del IEE (910.965 entre 1966 y 1971 en comprobaciones ulteriores, para así dar cuenta de la incidencia de la emigración “directa”), suponiendo el 38,5% del total de la población de aquel país y el 4% de su fuerza laboral. 3) El perfil-tipo venía a ser el de varón, entre 25 y 29 años, casado, peón agrícola sin formación que se ocupaba fundamentalmente en la construcción, la industria metálica y hostelería. 4) Frente a cuanto ocurría con otros países, en los cuales la reagrupación familiar era sencilla (Francia –70%– o Alemania –63%–), la exigencia de vivir de manera continuada en Suiza durante 18 meses, unida a otros requisitos formales y materiales hizo que en este caso la vida en familia no alcanzara ni siquiera el 25%.

Pero, en medio de tales cifras globales, su desglose –así como el de retorno<sup>25</sup>–por Regiones o Comunidades Autónomas, amén del claro predominio de los censados en Galicia (cuya incidencia disminuye con los años), muestra un panorama de distribución que afectada a todas (con datos crecientes en el tiempo en los casos de Madrid y Cataluña). Si tal es así, cabría interrogarse sobre el por qué de la marcada localización geográfica de los pronunciamientos aquí y ahora analizados, cuando la instrucción es general y la Guía oficial al respecto tampoco ofrece dudas sobre cuanto procede realizar en estos casos<sup>26</sup>.

## 2. PRECEDENTES DEL CONFLICTO ANALIZADO: PRIMEROS CRITERIOS JUDICIALES

Salvo error u omisión (que es probable en una materia ciertamente atípica), la cuestión de emigrantes retornados con derecho a pensión en Suiza y su demanda de asistencia sanitaria a cargo de la Seguridad Social española ya se había suscitado ante los Tribunales en cuatro ocasiones previas al cambio de las instrucciones reseñadas.

En la primera de ellas se deniega la solicitud del interesado por su condición de pensionista de la Seguridad Social suiza al amparo de lo previsto en los arts. 100 TRLGSS/1974 y 2.3 D. 2766/1967, de 16 de noviembre, en tanto quien la instaba había accedido a una incapacidad permanente por causas comunes y el Convenio bilateral solo extiende el beneficio si la incapacidad proviene de accidente de trabajo o enfermedad profesional. En consecuencia, al no haber estado incluido nunca en el Sistema español por no haber cotizado en ningún momento al mismo y, además, percibir una prestación con cargo a

<sup>24</sup> Siguiendo las recogidas por PINO JUSTE, M. y VERDE DIEGO, C.: “Perfil del retornado de segunda generación en Galicia”, *Papers*, Vol. 95, núm. 1, 2010, pp. 184 y 185 o TURMO, I. “Un éxodo masivo más allá de la versión oficial”, 2011, en <http://www.swissinfo.ch/spa/instituto-espa%C3%B1ol-de-emigraci%C3%B3n-un%C3%A9xodo-masivo-m%C3%A1s-all%C3%A1-de-la-versi%C3%B3n-oficial/29302518>.

<sup>25</sup> PÉREZ CUNTÍN, M.: *Retorno a España. Preguntas y respuestas. 10 años de ida y vuelta*, Madrid, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, 2012.

<sup>26</sup> MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Guía de retorno*, Madrid, Subdirección General de Emigración, 2014, p. 40.

la Seguridad Social suiza, carece de tal derecho, sin perjuicio de poder suscribir un convenio para emigrantes retornados a estos efectos<sup>27</sup>.

En la segunda –como variante de la anterior–, el interesado, también beneficiario de una incapacidad permanente por causas comunes, suscribe convenio especial de asistencia sanitaria para garantizar el acceso a la prestación tanto en su favor como en el de su familia; sin embargo, al obtener más tarde una pensión de vejez de la Seguridad Social suiza, pretende dejar de abonar el convenio especial y disfrutar del derecho como beneficiario del Sistema español. Al amparo de lo previsto en la disp. adic. 3ª de la OM de 13 de octubre de 2003 y en el punto 17 del Protocolo Final del Convenio Bilateral Hispano-Suizo de Seguridad Social de 13 de octubre de 1969, la sentencia deniega tal derecho y confirma que el convenio especial con la TGSS es la única vía para salvar la falta de protección de un gran número de emigrantes españoles (o familiares suyos), beneficiarios de pensiones en los países donde han trabajado, cuando regresan a España<sup>28</sup>.

Son, sin embargo, los supuestos tercero y cuarto<sup>29</sup> los portadores del antecedente más próximo, pues abordan la situación de dos mujeres que, habiendo trabajado en Suiza, regresan a España con una pensión de invalidez cuya cuantía media mensual se eleva a 229 € y 325 € (frente a los 1.724 francos/mes del segundo de los supuestos arriba mencionados y los 1.435 francos/mes del primero). En ambos casos se suscribe un convenio especial de asistencia sanitaria (por el cual abonan 130,42 € y 84,80 €, respectivamente) y se solicita reconocimiento de asistencia sanitaria por falta de medios económicos, la cual es denegada por el INSS al ser “pensionista de la Seguridad Social” Suiza. Sin embargo, el Tribunal lo reconoce y concede entendiendo –con argumentos sobre los cuales se volverá con calma–, en síntesis, que, habida cuenta de la falta de obligatoriedad de afiliación al régimen de enfermedad suizo [a partir de los Acuerdos alcanzados con Suiza en 2002, en particular a través de la reforma del apartado o) de la Sección A del Anexo II del Reglamento 1408/71], la ausencia de derecho a prestaciones de asistencia sanitaria a cargo de aquel y la acreditada carencia de recursos económicos, ambas mujeres tenían derecho a percibir asistencia sanitaria por la Seguridad Social española.

### 3. DIFERENTES ARGUMENTOS JURÍDICOS PARA UNA MISMA SOLUCIÓN

Conforme ha quedado cumplida noticia, desde el cambio de instrucciones y proceder del INSS hasta el día de hoy todos y cada uno de los pleitos en los que se han impugnado sus resoluciones (decisiones o notas informativas) han sido favorables al administrado y se ha reconocido su derecho a la prestación de asistencia sanitaria.

Los argumentos, empero, han sido notablemente distintos para alcanzar una misma solución: prolijo y con una fundamentación básicamente asentada en el análisis de la normativa internacional, para llegar a aplicar la española, en el caso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid; directamente asentado en la normativa nacional el del Tribunal Superior de Justicia de Asturias; con ecos de ambos pareceres el

<sup>27</sup> STSJ Galicia 25 mayo 2002 (Rec. 188/2000).

<sup>28</sup> STSJ Asturias 24 febrero 2006 (Rec. 1272/2005).

<sup>29</sup> SSTSJ Castilla y León/ Valladolid 23 enero y 6 marzo 2006 (Rec. 2334/2005 y 262/2006).

pronunciamiento del TSJ de Aragón y los tres del TSJ de Galicia. Como curiosidad, mientras el de Aragón conoce y cita los pronunciamientos de sus homólogos y uno de los de Galicia se hace eco del criterio del órgano judicial asturiano, en ningún momento el de Castilla y León se sale de su “guion” para compartir o abundar en los argumentos de quien también mantiene su tesis, y el de Asturias únicamente lo hace en aquellos escasos supuestos en que la argumentación del INSS le fuerza a ello.

### 3.1. El “modelo” de sentencia castellano y leonés

El que reiteradamente es mencionado como *leader case*<sup>30</sup>, y sirve de “plantilla” al resto de las sentencias, no hace, sin embargo, sino reproducir cuanto –en lo fundamental– ya figuraba en el pronunciamiento pionero de 2006 con anterioridad mentado<sup>31</sup> (al extremo que no ya en los fundamentos de derecho, sino en los propios antecedentes de hecho, se reproduce en varios de ellos el desliz de aludir a “asistenta santiguar”<sup>32</sup>, en vez de asistencia sanitaria). Así, indefectible y miméticamente transcrito<sup>33</sup>, cabe leer lo siguiente –cuyo literal, a pesar de su extensión, se quiere respetar de manera escrupulosa–:

“A este respecto hay que señalar que la letra o) de la sección A del Anexo II del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la [Confederación Suiza] por otra, regula la afiliación obligatoria al régimen de enfermedad suizo, disponiendo Confederación Suiza dicha obligatoriedad en cuatro supuestos:

- a) las personas sometidas a la legislación suiza en virtud de lo dispuesto en el título II del Reglamento.
- b) las personas para las cuales Suiza sea el Estado competente en materia de seguro de enfermedad con arreglo a lo dispuesto en los artículos 28, 28 bis o 29 del Reglamento.
- c) las personas que perciban prestaciones de desempleo del seguro suizo.

<sup>30</sup> STSJ Castilla y León/ Valladolid 10 abril 2013 (Rec. 281/2013); 12 febrero, 28 mayo, 11 junio, 5 noviembre y 23 diciembre 2014 (Rec. 53/2014, 611/2014, 679/2014, 1532/2014 y 2066/2014); 18 marzo 2015 (Rec. 241/2015) o 31 marzo, 28 abril, 24 mayo y 2 junio 2016 (Rec. 104/2016, 242/2016, 964/2016 y 993/2016).

<sup>31</sup> STSJ Castilla y León/ Valladolid 23 enero 2006 (Rec. 2334/2005).

<sup>32</sup> SSTSJ Castilla y León/ Valladolid 10 abril 2013 (Rec. 281/2013); 12 febrero, 28 mayo 11 junio, 5 noviembre y 23 diciembre 2014 (Rec. 53/2014, 611/2014, 679/2014, 1532/2014 y 2066/2014); 18 marzo 2015 (Rec. 241/2015) y 31 marzo 2016 (Rec. 104/2016). Únicamente a “santiguar”, SSTSJ Castilla y León/ Valladolid 16 diciembre 2013 (Rec. 1766/2013) y 27 mayo 2015 (Rec. 631/2015) o 19 mayo 2016 (Rec. 104/2016).

<sup>33</sup> STSJ Castilla y León/ Valladolid 10 abril, 2 mayo y 16 diciembre 2013 (Rec. 281/2013, 735/2013 y 1766/2013); 12 febrero, 14, 15 [2], 21 y 28 mayo, 4, 5, 11 y 17 junio, 1 y 23 julio, 2 y 23 octubre, 5, 13 y 20 noviembre y 23 diciembre 2014 (Rec. 53/2014, 441/2014, 656/2014, 658/2014, 680/2014, 611/2014, 631/2014, 848/2014, 679/2014, 629/2014, 846/2014, 1036/2014, 1182/2014, 1372/2014, 1532/2014, 1668/2014, 1614/2014 y 2066/2014); 23 enero, 4 y 18 marzo, 15, 22 y 29 abril, 12, 18, 20[2], 27 mayo, 10 y 25 junio, 2 [2], 15 y 24 julio, 24 [2] septiembre, 14 y 22 octubre, 25 noviembre, 3,16 y 23 [2] diciembre 2015 (Rec. 1874/2014, 11/2015, 241/2015, 421/2015, 422/2015, 569/2015, 633/2015, 632/2015, 543/2015, 555/2015, 631/2015, 867/2015, 961/2015, 960/2015, 1103/2015, 959/2015, 1079/2015, 1190/2015, 1228/2015, 1228/2015, 1242/2015, 1268/2015, 1716/2015, 1786/2015, 1787/2015, 1999/2015, 2043/2015) y 25 y 27 enero, 25 febrero, 31 marzo y 20 y 28 abril, 19 y 24 mayo y 2 junio abril 2016 (Rec. 2104/2015, 2176/2015, 2160/2015, 104/2016, 259/2016 242/2016, 104/2016, 964/2016 y 993/2016).

- d) los familiares de estas personas o de un trabajador residente en Suiza que esté cubierto por el seguro de enfermedad de este país.<sup>34</sup>.

La [interesada] no está incluida en ninguno de los cuatro supuestos anteriormente consignados. A este respecto hay que señalar que no está comprendida en el apartado a) ya que no está sometida a la legislación suiza pues según lo dispuesto en el Título II del Reglamento 1408/1971 del Consejo, ya que el artículo 13 la legislación aplicable se rige por las siguientes disposiciones:

- La persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado.
- La persona que ejerza una actividad por cuenta propia en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado.
- La persona que ejerza su actividad profesional a bordo de un buque que enarbole el pabellón de un Estado miembro, estará sometida a la legislación de este Estado.
- Los funcionarios y el personal asimilado estarán sometidos a la legislación del Estado miembro del que dependa la Administración que les ocupa.
- La persona llamada o vuelta a llamar al servicio militar o al servicio civil de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado.
- La persona a la que deje de serle de aplicación la legislación de un Estado miembro quedará sometida a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida.

La actora tampoco está comprendida en el apartado b), pues Suiza no es el Estado competente en materia de Seguro de enfermedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28, 28 bis o 29 del Reglamento 1408/1971.

---

<sup>34</sup> Sobre el supuesto reseñado precisamente en la letra d) cabría matizar la apreciación realizada, aun cuando solo fuera para considerar que bien pudiera no ser así en algunos Cantones, según cabe apreciar, ya desde la opción inicial del legislador helvético, en VIRET, B.: “Aseguradores privados y seguros sociales en Suiza”, *Revista Española de Seguros*, núm. 63, 1990, pp. 16 y 17. Sobre su complejo diseño, que se sostiene en el tiempo, COLOMBO, F.: *Towards more choice in social protection? Individual choice of insurer in basic mandatory health insurance in Switzerland*, París, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, 2001 o GREß, S.: “Competencia regulada en el seguro social de la salud: comparación en tres países”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, núm. 3, 2006, pp. 29 y ss. En este contexto es donde podrían tener sentido las afirmaciones del INSS en torno a que “el sistema suizo establece la obligación a suscribir un seguro de enfermedad, teniendo por lo tanto derecho a recibir asistencia sanitaria. El hecho de que la Seguridad Social establezca la suscripción de un seguro de enfermedad no implica, como señala en la sentencia el Magistrado de instancia, que la demandante no sea titular de derecho a la asistencia sanitaria. No se puede afirmar que un sistema que establece criterios diferentes a los regulados en el sistema español conlleve una denegación a la asistencia sanitaria, puesto que con la suscripción del seguro tiene derecho a recibir una asistencia sanitaria con una extensión y contenido como los que se establecen en el Régimen General. Existe además para estas situaciones un acuerdo con la Unión Europea que tiende a paliar el perjuicio económico que pueda conllevar, para ello se ha creado una reserva con la finalidad de que los pensionistas suizos que trasladen su residencia a España, suscriban un Convenio especial (Convenio especial para la cobertura de la asistencia sanitaria a emigrantes trabajadores y pensionistas de un sistema de previsión social extranjero que retornen a territorio nacional y a familiares de los mismos) y se afilien a la Seguridad Social española estableciéndose el abono de una cuota más reducida, sin perjuicio de continuar manteniendo el seguro suizo”, STSJ Asturias 26 abril 2016 (Rec. 507/2016).

Dichos preceptos se encuentran en el capítulo I del Título III que contiene las ‘disposiciones particulares para las diferentes categorías de prestaciones’ regulando el citado capítulo I las prestaciones de enfermedad y maternidad.

Dispone el apartado 1 del artículo 28 lo siguiente: ‘El titular de una pensión o de una renta debida en virtud de la legislación de un Estado miembro, o de pensiones o de rentas debidas en virtud de las legislaciones de dos o varios Estados miembros, que no tenga derecho a las prestaciones en virtud de la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside, disfrutarán, no obstante, de estas prestaciones, para él y para los miembros de su familia, siempre que pudiera tener derecho a las mismas en virtud de la legislación del Estado miembro, o al menos de uno de los Estados miembros competentes en materia de pensiones ‘habida cuenta, cuando procede, de lo dispuesto en el artículo 18 y en el Anexo VI”, si residiese en el territorio del Estado de que se trate’.

Aunque la [interesada] percibe una pensión de invalidez a cargo de la Seguridad Social suiza no consta acreditado que pudiera tener derecho a las prestaciones de enfermedad en virtud de la legislación de la Confederación Suiza, por lo que dicho Estado no es el competente en materia de seguro de enfermedad.

Por último, la actora no está comprendida en el apartado c) que se refiere a las personas que perciban prestaciones de desempleo del seguro suizo ni en el d) que se refiere a los familiares de estas personas o de un trabajador residente en Suiza.

Por lo tanto, en virtud del citado Acuerdo 21 de junio de 1999 la actora no está obligada a afiliarse al seguro de enfermedad suizo, sin que quede modificada tal conclusión por lo dispuesto en el apartado j) de la Sección A del Anexo II del Acuerdo, que se limita a prever la aplicación del punto 17 del protocolo final del Convenio de 13 de octubre de 1969, modificado por el Convenio complementario de 11 de junio de 1982. Dicho Convenio prevé la posibilidad de que los beneficiarios de pensiones de Seguridad Social suiza que residan en España puedan solicitar, mediante el pago de las cotizaciones pendientes, el percibo de prestaciones de asistencia sanitaria en especie en las mismas condiciones que los beneficiarios españoles<sup>35</sup>.

A raíz de tal argumentación –y como parcial novedad– se razona en aquel primer pronunciamiento que, por razones de derecho transitorio, al *thema decidendi* no le resulta de aplicación todavía el Real Decreto 1192/2012, de 3 agosto, pues en el mismo “no encontramos ninguna disposición que establezca la retroactividad de sus disposiciones”. Cuando ya no cabe negar la plena operatividad de tal disposición reglamentaria, se afirma sin ninguna duda que el panorama dibujado por su art. 3 es idéntico al establecido por el art. 2 D 2788/1967, de 16 de noviembre; en consecuencia, que el administrado –en el caso a conjugar casi siempre en femenino– “sigue teniendo derecho a la asistencia sanitaria en cuanto beneficiaria de su conyugue, pues nada se ha acreditado respecto a la pérdida de los requisitos para ello (convivencia con el titular, residencia en España, no realizar trabajo

---

<sup>35</sup> Con un detalle que llevaría a sopesar con mayor tiento tal afirmación, MAGALLÓN ORTÍN, M.: “La nueva regulación del Convenio de Asistencia Sanitaria a favor de emigrantes que retornan al territorio español y de pensionistas de la Seguridad Social suiza residentes en España”, *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, núm. 47, 1997, pp. 353 y ss.

remunerado alguno ni tener derecho por título distinto a recibir asistencia de la Seguridad Social en cualquiera de sus regímenes)".

### 3.2. El "patrón" de los pronunciamientos asturianos

Argumentando un nuevo motivo cualificado para no aplicar –como le recuerda y solicita el INSS– el criterio que había sentado en el precedente arriba relatado<sup>36</sup>, a saber, que en aquel la reclamación del derecho a la asistencia sanitaria lo realizaba el titular y en este la hace el familiar de un titular en calidad del beneficiario de la misma, la argumentación del TSJ de Asturias se ajusta al "modelo" en su momento confeccionado en el pronunciamiento-guía<sup>37</sup> y que luego reproducen sin variar un ápice cuantos le proporcionan continuidad<sup>38</sup>. En él, y tras enunciar el contenido del art. 100 TRLGSS/1974, ubica el supuesto debatido en su letra c), para así aplicar el art. 2.3 D. 2766/1967 –cuyo tenor igualmente vierte de manera íntegra– cuando constata que la actora vive con el titular del derecho y a sus expensas, no realiza trabajo remunerado alguno, ni percibe pensión ninguna superior al doble del salario mínimo interprofesional (con anterioridad al 15 noviembre de 1972 el literal legal aludía al cincuenta por ciento, lo cual provoca un notorio desajuste interno en la sentencia), y, por último, tampoco tiene derecho, por título distinto, a recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social en cualquiera de los Regímenes, "pues ni la suscripción de un seguro de enfermedad ni la de un convenio especial son equiparables a la titularidad de tal derecho en algún Régimen de la Seguridad Social".

En algún momento posterior, y únicamente a partir de haber invocado el INSS respecto a la aplicabilidad del art. 24 Reglamento 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, ha lugar a la recepción del literal sentado por el Tribunal de Justicia de Castilla y León<sup>39</sup>, para así proporcionar aval a su criterio asentando en el ordenamiento interno, al cual, por otra parte –en alguna ocasión en que se le requiere<sup>40</sup>–, confiere efectos *ex nunc* y no *ex tunc*.

Así cuando la administrada solicita que el reconocimiento se extienda desde el momento en que se vio privada de su condición y obligada a suscribir convenio especial, dado que la extinción no tuvo lugar por ninguna de las causas previstas en el art. 7.2 RD 1192/2012 (y además así lo recoge –recogía– con carácter excepcional el art. 57.3 Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y en todo momento cumplió los requisitos previstos para seguir siendo beneficiaria, la respuesta es negativa –y se reconoce como fecha de efectos la de solicitud de reconocimiento del derecho como beneficiaria de su conyugue–, al estimar que "el art. 3 de aquella norma se ocupa (...) de determinar los requisitos que han de cumplir las personas que quieran obtener la condición de beneficiarios, y el art. 7 los motivos de extinción de la condición de asegurado o de beneficiario, por lo que carecen de relación con lo aquí solicitado en orden a retrotraer los efectos del reconocimiento obtenido". En todo caso, advirtiendo sobre como "la privación de la condición de beneficiaria llevada a cabo por

<sup>36</sup> STSJ Asturias 24 febrero 2006 (Rec. 1272/2005).

<sup>37</sup> STSJ Asturias 24 mayo 2013 (Rec. 662/2013).

<sup>38</sup> SSTSJ Asturias 14 y 28 junio [2] 2013 (Rec. 886/2013 y 957/2013 y 978/2013); 14 y 21 febrero, 25 abril y 30 diciembre 2014 (Rec. 106/2014, 242/2014, 766/2014 y 2674/2014); 29 mayo y 26 junio 2015 (Rec. 818/2015 y 1170/2015), 26 abril [2] y 30 junio 2016 (Rec. 507/2016, 630/2016 y 1169/2016).

<sup>39</sup> STSJ Asturias 25 abril 2014 (Rec. 766/2014).

<sup>40</sup> Por ejemplo, SSTSJ Asturias 26 y 29 mayo 2015 (Rec. 1170/2015 y 818/2015).

la Entidad Gestora (...) supuso, de hecho, una extinción consentida [por la interesada] al suscribir convenio especial y dejar transcurrir un año hasta formular otra solicitud a cuya denegación se aquietó nuevamente”.

### 3.3. El razonamiento “eclectico” gallego y aragonés

Con notabilísima brevedad, el TSJ de Galicia, en las tres ocasiones que aborda la cuestión<sup>41</sup>, afirma el derecho del administrado al sopesar que el reconocimiento efectuado no vulnera lo dispuesto en el art. 2 D. 2766/1967 –en una–, ni lo previsto en el art. 3 RD 1192/2012 –en las otras dos–, pues reúne cuanto en ellos se demanda a efectos de su consideración como beneficiario del asegurado; “esto es [y siguiendo el literal de las más modernas], ser cónyuge de la persona asegurada, no ostentar la condición de personas aseguradas con base en el artículo 2.1.a) y tener residencia efectiva en España, sin que sea óbice a la consideración de beneficiario en el ámbito de la Seguridad Social Española el hecho de que sea preceptor de pensión a cargo de Suiza habida cuenta de que ello no implica que tenga cubiertos los servicios de asistencia sanitaria en España, sin soslayar que el hecho de que perciba pensión por Suiza no deviene sustento asaz para considerar que la situación del actor sea incardinable en el ámbito del apartado 3.a) del citado precepto del Real Decreto 1192/2012, pues no ostenta la condición de afiliado o pensionista en el sistema español de Seguridad Social que es al que se refiere el apartado 2.1.a) del citado Real Decreto, sin que tampoco se vulnere lo dispuesto en la restante normativa invocada por las Entidades Gestoras dada la condición de residente en España del demandante así como las demás circunstancias concurrentes, antes señaladas, al no evidenciarse que tenga derecho, por título distinto del que pretende, a recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social en cualquiera de sus Regímenes”.

Reminiscencia patente de la construcción asturiana (de cuyo parecer se hace eco literal en la última), pero de la cual expresamente se aparta –en la primera– para reconocer el derecho desde la fecha de la petición que postula en su escrito de la demanda, confiriendo al pronunciamiento efectos retroactivos a la data de la primera solicitud.

Por su parte, el exhaustivo pronunciamiento del TSJ de Aragón<sup>42</sup>, tras reproducir el tenor del art. 2 y disp. adic. 2.1 RD 1192/2012, el punto 17 del Protocolo Final del Convenio Hispano-Suizo y los arts. 24 y 25 Reglamento 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, recoge el cuerpo de cuanto habían afirmado los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León/Valladolid, Asturias y Galicia para sentar que el interesado reúne los requisitos exigidos en la letra b) del art. 2.1 RD 1192/2012 en orden a ostentar la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud, “al no alcanzar sus ingresos el límite de 100.000 € anuales, sin que conste que tenga la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía”.

<sup>41</sup> SSTSJ Galicia 26 julio 2013 (Rec. 1116/2011), 11 noviembre 2014 (Rec. 3673/2013) y 18 febrero 2016 (Rec. 4734/2015).

<sup>42</sup> STSJ Aragón 29 abril 2015 (Rec. 206/2015).

#### **4. VALORACIÓN FINAL (CON UN DATO MÁS ALLÁ DE LAS ESTADÍSTICAS Y LA OPORTUNA REMISIÓN A LA STC 139/2016, DE 21 DE JULIO)**

Expuesto el problema y su solución judicial uniforme, cabría aventurar una valoración última construida a modo de retos en los que profundizar de futuro para aquilatar con más tiento tan sugerente información. Así convendría parar la atención en aspectos tales como los siguientes:

1º.- La eficacia de las instrucciones internas del INSS que, más allá de su valor jurídico, adquieren una transcendencia práctica capaz de provocar una litigiosidad “en masa” cuya justificación última cabría poner muchas veces en cuestión<sup>43</sup>; en particular en situaciones como la analizada, donde se parte expresamente de resoluciones denegando la asistencia sanitaria por haber obtenido una pensión en Suiza “independientemente del importe” de la misma, para afectar –según ha cabido comprobar– a personas cuyas pensiones son muchas veces “testimoniales” y apenas si dan para cubrir el convenio especial al cual se invita al interesado; mucho menos para satisfacer un seguro privado o acudir a una caja o seguros suizos, cuyo coste medio se eleva a 400 francos/mes.

2º.- Con unas cifras que de manera patente muestran como la interpretación efectuada por la Entidad Gestora presenta una incidencia abrumadoramente mayoritaria sobre las mujeres, cabría analizar si tal actuación aparentemente neutral –e incluso destinada a servir a un interés público legítimo– no deja de constituir una discriminación indirecta por razón de género.

3º.- Amén de un mejor conocimiento del seguro de enfermedad suizo (variable además según Cantones), que otorgaría sentido pleno a una argumentación jurídica en exceso genérica a la hora de fundamentar la obligatoriedad o no de su suscripción, sería menester abordar, igualmente, un estudio más acabado y actual de los Acuerdos de Suiza con la Unión Europea en este punto, así como su incidencia sobre el Convenio Hispano-Suizo y la eventual remisión final –o no– al ordenamiento español. La notable, y primera, aproximación del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid queda anclada en los Acuerdos de 2002 y, desde luego, realiza afirmaciones sobre el ordenamiento helvético que exigirían adecuada ponderación para comprender la dimensión final de su contenido.

4º.- Conocedores de los datos estadísticos del movimiento emigratorio a Suiza y su retorno, y tratándose de unas instrucciones generales (que, por otra parte, coinciden con el contenido de la Guía oficial utilizada en las Direcciones Provinciales de la TGSS), sorprende la marcada localización de estos pleitos. Descartando de antemano un distinto criterio o un menor celo inspector en otras Comunidades Autónomas con un contingente de afectados similar (salvo Galicia, aun cuando en este ámbito territorial solo se conocen tres supuestos que hayan llegado al Tribunal Superior de Justicia), cabría afirmar una doble hipótesis: de un lado, y a la vista de los nombres de los letrados que intervienen, la “especialización” de algunos en el seguimiento de estos casos, habiendo encontrado argumentos que convencen más que el administrativo; de otro, y como consecuencia, que su difusión hará que, o bien aumenten exponencialmente los pleitos, o bien deba variar el parecer “oficial” de la Administración.

---

<sup>43</sup> En tal sentido, la advertencia, tiempo ha pero en términos muy contundentes, de ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 14 ed., Madrid, Civitas, 1995, p. 377.

5°- Ni qué decir tiene, procedería una reflexión más acabada sobre la extensión subjetiva de la prestación de asistencia sanitaria (y, a su calor, de la propia Seguridad Social), así como resaltar la imperiosa necesidad para todos de incorporar el Derecho Internacional del Trabajo y de la Seguridad Social (Público –con especial atención al de la Unión Europea–, Privado y Comparado) a los programas oficiales y personales de formación.

Habiendo puesto de relieve el valor de importancia de este conocimiento específico y especializado *ratione materiae*, baste remitir, para comprender la importancia de aquel aspecto estructural en el Sistema Nacional de Salud, a un reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional<sup>44</sup>, donde tanto el criterio mayoritario convertido en sentencia, como los Votos Particulares, permiten descubrir un debate vivo que merecerá sin duda múltiples comentarios, pero al cual se invita al lector, no en vano allí se localizan algunas claves de cuanto aquí se ha pretendido poner de relieve.

---

<sup>44</sup> STC 139/2016, de 21 de julio (Rec. 4123/2012).



Las mutuas no deberían ser entidades de Derecho Público.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala  
Contencioso-Administrativo), de 1 de junio de 2016

---

“Mutuas” should not be public law Entities. Commentary on the  
decision of the Supreme Court (Administrative Litigation  
Chamber) of 1 June 2016

JORDI GARCÍA VIÑA

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE BARCELONA*

**Resumen**

Las Mutuas, para seguir prestando los servicios de gran calidad que ofrecen, necesitan: 1. Plena autonomía gestora y de gobierno, especialmente en lo que se refiere a la libre competencia, para mejorar los servicios que ofrecen a los empresarios y a los trabajadores y ser más eficaces, con lo que se consigue mayor retorno a la sociedad. 2. Los verdaderos protagonistas deben ser los empresarios asociados, por lo que es necesario incentivar su participación, introduciendo elementos de transparencia y buen gobierno y clarificando las reglas de gestión del patrimonio histórico. 3. Aspectos económicos, especialmente en relación a los resultados económicos, excedentes, fondos de contingencias profesionales y regeneración del patrimonio histórico.

**Abstract**

Las “mutuas”, to continue providing high quality services they offer, need: 1. Full management and government autonomy, especially with regards to competition, to improve the services offered to employers and workers and be more effective, bringing greater benefit to society. 2. The real protagonists should be associated employers, so it is necessary to encourage their participation, introducing elements of transparency and responsible governance and clarifying the rules of management of “patrimonio histórico”. 3. Economic aspects, especially in relation to economic performance, surplus, professional contingencies funds and regeneration of “patrimonio histórico”.

**Palabras clave**

Mutuas, Público, Privado, Empresas

**Keywords**

Mutuas, Public, Private, Companies

**1. ANTECEDENTES DE HECHO**

Esta sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto por FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, número 61, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 2 de julio de 2014, que había estimado parcialmente el recurso presentado frente a la Resolución de 8 de junio de 2012, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se ordenaba a FREMAP el cumplimiento de los criterios sustentados por la Intervención General de la Seguridad Social en relación a la auditoría practicada sobre las operaciones del ejercicio económico de 2006. Esta resolución exigía el reintegro a la Seguridad Social, con cargo a su patrimonio histórico, del importe de 8.450.682,42 euros correspondientes a retribuciones indebidas a colaboradores en la administración complementaria de la directa, además de otros importes por conceptos distintos, no cuestionados.

La sentencia de la Audiencia Nacional, de 2 de julio de 2014, en relación a las retribuciones indebidas a colaboradores que realizan gestiones administrativas distintas de la

cumplimentación y presentación de documentos de cotización, principal cuestión jurídica discutida, utilizando los mismos criterios que en la sentencia de la propia sala de 27 de octubre de 2010, establece la siguiente argumentación.

La Orden de 18 de enero de 1995 por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 41/1994, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1995, estableció el límite del 2 % a la contraprestación a satisfacer por los servicios de administración complementaria gestionados por terceros; límite que la DA cuarta del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, conservó, salvo para la contraprestación relativa a la gestión de incapacidad temporal, que se estableció en un 1 %.

Posteriormente, el Real Decreto 2023/1998, de 25 de septiembre, estableció la obligatoria incorporación al sistema de remisión electrónica de datos (RED), de quienes en nombre de los sujetos responsables gestionen los documentos de cotización, y determinando que la incorporación a este sistema será determinante para la percepción de la correspondiente contraprestación. Además, reguló la competencia del Ministerio de Trabajo para establecer la percepción de un porcentaje mínimo de dicha contraprestación en el caso de que no se incorporen al sistema las personas que gestionen documentos de cotización en representación del sujeto responsable.

Por dicha razón, la Orden de 26 de mayo de 1999 por la que se desarrolla el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, al precisar la incidencia de la incorporación al sistema RED sobre la contraprestación de servicios de gestión administrativa por parte de terceros estableció el límite de la contraprestación a satisfacer a quienes quedaron obligados a incorporarse al sistema RED, esto es, los que gestionen documentos de cotización, señalando el límite en el 3 %, si cumplen con la obligación de incorporarse al sistema, o en el 1 %, si no cumplen con dicha obligación.

Este régimen se mantuvo posteriormente en el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, así como en la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, que lo desarrolla.

Finalmente, la Orden TAS/3859/2007, de 27 de diciembre, por la que se regula la contraprestación a satisfacer por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social por los servicios de administración complementaria de la directa, deroga la regulación contenida en la Orden de 2005 y exige la incorporación al sistema para percibir la correspondiente contraprestación.

## **2. HECHOS PROBADOS**

El informe de auditoría, origen del conflicto jurídico analizado por la sentencia, establece que se debe considerar como no asumible por el Sistema de la Seguridad Social el importe de 8.287.840.15 euros, abonado por FREMAP en el ejercicio de 2006 ya que en este ejercicio auditado FREMAP ha registrado el devengo de las retribuciones a abonar a los

colaboradores que realizan otro tipo de gestiones de índole administrativa distintas de la cumplimentación y presentación de documentos de cotización; importe equivalente al 2 % de las cuotas gestionadas por los mismos. De la misma manera, tampoco se ha facilitado por la Mutua ningún tipo de documentación soporte que permita comprobar el adecuado devengo del 1 % que les correspondería de acreditarse la realización de las gestiones establecidas para ello.

Tras ese informe provisional se reclamó a FREMAP la justificación de las gestiones realizadas por esos colaboradores, sin aportar la Mutua ninguna documentación asegurando que las gestiones se realizaban por correo electrónico, llamadas telefónicas y otro tipo de gestiones que no aporta, justificándose en aplicación del principio de economía y simplificación administrativa.

Ante esa falta de justificación por la Mutua, elevado informe definitivo de auditoría en los mismos términos, se dictó la Resolución de 8 de junio de 2012, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social por la que se ordenaba a FREMAP, el cumplimiento de los criterios sustentados por la Intervención General de la Seguridad Social, en relación con la auditoría practicada sobre las operaciones del ejercicio 2006, con reintegro, con cargo a su patrimonio histórico, del importe de 8.450.682,42 euros correspondientes a retribuciones indebidas a colaboradores en la administración complementaria de la directa, además de otros importes por conceptos distintos, no cuestionados.

### **3. OBJETO PRINCIPAL DE LA CONTROVERSIA**

El objeto principal de la controversia se puede resumir en las siguientes dos posiciones.

- Para la Administración, la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, permitía retribuir la colaboración hasta un 3 % si los colaboradores se hubiesen incorporado al sistema RED; de no hacerlo la retribución sólo podría alcanzar el 1 %. Este porcentaje también debía aplicarse en el caso de los colaboradores que realizan otro tipo de gestiones de índole administrativa distintas de la cumplimentación y presentación de documentos de cotización (a estas personas FREMAP había abonado el 2 % de las cuotas aportadas por aquellos asociados respecto de los que realizaban gestiones).
- Para FREMAP, esta Orden no suponía, en ningún caso, la minoración de los porcentajes a abonar a aquellos que continuaban llevando a cabo gestiones administrativas para la Mutua, diferentes de la tramitación de los citados documentos de cotización, permaneciendo su régimen inalterado hasta la Orden TAS/3859/2007, de 27 de diciembre. Por lo tanto, era factible la retribución del 2 % siempre que se estuviesen realizando gestiones administrativas por el colaborador.

Además, FREMAP entiende que la sentencia de la Audiencia Nacional habría ido más lejos que la Resolución administrativa impugnada, ya que pese a aceptar que con la prueba pericial se había demostrado la realización de gestiones administrativas por cuenta de las empresas que dichos colaboradores tenían asignados, distintas de la presentación de los documentos de cotización, no había reconocido ni tan siquiera el procedente devengo y

abono de al menos el 1 % de las cuotas de los asociados respecto a los que realizaban gestiones; teniendo en cuenta que este mínimo porcentaje de retribución se admitía por la propia Administración en el informe de auditoría y por ende en la Resolución.

#### **4. RÉGIMEN DE RETRIBUCIÓN DE LOS COLABORADORES QUE NO UTILIZAN EL SISTEMA RED**

Esta sentencia, citando sentencias del propio Tribunal Supremo, como la de 4 de mayo de 2009, 24 de julio de 2012, 16 de octubre de 2012 o 21 de diciembre de 2012, así como reiterando doctrina de la Audiencia Nacional, como la sentencia de 27 de octubre de 2010 o la propia frente a la que se presenta el recurso, determina claramente que no existe duda alguna de que el régimen de retribución a los colaboradores que no utilizan el sistema RED es, como máximo, del 1 % de las cuotas recaudadas por contingencias profesionales, y así resulta de la evolución de las distintas Órdenes Ministeriales.

Hay que tener en cuenta, que aunque no los utilice expresamente, la Audiencia Nacional también había utilizado como argumentos que la Orden de 2005 no distinguía en razón de las funciones realizadas por el colaborador y que había establecido “un régimen transitorio”, un “periodo razonable para la incorporación y, al propio tiempo, se fomentaba la incorporación al sistema, pues en caso de no incorporarse al mismo la retribución sería del 1 %”, por lo que había derogado tácitamente la retribución del 2 % establecida en 1995.

De la misma manera, en relación a la Orden de 2007 expresa que manteniendo la no distinción de las funciones realizadas por el colaborador, como ya sucedía en la norma de 2005, “lo que está haciendo es derogar el sistema transitorio de retribución del 1 % establecida en la Orden de 2005, confirmando la derogación tácita del 2 % ya realizada por la Orden TAS/1562/2005”.

#### **5. ACREDITACIÓN DE REALIZACIÓN DE GESTIONES ADMINISTRATIVAS**

El Tribunal Supremo entiende que, a pesar de determinadas afirmaciones de la Audiencia Nacional, era totalmente legal la retribución del 1 % a los colaboradores de la Mutua FREMAP que realizan otro tipo de gestiones de índole administrativa distintas de la cumplimentación y presentación de documentos de cotización.

Estas gestiones pueden dar lugar a la correspondiente compensación, ya que según el art. 5.1 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, que excluye de la consideración de operación de lucro mercantil, la utilización por estas entidades, como complemento de su administración directa, de los servicios de terceros para gestiones de índole administrativa distintas de las de mediación o captación de empresas, sin introducir restricción alguna a las gestiones más allá de la explícita de no ser gestiones de mediación y captación de empresas.

Por esta razón, entiende, estarían incluidas entre esas otras gestiones, como las relativas a accidentes de trabajo e incapacidad temporal por contingencia común, entre otras.

De la misma manera, asegura que la Orden de 2007 mantiene el mismo esquema puesto que, sobre aplicación a terceros que no utilicen el Sistema RED, admite que cuando los profesionales y demás personas no se hallen incorporados o no hagan uso efectivo del Sistema RED, los servicios de gestión administrativa que lleven a cabo podrán dar lugar,

únicamente hasta el 31 de diciembre de 2008, a la contraprestación prevista en dicho artículo, si bien con el límite máximo, incluidos los impuestos que en su caso procedan, del 1 % de las cuotas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales pagadas por las empresas asociadas a las Mutuas respecto de las que aquéllos realicen gestiones.

De donde resulta evidente, concluye, que también en esta Orden se sigue admitiendo la retribución máxima del 1 % para todos los colaboradores que realicen los servicios de gestión administrativa, sin distinguir entre los mismos, ni requerir inexcusablemente que incluyan entre dichos servicios que, al menos, se cumplimenten y presenten documentos de cotización en representación de los sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar.

## **6. RETRIBUCIONES DEVENGADAS O PAGADAS**

En cuanto a la determinación de si las cantidades devengadas por los colaboradores de administración complementaria habían sido efectivamente pagadas, y a la cuestión de que el reintegro procedería tan sólo sobre las cantidades efectivamente abonadas a aquellos cuya retribución se considera improcedente, denominados en la contabilidad de la Mutua recurrente Cartera tipo E, la sentencia de la Audiencia Nacional concluye que es la Mutua la que debe acreditar que parte de los 9.094.064,25 euros corresponde a las Claves C y D.

Entiende la Audiencia Nacional que la técnica utilizada por el perito que elude analizar la contabilidad y documentación de la empresa para lo que fue expresamente autorizado y sin impugnación de las partes, no es adecuada. No siendo razonable pretender que ante la insuficiencia del fichero aportado, se impute parte de los costes originados al sistema de Seguridad Social, ya que la causante de la situación de falta de claridad es la Mutua y dispone o debe disponer de elementos contables suficientes para acreditar con exactitud, de existir, la cantidad divergente entre "importes devengados" y gastos.

El Tribunal Supremo, admitiendo la doctrina de la Audiencia Nacional y siguiendo su propia opinión emitida, entre otras, en la sentencia de 13 de noviembre de 2012, establece que es la forma en que la Mutua lleva su contabilidad, lo que hace imposible determinar que parte de las retribuciones devengadas por los distintos tipos de colaboradores habían sido efectivamente pagadas.

Ante esta situación, que no puede ser entendida como algo que pertenezca al núcleo de la pericia, como hizo el perito judicial al aplicar el art. 1174 del Código Civil, como criterio de imputación de pagos, sino en relación a la forma de distribuir la carga de la prueba, hay que resolver con base en el principio de facilidad probatoria, regulado en el art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En conclusión, es la Mutua la que corre con la carga de probar el uso correcto de los fondos públicos de los que es gestora.

## **7. ACREDITACIÓN DE LAS GESTIONES ADMINISTRATIVAS REALIZADAS POR LOS COLABORADORES**

La sentencia se plantea si la Mutua ha acreditado debidamente las gestiones administrativas realizadas por los colaboradores de la denominada cartera tipo E, es decir,

aquellos que realizan otro tipo de gestiones de índole administrativa distintas de la cumplimentación y presentación de documentos de cotización.

Para analizar este motivo, el Tribunal Supremo entiende que es preciso recordar que le corresponde a la Mutua acreditar el uso correcto de los fondos públicos, según disponen los artículos 15 y 16 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre.

Este fue precisamente, según el propio Tribunal, el incumplimiento, que detectado por la auditoría, sustenta la decisión administrativa de reintegro en cuanto a estos colaboradores, y así, en el informe de auditoría se justifica que “la procedencia del ajuste viene determinado por el hecho de que la Mutua no haya aportado justificación alguna de que los colaboradores afectados realicen las gestiones por las que supuestamente se les retribuye, extremo éste confirmado por la Mutua en sus alegaciones y que pretende justificar en aplicación del principio de economía y simplificación administrativa”.

Entiende el Tribunal que se pretende justificar por la Mutua con el informe pericial la realización de gestiones por los colaboradores a que se refiere el reparo, pero esto es algo que se debió justificar y acreditar ante la Administración, en el curso de la auditoría. Cuando fue requerida, se limitó a dar unas explicaciones genéricas y vagas que suponen el incumplimiento de la obligación de acreditar lo requerido.

Por tanto, es manifiesto el incumplimiento de la Mutua de la obligación de puesta a disposición de la Administración de la información y documentación acreditativa de documentación que demostrara la efectividad de la gestión en 2006 por los colaboradores a que se refiere el reparo, aquellos que realizan gestiones administrativas sin cumplimentación y remisión de los boletines de cotización. Y este incumplimiento no se puede sustituir ahora con la prueba pericial que se practicó en el proceso, que no tiene por objeto constatar si fue suficientemente representativa de las gestiones realizadas la acreditación del reparo que en el procedimiento de auditoría se hiciera por la Mutua, sino que sea el perito quien examinando los datos que le facilite la Mutua, si están acreditadas las gestiones realizadas.

A mayor abundamiento, concluye el Tribunal Supremo antes de desestimar la petición de la Mutua, el perito desarrolla su labor sobre la base de una documentación absolutamente insuficiente, ya que no examina los soportes documentales acreditativos de las gestiones realizadas, que es lo que debió aportarse en el expediente sino una base de datos propiedad de la Mutua, que sólo refleja una serie de datos de obligada constancia respecto a las contingencias profesionales, pero nada acredita sobre quién realiza las gestiones, de manera que la conclusión de que fueran realizadas por los colaboradores a que se refiere el reparo carece del soporte documental exigido.

## **8. INFORME ANUAL DE CUENTAS**

Sostiene la Mutua la nulidad de la Resolución administrativa alegando que en el Informe Anual de Cuentas del ejercicio 2006, la Administración no efectuó objeción alguna, por lo que entiende que los reparos suscitados dos años después son nulos de pleno derecho, al infringirse el art 34.2 del Real Decreto 706/1997, de 16 de mayo, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Seguridad Social.

En cambio, el Tribunal Supremo entiende que el control financiero tiene por objeto comprobar que la gestión económico-financiera de la Mutua se adecua a los principios de legalidad, economía, eficiencia y eficacia, así como promover la mejora de las técnicas y procedimientos de gestión económico-financiera, a través de las propuestas que se deduzcan de los resultados del mismo, siendo los informes que puede realizar provisionales y definitivos.

Según el Tribunal, el precepto aludido se limita a establecer que el informe elaborado tendrá carácter provisional y se remitirá por el órgano que haya efectuado el control, al gestor directo de la actividad controlada para que, en el plazo máximo de quince días desde la recepción del informe, formule las alegaciones que estime oportunas o manifieste su conformidad, añadiendo que en el caso de existir deficiencias admitidas por dicho órgano gestor, éste indicará las medidas necesarias y el calendario previsto para solucionarlas. Por lo tanto, del mismo no se alcanza la vinculación impositiva en ulteriores actuaciones de control financiero.

Finalmente, concluye que el denominado control financiero es más amplio que la realización de la auditoría anual de cuentas. Así, el control financiero comprende la realización de la auditoría anual de cuentas, pero, además, debe verificar la situación y funcionamiento de su gestión en el aspecto económico financiero para verificar que se acomodan a los principios de buena gestión financiera y a las disposiciones y directrices que las rijan, así como la verificación de la eficacia y eficiencia; de aquí la necesaria elaboración de los informes provisionales y definitivos.

## **9. RETRIBUCIONES ABONADAS A AGENTES DE SEGUROS**

El informe de la auditoría determina que la Mutua ha abonado retribuciones a 25 colaboradores que son agentes de seguros, por lo que entiende que deben considerarse no asumibles por el Sistema de Seguridad Social.

En relación a esta cuestión, el Tribunal Supremo, en aplicación del art. 5 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, y reiterando sentencias del propio Tribunal, entre las que cabe destacar la de 16 de octubre de 2012 y 13 de noviembre de 2012, entiende que la exclusión que la normativa recoge viene dada, no tanto por un criterio subjetivo, sino por un objetivo, cual es el que los colaboradores realicen actividades dirigidas a la mediación o captación de empresas asociadas o trabajadores adheridos.

Puesto que consta, según el Tribunal, que 25 de los colaboradores son agentes de seguros, lo procedente con arreglo a las máximas de la experiencia y salvo prueba en contrario es entender que realizan actividades de mediación.

## **10. RETRIBUCIONES A COLABORADORES PENSIONISTAS**

Finalmente, respecto a los dos colaboradores pensionistas de invalidez absoluta permanente, y reiterando su jurisprudencia recogida en la sentencia de 21 de septiembre de 2011, entiende que la percepción de la pensión de jubilación puede ser compatible con el ejercicio de una actividad profesional en determinados casos, por lo que no procede el reintegro.

## 11. CONCLUSIONES

El actual régimen jurídico de las mutuas, regulado en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, cuyas principales modificaciones provienen de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, y a la espera de desarrollo reglamentario, soluciona cuestiones como las planteadas en esta sentencia, sino que va claramente en contra del incremento de la calidad en la prestación de servicios por parte de las mutuas.

No hay que olvidar que más de 1.500.000 empresas en España, en la que prestan servicios más de doce millones de trabajadores, están protegidas por las mutuas. Además, las empresas, a través de las mutuas, pagan anualmente rentas sustitutivas o prestaciones especiales a casi 3.000.000 de trabajadores cuando no han podido acudir al trabajo o ante situaciones de especial necesidad, por importe de más de 4.800 millones de euros y se realizan casi 17 millones de actos médicos anuales.

Asimismo, las empresas destinan más de 11.300 millones de euros al año cubrir las obligaciones frente a los accidentes y enfermedades laborales y no laborales. Así mismo, cada año se ahorran más de 10.600 millones de euros a la Seguridad Social y a las empresas, consiguiendo grados de competitividad, sin menoscabo alguno de los derechos de los Trabajadores. Finalmente, a través de las mutuas, en los últimos 10 años, las empresas han contribuido a dotar los Fondos de la Seguridad Social con casi 19.300 millones de euros, que se está destinando al pago de pensiones.

Por estas razones, incrementar al máximo el grado de intervencionismo de la Administración en unas asociaciones privadas de empresarios, convirtiéndolas, de hecho, en públicas, no es una buena solución, ya que para modelo público la Administración ya tiene al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Además, seguir utilizando el patrimonio histórico de las mutuas para realizar los correspondientes ajustes puede suponer, especialmente después de la última reforma, puede tener como consecuencia la necesidad de derramas entre las empresas asociadas a las mutuas, a pesar de todas las aportaciones que han venido haciendo a la Seguridad Social con cargo a la gestión de las mutuas. No tiene sentido atribuir toda la responsabilidad a las empresas, a pesar de que los empresarios no tienen margen de decisión alguno sobre las mutuas.

# Reposición de la prestación por desempleo percibida durante un ERTE (a propósito de la STS 3 MARZO 2016)

## The restitution of unemployment benefit received during an ERTE (concerning the STS of 3rd MARCH 2016)

PILAR CHARRO BAENA

*PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
ACREDITADA A CATEDRÁTICA  
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS*

SERGIO GONZÁLEZ GARCÍA

*PROFESOR VISITANTE DOCTOR  
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS*

### Resumen

La sentencia que se comenta aborda la cuestión de la reposición de la prestación por desempleo a quienes, tras haberla percibido durante un ERTE, ven extinguidos posteriormente sus contratos de trabajo mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno de un concurso voluntario. Aunque el Tribunal Supremo desestima el recurso para la unificación de doctrina, por entender que entre la sentencia recurrida y la de contraste no concurren las identidades exigidas para este recurso extraordinario, repasa –y, en cierta forma reitera– la doctrina vertida en un supuesto similar y que, en suma, admite que un mínimo desfase en la extinción del contrato de trabajo respecto a los límites temporales en los que la norma impone que deben producirse las extinciones, no impide la referida reposición.

### Abstract

The judgement addresses the restitution of unemployment benefit to employees to whom, after receiving it during an ERTE are affected later on by the extinction of their employment contracts because of an order issued by the Court of Commerce due to voluntary insolvency. Although the Supreme Court rejects the appeal in cassation for unification of doctrine because it understands that there is no identity between the appealed judgment and the contrast judgment –required for the special appeal–, the Court follows previous doctrine in a similar case which admits that a minimum time lag between the termination of the employment contract and the temporal limits established according to the law does not prevent said restitution.

### Palabras clave

Prestaciones de desempleo. Expediente Regulator de Empleo Temporal

### Keywords

Unemployment benefits. Record of Temporary Employment Regulation

## 1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

D. David había percibido, y consumido, 257 días de prestación por desempleo durante los años 2010 y 2011 al haber sido afectado por diversos expedientes de suspensión de su contrato de trabajo tramitados por la empresa Telesco, S.A. para la que prestaba servicios. Con posterioridad a ello, en virtud de un expediente de despido colectivo iniciado por la misma empresa, se extinguieron la totalidad de los contratos de trabajo, mediante auto del Juzgado Mercantil de Barcelona de 2 de enero de 2013. Con tal motivo solicitó al Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) la reposición de los días de prestación de desempleo que había consumido con motivo del ERTE. El SPEE le reconoce una reposición en las prestaciones de desempleo de 180 días, de los 257 que había percibido con anterioridad: desde el 11 de enero al 10 de julio de 2013. El 10 de abril de 2013 se le comunicó propuesta

de modificación de prestaciones, teniendo como consumidos los días que percibió desempleo por el ERTE. Por resolución de 8 de mayo de 2013, se modificó la prestación de desempleo y se repusieron los días de ERTE que percibió en 2012 (151 días). D. David interpuso reclamación previa frente a esta resolución. Un año después, el Juzgado de lo Social número 28 de los de Barcelona dictó sentencia el 26 de mayo de 2014, autos número 913/2013, desestimando la demanda formulada con motivo de la referida prestación de desempleo y absolviendo a la parte demandada. Interpuesto recurso de suplicación por D. David, la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, dictó Sentencia de 12 de noviembre de 2014 (rec. 4721/2014) estimándolo y declarando el derecho del demandante a percibir la prestación contributiva por desempleo durante 643 días, con fecha de inicio el 11 de enero de 2013, sobre la base reguladora y las cuantías fijadas en vía administrativa, sin imposición de costas.

El SEPEE interpuso recurso de casación para la unificación de la doctrina fundado en la contradicción en la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 16 de julio de 2014 (rec. 1352/2014).

## **2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL**

La STSJ Cataluña de 12 de noviembre de 2014 declara el derecho del demandante a percibir la prestación contributiva por desempleo durante 643 días, con fecha de inicio 11 de enero de 2013, sobre la base reguladora y cuantía fijadas en la resolución administrativa. En esta sentencia se afirma que el hecho de que los períodos de suspensión del contrato de trabajo correspondientes a los años 2010 y 2011 no estén encuadrados en el período a que se contrae el artículo 16.1 a) de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, no resulta óbice necesario para el reconocimiento del derecho a la reposición de los días consumidos en aquél período, pues la no correspondencia entre los períodos consumidos y la fecha de extinción de la relación laboral (el 2 de enero de 2013) se debe a que el auto se dictó dos días después del límite temporal establecido en el artículo 3 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, modificado por la Ley 35/2010: las resoluciones administrativas o judiciales que autoricen las suspensiones o reducciones de jornada debían producirse entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2010, ambos inclusive; y el despido o la resolución administrativa o judicial que autorice la extinción, entre el 8 de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2012. La administración concursal había solicitado la extinción de los contratos de trabajo de los empleados de la empresa el 28 de noviembre de 2012, antes de la fecha de referencia para la reposición de los días consumidos en el período 2010/2011, esto es, el 31 de diciembre de 2012. Aunque el auto sea posterior, se razona que la no correspondencia en 2 días no puede constituirse en un obstáculo insalvable al derecho de la demandante a la reposición de la prestación de desempleo.

Es cierto que la STSJ de Cataluña de 16 de julio de 2014, resolvió en sentido contrario. En ese supuesto concreto, el actor había venido prestando sus servicios para la empresa Nacional del Motor, S.A. y se había visto afectado por tres ERTES (dos en 2009 y uno en 2011), habiendo consumido un total de 126 días de prestación por desempleo. La extinción de su contrato de trabajo (por causas económicas) se produjo el 31 de marzo de 2013 y el reconocimiento de su prestación por desempleo, por resolución de 5 de abril de 2013, por el periodo de 5 de abril de 2013 a 28 de noviembre de 2014, aplicando los 126 días consumidos. A diferencia de la sentencia de referencia, en este caso se afirma que,

extinguido el contrato el 31 de marzo de 2013, la reposición de las prestaciones de desempleo debe limitarse a las percibidas durante la suspensión del contrato durante el año 2012, excluyéndose las correspondientes a los años 2009 a 2011.

La principal diferencia entre una y otra sentencia se encuentra en la fecha del auto que determina la extinción del contrato: en la sentencia recurrida, el 2 de enero de 2013; en la sentencia de contraste, el 31 de marzo de 2013. Mientras que este último se dicta tres meses después de la fecha límite (31 de diciembre de 2012)<sup>1</sup>, en la sentencia recurrida sólo hay dos días de diferencia y, en estos casos, se razona que «la no correspondencia en dos días no puede constituirse en un obstáculo insalvable al derecho pretendido por la demandante, máxime cuando el legislador ha venido ampliando los límites temporales para permitir su aplicación».

En la sentencia objeto de análisis se replantea una cuestión que en su día ya se abordó por la STS de 16 de diciembre de 2015, como motivo de recurso de casación para la unificación de la doctrina: el debate entre el tenor literal de la norma (STSJ de Cataluña de 11 de julio de 2014) y su espíritu (STSJ de Cataluña de 4 de noviembre de 2014). En aquella ocasión, prevaleció la primera interpretación y, en este caso, se resuelve en el mismo sentido.

### 3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

El ERTE supone una suspensión del contrato de trabajo o una reducción de la jornada por un tiempo limitado, en los términos previstos en el artículo 47 ET. Con esta medida se prioriza el mantenimiento del vínculo laboral frente a su extinción, permitiéndose al trabajador que perciba la prestación por desempleo para completar su salario (siempre que haya cotizado durante 360 días en los 6 años inmediatamente anteriores)<sup>2</sup>. El objetivo final es la salvación de la empresa en situación de crisis y el mantenimiento del empleo; y para ello se articulan dos mecanismos: la reducción de cotizaciones del empresario; y la posible reposición de las prestaciones por desempleo del trabajador si finalmente no puede volver a su puesto<sup>3</sup>. No tendría sentido que el trabajador que ha soportado con cargo a sus prestaciones de desempleo las medidas de suspensión temporal no pueda recuperar su prestación si, posteriormente, ve extinguida su relación contractual por las mismas causas que dieron lugar al ERTE. Estaríamos ante una nueva forma de interconexión funcional responsable entre la política de empleo y la de Seguridad Social<sup>4</sup>.

Los trabajadores que –como sucede en la sentencia de referencia– hayan estado cobrando el desempleo en situación de ERTE tienen derecho a la reposición de la prestación con un límite máximo de 180 días, siempre que, una vez finalizada, el trabajador se reincorpore a la empresa y, posteriormente, sea despedido dentro del año siguiente. Así lo establece: el artículo 3 de la Ley 27/2009, cuando la suspensión o reducción de jornada se produce entre el 1

<sup>1</sup> Puede verse en este mismo sentido la STS de 16 de diciembre de 2015 (RJ 2015/6212), en la que la extinción del contrato de trabajo del demandante de prestaciones por desempleo se produjo el 2 de enero de 2013, por auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil, posteriormente citada en la STS de 5 de julio de 2015 (RJ 2016/2964).

<sup>2</sup> Vid. la STS de 18 de mayo de 2016 (RJ 2016/2785).

<sup>3</sup> Vid. BARCELÓN COBEDO, S.: “Solicitud y reposición de las prestaciones por desempleo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 32/2015, p.6.

<sup>4</sup> Así lo pone de manifiesto FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “La reposición de la prestación por desempleo: Art. 16 de la Ley 32/2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6/2012, p.3.

de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2010, ambos inclusive, y el despido o la resolución administrativa o judicial que autorice la extinción, entre el 8 de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2012; el artículo 16 del Real Decreto-ley 3/2012, siempre que la suspensión se haya realizado entre 1 de enero de 2012 y 31 de diciembre 2012 y el despido se efectúe como límite máximo el 31 de diciembre 2013; y el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/2013, siempre que la suspensión se haya realizado entre 1 de enero 2012 y 31 de diciembre 2013, ambos inclusive, y el despido se efectúe entre el 12 de febrero de 2012 y el 31 de diciembre de 2014.

La sentencia plantea una vez más el debate entre el principio de legalidad y el carácter público de los recursos utilizados; y la flexibilidad en la aplicación de los plazos en atención al propósito del legislador. El espíritu de la norma no es otro que evitar que el trabajador pierda su prestación por desempleo en aquellos casos en los que, confiando en una medida de flexibilidad interna (suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada) como alternativa al despido, finalmente acontece este último.

A nuestro parecer, cuando no se cumplen los plazos por un par de días, parece razonable que se entienda que la no correspondencia no es un obstáculo insalvable para obtener la restitución de la prestación. Y ello con más motivo si tenemos en cuenta la situación de crisis actual y la tendencia del legislador a ampliar los referidos plazos.

El artículo 41 CE establece el deber de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social «para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo». La Ley 27/2009 respondía este deber constitucional y, en su Exposición de Motivos, indicaba que el alcance de la medida objeto de análisis, dirigida a «mejorar la protección social de los trabajadores»: «Consiste en reponer la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores a los que se les haya suspendido su contrato de trabajo o reducido su jornada por un expediente de regulación de empleo y, posteriormente, se les extinga o suspenda el contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se trata, con ello, de favorecer también el mantenimiento de los contratos de trabajo a través de expedientes de regulación temporales, evitando con ello la destrucción de puestos de trabajo». En esta misma línea, el Real Decreto-Ley 1/2013 se dicta «con el fin de mantener y ampliar la protección por desempleo de los trabajadores afectados por suspensiones o reducciones de jornada, con extinción posterior del contrato de trabajo».

Una interpretación rígida de la norma iría en contra de su espíritu en aquellos supuestos límite en los que se ha pasado el plazo por un par de días. Como se indica en la STS de 16 de diciembre de 2015, «No se trata de alterar la Ley, sino de concordar diversas prescripciones de nuestro ordenamiento. Estamos lejos de querer forzar la literalidad de la norma o de ignorar los mandatos del legislador (a quien compete delimitar las situaciones de necesidad protegidas y el alcance de la protección). Se trata de reparar en la causa de la terminación del contrato de trabajo (mediante Auto judicial), en la naturaleza de los plazos que gobiernan la actuación de quien lo extingue (procesal, no civil), en las consecuencias de que se mantuviera la fecha formal de terminación contractual a todos los efectos (desmesuradas, al no existir fórmulas parciales de reposición de las prestaciones), en la seriedad de los procedimientos (ausente cualquier indicio de fraude o maniobra dilatorias por parte de empleador y trabajadores) y en la tendencia de las sucesivas normas que han venido regulando el caso (ampliando alcance de la reposición y plazos temporales)».

# La pérdida de visión como causa de incapacidad permanente parcial: El caso de los abogados (Comentario a la STS de 4 de mayo de 2016, nº rcud. 1986/2014)

## Loss of vision as a cause of permanent partial disability: The case of lawyers (Commentary on the STS of May 4, 2016, RCUd. No. 1986/2014)

CAROLINA GALA DURÁN

*PROFESORA TITULAR (ACREDITADA A CÁTEDRA) DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA*

### Resumen

En esta sentencia se plantea si la pérdida de visión total en un ojo es causa suficiente para calificar, en el caso de un abogado, su situación como una incapacidad permanente parcial. La respuesta es afirmativa, siguiendo el camino de otras sentencias que califican la pérdida de la visión como causa de incapacidad permanente total o gran invalidez.

### Abstract

This judgment arises if the total loss of vision in one eye is enough to qualify, in the case of a lawyer, your status as a permanent partial disability cause. The answer is yes, following the path of other judgments that qualify vision loss as a cause of permanent total disability or severe disability.

### Palabras clave

incapacidad permanente, pérdida de visión, abogacía

### Keywords

permanent disability, loss of vision, advocacy

## 1. SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA Y RECORDATORIO DE LOS CONCEPTOS BÁSICOS

Esta reciente e innovadora sentencia del Tribunal Supremo resuelve una cuestión interesante: en el caso de un abogado, ¿la pérdida de visión puede determinar el reconocimiento de una prestación por incapacidad permanente parcial? Y junto a ello, también resulta relevante el hecho de que tal cuestión llegue a resolverse vía recurso de casación para la unificación de doctrina, teniendo en cuenta que la doctrina tradicional de la Sala IV del Tribunal Supremo ha sido considerar que la materia de incapacidad permanente no es apta precisamente para dicha unificación, dada la dificultad de establecer la identidad necesaria –exigida en el artículo 219.1 de la LRJS– en un tema tan notoriamente casuístico.

Partiendo de ello, el concreto supuesto de hecho de la sentencia es el siguiente: un abogado, de alta en el régimen general de la Seguridad Social, sufrió un accidente de tráfico (de carácter no laboral), a resultas del cual sufrió unas lesiones que determinaron la pérdida total de la visión del ojo derecho. La correspondiente Dirección Provincial del INSS dictó una resolución señalando no haber lugar a declarar ningún grado de incapacidad permanente. Se interpuso la correspondiente demanda judicial, reclamándose la calificación como incapacitado permanente total y, subsidiariamente, como incapacitado permanente parcial.

Tanto el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona (sentencia de 14 de mayo de 2013) como el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sentencia de 14 de abril de 2014) desestimaron la pretensión del demandante, al entender que no se había producido una merma sustancial y jurídicamente relevante de la capacidad visual, al no haberse acreditado que la utilización de un solo ojo provocaba una mayor fatiga visual, como tampoco una pérdida de campo visual que afectase al desarrollo de su profesión, aun considerando unos criterios estéticos ajenos a los requerimientos intelectuales de la misma. Requerimientos, en definitiva, que no se objetivaban disminuidos en los porcentuales términos (33 por 100) que la norma impone atendiendo a la funcional minoración de la patología descrita.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en esta sentencia de 4 de mayo de 2016, le da la razón al recurrente, reconociéndole el derecho a ser declarado en situación de incapacidad permanente parcial, y el consiguiente derecho a percibir una indemnización a tanto alzado, a cargo del INSS-TGSS, equivalente a veinticuatro mensualidades de la base reguladora de la prestación por incapacidad temporal (al tratarse de un accidente no laboral, se tiene en cuenta la base de cotización por contingencias comunes).

A efectos meramente recordatorios, cabe señalar que, conforme a la disposición transitoria 26ª del TRLGSS/2015, hasta que no se desarrolle reglamentariamente el artículo 194, sigue vigente la redacción anterior a la prevista por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, y, en consecuencia, se entiende por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma. Habiéndose señalado por la jurisprudencia en torno a dicha definición que "... no cabe entonces llevar a cabo un análisis aislado de las lesiones que presente un trabajador, sino que las mismas han de proyectarse sobre las tareas habituales que el ejercicio de la profesión habitual comporta..." (STS de 21 de marzo de 2005, RJ 2005/5735).

En fin, también recordar que los requisitos exigidos legalmente para acceder a esta prestación, para el caso de un accidente no laboral, son: a) estar de alta o en situación asimilada al alta; y, b) no tener la edad prevista legalmente para acceder a la pensión de jubilación contributiva, salvo que no se cumplan los requisitos exigidos para acceder a la misma. Asimismo, cabe tener presente que el reconocimiento de este tipo de prestación no es causa de extinción de la correspondiente relación laboral (artículo 49 del TRET/2015) y, en consecuencia, es compatible con el trabajo.

## **2. EL DEBATE JURÍDICO: CUESTIONES PROCESAL Y MATERIAL**

Tal y como ya hemos adelantado, en esta sentencia se plantean dos cuestiones, una previa y procedimental, y otra sustancial o material.

### **2.1. La cuestión procedimental**

Teniendo en cuenta que la declaración de una persona en situación de incapacidad permanente se fundamenta en unas determinadas y concretas lesiones o reducciones y en las funciones laborales que aquélla desempeña, es fácil constatar la gran dificultad que surge

cuando se pretende cumplir el requisito previsto en el artículo 219.1 de la LRJS, esto es, la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y una sentencia de contraste.

De hecho, tal y como ya hemos señalado, la doctrina tradicional del Tribunal Supremo ha sido declarar que la materia de incapacidad permanente no es apta para la unificación de doctrina, dada la dificultad de establecer la identidad necesaria como consecuencia de su carácter eminentemente casuístico. Esa doctrina se recoge, entre otras, en la, ya citada, STS de 21 de marzo de 2005, donde se manifiesta que: "... es ciertamente difícil que en resoluciones judiciales en las que se valora la capacidad laboral de un operario en relación con las secuelas o enfermedades que presenta en un momento determinado y las concretas actividades de su profesión, pueda existir la identidad sustancial de situaciones que exige el artículo 217 LPL... Por eso la doctrina de esta Sala en la materia es reiterada y constante cuando sostiene que las decisiones en materia de invalidez permanente no son extensibles ni generalizables dado que, en principio, lesiones que son aparentemente idénticas pueden afectar a los trabajadores de distinta manera en cuanto a su incidencia en la capacidad de trabajo, especialmente si se trata de profesiones distintas o aun siendo iguales, cuando se desempeñan en situaciones diferentes. De ahí que no sea ésta una materia propia de la unificación de doctrina tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general...".

Sin embargo, esa doctrina ha tenido excepciones –pocas, dado que se consideran situaciones excepcionales– (así, SSTS de 3 de marzo de 2014 <rcud. 1246/2013>, 23 de diciembre de 2014 <rcud. 360/2014> y 10 de febrero de 2015 <rcud. 1764/2014>), y, precisamente para el Tribunal Supremo, la situación jurídica planteada en el caso que nos ocupa es una de ellas. Esas excepciones se producen cuando se trata de dos supuestos prácticamente idénticos de la misma profesión e iguales o mismas lesiones. Y en el supuesto de la sentencia objeto de comentario, el Tribunal Supremo entiende que esa identidad es evidente ya que ambas sentencias (STSJ de Cataluña de 14 de abril de 2014 como sentencia recurrida y STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2010, R<sup>o</sup> 2947/2010, como sentencia de contraste) se refieren a abogados de alta en el régimen general de la Seguridad Social y las lesiones son también prácticamente idénticas (pérdida de la visión del ojo derecho y pérdida de la visión central del ojo derecho).

## **2.2. La cuestión material**

Ahora bien, superado ese obstáculo procedimental previo, ¿qué lleva al Tribunal Superior de Justicia de Madrid primero (en el año 2010) y posteriormente al Tribunal Supremo (en 2016) a entender que la pérdida de visión total de un ojo en el caso de un abogado o abogada representa una disminución no inferior al 33 por 100 en el rendimiento normal para dicha profesión y da derecho a una incapacidad permanente parcial? Los argumentos son semejantes en ambas sentencias y también han sido parcialmente utilizados, como veremos más adelante, en otras sentencias en que, por el tipo de profesión desempeñada, la situación se califica como incapacidad permanente total.

En primer lugar, en relación con los argumentos recogidos en la STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2010, cabe señalar que:

a) El Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956 (Decreto de 26 de junio de 1956), ya derogado, tiene un mero carácter orientativo y, por tanto, no vincula al Juzgador/a, aunque se siga habitualmente.

Y, b) la pérdida casi total de la agudeza visual de un ojo, lógicamente conlleva fatiga visual y es esto precisamente lo que ha de examinarse en relación con una profesión como la de abogado, que depende, más que otras, total y exclusivamente de la vista, pues todas sus funciones (consulta y lectura de textos y documentos, redacción de escritos, etc.) la exigen de tal modo que no se puede prescindir ni un solo instante de ella, a lo que se ha de añadir que esa visión ha de ser de cerca, lo que exige posiblemente menos agudeza pero más intensidad y supone, en consecuencia, más facilidad también para la mencionada fatiga, obligando a descansos periódicos más o menos prolongados, que serán cada vez más frecuentes a medida que se desarrolla la jornada de trabajo, en la que no cabrá cambiar de función, porque toda ella depende de la visión, y en estas concretas circunstancias no se hace necesaria una pormenorización o relación comparativa entre las tareas de la profesión y la influencia porcentual del menoscabo o reducción de la capacidad, porque parece lógico entender que evaluada esa jornada en plenitud en relación con una misma actividad dependiente toda ella del sentido de la vista, ha de considerarse reducida lo suficiente como para reconocer una incapacidad permanente parcial.

Y, en segundo lugar, respecto a los argumentos que fundamentan la decisión del Tribunal Supremo, son varios, aunque bastante escuetos:

1º) En primer lugar, se señala que aplicando las tablas de la Escala de Wecker, método de medición de la agudeza visual habitualmente utilizado en España, la pérdida total de la visión del ojo derecho equivale a una limitación del 33 por 100, cifra que dicho sistema de medición atribuye a la incapacidad permanente parcial (24-36 por 100). Escala que es una herramienta de valoración indicativa y ofrece por ello valores aproximados, que han de completarse en cada caso con el análisis de la actividad habitual del trabajador.

2º) La doctrina tradicional de la Sala IV del Tribunal Supremo (entre otras, sentencias de 27 de enero y 23 de septiembre de 1986, 2 de abril de 1987 y 23 de enero de 1990), ha venido señalando que los supuestos específicos de incapacidad permanente establecidos en los artículos 37, 38 y 41 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956, aunque ya no están vigentes, se consideran como orientadores e indicativos para aplicar lo dispuesto en el artículo 194 del TRLGSS/2015, donde se definen los distintos grados de la incapacidad permanente. En esta línea, la ya mencionada STS de 21 de marzo de 2005, manifiesta que: "... ciertamente, el derogado art. 37 del Reglamento de Accidentes de Trabajo (Decreto de 22 de junio de 1956) establecía como causa de incapacidad permanente parcial "la pérdida de la visión completa de un ojo, si subsiste la del otro"; añadiendo que tales disposiciones carecen hoy de eficacia normativa, aunque puedan servir "de elemento orientador exclusivamente, a falta de otros instrumentos legales que regulen la materia...".

3º) También la doctrina del Tribunal Supremo (sentencias de 29 de enero de 1987 y 30 de junio de 1987) considera que la disminución de rendimiento que caracteriza la incapacidad permanente parcial debe valorarse no sólo atendiendo a lo que puede rendir objetivamente el trabajador afectado, sino atendiendo también a la peligrosidad o penosidad que comporta su actividad.

Y, 4º) teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal Supremo entiende que el recurrente se halla en situación de incapacidad permanente parcial, al conllevar su afectación visual (visión monocular) una reducción de su capacidad laboral para el ejercicio de las funciones de su profesión de abogado (entre otras, la consulta y lectura de textos y documentos, redacción de escritos, etc.), que si bien no impide llevar a cabo las tareas fundamentales de dicha profesión, sí ha de implicar una merma de su rendimiento laboral no inferior al 33 por 100, al tener que efectuarlas en condiciones manifiestamente desfavorables.

### **3. VALORACION DE LA SENTENCIA: LA PÉRDIDA DE VISIÓN COMO CAUSA DE INCAPACIDAD PERMANENTE**

La sentencia comentada sigue la línea de otras previas del Tribunal Supremo en las que también se había tratado la pérdida de visión como causa para la declaración de una incapacidad permanente, con la novedad de que, en este supuesto, la actividad profesional objeto de evaluación es la de la abogacía y el grado de incapacidad permanente la parcial, lo que, por un lado, abre la vía a que en otras actividades semejantes en las que la tarea esencial sea la lectura y/o la redacción de documentos, una pérdida de visión total de un ojo determine también esa calificación (personal administrativo, personal de juzgados o administraciones públicas que desempeñan tales tareas, profesores, etc.) y, por otra parte, se amplía el marco en que una pérdida de visión determina la calificación de una persona como incapacitada permanente, ahora en el grado de parcial.

En efecto, esta sentencia del Tribunal se suma a otras que ya habían tratado sobre la pérdida de visión como causa de incapacidad permanente, calificando, no obstante, la situación como una incapacidad permanente total o como una gran invalidez.

De este modo, la STS de 23 de diciembre de 2014 (RJ 2015/1895) califica como incapacidad permanente total la situación de un trabajador que trabajaba como gruísta y sufrió la pérdida casi total, como consecuencia de un accidente de trabajo, de la visión de un ojo. Fue declarado inicialmente como incapacitado permanente parcial, calificación que corrige acertadamente el Tribunal Supremo sobre la base de los argumentos siguientes:

a) El artículo 37 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956, establecía como causa de incapacidad permanente parcial “la pérdida de la visión completa de un ojo, si subsiste la del otro”, por su parte el artículo 38 consideraba justificativa de la incapacidad permanente total, la pérdida de la visión completa de un ojo y la disminución en menos del 50 por 100 del otro. Tales disposiciones carecen hoy de eficacia normativa, aunque pueden servir de elemento orientador exclusivamente, a falta de otros instrumentos legales que regulen la materia.

b) Según el Anexo IV, sobre Aptitudes psicofísicas requeridas para obtener o prorrogar la vigencia de un permiso de conducir, del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores “se entenderá como visión monocular toda agudeza visual inferior a 0,10 en un ojo, con o sin lentes correctoras, debida a pérdida anatómica o funcional de cualquier etiología”. Sin duda, cabe sostener que la visión monocular supone una limitación para trabajos que impliquen la conducción de vehículos.

c) En virtud del Real Decreto 836/2003, de 27 de junio, por el que se aprueba una nueva instrucción técnica complementaria –MIE-AEM-2– del Reglamento de aparatos de elevación y manutención, referente a grúas torre para obras u otras aplicaciones, el gruista u operador de grúa es la persona física que tiene conocimientos y autorización para manejar y operar directamente la grúa. En el Anexo VI se regula el carné de gruista, para cuya obtención se requiere superar un examen médico sobre agudeza visual.

Y, d) todo lo anterior permite afirmar que la profesión de gruista exige una visión binocular que permita el cálculo de las distancias y elimine el riesgo de provocar accidentes en la manipulación y uso de la grúa. De ahí que, en este tipo de profesión, la disminución de la agudeza visual con la pérdida de la visión casi total de un ojo merece la calificación específica de incapacidad permanente total, al impedir desarrollar las tareas fundamentales de dicha profesión.

Por otra parte, también se ha calificado como incapacidad permanente total el caso de un trabajador picador en una mina de carbón que perdió la visión total de un ojo como consecuencia de un accidente de trabajo y también tenía reducida la visión del otro ojo. Es el caso de la, ya citada, STS de 21 de marzo de 2005 que, nuevamente, corrige la calificación previa como una incapacidad permanente parcial, fundamentándose en que:

1) No cabe llevar a cabo un análisis aislado de las lesiones que presenta un trabajador, sino que las mismas han de proyectarse sobre las tareas habituales que el ejercicio de la profesión habitual comporta. Exigencia o premisa esencial en todo caso pero que, si cabe, se hace aún más evidente en los supuestos de pérdida de visión parcial.

2) La escala de Wecker es una herramienta de valoración indicativa y ofrece por ello valores aproximados, que han de completarse en cada caso con el análisis de la actividad habitual del trabajador. La profesión de picador minero requiere, por las condiciones en que se desarrolla y por el riesgo de producir accidentes propios y a terceros que comporta, del mantenimiento de unas condiciones de visión binocular para el cálculo de las distancias y de una agudeza visual.

Y, 3) en fin, cabe aplicar como orientación los parámetros contenidos en los derogados artículos 37 y 38 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956, con arreglo a los que la pérdida de la visión completa de un ojo y de menos del 50 por 100 en el otro determinaba el reconocimiento de una incapacidad permanente total. La incapacidad parcial se correspondía con la pérdida de la visión completa de un ojo, subsistiendo la del otro sin limitaciones.

Finalmente, la pérdida de la visión como causa de gran invalidez se trata en la STS de 10 de febrero de 2015 (RJ 2015/533) donde un trabajador autónomo, afiliado al RETA, que fue declarado inicialmente en una situación de incapacidad permanente absoluta por ceguera profunda es calificado como gran inválido por los motivos siguientes:

a) Una persona que pueda ser considerada ciega, por estar indiscutidamente dentro de las categorías de alteración visual que dan lugar a la calificación de ceguera, bien por padecer ceguera total o bien por sufrir pérdida de la visión a ella equiparable (cuando, sin

implicar una absoluta anulación de la misma, sea funcionalmente equiparable a aquella) reúne objetivamente las condiciones para calificarla en situación de gran invalidez.

b) Aunque no haya una doctrina legal ni científico-médica indubitada que determine qué agudeza visual ha de ser valorada como ceguera, sí puede afirmarse que, en general, cuando ésta es inferior a una décima en ambos ojos se viene aceptando que ello significa prácticamente ceguera.

c) Es claro que una persona invidente en tales condiciones requiere naturalmente la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida, no requiriéndose que la necesidad de ayuda sea continuada.

Y, d) no debe excluir tal calificación de gran invalidez la circunstancia de quienes, a pesar de acreditar tal situación, especialmente por percibir algún tipo de estímulo luminoso, puedan en el caso personal y concreto, en base a factores perceptivos, cognitivos, ambientales, temporales u otros, haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, o incluso los que puedan llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación, con lo que, además, se evita cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en tal situación.

En definitiva, tal y como manifestábamos anteriormente, la sentencia comentada supone un ejemplo (un paso) más –interesante por el grado de la incapacidad y, sobre todo, por la profesión del interesado, la abogacía– de la jurisprudencia del Tribunal Supremo elaborada en torno a la pérdida de la visión (monocular o total) como causa de incapacidad permanente, ya sea parcial, total, absoluta o gran invalidez.



# La Protección Social del abogado: no reconocimiento de la pensión de jubilación en el “RETA” si se mantiene el ejercicio profesional (A propósito de la STS de 2 de marzo de 2016)

## Social security for attorneys: no recognition of retirement benefit in “RETA” if of professional practice remains

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ

*PROFESOR TITULAR (ACREDITADO COMO CATEDRÁTICO) DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE GRANADA*

### Resumen

El sistema de protección social de profesionales colegiados, como es el caso de los abogados, ha pasado de ser un sistema de protección social privado (Mutualidades de Previsión Social) a contar con un sistema dual de protección social, a decisión del interesado, público (RETA) y/o privado (Mutualidades). De este modo, el abogado en ejercicio puede optar entre afiliarse y darse de alta en el RETA y/o en la Mutualidad de la Abogacía (por tanto, en una, en otra, o en ambas). Esto provoca que la Mutualidad de la Abogacía desempeñe una protección alternativa (cuando se opta únicamente por el encuadramiento en la Mutualidad) o complementaria al RETA (cuando además de encuadrado en el RETA está afiliado a la Mutualidad). En cualquier caso, a pesar de esa dualidad de regímenes de protección, la baja en el RETA y el reconocimiento de la correspondiente pensión de jubilación exige necesariamente el cese de la actividad que ha dado lugar a su encuadramiento, no siendo posible el reconocimiento de la pensión de jubilación en el RETA si se mantiene en el ejercicio de su actividad como abogado.

### Abstract

Social Security of registered professionals, such as attorneys, has evolved from a system of private social security (Mutuality) to have a dual system of social security, the attorney decides by the public system (RETA) and/or private system (Mutualities). Thus, the practicing lawyer can choose to join and register in the RETA and/or the Mutuality of Advocacy (therefore in one, another, or both). This causes the Mutuality of Advocacy plays like alternative system (only Mutualities) or complementary system to the RETA (as well as framed in the RETA is affiliated to the Mutual Society). In any case, despite this duality of systems, the decline in the RETA and recognition of the corresponding retirement benefit requires the cessation of the activity that has resulted in its framework, not possible to recognize the retirement benefit in the RETA if kept in the exercise of his activity as an attorney.

### Palabras clave

Protección social del abogado, Pensión de Jubilación, RETA (Régimen Especial de Trabajadores Autónomos), Mutualidad de la Abogacía

### Keywords

Social Security for attorneys, Retirement benefit, RETA, Mutuality of Advocacy

## 1. PLANTEAMIENTO DEL CASO

La STS (Sala Tercera, de lo Contencioso) de 2 de marzo de 2016 resuelve sobre un recurso de casación relativo a la protección social de los profesionales colegiados, y en particular, de los abogados, que nos brinda la oportunidad de revisar algunas cuestiones problemáticas y pronunciarnos sobre nuevas disfuncionalidades derivadas de la posible aplicación de dos sistemas de protección social, el del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) y el de la Mutualidad de Previsión Social del correspondiente colegio

profesional (en este caso, Mutuality General de la Abogacía). El caso particular sobre el que versa la sentencia es, en forma resumida el siguiente:

- Un abogado se da de alta como tal en el Colegio de Abogados de Oviedo y simultáneamente también en la Mutuality General de la Abogacía el 1 de octubre de 1975. Con independencia de este hecho, el año anterior ya se había dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, en concreto el 1 de marzo de 1974, manteniéndose en el mismo hasta el 5 de octubre de 2006.
- Dicho abogado, conservando su afiliación a la Mutuality de la Abogacía, se da de alta en el RETA el 1 de febrero de 2007, manteniéndose en el mismo hasta que solicita la baja con fecha de cese de actividad de 31 de mayo de 2013, y reconociéndosele la pensión de jubilación con efectos del día siguiente, el 1 de junio de 2013.
- Al seguir ejerciendo su actividad como abogado, se inicia un procedimiento de revisión de oficio que concluye con (1) acuerdo de la Administración de la Seguridad Social de Luarca de 29 de julio de 2013 por el que se deja sin efecto la baja en el RETA, conllevando la consideración de la pensión de jubilación como indebidamente percibida; (2) resolución de la Dirección Provincial de Asturias de la Tesorería General de la Seguridad Social de 24 de septiembre de 2013 que desestima el recurso de alzada interpuesto por el interesado frente a dicho acuerdo; (3) sentencia de la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal de Justicia de del Principado de Asturias de 14 de abril de 2014 que estima el recurso interpuesto por el interesado contra dicha resolución, anulándola, y frente a la que la TGSS interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

## **2. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS ABOGADOS: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL**

Tradicionalmente, el profesional liberal, y en particular el abogado en ejercicio, disponía como única vía de protección social la correspondiente Mutuality de Previsión Social, Mutualidades cuya constitución y regulación ya se habían previsto por Ley de 6 de diciembre de 1941 y el Decreto de 2 de mayo de 1943, que la desarrolla. De este modo, la Mutuality de Abogacía se crea por los Colegios de Abogados en 1948 como entidad de previsión obligatoria, inicialmente solo con coberturas de fallecimiento, invalidez y viudedad.

La Ley de la Seguridad Social de 1966 incluyó dentro del campo de aplicación del sistema a los trabajadores por cuenta propia o autónomos<sup>1</sup>, pero ello no afectaba a los profesionales abogados puesto que el artículo 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regulaba el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, incluía obligatoriamente en el RETA solo a los trabajadores autónomos que reunieran, entre otros requisitos, el de su integración en la Entidad Sindical que correspondiera en virtud de la actividad desarrollada, cuando respecto de los abogados estaba prevista la afiliación obligatoria en el correspondiente colegio profesional, no la afiliación sindical. Puesto

---

<sup>1</sup> El Decreto 1167/1960, de 23 de junio, ya había extendido los beneficios del Mutualismo Laboral a los trabajadores independientes y autónomos, con lo que éstos vinieron a tener protección dentro de los regímenes antecesores del sistema de la Seguridad Social.

que los abogados no podían acceder al sistema público, la Mutualidad de la Abogacía mantiene su carácter obligatorio para éstos<sup>2</sup>, extendiendo sus coberturas, en concreto, a la jubilación.

Frente a esta situación que impedía la posibilidad de incorporación de los abogados colegiados en ejercicio profesional por cuenta propia a un sistema público de protección, encontramos una primera posibilidad de encuadramiento en el RETA de profesionales colegiados en el Real Decreto 2504/1980, que, además de justificarse por la necesaria adaptación al nuevo modelo sindical que suprimía la afiliación sindical obligatoria de los trabajadores en general, modificó precisamente los artículos 2 y 3 del Decreto de 1970 en el sentido de facilitar la inclusión en el RETA de aquellos trabajadores por cuenta propia o autónomos (profesionales colegiados) excluidos por no cumplir con el requisito de integración sindical (como era el caso de los abogados), pero evitando al mismo tiempo los problemas fácticos que implicaría su obligatoria inclusión en el mismo. A tal efecto, establecía un procedimiento de inclusión para los trabajadores por cuenta propia “que para el ejercicio de su actividad profesional necesiten como requisito previo integrarse en un Colegio o Asociación Profesional” que exigía: 1) solicitud expresa de los Órganos superiores de representación de dichos Colegios o Asociaciones Profesionales; y 2) Orden Ministerial (del entonces Ministerio de Sanidad y Seguridad Social) que resolvieran las peticiones concretas que se hubieran producido, considerando que así, como decía la propia norma reglamentaria en su Preámbulo, “se reduce trámites y da mayor celeridad a las actuaciones”. Por tanto, no se trataba de una inclusión individual, sino de todo el colectivo de profesionales adscritos al correspondiente Colegio o Asociación Profesional<sup>3</sup>. Sin embargo, dicha previsión normativa no fue utilizada por los abogados, que, por tanto, seguían encuadrados únicamente en su Mutualidad de la Abogacía.

Fue curiosamente con la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSP) con la que se facilita la incorporación al RETA de esos profesionales colegiados, entre ellos, los abogados, al dejar de ser obligatoria la incorporación a la correspondiente Mutualidad de Previsión Social.

Precisamente, el precepto de esta norma que se discute en la sentencia comentada es su Disposición Adicional 15ª, titulada “Integración en la Seguridad Social de los colegiados

---

<sup>2</sup> El Real Decreto 2615/1985, por el que se aprueba el Reglamento de las Entidades de Previsión Social, disponía con carácter general el carácter voluntario de éstas, pero que ello se entendería, como señalaba su artículo 1.2, sin perjuicio de las formas de previsión complementaria que pudieran establecerse con carácter obligatorio a través de la negociación colectiva o de actos de autonomía corporativa de grupos profesionales, por lo que como señala SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía”, *Aranzadi Social*, núm. 1, abril, 2000, se daba así apoyo normativo, aunque de dudosa legalidad, a la adscripción obligatoria respecto de las Mutualidades de Previsión Social establecidas por diferentes Colegios Profesionales. Además, lo contrario hubiera podido provocar situaciones de desprotección (actividades por cuenta propia sin cobertura social de ningún tipo).

<sup>3</sup> Se ha destacado el respaldo constitucional con el que contó dicha regulación, en concreto por la STC 68/1982, de 22 de noviembre, que en su Fundamento Jurídico 5º manifiesta que la propia naturaleza del sistema de Seguridad Social exige que la incorporación sea obligatoria y colectiva, ya que, en otro caso se distorsionaría el sistema de financiación y cobertura de riesgos; y además la incorporación al RETA de colectivos antes excluidos ha de ser gradual, constituyendo una opción política legítima el posponer la incorporación de un determinado grupo o el condicionarla a una previa negociación con el respectivo Colegio Profesional (*vid.* SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía”, *op. cit.*).

en Colegios Profesionales”<sup>4</sup>, en la posterior redacción que le dio la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. La situación resultante tras dicho cambio normativo era compleja, pues concurrían varias circunstancias, como que el Colegio Profesional hubiese solicitado ya la inclusión en el RETA o no, que el Colegio Profesional contase o no con Mutualidad de Previsión Social, que el profesional colegiado hubiera iniciado su actividad antes o después de la entrada en vigor de la LOSSP (10 de diciembre de 1995); o que el profesional colegiado hubiese optado o no por el RETA. En concreto, el citado precepto señalaba que:

1. Quienes ejerzan una actividad por cuenta propia, en las condiciones establecidas por el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que requiera la incorporación a un Colegio Profesional cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el RETA, *se entenderán incluidos en el campo de aplicación del mismo, debiendo solicitar, en su caso, la afiliación y, en todo caso, el alta en dicho Régimen* en los términos reglamentariamente establecidos<sup>5</sup>. No obstante, quedan *exentos de la obligación de alta en el RETA los colegiados que opten o hubieren optado por incorporarse a la Mutualidad de Previsión Social* que pudiera tener establecida el correspondiente Colegio Profesional<sup>6</sup>. Si el interesado, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la Mutualidad correspondiente, no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad.
2. Quedarán exentos de dicha obligación de alta los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995, cuyos Colegios Profesionales no tuvieran establecida en tal fecha una Mutualidad, y que no hubieran sido incluidos antes de la citada fecha en el RETA. No obstante, los interesados podrán voluntariamente optar, por una sola vez y durante 1999, por solicitar el alta en el mencionado Régimen Especial, la cual tendrá efectos desde el día primero del mes en que se formule la solicitud. Los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 y estuvieran integrados en tal fecha en una Mutualidad, deberán solicitar el alta en dicho Régimen Especial en caso de que decidan no permanecer incorporados en la misma.
3. En cualquier caso, la inclusión en el RETA se llevaría a cabo sin necesidad de mediar solicitud previa de los órganos superiores de representación de los respectivos Colegios Profesionales.

---

<sup>4</sup> Originariamente reconocía que para las personas que ejerzan una actividad por cuenta propia en los términos del artículo 10.2.c de la LGSS y artículo 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de septiembre, por el que se regulaba el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, “que se colegien en un Colegio Profesional cuyo colectivo no haya sido integrado en dicho Régimen Especial será obligatoria la afiliación a la Seguridad Social”. Al objeto de dar cumplimiento a dicha obligación “podrán optar por solicitar la afiliación y/o el alta en dicho Régimen Especial o incorporarse a la Mutualidad que tenga establecida dicho Colegio Profesional”.

<sup>5</sup> Si el inicio de la actividad por el profesional colegiado se hubiera producido entre el 10 de noviembre de 1995 y el 31 de diciembre de 1998, el alta en el citado Régimen Especial, de no haber sido exigible con anterioridad a esta última fecha, deberá solicitarse durante el primer trimestre de 1999 y surtirá efectos desde el día primero del mes en que se hubiere formulado la correspondiente solicitud. De no formularse ésta en el mencionado plazo, los efectos de las altas retrasadas serán los reglamentariamente establecidos, fijándose como fecha de inicio de la actividad el 1 de enero de 1999.

<sup>6</sup> Siempre que la citada Mutualidad sea alguna de las constituidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 al amparo del artículo 1.2 del Reglamento de Entidades de Previsión Social, aprobado por el Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre; siendo este el caso de la Mutualidad de la Abogacía.

En resumen, a partir de la LOSSP nos encontramos con las siguientes situaciones<sup>7</sup>: a) los profesionales colegiados pertenecientes a Colegios Profesionales *que hubiesen solicitado* con anterioridad la inclusión en el RETA deben solicitar el alta en dicho régimen en el mismo mes de inicio de su actividad; b) los profesionales colegiados pertenecientes a Colegios Profesionales que *no hubiesen solicitado* la inclusión en el RETA y *no tuviesen constituida una Mutualidad de Previsión Social* (o ésta no sea obligatoria), si han iniciado su actividad antes de la entrada en vigor de la LOSSP (10 de noviembre de 1995) y no han solicitado su incorporación voluntaria al RETA en 1998 no podrán hacerlo en el futuro, si la iniciaron después de la entrada en vigor de la LOSSP y antes del 31 de diciembre de 1998 (fecha de modificación de la Disposición Adicional 15ª) deberían haber solicitado su alta en el RETA antes del 1 de marzo de 1999, y si el inicio de actividad tuvo lugar a partir del 1 de enero de 1999 el interesado tiene la obligación de solicitar el alta en el RETA; y c) los profesionales colegiados pertenecientes a Colegios Profesionales que *no hubiesen solicitado* la inclusión en el RETA y *tuviesen constituida una Mutualidad de Previsión Social de carácter obligatoria* (que es el caso de los abogados), si iniciaron su actividad tras la entrada en vigor de la LOSSP se entienden incluidos en el RETA salvo que opten en el plazo de un mes desde el inicio de la actividad por la Mutualidad, y si iniciaron su actividad antes de la entrada en vigor de la LOSSP pueden solicitar el alta en el RETA si deciden no permanecer en la Mutualidad.

En cualquier caso, esta Disposición Adicional 15ª de la LOSSP sobre la que versa el litigio<sup>8</sup>, fue posteriormente derogada por la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGSS, recogándose su contenido ahora, con leves alteraciones que para nada afectan a lo sustancial, en la Disposición Adicional 18ª del TRLGSS (“Encuadramiento de los profesionales colegiados”). Esta nueva ubicación sistemática en la norma básica reguladora del sistema de Seguridad Social parece razonable. Sea como fuere, la finalidad de esta norma estaba clara: garantizar la protección social de los colegiados profesionales mediante un sistema público de protección social (RETA) frente a la no previsión del Colegio Profesional correspondiente de Mutualidad de Previsión Social o, en caso de contar con ella, frente al carácter voluntario (ya no obligatorio) de dicha Mutualidad de Previsión Social. En este mismo sentido se expresa la sentencia comentada en su Fundamento Jurídico 3º: esta regulación tiene “la clara finalidad de permitir que los trabajadores autónomos con colegiación obligatoria puedan afiliarse o darse de alta por su cuenta, y sin la necesaria intervención de los órganos directivos de sus Colegios, en el RETA, imponiéndoles, con carácter general la obligación de hacerlo en ese mismo régimen especial con una sola excepción: que lo hicieran a una Mutualidad sustitutoria (en el caso, la de la Abogacía)”.

De este modo, aquellas Mutualidades de Previsión Social que antes de la entrada en vigor de LOSSP exigían la incorporación obligatoria del colegiado y que se hubiesen adaptado a las previsiones de la Disposición Transitoria 5ª de la LOSSP (requisitos que

<sup>7</sup> Vid. PANIZO ROBLES, J.A.: “El Tribunal Supremo zanja la cuestión: no se puede percibir la pensión de jubilación en el RETA y mantenerse en el ejercicio profesional de la abogacía, con inclusión en la Mutualidad General de la Abogacía”, *CEF Laboral Social*, marzo, 2016, pdf, páginas 7 a 10.

<sup>8</sup> No obstante, en la sentencia comentada, el profesional colegiado afectado discute la aplicación de esta Disposición Adicional 15ª de la LOSSP por entender que su incorporación al RETA “no fue el resultado del ejercicio de una opción, sino la expresión de su intención de seguir cotizando a la Seguridad Social mediante la única forma posible”, argumento que no prospera.

cumplía la Mutualidad General de la Abogacía) se constituyen como “Mutualidades alternativas a la Seguridad Social”, supliendo la afiliación en el sistema de Seguridad Social y el alta en el RETA<sup>9</sup>.

Por tanto, el abogado en ejercicio, como cualquier profesional colegiado, tiene posibilidad de encuadrarse en el RETA<sup>10</sup>, pasando la Mutualidad de la Abogacía a ser un *sistema alternativo (privado)* al sistema público de protección social<sup>11</sup>, cuando el abogado no se hubiera encuadrado en el RETA; y a ser un *sistema complementario (privado)* al RETA, cuando sí se hubiera encuadrado en el mismo. Precisamente, esta última posibilidad, estar encuadrado simultáneamente en el RETA y en la Mutualidad de Previsión, fue cuestionada y discutida hasta que la STS (Sala Cuarta, de lo Social) de 25 de enero de 2000 zanja el debate al reconocer su compatibilidad.

---

<sup>9</sup> No obstante, estas Mutualidades Alternativas no deben confundirse con las denominadas “Entidades Sustitutorias” a las que se refería el Real Decreto 1879/1978, de 28 de junio, como entidades que actuaban en sustitución de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social en la gestión de las contingencias o situaciones del Régimen General o de alguno de sus Regímenes Especiales (actualmente reconocidas por la Disposición Transitoria 21ª del TRLGSS). Profundizando sobre este tema, PANIZO ROBLES, J.A.: “El Tribunal Supremo zanja la cuestión...”, *op. cit.*, páginas 10 y 11, ha destacado los principales argumentos por los que no es posible esta identificación.

<sup>10</sup> Además, hay que recordar que actualmente el artículo 305 del TRLGSS, al delimitar el campo de aplicación del RETA, incluye obligatoriamente en el mismo a las personas físicas, mayores de 18 años que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena, declarándose expresamente comprendidos los que ejerzan una actividad que cumpla con tales condiciones y “requiera incorporación a un colegio profesional”.

<sup>11</sup> En relación con este carácter, la Disposición Adicional 46ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (“Mutualidades de Previsión Social Alternativas al régimen de Autónomos”) establecía: 1. Las Mutualidades de Previsión Social que, en virtud de lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la LOSSP, son alternativas al alta en el RETA con respecto a profesionales colegiados, deberán ofrecer a sus afiliados, mediante el sistema de capitalización individual y la técnica aseguradora bajo los que operan, de forma obligatoria, las coberturas de jubilación; invalidez permanente; incapacidad temporal, incluyendo maternidad, paternidad y riesgo del embarazo; y fallecimiento que pueda dar lugar a viudedad y orfandad. 2. Las prestaciones que se otorguen por las Mutualidades en su condición de alternativas al RETA, cuando adopten la forma de renta, habrán de alcanzar en el momento de producirse cualquiera de las contingencias cubiertas a que se refiere el punto anterior, un importe no inferior al 60 por 100 de la cuantía mínima inicial que para la respectiva clase de pensión rija en dicho sistema de la Seguridad Social, o si resultara superior, el importe establecido para las pensiones no contributivas de la Seguridad Social. Si tales prestaciones adoptaran la forma de capital, éste no podrá ser inferior al importe capitalizado de la cuantía mínima establecida para caso de renta. Se considerará, así mismo, que se cumple con la obligación de cuantía mínima de la prestación, si las cuotas a satisfacer por el mutualista, cualesquiera que sean las contingencias contratadas con la Mutualidad alternativa, de entre las obligatorias, equivalen al 80 por 100 de la cuota mínima que haya de satisfacerse con carácter general en el RETA. 3. Las aportaciones y cuotas que los mutualistas satisfagan a las Mutualidades en su condición de alternativas al RETA, en la parte que tenga por objeto la cobertura de las contingencias atendidas por dicho Régimen Especial, serán deducibles con el límite del 50 por 100 de la cuota máxima por contingencias comunes que esté establecida, en cada ejercicio económico, en el citado Régimen Especial.

### **3. LA COMPATIBILIDAD DE SISTEMAS DE PROTECCIÓN: RETA Y MUTUALIDAD. LA STS DE 25 DE ENERO DE 2000**

La opción entre RETA y Mutualidad de Previsión Social fue especialmente problemática, en la medida en que la Administración de la Seguridad Social exigía<sup>12</sup> a todo profesional colegiado que pretendiera afiliarse al RETA la previa baja en la Mutualidad, considerando ambos regímenes, público y privado, incompatibles entre sí.

Sin embargo, la STS (Sala de lo Social) de 24 de enero de 2000, resuelve este debate reconociendo la posibilidad de una doble afiliación al RETA y a la Mutualidad. Entiende en su Fundamento Jurídico 3º que la opción establecida por la Ley 30/1995 “no viene configurada como alternativa obligatoria entre la afiliación al RETA o a la Mutualidad, sino como una opción voluntaria por el uno o por el otro, sin que ello suponga la prohibición de permanencia en los dos”<sup>13</sup>.

La STS de 2 de marzo de 2016, que ahora comentamos, hace suya esta misma interpretación, recordando en el segundo párrafo de su Fundamento Jurídico 3º que a los profesionales colegiados “se les otorga una opción consistente en la posibilidad de permanecer en la Mutualidad o darse de alta en el Régimen Especial, opción que ha de considerarse en todo caso vinculada a la obligatoriedad de figurar necesariamente incorporados en uno u otro régimen”, pero “sin que la normativa que resulta de aplicación prohíba en absoluto la permanencia en ambos regímenes, que pueden resultar, por tanto, compatibles entre sí”. Más claramente, en la medida en que estas mutualidades pueden constituir “una *modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria*, es claro que la pertenencia a las mismas puede complementar la afiliación o sustituirla”. De esta manera, continúa el mismo Fundamento Jurídico 3º en su párrafo sexto, es cierto que el abogado colegiado no venía obligado en su día a darse de alta en el RETA, puesto que se mantenía incorporado a la Mutualidad de la Abogacía, pero “decidió libre y voluntariamente (optó, en sentido propio) causar alta en el RETA, sin sustituir tal afiliación por su pertenencia a la Mutualidad”.

### **4. LA INCOMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL RETA CON EL MANTENIMIENTO DEL EJERCICIO DE PROFESIÓN LIBERAL**

El artículo 17.2 del Reglamento de Mutualidades de Previsión Social (aprobado por Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre), tras admitir que las prestaciones de las

---

<sup>12</sup> Con fundamento en la prohibición de inclusión múltiple obligatoria del artículo 8 del TRLGSS, que establecía que las personas comprendidas en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social no podrían estar incluidas por el mismo trabajo, con carácter obligatorio, en otros regímenes de previsión distintos de los que integran dicho sistema.

<sup>13</sup> En este sentido, en el Fundamento Jurídico 2º de dicha sentencia precisa que la Ley 30/1995 determinaba la “incorporación a una Mutualidad de Previsión cuando el interesado ha optado por ello en lugar de por el RETA, pero no dispone prohibición ni incompatibilidad entre ambas”. Y es que se trata de una “opción vinculada a la obligatoriedad de figurar necesariamente incorporados en uno u otro Régimen, sin que en ningún momento se haya dispuesto prohibición alguna de permanecer en ambos”. Así no se aprecia que se considere incompatible la afiliación al RETA con la permanencia en la Mutualidad, sino que “lo único que se prevé es la necesidad de figurar incorporado al uno o a la otra, sin que de ello pueda deducirse que impida que esa permanencia en los dos se dé”.

mutualidades de previsión social eran compatibles y totalmente independientes de los derechos que pudieran corresponder a los mutualistas o beneficiarios como consecuencia de su inclusión e cualquiera de los regímenes obligatorios de la Seguridad Social, consideraba a continuación que las prestaciones dispensadas como entidades alternativas serían incompatibles con las establecidas en el RETA. Por tanto, en relación con la compatibilidad de prestaciones entre el RETA y la Mutualidad de Previsión Social, el precepto diferenciaba entre que dicha mutualidad actuase como mecanismo protector “complementario” (en cuyo caso las prestaciones de ambos regímenes eran compatibles) o “alternativo” (siendo entonces las prestaciones excluyentes entre sí). Precisamente, respecto a esta segunda posibilidad, la incompatibilidad de las prestaciones cuando la Mutualidad sea alternativa al RETA, la STS (sala de lo contencioso-administrativo) de 22 de junio de 2004 declaró nulo dicho precepto, considerando contraria a derecho la incompatibilidad entre las prestaciones concedidas por el RETA y cuantas sean dispensadas por una entidad de previsión social que funcione como alternativa al mismo<sup>14</sup>.

Pese a esa reconocida compatibilidad de prestaciones entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía, la protección social del abogado va a ser diferente según haya optado por su encuadramiento en el RETA o en la Mutualidad de la Abogacía, ya que en cada caso cuenta con un régimen jurídico distinto. Así, por ejemplo, para acceder a la pensión de jubilación en la Mutualidad de la Abogacía no se aplican las normas reguladoras de la Seguridad Social.

Pero en el caso analizado lo que se discute es si es posible percibir la pensión de jubilación reconocida en el RETA y mantener la actividad de ejercicio de la abogacía bajo la cobertura protectora de la Mutualidad General de la Abogacía.

Como regla general, conforme al artículo 213.1 del TRLGSS el disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen. De este modo, la pensión de jubilación requiere previamente la baja en el régimen de la Seguridad Social correspondiente y su percepción es incompatible con el desempeño de una actividad o trabajo que de lugar a la inclusión en cualquiera de los Regímenes de Seguridad Social.

La Disposición Adicional 37ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, titulada “Compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo”, determinaba que el Gobierno presentaría un proyecto de ley que regulase la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades, pero que mientras no se produjera esta regulación, se mantendría el

---

<sup>14</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: “La doble función de las mutuas de los colegios profesionales. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 22 de 2004”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 7, 2004; RON LATAS, R.P.: “¿Son compatibles las prestaciones de las mutualidades de previsión social de los colegios profesionales y las del régimen de trabajadores autónomos?”, *Aranzadi Social*, núm. 12, 2014; y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “La protección social de los abogados: ¿RETA o Mutualidad del Colegio Profesional? (A propósito de la nulidad del art. 17.2.2 RD 1430/2002)”, *CEF Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 267, 2005, que en revisa las distintas situaciones que pueden incidir en la eficacia protectora del abogado (páginas 72 y siguientes).

criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, sobre régimen de incompatibilidad entre el percibo de la pensión de jubilación de la Seguridad Social y el ejercicio de actividad de los profesionales colegiados, cuyo Artículo Único establecía que “el régimen de incompatibilidad entre pensión de jubilación y el trabajo del pensionista, previsto en el artículo 16 de la Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecían normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social, y en las correspondientes normas reguladoras de los regímenes especiales de la Seguridad Social, será también aplicable con respecto al ejercicio de la actividad por cuenta propia de los profesionales colegiados que, al amparo de lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la LOSSP, en su redacción posterior a 1998, se hallen exonerados de la obligación de causar alta en el RETA, con independencia de que queden o no integrados en una de las Mutualidades de Previsión Social alternativas al alta en el expresado régimen especial. No obstante, la Disposición Adicional Única matiza que este régimen de incompatibilidad a que se refiere la Orden no será de aplicación respecto a los supuestos en los que la correspondiente pensión de jubilación viniera compatibilizándose con el ejercicio de la actividad por cuenta propia del profesional colegiado con anterioridad.

Excepcionalmente, están previstas legal y reglamentariamente algunas posibilidades de compatibilizar la pensión de jubilación en el RETA con el ejercicio de una actividad o trabajo<sup>15</sup>: 1) la *jubilación flexible* (artículo 213.1 del TRLGSS y Real Decreto 1132, de 31 de julio) que permite la compatibilidad parcial de la pensión con un trabajo a tiempo parcial, circunstancia que no concurre cuando se trata de una actividad por cuenta propia; 2) la *jubilación activa* (artículo 214 del TRLGSS), cuando se acrediten los requisitos exigidos para ello, que conlleva una minoración del 50 por 100 de la pensión de jubilación cuando se simultanea con una actividad por cuenta propia o un trabajo; y 3) cuando la actividad desarrollada por cuenta propia implique unos ingresos anuales inferiores a la cuantía vigente del salario mínimo interprofesional anual. Sin embargo ninguna de estas circunstancias excepcionales concurre en el presente caso.

Por tanto, en el caso analizado, en cuanto que el interesado se encuentra encuadrado en el RETA, resulta de aplicación la normativa reguladora del mismo, con independencia de si al mismo tiempo estuviera también incluido en la correspondiente Mutualidad de Previsión Social. Por ello, para acceder a la pensión de jubilación en el RETA es un requisito haber causado baja en el mismo por cesación de la actividad que dio lugar a su inclusión en dicho régimen<sup>16</sup>.

De este modo, si sigue ejerciendo la actividad de abogacía que fue la causante de su incorporación al RETA no es posible la baja en el RETA y no es posible reconocer derecho alguno a la pensión de jubilación. Si inicialmente se reconoció es porque el interesado

---

<sup>15</sup> PANIZO ROBLES, J.A.: “El Tribunal Supremo zanja la cuestión...”, *op. cit.*, página 17; y PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R. y PANIZO ROBLES, J.A.: “Si has causado pensión en el RETA como abogado no puedes seguir ejerciendo la actividad profesional, aunque te incorpores a la Mutualidad General de la abogacía”, *Aranzadi Digital* núm. 1/2016 (BIB 2016/2526), páginas 9 a 11.

<sup>16</sup> El artículo 46.4 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos en el sistema de la Seguridad Social, determina que las bajas de los trabajadores en el RETA surtirán efectos desde el día primero del mes siguiente a aquel en que hubiesen cesado en la actividad determinante de su inclusión.

declaró su baja en la actividad, pero, cuando la realidad de los hechos lo desmintieron, el procedimiento se revisó de oficio declarando dicha pensión de jubilación como indebidamente percibida.

Por ello, la sentencia analizada concluye reconociendo en su Fundamento Jurídico 3º que si bien es cierto que el interesado no venía obligado en su día a darse de alta en el RETA al mantenerse incorporado a la Mutualidad General de la Abogacía desde 1975, sin embargo, como ya hemos señalado anteriormente, decidió libre y voluntariamente causar alta en el RETA en 2007, sin sustituir tal afiliación por su pertenencia a la Mutualidad. De este modo “una vez producida dicha alta en el mencionado régimen especial, solo puede causar baja en el mismo por cesar en la actividad laboral por cuenta propia, sin que quepa revocar aquella decisión voluntaria, ejercitable por una sola vez, dada la indisponibilidad de los derechos y deberes derivados del sistema de la Seguridad Social vigente”.

## 5. CONCLUSIONES

Los profesionales que para el ejercicio de su actividad requerían colegiación obligatoria en su correspondiente Colegio Profesional han experimentado en las últimas décadas importantes cambios en sus mecanismos de protección social. Así, encontramos tres grandes etapas: 1) de *protección social privada*, en la medida en que tenía lugar su exclusión del RETA y su inscripción en la Mutualidad de Previsión Social correspondiente (de estar prevista); 2) de *protección social pública voluntaria y colectiva*, en la medida que se posibilitaba la incorporación de determinados profesionales colegiados al RETA previa solicitud del correspondiente Colegio Profesional; y 3) un sistema dual, de *protección social pública obligatoria* cuando el Colegio Profesional no mantuviese una Mutualidad de Previsión Social y de *protección social pública voluntaria* cuando constase con dicha Mutualidad de Previsión Social. En esta última situación se encuentra el colectivo de abogados, puesto que cuentan con la Mutualidad de la Abogacía, aunque su incorporación a la misma ya no sea obligatoria, sino voluntaria. De este modo, y después de que haya sido confirmado por la jurisprudencia, el abogado en ejercicio puede optar entre afiliarse y darse de alta en el RETA *y/o* en la Mutualidad de la Abogacía (por tanto, en una, en otra, o en ambas). La disyuntiva “o” convierte a la Mutualidad de la Abogacía en una *mutualidad alternativa*, mientras que la copulativa “y” la convierte en una *mutualidad complementaria*. Por tanto, se admite la compatibilidad de regímenes: un abogado puede estar en el RETA (sistema público de protección social) y, complementariamente, en la Mutualidad de la Abogacía (sistema privado de protección social).

Precisamente este es el caso del que parte la sentencia comentada, el de un abogado, incluido tanto en el RETA como en la Mutualidad de la Abogacía. Posteriormente, el interesado pretendía causar baja en el RETA y mantenerse en la Mutualidad de la Abogacía. Dicha posibilidad es rechazada por el Tribunal Supremo, que entiende que no es posible la baja en el RETA por cesión de actividad y el percibo de la correspondiente pensión de jubilación si se mantiene el ejercicio de la abogacía, que es precisamente la actividad que ha dado lugar a la inclusión en dicho Régimen especial de la Seguridad Social.

# Pensión de viudedad: divorcio y convivencia como pareja de hecho A propósito de la STS (Sala de lo Social) de 20 de julio de 2015 (RCUD 3070/2014)

## Pension of widowhood (widow's pension): divorce and conviviality like unmarried couple

FRANCISCO VILA TIERNO

*PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

*UNIVERSIDAD DE MÁLAGA*

*MAGISTRADO SUPL. SALA DE LO SOCIAL TSJA*

### Resumen

Se trata de analizar, a la vista de las interpretaciones judiciales, los efectos de la reconciliación tras la ruptura y los efectos respecto a la consideración de beneficiario de una pensión de viudedad. La conclusión a la que se llega, es que más allá de una posible flexibilización de los requisitos del (entonces) artículo 174 LGSS, se ha implementado una solución que pasa por la aplicación literal de la Ley, aunque ésta tienda a alejarse de la realidad que pretende regular.

### Abstract

It is a question of analyzing, in view of the judicial interpretations, the effects of the reconciliation after the break and the effects with regard to the beneficiary's consideration of a widowhood's pension. The conclusion to the one that comes near, is that beyond a possible flexibilización of the requirements of the article (at the time) 174 LGSS, there has been implemented a solution that happens for the literal application of the Law, though this one tends to move away from the reality that it tries to regulate.

### Palabras clave

pensión de viudedad, divorcio, reconciliación, matrimonio, pareja

### Keywords

Pension of widowhood (widow's pension), divorce, reconciliation, marriage(couple)

## 1. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES DE HECHO

El supuesto de hecho analizado, se resume de una manera simple: se trata de un matrimonio que pone fin a su relación pero que siguen conviviendo tras la sentencia de divorcio como pareja de hecho –no volviendo a casarse entre sí–, sin que la convivencia en tal situación de pareja de hecho alcance la duración de cinco años exigida por el art. 174.3, párrafo cuarto LGSS.

En consecuencia, el INSS deniega el reconocimiento de la pretendida pensión de viudedad cuando, al año siguiente del proceso de divorcio y reanudación de la convivencia (que apenas se interrumpe), fallece el causante. Tras el pronunciamiento judicial en la instancia reiterando los argumentos del INSS, la potencial beneficiaria recurre en Suplicación obteniendo una respuesta favorable, en tanto que la Sala del TSJ interpreta que se cumple el requisito de los 5 años de convivencia con la suma del período anterior y posterior al divorcio, entendiéndose que, a estos efectos, será de aplicación la STS de 04/03/14 (R. 1593/13), defendiendo que “el no haber comunicado al Juzgado la reanudación de su convivencia previa a la sentencia o el no haber contraído nuevo matrimonio entre ellos, así

como la voluntad de mantener el vínculo en la pareja, fuera matrimonial o por la vía de hecho, no puede tener como consecuencia la denegación de la pensión de viudedad”<sup>1</sup>.

En estos términos, por tanto, gira el debate sobre la pertinencia o no del reconocimiento de la prestación, ya que, no habiendo sido pacífica la doctrina judicial sobre esta materia, se han admitido soluciones en sentido contrario, lo que justifica que el TS se pronuncie en Unificación de Doctrina.

## **2. PENSIÓN DE VIUEDAD Y VÍAS DE ACCESO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LAS PAREJAS DE HECHO**

En este sentido, aunque resulte una obviedad, es preciso señalar las dos vías para tener acceso a la pensión de viudedad: matrimonio previo o pareja de hecho, exigiéndose, en cada circunstancia un conjunto de requisitos de distinta naturaleza.

Pero es precisamente éste el argumento sobre el que se construye gran parte de la sentencia analizada.

Repasando la regulación normativa de esta materia, podemos encontrar que en el apartado primero del art. 174 LGSS se alude a la pensión que se genera sobre la base de la existencia de un matrimonio en el momento en el que se produce el hecho causante, en cuyo caso, debemos estar a la regulación civil de esta figura. No obstante, más allá de las fórmulas para contraer o de los “tipos” de matrimonio, lo que resulta relevante al objeto de la percepción de la pensión vitalicia que prevé este precepto, es el cumplimiento de una serie de exigencias.

Así, lo que resulta en este punto especialmente relevante, es la indicación literal al “cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge...”, de lo que se debe deducir, necesariamente, que se exige la pervivencia del vínculo conyugal. En ese caso, no se exige expresamente convivencia, salvo en “los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, [*en el que*] se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años” –art. 174.1 párrafo 3º–. Supuesto especial en el que además de las razones ampliamente debatidas doctrinalmente<sup>2</sup>, se exige un período inmediatamente anterior de convivencia, con la finalidad de evitar, entre otras, la posibilidad de los matrimonios de conveniencia con personas diagnosticadas con una enfermedad terminal.

---

<sup>1</sup> Adviértase, en este sentido que los Arts. 82 y ss. del CC han sido objeto de modificación por la Disposición Final Primera de Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria –en adelante LJV–, en relación a diferentes aspectos relativos a la separación y divorcio.

<sup>2</sup> Vid. por todos el amplio estudio en la monografía *La Pensión de Viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares* (AA.VV.; M.<sup>a</sup> NIEVES MORENO VIDA, JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, M.<sup>a</sup> TERESA DÍAZ AZNARTE coord.), Comares, 2013.

Sin embargo, la situación varía cuando, aun partiendo de ese matrimonio anterior, se produce un hecho que afecta al vínculo conyugal. A tal efecto, el apartado segundo del mismo art. 174 LGSS regula las situaciones de separación o divorcio. Y, ante estas circunstancias lo que se dispone es la concurrencia de dos requisitos de manera acumulativa<sup>3</sup>: la inexistencia de un matrimonio o pareja de hecho con un tercero y el establecimiento de una pensión compensatoria de acuerdo a lo previsto en el art. 97 CC<sup>4</sup>.

De este modo, y quiere insistirse en ello porque resulta determinante para el fallo de la sentencia que ahora se analiza y para la resolución de los supuestos análogos de separación o divorcio, la ausencia de dicha pensión imposibilita el acceso a la pensión por parte del cónyuge superviviente.

Por último, se regula de manera separada en el art. 174.3 LGSS, en virtud del cual, se “considera pareja de hecho la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona, y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años”.

Son, por tanto, varios los elementos a tener presentes para entender que se considera existente una pareja de hecho<sup>5</sup>, puesto que parece constatarse cierta desconfianza del legislador ante posibles supuestos de fraude<sup>6</sup>. Se requieren, en consecuencia, los siguientes requisitos<sup>7</sup>:

a.- Relación de afectividad análoga relación de afectividad a la conyugal, lo que excluye otro tipo de relación, e incluso, puede separarse de la que pudiera haber existido de aquella naturaleza. En cualquier caso, no se tiene en cuenta la mera convivencia por motivos de necesidad económica, la dependencia o la amistad.

b.- Carencia de impedimentos para contraer matrimonio. Y más aún, que no tengan vínculo contractual con otra persona. En este sentido, en principio y como norma general lo que se requiere es que la pareja opte por contraer matrimonio o por constituir la pareja de hecho, pero que estén en disposición de hacer una u otra<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> Vid. al respecto: POQUET CATALÁ, R., “El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. ¿una realidad?”, *Temas laborales*, núm. 119, 2013, págs. 157 y ss.

<sup>4</sup> Sobre la existencia de la Pensión Compensatoria, ha sido interpretado de forma flexible por la jurisprudencia, vid. entre otras: SSTS 1-4-2014 (PROV 2014, 132452) o 10-11-2014 (PROV 2014, 12961).

<sup>5</sup> PALOMINO SAURINA, P., “Modificación de los requisitos para el acceso a la pensión de viudedad en los supuestos de parejas de hecho. Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de marzo de 2014” (BIB 2014/1547), *Información Laboral* num.4/2014 parte Doctrinal, LEX NOVA, Valladolid, 2014.

<sup>6</sup> MANEIRO VELÁZQUEZ, Y., «La acreditación del vínculo y de la convivencia more uxorio en las parejas de hecho: una aproximación jurisprudencia» en *Actualidad laboral*, núm. 5/2013. págs. 3 y ss.

<sup>7</sup> Además de la insuficiencia de recursos.

<sup>8</sup> Sobre la constitucionalidad de este requisito: STC 44/2014, de 7 de abril y análisis de la misma en López Terrada, E., “Uniones de hecho y prestaciones por muerte y supervivencia: nuevos criterios jurisprudenciales” (BIB 2014/2868), *Información Laboral*, num.6/2014 parte Doctrinal, LEX NOVA, Valladolid, 2014.

Y, a mayor abundamiento, el art. 46 CC establece que no pueden contraer matrimonio –además de los menores de edad no emancipados– los que están unidos en matrimonio con otra persona. De este modo, una persona que no hubiera visto disuelto su vínculo matrimonial, no tendría tal opción, por lo que no podría constituir tal pareja de hecho.

c.- Convivencia como pareja de hecho. De un modo notorio, claro y manifiesto frente a terceros, y durante un período mínimo de cinco años desde el momento del hecho causante hacia atrás en el tiempo. De ello se deduce que cualquier período inferior de tiempo no es significativo para el reconocimiento de tal pareja de hecho.

d.- Constitución legal como pareja de hecho<sup>9</sup> como requisito *ad solemnitatem*<sup>10</sup>

La acreditación de tal extremo se hará “mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante” –art. 174.3 *in fine*–.

Es, por tanto, como se ha venido afirmando, una pareja de derecho, que no de hecho<sup>11</sup>, pues la exigencia de su inscripción formal deviene en una transformación de la naturaleza original de la institución<sup>12</sup>.

### **3. MATRIMONIO, SEPARACIÓN O DIVORCIO Y RECONCILIACIÓN. EL RECONOCIMIENTO DEL SUPUESTO DE HECHO EN EL MARCO DEL ART. 174 LGSS**

Puede darse el caso, como ya ha sido objeto de estudio<sup>13</sup>, de una pareja que, habiendo puesto fin a su relación matrimonial, decidan reiniciar su relación. La duda, en tal supuesto, es la consecuencia en el ámbito del Derecho y, de un modo más concreto, en el marco de las prestaciones públicas de Seguridad Social. Esto es, como un acto de naturaleza estrictamente privada puede derivar efectos en lo Público.

---

<sup>9</sup> SSTC 45 y 51/2014 de 7 abril, *Ibidem*.

<sup>10</sup> BLÁZQUEZ AGUDO, E.M. y PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R. “Pensión de viudedad para las parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial” (BIB 2014\3566), Revista Española de Derecho del Trabajo, num.168/2014 parte Estudio, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2014.

<sup>11</sup> STS de 20 de julio de 2010 (RJ 2010, 7278).

<sup>12</sup> De un modo muy expresivo en De Castro MEJUTO, L. F. “A propósito de la pensión de viudedad para las parejas de hecho”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 12/2008, págs. 239 y ss. que manifiesta que se “transforma su inicial naturaleza de realidad meramente social a otra plenamente jurídica desde el punto y hora en que exige que esa condición haya de acreditarse mediante certificación del correspondiente registro de parejas de hecho o mediante documento público en el que “conste la constitución de dicha pareja”; en otras palabras, que de todas maneras habrá que “casarse” ante el registro o ante el notario, publicitando la relación a través de un papel, de modo que se desvirtúa no sólo el carácter de la institución, sino también su origen”.

<sup>13</sup> CASTELLÁ MOLINA, M.T. “Complejo caso de viudedad: separados reconciliados, pareja de hecho y determinación de contingencia”, Nueva revista española de derecho del trabajo, núm. 176, 2015, págs. 359 y ss.; GONZÁLEZ DE PATTO, R.M. “La pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial. Reformas normativas y últimos criterios jurisprudenciales” en AA.VV. *La Pensión de Viudedad...* Op. cit.

Y, en este punto, resulta absolutamente necesario, repasar el Derecho de Familia y los efectos de las dos fórmulas nucleares que suponen, en el plano jurídico, el fin de la convivencia conyugal: la separación y el divorcio. No obstante, debe precisarse que el problema interpretativo surge cuando, precisamente, se mantiene la referida convivencia.

Para llegar a una conclusión respecto a la situación en la que se encuentra una pareja que reinicia su convivencia tras la suspensión o ruptura de la relación conyugal, habría que señalar la diferencia de la reconciliación de los separados frente a la reconciliación de los divorciados.

En este sentido, la separación de los cónyuges, ya sea de hecho, judicial o legal, no es una situación irreversible pues, en ocasiones, las parejas tras un periodo de reflexión deciden reanudar la convivencia conyugal.

En cualquier caso, el mantenimiento del vínculo matrimonial entre los separados no constituye un obstáculo para la reconciliación y reanudación de la vida en común. El C.C. regula la reconciliación de los cónyuges en el art. 84, cuyo párrafo 1º con ligeras modificaciones tras la LJV establece que: “la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido del litigio”. Este precepto se refiere tanto al caso de que el proceso de separación se encuentre *sub iudice*, como al supuesto de que ya haya sido dictada la sentencia de separación. En el primer supuesto, no resulta procedente continuar con los trámites y dictar sentencia, quedando, en consecuencia, sin efectos las mediadas provisionales o provisionales que pudieran haber sido acordados por los cónyuges o por el juez. Si por el contrario, la reconciliación tiene lugar tras haber sido dictada la sentencia, la misma queda en su conjunto sin efecto.

En todo caso, ambos cónyuges se encuentran obligados a poner en conocimiento de la autoridad judicial el hecho de la reconciliación, con el fin de obtener una doble ratificación, situación que se mantiene inalterable tras la LJV.

Por su parte, el art. 84.2 C.c. establece que en cualquiera de los casos de reconciliación puede darse el mantenimiento de las medidas adoptadas respecto de los hijos mediante resolución judicial, cuando exista justa causa que lo justifique.

Asimismo, aunque la sentencia comentada sea de fecha anterior, hay que hacer una breve referencia a la DF 1.20 LJV la cual ha introducido en el artículo referido dos importantes novedades:

*“Cuando la separación hubiere tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el art. 82, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones.*

*La reconciliación deberá inscribirse, para su eficacia frente a terceros, en el Registro Civil correspondiente”.*

Por el contrario, si existe sentencia de divorcio, el vínculo matrimonial desaparece entre aquellos que con anterioridad habían sido cónyuges. En esta línea se manifiesta el art. 88.2 C.C. en virtud del cual “la reconciliación posterior al divorcio no produce efectos

legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio. En consecuencia, la reconciliación de los divorciados no implica la recuperación de su consideración de cónyuges, sino de una mera convivencia *more uxorio*<sup>14</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES. EFECTOS DE LA RECONCILIACIÓN TRAS LA RUPTURA DEL VÍNCULO MATRIMONIAL Y PENSIÓN DE VIUDEDAD

La duda que planea sobre el supuesto de hecho que ahora es objeto de estudio, se concreta en la aplicabilidad de la solución planteada en la ya citada STS de 4 de marzo de 2014. En la misma, sin embargo, las circunstancias no son las mismas. Es cierto que se produce un hecho que afecta a la continuidad del vínculo conyugal, pero, en aquel caso, se trataba de una suspensión temporal del mismo, que puede devenir definitiva, pero que no implica, en ningún momento la ruptura del matrimonio<sup>15</sup>. La disolución del matrimonio viene acotada, en el art. 85 CC, por dos únicas causas: fallecimiento o divorcio.

De este modo, “no es óbice que los miembros de la pareja se hallen casados entre sí por cuanto lo que se les exige es que no tengan vínculo matrimonial con otra persona”<sup>16</sup>. Y es que si se aplicara de manera literal los requisitos del art. 174 LGSS para acceder a la pensión de jubilación vía matrimonio o vía pareja de hecho, resultaría imposible reconocerlo a quienes estuvieran separados sin pensión compensatoria pero reconciliados, puesto que, en dicha situación, no están en disposición de poder contraer nuevas nupcias al seguir “vivo” su matrimonio anterior.

Este impedimento no se mantiene cuando se ha producido la disolución del matrimonio, puesto que, en este caso, no se reconocería la pensión si no hay pensión compensatoria, pero nada obstaculiza a que las partes puedan contraer nuevamente matrimonio o se inscriban como pareja de hecho.

Piénsese que en el supuesto de la separación y la sentencia que lo resuelve, no se discute ningún elemento más que el de acceso a la condición de pareja de hecho a través del art. 174.3 LGSS por no estar casados con terceros. Y nada se dice, por ejemplo, respecto a la necesidad de inscribir o no la pareja de hecho.

En este orden, la STS de 20 de julio de 2015, excluye expresamente tal posibilidad con el argumento de la diferencia esencial entre separación y divorcio. Así, cuando el matrimonio se ha roto de un modo definitivo ante la ley –art. 85 CC– no existe ningún motivo para que la pareja pueda reunir los requisitos del apartado segundo del art. 174 LGSS

---

<sup>14</sup> Vid. sobre el particular, LASARTE ALVAREZ, C. Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI, 14ª edic., Marcial Pons, Madrid 2015, págs. 94, 95 y 112; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “Comentario art. 84 C.c.”, en Código Civil Comentado, (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., Dir.), Vol. 1, Thomson Reuters, Civitas, 1ª. edic., Pamplona 2011, pp. 477-479; y “Comentario art. 88”, págs. 486-487.

<sup>15</sup> Así, los efectos de la separación se indican expresamente en el art. 83 CC: “La sentencia o decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine producen la suspensión de la vida común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica...”

<sup>16</sup> BLÁZQUEZ AGUDO, E.M. y PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R. Op. cit.

(pensión compensatoria) o del apartado tercero (constitución de pareja de hecho), si bien, claro está, cumpliendo el conjunto de condiciones exigidas en tal caso.

En este punto, podría haberse centrado el debate en la cumplimiento del requisito ad solemnitatem de la inscripción de la pareja, que no existió. Pero, no es así. Demostrada que no hay pensión compensatoria y que el único camino para alcanzar la pensión es por la condición de pareja de hecho, en primer lugar, se discute los efectos de la reconciliación (no determinantes según lo anteriormente señalado) y, en segundo término, si se cumple con el período mínimo de convivencia requerido.

Ciertamente, se opta por la solución menos favorable, de manera que se entiende que no se reúnen los cinco años como pareja de hecho. En este sentido, se procede a una separación nítida de los períodos matrimoniales y como pareja de hecho, no sumándose a los efectos requeridos por la beneficiaria.

Sin embargo, la literalidad del art. 174.3 aunque parece apuntar en dicha dirección, no dice de manera expresa que se refiera únicamente al período de pareja de hecho legalmente constituida, sino que “acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años”. Si a ello unimos que en determinados supuestos el propio TS ha sumado diversos períodos como en los supuestos extraordinarios del párrafo tercero del art. 174.1 LGSS<sup>17</sup>, nada hubiera impedido una interpretación más flexible de aquel, de acuerdo a una interpretación “más flexible y humanizadora de las normas en liza”<sup>18</sup>.

Sea como sea, la sentencia aboca a la conclusión inequívoca que cuando una pareja se ha divorciado y continúa conviviendo tras la sentencia de divorcio, como consecuencia de una reconciliación, la norma impera sobre la realidad y lejos de la justicia material, no deberá computarse el tiempo transcurrido con anterioridad a la referida sentencia de divorcio.

Una serie de parámetros para evitar el fraude conlleva, finalmente, a dejar sin la oportuna protección que se desprende del art. 41 CE a una persona en estado de necesidad, sin que se constate, sin embargo, ningún ánimo fraudulento en la conducta analizada.

---

<sup>17</sup> V.gr. en SSTS de 25-6-2013 (RJ 2013, 6231) o 30-9-2014 (PROV 2014, 279766).

<sup>18</sup> BLÁZQUEZ AGUDO, E.M. y PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R. Op. cit.



# Las últimas manifestaciones de la jubilación forzosa por convenio colectivo. Comentario a la STS, 4<sup>a</sup>, 11-5-2016, rcud 2530/2014

## The last manifestations of the compulsory retirement by collective agreement. Commentary to STS, 4<sup>a</sup>, 11-5-2016, rcud 2530/2014

JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

### Resumen

Este comentario jurisprudencial confirma el escaso y transitorio juego de la jubilación forzosa por convenio colectivo tras la reforma laboral de 2012. Además, en el sector público la jubilación forzosa no es posible al impedir la legislación presupuestaria y la legislación contra el déficit público las medidas de fomento del empleo previstas en los convenios colectivos como contrapartida de la jubilación forzosa. La extinción del contrato de trabajo a partir de una jubilación forzosa no válida es un despido nulo en lugar de un despido improcedente. Es un supuesto de discriminación por razón de edad, reconocido por vez primera por el Tribunal Supremo.

### Abstract

This jurisprudence analysis confirms the limited and transient play role of the compulsory retirement by collective bargaining after the 2012<sup>th</sup> labour reform. Besides, in the public sector the compulsory retirement is not possible due to the budget legislation and regulations against public deficit that prohibit the employment promotion measures proposed in the collective agreements as an offsetting of the compulsory retirement. The termination of the employment contract coming from a non valid compulsory retirement is a null dismissal instead of an unfair dismissal. An age discrimination accepted for first time by the Supreme Court.

### Palabras clave

Jubilación forzosa. Negociación colectiva. Fomento del empleo. Legislación contra el déficit público. Congelación del empleo público. Despido nulo o despido improcedente

### Keywords

Compulsory retirement. Collective bargaining. Promotion of employment. Legislation against the public deficit. Freezing of public employment. Null dismissal or unfair dismissal

## 1. EL ESCASO Y COYUNTURAL JUEGO DE LA JUBILACIÓN FORZOSA TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2012: EL I CONVENIO COLECTIVO DE LA CORPORACIÓN RTVE

La jubilación desde las perspectivas laboral (art. 49.1.f] ET) y de seguridad social (art. 204 LGSS-2015) no es con carácter general una obligación de los trabajadores asalariados sino un derecho de los mismos. Derecho cuyo ejercicio, involucrado como está el derecho constitucional al trabajo (art. 35.1 CE)<sup>1</sup>, puede llevarse a cabo con ocasión del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, antes de la edad ordinaria de jubilación con o sin penalización, así como tras la edad ordinaria de jubilación con mayor o menor incentivo<sup>2</sup>.

1 STC 26/1981, FF. JJ. 8 y 9.

2 Según se trate de la jubilación ordinaria, de la jubilación anticipada y penalizada o de la jubilación parcial anticipada, o bien de la jubilación retrasada e incentivada, de la jubilación parcial retrasada o de la llamada (...)

Situación muy distinta a la de los funcionarios públicos sometidos por ley a una edad de jubilación forzosa (art. 67.3 EBEP), sin perjuicio de la eventual permanencia en el servicio activo hasta los 70 años, especialmente litigiosa en el ámbito del personal estatutario de las instituciones sanitarias públicas<sup>3</sup>.

Como excepción a la regla general la jubilación de los trabajadores asalariados puede configurarse por convenio colectivo, siempre con el oportuno apoyo legal<sup>4</sup> y con la contrapartida de la política convencional de fomento del empleo, como una obligación, lógicamente solo desde la perspectiva laboral, siendo en todo caso un derecho en materia de seguridad social. Una excepción, eso sí, relativamente extendida en el reciente pasado<sup>5</sup>, sobre todo en el sector público. No es este el lugar más adecuado para pasar revista a la agitada vida jurídica de la jubilación forzosa, a los cambios operados por la disposición adicional 10ª ET (d. a. 5ª en la versión original del ET) y a la copiosa jurisprudencia constitucional, europea y ordinaria sobre el particular<sup>6</sup>. Basta aquí con reparar en la última de las modificaciones operadas, la de la reforma laboral de 2012, declarada constitucional por la STC 8/2015 (F. J. 10).

Reforma de 2012 en este punto que como es bien sabido se dirige a poner fin a la convulsa vida de la jubilación forzosa por convenio colectivo, a acabar con la misma en coherencia con los nuevos vientos europeos del envejecimiento activo<sup>7</sup>. No obstante, y más por conveniencia política que por exigencia jurídico-constitucional, el legislador en lugar de acabar del todo y de una vez con la jubilación forzosa por convenio colectivo le ha dejado un mínimo y coyuntural espacio para que acabe extinguiéndose del todo poco a poco. En efecto, de la mano de la disposición transitoria 9ª ET (anterior d. t. 15ª Ley 3/2012) ese mínimo y coyuntural espacio ha quedado circunscrito a los convenios colectivos anteriores a la entrada en vigor de la reforma de 2012, el 12 de febrero de 2012, y exclusivamente hasta la finalización de su vigencia inicial pactada, con exclusión de la eventual prórroga anual (art. 86.2 ET) y de la también eventual vigencia ultraactiva (art. 86.3 ET).

---

jubilación flexible. Sobre las diferentes especies del género jubilación, véase J. B. VIVERO SERRANO, «La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo a título lucrativo: todo por el envejecimiento activo», en *Documentación Laboral*, 2015, núm. 103, pp. 117 ss.

<sup>3</sup> I. A. RODRÍGUEZ CARDO, «La jubilación forzosa de los funcionarios públicos (y en especial del personal estatutario)», en *Trabajo y Derecho*, 2016, núm. 14, pp. 72 ss.

<sup>4</sup> SSTs, 4ª, 9-3-2004, rcud 765/2003 y rcud 2913/2003.

<sup>5</sup> L. FRAGUAS MADURGA, «La jubilación forzosa como instrumento de política de empleo en el marco de la negociación colectiva», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, 2011, núm. 339, pp. 33 ss.

<sup>6</sup> La literatura sobre la jubilación forzosa es desbordante. Véase, recientemente, M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, «Evolución y régimen jurídico vigente de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2015, núm. 1, pp. 34 ss. Con anterioridad, entre otros muchos, A. ESTEVE SEGARRA, *La Jubilación forzosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; J. L. TORTUERO PLAZA, *Jubilación forzosa versus jubilación flexible*, Civitas, Madrid, 2002; y A. V. SEMPERE NAVARRO, L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE y P. GÓMEZ CABALLERO, *Apuntes sobre la jubilación forzosa*, Aranzadi, Navarra, 2006.

La propia sentencia comentada lleva a cabo un pedagógico repaso de la azarosa vida jurídica de la jubilación forzosa por convenio colectivo (F. J. 3.1).

<sup>7</sup> No por casualidad el año 2012 era el Año Europeo del Envejecimiento Activo. Véanse, entre otros muchos documentos técnicos de las instituciones europeas, el Libro Verde de la Comisión Europea titulado “En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros” (Bruselas, 07-07-2010. COM (2010) 365 final. SEC (2010) 830) y el Libro Blanco de la Comisión Europea de título “Agenda para unas pensiones adecuadas, sostenibles y seguras” (Bruselas, 16-02-2012. COM (2012) 55 final. SWD (2012) 7 y 8 final).

En este muy reducido y coyuntural espacio es en el que se ubica la sentencia del Tribunal Supremo objeto del presente comentario. Es, pues, una sentencia mucho más importante desde el punto de vista conceptual que desde el de la posible repercusión práctica, el de la aplicación a futuros pleitos sobre el mismo objeto<sup>8</sup>. Importancia conceptual incrementada si cabe por el sobresaliente tono pedagógico que caracteriza a todas las sentencias de las que es ponente el magistrado Sempere Navarro, incluida desde luego la presente.

Por último, el convenio colectivo que contiene la cláusula de jubilación forzosa hecha valer por el empresario de manera ilícita (discriminatoria), adelantando ya el fallo de la sentencia comentada, es el I convenio colectivo de la Corporación RTVE, de 4 de octubre de 2011 (BOE, 28-11-2011), con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2012. Luego, un convenio colectivo anterior a la reforma laboral de 2012 y todavía vigente en ese momento, con la consiguiente aplicación no de la prohibitiva disposición adicional 10ª ET introducida por la reforma de 2012, sino de la permisiva (con condiciones) disposición adicional 10ª ET producto de la Ley 14/2005, traducción parlamentaria de la previa y exitosa concertación social. Téngase en cuenta que la extinción del contrato de trabajo del trabajador afectado por la cláusula convencional de jubilación forzosa se produjo el 31 de agosto de 2012. Y puesto que antes del 31 de diciembre de 2012 se produjeron en la misma empresa otras extinciones por el mismo motivo, resueltas en suplicación por el tribunal madrileño de forma contradictoria, la casación unificadora estaba servida.

## **2. LA DESAPARICIÓN PREMATURA DE LA JUBILACIÓN FORZOSA EN EL SECTOR PÚBLICO: LA SUSPENSIÓN LEGAL DURANTE LA CRISIS ECONÓMICA DE LAS MEDIDAS CONVENCIONALES DE FOMENTO DEL EMPLEO**

Si tal y como se acaba de ver, tras la reforma laboral de 2012 la jubilación forzosa por convenio colectivo ha quedado reducida a la mínima expresión y además abocada a la extinción, en el ámbito del vasto sector público simple y llanamente ha desaparecido de forma prematura al impedir las normas de urgencia de contención del déficit público y las leyes presupuestarias aprobadas durante los últimos años de profunda crisis económica el cumplimiento efectivo de las medidas convencionales de fomento del empleo incluidas *ex lege* en los convenios colectivos transitoriamente regidos por la disposición adicional 10ª ET producto de la Ley 14/2005. Con la suspensión legal año tras año de las medidas convencionales de fomento del empleo la jubilación forzosa en el sector público, incluido el empresarial, ha devenido imposible, ha quedado sin cobertura jurídica sin necesidad de derogación o prohibición expresas. Así se desprende claramente de la doctrina sentada por la sentencia objeto del presente comentario.

En efecto, en el caso de autos, y a diferencia de lo que venía siendo habitual en los pleitos llegados hasta el alto tribunal<sup>9</sup>, no se discute sobre el cumplimiento o no de las

<sup>8</sup> Así se abría mi reseña a esta sentencia publicada en *Trabajo y Derecho*, 2016, núm. 21, pp. 85-86.

<sup>9</sup> Respecto de la licitud o no de la jubilación forzosa en función del cumplimiento o no de las medidas convencionales de fomento del empleo resultan fundamentales las SSTs, 4ª, 22-12-2008, rcud 3460/2006, F. J. 10, y rcud 856/2007, F. J. 10.

Sentencias que, por cierto, consideran que la contrapartida de las medidas convencionales de fomento del empleo debe también cumplirse en el sector público, si bien admitiendo una cierta flexibilidad formal en la (...)

medidas convencionales de fomento del empleo, siendo un hecho pacífico la no cobertura de la vacante dejada por el trabajador afectado por la jubilación forzosa en el plazo de dos años previsto por el I convenio colectivo de la Corporación RTVE (art. 90). Se discute, en cambio, acerca del alcance del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Norma de urgencia que en lo que aquí interesa prohibió durante el año 2012 y para el entero sector público estatal la cobertura de las vacantes por jubilación, con la salvedad de los servicios esenciales (art. 3.4).

Nada mejor, a este respecto, que la reproducción literal de las palabras del propio Tribunal Supremo: «Hemos de decidir, frontalmente, si el RDL 20/2011 puede congelar no solo la oferta de empleo público sino, también, las exigencias que a la jubilación forzosa imponen el legislador (la examinada DA 10ª ex Ley 14/2005) y el convenio colectivo (art. 90). ¿Puede entenderse que la prohibición de proveer las vacantes por jubilación opera sobre el convenio colectivo de modo que la jubilación forzosa se lleva a cabo sin poner en juego sus contraprestaciones?» (F. J. 4.3).

Para la sentencia del tribunal madrileño recurrida en casación unificadora por el empresario<sup>10</sup>, la norma de urgencia antidéficit, el RDL 20/2011, no podía afectar ni a la disposición adicional 10ª ET ni al artículo 90 del I convenio colectivo de la Corporación RTVE por ser ambas normas especiales y por ello inmunes a la norma de urgencia posterior en el tiempo pero de carácter general. Asimismo, el RDL 20/2011 estaba pensado para las jubilaciones ordinarias, no así para las forzosas. Para la sentencia de contraste, también del tribunal madrileño<sup>11</sup>, la norma de urgencia antidéficit prevalecía por jerarquía normativa y por modernidad sobre las otras dos normas en liza, pudiendo pues acudir a la extinción contractual por jubilación forzosa sin la contrapartida convencional de la cobertura de la plaza vacante.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina, descartando por tanto la tesis de la sentencia de contraste, aunque sin por ello acoger la de la recurrida, elaborando más bien una doctrina propia y distinta, lo que constituye una práctica relativamente frecuente, aceptada desde luego por el Tribunal Constitucional (STC 172/1994, F. J. 3). El Supremo en lugar de moverse en el terreno de la mera legalidad ordinaria, en el juego de los principios de aplicación del Derecho en liza (jerarquía normativa, modernidad y especialidad), acude, tal y como resulta obligado (art. 5.1 LOPJ), a la jurisprudencia constitucional sobre la jubilación forzosa por convenio colectivo<sup>12</sup>. Y conforme a dicha jurisprudencia no puede haber jubilación forzosa ajustada a Derecho sin la contrapartida real del fomento convencional del empleo, esto es, el sacrificio de la vertiente individual del derecho constitucional al trabajo que supone la jubilación forzosa exige la satisfacción de la vertiente colectiva del mismo derecho constitucional mediante la efectiva política convencional de fomento del empleo.

---

expresión de las medidas de fomento del empleo en atención al complejo juego de las normas presupuestarias y de oferta de empleo público (F. J. 11). En la misma línea, la posterior STS, 4ª, 11-7-2012, rcud 4157/2011, F. J. 4. Sobre el particular, por todos, A. V. SEMPERE NAVARRO, «Jubilación forzosa de trabajadores en el sector público», en *Aranzadi. Revista Doctrinal*, 2009, núm. 8, pp. 7 ss.

<sup>10</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, 28-4-2014, recurso de suplicación 1584/2013.

<sup>11</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, 9-1-2014, recurso de suplicación 1505/2013.

<sup>12</sup> SSTC 280/2006, F. J. 6, y 341/2006, F. J. 3.

Con ser esta argumentación más que suficiente, podría haber introducido adicionalmente el Supremo la perspectiva europea a partir de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (art. 6), aplicada más de una vez por el TJUE a casos de jubilación forzosa por convenio colectivo<sup>13</sup>.

En definitiva, con la fundada doctrina fijada por el Supremo en la presente sentencia la jubilación forzosa por convenio colectivo en el sector público puede darse por desaparecida. Aunque la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, haya inaugurado una nueva etapa en materia de oferta pública de empleo, quedando atrás las restricciones para las políticas convencionales de fomento del empleo, difícilmente habrá a estas alturas convenios colectivos con cláusulas de jubilación forzosa anteriores a la reforma laboral de 2012 y todavía en su periodo de vigencia inicial.

### **3. EL RECURSO ILÍCITO A LA JUBILACIÓN FORZOSA COMO SUPUESTO DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD: LA CALIFICACIÓN DE NULIDAD DEL DESPIDO ATÍPICO**

Pese a emplear argumentos distintos, coinciden el Juzgado de lo Social número 5 de Madrid<sup>14</sup>, el TSJ de Madrid y el Tribunal Supremo en la calificación de nulidad del despido atípico del trabajador de la empresa pública Corporación RTVE afectado por la utilización ilícita de la cláusula convencional de jubilación forzosa. Para los tres órganos judiciales incurre el empresario en un supuesto de discriminación por razón de edad (avanzada). Téngase en cuenta que el Tribunal Constitucional, sin necesidad de apelar a los artículos 4.2.c) ET y 17.1 ET, que expresamente y desde la versión original de 1980 recogen la discriminación por razón de edad, ha reconocido en varias ocasiones que la edad es uno de los factores discriminatorios genéricamente prohibidos por el artículo 14 CE<sup>15</sup>. Eso por no hablar del TJUE de la mano del artículo 21.1 CDFUE, que expresamente se refiere a la edad como factor discriminatorio<sup>16</sup>.

El Tribunal Supremo consciente de la novedad y repercusión de la calificación de nulidad del despido atípico se apresura a aclarar que si en el pasado estos mismos casos merecieron siempre la calificación de improcedencia<sup>17</sup> era porque así se había pretendido por la parte demandante, a diferencia de lo sucedido en el presente litigio. Aunque no llegue a expresarlo abiertamente da a entender el Supremo que de haberse acogido en el pasado la

---

<sup>13</sup> De obligada lectura resulta la opinión de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, «Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo», en *Relaciones Laborales*, 2008, núm. 13, pp. 3 ss.

<sup>14</sup> Sentencia de 22 de abril de 2013 que aunque acertó en el fallo manejó una argumentación desafortunada. Por un lado, entendió que no se había cubierto de manera inmediata la vacante dejada por el trabajador despedido atípicamente, cuando el artículo 90 del I convenio colectivo de la Corporación RTVE daba un plazo de dos años. Por otro lado, y esto es todavía peor, entendía aplicable la nueva redacción prohibitiva de la disposición adicional 10ª ET por haberse producido el cese forzoso en el trabajo vigente ya la reforma laboral de 2012, cuando lo que dispone la disposición transitoria 9ª ET es cosa bien distinta.

<sup>15</sup> El caso reciente de la STC 66/2015, F. J. 3, en relación con el despido colectivo de trabajadores mayores de 55 años.

<sup>16</sup> Por todas, la STJUE, 19-4-2016, Asunto C-441 (2014), que da cuenta de la importante jurisprudencia previa del TJUE.

<sup>17</sup> Por todas, la más reciente STS, 4ª, 2-2-2016, rcud 1624/2014, F. J. 6.

calificación de nulidad sin petición expresa de la parte demandante se habría incurrido en incongruencia *ultra petita*. Ciertamente es que nada habría impedido la defensa de la nulidad a efectos dialécticos y sin embargo nunca tuvo lugar.

Una calificación de nulidad no exenta de controversia al fundarse exclusivamente en el resultado objetivo producido, aparentemente al margen del móvil discriminatorio de la decisión empresarial, que bien pudiera haber sido ajeno a la discriminación por razón de edad y ampararse en la cuando menos dudosa ilicitud de la cláusula convencional de jubilación forzosa. Adviértase que expresamente el artículo 55.5 ET habla de móvil discriminatorio cuando se refiere al despido nulo<sup>18</sup>. Con todo, bienvenida sea la calificación de nulidad por discriminación por razón de edad<sup>19</sup>. Lástima que la calificación de nulidad llegue demasiado tarde, pues tal y como se ha reiterado en este comentario el espacio que tiene por delante la jubilación forzosa por convenio colectivo es muy reducido y al borde de la extinción, si es que no está extinguida ya. Servirá, eso sí, para las sentencias todavía no firmes, pendientes del correspondiente recurso.

Si acaso, y puestos a hacer de abogado del diablo, cabría preguntarse si se habría llegado a esta misma calificación de haberse extinguido ilícitamente el contrato de trabajo por la vía formal del despido disciplinario (art. 54 ET) o por la del despido objetivo por ineptitud sobrevenida (art. 52.a] ET) en lugar de por la de la jubilación (art. 49.1.f] ET). Es de esperar que a partir de ahora la aportación de indicios razonables de posible discriminación por razón de edad permita defender en algunos casos la calificación de nulidad; no así en otros. Téngase en cuenta que muchos empresarios seguramente caigan en la tentación de continuar con la extendida tradición de la extinción contractual por jubilación forzosa del trabajador, canalizando las extinciones contractuales por otras vías y no siempre de forma ajustada a Derecho. Tiene aquí, por tanto, la posible discriminación por razón de edad un campo fértil y complejo a la vez.

---

<sup>18</sup> Sobre el móvil discriminatorio de los despidos nulos, entre otras muchas, las SSTC 62/2008 y 92/2008.

<sup>19</sup> Una parte de la doctrina venía defendiendo la calificación de nulidad en lugar de la de improcedencia. Así, por todos, J. L. TORTUERO PLAZA, «La jubilación forzosa en las políticas de empleo», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001, núm. 33, p. 260.

# El previsible fracaso del índice de revalorización de las pensiones públicas: ¿reforma o empobrecimiento de los pensionistas?

## The foreseeable failure of the annual revalorization index: reform or impoverishment of pensioners?

BORJA SUÁREZ CORUJO

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

### Resumen

Uno de los elementos claves del derecho a la pensión es el criterio para la revalorización periódica de su cuantía. El presente trabajo examina el índice de revalorización anual de las pensiones tras casi tres años de vigencia en España. A la vista de la previsible congelación de las pensiones en los próximos años, concluye que su regulación normativa es inadecuada para garantizar la suficiencia de renta en la tercera edad.

### Abstract

One of the key elements of the right to pension is the mechanism to periodically increase the amount initially granted. This article examines the Spanish index for annual revalorization that was introduced almost three years ago. In light of the foreseeable freezing of pensions in coming years, the conclusion points at the inadequacy of the current regulation unable of guaranteeing a sufficient income for citizens in old age.

### Palabras clave

Pensiones / Seguridad Social / Recortes / Constitución / Revalorización

### Keywords

Pensions / Social Security / Cutbacks / Constitution / Indexation

*La visión de la miseria de otros,  
¿nos hará orgullosos o nos hará humildes?*

Arthur Schopenhauer

## 1. PRELIMINAR

Las extraordinarias dificultades que atraviesa la Seguridad Social, y la consiguiente necesidad de plantear con urgencia respuestas de calado, no debería servir de pretexto para evitar un debate sobre cuestiones estructurales que resultan centrales en la articulación de cualquier sistema de pensiones. Incluso cuando estas cuestiones han de implicar un incremento del gasto en esta partida como premisa para la consolidación de la sostenibilidad social (adecuación), además de financiera, del sistema. Así, al tiempo que son urgentes medidas que permitan frenar la sangría que sufre el Fondo de Reserva ante los fuertes desequilibrios presupuestarios del sistema de Seguridad Social (superiores al 1% del PIB desde 2012, alcanzado el 1,7% en 2015), también es necesario analizar con rigor otros aspectos claves del régimen jurídico de las pensiones que de no regularse adecuadamente podrían llevar a una desvirtuación del derecho a una pensión.

Sólo en un contexto anómalo en el que la inflación se sitúa en tasas negativas desde 2014 puede explicarse que el drástico cambio en la regulación del criterio legal para la

revalorización de las pensiones que se aprueba en 2013 (*Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social*) no haya sido objeto de controversia. No en vano estas circunstancias excepcionales<sup>1</sup> han supuesto que la (semi)congelación –una pírrica subida del 0,25% por aplicación de la nueva regulación– se haya traducido en una ligera ganancia de poder adquisitivo para los pensionistas. Y, sin embargo, el cambio normativo mencionado resulta claramente pernicioso para los intereses de este colectivo desde el momento en el que la inflación recupere unas cotas (positivas) más normales, algo que ya puede anticiparse para finales de 2016 y, desde luego, para los años venideros<sup>2</sup>. Hasta el punto de que el mantenimiento de la regulación vigente conduce inexorablemente a un grave empobrecimiento de los pensionistas, un resultado de difícil encaje en nuestro marco constitucional que ha de alumbrar a su vez a una nueva regulación del mecanismo de revalorización.

## 2. EL MECANISMO DE REVALORIZACIÓN COMO PIEZA ESENCIAL DE LAS PENSIONES PÚBLICAS

Resulta muy llamativo que la determinación del criterio de revalorización anual de las pensiones haya sido una cuestión escasamente analizada por la doctrina laboralista española hasta hace muy poco. Esta sorpresa se fundamenta en las siguientes razones.

En primer lugar, deberíamos ser conscientes de que el mecanismo de revalorización de las pensiones constituye un elemento configurador del régimen jurídico de las pensiones cuya relevancia es extraordinaria en un doble sentido.

Desde una perspectiva *cualitativa* –determinante para garantizar la adecuación/suficiencia de las pensiones–, no cabe duda de que los criterios de actualización periódica de la cuantía inicialmente reconocida son claves, tal y como establece la normativa internacional<sup>3</sup> y nuestra propia Constitución en su artículo 50 CE<sup>4</sup>: en la medida en que la percepción de la pensión se prolonga durante largos periodos de tiempo (generalmente décadas), un criterio restrictivo de revalorización desvinculado de indicadores del nivel de vida de la sociedad –la evolución de los precios o de los salarios, por ejemplo, como criterios más habituales– puede implicar un riesgo cierto de empobrecimiento y de quiebra de la cohesión social<sup>5</sup>. Así lo reconoce expresamente el Tribunal de Justicia de la UE en el asunto Brachner (STJUE 20 de octubre de 2011), al resaltar que a la hora de enjuiciar la adecuación y suficiencia de las pensiones tan relevante es la fórmula empleada para el cálculo de la pensión inicial como la aplicada para la actualización posterior de la misma: “... al igual que la propia pensión, la posterior actualización de ésta tiene por objeto proteger contra el riesgo de vejez a las personas que hayan alcanzado la edad legal de jubilación, garantizándoles que

<sup>1</sup> La inflación media fue negativa en 2014 (-0,2%) y en 2015 (-0,5%).

<sup>2</sup> REINO DE ESPAÑA, *Actualización del Programa de Estabilidad 2016-2019*, 2016, p. 8.

<sup>3</sup> El artículo 65.10 del emblemático Convenio 102 de la OIT, sobre norma mínima de Seguridad Social, establece que “(l)os montos de los pagos periódicos en curso atribuidos para la vejez (...), para la invalidez y para la muerte del sostén de familia *serán revisados* cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida”.

<sup>4</sup> Cabe recordar que dicho precepto prevé que “(l)os poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad”.

<sup>5</sup> SOCIAL PROTECTION COMMITTEE – EUROPEAN COMMISSION, *The 2015 Pension Adequacy Report: current and future income adequacy in old age in the EU*, 2015, pp. 52, 56, 244.

puedan disponer de los medios necesarios para cubrir, en particular, sus necesidades como personas jubiladas<sup>6</sup>. En este sentido, puede afirmarse que se trata de una pieza determinante de la articulación del derecho a la protección frente al riesgo de vejez<sup>7</sup>.

Además resulta muy relevante la dimensión *cuantitativa* del índice de revalorización, decisiva en términos de sostenibilidad financiera del sistema español. Se alude en este caso al hecho de que el gasto en pensiones de la Seguridad Social correspondiente a las sucesivas revalorizaciones anuales representa actualmente más de una quinta parte (22% en 2015) del total, a pesar de la fuerte caída que ha supuesto la cuasi congelación de las cuantías en los últimos años<sup>8</sup>. Dada la magnitud de la partida en pensiones, la más voluminosa del presupuesto público, hablamos de más de 25.000 millones de euros anuales, ciertamente una cantidad extraordinaria en términos de esfuerzo presupuestario y, por ello, ‘víctima’ potencial para la aplicación de medidas de ahorro.

En segundo lugar, la sorpresa por la escasa atención prestada a este asunto también estriba en la limitada generosidad de la fórmula legal de revalorización aplicada antes de 2013. Como veremos enseguida, en el entorno comparado ha prevalecido hasta hace poco la utilización del crecimiento de los salarios como criterio de referencia, lo que supone por lo general una revalorización más alta que la que se vincula al IPC, por cuanto refleja, además de la subida de los precios, los incrementos de productividad<sup>9</sup>. Sin embargo, los términos del debate en España han llevado a convencer a la opinión pública de que la vinculación de la cuantía de las pensiones a la evolución de la inflación era una previsión justa, si bien excesivamente generosa ante la nueva realidad de la Seguridad Social (desequilibrio presupuestario y amenaza de envejecimiento de la población). Siguiendo este razonamiento, ello hacía difícilmente sostenible este criterio y justificaba su modificación. De manera que puede concluirse que el debate público sobre esta cuestión –incluyendo también a la propia doctrina laboralista– se ha planteado en unos términos poco claros, seguramente sesgados.

<sup>6</sup> Aun más explícita es la afirmación de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak en sus Conclusiones en el citado asunto *Brachner*: “... resulta difícil defender la existencia de una diferencia esencial entre la pensión de jubilación y su posterior actualización, ya que la actualización no es sino un nuevo cálculo del importe inicial”. En la misma línea se expresan otros guardianes de los textos fundamentales de los países de nuestro entorno como la Corte Constitucional italiana en su sentencia 70/2015, de 10 de marzo (SUÁREZ CORUJO, B. “La preservación del derecho a la revalorización de las pensiones en Italia. ¿Sonrojo español?”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 4, 2015, pp. 457 ss.).

<sup>7</sup> A juicio de la misma Abogada General Trstenjak, la parte integrante del régimen de protección frente a “... los riesgos de «vejez» (...) son también, necesariamente, los incrementos periódicos de [la] pensión (...) [con la] finalidad [de] garantizar el valor monetario de las pensiones y mantener su valor adquisitivo...” para así “... proteger a los beneficiarios contra un riesgo típicamente vinculado a la vejez, a saber, la pobreza de las personas mayores”.

<sup>8</sup> Téngase en cuenta que antes de la crisis la parte del gasto correspondiente a revalorizaciones llegó a representar cerca de una tercera parte (30,82% en 2008), cayendo aceleradamente desde entonces como consecuencia de los recortes, los cambios normativos y un anómalo nivel bajo de inflación. (Vid. *Informe económico-financiero al Proyecto de Presupuesto de la Seguridad Social para 2016*, pp. 178-179).

<sup>9</sup> Lo mismo ha sucedido con otro aspecto igualmente relevante en la determinación de la pensión que es el criterio de actualización de las cotizaciones realizadas a lo largo de la vida profesional (*valorisation*). Aquí también la regulación española, estable en el tiempo, resulta ser muy cicatera. Como es sabido, el artículo 209 TRLGSS prevé que las bases de cotización utilizadas para el cálculo de la pensión se actualizarán conforme a la evolución del IPC, a salvo de las correspondientes a los dos últimos años que son computadas en su valor nominal. Lo cierto es que este criterio –aparentemente razonable pues garantiza el poder adquisitivo–, contrasta con el más generoso, y habitual, por el cual el valor de las cotizaciones pasadas se actualiza de acuerdo con la evolución salarial.

Dicho lo cual, lo anterior en ningún caso significa que los gobiernos nacionales, la Comisión Europea y los organismos económicos internacionales no hayan sido conscientes del carácter crucial del mecanismo de revalorización de las pensiones. Pero su aproximación a la materia, en un contexto como el de los últimos años marcado por la crisis económica y las crecientes dificultades de la Seguridad Social, viene ¿inevitablemente? condicionado por la dimensión financiera del asunto. La apuesta por la reducción del gasto público (social) dentro de un proceso de consolidación fiscal que responde a una estrategia típicamente ‘austericida’ encuentra un ámbito propicio para el recorte en la mastodóntica partida destinada a pensiones y en un aspecto aparentemente secundario de éstas como la revalorización. Así, gobiernos como el español agotados ante una coyuntura muy adversa recurren a una medida que, de forma ‘sencilla’, sirve para ‘ahorrar’ al Estado una cantidad significativa de recursos sin que nominalmente –otra cosa son los efectos reales– se reduzcan las pensiones, lo que en apariencia, al menos, pone a salvo su legitimidad.

En concreto, y sin perjuicio de otras medidas más expeditivas que han recortado la cuantía nominal de las pensiones, cabe diferenciar en el contexto europeo dos tipos de actuaciones relacionadas con la previsión de revalorización de aquéllas y que se diferencian por su naturaleza coyuntural o estructural.

De una parte, un número significativo de países han acordado desde 2010 la congelación puntual de las pensiones a través de suspensiones temporales de los mecanismos de revalorización con variaciones en función del carácter total o parcial de la suspensión, de la exclusión de determinados colectivos o de la vigencia temporal<sup>10</sup>; y con algún sobresalto posterior para determinados gobiernos ante pronunciamientos judiciales que han declarado la inconstitucionalidad de la decisión<sup>11</sup>. España es un buen ejemplo que aplica, además, dos vías distintas para la consecución del objetivo de reducción del gasto: la congelación de las pensiones con la exclusión de las mínimas en 2011 y la no actualización de su cuantía por la desviación de la inflación en 2012. Enseguida volveremos sobre ello.

Mientras que, por otra parte, también se han producido cambios normativos por los que se modifica la configuración de los mecanismos de revalorización con vocación de

---

<sup>10</sup> Entre los países que tomaron la decisión de congelar las pensiones cabe mencionar a Grecia (todos los años entre 2010 y 2015), Chipre (durante el periodo 2013-2016), Letonia (2009-2012), Rumania (2011-2013), Croacia (2010-2011), Bulgaria (2012) y Francia (2014). Como variante, otros países aplicaron sólo una indexación limitada como en el caso de Austria (en 2013 y 2014) o Eslovenia (2010 y 2011, con congelación completa en 2012). Además, hay que mencionar el caso sueco en el que la reducción de la cuantía por aplicación del mecanismo legalmente previsto fue compensado con beneficios de carácter fiscal para los pensionistas (SOCIAL PROTECTION COMMITTEE – EUROPEAN COMMISSION, *The 2015 Pension Adequacy Report*, *op. cit.*, pp.174 ss.).

<sup>11</sup> Es el caso de Italia. La medida contenida en el *Decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201* consistente en la suspensión de la aplicación del mecanismo de *perequazione automatica* de las pensiones –excluidas las inferiores al triple de la mínima– fue declarada inconstitucional por la Sentencia de la Corte Constitucional 70/2015, de 10 de marzo, ya mencionada. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que durante el trienio 2014-2016 y dentro del programa de estabilidad presupuestaria se ha aplicado una regulación coyuntural –que el actual Gobierno pretende prorrogar para el bienio 2017-2018– por la cual sólo se revalorizan plenamente las pensiones cuya cuantía no supere los 1.502,64 euros mensuales que equivale al triple de la pensión mínima. Mientras, las pensiones de cuantía comprendida entre la citada cifra y los 3.005,73 euros mensuales (equivalente al séxtuplo de la pensión mínima) sólo se revalorizan parcialmente en un porcentaje decreciente a medida que aumente la pensión (entre 0,3% y 0,135%).

permanencia. Estas decisiones de carácter estructural responden a una orientación concreta –también de inspiración ‘austericida’– que persigue la contención del gasto en esta materia y se caracteriza por que los precios sustituyen a los salarios como parámetro de referencia en la mayoría de los casos<sup>12</sup>. Con una importante excepción: el nuevo índice de revalorización anual de las pensiones introducido en España por la Ley 23/2013 se aparta por completo de estos criterios. Como se expone a continuación, el resultado es tan original como inadecuado.

### 3. EL POLÉMICO ÍNDICE DE REVALORIZACIÓN ANUAL DE LAS PENSIONES INTRODUCIDO POR LA LEY 23/2013

#### 3.1. Algunas consideraciones críticas sobre el origen de la iniciativa

Las génesis del índice de revalorización anual (IRA) es bien conocida<sup>13</sup>. Pero interesa destacar algunos aspectos que ponen de manifiesto el polémico planteamiento que subyace en la decisión de impulsar el cambio en la regulación que se produce en 2013.

Para empezar, hay que insistir en que la regulación previa –recogida en el artículo 48 LGSS desde la Ley 24/1997– era poco ambiciosa en la medida en que se limitaba a garantizar el mantenimiento del poder de adquisitivo vinculando la cuantía de las pensiones a la evolución del IPC. No cabe duda de que esta ‘prudente’ formulación se encontraba condicionada por los elevados niveles de inflación de la economía española en los años ochenta y noventa. Pero en ningún momento pareció repararse que el criterio de referencia elegido (precios) contrastaba con el más extendido y generoso de la mayoría de países del entorno europeo.

En segundo lugar, no está de más recordar que la aplicación del mecanismo de revalorización no planteó ningún problema hasta el estallido de la crisis. Al contrario, contribuyó a dar certidumbre a los pensionistas al tiempo que se completaba –con mayor o menor intensidad en función del momento– con una política de mejora de las pensiones mínimas. De ahí que no pueda considerarse del todo precisa la afirmación contenida en el Preámbulo de la Ley 23/2013, según la cual, esa vinculación de la revalorización a la evolución de los precios había “... venido siendo cuestionada como consecuencia de los problemas de índole demográfica y económica”<sup>14</sup>.

En verdad, es la crisis económica la que cuestiona el funcionamiento de la fórmula. Primero, porque en 2009 la revalorización inicial sobre la previsión de inflación resultó ser muy superior al IPC de ese año (que tomaba como referencia, según la fórmula vigente entonces, el valor interanual de la inflación en noviembre)<sup>15</sup>. Segundo, porque en 2011 y 2012

<sup>12</sup> Vid. SOCIAL PROTECTION COMMITTEE – EUROPEAN COMMISSION, *The 2015 Pension Adequacy Report*, op. cit., p176, 174.

<sup>13</sup> Me remito a un trabajo previo: SUÁREZ CORUJO, B. “Las sombras de la inquietante Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de Seguridad Social”, *Documentación Laboral*, nº 99, 2013, pp. 46 ss.

<sup>14</sup> La OCDE destaca, en este sentido, que la fórmula de revalorización vinculada a precios fue observada con normalidad antes de la crisis económica (*Pensions at a glance 2015: OECD and G20 indicators*, OECD Publishing, Paris, p. 62 ([http://dx.doi.org/10.1787/pension\\_glance-2015-en](http://dx.doi.org/10.1787/pension_glance-2015-en))).

<sup>15</sup> Las pensiones se revalorizaron el 1 de enero de 2009 conforme a la previsión inicial de inflación para ese año, 2%, sin perjuicio de la subida adicional de las mínimas (hasta un 7,2% más). Dado que el IPC interanual en (...)

se suspendió parcialmente –por vías distintas– la aplicación del mecanismo legal: en aquél, limitando la revalorización a las pensiones mínimas, familiares y del SOVI, y condenando al resto de pensionistas a la pérdida de poder adquisitivo<sup>16</sup>; mientras que en éste lo que se produjo fue una polémica suspensión de la segunda parte de la fórmula de revalorización prevista para corregir la desviación del incremento inicial a final de año (noviembre)<sup>17</sup>. Y, tercero, porque en 2013 la revalorización se produce conforme a criterios ajenos a la fórmula legal hasta ese momento vigente, desvinculándola de la evolución de la inflación<sup>18</sup>.

Un penúltimo comentario tiene que ver con la distorsionada alusión al III Pacto de Toledo (2011) con la que la Ley 23/2013 pretende justificar en su Preámbulo la sustitución del mecanismo de revalorización de las pensiones por una nueva fórmula desvinculada de la evolución de los precios. Recuerda que el citado acuerdo planteaba la conveniencia de estudiar la posibilidad de introducir otros índices de revalorización basados “... en el crecimiento de los salarios, la evolución de la economía o el cómputo de las cotizaciones a la Seguridad Social”, entre otros posibles criterios, y conminaba a analizar también los efectos que tales índices habrían tenido en la sostenibilidad del sistema de pensiones en los países de nuestro entorno. Lo curioso es que el legislador obvia que esa recomendación (segunda) del Pacto de Toledo parte de una firme defensa del “... mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas, su garantía por Ley y su preservación...” por considerar que los “... pensionistas son, sin duda, uno de los sectores de población más perjudicados por las variaciones crónicas –generalmente al alza– que la inflación ocasiona sobre el coste de la vida”. Es decir que la revisión del mecanismo de revalorización que se propone debía preservar como contenido mínimo la garantía del poder adquisitivo, algo que, como enseguida veremos, era evidente ya en el momento de la aprobación que la nueva fórmula no cumplía.

Finalmente, cabe recordar que la nueva regulación del índice de revalorización anual –actualmente recogida en el artículo 58 TRLGSS– resulta de la traslación al ámbito normativo de la propuesta elaborada por “... un Comité de Expertos independientes...” designados en 2013 con el fin de elaborar un informe sobre el factor de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social<sup>19</sup>. En verdad, el mandato legal no se refería en ningún momento a la modificación del mecanismo de actualización de las pensiones; pero el citado comité decidió incorporarlo como un segundo elemento de lo que presentaba como un factor de sostenibilidad “de tercera generación”. Debe reprocharse, sin duda, que en ningún momento se explicaran las razones que justificaban esta extralimitación de cometidos. Pero quizá lo más grave es que esta actuación puso una vez más de manifiesto las preocupantes carencias del debate público en nuestro país sobre cuestiones de extraordinaria relevancia. En este

---

noviembre de ese año no pasó del 0,3%, se produjo una ganancia de poder adquisitivo del 1,7% (muy superior en el caso de las pensiones mínimas).

<sup>16</sup> La medida, prevista por el *Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público*, dio lugar a una pérdida de poder adquisitivo del 2,9% ese año.

<sup>17</sup> *Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social*. La polémica estribó, entre otros motivos, en que ese Decreto-ley entró en vigor después del mes de noviembre (el 1 de diciembre), lo que dio lugar a la interposición de un recurso de inconstitucionalidad que el Tribunal Constitucional desestimó en la STC 49/2015, de 5 de marzo.

<sup>18</sup> El mismo RDL 28/2012 preveía una revalorización en 2009 del 2% para las pensiones inferiores a 1.000 euros mensuales, y del 1% para el resto.

<sup>19</sup> Disposición Adicional 9ª del *Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo*.

caso, la propuesta elaborada por ese grupo de expertos fue recibida por la opinión pública como una reforma ineludible sin ser sometida a un necesario escrutinio a pesar de las insuficiencias del informe por su sesgo y la falta de análisis de experiencias comparadas. El siguiente apartado así lo ilustra.

### 3.2. Breve análisis de su régimen legal

No se pretende en este trabajo realizar un análisis detenido de la regulación legal del índice de revalorización anual vigente tras la Ley 23/2013. Más allá de cuestiones más técnicas<sup>20</sup>, se persigue una descripción básica de los engranajes del mecanismo que nos ha de servir de presupuesto para su examen desde una perspectiva constitucional y para entender las claves que permiten anticipar su (mal) funcionamiento.

La citada norma vino a sustituir el mecanismo de actualización automática conforme al incremento del IPC por una nueva previsión que condiciona la revalorización de las pensiones a la situación financiera del sistema de Seguridad Social a través de una compleja fórmula matemática desconocida en el panorama europeo. En virtud del vigente artículo 58 TRLGSS, “(l)as pensiones contributivas de la Seguridad Social<sup>21</sup>, incluido el importe de la pensión mínima, serán incrementadas al comienzo de cada año en función del Índice de Revalorización previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”. En concreto, el índice se calcula conforme a una fórmula matemática plasmada en el apartado 2 del mismo precepto y del que resulta un coeficiente topado entre un mínimo del 0,25% y un máximo no superior en un 0,5% al Índice de Precios al Consumo “... en el periodo anual anterior a diciembre del año  $t$ ”:

$$IR_{t+1} = g_{I,t+1} - g_{p,t+1} - g_{s,t+1} + \alpha [I^*_{t+1} - G^*_{t+1} / G^*_{t+1}]$$

Sin ánimo de entrar en más detalles, hay que anotar que la fórmula está integrada por dos componentes. El primero de ellos toma en consideración la tasa de variación de tres elementos: los ingresos del sistema ( $g_{I,t+1}$ ) –básicamente las cotizaciones sociales y la aportación estatal para la financiación de los complementos a mínimos–; el número de pensiones contributivas ( $g_{p,t+1}$ ); y el ‘efecto sustitución’ ( $g_{s,t+1}$ ), definido como “... la variación interanual de la pensión media del sistema en un año en ausencia de revalorización en dicho año”. En concreto, la fórmula establece que a la variación de los ingresos deben restarse las variaciones de los dos restantes elementos, número de pensiones y pensión media, que no es otra cosa que la evolución del gasto. Por su parte, el segundo ( $\alpha [I^*_{t+1} - G^*_{t+1}]$ )<sup>22</sup> refleja el equilibrio (o no) de los ingresos y gastos del sistema a lo largo del ciclo económico.

<sup>20</sup> Véase: SUÁREZ CORUJO, B. *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2014, pp. 292 ss.

<sup>21</sup> También se aplica a las pensiones de Clases Pasivas, tal como prevé el artículo 27.1 Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (Real Decreto-legislativo 670/1987, de 30 de abril).

<sup>22</sup> Donde  $I^*_{t+1}$  corresponde a la media móvil geométrica centrada en  $t+1$  de once valores del importe de los ingresos del sistema de la Seguridad Social, y  $G^*_{t+1}$  a la misma media de los gastos del sistema. Por su parte,  $\alpha$  es un parámetro que modula de la velocidad de ajuste con un valor revisable cada cinco años y comprendido entre 0,25 y 0,33.

De este modo, la revalorización anual de las pensiones se hace depender de una favorable evolución del crecimiento de los ingresos, del número de pensiones y de la cuantía media, así como del equilibrio entre ingresos y gastos del sistema. Se constata que la fórmula queda desligada del comportamiento de la inflación, anulando por tanto la garantía de poder adquisitivo, para buscar únicamente la preservación de la estabilidad financiera del sistema<sup>23</sup>.

En la medida en que cupiera prever que un funcionamiento ‘normal’ de la fórmula habría de garantizar –con carácter general, al menos– una revalorización periódica de las pensiones, podría considerarse que el nuevo IRA se ajusta a las exigencias constitucionales para este tipo de mecanismos a las que luego se hará referencia. El problema es que ya en el momento de la aprobación de la Ley 23/2013 se podía prever, y hoy se puede anticipar con mayor fundamento a la vista de las actuales dificultades financieras del sistema desde 2012 y su evolución en el corto y medio plazo, que durante un periodo significativo de tiempo las pensiones no pasarán de revalorizarse un 0,25%, el mínimo legal establecido, lo que ha de suponer una importante pérdida de poder adquisitivo en cuanto el comportamiento de la inflación supere la anomalía actual<sup>24</sup>. Así lo confirma la Autoridad Independiente para la Responsabilidad Fiscal (AIREF), tal como se expone a continuación.

### 3.3. El mundo al revés: ¿Un mecanismo de devaluación de las pensiones?

En cumplimiento del artículo 58.6 TRLGSS, la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal ha emitido sendas opiniones sobre la determinación del índice de revalorización de las pensiones en los años 2015 y 2016. En ellas –me centraré en la del presente año– se contiene información muy valiosa acerca de la aplicación del citado mecanismo, así como de la situación financiera, presente y futura, de la Seguridad Social<sup>25</sup>.

Para empezar, no es anecdótico que la AIREF señale de forma explícita que las previsiones del Gobierno sobre los ingresos del sistema de Seguridad Social durante el periodo 2016-2021 son “optimistas”, eufemismo con el que quiere indicar que resultan muy poco creíbles. Ello se explica principalmente por los desfasados presupuestos de 2015 y 2016 en los que se ha ignorado que la progresiva recuperación del empleo ha supuesto, sólo de forma limitada, una mejora de las cotizaciones. Y es que éstas se han visto lastradas por el proceso de devaluación interna (salarial), por los recortes en la protección por desempleo y por el recurso a la reducción de cuotas sociales con cargo a la propia Seguridad Social como medida de fomento del empleo<sup>26</sup>. En todo caso, la proyección de ingresos, más realista,

---

<sup>23</sup> Típica solución ‘ordoliberal’ en los términos definidos por: BLYTH, M. *Austeridad. Historia de una idea peligrosa*, Crítica, Barcelona, 2014, p. 126.

<sup>24</sup> Se ha destacado “... su alta sensibilidad a los años malos” (OCHANDO CLARAMUNT, C. – SALVADOR CIFRE, C. “Reformas paramétricas del sistema público de pensiones español (II): Efectos sobre la contributividad y la equidad de la Ley 23/2013”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 4, 2015, p. 246). Estimando una inflación anual del 2%, los autores calculan que cada año en el que corresponda aplicar el incremento mínimo de 0,25% necesita 3,5 años con subidas máximas (inflación más 0,5%) para recuperar el poder adquisitivo (*idem*, p. 245).

<sup>25</sup> AIREF, *Opinión sobre la determinación del Índice de Revalorización de las Pensiones 2016*, 3 de noviembre de 2015.

<sup>26</sup> AIREF, *Informe Proyectos y Líneas Fundamentales de Presupuestos de las Administraciones Públicas*, 28 de septiembre de 2015. El “Grupo de Investigación en Pensiones y Protección Social” de la Universidad de Valencia (J.E. DEVESA CARPIO *et al.*) ofrece datos muy interesantes al respecto a partir de la información (...)

permite a la AIREF anticipar el agravamiento del desequilibrio de las cuentas de la Seguridad Social en 2016<sup>27</sup> y la más que probable persistencia de un desequilibrio que se extenderá, como mínimo, hasta 2021.

Tan relevante como lo anterior son los dos aspectos que la AIREF reconoce implícitamente. De un lado, se deduce que ante esta perspectiva negativa de evolución financiera del sistema es previsible que en un futuro muy cercano (casi con seguridad, 2018) el Fondo de Reserva, con el que se ha cuadrado el presupuesto desde 2012, se agote<sup>28</sup>. Y, de otro –lo que aquí más interesa– cabe anticipar que ese nivel de ingresos y el saldo negativo de la Seguridad Social van a suponer la cuasi congelación nominal de las pensiones durante al menos los próximos seis años (una ‘revalorización’ del 0,25%) como consecuencia de la aplicación de la fórmula establecida como índice de revalorización anual. Concretamente, la estimación que realiza el “Grupo de Investigación en Pensiones y Protección Social” de la Universidad de Valencia arroja como resultado un valor negativo de (-)2,52%; tal es, por tanto, el porcentaje teórico que tendrían que haberse reducido las pensiones, de no ser por el mínimo legal fijado en +0,25%. Aún más alarmante es que el mismo grupo de expertos calcula a partir de los datos del primer semestre de 2016 que el índice de revalorización teórico para 2017 sería a un más bajo: un (-)3,11%<sup>29</sup>.

Todo ello lleva a concluir que, salvo que el IPC se mantenga en niveles anómalamente bajos o negativos como los actuales –algo que los expertos descartan–, los pensionistas parecen abocados a sufrir una importante pérdida de poder adquisitivo. Las previsiones de inflación para final de año ya apuntan un repunte que se ha de consolidar a lo largo de 2017 para acabar con un IPC medio por encima del 1%<sup>30</sup>, lo que en un plazo de seis podría suponer una devaluación de las pensiones de alrededor del 10%<sup>31</sup>. En esta línea, el COMITÉ DE PROTECCIÓN SOCIAL de la Unión Europea y la COMISIÓN estiman que la nueva regulación del mecanismo regulador de la revalorización aplicable en España habrá de implicar sobre la cuantía inicial de la pensión una caída del 11% en el transcurso de una

---

facilitada por la Seguridad Social. Así, durante 2015 el volumen de cotizaciones creció un 1,35% a pesar de la evolución positiva del PIB (+3,2%). La explicación de esta pobre evolución de los ingresos por cotizaciones tiene que ver con el hecho de que el significativo aumento del número de afiliados ocupados (+3,15%) se ve en buena medida compensado por una disminución de la cotización media por ocupado (-0,50%) y por una reducción del peso de las cotizaciones de desempleados en el conjunto de cuotas (-1,31%). En consecuencia, las cotizaciones sociales han perdido peso respecto del PIB (-2,43%) [[http://www.uv.es/pensiones/docs/sistema-publico-pensiones/Eje\\_2015.pdf](http://www.uv.es/pensiones/docs/sistema-publico-pensiones/Eje_2015.pdf)].

<sup>27</sup> AIREF, *Informe sobre el cumplimiento esperado de los objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública y regla de gasto 2016 de las AAPP*, 19 de julio de 2016. El citado “Grupo de Investigación en Pensiones y Protección Social” estima que el saldo del sistema de Seguridad Social por operaciones no financieras tras el segundo trimestre de 2016 (julio 2015-junio 2016) arroja un déficit anual 17.261 millones de euros, lo que equivale al 1,57% del PIB, el mayor desfase hasta la fecha. Y aún más preocupante resulta la evolución de la parte contributiva –es decir, descontando los ingresos y gastos no contributivos y las transferencias internas–, pues asciende a 18.170 millones de euros, un 1,66% del PIB ([http://www.uv.es/pensiones/docs/sistema-publico-pensiones/Eje\\_2016T2.pdf](http://www.uv.es/pensiones/docs/sistema-publico-pensiones/Eje_2016T2.pdf)).

<sup>28</sup> Tras las últimas retiradas el pasado mes de julio, el Fondo de Reserva ya sólo acumula 24.207 millones de euros. Es decir que en cuatro años se ha agotado casi dos terceras partes del máximo alcanzado en 2012 (69.252 millones de euros).

<sup>29</sup> [http://www.uv.es/pensiones/docs/sistema-publico-pensiones/IRP\\_2016T2.pdf](http://www.uv.es/pensiones/docs/sistema-publico-pensiones/IRP_2016T2.pdf)

<sup>30</sup> El panel de previsiones de FUNCAS estima una inflación del 0,7% en diciembre de 2016. Y una inflación media de 1,3%.

<sup>31</sup> Previsiones sobre IPC de FUNCAS (13 de julio de 2016).

década, uno de los cambios normativos más regresivos en esta materia que se han producido en el marco comparado en años recientes<sup>32</sup>.

Como apunte final, hay que subrayar por su especial gravedad que la fórmula se aplica a todas las pensiones, incluidas las mínimas. Se trata de una regulación sin parangón en el ámbito europeo, donde prácticamente todos los países garantizan un incremento anual por encima de IPC<sup>33</sup>.

### 3.4. La dudosa constitucionalidad del índice de revalorización

A la vista de lo anterior, parecen reforzarse las dudas de constitucionalidad ya expresadas en otro trabajo<sup>34</sup> y compartidas por miembros relevantes de la doctrina laboralista<sup>35</sup>.

El primero de los motivos de inconstitucionalidad –directamente ligado a la trayectoria de devaluación comentada– apuntaría a la vulneración del artículo 50 CE por incumplir el mandato a los poderes públicos, que allí se establece, de garantizar la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas. En síntesis, esta línea argumental crítica parte de la configuración de la Seguridad Social como una función del Estado de la que deriva una obligación de tutela de los pensionistas, que se articula a través de la suficiencia de las pensiones. Y aunque el legislador dispone de un amplio margen de actuación, no puede vaciar de contenido tal exigencia, lo que se traduce en evitar el empobrecimiento de pensionistas. En la medida en que, como se señalaba, la aplicación del IRA implica un grave riesgo de pérdida (progresiva) de poder adquisitivo de las pensiones cuya suficiencia estaría garantizada.

En segundo lugar, puede también apreciarse en la configuración legal del índice de revalorización una discriminación indirecta por razón de género contraria al artículo 14 CE. La razón es que, detrás de una formulación aparentemente neutra, se oculta que la pérdida previsible de poder adquisitivo del colectivo de pensionistas supone un mayor perjuicio (riesgo de empobrecimiento) para las mujeres en la medida en que representan dos tercios de los perceptores de las pensiones más bajas, con el agravante de que su esperanza de vida –y, por tanto, el número de años de percepción de la pensión– es también más larga.

Desde una perspectiva distinta, un último motivo de inconstitucionalidad se circunscribe al supuesto de aplicación de esta nueva fórmula a aquellos que accedieron a la pensión antes de 2014 con un mecanismo de revalorización que garantizaba el mantenimiento del poder adquisitivo. Cabría entender que se produce una quiebra del principio de confianza legítima, derivado del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, que protege a los ciudadanos que ajustan su conducta a la legislación frente a cambios no razonablemente previsibles: en el

<sup>32</sup> *The 2015 Pension Adequacy Report, op. cit.*, pp. 212-213.

<sup>33</sup> EUROPEAN COMMISSION, *The Ageing Report 2015*, p. 94.

<sup>34</sup> SUÁREZ CORUJO, B. “Las sombras...”, *op. cit.*, pp. 35 ss.

<sup>35</sup> LÓPEZ GANDÍA, J. “La dimensión constitucional de la reforma de las pensiones”, *Relaciones Laborales*, nº 5, 2014, pp. 25 ss.; MONEREO PÉREZ, J.L. – FERNÁNDEZ BERNAT, J.A. *La sostenibilidad de las pensiones públicas: Análisis de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la seguridad social*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 125 ss.

momento de acceso a la pensión tenían la expectativa de no empobrecerse, por lo que podría defenderse que la introducción del índice de revalorización constituyó un cambio sobrevenido que resultó abusivo por la intrínseca vulnerabilidad de un colectivo con escasa capacidad de reacción ante el riesgo de empobrecimiento.

#### **4. MIRANDO AL FUTURO (Y AL EXTERIOR): LA NECESARIA REFORMA DEL MECANISMO DE REVALORIZACIÓN**

La constatación del fracaso que ha de suponer la aplicación del índice de revalorización anual introducido por la Ley 23/2013 a partir de la propuesta del grupo de expertos exige una reflexión sobre cómo encarar el problema que va a generar. Resulta difícil imaginar –y sería desde luego lamentable– que se mantuviera la vigencia de una fórmula de revalorización que implica dos graves riesgos para la población pensionista: pobreza y desigualdad. Por ello, parece previsible que ante la recuperación de la inflación se plantee y lleve a cabo una reforma de este mecanismo. ¿En qué términos? Teniendo presentes otras experiencias comparadas, cabe hacer algunas consideraciones al respecto.

Con carácter general, debe llamarse la atención sobre el hecho de que la importancia del mecanismo de revalorización dentro del sistema de pensiones como pieza clave para combatir el riesgo de pobreza y garantizar la adecuación de las prestaciones está llamada a acentuarse en los próximos lustros como consecuencia de dos fenómenos íntimamente relacionados: uno, la extensión de carreras profesionales irregulares e inestables que dan lugar a pensiones más reducidas por el bajo nivel de cotizaciones; y otro, la mayor dependencia de las pensiones públicas de ese colectivo de trabajadores precarios sin capacidad de ahorro a través de otros instrumentos privados complementarios<sup>36</sup>.

De forma más específica, la necesidad de sustituir en el ordenamiento español el tan original como anómalo índice de revalorización vigente desde 2014 ha de tener presente la existencia de dos fórmulas principales de indexación en el contexto comparado, tal como describe el último informe de la OCDE<sup>37</sup>.

Un primer criterio de revalorización de las pensiones es el que se vincula a la evolución de los salarios. Se trata de una fórmula neutra en términos relativos, pues hace partícipes a los pensionistas de la marcha general de la economía a través de una evolución paralela a la de las rentas salariales de los trabajadores en activo. Por eso, se considera que cualquier mecanismo de indexación que no garantice un crecimiento paralelo a la evolución salarial implica un riesgo de pobreza, especialmente para los pensionistas con cuantías más bajas<sup>38</sup>.

El criterio alternativo de indexación es el que liga la cuantía de las pensiones a la evolución anual de los precios. De este modo se establece una garantía de mantenimiento del nivel de vida alcanzado en el momento de acceso a la pensión. Pero en términos relativos esto supone una pérdida de valor pues no alcanza el incremento salarial que incluye el alza de precios y el crecimiento de la productividad. Hasta el punto de que,

<sup>36</sup> OCDE, *Pensions at a glance 2015...*, op. cit., pp. 62 y 67.

<sup>37</sup> OCDE, *Pensions at a glance 2015...*, op. cit., pp. 59 ss.

<sup>38</sup> COMISIÓN EUROPEA, *The Ageing Report 2015...*, op. cit., p. 94.

como advierte la OCDE, la prolongación en el tiempo de esta fórmula (precios) aumenta el riesgo de pobreza<sup>39</sup>.

Por esta última razón, hasta hace poco tiempo la vinculación a precios como criterio de revalorización era relativamente infrecuente, salvo en pensiones de naturaleza asistencial. Algo, como se ha visto, que en cierta medida ha cambiado: varias de las más recientes reformas en el ámbito comparado han acogido este tipo de indexación ligada a precios. Pero, pensando en la modificación del artículo 58 TRLGSS y la sustitución del IRA, no parece razonable optar por simplemente recuperar la regulación anterior, vigente hasta 2013, cuando se constata que a ojos de la OCDE –organismo nada sospechoso de una defensa irresponsable de las pensiones públicas– un criterio de revalorización de este tipo resulta inadecuado por insuficiente. La regulación (mínima) que plantea es mucho más ambiciosa.

Como pone de manifiesto en su informe *Pensions at a glance 2015*<sup>40</sup>, la OCDE considera, en un plano normativo, que la revalorización de las pensiones debería vincularse a la evolución de los salarios, pues ligarlo a los precios incrementa el riesgo de pobreza. Pero consciente del impacto financiero que una medida así puede tener en un contexto de envejecimiento de la población, plantea una modulación. Concretamente, su propuesta es que las pensiones (del primer pilar) deben indexarse a los salarios descontando la variación de la tasa de dependencia de los mayores de 65 años respecto de la población ocupada. La aplicación de este criterio supondría que la revalorización media en los países de la OCDE sería la correspondiente al incremento del IPC + 0,5%, algo que además permitiría mantener el nivel de gasto en pensiones en términos de PIB.

## 5. REFLEXIONES FINALES

Las páginas anteriores ponen de manifiesto que la reforma de las pensiones llevada a cabo por la Ley 23/2013 no fue, en absoluto, una modificación insustancial. Sin olvidar la también discutible regulación del factor de sostenibilidad, la sustitución del mecanismo de revalorización que garantizaba el poder adquisitivo de las pensiones por una nueva fórmula que persigue la preservación de la estabilidad presupuestaria a costa del nivel de vida de los pensionistas constituyó un cambio mayúsculo que implica –con certeza en el corto plazo– la congelación de las pensiones, tal como pronostica la Autoridad Independiente para la Responsabilidad Fiscal.

Pero el problema de este novedoso mecanismo de indexación es aun más grave, pues esa ‘congelación’ (mera subida anual de 0,25%) no va a circunscribirse a este periodo crítico todavía muy condicionado por los estragos de la crisis económica. El incremento del número de pensionistas consecuencia de la jubilación de la generación del *baby boom* –una de las variables que integran la singular fórmula para el cálculo– va a intensificarse significativamente a partir de mediados de la próxima década haciendo (casi) inviábiles las revalorizaciones anuales de las pensiones en el largo plazo: sólo ante crecimientos excepcionales de los ingresos –otra de las variables– en el futuro cabe concebir incrementos anuales equivalentes o próximos a la inflación, y a lo cual se añade la previsión que limita

<sup>39</sup> OCDE, *Pensions at a glance 2015...*, op. cit., p. 61.

<sup>40</sup> OCDE, *Pensions at a glance 2015...*, op. cit., pp. 66 ss.

también la subida máxima (IPC+0'5%) cegando una hipotética vía para la recuperación del poder adquisitivo perdido.

Buena prueba de lo anterior son las previsiones sobre el impacto que la aplicación del índice de revalorización anual –junto a la del factor de sostenibilidad a partir de 2019– ha de tener en el gasto público en pensiones: un recorte de 3,4 puntos porcentuales del PIB en 2050, tal como reconoce el Gobierno español en la *Actualización del Programa de Estabilidad 2016-2019* <sup>41</sup> remitido a la Comisión Europea. Es decir que, según estas estimaciones, dedicaremos entonces al pago de las pensiones aproximadamente lo mismo que hoy, pese a que el número de jubilados se habrá casi duplicado. Ello necesariamente implica que, de mantenerse la regulación, las pensiones futuras serán mucho más bajas que las actuales, lo que pondría en entredicho la exigencia constitucional de garantizar la suficiencia de las pensiones.

Por todo ello, cabe concluir que la regulación del índice de revalorización anual de las pensiones del artículo 58 TRLGSS es una regulación fallida, abocada al fracaso. Parece difícil imaginar que los poderes públicos consientan el previsible empobrecimiento de los pensionistas como consecuencia de la aplicación de esta fórmula de indexación. Por lo que cabe augurarle una corta vigencia: el IRA deberá ser sustituido por un mecanismo distinto.

Sin ánimo de entrar aquí en las características que debería tener esa regulación futura, conviene llamar la atención sobre dos aspectos. Uno, sería bueno que en la elaboración del nuevo mecanismo de revalorización se tuviera presente la realidad comparada y la opinión de los organismos internacionales que se han pronunciado al respecto. Y, otro, no habría que perder de vista que la revalorización constituye una pieza fundamental del derecho a la pensión constitucionalmente reconocido, lo que incide en la consideración que merecen sus implicaciones económicas.

---

<sup>41</sup> Del 15,8% descendería al 12,3% del PIB en 2050, siendo así que en 2013 alcanzó el 11,8% (*op. cit.*, p. 90).



# Jubilación anticipada, cotización durante la percepción del subsidio por desempleo y cómputo del período de carencia

---

## Retraite anticipée, cotisation pendant la perception de l'allocation pour chômage et calcul du période de manque

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA

### Resumen

El presente comentario aborda el análisis de la STS 13 mayo 2015 en la que se cuestionan los efectos que la cotización durante la percepción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años despliega en el cómputo del período de carencia para el acceso a la pensión de jubilación.

### Abstract

Ce commentaire fait un examen de l'arrêt de la Cour de Cassation 13 mai 2015 dans laquelle on demande sur les effets que la cotisation pendant la perception de l'allocation pour chômage pour âgées de 52 ans a dans le calcul du temps de manque pour l'accès à la pension de retraite.

### Palabras clave

Desempleo, cotización, jubilación anticipada, carencia

### Keywords

Chômage, cotisation, retraite anticipée, temps de cotisation

## 1. JUBILACIÓN ANTICIPADA: CONTRAPOSICIÓN DE INTERESES (DIRIGENTES/ADMINISTRADOS) ANTE UN MUNDO DE RELACIONES LABORALES INCIERTO

Al comienzo de la presente década la Decisión 2010/707/UE del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros<sup>1</sup>, instaba a los Estados miembros, en las directrices núm. 7 y 8, a aumentar la participación de la mano de obra mediante políticas que promoviesen el envejecimiento activo, a acrecentar las tasas de empleo de los trabajadores de más edad mediante el fomento de la innovación en la organización del trabajo y a incrementar la empleabilidad de los trabajadores de más edad mejorando sus aptitudes y su participación en los sistemas de aprendizaje permanente. Por su parte, en la directriz núm. 10 se hacía hincapié en la necesidad de potenciar los sistemas de protección social, el aprendizaje permanente y las políticas de inclusión activa para crear oportunidades en las distintas fases de la vida de las personas, protegerlas contra el riesgo de pobreza y exclusión social y reforzar su participación activa en la sociedad<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> DOUE L 308 de 24.11.2010.

<sup>2</sup> Cfr. Decisión Núm. 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012), considerando 21 (DOUE L 246 de 23.9.2011).

Poco más de un año después, la Comisión Europea publicaba el *Libro Blanco: Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*<sup>3</sup>, en el que se afirmaba que el aumento de la longevidad, junto con el paso a la jubilación de los nacidos del *boom* de natalidad, tendría consecuencias económicas y presupuestarias de gran alcance en la UE. Por tanto, ahora, continuaba el documento, “es más urgente que nunca diseñar y poner en práctica estrategias globales para adaptar los sistemas de pensiones a las cambiantes circunstancias económicas y demográficas. [...] La reforma de los sistemas de pensiones y las prácticas de jubilación son fundamentales para mejorar las perspectivas de crecimiento de Europa y, en algunos países, se necesitan urgentemente como parte de las medidas actuales destinadas a restablecer la confianza en las finanzas públicas”<sup>4</sup>.

Este documento, en sus casi cincuenta páginas, establecía una agenda destinada a lograr que las pensiones fueran adecuadas y sostenibles en el tiempo y proponía orientaciones e iniciativas políticas a largo plazo a nivel europeo, a través de las cuales la UE podía ayudar a los responsables nacionales a la formulación de políticas reformistas: vincular la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida; restringir el acceso a los planes de jubilación anticipada; favorecer la prolongación de la vida laboral (actuando de manera coordinada en ámbitos de la salud, lugar de trabajo y empleo); acabar con las diferencias entre hombres y mujeres en materia de pensiones; optimizar el papel de los planes de ahorro privados complementarios de jubilación....

Los informes y documentos de carácter nacional no eran ajenos a esta problemática y concordaban en la solución. Así, de una parte, el *Acuerdo para la Reforma y Fortalecimiento del Sistema Público de Pensiones*, parte primera del *Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones*<sup>5</sup>, buscaba garantizar la sostenibilidad a largo plazo del Sistema público de Seguridad Social, especialmente en materia de pensiones, para lo que introduce reformas importantes en materia de jubilaciones: incorpora el concepto de carrera laboral completa, retrasa la edad de acceso, modifica aspectos en materia de cómputo, incentiva la prolongación de la vida activa.... De otra, el extenso *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*<sup>6</sup> consideraba la prolongación de la vida laboral de los ciudadanos como un objetivo necesario y deseable. En este sentido, la Comisión no

---

<sup>3</sup> Cfr. Comisión Europea: *Libro Blanco: Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, COM (2012) Bruselas, 16.2.2012.

El acceso electrónico a este documento se puede realizar, entre otros lugares, a través del siguiente enlace Web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0055:FIN:ES:PDF>.

<sup>4</sup> Cfr. nota 3, pág. 3.

<sup>5</sup> Este Acuerdo global, suscrito por el Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales el 2 de febrero de 2011, tal y como se recoge en su introducción, *in fine*, integra distintos tipos de acuerdo. El primero de ellos, de carácter tripartito, se refiere a tres ámbitos específicos: la reforma y el fortalecimiento del sistema público de pensiones, el desarrollo de las Políticas Activas de Empleo y otras medidas de índole laboral, y, por último, el ámbito de las políticas industrial, energética y de innovación. La segunda parte recoge un compromiso de carácter bipartito entre el Gobierno y las Organizaciones Sindicales, que aborda diversas cuestiones relativas a la Función Pública. Finalmente, el tercer Acuerdo es de naturaleza bilateral entre las Organizaciones Empresariales y Sindicales, y en él se establecen los criterios básicos para la reforma de la negociación colectiva”.

El acceso a este Acuerdo se puede realizar en:

<http://www.upct.es/ce/documentos/Acuerdo%20social%20y%20economico%20de%20febrero%202011.pdf>.

Una lectura sucinta a este documento, en GIL Y GIL, J. L.: “El Acuerdo Social y Económico”, *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, núm. 253 (2011), págs. 106 a 108.

<sup>6</sup> Cfr. BOCG –*Congreso de los Diputados*–, núm. 513, de 31 de enero de 2011.

permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo estimaba que era amplio el conjunto de medidas que se podrían adoptar para incrementar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, conteniendo en su Recomendación 12, bajo el epígrafe *Edad de jubilación*, un vasto paquete de actuaciones coincidentes con las ya expresadas (carrera de cotización...).

Estas propuestas tuvieron pronta traslación al ordenamiento jurídico. Varios de sus planteamientos se plasmaron en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Otros fueron atendidos por el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo<sup>7</sup>, contemplando medidas en el ámbito de la jubilación anticipada, la jubilación parcial, la compatibilidad entre vida activa y pensión, la lucha contra el fraude y las políticas de empleo.

Sin embargo, las voluntades expresadas en estos y otros documentos por las autoridades europeas<sup>8</sup> y españolas no casan siempre con las intenciones de los trabajadores y de los empresarios. Por poner sólo un ejemplo, en los días en los que se estaba trabajando en la presente colaboración se hacía público que una de las principales cadenas comerciales del país negociaba prejubilación a un número nada desdeñable de sus trabajadores (según el medio consultado entre mil doscientos y mil trescientos trabajadores)<sup>9</sup>.

No se trata este, parece obvio de la lectura precedente y de la preocupación de los Gobiernos, de un hecho aislado. Remontándose más en el tiempo, las estadísticas oficiales muestran que los trabajadores, por diversas causas, recurren a la jubilación anticipada en una proporción destacada: cuatro de cada diez<sup>10</sup>. Precisamente contra lo que se quiere luchar. Situación que, con pequeñas variaciones, se ha venido manteniendo en el tiempo:

---

<sup>7</sup> Esta nueva disposición normativa pronto llamó la atención de la doctrina científica, cfr. entre otros, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F., y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E.: “La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo”, *RL*, núm. 5 (2013), págs. 1 a 31; LÓPEZ ANIORTE, M. C.: “Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación”, *NREDT*, núm. 164 (2014), págs. 55 a 86 y PANIZO ROBLES, J. A.: “Las nuevas reglas de acceso a la jubilación: a propósito del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo”, *RTSS (CEF)*, núm. 361 (2013), págs. 79-128.

<sup>8</sup> Cfr. Comisión Europea: *Libro verde: En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros*, COM (2010), Bruselas, 7.7.2010.

Este recurso electrónico se puede encontrar en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0365:FIN:ES:PDF>.

<sup>9</sup> Cfr. [http://www.elconfidencial.com/empresas/2016-02-25/el-corte-ingles-planea-prejubilaciones-para-trabajadores-de-58-anos\\_1157888/](http://www.elconfidencial.com/empresas/2016-02-25/el-corte-ingles-planea-prejubilaciones-para-trabajadores-de-58-anos_1157888/).

<sup>10</sup> Cfr. Ministerio de Empleo y Seguridad Social: *Anuario de Estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, MEYSS, Madrid, 2012, 2013 y 2014 (Altas de pensiones de jubilación e importe medio, por sexo, modalidad y edad).

El enlace electrónico a este documento en: <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm>.

**Pensiones contributivas del Sistema de Seguridad Social**

	Número				Porcentaje			
	2011	2012	2013	2014	2011	2012	2013	2014
<b>Jubilación anticipada</b>	<b>111.648</b>	<b>127.358</b>	<b>119.056</b>	<b>122.772</b>	<b>40,53</b>	<b>42,22</b>	<b>38,23</b>	<b>41,29</b>
≤ 60 años	13.677	9.491	1.275	151	4,97	3,15	0,41	0,05
61 años	18.130	24.723	29.130	32.669	6,58	8,20	9,35	10,99
62 años	14.046	15.767	13.163	11.784	5,10	5,23	4,23	3,96
63 años	15.288	17.757	25.368	27.793	5,55	5,89	8,15	9,35
≥ 64 años	12.019	16.194	21.477	15.775	4,36	5,37	6,90	5,31
Sin coeficiente reductor	6.676	6.881	6.929	7.399	2,42	2,28	2,22	2,49
Especial a los 64 años	5.935	7.329	3.354	3.397	2,15	2,43	1,08	1,14
Parcial	25.877	29.216	18.360	23.804	9,39	9,69	5,89	8,01

Tabla 1. Elaboración propia

Habrá que esperar, por ende, a la implantación plena de las reformas acometidas para poder calibrar sus efectos.

La situación de crisis económica de los últimos años, las altas tasas de desempleo, la inestabilidad laboral..., han actuado como elementos expulsores de colectivos vulnerables del mercado laboral. Se encontraba en la jubilación anticipada una vía propicia para esta salida ante un futuro incierto y un refugio en el más cómodo papel de perceptor de prestación del Sistema<sup>11</sup>.

En lo que ahora atañe, y tras quizá este largo excurso introductorio, el asunto analizado por la STS 13 mayo 2015, rec. 838/2014, encuentra la causalidad de la jubilación anticipada solicitada por la trabajadora en estas circunstancias: situación de desempleo de larga duración previa.

## **2. LA STS 13 MAYO 2015, REC. 838/2014**

### **2.1. La situación de partida**

Dña. Otilia se encontraba en situación de desempleo de larga duración, siendo perceptora del subsidio para mayores de 52 años desde abril de 2009.

<sup>11</sup> No se puede dejar de mencionar, sin embargo, que también son muy numerosos los supuestos de empleados públicos, con una plena estabilidad laboral, que han adelantado su edad de jubilación ante el temor de que las actuales condiciones para el acceso a la edad de jubilación anticipada (período de cotización exigido, porcentajes consolidados...) fueran cambiadas y endurecidas en el contexto de crisis económica internacional.

Tres años después, en abril del año 2012 y con 61 años de edad, presentó solicitud para percibir la prestación por jubilación anticipada. Apenas tres días después del inicio del procedimiento administrativo (con el consiguiente asombro del Alto Tribunal<sup>12</sup>) tuvo lugar la resolución del INSS en la que, de acuerdo con lo previsto en el art. 161.bis.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) y la DA 8ª del mismo cuerpo legal, se desestimaba dicha pretensión por cuanto que en la fecha del hecho causante el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante RETA), en el que entendía que debía causarse la pensión, no preveía la jubilación anticipada para menores de 65 años por cese involuntario.

La trabajadora presentó reclamación administrativa previa empleando las siguientes argumentaciones:

- a. Que había cotizado durante 32 años, 4 meses y 17 días, esto es, un total de 11.825 días.
- b. Que sólo un 27 por ciento de este período se había efectuado al RETA.

Por ello solicitaba que la prestación de jubilación anticipada fuera causada en el Régimen General de la Seguridad Social, al ser en éste en el que acreditaba un mayor número de cotizaciones.

Postura que nuevamente fue rechazada por la entidad gestora de la Seguridad Social en la resolución emitida ante el recurso administrativo previo, arguyendo que Dña. Otilia no presentaba cotizaciones en ninguna mutualidad de trabajadores por cuenta ajena anteriores al 1 de enero de 1967 y que contaba con un total de 5.845 días cotizados computables en el RETA y un total de 5.138 días cotizados computables en el Régimen General. Para ello reiteró la fundamentación jurídica expresada *supra* (art. 161.bis.2 y DA 8ª LGSS).

Interpuesta demanda, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Mataró dictó sentencia estimando la misma y declarando el derecho de la trabajadora a la jubilación anticipada con un 68,60 por ciento de la base reguladora correspondiente. Para ello tuvo en cuenta que la trabajadora había sido perceptora del subsidio por desempleo para mayores de 52 años desde el año 2009 y que durante este tiempo presentaba un período de cotización añadido de 1.090 días. Días que habrían de ser sumados al período de cotización computado en el Régimen General con lo que pasaría a ser éste en el que se acreditaba el mayor número de cotizaciones y el que debía resolver sobre el derecho a la pensión de jubilación anticipada.

## 2.2. Posturas enfrentadas

El debate, como sintéticamente se perfila en el FJ Segundo STS 13 mayo 2015, se centra en determinar la validez, a efectos de concretar el régimen de Seguridad Social que resulte aplicable para lucrar la prestación de jubilación con carácter anticipado, del tiempo

---

<sup>12</sup> Así se desprende cuando en la narración de los hechos probados se recoge “[...] el INSS dicta resolución el día 27 de abril de 2012 (sic) [...]” habiendo sido presentada la solicitud el día 24 del mismo mes y año.

cotizado por el Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante SPEE) durante la percepción del subsidio por desempleo.

De una parte, la STSJ Cataluña 17 diciembre 2013, rec. 2700/2013 (sentencia recurrida en unificación de doctrina), siguiendo el posicionamiento expresado en la instancia por la SJS núm. 2 de Mataró, señala que a los 5.138 días cotizados en el RGSS hay que sumar los 1.090 días cotizados durante el período de percepción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, con la siguiente fundamentación jurídica:

*“[...] si bien la DA 28ª excluye el cómputo de esos 1090 días a efectos de la carencia para el acceso a la prestación, no los excluye para determinar el régimen que resulta aplicable, que aquél que tenga mayor número de cotizaciones, habiéndose de computar a tales efectos, como dispone pfo 2 del artículo único del RD-ley 5/98, la totalidad de las que acredite el interesado, expresión ésta que no excluye las realizadas en período de percepción del subsidio de mayores de 52 años, por lo que acreditando 6228 en el RGSS y sólo 6069 en el RETA, el régimen aplicable es el RGSS donde sí se reconoce el derecho a la jubilación anticipada para cuya carencia, conforme al art. 4.1 del RD 691/91 pueden ser totalizados a solicitud del interesado, siempre que no se superpongan, para la adquisición del derecho a pensión”.*

Esto es, otorga plena validez al período de cotización efectuado durante la percepción del subsidio por desempleo para la concreción del régimen aplicable en los supuestos de cómputo recíproco de cotizaciones, una vez alcanzado el período de carencia requerido<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> En el mismo sentido ya se había pronunciado la STSJ Navarra 27 noviembre 2013, rec. 283/2013, en la que se afirmaba que “las cotizaciones al Servicio Público de Empleo, ciertamente, no pueden tenerse en cuenta a efectos de carencia, pero en el caso presente dicha carencia se ha completado ya y la consideración de esos periodos sólo se pondera al efecto de establecer el régimen aplicable, una vez satisfecho ese requisito preliminar. Es decir, esas cotizaciones no se computan como carencia, pero las normas no excluyen que sí se consideren a efecto del porcentaje”.

A esta sentencia se formuló un voto particular por el Magistrado D. José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ argumentando lo siguiente: “A mi entender y con todos los respetos a la sentencia mayoritaria, la Disposición Adicional 28 LGSS expresamente dispone que para la contingencia de jubilación las cotizaciones lucradas a título de subsidio por desempleo para mayores de 52 años no tienen validez ni eficacia para acreditar el periodo mínimo de cotización exigido por el artículo 161.1 b) de la Ley. En este caso la demandante, con 61 años a la fecha de solicitud de la prestación, acredita mayor número de días de cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, que es el prevalente de acuerdo al Art. 35.1 del D 2530/1970 sobre cómputo recíproco de cotizaciones, y por tanto no tiene derecho a lucrar la prestación de jubilación anticipada que se prevé exclusivamente en el régimen general; y además tampoco acredita dos años de cotización al régimen general en los 15 anteriores a la solicitud de la prestación.

Entiendo que el supuesto debatido es esencialmente idéntico al resuelto en la STS de 21 de enero de 2009 (RJ 2009, 1832), y además que denegar la prestación en este caso está en la naturaleza de las cosas, por la naturaleza contributiva de la prestación que se pretende lucrar, que no debe quedar afectada por prestaciones no contributivas; y porque parece ilógico que un afiliado al RETA que ha recibido el subsidio de mayores de 52 sea de mejor condición que un afiliado al RETA que no lo ha recibido”.

Cfr. SSTSJ Galicia 24 marzo 2014, rec. 5162/2011; Cataluña 10 noviembre 2014, rec. 4116/2014 y Castilla y León 26 noviembre 2015, rec. 731/2015 (siguiendo la jurisprudencia derivada de la STS 13 mayo 2015).

Cfr. STSJ Cantabria 13 marzo 2003, rec. 974/2002.

De otra, y en sentido contrario, fundamentando la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, para la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina, la STSJ Aragón 20 mayo 2013, rec. 239/2013. Por esta se revoca la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Zaragoza, de fecha trece de marzo de dos mil trece, en la que, con igual argumentación a lo expuesto *supra*, también había reconocido el derecho a la prestación por jubilación anticipada.

En este supuesto, para la resolución del recurso de suplicación interpuesto nuevamente por la entidad gestora, se arguye que la fundamentación de instancia es sustentada sobre criterios contenidos en sentencias de otros Tribunales Superiores que fueron adoptados en contemplación de una normativa sobre la jubilación carente de vigencia, o atendiendo a argumentos sobre la irretroactividad de las leyes que, amén de resultar suficientemente rebatidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>14</sup>, tampoco tienen cabida.

De acuerdo al parecer de la Sala ha de estarse, en consecuencia, a la reiterada doctrina jurisprudencial sobre la plena aplicabilidad de la DA 28ª LGSS cuando el hecho causante de la prestación se haya producido durante su vigencia, lo que conduce a la estimación del recurso del INSS<sup>15</sup>.

Los planteamientos entre ambas resoluciones son, por ende, contrapuestos, resolviendo de manera divergente sobre los efectos de las cotizaciones en situación de desempleo al objeto de lucrar la pensión de jubilación.

### 2.3. Cuestionamientos suscitados

Los antecedentes narrados llevaron al INSS a presentar recurso de casación para la unificación de doctrina que fue resuelto por la sentencia objeto de comentario. Concurrente la exigencia de contradicción, el Alto Tribunal, avanzando el fallo de su pronunciamiento, desestimó el recurso interpuesto por la entidad gestora, confirmando la solución acogida por la sentencia recurrida.

Sin embargo, el Tribunal Supremo<sup>16</sup>, llegando a igual resolución, sigue una fundamentación jurídica distinta a la sostenida por la Sala de lo Social del TSJ Cataluña<sup>17</sup>. A tales efectos mantiene que, con carácter previo, ha de resolverse si existe el período de carencia necesario para lucrar la prestación de jubilación en virtud del mencionado cómputo recíproco de cotizaciones previsto en el Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, que lo regula y en cuyo ámbito objetivo descrito en su art. 2 no queda excluida la jubilación anticipada, entendiendo que cabe sumar los períodos cotizados en el RGSS y en el RETA.

<sup>14</sup> Cfr. SSTS 18 noviembre 2003, rec. 981/2003; 3 diciembre 2004, rec. 138/2004 y 2 junio 2005, rec. 1708/2004.

<sup>15</sup> Cfr. SSTSJ Andalucía/Sevilla 15 octubre 2014, rec. 3400/2013 y Galicia 22 febrero 2013, rec. 2477/2010.

<sup>16</sup> Cfr. Un breve comentario sobre este particular, en CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Jurisprudencia Social Unificada. Abril-junio 2015*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs. 160-161.

<sup>17</sup> Y al resto de sentencias recogidas *supra*, nota núm. 13, empleando como recurso la redacción de la DA 28ª LGSS.

Siendo esto así, la existencia del período de carencia (exigible para lucrar la prestación por desempleo de acuerdo al art. 215.3 LGSS), ya no resulta de aplicación la referida DA 28ª LGSS (argumento sustentado en la sentencia recurrida) y, sobre esta base, no es posible excluir los días de cotizaciones del tiempo de subsidio de desempleo para mayores de 52 para la determinación del período de cotizaciones totales al RGSS, de donde resulta que no ha de tenerse en cuenta la más reducida cifra de 5138 días sino la de 6228 en el RGSS, superior, por tanto, a la de 6069 del RETA.

A partir de ahí, pues, continúa el Alto Tribunal, el Régimen a tener en cuenta es el General y no el de Trabajadores Autónomos<sup>18</sup>. Y puesto que en dicho Régimen es donde está prevista la jubilación anticipada *ex art 161.bis* de la LGSS, el recurso no puede prosperar, siquiera sea por razones distintas de las que esgrime la sentencia recurrida para desestimar la suplicación del INSS, porque no se trata de que sea aplicable al caso el Real Decreto-Ley 5/1998, de 29 de mayo, por el que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social en determinados casos especiales (posterior Ley 47/1998, de 23 de diciembre), que erróneamente aquélla hace prevalecer en este caso sobre la DA 28ª de la LGSS, toda vez que no se cumple el requisito del apartado 2.a) del art. único de aquél de que la actora tuviese la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 o en cualquier fecha con anterioridad.

Y puesto que el Régimen aplicable al caso es el General totalizando los períodos cotizados al mismo y al RETA, la solución es confirmatoria del fallo de la resolución combatida.

De manera, puede afirmarse, sencilla, sin excesivos circunloquios, resuelve el Tribunal Supremo una problemática que de manera recurrente era atendida en sede judicial: aplicando el régimen jurídico del cómputo recíproco de cuotas y la literalidad de la disposición normativa sobre la acreditación del mayor número de cotizaciones. Una vez constatado el período de carencia y sin que las cuotas habidas durante la percepción del subsidio por desempleo sean utilizadas para acreditar el período mínimo de cotización, las cuotas realizadas por la entidad gestora de desempleo se emplean para la concreción del régimen de Seguridad Social aplicable.

Ha de manifestarse, por ende, el acuerdo con el parecer de la Sala.

No puede, sin embargo, dejar de hacerse referencia a la reflexión que el Magistrado ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ expuso en la STSJ Navarra 27 noviembre 2013, cuando sostiene que parece ilógico que un afiliado al RETA que ha recibido el subsidio de mayores de 52 sea de mejor condición que un afiliado al RETA que no lo ha recibido. Desigualdad que quizá no cumpla con las exigencias de la doctrina constitucional<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. SSTS 12 mayo 1999, rec. 3459/1998; 21 septiembre de 2006, rec. 3506/2005 y 21 enero 2009, rec. 208/2008.

<sup>19</sup> Como tiene declarado el Tribunal Constitucional desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 CE, “el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una (...)

### 3. BIBLIOGRAFÍA

- CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Jurisprudencia Social Unificada. Abril-junio 2015*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- Comisión Europea: *Libro verde: En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros*, COM (2010), Bruselas, 7.7.2010.
- *Libro Blanco: Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, COM (2012) Bruselas, 16.2.2012.
- GIL Y GIL, J. L.: “El Acuerdo Social y Económico”, *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, núm. 253 (2011).
- LÓPEZ ANIORTE, M. C.: “Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación”, *NREDT*, núm. 164 (2014).
- Ministerio de Empleo y Seguridad Social: *Anuario de Estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, MEYSS, Madrid, 2012, 2013 y 2014.
- PANIZO ROBLES, J. A.: “Las nuevas reglas de acceso a la jubilación: a propósito del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo”, *RTSS (CEF)*, núm. 361 (2013).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F., y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E.: “La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo”, *RL*, núm. 5 (2013).

---

determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos” (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, por todas).



Derecho  
comparado y  
Derecho  
Extranjero en  
Seguridad  
Social y  
materias  
conexas

LABORUM



# La re-reforma de los sistema de pensiones en América Latina. Análisis y propuestas<sup>1</sup>

## The re-reform of pension systems in Latin America. Analysis and proposals

ANTONIO OJEDA-AVILÉS

PROFESOR HONORARIO DE LA UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA

### Resumen

Desde la primera reforma de los sistemas de pensiones públicas en América Latina, la de Chile de 1980, el “modelo chileno” ha influido en numerosos países de ese continente y de Europa oriental, que volvieron desde sistemas públicos y de reparto a sistemas mixtos de capitalización en donde unos Fondos de todo tipo han administrado las cotizaciones en cuentas individuales con mínimos más o menos garantizados. Aquellas reformas no produjeron los efectos esperados, a pesar del daño producido en la población asegurada, y décadas más tarde comenzó una operación que los especialistas de aquellas latitudes han denominado como la “re-reforma”, con una vuelta a un mayor intervencionismo público y a ciertas formas de reparto. Los últimos países en emprender el camino de vuelta están siendo México y Brasil, y al análisis de la situación en el primero de ellos, con más de mil fondos de pensiones públicos y privados, se dedica la segunda parte del presente estudio.

### Abstract

Since the first reform of the pensions’ public systems in Latin America, that of Chile in the Pinochet era, several other countries took as well the track to capitalization Funds with a big amount of autonomy and privatization. But the trend was failing almost since the beginning, benefits were not sufficient, and the administration problems surmounted the control. So, the diverse Governments set up deep reforms which were nicknamed by the local specialist as “re-reform”, turning to more control and public intervention, as well as some limits to capitalization. Last countries to undergo the “re-reform” have been Mexico and Brasil. The present study shows the situation in Mexico today, in the eve of an all-around legislation which lasts due to the political confrontation and to the economic interests under play, when its more than 1.000 pension funds, private or public, show an unacceptable state of the art.

### Palabras clave

fondos de pensiones, capitalización, re-reforma, reforma de los sistemas de pensiones, modelo chileno, sostenibilidad de las pensiones, pay-as-you-go, América Latina, México

### Keywords

pension funds, capitalization, re-reform, reform of the pension systems, chilenian model, Latin America, Mexico

## 1. EL SIGNIFICADO DE LAS REFORMAS A AMBOS LADOS DEL OCÉANO ATLÁNTICO

### 1.1. La vieja pretensión del sistema público bismarckiano

Cuando el canciller Bismarck puso en marcha el sistema público de pensiones en la década de 1880, la finalidad política y la social andaban bastante unidas en un momento en

<sup>1</sup> Una primera versión de este artículo aparecerá en el libro homenaje a la profesora Ann Numhäuser-Henning, de la Universidad de Lund, con motivo de su jubilación. En la presente versión se han modificado y mejorado algunos aspectos, con ligeras variaciones que profundizan en la materia.

que los Estados germánicos caminaban a marchas forzadas hacia una unificación pero se hallaban inmersos en una intensa lucha de clases, con una clarísima división entre trabajadores y empresarios. Sindicatos y partidos obreros reivindicaban un sistema de protección ante los infortunios más graves, y su audiencia entre la población trabajadora crecía incontenible. Bismarck trató de garantizar el bienestar de los trabajadores mediante un seguro controlado por el Estado y financiado por las cotizaciones de los trabajadores y los empresarios. El Estado asumía de tal modo el papel de pagador de las prestaciones incluso en caso de descubierto, aunque también determinaba las cotizaciones, de manera que podía evitar los déficits por vía de incrementar los ingresos. Más allá de evitar la miseria de los inválidos, ancianos y viudas, y con ello restar impulso a las fuerzas políticas contrarias, el nuevo príncipe de Salina –“cambiar algo para que nada cambie”– no pretendía capitalizar ningún fondo con el cual financiar sus proyectos, y se limitaba a transferir lo que ingresaba por cotizaciones a las cuentas de los pensionistas. El problema de este sistema consistía en que no estaba interesado en los no trabajadores, por lo que una amplia población de desheredados permanecía en la indigencia. Medio siglo más tarde, el profesor Beveridge planteó la conveniencia de un cambio copernicano en los objetivos de la seguridad social pública, y los Estados europeos, saliendo de una sangrienta Guerra Mundial, lo acogieron con benevolencia: había que proteger a toda la población que lo necesitara, aunque no fuera trabajadora, y para ello el ingreso por cotización de los asegurados debía completarse con el ingreso procedente de los impuestos de todos los contribuyentes. Se establecía de tal forma un sistema a dos velocidades, o como se dice hoy día, con dos pilares, el de las pensiones universales no contributivas, para toda la población necesitada, y el de las pensiones profesionales contributivas, para los trabajadores, con una relación en unos países complementaria A+B, y en otros alternativa A/B. En cuanto a la gestión de los dos pilares, significativamente en un país de referencia, Estados Unidos, la Administración Federal se hizo cargo del pilar básico o universal, mientras que dejó a cada Estado miembro la regulación de los fondos de pensiones del segundo pilar.

En la actualidad la situación se ha complicado hasta el punto de que pueden distinguirse hasta cuatro pilares<sup>2</sup>: el público universal no contributivo, que podríamos llamar del modelo Beveridge; el público profesional contributivo, que podríamos llamar del modelo Bismarck; el privado colectivo obligatorio (por convenios colectivos con fuerza erga omnes), o modelo holandés; y el privado individual o colectivo voluntario. En esa pirámide de cuatro placas tectónicas de difícil conexión entre ellas, la importancia del tercer y cuarto pilar ha ido aumentando a medida que la población envejecía.

## 1.2. La reforma chilena y la denominada *re-reforma* en América Latina

Entramos en la edad contemporánea de la seguridad social cuando Chile, en 1980 y por tanto en lo más álgido de la dictadura de Pinochet y la influencia de los *Chicago boys*, inaugura un sistema nuevo basado casi exclusivamente en la capitalización de cuentas individuales, el que equivaldría al cuarto pilar de la seguridad social en la estructura clásica, dejando un mínimo resquicio a la garantía del Estado de una renta básica para los necesitados o para los que hubieran cotizado al menos durante veinte años, el equivalente al primer pilar.

---

<sup>2</sup> La distinción tradicional en tres pilares ha venido contestada por el Banco Mundial, que distingue los dos públicos, universal y profesional, que indico a continuación en el texto.

El modelo chileno centraliza además la gestión, al unificar los 33 regímenes especiales existentes –todos, salvo los del ejército y la policía, privilegiados por el gobierno de Pinochet– en uno solo bajo el control del Instituto de Normalización Previsional<sup>3</sup>. Y, quizá la medida más discutible, suprimió la cotización del empleador, dejando para las cuentas individuales solo la del trabajador titular de ellas.

Chile sirvió de ejemplo para numerosos países<sup>4</sup>, no solo latinoamericanos, para reformar sus respectivos sistemas de pensiones en un orientación privatista aunque de control estatal, en última instancia inspirada vagamente en la legislación estadounidense, y con el aval del Banco Mundial<sup>5</sup>, que se empleó después a fondo en los países del Este europeo antes de publicar un segundo informe mucho más equilibrado.

Veinte años más tarde el modelo chileno presentaba importantes quiebras, en especial la insuficiencia de las pensiones y el elevado precio de las comisiones cobradas por las empresas administradoras de fondos, las AFP. Su aparente mayor rentabilidad frente al sistema de reparto se convirtió en falacia cuando la crisis y otros avatares y desequilibrios mundiales sometieron la moneda a vaivenes asimétricos, en la conocida como *paradoja de Aaron*, quebrando así el importe de los ahorros incluso antes de la crisis financiera de 2008<sup>6</sup>. Entre 2006 y 2010 procede a una amplia reforma, bajo el gobierno de Michele Bachelet, al mismo tiempo que la emprendida en Bolivia durante el mandato de Evo Morales y en Uruguay bajo el de Tabaré Vázquez, aunque un poco más tarde de la llevada a cabo en Argentina por Néstor Kirchner: una “re-reforma” de amplitud continental para fortalecer los pilares públicos que, a su vez, ha planteado una nueva problemática de incierta solución y nueva actividad legislativa en los últimos años. En todo caso, cabe hablar de una “reversión de la reforma liberal”, y aludir a una variedad de motivos para explicarla, desde la fuerza de los actores sociales al bajo legado histórico, pasando por el difícil acceso de esos países a los mercados de capitales, o la mayor inestabilidad institucional<sup>7</sup>:

Por su parte, los diez países de la antigua Unión Soviética que ingresaron durante el trienio 2004-2007 en la Unión Europea implantaron previamente bajo las orientaciones del Banco Mundial un sistema de dos pilares mediante la creación de un pilar privado predominante, extraído del, y junto al, pilar público tradicional, y administrado por gestoras

---

<sup>3</sup> C. MESA LAGO, “La re-reforma de pensiones en Chile”, en U. BECKER y otros, *Re-reformas de sistemas de pensiones privatizadas en el mundo: estudio comparativo de Argentina, Bolivia, Chile y Hungría*, monográfico de Revista de Trabajo 10 (2013), p. 58.

<sup>4</sup> La impresionante cifra de 23 países seguidores de la reforma chilena en Europa y América es proporcionada por el máximo experto en reforma de pensiones en América Latina, C. Mesa-Lago, “Comparaciones de los aspectos legales y evaluación de los efectos socio-económicos de las cuatro re-reformas”, en el monográfico de Becker y otros en la *Revista de Trabajo* 10 (2013), p. 169. Algunos países aplicaron también la supresión, y otros desviaron la del empresario al pilar público y concentraron la del trabajador en el privado.

<sup>5</sup> Banco Mundial, *Averting the Old-age Crisis*, Washington 1994.

<sup>6</sup> Sobre la paradoja de Aaron y la incidencia del azar sobre la rentabilidad financiera, F. Serrano Pérez, “Sostenibilidad del Sistema español de Seguridad Social: posibles reformas paramétricas”, (2009) *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número extraordinario 1 p. 149.

<sup>7</sup> En este sentido, cfr. JM BUSQUETS, “Las re-reformas de los sistemas de pensiones en Argentina, Bolivia, Chile y Uruguay”, paper presentado en el IV Congreso Uruguayo de Ciencia Política, (Montevideo 2012), 8 ss.

privadas con tutela de un órgano estatal<sup>8</sup>. Iniciaban en plena Europa el camino privatizador proclamado por Chile justo cuando los países latinoamericanos que habían entrado en el *reaganismo* principiaban a modificar sus proyecciones. También en los países europeos de la antigua URSS la cobertura y la suficiencia de pensiones han sufrido fuertes descensos, y la privatización del sistema mediante la prevalencia del segundo pilar no ha mitigado el intervencionismo del Estado en actuaciones discutibles, sobre todo con motivo de la gran crisis internacional de 2008<sup>9</sup>. Ha habido, en consecuencia, reformas posteriores para solventar los problemas advertidos, sin que por lo reciente de ellas quepa evaluar su profundidad –que no parece excesiva– ni su orientación.

En el fondo, tanto el modelo impulsado por el Banco Mundial como los sistemas establecidos por los Estados antevistos tienen un problema básico en el paradigma del que toman ejemplo, Estados Unidos, un país-región de la máxima capacidad adquisitiva que no puede parangonarse con ninguno de ellos. Por ejemplo, los costes de administración de los planes de pensiones son considerablemente más altos en los países miméticos por no disponer de una competitividad adecuada entre las empresas gestoras y por llegar éstas con facilidad a una administración débil que accede a sus indicaciones, y al cabo elevan los gastos indebidamente.

### 1.3. Dos revisiones tardías

Por último, varios países dentro del ámbito hispanoamericano han procedido a reformas de sus sistemas de pensiones y ahora anuncian una re-reforma aún no cumplida: México, España, Brasil. El primero, cuya reforma estructural acaeció en 1995 con el desmantelamiento parcial del pilar público y la creación de numerosos fondos privados de pensiones, en una dispersión y labilidad excesivas que ahora querría solventar. La segunda, con una reforma paramétrica y algunas pinceladas estructurales entre 2011 y 2015 que previsiblemente venga modificada con el cambio de gobierno. La tercera, con una reforma también paramétrica acabada de aprobar en medio de una situación política confusa, y que establece el mínimo de 85/95<sup>10</sup>. Veamos con detalle la primera de ellas.

---

<sup>8</sup> Salvo Eslovenia y República Checa: fueron Hungría, Bulgaria, Eslovaquia, Estonia, Polonia, Letonia, Lituania y Rumanía. Hungría abandonó en 2011 el pilar privado. Cfr. al respecto A Simonovits, “La re-reforma de pensiones en Hungría”, (2013) 10 *Trabajo* 143-144.

<sup>9</sup> El abandono por Hungría del segundo pilar, el privado, se debió en realidad a “la fuerte caída de activos en el segundo pilar” a causa de la crisis de 2008: el gobierno permitió el retorno voluntario al sistema público a los mayores de 52 años en 2009, y al año siguiente procedió al cierre de facto del segundo pilar: Simonovits, “La re-reforma de pensiones en Hungría”, p. 159. Para este autor, en Hungría, tanto como en Argentina, la idea preconcebida de que las cuentas individuales y la gestión privada impedirían las intromisiones del gobierno quedó desautorizada por la experiencia (*ibidem*, p.159).

<sup>10</sup> Sobre la reforma brasileña, F Bertranou y F Grafe, *La reforma del sistema de pensiones en Brasil: aspectos fiscales e institucionales*, (Banco Interamericano de Desarrollo, 2007). La fórmula 85/95 exige alcanzar entre la edad y los años cotizados (al menos 30) la cifra de 85 a las mujeres y 95 a los hombres. La fórmula se aprobó en 2015 y es opcional a la del factor de seguridad social, sin haber conseguido contener el abultado déficit de las cuentas.

## 2. LA INCÓGNITA DE MÉXICO

### 2.1. El alcance de la reforma de 1995

La primera ocasión en que hallamos la mención a las pensiones se produce en la Constitución de 1917, y en ella el aspecto más importante será el continente antes que el contenido. En efecto, respecto a la sustancia el famoso artículo 123 solo previó un seguro social potestativo para los empresarios<sup>11</sup>, y en cuanto a la forma, al igual que para todos los derechos laborales que contemplaba, la regulación vino encomendada tanto a la Federación como a los Estados federados, en una competencia compartida de cuyo reparto funcional nada decía, por lo que abocaba a un conflicto permanente que inicialmente se saldó con una inhibición de los poderes federales y una rápida intervención de los Estados en Códigos y Leyes del Trabajo donde por lo común se preveía una incipiente normativa de seguro social<sup>12</sup>. Paulatinamente el boceto pudo concretarse mediante una reforma del art. 123 en el año 1929 que “federalizaba” la legislación laboral al otorgar facultades al Congreso de la nación para legislar en materia laboral, y respecto a los seguros sociales declaraba de utilidad pública la expedición de una ley de seguro social. La intención del legislador consistía en centralizar la seguridad social mediante una fórmula de alcance nacional que integrara la multitud de seguros populares y pudiera repartir las responsabilidades derivadas de los riesgos, como indica Morales Ramírez<sup>13</sup>. Una aspiración que resurge hoy día en la intención de los reformadores, hastiados de la fragmentación de los fondos de pensiones y del egoísmo de cada colectivo.

Nace así en 1943 la Ley del Seguro Social como un seguro público, cotización tripartita y gestión en manos del Instituto Mexicano del Seguro Social, para la cobertura de concretas contingencias y limitada a los trabajadores subordinados de la capital y las principales ciudades. Al margen de él se mantuvieron los seguros sociales de las fuerzas

---

<sup>11</sup> Art. 123, apartado XXIX: “Se consideran de utilidad social: el establecimiento de Cajas de Seguros Populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de accidentes y otros con fines análogos, por lo cual, tanto el Gobierno Federal como el de cada Estado, deberán fomentar la organización de Instituciones de esta índole, para infundir e inculcar la previsión popular”.

<sup>12</sup> Código del Trabajo de Yucatán de 1917; Ley del Trabajo y Previsión Social de Sonora de 1919; Ley del Trabajo de Sinaloa de 1920; Código del Trabajo de Puebla de 1921; Ley del Trabajo de Jalisco de 1923; Ley del Trabajo de Colima de 1925; Ley de Riesgos Profesionales de Veracruz de 1924; Ley del Trabajo d Campeche de 1924; Ley del Trabajo Minero de Guanajuato de 1924; Ley del Trabajo d Tamaulipas; Leyes de Tabasco de 1917 y 1926; Ley del Departamento de Trabajo de San Luis Potosí de 1926; Ley de desarrollo del art 123 Const. de Chiapas de 1927; Ley del Departamento de Trabajo de Nayarit de 1929; Ley de Aguascalientes de 1928; y Ley reglamentaria del art. 123 Const. de Hidalgo de 1928. El desarrollo constitucional de la seguridad social puede verse en A. Sánchez Castañeda y MA Morales Ramírez, *El derecho a la seguridad social y a la protección social* (México DF, Editorial Porrúa 2014) 48 ss. Previamente a la Constitución de 1917, la “Ley Cándido Aguilar” de 1914 había instaurado la cobertura sanitaria en caso de accidentes de trabajo por cuenta de los empresarios. Vid al respecto F. Remolina Roqueñi, *El artículo 123 constitucional* (IMS, México 2000), 662 ss.; JC Saldívar Reinoso, *El surgimiento del seguro social en México como un servicio público nacional obligatorio 1917-1943* (tesis doctoral digitalizada, Puebla 2001), 17; N de Buen Lozano, *Seguridad Social* (México, ed. Porrúa 1999) 24 ss. Dicha “Ley Cándido Aguilar” nació en el contexto de la guerra civil revolucionaria y no parece haber logrado consolidarse en el tiempo y el espacio.

<sup>13</sup> MA MORALES RAMÍREZ, *La recepción del modelo chileno en el sistema de pensiones mexicano* (México, UNAM 2005) 18-19.

armadas y de los empleados civiles federales<sup>14</sup>. La Ley del Seguro Social de 1973 amplió el campo de aplicación subjetivo para generalizar la cobertura a todos los trabajadores subordinados del país e incluir a los necesitados no trabajadores mediante prestaciones de servicios sociales y asistencia social, en línea con el modelo Beveridge, por lo que según algunos autores rompió con ello la vinculación con el Derecho del Trabajo<sup>15</sup>. La ampliación, dirigida básicamente al sector rural e indígena, planteaba numerosas interrogantes financieras, pero no podía demorarse mucho tiempo en un país donde el sector de los trabajadores subordinados de la industria y los servicios era mínimo en aquella época<sup>16</sup>. Y a pesar de que la evolución posterior recortó considerablemente su alcance, esta sensibilidad para los humildes ha permitido al cabo que México pueda presumir de una cobertura subjetiva más amplia de la habitual en América Latina. Junto a este rasgo, hay otro igualmente importante: las cotizaciones se reparten desde esa época entre los poderes públicos, los empresarios y los trabajadores, algo de lo que hoy día no podemos extrañarnos porque de una u otra forma los poderes públicos complementan en todas partes la sostenibilidad de los sistemas nacionales<sup>17</sup>, pero que en 1943, en su configuración como base principal de los subsidios a los necesitados, hallaba pocos ejemplos parecidos<sup>18</sup>. Un tercer rasgo importante del sistema mexicano radica en la importancia y heterogeneidad otorgada a los servicios sociales, al punto de que dentro de ellos se incluyen actividades que por su importancia y alto coste merecen atención diferenciada: me refiero a la construcción de viviendas y a los dos grandes Institutos encargados de ello dentro del IMSS y el ISSSTE, denominados respectivamente INFONAVIT y FOVISSTE, a los cuales van voluminosas

---

<sup>14</sup> De 1959 es la primera Ley del Instituto de Seguridad Social de los Trabajadores del Estado, el ISSSTE. Hay también desde 1935 el Seguro Social de Petróleos Mexicanos, PEMEX. El Fondo de empleados de ferrocarriles y el Subsistema independiente de electricidad se integraron en 1980 y 1982 en el Instituto Mexicano de Seguridad Social. Así pues, en la actualidad los seguros públicos, o primer pilar en sentido general, se componen de los regímenes del IMSS, el de los funcionarios civiles de la Federación, ISSSTE, el de los funcionarios militares, ISSFAM, y el de PEMEX.

<sup>15</sup> MA MORALES RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 19. Se trataría de la ruptura en que consiste el enfoque de Protección Social respecto del de Seguridad Social.

<sup>16</sup> El panorama ha cambiado drásticamente en México, pues la mitad norte del país ha visto brotar multitud de fábricas de todo tipo, no solamente las maquiladoras de la frontera con Estados Unidos, sino también grandes factorías de firmas automovilísticas norteamericanas, japonesas y coreanas, para fabricar a menor costo productos que revierten al mercado norteamericano. En Tijuana (Baja California), por ejemplo, hay instaladas unas 550 fábricas. De menor número pero mayor rentabilidad son las numerosas fábricas de automóviles de los Estados de Guanajuato, Puebla, etc.

<sup>17</sup> En la actualidad, la aportación del Estado a los gastos de la Seguridad Social en Suecia y Alemania suponen el 3 por 100 del Producto Interior Bruto, y en España es de menos del 1 por 100. El déficit de las pensiones en este último país se proyecta conjurarlo por el Partido Socialista, de llegar al gobierno, mediante un impuesto finalista inspirado en la experiencia francesa de la *contribution sociale généralisée*. Cfr. al respecto B Suárez Corujo, "El compromiso con las pensiones públicas: un impuesto específico para su financiación", blog *Economistas frente a la crisis*, 6 de julio de 2016. El problema que plantearía dicho impuesto en España sería el de llegar en momentos en que la carga impositiva sobre los ciudadanos ha pasado en estos últimos cuatro años a estar por encima de la media europea, viniendo desde una posición muy por debajo de dicha media, dado que el gobierno conservador hizo aprobar para hacer frente a la crisis bancaria subidas muy rápidas y elevadas de los impuestos de todo tipo.

<sup>18</sup> En algunos países europeos durante la primera fase de fines del siglo XIX y principios del XX, de promoción del seguro de accidentes entre los empresarios, el Estado contribuía con una ayuda o complemento a la cotización empresarial, pero siempre dentro de la estricta cobertura profesional de aquellos sistemas incipientes, sin ir más allá de los obreros industriales. Así ocurría, por ejemplo, con los seguros sociales españoles.

partidas de gasto<sup>19</sup>. Junto a las viviendas para trabajadores, tienen asimismo alguna importancia la red de guarderías infantiles para hijos de trabajadores, calificada como prestación social, la cual concede alimentación, salud, educación y recreación a los niños, financiada por los empresarios con el 1 por 100 de los ingresos básicos de sus trabajadores<sup>20</sup>. Por lo demás, las contingencias cubiertas abarcaban enfermedad e incapacidad, vejez y muerte, y riesgos profesionales, con la significativa ausencia del desempleo, salvo el denominado retiro por desempleo.

La reforma privatizadora sobrevino con la Ley del Seguro Social de 1995, a cuya virtud entraron en el país los postulados neoliberales de la reforma chilena. En líneas generales, la reforma incidió en tres campos principales: en el primero, la Ley dio paso a las gestoras privadas en la administración de fondos de pensiones e inclusive en el otorgamiento de los servicios<sup>21</sup> y permitió una amplia autonomía de facto a esos fondos, que en pocos años adquirieron una vida propia y variada que el Estado federal fue incapaz de encarrilar. Probablemente quepa trazar un cierto paralelismo entre los fondos de pensiones de la reforma y las cajas de seguros populares que florecieron en la primera etapa antes de 1943, impulsadas por las leyes estatales de fomento; pero si bien miramos, ni el fin de lucro ni el poder financiero de una gestora moderna –filial de un banco o compañía de seguros en muchos casos– tienen mucho que ver con aquellas cajas organizadas por trabajadores y empresarios, cuya filosofía se encuentra también en el origen de varios sistemas europeos desde Francia a los países escandinavos. Pero tan importante como la privatización de hecho ha sido el segundo cambio introducido por la reforma, el paso al método de capitalización individual de las cuentas del sistema en la modalidad de los fondos, dejando el método de reparto *pay as you go* para los que se mantuvieran en el modelo anterior. Como es habitual en estas reformas drásticas, el coste de transición ha sido enorme, incluso a pesar de que se ha dado la opción a los ya asegurados en el sistema anterior para continuar en el mismo, prohibiendo en cambio a los nuevos incorporados a la vida activa el acceso a ese sistema<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Por ejemplo, el presupuesto de gastos para 2016 del Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda de los Trabajadores calcula en el capítulo de pasivo unas aportaciones a favor de los trabajadores de 913.771 millones de pesos (45.688 millones de dólares): INFONAVIT, *Presupuestos de ingresos y egresos 2016*, s/f, gráfico Balance general comparativo presupuestado para el ejercicio 2016 y estimado al cierre de 2015, p. 9. El INFONAVIT se creó por una ley de 1972 como organismo de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propio, dedicado a la adquisición y construcción de viviendas para los trabajadores con los ingresos derivados del 5% de los salarios de éstos como cotización de los empresarios. Después de diversas reformas derivadas de los problemas de liquidez y de solvencia del Instituto, la subcuenta de vivienda de cada trabajador individual pasó a integrarse dentro del sistema de pensiones: A. Sánchez Castañeda y MA Morales Ramírez, *El derecho a la seguridad social y a la protección social*, cit., p. 95.

<sup>20</sup> Para los asegurados del IMSS, el Instituto presta servicios directamente o mediante concesión para los niños entre 43 días de nacido y hasta 4 años, con un total en 2011 de 250 estancias y 29.375 niños atendidos, de los 14 millones de trabajadores asegurados en el IMSS. Cfr. A. Sánchez Castañeda y MA Morales Ramírez, *El derecho a la seguridad social*, p. 176.

<sup>21</sup> MA MORALES RAMÍREZ, *ibidem*, p. 20.

<sup>22</sup> Los institutos bajo el método de reparto dejan de percibir las aportaciones de las nuevas generaciones, que entran en los fondos de pensiones y generan un enorme vacío a aquéllos, los cuales se quedan inicialmente con todos los pensionistas y ven mermar paulatinamente el número de los cotizantes activos. En el caso de México, una nueva Ley del IMSS de 1997 asignó al gobierno federal la garantía de las pensiones del IMSS, por lo que los costes de transición costaron al erario público en 2010 la suma de 106.000 millones de pesos y han ido incrementándose hasta que en 2040 alcancen los 209.000 millones, para a partir de ahí decrecer. El cuadro puede verse en Aguirre Farías, *op. cit.*, p. 38. En el conjunto de los Institutos públicos de reparto, dice el autor en p. 39, tanto el gobierno federal como los estatales gastaron en 2010 más de 267.000 millones de pesos en (...)

Por último, el tercer cambio ha consistido en pasar desde el modelo de beneficio definido al de cotización definida, este segundo habitual en los fondos privados de pensiones por cuanto permite incorporar “pacíficamente” las fluctuaciones derivadas de cambios de ciclo, inflación, crisis de la divisa etc., puesto que la cuantía de la pensión no se especifica hasta el momento del rescate.

El resultado global semeja un cuadro del impresionismo puntillista, donde por doquier aparecen más de mil fondos de pensiones de los más diversos tamaños y regímenes, mientras que entre ellos se mueven majestuosos los antiguos institutos con método de reparto, con hondas diferencias entre ellos<sup>23</sup>. Aguirre Farías resume los problemas más importantes heredados del sistema público de 1943 de la siguiente forma<sup>24</sup>:

En primer término, la reforma de 1995 fue incompleta, pues no afectó, o lo hizo en una mínima proporción, a los que ya trabajaban en el momento de promulgarse, para los cuales se arbitró una aplicación gradual.

Los sistemas de pensiones presentan una gran variedad que los hacen ingobernables e incluso previsibles, siendo el peor aspecto de dicha variedad la desigualdad que genera incluso entre empleados de una misma institución o empresa. Entre los casos más flagrantes de desigualdad se halla el de quienes transfieren la pensión a los derechohabientes al producirse el fallecimiento, y también el de quienes disfrutaban de pensiones por encima del último salario percibido.

En relación con lo anterior, en los antiguos sistemas, con la excepción del de trabajadores de la industria y servicios (IMSS), el criterio básico de jubilación es el de antigüedad por años de servicio, y no el de la edad. Generan así la que algún autor denomina “pensión sin necesidad”, la del jubilado de 45 años en plenitud de facultades laborales que incluso obtendrá una pensión superior al importe de su último sueldo.

El modelo nuevo de 1995 arrojó bien pronto algunas desviaciones de las proyecciones pensadas por sus promotores<sup>25</sup>.

En primer lugar, la insostenibilidad crónica. En 2015 todos los fondos de reserva, tanto el de Cumplimiento de Obligaciones Laborales, el de Reserva para Contingencias, el del Régimen de Pensiones, como, en fin, el del Seguro de Enfermedad y Maternidad, han quedado agotados por haber estado cubriendo los sucesivos déficits anuales de la seguridad social pública, y en concreto del Instituto Mexicano del Seguro Social. Si bien desde el inicio

---

costes de transición, e irá aumentando hasta el año 2035, en que alcanzará el máximo de 539.000 millones de pesos, para descender a partir de ahí.

<sup>23</sup> Indica FM Aguirre Farías, *Pensiones.. ¿y con qué?* (México, Fineo 2012) 18-20, la insuficiencia de las pensiones del IMST representa un paraíso económico sobre un cementerio social, mientras que el Instituto de los empleados federales supone un paraíso social sobre un cementerio económico, ya que se pagan pensiones a personas de 45 años de edad al estar calculadas sobre los años de servicio, 25 o 30 años, lo cual resulta insostenible a largo plazo.

<sup>24</sup> Aguirre Farías, *Pensiones...*, p. 23.

<sup>25</sup> Sigo en el análisis las reflexiones de A. SÁNCHEZ CASTAÑEDA y MA MORALES RAMÍREZ, *El derecho a la seguridad social*, pp. 181 ss.

de la ampliación del sistema al sector campesino surge el déficit crónico, en 1964<sup>26</sup>, la aceleración de la deuda parece tomar cuerpo con la reorganización de las pensiones al sistema de fondos individuales y los costes de transición progresivos que conlleva.

En segundo lugar, los Fondos de Pensiones incumplen diversos artículos del Convenio 102 Norma Mínima de Seguridad Social de la OIT<sup>27</sup>, por cuanto no hay aportaciones patronales o estatales para la constitución de fondos de reserva, los asegurados no participan en la gestión por parte de las empresas administradoras de fondos, dichas gestoras perciben elevadas comisiones por su actividad, etc. La reforma ha introducido cálculos económicos que son también especulativos, como el de rentabilidad de los fondos, con una vacilante garantía del Estado.

En resumidas cuentas, por decirlo en palabras de Sánchez Castañeda y de Morales Ramírez, por el simple hecho de ser privado, el sistema de fondos de pensiones no puede ser considerado inadecuado; “no obstante, lo es cuando se trata de un único mecanismo con que cuentan los trabajadores, es decir, no se trata de un instrumento complementario. La lógica de los fondos de pensión privados solo tiene beneficios para los administradores privados; los riesgos y menoscabos son para el trabajador y el Estado<sup>28</sup>”.

En tercer lugar, la cobertura subjetiva y la tasa de sustitución continúan siendo escasas. Respecto a la primera cuestión, los fondos de pensiones abarcan a unos 22 millones de los 46 millones de ocupados<sup>29</sup> y en cuanto al pilar cero de pensión garantizada universal, la afiliación a los seguros sociales de los ejidatarios, comuneros, colonos y pequeños propietarios agrícolas es voluntaria mediante convenio<sup>30</sup>. En resumidas cuentas, quienes no cuentan con ninguna esperanza de pensión representan aproximadamente el 50 por 100 de la población activa<sup>31</sup>. En cuanto al segundo aspecto, la tasa de sustitución o reemplazo de la pensión sobre el salario solo garantiza a los afiliados una pensión que equivale a un salario mínimo<sup>32</sup>, lo que supone 3.5 euros al día o 105 euros al mes. Bajo tal premisa, la pensión garantizada prácticamente no supone ninguna cobertura aceptable para quien haya ganado y cotizado el equivalente a tres salarios mínimos (es decir, 10.50 euros diarios), pues percibirá el 33% de esa cantidad, así como quien hubiera percibido cuatro salarios mínimos (14 euros diarios) la pensión garantizada apuntaría al 25 por 100 del sueldo. Quizá por estas carencias, México no ha ratificado el Convenio OIT 102 Norma Mínima de Seguridad Social, y solo muy recientemente ha suscrito el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

---

<sup>26</sup> M GÓMEZ MORIN, *Seguridad Social*, México (PAN 1966) 82-87.

<sup>27</sup> G LÓPEZ MORALES, “Las normas internacionales del trabajo sobre seguridad social y las reformas de la seguridad social en América Latina”, en CISS, *III Congreso Interamericano Jurídico de la Seguridad Social en América Latina* (Santo Domingo 1996) 127 ss.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, pp. 185-186.

<sup>29</sup> Datos de 2010. Formalmente las administradoras de fondos (AFORES) presentan 42 millones de cuentas individuales, pero de ellas hay unos 20 millones inactivas, en el sentido de que no han cotizado en los últimos tres años. *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo. Indicadores Estratégicos*.

<sup>30</sup> Ley del Seguro Social de 1995, arts. 13.2 y 235, y Capítulo X, “De la seguridad social en el campo”.

<sup>31</sup> FM AGUIRRE FARIAS, *Pensiones...*, p. 19.

<sup>32</sup> Su cuantía es de 73 pesos mexicanos diarios en 2016.

Tal parece, para resumir, como si el modelo mexicano asumiera la figura de un elfo de enormes pies de barro (el pilar cero) y gran cabeza (el pilar cuatro), con un cuerpo menudo y enfermizo.

## 2.2. Las propuestas de reforma actualmente a debate

En 2014 una iniciativa surgió del ISSEG, el Instituto de Seguridad Social del Estado de Guanajuato, apoyada por la Unión Europea<sup>33</sup>, que culminó en 2105 con una conferencia en donde se debatieron los problemas más acuciantes y se avanzaron soluciones. Al año siguiente, abril de 2016, el Senado de la República organizó un nuevo encuentro, auspiciado por la Unión Europea y la OIT, donde se alcanzaron soluciones parecidas a las de Guanajuato y a las planteadas asimismo por parte de la doctrina<sup>34</sup>. Se trata de propuestas dirigidas a clarificar el caos dominante en el mar de los fondos de pensiones y articularlo con los grandes seguros públicos.

El punto de partida unánimemente sentido radica en la necesidad de establecer un modelo único de integración de los dos modelos que coexisten en México, el público y el privado, tal y como se practica en la Unión Europea, con relaciones complementarias y no excluyentes entre ambas clases de pilares y unas normas de coordinación (el Reglamento Europeo 883/2004 y su Reglamento de aplicación) que permiten tanto la portabilidad de las prestaciones<sup>35</sup> como el cómputo recíproco de cotizaciones. A tal fin sería imprescindible una base de datos homogénea para que pudieran realizarse las oportunas convertibilidades o adaptaciones. Téngase presente la dificultad para aplicar portabilidades entre instituciones que aplican el método de reparto y el de capitalización, por lo general con prestaciones definidas frente a cotizaciones definidas, si bien la operación no es imposible como lo demuestran las normas de coordinación europeas y también las de ciertos Convenios bilaterales y multilaterales de seguridad social, entre ellos prioritariamente el Iberoamericano.

A partir de ahí las proyecciones se tornan cautelosas. Los problemas financieros mexicanos son incluso más acuciantes, si cabe, que los sentidos en la mayoría de países con sistemas de seguridad social, y la audacia de las propuestas no va más allá de esa uniformización y coordinación de los regímenes para eliminar desigualdades flagrantes, sin pretender una reforma estructural que implique por ejemplo la desaparición de la multitud de fondos. Las conclusiones piden expresamente la mayor flexibilidad posible en la armonización, una variedad en lo accesorio plasmada en los reglamentos de desarrollo. Los debates actuales ni siquiera persiguen una reforma paramétrica, y menos una estructural, sino una reforma instrumental y de procedimiento que armonice y unifique la actuación de la selva de entidades gestoras y tipos de seguro. De esta forma, los dos aspectos de la futura reforma consistirían en una propuesta orgánica y otra funcional:

---

<sup>33</sup> A través de SOCIEUX.

<sup>34</sup> En los debates de Guanajuato participó muy activamente FM Aguirre Farías, cuyas propuestas básicas coincidían con las debatidas en la conferencia. El Seminario Internacional de Pensiones de 24 y 25 de noviembre de 2015 en León de Guanajuato contiene trece resoluciones que han sido publicadas por SOCIEUX, *Iniciativa de la Unión Europea para la Protección Social en Cooperación al Desarrollo* (Bruselas 2015).

<sup>35</sup> Portabilidad institucional, y no solo geográfica: la posibilidad de transferir la propia cuenta individual desde una administradora a otra, y no solo a otro Estado o legislación nacional.

a) La propuesta orgánica mira a la creación de un Consejo Federal, Comisión o Comité de reforma donde deberían estar los agentes sociales, expertos independientes y técnicos gubernamentales, en cuyo seno quedarán claros los objetivos marcados<sup>36</sup>. Las conclusiones de los debates apuntan a las siguientes dianas:

a.1. Coordinación y complementariedad de los regímenes de reparto y los de capitalización, a manera de pirámide y no de alternativa. Este punto contiene fuertes dosis de reforma estructural, aunque no pretende alterar lo existente, sino modificar su tipo de relación. Transformar en positivo la alternativa entre seguro público o fondo de pensiones significa sumar uno y otro en cabeza de todo asegurado, lo cual implica un aumento de las cotizaciones, bien sea del Estado o de los implicados.

a.2. Base de datos unificada de toda la pensionística de la protección social. Un *continuum* informativo donde constara el historial de cada asegurado y de cada entidad gestora dentro del conjunto, y accesible por todo el conjunto, suprimiría la enorme incertidumbre de la fragmentación actual, donde los datos son incompletos.

a.3. Separación neta de los seguros de pensiones respecto de los otros seguros y de los aditamentos que no pertenecen a su esfera<sup>37</sup>.

a.4. Protección suficiente y digna en el pilar básico. Se trata de una propuesta cuantitativa inexorablemente relacionada con la suficiencia del salario mínimo, al cual no puede sobrepasar<sup>38</sup>.

a.5. Perseguir un sistema mexicano global y coordinado de pensiones.

a.6. Mecanismos de sostenibilidad vinculados a la expectativa de vida y al envejecimiento de la población. Dichos mecanismos, evidentemente, pueden asumir desde la forma de un Fondo de Reserva hasta la de un factor de sostenibilidad como los establecidos en varios países europeos.

Implícitamente parece admitirse el protagonismo de la Secretaría Ministerio de Trabajo y Previsión Social en la aplicación de la reforma. Sin embargo, la experiencia indica

---

<sup>36</sup> Como se sabe, en la Unión Europea existe por una parte la Comisión Administrativa, donde se reúnen técnicos gubernamentales de cada Estado Miembro para resolver problemas aplicativos, y que a su vez se descompone en una Subcomisión de cuentas y una Subcomisión de Informática; y por otra la Comisión Consultiva, que reúne a una representación tripartita (un miembro gubernamental, otro sindical y otro empresarial) de cada Estado Miembro.

<sup>37</sup> Vivienda y guarderías, pero también otras actividades comprendidas en el término “social” como las deportivas, culturales, de ocio y recreo, etc., de mejora del nivel del pueblo mexicano, y que en otros países configuran los Ministerios de Vivienda, Cultura, Sanidad, etc.

<sup>38</sup> A. SÁNCHEZ CASTAÑEDA, *La seguridad y la protección social en México: su necesaria reorganización* (México, UNAM 2012) 183 ss., alude en tal sentido a una protección social solidaria y contributiva con el sector informal, y a prestaciones solidarias para adultos mayores. En el primer caso ofrece algunas soluciones sobre contingencias de enfermedad y de vejez, y advierte que deberían estar muy articuladas para atender a la pluralidad que se presenta en el sector informal. En cuanto al segundo, señala cómo en México el número de pensionistas del trabajo –antiguos cotizantes por su relación laboral– es “infinitamente inferior” al número absoluto de ancianos, por lo que es necesario crear una prestación solidaria para los que no cuentan con pensión contributiva (p. 184).

la conveniencia de apartar al poder político lo más posible de este tipo de actuaciones, o cuanto menos la creación de un Consejo donde se debatieran y aprobaran las líneas maestras de actuación de tan compleja evolución. Quizá sería el momento de aprovechar la propuesta de A. Sánchez Castañeda, de un Instituto Mexicano de Protección Social limitado a las personas sin recursos<sup>39</sup>, y convertirlo en una superestructura que abarcara a toda la protección social, tanto contributiva como no contributiva, de cotizantes como de necesitados, profesional como universal, para dejar en un segundo escalón a los Institutos actualmente existentes.

b) La propuesta funcional alude a la elaboración de una norma de rango legal donde quedaran plasmados los objetivos perseguidos. Consistiría en un marco normativo básico, o ley marco, aplicable a todas las entidades de pensiones, con principios generales de cumplimiento necesario por todas ellas. Se trata, claramente, de una ley federal que sustituiría a la Ley del Seguro Social de 1995. El problema aquí viene planteado por las relaciones parlamentarias y el juego de partidos dentro de las Cámaras legislativas, materia en la que no vamos a entrar, pero que ya en los debates pudo expresar una contraposición de intereses y objetivos entre las diversas organizaciones políticas. El segundo nivel después de la Ley marco serían los reglamentos de desarrollo, que entiendo deberían ser pocos, breves y asimismo federales, donde la coordinación dejaría abiertas las variantes posibles a tenor de la naturaleza de las entidades gestoras, del tipo de seguro o de la clase de contingencia.

\*\*\*\*\*

¿Qué podemos esperar de la re-reforma latinoamericana cuando esté culminada? La experiencia de las reformas anteriores en América y Europa nos enseña que el ideal está ahora en un sistema mixto de reparto y capitalización, no en uno puro de uno u otro signo. Los pasos más importantes podrán darse con relativa facilidad en las tareas de simplificación, unificación y coordinación de los multisistemas actuales, especialmente en México, y con ellas lograremos un avance importante en la igualdad y la eficiencia. Con esos dos logros solo nos quedaría ya el último eslabón de la escala virtuosa: la suficiencia de las pensiones.

---

<sup>39</sup> A. SÁNCHEZ CASTAÑEDA, *La seguridad y la protección social en México*, p. 176 ss.

Pensión de viudedad y matrimonios disparatados por razón de edad. La «legislación Berlusconi» de 2011 y su declaración de inconstitucionalidad por la Sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 174 de 2016

Survivor's pension and the disparate marriages on ground of age. The 2011 «Berlusconi legislation» and the declaration of its unconstitutionality by the Italian Constitutional Court Decision No. 174 of 2016

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO

FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

**Resumen**

Este trabajo analiza la reciente declaración de inconstitucionalidad de la «legislación Berlusconi» de 2011, sobre recorte en la pensión de viudedad en caso de matrimonios disparatos por razón de edad. La Corte Constitucional italiana consideró inadmisibles la presunción *iuris et de iure* de fraude de ley, que establecía la legislación cuestionada. Analiza también el informe de Derecho comparado sobre seguridad social, en parte relativo a España, citado por la propia Corte Constitucional italiana

**Abstract**

This work analyzes the recent declaration of unconstitutionality of the 2011 «Berlusconi legislation», about cuts in the survivor's pensions in the event of disparate marriages on ground of age. The Italian Constitutional Court considered unacceptable the «*iuris et de iure*» presumption set in the legislation at issue. It also analyzes the report on Comparative Social Security Law, in part relating to Spain, which is cited by the own Italian Constitutional Court.

**Palabras clave**

Pensión de viudedad, Matrimonio disparatado, Edad, Italia, Derecho comparado

**Keywords**

Survivor's pension, Disparate marriage, Age, Italy, Comparative Law

**1. EL CASO Y SUS PROTAGONISTAS**

1. Lógicamente, el principal protagonista –aunque inerte– del caso enjuiciado por la Sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 174 de 2016, decidida con fecha 15 junio 2016<sup>1</sup>, es lo que la propia decisión denomina «el artículo 18, párrafo 5, del decreto-ley de 6 julio 2011, núm. 98 (Disposiciones urgentes para la estabilización financiera), convertido [en ley], con modificaciones, por el artículo 1, párrafo 1, de la ley de 15 julio 2011, núm. 111»<sup>2</sup>. Se trataba de una legislación promulgada a iniciativa del Gobierno italiano de entonces, que presidía el Sr. Silvio BERLUSCONI, con la finalidad de operar en las cuentas de la seguridad social «un reajuste de estabilización financiera [*una manovra di stabilizzazione*»

<sup>1</sup> Su texto puede localizarse en [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>2</sup> Cfr. Consideraciones de Derecho, apartado 1, párrafo primero.

*finanziaria*])<sup>3</sup>, a cuyo efecto preveía muy diversas medidas de austeridad y de recortes; y entre ellas, la regulada en los preceptos recién citados, consistente en reducir (en proporción a la duración de la convivencia matrimonial) la pensión de viudedad en caso de matrimonios contraídos por personas con edades muy dispares (cabiendo hablar, en consecuencia, de matrimonios «disparatados» por razón de edad), resultando ser aquí el supuesto disparate –en lo esencial– el que un varón de más de 70 años hubiese contraído matrimonio con una mujer más de 20 años más joven que él, tras la entrada en vigor de la normativa cuestionada. Lo que afirmaba esta concreta «legislación Berlusconi» era, literalmente y en lo esencial, lo siguiente: 1) «con efecto sobre las pensiones causadas el 1 enero 2012, la cuantía porcentual en favor de los supervivientes del asegurado y pensionista ..., en los casos en que el matrimonio con el causante se haya contraído a la edad del mismo superior a setenta años [*ad età del medesimo superiori a settanta anni*] y la diferencia de edad entre los cónyuges sea superior a veinte años [*la differenza di età tra i coniugi sia superiori a venti anni*], se reduce un 10 por ciento por razón de cada año de matrimonio con el causante, que falte respecto al número de 10»<sup>4</sup>; 2) «en los casos de fracción de año, dicha reducción porcentual se vuelve a determinar porcentualmente»<sup>5</sup>; y 3) «las disposiciones del presente párrafo no se aplican en los casos de presencia de hijos menores de edad, estudiantes, así como discapacitados»<sup>6</sup>.

2. Como resultaba previsible, esta normativa acabó teniendo que aplicarla la entidad gestora competente de la seguridad social italiana [esto es, el «*Istituto Nazionale de la Previdenza Sociale (INPS)*»] a un supuesto de hecho que encajaba en ella como un guante, relativo a una viuda joven (el caso la llama «S.P.»), resultando –según la propia entidad gestora– que dicha viuda «se ha casado con un hombre, que ha superado los setenta años, la diferencia de edad entre los cónyuges es superior a veinte años y, por tanto, concurren los presupuestos para proceder al recorte de la ley»<sup>7</sup>. Recurrida judicialmente esta resolución, ocurrió que el órgano jurisdiccional competente para conocer de tal impugnación –que en Italia es la Corte de Cuentas (en el caso de autos, más en concreto, era «la Corte de Cuentas [*Corte dei Conti*], sección jurisdiccional para la Región del Lazio, juez único de las pensiones [*giudice unico delle pensioni*])»<sup>8</sup>– se animó a plantear cuestión de inconstitucionalidad (literalmente, «ha elevado, en relación con los artículos 3, 29, 36 y 38 de la Constitución, cuestión de legitimidad constitucional») <sup>9</sup>, entrando así en escena el primer gran protagonista subjetivo del caso. Los otros dos protagonistas orgánicos (recuérdese que antes calificaba a la normativa impugnada de protagonista «inerte») actuaron procesalmente en posición de impugnadores de la cuestión de inconstitucionalidad admitida a trámite. Se trataba, de un lado, de «el Presidente del Consejo de Ministros [esto es, el socialista Sr. Matteo RENZI], con memoria depositada el 16 septiembre 2014, y ha solicitado que se declare inadmisibles o, en todo caso, infundada la cuestión de legitimidad

<sup>3</sup> Cfr. Consideraciones de Derecho, apartado 4.1, párrafo primero.

<sup>4</sup> Inciso primero.

<sup>5</sup> Inciso segundo.

<sup>6</sup> Inciso tercero.

<sup>7</sup> Cfr. Antecedentes de Hecho, apartado 1.1, párrafo segundo.

<sup>8</sup> *Ibidem*, apartado 1, párrafo primero. Sobre «tutela giudiziaria» en materia de seguridad social, tras el terremoto legislativo habido últimamente en Italia, véase F. DEL GIUDICE, F. MARIANI y M. SOLOMBRINO, *Compendio di Diritto della Previdenza Sociale*, 10ª ed., Grupo Editoriale Simone (Nápoles, 2016), págs. 120 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. Antecedentes de Hecho, apartado 1, párrafo primero.

constitucional»<sup>10</sup>; y de otro lado, el ya citado INPS, que «ha depositado una memoria ilustrativa y ha rebatido [en línea con el Gobierno], con argumentos más profundos, las conclusiones ya desarrolladas»<sup>11</sup>. Estos argumentos los examinaremos luego, aunque anticipando ahora que en materia de recortes sociales, en Italia, la derecha y la izquierda tradicionales resultan ser primas hermanas.

3. Según la Sentencia, actuó en ella como «Juez ponente [*Giudice relatore*] Silvana Sciarra», última gran protagonista principal de nuestro caso. Como es sabido, la Prof.<sup>a</sup> SCIARRA es una veterana catedrática italiana de Derecho del Trabajo, de reconocido prestigio internacional (lo prueban, sin necesidad de tener que echar mano de otros datos, sus Doctorados *honoris causa* en Derecho por la Universidad de Estocolmo y por la Universidad belga-neerlandófona de Hasselt), y cuyo *curriculum* como publicista del Derecho comparado del Trabajo y del Derecho social europeo –también, en lengua castellana– es inobjetable<sup>12</sup>, habiéndome resultado delicioso releer últimamente en su libro *Evolución de la legislación laboral (1992-2003)* las páginas que le dedica a «Una metodología legal comparada»<sup>13</sup>. Fue, además, la primera mujer elegida juez de la Corte Constitucional de su país por el Parlamento italiano, en noviembre de 2014. Y en esta concreta Sentencia de la Corte Constitucional de la que fue ponente, su bagaje académico de muchas décadas brilla por todas partes, porque es un escrito muy breve y redactado con intensa acribia, en donde no hay rastro del «corta y pega» extractos de decenas y decenas de supuestos precedentes (que, por supuesto, el ponente de turno no ha mirado), y en donde –como comprobaremos luego– el Derecho ordinario de toda la vida acaba imponiéndose a las exigencias economicistas preconizadas por los «mercados internacionales». Entre las muchas fuentes de conocimiento citadas en esta Sentencia por la Prof.<sup>a</sup>-Juez SCIARRA, no figuran fuentes de conocimiento doctrinales, en línea con la tradicional prohibición legal italiana de que los jueces no nos citen nominalmente a nosotros, los académicos<sup>14</sup>, aunque sí figura citado un interesantísimo «informe» sobre Derecho comparado de Seguridad Social, al que no tendré más remedio que volver a aludir, un poco más adelante.

## 2. LOS RAZONAMIENTOS DEL CASO

4. Como era su deber, el órgano jurisdiccional proponente de la cuestión de inconstitucionalidad centró con precisión el debate, individualizando los cuatro concretos preceptos de la Constitución italiana violados –en su opinión– por la «legislación Berlusconi» aplicada a la viuda del caso por el INPS<sup>15</sup>. Se trataba, en primer lugar, de su artículo 3, allí donde afirma que «todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales»<sup>16</sup>. En segundo lugar, de su artículo 29,

<sup>10</sup> Cfr. Antecedentes de Hecho, apartado 3, párrafo primero.

<sup>11</sup> Cfr. Antecedentes de Hecho, apartado 4, párrafo primero.

<sup>12</sup> Lo he consultado en [http://d2ddakkt2rzmi5.cloudfront.net/silvana\\_sciarra.pdf](http://d2ddakkt2rzmi5.cloudfront.net/silvana_sciarra.pdf).

<sup>13</sup> Véase S. SCIARRA, *Evolución de la legislación laboral (1992-2003)*, Comisión Europea-Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades (Bruselas, 2005), págs. 15 y ss.

<sup>14</sup> Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La cita nominal de doctrina científica en la jurisprudencia laboral. Un estudio de Derecho comparado», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150 (2011), págs. 336-337.

<sup>15</sup> Cfr. Antecedentes de Hecho, apartado 1.

<sup>16</sup> Párrafo primero.

relativo a que «la República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio»<sup>17</sup>, y a que «el matrimonio se ordena sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar»<sup>18</sup>. En tercer lugar, de su artículo 36, relativo –en parte– a que «el trabajador tiene derecho a una retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y, en todo caso, suficiente para asegurarle a él y a su familia una existencia libre y digna»<sup>19</sup>. Y en cuarto lugar, de su artículo 38, en el que resultaban especialmente relevantes sus párrafos relativos a que «todo ciudadano incapaz para el trabajo y desprovisto de los medios necesarios para vivir tiene derecho al mantenimiento y a la asistencia social»<sup>20</sup>, y a que «los trabajadores tienen derecho a que se prevean y se aseguren medios adecuados a sus exigencias vitales en caso de accidente, enfermedad, invalidez y vejez, y desempleo involuntario»<sup>21</sup>.

5. Frente a esta batería de preceptos constitucionales, la defensa del Gobierno italiano y la del INPS –en línea con los argumentos sostenidos durante la tramitación parlamentaria de la normativa cuestionada– no se articuló alrededor de consideraciones jurídicas, sino de argumentos supuestamente morales y economicistas de mera conveniencia u oportunidad. Así, el Gobierno alegaba que la finalidad de tales normas era «reprimir los abusos con daño a las personas ancianas [*reprimere gli abusi ai danni delle persone anziani*]]»<sup>22</sup>, mientras que el INPS sostenía que la normativa impugnada «no limitaría en modo alguno la libertad de matrimonio, sino que pretendería protegerla de propósitos venales y fraudulentos [*tutelarla da propositi venali e fraudolenti*]]»<sup>23</sup>, constando probado en el caso que en los correspondientes debates parlamentarios «se estigmatizaba como “mala costumbre” la atribución de pensiones de viudedad “a personas que no tendrían, en el plano moral, derecho a ellas” [*si stigmatizzava come “malcostume” l’attribuzione delle pensioni di reversibilità “a persone che non ne avrebbero, sul piano morale, diritto*] y se resaltaba el objetivo de contener el fenómeno de los matrimonios “de conveniencia” [*si poneva in risalto l’obiettivo di arginare il fenomeno dei matrimoni “di comodo”*]]»<sup>24</sup>. En cuanto a lo meramente economicista, Gobierno e INPS eran concordes en que «el acogimiento de la cuestión de constitucionalidad produciría efectos negativos en las finanzas [*effetti negativi per la finanza*]]»<sup>25</sup>, dado que la normativa impugnada había sido «adoptada en una grave coyuntura de crisis financiera, con la finalidad precisa de conseguir el equilibrio presupuestario [*al precipuo scopo di conseguire l’equilibrio di bilancio*], constitucionalmente impuesto (artículo 81 de la Constitución)»<sup>26</sup>.

6. Para estimar la pretensión de inconstitucionalidad –y además, con los mismos fundamentos aducidos por la Corte de Cuentas (literalmente, «se desprende la fundamentación de la cuestión de legitimidad constitucional, con referencia a los artículos 3,

---

<sup>17</sup> Párrafo primero.

<sup>18</sup> Párrafo segundo.

<sup>19</sup> Párrafo primero.

<sup>20</sup> Párrafo primero.

<sup>21</sup> Párrafo segundo.

<sup>22</sup> Cfr. Antecedentes de Hecho, apartado 3, párrafo segundo.

<sup>23</sup> Cfr. Antecedentes de Hecho, apartado 4, párrafo penúltimo.

<sup>24</sup> Cfr. Consideraciones de Derecho, apartado 4.1, párrafo tercero.

<sup>25</sup> Cfr. Antecedentes de Hecho, apartado 3, párrafo último.

<sup>26</sup> Cfr. Antecedentes de Hecho, apartado 4, párrafo sexto.

36 y 38 de la Constitución»<sup>27</sup>, absorbiéndose en ellos «las censuras centradas en la violación del artículo 29 de la Constitución y, en particular, en la limitación a la libertad de contraer matrimonio»<sup>28</sup>), la ponente del caso utilizó, en realidad, un único argumento de carácter jurídico. Según ella –sobre la base de que la normativa impugnada «enfatisa la patología del fenómeno, partiendo del presupuesto de una génesis indefectiblemente fraudulenta del matrimonio tardío [una *genesì immancabilmente fraudolenta del matrimonio tardivo*]]<sup>29</sup>–, resultaba lo siguiente: 1) «la *ratio* de la medida restrictiva reside en la presunción de que los matrimonios contraídos por quien tenga más de setenta años con una persona veinte años más joven tienen origen en el intento de defraudar los derechos del erario [*presunzioni che i matrimoni contratti da chi abbia più di settant'anni con una persona di vent'anni più giovane traggano origine dall'intento di frodare le ragioni dell'erario*], cuando no haya hijos menores, estudiantes o incapaces»<sup>30</sup>; 2) «se trata de una presunción de fraude de ley, establecida en términos absolutos, que impide toda prueba contraria [*connotata in termini assoluti, che preclude ogni prova contraria*]]<sup>31</sup>; y 3) «su amplio alcance permite transparentar la intrínseca irrazonabilidad de la disposición impugnada [*lascia trasparire l'intrinseca irragionevolezza della disposizione impugnata*]]<sup>32</sup>, teniendo en cuenta que «tal irrazonabilidad resulta aún más marcada, si se tiene en cuenta el ahora ya indiscutible alargamiento de las expectativas de vida [*se si tiene conto dell'ormai riscontrato allungamento dell'aspettativa di vita*]]<sup>33</sup>. Ahora bien, desde el punto de vista del Derecho comparado, lo que quizá más llama la atención en esta irreprochable Sentencia de la Corte Constitucional italiana sea la cita, por parte de la ponente de la misma, de un interesantísimo informe sobre Derecho comparado de la Seguridad Social.

### 3. EL INFORME CITADO POR EL CASO, SOBRE DERECHO COMPARADO DE SEGURIDAD SOCIAL

7. En efecto, para reforzar su argumentación sobre la ilegitimidad constitucional de la normativa impugnada, la Sentencia alude a un informe manejado durante el debate parlamentario de la misma, realmente fácil de localizar, vista la precisión típicamente académica con que el mismo aparece citado [literalmente, «*note informative sintetiche elaborate, nel corso del dibattito parlamentare, dall'Ufficio legislazione straniera del Servizio Biblioteca della Camera dei deputati (XVI Legislatura, Atto Camera n. 1847 e abb.)*»]<sup>34</sup>, del que se desprendía el carácter insólito –en el contexto de muy diversos países del primer mundo– de dicha normativa italiana. Se trata de un informe titulado «Las pensiones de supervivencia en los principales países europeos y en los USA [*Le pensioni di reversibilità nei principali paesi europei e negli USA*]], manejable sin problema a través del sitio en Internet de la Cámara de los Diputados italiana, ubicado en [www.camera.it](http://www.camera.it), refiriéndose no sólo a las pensiones de viudedad (contributivas y no contributivas), sino también a las pensiones de orfandad, y fechado el 16 marzo 2011. Resulta un escrito muy

<sup>27</sup> Cfr. Consideraciones de Derecho, apartado 5, párrafo primero.

<sup>28</sup> *Ibidem*, párrafo segundo.

<sup>29</sup> Cfr. Consideraciones de Derecho, apartado 4.2, párrafo segundo.

<sup>30</sup> *Ibidem*, párrafo primero.

<sup>31</sup> *Ibidem*, párrafo segundo.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Cfr. Consideraciones de Derecho, apartado 4.3, párrafo primero.

<sup>34</sup> Cfr. Consideraciones de Derecho, apartado 3.2, párrafo último.

grato de leer –por su carácter estrictamente jurídico–, pues la citada Oficina de legislación extranjera del Servicio de Biblioteca de la Cámara de los Diputados lo que hace en él es indicar –país por país– las fuentes positivas reguladoras de las pensiones de muerte y supervivencia, resumiendo con acribia su contenido (eso sí, resaltando las particularidades nacionales relativas a la edad de los potenciales beneficiarios, a través del uso de la **negrita**), y facilitando incluso con un solo «pinchazo» el acceso directo a las fuentes normativas estudiadas (se supone que, para mayor comodidad de los diputados italianos que tuviesen a bien manejarlas).

8. Desde el punto de vista de la metodología del Derecho comparado (que, por supuesto, «nada tiene que ver con ordenaciones alfabéticas de Estados, que empezasen en la “A”, quizá con Afganistán, y concluyesen en la “Z”, seguramente con Zimbabwe») <sup>35</sup>, resulta ser un informe irreprochable, si es que se atiende a los «principales» países europeos, sobre cuyos respectivos Derechos nacionales de Seguridad Social aparece trabajado. En efecto, se trata de los cuatro grandes países de Europa occidental (esto es, por el orden en que aparecen en el informe, Francia, Alemania, Reino Unido y España), desde la perspectiva italiana, más el añadido de Bélgica. Evidentemente, este último país no es ni principal ni grande en el contexto europeo, si comparado con los otros cuatro analizados, aunque brille mucho a nuestros peculiares efectos, por causa de radicar en él la más prestigiosa institución universitaria europea dedicada a la investigación y la docencia del Derecho comparado de la Seguridad Social, que es el Instituut voor Sociaal Recht de la Universidad católica neerlandófona de Lovaina (actualmente dirigido por el Prof. Danny PIETERS, que no necesita presentación en España), cuyos proyectos de investigación desbordan el estricto marco comparatista europeo (por ejemplo, es el caso del proyecto «Social Security in the BRIC-countries», desarrollado en 2011 por «Danny Pieters & Paul Schoukens», por encargo del Center for Business Government de Washington, D.C.), contribuyendo de paso a difundir en el mundo el propio Derecho belga de la Seguridad Social <sup>36</sup>.

9. Me parece igualmente irreprochable que el informe se extienda a exponer la regulación del tema de las pensiones de muerte y supervivencia en los Estados Unidos. Téngase en cuenta, como se ha puesto de relieve doctrinalmente entre nosotros, que la Ley federal norteamericana de Seguridad Social de 1935 padeció sus primeras «enmiendas» en 1939, precisamente con la finalidad de ampliar «el programa de seguridad social contributiva (originariamente previsto para proteger sólo la contingencia de “vejez [old-age]”), extendiéndolo a las contingencias de “supervivientes [survivors]” (para proteger, entre otras cosas, la viudedad y la orfandad)» <sup>37</sup>; y por tanto, dieciséis años antes de que en España se protegiese la contingencia de «viudedad en favor de las viudas de trabajadores», por

---

<sup>35</sup> Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), pág. XXII.

<sup>36</sup> Acerca de todo ello, véase el sitio en Internet de dicho Instituto, ubicado en [www.law.kuleuven.be/irs/index.htm](http://www.law.kuleuven.be/irs/index.htm).

<sup>37</sup> Al respecto, véase A. ARUFE VARELA, *El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier (Barcelona, 2014), pág. 31.

Decreto-ley de 2 septiembre 1955<sup>38</sup>. Sobre el Derecho norteamericano, este informe italiano remite a la sección 404.335 del Título 20 del Código de Reglamentos Federales (*Code of Federal Regulations*), con posibilidad de «pinchazo» de acceso directo a ella, cabiendo reconducir su contenido a las siguientes tres afirmaciones basilares: 1) la pensión de viudedad se otorga, como regla, al cónyuge superviviente «si ha cumplido **60 años**»<sup>39</sup>, aunque no existe límite de edad «si tiene uno o más hijos a cargo menores de 16 años o incapaces»<sup>40</sup>; 2) «el matrimonio debe haber durado al menos **nueve meses antes de la muerte** de uno de los cónyuges»<sup>41</sup>, aunque existen excepciones si, por ejemplo, «la muerte ha ocurrido por causa de accidente o como consecuencia del cumplimiento del propio deber en calidad de miembro de un *uniformed service* (Fuerzas Armadas, academias militares, servicios civiles, etc.)»<sup>42</sup>; y 3) «el importe medio de un *survivor benefit*, correspondiente a una familia constituida por el cónyuge superviviente y por dos hijos menores de 16 años, es igual aproximadamente a 1.400 dólares mensuales»<sup>43</sup>, teniendo en cuenta que «el eventual incremento de los pagos se liga al índice anual del coste de la vida»<sup>44</sup>.

---

<sup>38</sup> Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2013), pág. 10.

<sup>39</sup> Cfr. párrafo segundo, guión primero.

<sup>40</sup> *Ibidem*, guión tercero.

<sup>41</sup> Cfr. párrafo tercero.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Cfr. párrafo cuarto, inciso primero.

<sup>44</sup> *Ibidem*, inciso segundo.



Crónica  
legislativa de  
Seguridad  
Social y  
materias  
conexas

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

*CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

*UNIVERSIDAD DE GRANADA*

*MIEMBRO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ANDALUCÍA*

LABORUM



## **1. SEGURIDAD SOCIAL**

***-Coordinación.-* Decisión N° H8 de 17 de diciembre de 2015 (actualizada con ligeras aclaraciones técnicas el 9 de marzo de 2016) relativa a los métodos de funcionamiento y a la composición de la Comisión Técnica de Tratamiento de la Información de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (DOUE C 263, 20-7-2016)**

La Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social establece cuál va a ser la composición de la Comisión Técnica de Tratamiento de la Información y sus métodos de funcionamiento. Se cumple así con lo previsto en el art. 72 del Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, que establece que la Comisión Administrativa debe promover y desarrollar la colaboración entre los Estados miembros modernizando los procedimientos necesarios para el intercambio de información, en particular mediante la adaptación a los intercambios electrónicos del flujo de información entre las instituciones, habida cuenta de la evolución del tratamiento de datos en cada Estado miembro; debe adoptar las normas comunes de estructura para los servicios de tratamiento de datos, fundamentalmente en materia de seguridad y de uso de normas, y debe establecer las modalidades de funcionamiento de la parte común de dichos servicios. Igualmente, se da cumplimiento a lo previsto en el art. 73 del Reglamento (CE) n° 883/2004, conforme al cual la Comisión Administrativa debe establecer y determinar los métodos de funcionamiento y la composición de una Comisión Técnica de Tratamiento de la Información, que debe elaborar informes y emitir un dictamen motivado antes de que la Comisión Administrativa adopte una decisión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 72, letra d).

***-Acuerdo internacional.-* Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009. Firma por parte de la República Argentina (BOE 1-7-2016)**

Con fecha de 31 de mayo de 2016, la República Argentina ha procedido a la firma del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009, así como al depósito de sus respectivos Anexos. El texto del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social fue publicado en el BOE n° 7, de 8 de enero de 2011, junto con el texto del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

***-Contabilidad. Cuenta general.-* Resolución de 5 de julio de 2016, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se modifican las Resoluciones de 1 de julio de 2011, por la que se aprueba la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social; y la de 25 de julio de 2012, por la que se determina la estructura y composición de la Cuenta General de la Seguridad Social y de las cuentas anuales de las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social (BOE 13-7-2016)**

Por Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril, se aprobó el vigente Plan General de

Contabilidad Pública (en adelante PGCP), con el carácter de plan contable marco, para todas las Administraciones Públicas, siendo de aplicación obligatoria para las entidades integrantes del sector público administrativo estatal. No obstante su aplicación en el ámbito de la Seguridad Social requeriría su previa adaptación, lo que se plasmó en la Resolución de 1 de julio de 2011. Posteriormente, mediante Resolución de 9 de mayo de 2012 de la Intervención General de la Administración del Estado, se efectuaron modificaciones en la adaptación del PGCP a las entidades que integran el Sistema de la Seguridad Social, con el objeto fundamentalmente de incorporar las novedades recogidas tanto en la Orden EHA/3068/2011, de 8 de noviembre, que modificó el PGCP, como en la Orden EHA/3067/2011, que aprobó la Instrucción de Contabilidad para la Administración General del Estado. A partir de 2015, la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el TRLGSS en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, ha introducido modificaciones en relación con el funcionamiento y gestión de estas entidades, y entre ellas, respecto a la regulación de las reservas a constituir con cargo al resultado económico obtenido por las mutuas en cada ejercicio. Finalmente, también, en relación con la materialización del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, se han producido cambios normativos encaminados fundamentalmente a conseguir una gestión más activa y puntual de la tesorería del Fondo, que permitan obtener una mayor rentabilidad de la misma.

Por todo ello, la presente Resolución tiene por objeto modificar la Resolución de 1 de julio de 2011 para incorporar en ella las novedades introducidas por la citada Ley 35/2014 que tienen repercusión contable, dar un adecuado y diferenciado registro contable a las nuevas operaciones de materialización del Fondo de Reserva o a aquellas otras que, previas las modificaciones normativas a que hubiera lugar, pudieran producirse en un futuro y, por último, mejorar algunos aspectos de la mencionada Resolución en relación fundamentalmente con la información aportada por las cuentas anuales de las entidades que integran el Sistema de la Seguridad Social.

Asimismo y como consecuencia de dichos cambios, la presente Resolución procede a modificar a su vez la Resolución de 25 de julio de 2012, de la Administración General de la Administración del Estado, por la que se determina la estructura y composición de la Cuenta General de la Seguridad Social y de las cuentas anuales de las entidades que integran el Sistema de la Seguridad Social y el resumen de la información a publicar en el BOE, para adaptar su contenido a las novedades introducidas en la estructura de las cuentas anuales de las citadas entidades.

***-Procedimientos administrativos. Gestión informatizada.-Resolución de 19 de julio de 2016, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se fija la fecha a partir de la cual los actos del procedimiento de devolución de ingresos indebidos a la Seguridad Social y saldos acreedores se notificarán electrónicamente (BOE 28-7-2016)***

Se establece por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Única de la Orden ESS/485/2013, de 26 de marzo, por la que se regulan las notificaciones y comunicaciones por medios electrónicos en el ámbito de la Seguridad Social, que a partir de 1 de octubre de 2016 (fecha de entrada en vigor de esta resolución) se notificarán o comunicarán a través del sistema de notificación electrónica:

-Todos los actos del procedimiento administrativo de devolución de ingresos indebidos a la Seguridad Social y saldos acreedores emitidos por la TGSS, dirigidos a los sujetos responsables a los que se refiere el artículo 3.2 de la Orden ESS/485/2013, de 26 de marzo, por la que se regulan las notificaciones y comunicaciones por medios electrónicos en el ámbito de la Seguridad Social, una vez que queden inicialmente obligados en los términos indicados en el apartado 1 de su disposición adicional única, así como a las personas, físicas o jurídicas, o entes sin personalidad jurídica a que se refiere el artículo 3.3 de la citada Orden, que opten por esa forma de notificación, y a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, así como sus entidades y centros mancomunados a los que se refiere el apartado 4 del citado artículo 3.

-Los actos dirigidos al reembolso del coste de las garantías a que se refiere el artículo 30 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social (RD 1415/2004, de 11 de junio), en la medida en que el procedimiento aplicable a estos es el procedimiento de devolución de ingresos indebidos.

**-Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón.- -Orden ESS/1588/2016, de 29 de septiembre, por la que se fijan para el ejercicio 2016 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón (BOE 4-10-2016)**

Mediante esta Orden se determinan las bases normalizadas de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial para la Minería del Carbón, teniendo en cuenta, para la determinación de tales bases, la cuantía de las bases de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2015, ambos inclusive, con las especialidades contenidas en el artículo 57 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (RD 2064/1995, de 22 de diciembre).

**-Resolución de 6 de octubre de 2016, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se establece un plazo especial para el ingreso de las diferencias resultantes de la aplicación de la Orden ESS/1588/2016, de 29 de septiembre, por la que se fijan para el ejercicio 2016 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón (BOE 11-10-2016)**

Se establece que las diferencias de cotización resultantes de la aplicación de lo dispuesto en la Orden ESS/1588/2016, de 29 de septiembre, respecto de las cotizaciones que a partir de 1 de enero de 2016 se hubieran efectuado hasta su publicación en el BOE, se ingresarán en un único plazo correspondiente al mes de enero de 2017.

**-Mutuas.- Resolución de 29 de junio de 2016, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se establecen los términos para la aplicación a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social de los coeficientes para la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena de las empresas asociadas (BOE 19-7-2016)**

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 24.1 de la Orden ESS/70/2016, esta Resolución define el requisito de insuficiencia financiera que permite a las mutuas acceder a los coeficientes especiales, e imparte instrucciones sobre las condiciones de acceso a los mismos.

Se define el requisito de insuficiencia financiera del coeficiente general mediante la estimación del resultado negativo o déficit al cierre del ejercicio 2016 en el ámbito de la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes después de aplicada en su integridad la reserva de estabilización específica de esta gestión. Por otro lado, respecto del requisito adicional de que tal déficit sea consecuencia de circunstancias estructurales, se considera existente cuando la duración media de los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena protegidos por la mutua en el año 2015 sea superior a 33 días, o bien cuando el índice de incidencia media mensual durante el mismo periodo, de los mismos procesos, haya superado en el año 2015 el 24 por mil, siempre que se justifique por la mutua interesada el desarrollo por su parte de actuaciones de control y seguimiento de los referidos procesos de baja médica por incapacidad temporal.

La Exposición de Motivos establece que el coeficiente financiero especial sirve a la finalidad de ajustar la financiación de la gestión mencionada a la heterogeneidad de estructuras que concurren en estas entidades, particularmente a sus distintos niveles de implantación en ámbitos territoriales o en sectores de la actividad económica en los que son más elevados los gastos que genera la prestación económica por incapacidad temporal y que son debidos a circunstancias ajenas a la gestión. Por ello, con la finalidad de resaltar el requisito estructural y simultáneamente promover mejoras de gestión, se contempla también como requisito que la mutua haya llevado a cabo de forma activa actuaciones de control y seguimiento con tal finalidad.

Asimismo, por razones de eficiencia en la gestión aconsejan, la Resolución acomoda la financiación de este ámbito a las singularidades de las distintas mutuas en lugar de incrementar de forma indiscriminada el coeficiente general, pues un mayor coeficiente general, además de ser más gravoso para el Sistema, generaría en algunas de las mutuas, las de mayores o más homogéneos niveles de implantación, una holgada financiación y superávit frente a otras, en las que aquel coeficiente seguiría siendo insuficiente.

**-Medicamentos.- Orden SSI/1305/2016, de 27 de julio, por la que se procede a la actualización en 2016 del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud (BOE 2-8-2016).**

A través de esta OM se procede a la actualización en 2016 de los conjuntos y precios de referencia establecidos por la Orden SSI/2160/2015, de 14 de octubre, y para ello se determinan los nuevos conjuntos y se fijan sus precios de referencia, así como se revisan los precios de referencia fijados por la misma. Igualmente se procede a la supresión de los conjuntos de referencia previamente determinados por no cumplir, por causas sobrevenidas, los requisitos exigibles para su establecimiento.

## 2. PREVENCIÓN DE RIESGOS

***-Seguridad y salud laboral.-*** Comunicación de la Comisión en el marco de la aplicación de la Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las máquinas y por la que se modifica la Directiva 95/16/CE (refundición) (Publicación de títulos y referencias de normas armonizadas conforme a la legislación sobre armonización de la Unión). Texto pertinente a efectos del EEE (DOUE C 332, 9-9-2016)

Se publican los títulos y referencias de normas armonizadas conforme a la legislación sobre armonización de la Unión.

***-Equipos de protección individual.-*** Comunicación de la Comisión en el marco de la aplicación de la Directiva 89/686/CEE del Consejo sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los equipos de protección individual (Publicación de títulos y referencias de normas armonizadas conforme a la legislación sobre armonización de la Unión). Texto pertinente a efectos del EEE (DOUE C 332, 9-9-2016)

Se publican los títulos y referencias de normas armonizadas conforme a la legislación sobre armonización de la Unión.

***-Jornada de trabajo.-*** Real Decreto 311/2016, de 29 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en materia de trabajo nocturno (BOE 30-7-2016)

En cumplimiento de la Directiva 2003/88/CE, se incorpora al RD 1561/1995 un nuevo artículo 33 referido a trabajadores nocturnos que desarrollen trabajos con riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes. Dichos trabajadores habrán de ser definidos por la negociación colectiva y su jornada máxima será, salvo excepciones, de ocho horas en el curso de un periodo de veinticuatro horas durante el cual realicen un trabajo nocturno.

***-Exposición a campos electromagnéticos.-*** Real Decreto 299/2016, de 22 de julio, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a campos electromagnéticos (BOE 29-7-16)

A través de este Real Decreto se lleva a cabo la transposición de la Directiva 2013/35/UE, sobre las disposiciones mínimas de salud y seguridad relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos).

Según la Exposición de Motivos, se establecen una serie de disposiciones mínimas que tienen como objeto la protección de los trabajadores contra los riesgos para su salud y su seguridad derivados o que puedan derivarse de la exposición a campos electromagnéticos, teniendo en cuenta que estos riesgos son los debidos a los efectos biofísicos directos conocidos y a los efectos indirectos causados por los campos electromagnéticos. Sin embargo, no se abordan los posibles efectos a largo plazo, ya que actualmente no existen datos científicos comprobados que establezcan un nexo causal, ni los riesgos derivados del contacto con conductores en tensión.

En consecuencia, regula las disposiciones encaminadas a evitar o a reducir los riesgos e incluye la obligación empresarial de elaborar y aplicar un plan de acción que deberá

contar con las medidas técnicas y/o de organización destinadas a evitar que la exposición supere determinados valores límite, aunque se contemplan situaciones excepcionales en las que los trabajadores podrán quedar expuestos a valores superiores.

También se determinan los valores límite de exposición y los niveles de acción; se establece la obligación de que el empresario efectúe una evaluación y, en caso necesario, mediciones o cálculos de los niveles de los campos electromagnéticos a que estén expuestos los trabajadores e incluye una relación de los aspectos a los que el empresario deberá prestar especial atención al evaluar los riesgos. Recoge dos derechos básicos en materia preventiva, como son la necesidad de formación de los trabajadores y la información a estos, así como la forma de ejercer los trabajadores su derecho a ser consultados y a participar en los aspectos relacionados con la prevención. Se establecen, también, disposiciones relativas a la vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos por exposición a campos electromagnéticos.

Se incluye, por último, el régimen sancionador por incumplimiento a lo dispuesto en el real decreto.

### 3. EMPLEO

***-Empleo agrario.- Real Decreto 287/2016, de 1 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 939/1997, de 20 de junio, por el que se regula la afectación al programa de fomento de empleo agrario, de créditos para inversiones de las Administraciones Públicas en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura y en zonas rurales deprimidas (BOE 2-7-2016)***

El RD 939/1997, de 20 de junio, contempla subvenciones para la contratación de trabajadores desempleados en obras y servicios de interés general y social. Dentro del mismo presupuesto de gasto del programa de fomento de empleo agrario regulado en el RD 939/1997, de 20 de junio, y de acuerdo con la tipología de proyectos que se vienen aprobando, se ha considerado conveniente llevar a cabo una modificación del mismo para incluir la posibilidad de reforma y/o rehabilitación de casas-cuartel de la Guardia Civil a través de las obras de interés general y social realizadas por las Corporaciones Locales en el marco del referido programa y de los convenios de los Servicios Públicos de Empleo con las entidades locales.

***-Jóvenes.- Orden ECD/1345/2016, de 3 de agosto, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas dirigidas a la contratación de jóvenes inscritos en el fichero del Sistema Nacional de Garantía Juvenil (BOE 5-8-2016)***

El objeto de estas bases reguladoras es establecer, en régimen de publicidad, objetividad y concurrencia competitiva, las bases y las condiciones para la concesión de subvenciones en concepto de ayudas dirigidas a la contratación de jóvenes inscritos en el Fichero del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, en el marco del Programa Operativo de Empleo Juvenil, de jóvenes de más de dieciséis años y menores de treinta años que cumplan los requisitos del sistema de Garantía Juvenil y no tengan ninguna ocupación laboral.

La finalidad que se pretende con estas subvenciones de ayudas es que las personas jóvenes no ocupadas, ni integradas en los sistemas de educación o formación, de más de

dieciséis años y menores de treinta años, puedan recibir una oferta de empleo tras acabar la educación formal o quedar desempleadas.

Podrán tener la condición de beneficiarios y beneficiarias de las correspondientes convocatorias, en los términos que las mismas establezcan, y siempre que cumplan con los requisitos y condiciones exigidos en cada caso, las empresas, cualquiera que sea su forma jurídica (ya sean personas físicas o jurídicas, asociaciones, entidades sin ánimo de lucro, etc.) que, en su condición de empleadoras y cumpliendo los requisitos y condiciones establecidos en estas bases realicen contratación de jóvenes inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, en el marco del Programa Operativo de Empleo Juvenil.

**-Orden ECD/1346/2016, de 3 de agosto, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas dirigidas al fomento del emprendimiento de jóvenes inscritos en el fichero del Sistema Nacional de Garantía Juvenil (BOE 5-8-2016)**

El objeto de estas bases reguladoras es establecer, en régimen de publicidad, objetividad y concurrencia competitiva, las bases y las condiciones para la concesión de subvenciones en concepto de ayudas dirigidas al fomento del emprendimiento de jóvenes de más de dieciocho años y menores de treinta años que no tengan ninguna ocupación laboral ni se encuentren estudiando o realizando algún ciclo formativo reglado, inscritos en el Fichero del Sistema Nacional de Garantía Juvenil.

La finalidad que se pretende es que las personas jóvenes, no ocupadas, ni integradas en los sistemas de educación o formación, de más de dieciocho años y menores de treinta años, puedan iniciar un proyecto emprendedor y generar autoempleo.

Podrán tener la condición de beneficiarios, siempre que cumplan con los requisitos y condiciones exigidos en cada caso: 1. Los emprendedores que vayan a ejercer la actividad como personas físicas. 2. Los emprendedores que inicien la actividad y se configuren en personas jurídicas, siempre que: – Constituyan una sociedad (Sociedad Limitada de Nueva Empresa, Comunidad de Bienes, Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad Limitada de Formación sucesiva) – Sean Administradores y posean al menos el 51% del capital social de la entidad creada. A partir de su constitución, el beneficiario o la beneficiaria de la subvención será la entidad jurídica.

**-PREPARA.- Resolución de 29 de julio de 2016, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se prorroga la vigencia de la Resolución de 1 de agosto de 2013, modificada por la de 30 de julio de 2014, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero (BOE 17-8-2016)**

La vigencia de la citada Resolución se prorroga por 6 meses.

**-Política de empleo.- Resolución de 22 de agosto de 2016, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de agosto de 2016, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2016, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre (BOE 31-8-2016)**

El Plan Anual de Política de Empleo 2016 establece los objetivos a alcanzar en este año en el conjunto de España y en cada una de las distintas CCAA. Establece también los indicadores que se van a utilizar para valorar su grado de consecución. Asimismo, para alcanzar los objetivos señalados, el Plan contiene los servicios y programas de políticas activas de empleo e intermediación laboral que van a llevar a cabo las CCAA, en el ejercicio de sus competencias de ejecución de las políticas activas, y el Servicio Público de Empleo Estatal en ejecución de la reserva de crédito establecida en su presupuesto de gastos.

#### **4. SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS**

**-Resolución de 8 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica la modificación del V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (BOE 21-7-16)**

Se denuncia el acuerdo, previa modificación de la cláusula sobre su vigencia para establecer que, una vez producida la denuncia, aquella se extenderá hasta que se alcance un nuevo pacto.

#### **5. INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**

**-Modelo de diligencia de actuación.- Orden ESS/1452/2016, de 10 de junio, por la que se regula el modelo de diligencia de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE 12-9-2016)**

El Acuerdo de Consejo de Ministros, de 10 de julio de 2015, por el que se aprueban medidas para la reducción de cargas administrativas, incluyó, entre sus propuestas, la supresión de la obligatoriedad del libro de visitas electrónico, para 2017. Por otra parte, el artículo 21.6 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dispone que los funcionarios actuantes extenderán diligencia por escrito de cada actuación que realicen con ocasión de las visitas a los centros de trabajo o de las comprobaciones efectuadas mediante comparecencia del sujeto inspeccionado en dependencias públicas.

En virtud de todo ello, a través de esta Orden se regula el contenido de las diligencias de actuación que los Inspectores y Subinspectores extenderán con ocasión de cada visita a los centro de trabajo o comprobación por comparecencia del sujeto inspeccionado en dependencias públicas.

Igualmente, se establece el modelo de dicha diligencia, las vías de remisión a los sujetos inspeccionados y la obligación de conservación.

Por último, en relación con la constancia documental de las actuaciones comprobatorias de seguridad y salud y requerimientos de subsanación realizados por los técnicos habilitados (conforme al apartado 2 del artículo 9 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en la redacción dada por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales), se establece que dichos requerimientos de subsanación podrán reflejarse mediante el modelo de diligencia previsto en el anexo de esta orden, o a través de un documento oficial sustitutivo, en el que quede constancia de su recepción, y contendrá los datos adecuados a su finalidad y el plazo de subsanación.

Crónica de  
Doctrina  
Judicial y  
Novedades  
Bibliográficas

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA  
*PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO  
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE GRANADA*

LABORUM



## Crónica de Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

### 1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO)

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

### 2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**STS de 16 de febrero de 2016, Rec. 2938/2014 (RJ 2016/727)**

REINTEGRO DE PRESTACIONES DE PAGO PERIÓDICO INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS: la fecha de inicio de cómputo del plazo de prescripción no es la del acta de la Inspección de Trabajo sino la posterior en que el INSS notifica al beneficiario la iniciación del expediente de reintegro.

Aclara el Tribunal Supremo que: *“a) En una ya clásica sentencia dictada en Pleno, –aun dictada cuando el plazo de prescripción era de cinco años y se interrelacionaba jurisprudencialmente con la buena fe para reducirlo a tres meses–, se afirmó, con carácter general, que « La clave para coordinar y precisar estas líneas interpretativas divergentes en esta Sala General viene dada, como señala la sentencia de 14 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4401) , por la referencia que la propia sentencia de 17 de octubre de 1994 (RJ 1994, 9060) realiza a la necesaria exclusión de los supuestos en que la aplicación del límite de los cinco años llevaría a resultados contrarios a la equidad. Este criterio enlaza con las previsiones del artículo 106 de la Ley Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común –antes artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo (RCL 1958, 1258, 1469, 1504 y RCL 1959, 585)–, a tenor del cual "las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o las leyes". Este precepto contiene una regla específica para resolver la oposición entre los principios de legalidad y seguridad jurídica, que rige para todos los supuestos de anulación o revocación. Esta regla puede aplicarse también para establecer los límites de los efectos temporales de la revisión de los actos declarativos de derechos, y para ello es de interés la referencia que se incorpora, dentro del marco de la habilitación del artículo 3.2 Código Civil (LEG 1889, 27), a la equidad, que, en su función correctora, permite moderar los efectos temporales de la revisión mediante la consideración de un conjunto abierto de factores. La norma permite además relacionar uno de esos factores de ponderación (el tiempo transcurrido) con la buena fe, estableciendo así una vía para la aplicación del principio de la protección de la confianza legítima. Por ello, si sobre la base de la buena fe del beneficiario y de la presunción de legalidad del acto administrativo, el transcurso del tiempo –en especial, cuando éste se produce por una demora de la gestora–*

*crea una situación de legítima confianza, la revisión, aunque sea procedente por operar en el marco de la regulación del artículo 145 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144 y 1563) en relación con los artículos 102, 103 y concordantes de la Ley Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) y del Procedimiento Común, deberá ponderarse en sus efectos temporales para que éstos no produzcan perjuicios difícilmente reparables en la esfera del beneficiario y que hubieran sido fácilmente superables si desde el principio el organismo gestor hubiera actuado de acuerdo con la información disponible o la que pudo obtener utilizando los elementos normales de gestión ... » y que « Las consideraciones anteriores permiten establecer algunas conclusiones generales sobre el alcance de la segunda excepción a la regla general que establece en cinco años el tiempo de la obligación de reintegro ... hay que precisar que la demora es un dato objetivo que surge por el transcurso del tiempo a partir del momento en que la entidad gestora contaba con los datos necesarios para regularizar la situación. Se trata, por tanto, de un retraso comprobado, manifiesto y significativo, que hay que valorar en el marco de una gestión social, que afecta a prestaciones destinadas a la cobertura de situaciones de necesidad » (STS/IV 24-septiembre-1996 -rcud 4065/1995 (RJ 1996, 6855));*

*b) Aun interrelacionándolo con el antiguo criterio de la buena fe para aplicar el plazo corto de prescripción de tres meses y en un supuesto de retraso manifiesto de la Entidad gestora en la reclamación del reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas, se razonaba que «Es cierto entonces que ... una deficiente información de la Entidad Gestora no puede dispensar a nadie de la aplicación de la norma, pero también lo es el que ese factor en este caso, junto con los que se han descrito, conduce a la convicción de que el beneficiario obró de buena fe. Junto con ello, existe también una clara inacción por parte del Instituto demandante, que teniendo todos los datos relativos a la indebida concesión de la prestación –en abril de 1.991– actúa frente al beneficiario reclamando lo indebidamente percibido cinco años después, por importe de 2.148.210 ptas .» y « Por tanto, se dan los requisitos exigidos en la doctrina de esta Sala –inequívoca buena fe por parte del beneficiario receptor de lo indebido y un retraso comprobado manifiesto y significativo en la actividad reguladora de la situación de abono indebido por parte de la Entidad Gestora– ... para establecer el plazo de retroacción de lo indebidamente abonado a los tres meses anteriores al 26 de abril de 1.995, fecha de la resolución administrativa en la que se procede a la revisión de la concesión de las Prestaciones Familiares por hijo a cargo » (STS/IV 22-mayo-2000 -rcud 3718/1998 (RJ 2000, 5515) );*

*c) En un supuesto en el que no había existido demora significativa por parte de la Gestora en formular demanda se revisión, el plazo de prescripción se computaba a partir de la fecha de la inicial resolución administrativa judicialmente anulada, razonándose que « una vez iniciada la actuación administrativa tendente al reintegro aunque lo sea de manera formalmente incorrecta y conocidos tales actos o requerimientos por el beneficiario receptor de la prestación que luego sea declarada indebida, cabe interpretar que, salvo que incida de nuevo la Entidad Gestora en posible inactividad trascendente, a partir de aquel momento cesa la*

*demora administrativa en la regulación de la situación, pues no es dable seguir imputándole "un retraso comprobado, manifiesto y significativo" »y que « La conclusión, por lo expuesto, debe ser análoga a la efectuada en la STS/IV 29-V-1997 (recurso 4434/1996 (RJ 1997, 5865) ) ... siendo esta tesis interpretativa compartida en otras sentencias de esta Sala deliberadas en la misma fecha ( SSTS/IV 28-IX-1999 -recurso 4995/1998 (RJ 1999, 7757) y 28-IX-1999 -recurso 4997/1998 (RJ 1999, 7868) ). Así, en el caso de autos, la concurrencia de ambos requisitos a efectos de la aplicación del plazo breve de la obligación de reintegro ha de aceptarse por lo menos hasta el 27-X- 1995, como admite la propia Gestora y, el retraso de ésta última sólo fue manifiesto y significativo desde que se otorgan las pensiones (en el año 1991) hasta la fecha (el día 27-X-1995) en que la Entidad Gestora dicta la primera resolución reduciendo las pensiones y reclamando las cantidades indebidamente percibidas, resolución que si no tuvo efectividad fue por los largos trámites judiciales impugnatorios antes expuestos, durante los cuales la Entidad Gestora estuvo activa. En su consecuencia el plazo de tres meses, en el especial supuesto de la sentencia recurrida debe computarse no a partir de la demanda origen de los presentes autos sino a partir del 27-X-1995»( STS/IV 28-septiembre-1999 -rcud 4896/1998 (RJ 1999, 7867))”.*

### **3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

#### **STS de 16 de febrero de 2016, Rec. 737/2014 (RJ 2016\762)**

**RESPONSABILIDAD EN ORDEN A LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO:** el INSS no es responsable subsidiario, en caso de insolvencia del empresario, por no existir responsabilidad directa y principal de la empresa pese al descubierto de cotizaciones, al corresponder la deuda a la falta de cotización respecto de toda la plantilla de la empresa, sin especificar el alcance en el periodo anterior al hecho causante y por tanto su transcendencia.

#### **STS de 29 de marzo de 2016, Rec. 2682/2014 (RJ 2016\1706)**

Reclamación de cantidad del empresario al trabajador correspondiente a prestación por desempleo superpuesta a los salarios de tramitación que es ingresada por la empresa en el SPEE, tras despido declarado improcedente, y opción por la readmisión.

Se debaten en el RCUd resuelto por la sentencia analizada dos cuestiones. La primera es la relativa al plazo de prescripción aplicable a la reclamación de cantidad efectuada por la empresa al trabajador, correspondiente al abono de la prestación por desempleo ingresada en el SPEE tras un despido declarado improcedente en el que la empresa opta por la readmisión, como consecuencia del requerimiento realizado por dicho organismo al considerar indebidamente las prestaciones percibidas en el periodo desde el despido hasta la efectiva readmisión, período que fue compensado por los salarios de tramitación. La Sala, tras señalar que la empresa tiene acción para exigir del trabajador el pago de la prestación cobrada por él indebidamente e ingresada por la mercantil en el SPEE, afirma que se reclaman prestaciones indebidamente percibidas y como tales, están sometidas a las normas sobre prescripción del art 45 de la LGSS que establece un plazo de cuatro años. La segunda cuestión se refiere a cuál es el momento a partir del cual se inicia la prescripción para instar el reembolso al

trabajador. El Tribunal Supremo declara que es el ingreso en la Entidad gestora por la empresa de la citada cantidad lo que inicia el cómputo del plazo de prescripción de la acción.

#### **4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES)**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

#### **5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

#### **6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL:**

##### **6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente**

##### **STS de 23 de febrero de 2016, Rec. 2271/2014 (RJ 2016\963)**

CONSECUENCIAS DEL DESPIDO: al ser la opción entre indemnización y readmisión una obligación alternativa, la declaración de improcedencia del despido de un trabajador que fue dado de baja por la empresa cuando agota el periodo máximo de IT y con posterioridad, pero antes de la sentencia, es declarado en situación de incapacidad permanente total, determina que la condena del empresario se limite a la indemnización ante la imposibilidad de readmitir.

##### **STS de 23 de febrero de 2016, Rec. 1914/2014 (RJ 2016\945)**

INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL DERIVADA DE ENFERMEDAD PROFESIONAL: no procede su reconocimiento a trabajador jubilado desde hace años cuando las lesiones residuales que padece no alcanzan ese grado incapacitante, por el hecho de que en la empresa no se acreditase que existiesen puestos de trabajo de su categoría que no estuviesen sujetos a ese riesgo profesional.

##### **STS de 2 de marzo de 2016, Rec. 3959/2014 (RJ 2016\1656)**

Indemnización por daños y perjuicios. Exposición a amianto, procede. Aplicación del Baremo para accidentes de circulación. Sucesión de viuda e hija en la posición del actor fallecido tras dictarse sentencia de instancia.

El trabajador, fumador habitual, fue declarado en situación de Incapacidad Permanente Absoluta derivada de Enfermedad Profesional, por exposición al amianto, solicitando indemnización por daños y perjuicios, y falleciendo tras dictarse sentencia de instancia. En instancia y suplicación se desestimó la demanda, por entender que no estaba probado que la exposición al amianto fuese la causa de la enfermedad. La Sala IV casa y anula dicha sentencia para reconocer una indemnización por daños y perjuicios, por entender que no puede negarse la existencia de relación de causalidad entre el polvo de amianto y la enfermedad profesional, máxime cuando la Incapacidad Permanente Absoluta reconocida lo fue por Enfermedad Profesional y no por la exposición al tabaco, además de que se acreditan

incumplimientos de las medidas de seguridad en el periodo temporal de exposición al amianto, lo que supone un incremento del riesgo de daño, debiendo la empresa haber acreditado, incluso más allá de la diligencia exigida reglamentariamente, el haber adoptado medidas de prevención para evitar el mismo. Añade la Sala que como el trabajador falleció cuando había sido dictada sentencia de instancia en que se solicitaba una determinada cantidad, solo procede reconocer a la viuda e hija del trabajador fallecido que le sucedieron en su situación procesal los derechos que él tenía y no otros. En atención a ello aplica el Baremo de Accidentes de Tráfico al tiempo de fallecer y reconoce 446.531,32 euros.

### **STS de 21 de marzo de 2016, Rec. 2728/2014 (RJ 2016\1444)**

**SEGURIDAD SOCIAL:** Prestaciones: intereses de capitalización asociados al concepto de capital-coste de recargo en relación con una prestación por incapacidad permanente que había de abonar la empresa como consecuencia de su previa declaración de responsabilidad en el hecho causante de dicha prestación por incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo: no surgen de un retraso en su ingreso, sino que forman parte del propio capital-coste en su actualización al momento del hecho causante: efectos: *dies a quo* para su cálculo: desde la fecha de efectos de la prestación reconocida al trabajador, no desde la fecha en que se notifica por la TGSS la reclamación de la deuda. **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA (LJCA/1998):** Fundamento: unidad de doctrina.

Recuerda el Tribunal Supremo que: *“En la citada Sentencia de 14 de abril pasado (RJ 2015, 1527) declaramos que «Ambas sentencias se refieren a idénticos supuestos de hecho: enjuiciamiento de la legalidad de sendas decisiones de la Tesorería General de la Seguridad Social por las que se reclamaba a una determinada empresa el pago de una deuda en concepto de capital coste de recargo sobre una prestación causada por un trabajador, una vez declarada la responsabilidad del empleador por el hecho causante (enfermedad profesional o fallecimiento) y como consecuencia de la infracción de las normas reguladoras de la seguridad e higiene en el trabajo.*

*La circunstancia de que la sentencia impugnada se refiera al recargo por la prestación derivada de enfermedad profesional del empleado y que la aportada como de contraste aborde la cuestión de ese mismo recargo respecto de una pensión de viudedad causada por el fallecimiento del trabajador no afecta a la concurrencia de aquella identidad fáctica, pues lo verdaderamente relevante no es la clase de prestación (viudedad o incapacidad), sino la relación del hecho causante con el incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene y la determinación de cómo han de calcularse los intereses de capitalización del capital-coste de recargo sobre aquella prestación, resultando indiferente, por ello, la naturaleza de la misma.*

*Tanto en la sentencia impugnada como en la aportada como de contraste, la Administración había calculado los intereses de capitalización del capital-coste de recargo desde la fecha de efectos de la prestación reconocida al trabajador y frente a dicha tesis sostenían ambos demandantes que dicho cómputo debía iniciarse en la fecha en que se notifica por la Tesorería de la Seguridad Social la reclamación de la deuda.*

*Las dos resoluciones de la Sala de Madrid que nos ocupan llegan, sin embargo, a soluciones ontológicamente contradictorias. En la impugnada, como se ha dicho, se considera que, conforme a la normativa que resulta de aplicación (constituida, fundamentalmente, por el artículo 70 del Reglamento General de Recaudación (RCL 1994, 1453, 2019) de la Seguridad Social), los intereses de capitalización deben aplicarse "desde la fecha de efectos de la prestación reconocida al trabajador". En la aportada como de contraste, por el contrario, se sostiene, con base en idéntica normativa reguladora, que dichos intereses se devengan "desde que se expida la correspondiente reclamación del importe de la deuda".*

*(...) Si, como se ha razonado, la sentencia impugnada contradice la doctrina sentada por la de contraste para litigantes en idéntica situación y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, lo procedente ahora es determinar cuál de las dos tesis es la correcta.*

*Desde esta perspectiva, la Sala entiende que la doctrina correcta es, precisamente, la que se contiene en la sentencia impugnada, que recoge, además, la tesis de la propia Sala de Madrid (Sección Tercera) expresada en la práctica totalidad de sus pronunciamientos, entre los más recientes los reflejados en las sentencias de 3 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 291296) (recurso núm. 304/2014), 24 de julio de 2014 (JUR 2014, 248738) (recurso núm. 1349/2012), 9 de julio de 2014 (JUR 2014, 249889) (recurso núm. 1348/2012) ó 24 de abril de 2014 (JUR 2014, 138536) (recurso núm. 589/2012), siendo así que el criterio acogido en la sentencia de contraste ha de reputarse absolutamente aislado.*

*Y es, además, la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, expresada en las sentencias de 21 de julio de 2006 (RJ 2006, 8051) (recurso 2031/2005) y 11 de julio de 2007 (RJ 2007, 6497) (recurso núm. 2967/2006), a cuyo tenor:*

*"El recargo de prestaciones derivadas de accidente por infracción de las medidas de seguridad, aparte de sus características sancionadoras respecto del empresario incumplidor, tiene también, al menos respecto de los beneficiarios, la naturaleza de verdadera prestación de la Seguridad Social (...), de modo que el recargo sigue el mismo régimen que las prestaciones. Siendo esto así, como las prestaciones deben satisfacerse desde la fecha del hecho causante, es evidente que los elementos a tomar en cuenta para los cálculos actuariales en ese momento (tablas de mortalidad) arrojarían un capital coste superior al fijado en el momento posterior de la liquidación e ingreso, con el consiguiente perjuicio de la Tesorería que habrá de abonar la prestación desde aquella fecha, a no ser que se corrija ese desfase temporal mediante los intereses de capitalización. No se habla por tanto de intereses moratorios por el retraso en el ingreso de una deuda líquida, sino de fijar el capital coste necesario para abonar las prestaciones, ya incrementadas por el recargo, desde el momento del hecho causante, ya que (...) "los intereses de capitalización constituyen un acto único". En definitiva, los intereses no son otra partida que deba añadirse al importe del capital coste por un retraso en su ingreso, sino que forman parte del*

*propio capital coste en su actualización al momento del hecho causante, que es desde cuándo debe pagarse la prestación incrementada por el recargo".*

*En definitiva, la conclusión obtenida por la sentencia recurrida es la que se ajusta a la adecuada interpretación de la normativa aplicable al caso, de la que se desprende efectivamente que los intereses de capitalización aquí discutidos no se generan por el retraso o demora en el pago (como se entiende en la sentencia de contraste), sino por mandato legal; no surgen, por tanto, de un retraso en su ingreso, sino que forman parte del propio capital-coste en su actualización al momento del hecho causante, por lo que deben cabalmente aplicarse "desde la fecha de efectos de la prestación reconocida al trabajador", que es lo que se declara en la sentencia impugnada a través de este excepcional remedio impugnatorio, lo que obliga a su desestimación».*

*Sin que, por lo demás, proceda la inadmisión, por razón de la cuantía, del recurso de casación que opuso la Tesorería recurrida, al resultar ayuna de justificación sobre su determinación, pues conviene recordar, a los efectos del artículo 96.3 de la LJCA (RCL 1998, 1741), que la cuantía de los intereses ascendía a 32.248,51 euros".*

#### **STS de 31 de marzo de 2016, Rec. 1967/2014 (RJ 2016\1440)**

MUTUALIDADES: Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: reintegro a las cuentas de la Seguridad Social de importes indebidamente imputados a las mismas como consecuencia de la relación de gastos no asumibles: gastos derivados de control y seguimiento de la incapacidad temporal por contingencias comunes a través de empresas externas: insuficiente soporte justificativo del gasto; importes facturados en concepto de «forfait accidentes de trabajo» y «forfait contingencia común»: justificación insuficiente del gasto: reintegro procedente.

#### **STS de 22 de junio de 2016, Rec. 353/2015 (RJ 2016\3345)**

Incapacidad permanente absoluta. RETA. Fecha de efectos: El INSS fija los efectos en la fecha de baja en el RETA, por entender que el alta en dicho régimen supone la realización de trabajo efectivo, incompatible con la percepción de la pensión. Los efectos económicos se establecen en la fecha en que el EVI reconoció a la actora en situación de IPA. Le corresponde a la Entidad gestora la prueba de que realizó actividades que le generaron rentas suficientes para ser incompatibles con la prestación.

Cuando, como aquí sucede, no existe constancia alguna de que la asegurada hubiera permanecido en IT durante el período en cuestión, habrá de ser el INSS quien acredite que, a pesar de que el dictamen del EVI a favor del reconocimiento de la IP ya presupone una imposibilidad cuasi objetiva de que aquélla se encontraba incapacitada para desempeñar su actividad habitual, realmente la seguía ejerciendo y que, además, obtuvo de ello rentas suficientes como para considerarlas incompatibles con la prestación postulada, prueba ésta última a la que la Gestora, probablemente, podría acceder con facilidad a través de los datos fiscales de la beneficiaria».

## **6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

## **6.3. Jubilación**

### **STS de 24 de febrero de 2016, Rec. 3676/2014 (RJ 2016\1199)**

PERSONAL DE VUELO: determinación de si la aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación previstos en art. 2.1 RD 1559/1986, de 28 de junio, sirve solo a efectos de la determinación de los años de anticipación de la edad de jubilación o también computa a los efectos del cálculo del porcentaje aplicable a la base reguladora. Reitera doctrina STS/4a de 12 diciembre 2013 (rcud. 257/2013), STS/4a de 11 febrero 2014 (rcud. 1854/2013) y 19 marzo 2015 (rcud. 701/2014).

### **STS de 9 de marzo de 2016, Rec. 260/2015 (RJ 2016\1469)**

Acceso a la jubilación parcial de trabajador con 60 años en la fecha de la solicitud, producida con posterioridad al 31 de diciembre de 2012. En la empresa existía acuerdo colectivo de empresa sobre jubilación parcial adoptado antes de la entrada en vigor del RDL 8/2010, de 20 de mayo y comunicado al INSS. Denegación porque el hecho causante se produjo después del plazo establecido en la Disposición Transitoria 2a del RDL 8/2010.

### **STS de 15 de marzo de 2016, Rec. 1773/2015 (RJ 2016\1924)**

TEMA.- Jubilación parcial con 60 años y al amparo de acuerdo colectivo. PROBLEMA.- Solicitud en 2013, después del plazo establecido en la Disposición Transitoria 2ª del RDL 8/2010. IMPORTANTE.- 1) En la empresa existía acuerdo colectivo previo y válido. 2) La solicitud es de marzo de 2013. 3) Se examina secuencia normativa confusa sobre requisito de edad para jubilación parcial. NOTA.- Concuera con el criterio sentado en rec. 260/2015, 1271/2015 y 1533/2015.

### **STS de 15 de marzo de 2016, Rec. 3249/2014 (RJ 2016\1464)**

Jubilación. Carencia mínima. Reconocimiento en el RETA por insuficiencia de cotizaciones en el RGSS. No computa el periodo cotizado durante la percepción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años.

La cuestión planteada en el recurso se refiere a si las cotizaciones efectuadas durante el percibo del subsidio de desempleo para mayores de 52 años deben servir para el cómputo de la carencia mínima necesaria para la pensión de jubilación. La sentencia dictada en suplicación reconoce la pensión del demandante en el RGSS, al considerar que reúne el número mínimo de cotizaciones exigible computando a tal fin las cotizaciones acreditadas anteriores a junio de 1967, y todas las posteriores a 1-9-91 incluyendo las cotizaciones efectuadas en el período de percepción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años. El Tribunal Supremo acoge el RCU interpuesto por el INSS y desestima la demanda, al entender, a la luz de la DA 28ª de la LGSS, que no cabe llevar al cómputo del período de carencia lo cotizado durante la etapa de subsidio de desempleo para mayores de 52 años, sin perjuicio de su eficacia en el cálculo de la base reguladora y del porcentaje.

**STS de 16 de marzo de 2016, Rec. 1533/2015 (RJ 2016\1876)**

Acceso a la jubilación parcial de trabajador con 60 años en la fecha de la solicitud, producida con posterioridad al 31 de diciembre de 2012. En la empresa existía acuerdo colectivo de empresa sobre jubilación parcial adoptado antes de la entrada en vigor del RDL 8/2010, de 20 de mayo y comunicado al INSS. Denegación porque el hecho causante se produjo después del plazo establecido en la Disposición Transitoria 2ª del RDL 8/2010.

**STS de 17 de marzo de 2016, Rec. 838/2015 (RJ 2016\1307)**

FUNCION PUBLICA: Extinción de la relación funcional: jubilación: solicitud de prórroga de la edad de jubilación: denegación: motivación: existencia: no existen particularidades organizativas y asistenciales que justifiquen su permanencia en el servicio activo: denegación procedente.

El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por el acto en base a tres motivos: “1º) *El Art. 26.2 de la Ley 55/2003 (RCL 2003, 2934) no establece un derecho a la prórroga en el servicio hasta los 70 años de edad sino sólo una mera facultad de solicitar esa prórroga, condicionada al ejercicio de una potestad de la Administración recurrida, el Servicio de Salud correspondiente, «en función de las necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos».* Así lo demuestra una comparación entre el artículo 67.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril (RCL 2007, 768), de Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP) y lo que disponía para la prórroga en el servicio activo hasta los 70 años de edad el art. 33 de la Ley 30/1984 (RCL 1984, 2000, 2317 y 2427), modificado por el Art. 107 de la Ley 13/1996 (RCL 1996, 3182) y hoy derogado por Disposición Derogatoria única b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril (RCL 2007, 768), del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Mientras que el artículo 33 de la Ley 30/1984 (RCL 1984, 2000, 2317, 2427) consagraba un derecho del funcionario el artículo 67.3 de la LEBEP, que ha venido a sustituirlo, y antes el artículo 26.2 de la Ley 55/2003 (RCL 2003, 2934), que ahora nos ocupa, se refieren a una solicitud dirigida a la Administración para que ésta decida motivadamente. No se trata ahora de normas de enunciación apriorística de un derecho, sino, en su caso, y a lo más, de una especie de derecho debilitado, derivado del dato de una denegación inmotivada de la solicitud. No nos encontramos así ante el establecimiento inequívoco de un derecho, sino ante la necesidad de que la Administración justifique la autorización o denegación de la solicitud de prórroga.

2º) *El artículo 26.2 de la Ley 55/2003 (RCL 2003, 2934) no impone a la Administración la obligación de otorgar la prórroga en el servicio activo hasta el límite máximo los 70 años; puede otorgarla por un periodo de tiempo inferior, y condicionada a las necesidades apreciadas en los sucesivos planes de ordenación.*

*El artículo 26.2 de la Ley 55/2003 (RCL 2003, 2934) establece, como ya se ha dicho, una mera facultad del personal estatutario para solicitar la permanencia en el servicio activo con el límite máximo 70 años, condicionada al ejercicio de una potestad de la Administración recurrente, el Servicio de Salud correspondiente, "en función de las*

*necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos".*

*El legislador establece la posibilidad de que el interesado solicite su permanencia en el servicio activo con el límite máximo de 70 años pero no impone a la Administración la correlativa obligación de autorizar la permanencia en el servicio activo hasta que el interesado alcance los 70 años, sino de autorizar esa permanencia en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los Planes de Ordenación. Por ello es el Plan el que, teniendo en cuenta dicha previsión legal, y por tanto en principio la posibilidad genérica de la prórroga, deberá establecer el período de duración de esa permanencia, pero siempre respetando el límite o tope máximo de los 70 años.*

*3º) La prórroga hasta los 70 años es un tope máximo. Ello implica que la previsión legal no veda que la prórroga se otorgue por períodos inferiores a ese máximo en función de la apreciación de las necesidades del servicio.*

*Debe añadirse, como ya se ha venido diciendo desde la Sentencia de 30 de mayo de 2013 (RJ 2013, 4558) (rec. casación 426/2012 –FJ 5–), que el Tribunal Constitucional mediante Auto 85/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 85) , inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 6611/2012 planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con la disposición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo (LCAT 2012, 194 y 407) , de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, por posible vulneración del art. 149.1.18 CE (RCL 1978, 2836) en relación con lo dispuesto en el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre (RCL 2003, 2934) , por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Destaca el Tribunal Constitucional que la jubilación forzosa a los 65 años es la regla general, siendo la prórroga en el servicio activo algo excepcional supeditada a varios condicionantes (FJ 6).*

*Se acepta el argumento de la Administración autonómica respecto de que, con arreglo al PORH aprobado por Orden SAN 1119/2012, de 27 de diciembre (LCyL 2012, 461) , se explicitaron las razones por las que no era pertinente la prolongación de la permanencia en el servicio activo.*

*La antedicha Orden encuentra su cobertura en el Decreto Ley 2/2012, de 25 octubre (LCyL 2012, 361) , y la Sentencia de 21 de octubre de 2014 (RJCA 2014, 906) dictada por la Sala del TSJ Castilla y León, con sede en Valladolid, que desestimó la impugnación de la Orden SAN 1119/2012 (LCyL 2012, 461) ha sido confirmada por esta Sala al desestimarse el recurso de casación 3908/2014 en Sentencia de 16 de marzo de 2016 (JUR 2016, 60550) .*

*Y como se recordó en la reciente Sentencia de 16 de febrero de 2016 esta Sala y Sección en su Sentencia de 2 de julio de 2014 (RJ 2014, 4253), recurso de casación 2697/2013, FJ Sexto, " en principio no puede negarse que la situación del funcionario a quien se le hubiera*

*concedido antes del plan impugnado la prórroga en el servicio activo constituya un auténtico derecho adquirido, protegido por la veda de retroactividad establecida en el art. 9.3 CE".*

*Mas aquí como ya se dijo en Sentencia de 21 de julio de 2015 (RJ 2015, 5989), rec. casación 2062/2014, FJ 8º, la modificación no opera como efecto de un instrumento de ordenación de recursos, un Plan, sino como consecuencia de una disposición legal autonómica, el Decreto Ley 2/2012 (LCyL 2012, 361) , Disposición Transitoria Primera , pareja a la examinada en el ATC 85/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 85 AUTO) .*

*Estamos no sólo ante una modificación "ope legis" sino también ante una motivación de la misma naturaleza, por lo que no se producen las lesiones de los arts. 54, 56, 57, 102 y 103 de la LRJAPAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , ni menos aún del art. 9.3 CE (RCL 1978, 2836) .*

*La confirmación de la Sentencia de 21 de octubre de 2014 (RJCA 2014, 989), recurso contencioso-administrativo 275/2013 del TSJ de Castilla y León, con sede en Valladolid, al desestimarse el rec. de casación nº 3908/2014 por Sentencia de 16 de marzo de 2016 (JUR 2016, 60550) , hace innecesario el examen de la impugnación indirecta de la Orden SAN/1119/2012, de 27 de diciembre (LCyL 2012, 461) , al no contener argumentos distintos a los allí examinados".*

### **STS de 30 de marzo de 2016, Rec. 1271/2015 (RJ 2016\1829)**

Jubilación parcial a los 60 años: no procede cuando el actor solicita la misma con posterioridad al 31-12-2012, por no haberse modificado la DT 2ª RDL 8/2010.

Como consecuencia de que el trabajador, que había suscrito un contrato a tiempo parcial con reducción de la jornada en un 85% por situación de jubilación parcial, procediendo la empresa a suscribir contrato de relevo con otro trabajador, solicitó y le fue denegada la prestación de jubilación parcial, por ser su edad inferior a los 61 años exigidos legalmente, presentó demanda de solicitud de reconocimiento de jubilación parcial que fue estimada en instancia y suplicación. La Sala IV, siguiendo lo dispuesto en la STS 9-3-2016 (Rec. 260/2015), considera que no se ha modificado la DT 2ª RDL 8/2010, ni siquiera por la DF 12 Ley 27/2011, por lo que se mantiene la jubilación a los 61 años, sin que se prevea la anticipación de la edad de jubilación a los 60 años. En definitiva, la Sala IV casa y anula la sentencia de suplicación para denegar el derecho a la jubilación parcial, cuando el actor cumplió 60 años y solicitó pensión de jubilación parcial después del 31-12-2012, fecha final, no modificada, hasta la que podía accederse a dicha jubilación a los 60 años conforme a las condiciones de la DT 2ª RDL 8/2010 y art. 166.2 LGSS.

#### **6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)**

##### **STS de 12 de febrero de 2016, Rec. 2397/2014 (RJ 2016\1029)**

PENSIÓN DE VIUEDAD: concesión a cónyuge superviviente separada del causante que percibe contribución a las cargas del matrimonio y alimentos para ella, pensión que, con independencia de su denominación, satisface la misma finalidad que la pensión compensatoria.

Recuerda el Alto Tribunal español que: *“Cuestión similar a la ahora examinada ha sido resuelta por esta Sala, entre otras, en las sentencias del Pleno de 29 de enero de 2014 (RJ 2014, 1038) (recurso 743/2013) y 30 de enero de 2014 (RJ 2014, 1850) (recurso 991/2012), seguidas por las sentencias de 17-02-2014 (RJ 2014, 2968) (rcud. 1822/2013); 06-05-2014 (RJ 2014, 3753) (rcud. 1344/2013) y 03-02-2015 (RJ 2015, 1378) (rcud. 3187/2013). En la primera de las sentencias citadas se contiene el siguiente razonamiento*

*“5. Ahora bien, en muchas ocasiones se constata que los conceptos de las prestaciones económicas que se satisfacen como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial mediante decisión judicial generan confusión al identificarlos, particularmente desde esta óptica de la pensión de viudedad, dada la remisión hecha por el legislador.*

*En la atribución de las prestaciones que uno de los cónyuges satisface al otro tras la ruptura tal confusión surge especialmente cuando existen hijos a los que, sin duda, ha de satisfacerse pensión de alimentos. Y ello porque la atribución del cuidado de los hijos al otro progenitor provoca que la pensión en favor de los hijos se entregue a aquél con el que permanecen, incluyendo, por tanto, la compensación por los gastos que ello genera. En este sentido, las cargas que se derivan, por ejemplo, de la utilización de la vivienda forman parte del concepto de alimentos a favor de los hijos y no de la pensión compensatoria al ex cónyuge, aunque éste habite en ella.*

*La realidad demuestra que, mientras las pensiones para el sustento de los hijos constituyen la regla habitual, la pensión compensatoria a la que se refiere el art. 97 CC (LEG 1889, 27) exige la ponderación de circunstancias mucho más sutiles y, por ello, no sigue una tónica de automaticidad.*

*6. Como establece la STS/1ª (Pleno) de 19 enero 2010 (RJ 2010, 417) (rec. 52/2006) –en doctrina seguida por las STS/1ª de 14 abril 2011 (RJ 2011, 7421) (rec. 701/2007), 25 noviembre 2011 (RJ 2012, 575), 4 diciembre 2012 (RJ 2013, 194) y 27 mayo 2013 (RJ 2013, 6083)–, la pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que pueda producir la convivencia recaiga solo sobre uno de los cónyuges, y para ello se ha de tener en consideración lo que haya ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados*

*desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido desequilibrio que genera posibilidades de compensación (tesis subjetiva).*

*Efectivamente, la pensión compensatoria ha de distinguirse con la pensión de alimentos, pues la primera no está basada en la concurrencia de necesidad, sino que trata de solucionar el desequilibrio tras una ruptura matrimonial en los términos indicados (STS/1ª de 10 marzo 2009 (RJ 2009, 1637) –rec. 1541/2003– y 9 de febrero de 2010 (RJ 2010, 526) –rec. 501/2006–).*

*7. La prestación de alimentos requiere, en el caso del divorcio, de una atribución expresa en el momento de la ruptura del vínculo, pues la obligación de prestar alimentos entre cónyuges viene determinada por razón del parentesco establecido entre esposos y está ligada al vínculo matrimonial. La pérdida de la condición de esposos supone la extinción de la obligación, salvo que haya habido un contrato entre las partes.*

*Hay ahí un elemento de diferenciación importante con la pensión compensatoria que, precisamente, surge, en su caso, cuando se ha producido la ruptura de la convivencia o del vínculo matrimonial, sin que la pensión compensatoria venga a sustituir a la pensión de alimentos (STS/1ª de 10 marzo 2009 (RJ 2009, 1637) –rec. 1541/2003–).*

*Una vez establecido “... el concepto de pensión compensatoria y su diferencia con la pensión alimenticia, nos encontramos con el problema de encajar la primera de tales figuras en cada caso en que hay que analizar si concurre la fijación de la pensión a los efectos de cumplimentar el requisito de acceso a la pensión de viudedad.*

*Y ello porque con harta frecuencia nos vemos en la necesidad de examinar el mismo partiendo de lo que las partes determinaron el convenio regulador de la separación o divorcio en los que falta una calificación jurídica estricta, utilizando terminología variada y equívoca sobre las obligaciones que asume uno de los cónyuges frente al otro y frente a los hijos.*

*Así puede constatarse en los supuestos hasta ahora resueltos por esta Sala, en que se trataba de valorar el alcance de prestaciones denominadas "alimentos y ayuda a esposa e hijos" (sentencia de contraste), pensión para subvenir "a las cargas familiares" sin que constara que existieran hijos ( STS/4ª de 21 de marzo (RJ 2012, 5254) –rcud. 2441/2011–) o pensión "para gastos de la esposa e hijos" ( STS/4ª de 27 de mayo de 2013 (RJ 2013, 6083) –rcud. 2545/2012–).*

*2. Frente a este panorama de pensiones innominadas, no podemos pretender ceñimos exclusivamente a la denominación dada por las partes. Dicho de otro modo, no cabe una interpretación literal que exija que la pensión compensatoria haya sido fijada con esa denominación para poder admitir que se cumple con el requisito para el acceso a la prestación de viudedad.*

*Por el contrario, habrá que acudir a la verdadera naturaleza de la pensión fijada a cargo del causante, extraída de las circunstancias del caso y acudiendo, en suma, a una*

*interpretación finalista del otorgamiento de aquélla. Así por ejemplo, en un hipotético supuesto de divorcio sin hijos, salvo que de modo expreso se establezca el pacto de alimentos, tendrá que presumirse que cualquier cantidad fijada en favor del otro cónyuge ostenta la condición de compensatoria. Por el contrario, la fijación de una sola pensión cuando haya hijos que quedan a cargo de quien después resulta ser el superviviente habrá de presumirse como pensión de alimentos a favor de éstos.*

*3. La vinculación querida por el legislador entre pensión de viudedad y pensión compensatoria no está exenta de otras disfunciones. Así, por ejemplo, tras la Ley 15/2005 (RCL 2005, 1471), la pensión compensatoria puede concebirse como una pensión temporal, pues ello aparece como lo más congruente con su propia esencia. En tales casos, la remisión de la viudedad a la pensión compensatoria comportara consecuencias absolutamente distintas según se trate de una pensión temporal ya agotada en el momento del fallecimiento –en que ya no cabrá el reconocimiento de la pensión de viudedad– o de que el fallecimiento se produzca estando aún vigente la obligación de satisfacer la prestación compensatoria.*

*Esa opción por la remisión que la legislación de Seguridad Social hace al citado art. 97 CC (LEG 1889, 27) nos obliga a afirmar que la pensión de viudedad en caso de separación o divorcio no guarda relación alguna con el estado de necesidad del beneficiario, sino con la pérdida del montante económico que aquél percibiera en el momento y a causa del fallecimiento del causante a cargo de éste.*

*Lo que la ley de seguridad social tiene en cuenta es el vínculo económico preexistente, con independencia de cuál sea la situación económica del propio beneficiario. De este modo, tras la Ley 40/2007 (RCL 2007, 2208), se da un tratamiento más restrictivo de este tipo de pensiones, ya que, hasta su entrada en vigor y a raíz de la Ley 30/1981 (RCL 1981, 1700), el reconocimiento de la pensión de viudedad a los que hubiesen sido cónyuge tenía lugar fuera cual fuera tanto el estado de necesidad del superviviente, como la vinculación económica entre quienes hubieren estado unidos por un matrimonio y disuelto.*

*Por consiguiente, el reconocimiento de la pensión de viudedad pasa en estos casos por determinar si en cada supuesto concreto el fallecimiento pone fin al abono de una obligación asumida por el causante con la finalidad de satisfacer ese concepto a que atiende la pensión compensatoria, excluyendo los excepcionales supuestos en que, en caso de divorcio, se hubieran pactado alimentos en favor del cónyuge superviviente”.*

### **STS de 16 de febrero de 2016, Rec. 1756/2014 (RJ 2015\568)**

**INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE FALLECIMIENTO POR ENFERMEDAD PROFESIONAL:** inexistencia de prescripción de la acción que solo puede ejercitarse desde que haya quedado acreditado el origen de la contingencia y determinadas de manera definitiva la totalidad de prestaciones de Seguridad Social, que hayan de ser deducidas y tenidas en consideración para fijar la cuantía indemnizatoria.

**STS de 23 de febrero de 2016, Rec. 2311/2014 (RJ 2016\1085)**

PENSIÓN DE VIUDEDAD: concesión a cónyuge supérstite separada del causante que percibe una cantidad como contribución a las cargas del matrimonio, cantidad que, con independencia de su denominación, continúa siéndole abonada durante años tras emanciparse la hija en común, satisfaciendo la misma finalidad que la pensión compensatoria.

**6.5. Prestaciones familiares**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

**6.6. Desempleo****STS de 22 de febrero de 2016, Rec. 994/2014 (JUR 2016\71848)**

Desempleo. Subsidio para mayores de 52 años. Extinción, por sanción, de la prestación y reintegro de lo abonado por omitir la beneficiaria el deber de información de variación de ingresos al ente gestor, al no haberle comunicado el rescate de 2.730,72 euros de un fondo de inversión, superando con ello el umbral de rentas: procede. Votos particulares.

**STS de 2 de marzo de 2016, Rec. 1006/2015 (RJ 2016\1207)**

Desempleo. Nivel contributivo. Salidas al extranjero por períodos anuales superiores a 15 días pero inferiores a 90. Sanción de extinción, con devolución de lo percibido, en aplicación de. Art. 25.3 lisos, por no comunicar la salida del territorio español. Supuesto anterior al rd-1 11/2013. Procede la suspensión de la prestación, no la extinción. Se estima en tal sentido el recurso del demandante. Reitera doctrina con los argumentos empleados por la sentencia del pleno de la sala de fecha 21-4-2015, rcud 3266/13, reiterados, entre otras, por las de 26-5-2015, rcud 1982/14, 29-6-2015, rcud 2896/14 y 21-12-2015, rcud 817/15.

**STS de 3 de marzo de 2016, Rec. 127/2015 (RJ 2016\1118)**

Prestación de desempleo. Reposición de dichas prestaciones en el caso de que antes de la extinción contractual por Auto del Juzgado, se hayan percibido prestaciones de desempleo por suspensiones temporales del contrato de trabajo en el marco de un ERTE.

Acuerda el TS un supuesto en el que el trabajador, por haber estado incluido en sucesivos ERTE, percibió prestaciones de desempleo en los años 2010/2011 y vio extinguido su contrato por Auto del Juzgado de lo Mercantil de 02-01-13, dictado en el seno de un procedimiento concursal. El SPEE reconoció una reposición de las prestaciones de 180 días, de los 257 que percibió por el ERTE 1695/09. Después modificó la prestación y se repusieron los días del ERTE que recibió en 2012, 151 días. El TSJ declaró el derecho a percibir la prestación durante 643 días, decisión contra la que el SPEE interpone RCU. El TS desestima el recurso por falta de contradicción entre las sentencias comparadas, atendiendo a las fechas de extinción de los respectivos contratos. Así, en el caso recurrido, por Auto de 02-01-13 se extinguen los contratos de la totalidad de la plantilla y se reconoce la reposición de las prestaciones consumidas porque de haber recaído el Auto antes del 31-12-12, dos días antes, los períodos de percepción por los ERTE, se encontrarían dentro de

los límites temporales fijados por la Ley 27/09, señalando que la extinción se había pedido el 28-11-12. Y esta circunstancia tan peculiar no concurre en la sentencia de contraste, donde se produce el despido colectivo el 31-03-13, esto es, tres meses después –no dos días después– de la fecha límite establecida por la Ley 27/09, para la reposición de las prestaciones por desempleo percibidas durante los años 2010 y 2011.

#### **STS de 8 de marzo de 2016, Rec. 1360/2015 (RJ 2016\1593)**

Cálculo de prestación por desempleo en supuestos de trabajo a tiempo parcial. Porcentaje de parcialidad. DOCTRINA.- Bajo la redacción del artículo 211.3 LGSS anterior al RDL 20/2012, el porcentaje de parcialidad ha de calcularse atendiendo al tipo de jornada existente durante todo el tiempo tomado en cuenta para determinar la prestación seis años, sean trabajos a tiempo parcial o completo, y no solo el más específico de 180 días que determina el importe de la base reguladora. Aplicación del criterio de STS 20 diciembre 2002 (rec. 2859/2001). REITERA DOCTRINA STS 20 mayo 2015 (rec.- 2382/2014).

#### **STS de 14 de marzo de 2016, Rec. 712/2015 (RJ 2016\1477)**

Subsidio por desempleo. Ausencia de España inferior a 90 días, sin previa comunicación y anterior al RDL 11/2013. Sanción administrativa conforme a LISOS y al margen de la dinámica prestacional. Se aplica la doctrina de SSTS 18octubre2012 (rcud. 4325/2011), 23 octubre 2012 (rcud. 3229/2011), 24octubre2012 (rcud. 4478/2011) y otras muchas posteriores, especialmente la de Pleno de 21 de abril de 2.015 (rcud.3266/2013), con relación a hechos causantes anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto ley 11/2013, de 2 de agosto. Se reafirma la validez de esa jurisprudencia pues ya tuvo en cuenta la existencia de una infracción administrativa y su eventual sanción, ampliándose su argumentación.

### **6.7. Prestaciones sanitarias**

#### **STS de 16 de marzo de 2016, Rec.2228/2014 (RJ 2016\1428)**

RECURSO DE CASACION (LJCA/1998): Motivos: impugnación de la valoración de la prueba: improcedencia: valoración arbitraria, ilógica o irracional: inexistencia: casación improcedente.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA: Funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos: daños causados por una deficiente prestación de asistencia sanitaria: asistencia que fue lógica y justa a la evolución de la patología que en cada momento presentó el paciente: pérdida de oportunidad: inexistencia: indemnización improcedente.

Entiendo el Alto Tribunal que: *“Acorde con lo expuesto, la sentencia recurrida no ha infringido la doctrina sobre la obligación de medios que corresponde a la Administración sanitaria, que se alega en el motivo cuarto.*

*Así es, la asistencia sanitaria es una obligación de medios y no de resultados, de modo que no puede apreciarse responsabilidad cuando se han empleado las técnicas y los*

*instrumentos de que se dispone. Y es precisamente lo acaecido en este caso, en el que se han ido poniendo los medios adecuados, realizando pruebas diagnósticas, acordes con lo que sugerían, desde el punto de vista médico, las diferentes dolencias del recurrente.*

*Recordemos que se trataba en origen de una enfermedad infecciosa, tuberculosis, que adquirió en su país de procedencia y que al parecer puede estar latente durante largos periodos de tiempo. Tuvo, además, un inicio inusual de escasa incidencia, pues su "puerta de entrada habitual" es el pulmón, como señala el informe de la Inspección Médica. Y desde el episodio relativo al absceso en tobillo, cuando se hicieron tinción y cultivo que resultaron negativos, a la detección posterior de lesión en el testículo, que ya se diagnostica como tuberculosa, y las lesiones en la columna vertebral, que a juicio del citado informe de la inspección, se trata de lesiones que coexistían temporalmente, incluso se considera que el origen era el foco de la columna vertebral, que pudo aparecer " desde hacía mucho tiempo".*

*De modo que cuando se atribuye a la sentencia impugnada que no ha tenido en cuenta que la Administración sanitaria no ha empleado todos los medios y adoptado las medidas a su alcance en la prestación sanitaria, sobre todo para alcanzar un diagnóstico en poco tiempo y actuar con rapidez sobre el mismo, no se ha reparado que la Sala de instancia ha hecho una valoración de las periciales que constan en las actuaciones de instancia, atendiendo esencialmente a la realizada por la Inspección Médica, y razonando por qué se aparta de las aportadas por la recurrente o realizadas a su instancia. Lo que sucede es que la recurrente no comparte, como es natural, ni el contenido del informe ni sus conclusiones, cuando declara que "el diagnóstico no se retrasó por dejación ni por negligencia", ni lo razonado al respecto por la sentencia.*

*De manera que aunque pueda discreparse de la valoración efectuada por la Sala de instancia, como señala la recurrente en el motivo quinto, no se advierte arbitrariedad ni en la valoración, ni en el razonamiento que conduce a la desestimación del recurso en ese extremo. Dicho de otro modo, la valoración de la prueba no resulta irrazonable o falta de lógica, pues sus conclusiones encuentran justificación en las apreciaciones técnicas recogidas en todos los informes de los que dispuso, singularmente en el de la Inspección Médica, pero todos ellos coadyuvaron a la formación de la necesaria convicción para la resolución del caso, que no puede ser alterado en casación, mediante la sustitución de dicha valoración por la que postula la parte recurrente.*

*Tampoco consideramos, en fin, que se haya producido una pérdida de oportunidad, como se invoca, a través del principio de facilidad de prueba, en el motivo sexto, pues la sentencia no echa en falta, como conclusión, la realización de una prueba diagnóstica, o la forma de realización de la prueba, cuya realización pudiera haber alterado el posterior resultado. La sentencia señala que la asistencia fue la lógica y ajustada a la evolución de la patología que en cada momento presentó el paciente.*

*De modo que no se han frustrado las expectativas de curación por un diagnóstico tardío, pues las dolencias, referidas en fundamentos anteriores, fueron concomitantes y no subsiguientes o fruto de un deterioro progresivo de la enfermedad. Incluso el informe de la Inspección señala que la lesión en columna vertebral, última en detectarse, pudiera ser anterior a las otras, que fueron detectadas con anterioridad”.*

**STC núm. 139/2016, de 21 julio de 2016 (RTC 2016\139)**

Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y, específicamente, contra los arts. 1.1 y, por conexión, 1.2 y disposición transitoria primera; 2.2, 3 y 5; 4.12, 13 y 14 y disposición adicional tercera. (Copago y supresión de asistencia a determinadas personas extranjeras)

Decretos-leyes: presupuesto habilitante de extraordinaria urgencia y necesidad: concurre en el art.1.1 y, por conexión, 1.2 y disposición transitoria primera, en la medida en que modifican la regulación de la Ley 16/2003. Estos preceptos introducen los conceptos de asegurado y beneficiario de la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos, sin que, a juicio del Parlamento de Navarra, concurren circunstancias que autoricen a llevar a cabo esa modificación por decreto-ley.

De la exposición de motivos de la norma cuestionada y del ulterior debate parlamentario de convalidación cabe concluir, sin entrar en un juicio político que este Tribunal tiene vedado, que el Gobierno ha cumplido la exigencia de explicitar y razonar de forma suficiente, la existencia de una situación de “extraordinaria y urgente necesidad” que fundamenta la necesidad de dictar el Real Decreto-ley 16/2012.

Conexión de sentido entre la urgencia y las medidas adoptadas: estas normas guardan relación directa con la situación que se trata de afrontar de modo que existe conexión de sentido entre la situación de urgencia, derivada de las dificultades por las que atraviesa el sistema sanitario público, y la medida adoptada, en cuanto que persigue la reducción de los gastos que se financian con cargo a dicho sistema y se relaciona, por tanto, con su sostenibilidad.

Límites materiales del decreto-ley: no se infringen: hecho de que el precepto cuestionado regule una prestación patrimonial de carácter público que, conforme al art. 31.3 CE, sólo puede establecerse “con arreglo a la ley”, no significa que haya incidido en un ámbito material que le esté constitucionalmente vedado. Es evidente que el art. 86.1 CE no prohíbe que mediante estos actos con fuerza de ley pueda afectarse a cualquiera de las materias tratadas en los preceptos del título I de la Constitución, sino únicamente a los que contienen una consagración de “derechos, deberes y libertades de los ciudadanos”. Y aunque, ciertamente, entre tales deberes hay que incluir el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante un sistema tributario en los términos antes expuestos, no puede entenderse que concorra dicha circunstancia en las aportaciones que se regulan en el Decreto-ley impugnado (en un sentido similar, STC 182/1997, FJ 16).

Por ello, teniendo en cuenta “la configuración constitucional del derecho o deber afectado en cada caso y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate” (SSTC

100/2012, de 8 de mayo, FJ 9, entre otras muchas), se concluye que no existe la afectación excluida por el art. 86.1 CE.

Asistencia sanitaria de personas extranjeras: cambios en el régimen de asistencia sanitaria a los extranjeros empadronados, sin autorización de residencia en España. el art. 3 ter, añadido por el art. 1.3 del Real Decreto-ley 16/2012, que, bajo el título “asistencia sanitaria en situaciones especiales”, dispone lo siguiente: “los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica; b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles” dentro del margen del legislador de establecer sus prioridades, la norma examinada no responde a una opción arbitraria, sino a la preservación de bienes o intereses constitucionalmente protegidos, como el mantenimiento del sistema sanitario público, sin desconocer las posibilidades del sistema en un momento de intensas complicaciones económicas, observándose, en la distinción entre extranjeros con autorización de residencia y los que carecen de ella, la debida proporcionalidad y dando cumplimiento a las obligaciones internacionales en la materia.

Por ello, no es constitucionalmente reprochable que se contemple la asistencia a las embarazadas y la equiparación de los menores extranjeros en situación irregular con la de los menores españoles y lo mismo sucede en el caso de la asistencia en casos de enfermedad grave y accidente. Igualmente ha de advertirse que la norma no excluye el acceso a las prestaciones sanitarias en los restantes supuestos sino que, únicamente, toma el dato de la ausencia o no de residencia legal en España para exigir la correspondiente contraprestación en los términos del ya citado Real Decreto 576/2013.

Protección de datos personales: inexistencia de vulneración. La cesión de información tributaria sin consentimiento del interesado para su incorporación a la tarjeta individual sanitaria, así como la cesión de datos tributarios en el caso de la Hacienda pública de Navarra establecidas respectivamente en el artículo 4.14 y en la disposición adicional tercera.

El dato que se cede no es estrictamente tributario, sino que es el relativo al nivel de aportación que corresponde a los usuarios conforme a la escala prevista inicialmente en el art. 94 bis.5 de la Ley 29/2006, introducido por el art. 4.13 del Real Decreto-ley 16/2012 (reproducido en el art. 102.5 del Real Decreto Legislativo 1/2015).

c) En la cesión concurre una finalidad legítima que consiste en la obtención de la información y los datos necesarios para hacer posible la materialización efectiva del modelo universal de salud pública que prevé la contribución progresiva de los ciudadanos asegurados o de sus beneficiarios del Sistema Nacional de Salud, según su nivel de renta, a las prestaciones sanitarias y farmacéuticas. La cesión se limita exclusivamente a los datos necesarios para poder determinar si el interesado se encuentra en cada uno de los supuestos previstos en los apartados a) a c) del art. 94 bis.5 de la Ley 29/2006 (actualmente art. 102.5 del Real Decreto Legislativo 1/2015). En este mismo sentido este dato será el único necesario para determinar el nivel de aportación o devolución que proceda, en relación con quienes tengan la condición de pensionista conforme a lo dispuesto en los apartados 5 d) y 6 del citado art. 94 bis [arts. 102.5 d) y 6 del Real Decreto Legislativo 1/2015]. En

consecuencia, la comunicación de datos limitada a la mera indicación del tramo de entre los tres previstos en que se halla el usuario, se encuentra amparada por el art. 11.2 a) LOPD, en conexión con el art. 94 ter de la Ley 29/2006 (art. 103 del Real Decreto Legislativo 1/2015).

Votos particulares: Fernando Valdés Dal-Ré al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita. La conexión entre el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria que actúa como garante de la salud individual y colectiva y el derecho a la vida y la integridad física no puede ser negado, ni puede ser obviado sin más, si atendemos a la obligación de interpretar tanto el art. 15 de la Constitución española como el art. 43 del mismo texto a la luz de los convenios y tratados de derechos humanos de los que España es parte, siendo uno de los básicos el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales interpretado por el Tribunal de Estrasburgo.

De ello se infiere la interdicción de afectar por medio de un decreto-ley “a los derechos de los ciudadanos reconocidos en el Título I CE” se proyecta indefectiblemente al derecho a la salud, sin necesidad de entrar a valorar si se trata de un derecho fundamental, un principio rector, un valor de relevancia constitucional o una mera orientación dirigida al legislador. Poco importa cómo se defina o conceptualice el derecho a la salud, porque, por encima de todas esas consideraciones, se halla la conexión instrumental e innegable que se deriva del recurso interpretativo al art. 10.2 CE entre los arts. 43 y 15 de la Constitución, recurso que supone que cualquier afectación normativa del derecho a la asistencia sanitaria y a la salud ha de proyectarse, necesariamente, sobre el derecho a la vida y la integridad física y moral de los individuos.

## **7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

## **8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

## **9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)**

### **9.1. Mejoras voluntarias**

#### **STS de 2 de marzo de 2016, Rec. 153/2015 (RJ 2016\1478)**

Pretensión de que el complemento de incapacidad temporal abonado conforme a convenio por la empresa FERROVIAL en RENFE Operadora (incluyendo subrogados de Cremonini y WagonsLits) incluya la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

La sentencia comentada confirmando la recurrida, desestima la pretensión sindical de que el complemento de incapacidad temporal abonado conforme a convenio por la empresa FERROVIAL en RENFE Operadora (incluyendo subrogados de Cremonini y WagonsLits) incluya la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Y ello atendiendo al tenor literal del precepto interpretado [artículo 39 del IV Convenio de Cremonini, publicado meses antes de la subrogación], que entre las diversas partidas que expresamente menciona para integrarlas en el complemento de IT que debe abonar la empleadora no incorpora las pagas.

Al efecto se reitera doctrina sobre cómo interpretar los convenios colectivos, y se advierte que no se ha acreditado la existencia de una condición más beneficiosa en la que pudiera integrarse el derecho.

**STS de 29 de junio de 2016, Rec. 265/2015 (RJ 2016\3592)**

Incapacidad temporal: complemento establecido en los arts.55 y 57 del I Convenio Colectivo de Trabajo de los Hospitales de agudos, centros de Atención primaria, Centros Sociosanitarios y Centros de Salud Mental concertados con el Servicio Catalán de la Salud.

Interpretación: la empresa, a la hora de computar los 90 días por año natural durante los cuales debe abonar el complemento establecido en los *artículos 55 y 57 del convenio Colectivo* aplicable, debe discriminar el origen de los procesos de I.T., diferenciando a efectos del cómputo acabado de mencionar, los procesos derivados de enfermedad común, por un lado, y los procesos derivados de accidente laboral, accidente no laboral y enfermedad profesional, por otro.

**STS de 28 de junio de 2016, Rec. 3984/2014**

Jubilación parcial: art.41.3 del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Gáldar, contempla un complemento del salario del trabajador jubilado parcialmente, en cuya virtud el Ayuntamiento debe abonar la diferencia entre la pensión reconocida por el INSS y el "salario real" que viniera percibiendo el trabajador. Se discute si el salario ha de ser bruto o neto a efectos del cálculo de complemento. El TS entiende que el término "salario real" utilizado en el *artículo 41.3 del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Gáldar* ha de identificarse con salario bruto y no con salario neto.

**9.2. Fundaciones Laborales y Entidades de Previsión Social**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

**9.3. Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos**

**STS de 18 de febrero de 2016, Rec. 2373/2014 (RJ 2016\1122)**

COMPLEMENTO DE PENSIONES PACTADO EN ERE: no es responsable la aseguradora por las diferencias en el salario regulador sobre el que se calcula el complemento, en tanto que la póliza solo cubre la suma que se correspondía con el salario anual efectivamente devengado hasta el momento de la adhesión a la misma, y no así aquellas cantidades que fueron reconocidas como salariales con posterioridad.

## Novedades Bibliográficas

### 1. OBRAS GENERALES DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

AGÍS DASILVA, M., BLASCO LAHOZ, J.F. (Eds.): *Legislación básica de Seguridad Social*, 13ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 991 páginas.

GARCÍA NINET, I., GARCÍA VIÑA, J., VICENTE PALACIO, A. (Dirs.): *Manual básico de Seguridad Social*, Barcelona, Atelier, 2016, 396 páginas.

IGLESIAS OSORIO, B.C.: *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social*, Navarra, Lex Nova, 2016, 502 páginas.

VV.AA. *Memento Experto cotización y sistema de liquidación directa (SLD/SILTRA)*, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, 322 páginas.

VV.AA. *Memento práctico Seguridad Social 2016*, Francis Lefebvre, 2016, 1840 páginas.

### 2. OBRAS ESPECÍFICAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: *El retraso en la edad de jubilación. Regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral*, Barcelona, Atelier, 2016, 376 páginas.

BLASCO JOVER, A. (dir.): *Asistencia social, participación y reconocimiento de la diversidad: Un estudio comparado entre comunidades autónomas*, Navarra, Aranzadi, 2016, 475 páginas.

BLASCO LAHOZ, J.F.: *El régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 973 páginas.

BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Protección por desempleo. Los distintos niveles complementarios y sucesivos*, Paraná, Juruá, 2016, 169 páginas.

CLARK SORIANO, H., TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *Accidentes de trabajo: concepto, determinación y responsabilidades*, Navarra, Lex Nova, 2016, 200 páginas.

DEL ÁGUILA CAZORLA, O.: *Trabajadores autónomos y Seguridad Social. Teoría y práctica*, Paraná, Juruá, 2016, 185 páginas.

GONZÁLEZ RÍOS, I.: *Derechos sociales y protección de colectivos vulnerables*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 242 páginas.

MAS GARCÍA, E.: *Las prestaciones de Seguridad Social a favor de familiares*, Madrid, Aranzadi, 2016, 355 páginas.

MOLINA NAVARRETE, C.: *Nueva indemnización por daño profesional: mejoras y límites del “nuevo baremo”*, Albacete, Bomarzo, 2016, 126 páginas.

PALOMO BALDA, E.: *Cálculo de la indemnización por accidente de trabajo según el nuevo baremo*, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, 205 páginas.

### 3. ROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

ROMERO RÓDENAS, M.J.: *La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social*, 2ª ed. rev., Albacete, Bomarzo, 2016, 213 páginas.

#### 4. RECENSIONES

**Moreno Romero, F: Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo, Granada, Comares, 2016, 288 páginas**

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Desde que la crisis llamó a nuestra puerta a principios del año 2008, todos hemos sido testigos de los efectos devastadores que este fenómeno económico ha originado y aún continúa causando tanto a nivel nacional, comunitario e internacional. Constantemente vemos como son más y más las personas que ven extinguidos sus contratos de trabajo o, incluso, el cese de su actividad por el cierre de la empresa en la que trabajaban, y como ahora se encuentran en las largas listas del paro. Esta crispada situación se ha traducido en un crecimiento exponencial y de larga duración de los niveles de desempleo, debido todo ello a la caída de la actividad productiva.

Ciertamente, los colectivos más vulnerables (principalmente representado por las personas mayores y parados de larga duración mayores de 45 años) son los que más están sufriendo las consecuencias de un mercado de trabajo sesgado, alienado y deshumanizado. La situación ha sido particularmente aguda en ciertas regiones y Estados miembros en donde las tasas de desempleo se han visto incrementadas significativamente, habiéndose con todo ello experimentado una lamentable pérdida de inmensos costes humanos y sociales. Lo cual ha supuesto una seria amenaza para la cohesión social, así como un incremento de la inestabilidad política.

En este contexto, el desarrollo de las políticas activas de empleo a través de la instauración de mecanismos que propicien la disminución de desempleados ha generado profundos cambios en el mercado de trabajo, influyendo además en las futuras pensiones. La profusión de disposiciones normativas enfocadas hacia el fomento del empleo ha propiciado la aparición de un modelo jurídico poco definido, en donde la falta de rigor legislativo ha hecho gala de las deficiencias y lagunas existentes en el actual sistema de trabajo asalariado. Determinar el sentido y el alcance del reconocimiento de las reformas llevadas a cabo en materia de empleo, así como su debida protección social a nivel internacional, europeo y muy especialmente en España de todas aquellas personas mayores son los principales objetivos del interesantísimo libro que se publica por la editorial Comares en 2016, con número 92 y en la Colección Trabajo y Seguridad Social, sobre los: “*Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*”. La obra tiene por autora a la Profesora Ayudante Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid, Francisca Moreno Romero, conocida no sólo por su excelente labor docente, sino también por su brillante faceta investigadora.

Se trata de una monografía de gran transcendencia e impacto, única en el mercado jurídico en cuanto al rigor y calidad de sus contenidos se refiere. Actualmente son pocos los trabajos que se puedan hallar entre la amplia gama de revistas, libros o artículos especializados,

que analicen de una forma tan exhaustiva y brillante todas y cada una de las medidas que las instituciones nacionales han acordado para optimizar la protección social y de Seguridad Social de los trabajadores mayores. Lejos de realizar una mera visión global, la profesora Moreno Romero revisa exhaustivamente con especial atención el equilibrio que debe existir entre la necesidad de garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones y los peligros que las reformas puedan suponer para las políticas de empleo y el sistema productivo. Se mantiene en todo momento un alto nivel de exigencia, esfuerzo y a lo largo de toda la obra. Esta apreciación se evidencia aún más en el amplio y cuidado material bibliográfico, documental y científico seleccionado. Y es que la profesionalidad que caracteriza a la doctora Francisca Moreno Romero se hace visible desde las primeras páginas de esta jugosa edición.

La monografía aparece sistematizada de forma evolutiva, esto es, se comienza por lo más general para a continuación adentrarse en el examen particular y/o específico de los retos que presentan las medidas de política de empleo en España para los trabajadores mayores y, en relación, con los problemas que acarrearán desde el punto de vista de protección social. Concretamente aparecen diez grandes capítulos, algunos de los cuales se dividen a su vez en puntos más específicos. Todo ello con la intención de facilitarle al lector un conocimiento perfectamente estratificado de la materia.

La estructura general que sigue este manuscrito es la siguiente: 1. Capítulo I. "El reto del envejecimiento de la población: actuación institucional desde la Unión Europea"; 2. Capítulo II. "Una aproximación a los datos de la realidad europea: demografía, jubilación y empleo"; 3. Capítulo III. "Introducción sobre las actuaciones de la Unión Europea en materia de pensiones y empleo: el espejismo de la jubilación flexible"; 4. Capítulo IV. "El método abierto de coordinación y la estrategia de Lisboa"; 5. Capítulo V. "Líneas de trabajo en base al método abierto de coordinación sobre políticas de empleo"; 6. Capítulo VI. "Líneas de trabajo en base al método abierto de coordinación en materia de pensiones"; 7. Capítulo VII. "Un punto de inflexión en las políticas de la UE: la convergencia entre las políticas de empleo y las políticas de pensiones"; 8. Capítulo VIII. "Políticas de empleo en un mercado de trabajo cambiante"; 9. Capítulo IX. "La inversión social como factor clave en la creación y mantenimiento del empleo de los trabajadores de mayor edad: cambio de actitud de la Unión Europea"; y finalmente, 10. Capítulo X. "De la jubilación anticipada a la jubilación más allá de la edad legal, el giro institucional".

El rigor y la exhaustividad con la que se afrontan todos los temas estudiados, se acompaña del buen sentido del que hace gala la profesora Moreno Romero, cuyas opiniones siempre críticas nos invitan a reflexionar sobre la construcción de un futuro y mejor sistema de protección social para los trabajadores mayores. Por todas estas razones, la obra sobre *"Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo"* reúne todas las condiciones para convertirse en un gran referente bibliográfico de necesaria consulta para todo aquel que quiera adentrarse o enriquecerse de este ámbito, al que todavía le queda camino por avanzar para su total consolidación y desarrollo.

Economía y  
Sociología de  
la Seguridad  
Social y del  
Estado Social

LABORUM



# El debate sobre los efectos económicos de la legislación sobre salario mínimo

## The debate over the economic effects of the legislation on minimum wage

SANTOS M. RUESGA BENITO

*CATEDRÁTICO DE ECONOMÍA APLICADA EN LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID*

### Resumen

La institución de salario mínimo ha sido, desde su nacimiento, en el primer tercio del siglo pasado, objeto de continua controversia en la profesión económica, con un debate siempre inconcluso sobre sus efectos en los equilibrios macroeconómicos básicos y, en suma, sobre la dinámica de crecimiento económico.

En los años más recientes, dicho debate ha vuelto a intensificarse, al calor de la desregulación laboral en ascenso que se ha ido imponiendo en la mayoría de los países desarrollados, lo que, en un contexto depresivo, ha redundado en desigualdades económicas crecientes. En esta situación son muchas las voces que se alzan de nuevo a favor de la reinstauración de esta institución como vía de garantizar unos niveles mínimos de renta para unos asalariados crecientemente depauperizados.

En este artículo se hace una revisión del debate teórico sobre los efectos del salario mínimo sobre el empleo y otras variables macroeconómicas, así como la literatura empírica desarrollada a tales efectos. Tras ello se concluye en que la prolija investigación desarrollada al respecto, así como la reflexión teórica subsecuente, no parece alcanzar resultados concluyentes e inequívocos sobre los referidos efectos, reinando más bien la ambigüedad en los estudios empíricos, cuando no la evidencia contraria a la que vaticina la teoría económica convencional. En consecuencia, algunas políticas laborales están haciendo frente a los efectos de las estrategias de austeridad, moviendo el centro de su atención hacia la implementación de salarios mínimo so de su actualización, con el fin de reducir las desigualdades crecientes en la distribución de la renta, e incluso de los niveles de pobreza.

### Palabras clave

Economía política, salario mínimo, empleo y desigualdad económica

### Abstract

The institution of minimum wage has been, since its birth in the first third of the last century, the subject of on going controversy in the economics profession, with ever unfinished on its effects on macroeconomic balances and, in short, debate on the dynamics of economic growth.

In recent years, this debate has again intensified as a result of labour deregulation in promotion that has been imposed in developed countries, which, in a depressive context, has resulted in inequalities growing. In this situation there are many voices raised again in favour of the restoration of this institution as a way of ensuring minimum levels of income for some increasingly depauperized employees.

This article reviews the theoretical debate and empirical literature on the effects of minimum wages on employment and other macroeconomic variables is made. After this it is concluded that the thorough investigation made in this regard appears not to be conclusive and unequivocal results on those effects, prevailing rather the ambiguity in the empirical results, if not contrary evidence against most conventional economic theory forecasts. Therefore, labour policies are facing to present austerity strategies moving the centre of its proposals to improve minimum wage institutions o reevaluated it in order to reduce income distribution inequalities and even to downsize poverty levels.

### Keywords

Political economy, minimum wage, employment and economic inequality

JEL código: J38

*“Elevar el salario mínimo federal, expandir el crédito fiscal para los trabajadores sin hijos dependientes, limitar los recortes fiscales para los hogares de renta alta, controlar la fijación de precios en las universidades para los buenos estudiantes y asegurar que hombres y mujeres tiene igual salario por el mismo trabajo ayudaría a movernos en la dirección correcta”*

(Barack Obama, 2016: “The way ahead”,  
*The Economist*, October, 8th-14th)

## 1. INTRODUCCIÓN

En el entorno de los años de desarrollo de la Gran Recesión (2007-2014), la evidencia de sus efectos sobre el ascenso de las desigualdades económicas y sociales en la mayoría de los países desarrollados ha elevado el interés por la figura del “salario mínimo”, bien para su implantación en los países donde no existía o bien para su revalorización donde sí existía, con el fin de establecer un mínimo nivel de renta para la población asalariada, con efectos derivados en muchos casos para el valor de diversas prestaciones sociales.

En esta perspectiva se sitúa, por ejemplo, el debate que se está desarrollando en los años finales de la Administración del presidente Obama, en los Estados Unidos, sobre una elevación sustancial del valor del salario mínimo, hasta 15 dólares, en los próximos tres años<sup>1</sup>.

Y debates sobre ello hay en la mayoría de los países de la Unión Europea o en otros de la OCDE<sup>2</sup>. Y es que, en torno a lo antedicho se ha venido reactivando un debate económico, ya de larga trayectoria en el tiempo, que arranca en el primer tercio del pasado siglo XX, cuando comienzan a implantarse en algunos países (Estados Unidos, entre otros) diferentes fórmulas de salario mínimo en el contexto de los efectos derivados de la Gran Depresión. Largo debate, con posiciones encontradas tanto en el ámbito de la Ciencia Económica, como en la larga multiplicidad de trabajos empíricos que han tratado a lo largo de casi un siglo de determinar los efectos de esta institución laboral en el ámbito macro y microeconómico de las relaciones económicas y laborales<sup>3</sup>.

Así, por poner un de los cientos ejemplos disponibles, en el Banco de España, advertían sobre los efectos negativos (sic) que el incremento del salario mínimo podría tener sobre la competitividad y el empleo en la economía española, señalando que: “el establecimiento de un sistema de estas características para revisar anualmente el salario

<sup>1</sup> “El salario mínimo federal de los Estados Unidos se estableció por primera vez durante la Gran Depresión, y se ha aumentado de 25 centavos a \$ 7.25 por hora desde que se instituyó por primera vez en 1938 como parte de la Ley de Normas Razonables de Trabajo (FLSA, Fair Labour Standard Act). A pesar de los aumentos, la inflación ha erosionado su valor, de modo tal que devolverlo al valor que tenía en 1968 requeriría un aumento de hasta casi \$ 10 por hora. En el discurso de 2013 sobre el Estado de la Unión, el presidente Obama pidió el aumento del salario mínimo a \$ 9 por hora, lo que en términos reales sería ponerlo de nuevo en su nivel de 1980. De acuerdo con estimaciones de la Administración estadounidense, con ello se podrían impulsar los salarios de unos 15 millones de personas” (Wihbey, 2016).

<sup>2</sup> Precisamente, en septiembre de 2016 asistí en México a un Seminario Internacional sobre el Salario Mínimo, organizado por “Acción contra la pobreza”, con la participación de diversas instancias políticas y ciudadanas, evento que me motivó para desarrollar el trabajo que aquí se presenta.

<sup>3</sup> Mejeur (2014:14), bromea al respecto señalando que: “parafraseando una antigua broma, si se quedaran solo dos economistas en el mundo, estarían en desacuerdo acerca del salario mínimo. Crea o destruye empleo? Es una pregunta pertinente pero la respuesta depende de a quién preguntas”.

mínimo interprofesional resultaría inapropiado, particularmente si se llegara a introducir en el Estatuto de los Trabajadores” (Banco de España, 2005).

Y es que las condiciones del entorno condicionan sobremanera los resultados del análisis empírico, de modo que mas allá de las metodologías aplicadas y de los enfoque teóricos asumidos, los efectos de la aplicación o expansión del mecanismo del salario mínimo están condicionados a la presencia de una enorme disparidad de elementos que intervienen en su interpretación. La presencia o no de mercados competitivos de bienes y servicios, de situaciones de mayor o menor intensidad monopsonica<sup>4</sup> en los laborales, por ejemplo, van determinar que los efectos inducidos por la existencia o revalorización del salario mínimo actúen en una u otra dirección sobre el nivel de empleo, los precios o, en última instancia la competitividad de las empresas.

Es relevante, de igual modo, para valorar la dirección y el nivel de los efectos del salario mínimo, tener en cuenta su cuantía relativa, sobre los niveles salariales medios vigentes en el espacio económico y laboral analizado<sup>5</sup>.

En últimas instancia, buena parte de lo señalado en los párrafos anteriores hay que relacionarlo con la diversidad de instituciones económicas y laborales que acompañan a la presencia del salario mínimo y a su revalorización, que dibujan un marco laboral específico, de mayor o menor rigidez, que determina el margen de actuación y reacción de los agentes económicos ante dicha institución. Particularmente, con el mercado laboral y sus características, que determinaran diferentes elasticidades tanto para la oferta como para la demanda y que van a influir de forma singular en la concreción de los efectos de la legislación sobre el salario mínimo tanto en condiciones de mercados competitivos como en situaciones de monopsonio u otras modalidades de mercados con información asimétrica.

Y conviene recordar también que los resultados del análisis empírico sobre los efectos del salario mínimo están fuertemente condicionados por aspectos tales como el enfoque teórico preeminente en las publicaciones científicas (que reflejan preferencias de los editores de revistas) o, en materia metodológica, por ejemplo, la lejanía de los espacios en comparación, cuando se trata de análisis de datos de panel de distintos espacios geográficos. Y así una larga lista de factores condicionantes sobre la cuantía y dirección de los resultados obtenidos.

Por último, conviene señalar que si bien existe una abundante literatura (teórica y empírica) sobre los efectos de la legislación del salario mínimo sobre el empleo y su evolución, no es así cuando se trata de relacionar este instrumento de regulación con otras variables económicas, tales como los precios, la productividad o la desigualdad de rentas. laborales, tales como la formación en el trabajo. o sociales, tales como la escolarización o los índices de pobreza, entre otros aspectos estudiados.

---

<sup>4</sup> Hablamos de monopsonio en el mercado de trabajo cuando existe un solo demandante del mismo (una sola empresa) frente a una multiplicidad de oferentes (trabajadores) o, dicho de otro modo, la empresa tiene un elevado poder de decisión en la determinación de los precios (salarios).

<sup>5</sup> Cuestión fundamental, por ejemplo en casos como el de México, sobre el que debatí en el evento referenciado en la nota 1, donde el nivel del salario mínimo, se sitúa en torno a los 100 euros, nivel muy inferior incluso a los ingresos medios estimados en el ámbito de la denominada *economía informal*.

## 2. LA TEORÍA DEL SALARIO MÍNIMO

A menudo se abusa del discurso teórico y/o se extrapolan interesadamente resultados empíricos para ratificar posiciones, más bien opiniones, apriorísticas sobre los efectos del salario mínimo sobre el empleo otras variables económicas (véase figura 1)<sup>6</sup>. Olvidando que el debate sobre el tema es largo, profundo y, a mi modo de ver, aún inconcluso.

Y es que ya en los años cuarenta del siglo pasado se inició el debate al respecto de los efectos de un incremento del salario mínimo sobre el empleo.<sup>7</sup> A partir de ese momento y siempre con el mismo y no contrastable supuesto de que existen mercados de trabajo competitivos, el consenso aparente en la ciencia económica ha sido que una elevación del salario mínimo afectaba de manera negativa al empleo.<sup>8</sup> En los libros de textos, el salario mínimo aparece como el paradigma de una rigidez institucional que provoca desempleo al interferir con la mano invisible que vacía los mercados. Muchos de quienes pontifican sobre el tema en esta dirección no han superado este estadio de manual.

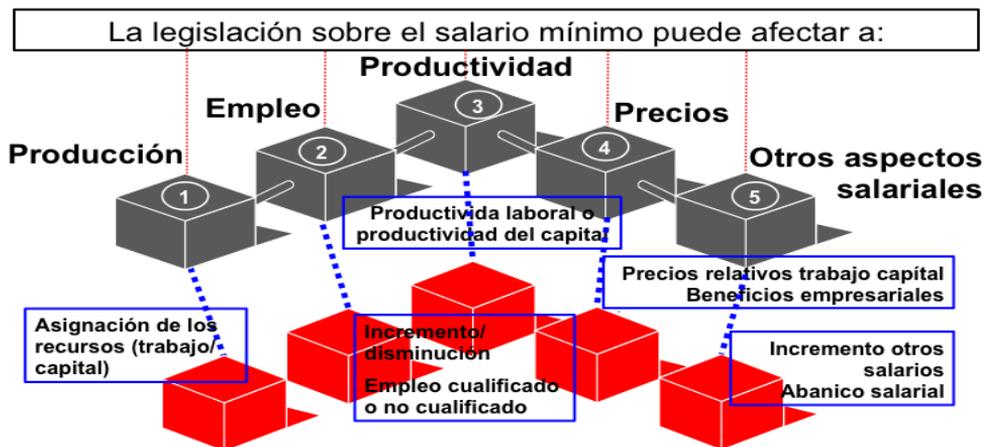


Figura 1. Hipótesis sobre la incidencia económico-laboral de la legislación sobre salarios mínimos.  
Fuente: Elaboración con información de diversas referencias citadas en la bibliografía.

### 2.1. El enfoque clásico-neoclásico:

Cuando se parte de la hipótesis de un mercado de trabajo perfectamente competitivo, el resultado esperable, bajo este enfoque, es claro: si el salario mínimo supera el salario de equilibrio, al que las empresas contratan sin limitaciones, se producirá un efecto sustitución, al reaccionar los empresarios ante una subida salarial inducida externamente al mercado,

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, a segunda interpretación que se hace el fenómeno en estudio en la cita del Banco de España (2005) referenciada más arriba.

<sup>7</sup> Véase por ejemplo: Lester, (1946). Pigou, (1920). Stigler (1946)

<sup>8</sup> Sin ánimo de exhaustividad puede consultarse en esta dirección: Abowd, Kramarz y Margolis, 2000, Baker, Benjamin y Stanger, (1999), Bazen y Skourias (1997), Burkhauser, Couch y Wittenburg (2000), Currie y Fallick (1996), Deere, Murphy y Welch, (1995), Deere, Murphy y Welch, 1996, Kim y Taylor, (1995), Meyer y Wise (1983a), Meyer y Wise, (1983b), Neumark y Wascher, (1992), Neumark y Wascher, (2000), Neumark y Wascher (2003), Orazem y Mattila, (2002).

reduciendo el trabajo utilizado (caída del empleo) e incorporando mas recursos de capital, ahora más baratos en términos relativos<sup>9</sup>.

El principal supuesto sobre el que se basa la relación inversa entre salario mínimo y empleo está completamente desacreditado: la existencia de competencia perfecta en los mercados de trabajos, incluso cuando se consideran en plural. La información no está igualmente repartida entre todos los participantes y el bien que se reparte está lejos de ser homogéneo, ni por la oferta ni por la demanda. Frente a un mercado de partida con bajos niveles de competencia, el salario mínimo rompe monopsonios de demanda, mejora la circulación de información y las expectativas de los actores. En definitiva, la elevación del salario mínimo mejora la eficiencia general del mercado de trabajo. Desde esta perspectiva, una rama mayoritaria de la ciencia económica, de entre los trescientos estudios que ya han servido para probar el sentido y el tamaño de la relación, apoya la tesis de que crecimientos del salario mínimo tienen un efecto nulo o apenas perceptible sobre el empleo (Brown, 1999 Freeman, 1994 y Freeman 1996).

En suma, la realidad nos indica que los mercados de trabajo se alejan de ese modelo formal, mostrando más bien situaciones de competencia limitada o imperfecta. Puede ser por el lado de la oferta, porque, por ejemplo, los trabajadores no son muy móviles geográficamente, lo que limita una de las condiciones básicas de un mercado competitivo (la absoluta movilidad de los factores). O por el lado de la demanda, concentrando en la empresa (por diversos caminos) el poder de decisión sobre la determinación del salario.

En este contexto, particularmente en condiciones de monopsonio<sup>10</sup>, los efectos del salario mínimo son ambiguos, cuando no contrarios a lo que predice la teoría en presencia de condiciones perfectas de competencia.

En este caso, el empleador es capaz de fijar los salarios, por debajo o por encima del producto marginal del trabajo, por lo que la aparición del salario mínimo no tiene porque llevar necesariamente a una caída en el empleo. Más bien al contrario, la imposición de un salario mínimo, puede aumentar el empleo. El efecto positivo sobre empleo del salario mínimo puede maximizarse en el nivel de los salarios correspondientes al salario de equilibrio, en un mercado laboral competitivo. Con niveles de salario mínimo por encima del salario de equilibrio (del mercado laboral competitivo) estas ganancias en el empleo, se invierten y el empleo puede caer por debajo de su nivel original. Pero, en condiciones de monopsonio, una mayor elasticidad de la oferta de la mano de obra y / o una menor

---

<sup>9</sup> Esta perspectiva esta bien ilustrada en las siguientes declaraciones de Milton Friedman: “La ley del salario mínimo se describe mas adecuadamente como una ley que obliga a los empresarios a discriminar a las personas que tienen pocas habilidades en el trabajo. Eso es lo que dice la ley. La ley dice que aquí hay una persona que justificaría un salario de 5 ó 6\$ por hora (ajustado a los precios de hoy) pero que no se le puede emplear, es ilegal, ya que si lo empleas debes pagarle 9\$. Entonces, ¿cuál es el resultado? Emplearle con 9\$ por hora es como participar en actos de caridad. Pero la mayoría de los empresarios no están en condiciones de participar en este tipo de caridad. Por lo tanto, las consecuencias de las leyes de salario mínimo han sido casi completamente malas. Hemos incrementado el desempleo y la pobreza”. (tomado de [http://youtu.e/ca8Z\\_o52sl](http://youtu.e/ca8Z_o52sl), 12/10/2016). En *blog.1worldonline.com*, el 6 de enero de 2014 (“50 Years of Research on the Minimum Wage”) se publica un alegato en contra de la actualización del salario mínimo en EE.UU., donde se recoge un a larga lista de trabajos que concluyen en esta misma dirección.

<sup>10</sup> Véase nota 5.

elasticidad de la demanda de trabajo implican un mayor rango en el que los salarios mínimos pueden incrementarse sin generar pérdidas de empleo (OECD, 1998:44).

## **2.2. El enfoque de salarios de eficiencia**

Otra interpretación al respecto enlaza con un enfoque teórico más reciente, dentro de la corriente neoclásica, denominado de “salarios de eficiencia”. Según éste, en condiciones de competencia imperfecta, los empleadores pueden fijar los salarios de sus empleados por encima del nivel de equilibrio del mercado con el fin de aumentar la productividad de los trabajadores y reducir el absentismo y la rotación laboral. En este contexto, un ascenso de los salarios mínimos puede resultar en un aumento del empleo. No obstante, como en el caso del modelo de monopsonio, más allá de un cierto nivel, un aumento en el salario mínimo podría producir efectos negativos en el nivel de empleo. Rebitzer y Taylor (1995) muestran que, dentro de un modelo de eficiencia de los salarios, con un aumento de salario mínimo se incrementará el empleo en el corto plazo. Sin embargo, en el largo plazo, las ganancias se pueden perder, dependiendo de la posición de las empresas a lo largo de la curva de ganancia y en los cambios posteriores en los precios del producto y del número de empresas que operan en el mercado (OECD, 1998:43).

## **2.3. El enfoque del desarrollo endógeno y capital humano**

Otros modelos que admiten la posibilidad de efectos positivos en el empleo de la elevación del salario mínimo tienen en consideración el crecimiento endógeno ligado a las decisiones de inversión en capital humano. El supuesto clave es que los salarios mínimos proporcionan incentivos para los trabajadores de baja productividad con el fin de invertir más en capacitación o en educación, lo que redundará en el crecimiento de su productividad. El incremento del capital humano tiene un impacto positivo sobre el crecimiento y, en consecuencia, el empleo. Cahuc y Michel (1996) muestran que una disminución en el salario mínimo puede incluso reducir el crecimiento. Cubitt y Hargreaves-Heap (1999) sostienen que la pérdida de empleo neto derivada de un aumento del salario mínimo puede ser cero para un determinado rango de valores de dicho salario, ya que aumentarán las inversiones de las empresas en capital físico y en capital humano por parte de los trabajadores. Acemoglu y Pischke (1998) también muestran que los salarios mínimos pueden aumentar la capacitación proporcionada por la firma a los empleados de baja cualificación, con efectos positivos sobre la productividad del trabajo (OECD, 1998:44).

## **2.4. Modelos de búsqueda de empleo**

Los salarios mínimos también han sido analizados utilizando el marco teórico basado en modelos de “búsqueda de empleo”. Dentro de este marco, los efectos sobre el empleo dependen del nivel del salario mínimo y su impacto en la intensidad de búsqueda de empleo, del nivel de los salarios aceptados y de la probabilidad de oferta de un empleo. Swinnerton (1996) presenta un modelo de equilibrio de búsqueda en el que las empresas muestran curvas de demanda de trabajo con pendientes descendentes, la productividad del trabajo varía de una empresa a otra, y los parados tienen información imperfecta y búsqueda de empleo al azar y de forma secuencial. El autor muestra que, debido a un aumento de la productividad media del trabajo, los efectos positivos sobre el bienestar todavía pueden surgir incluso en aquellos los casos en que se produzcan efectos negativos en el empleo.

## 2.5. Modelos de mercados segmentados<sup>11</sup>

Los salarios mínimos solo afectarían a algunos de los segmentos del mercado de trabajo, situados en el espacio de los mercados secundarios. A aquellos en los que los salarios estuvieran por debajo de ese mínimo salarial. Dependiendo de la dimensión de tal/es segmento/s, del grado informalidad del mismo y de la posición de su oferta productiva en la cadena de valor el impacto sobre el empleo agregado sería significativo o no, así como sobre los precios. Podrían esperarse efectos sobre la movilidad del trabajo entre unos y otros segmentos del mercado de trabajo, que podrían no alterar el volumen global de la mano de obra disponible y de la empleada en su conjunto<sup>12</sup>, pero sí la calidad de la misma.

Y así, hasta abarcar con casi todo el espectro de interpretaciones teóricas sobre el funcionamiento de los mercados laborales y el papel de las instituciones en el mismo y en el conjunto del sistema económico.

Hasta la fecha y tras casi un siglo de debate teórico, las posiciones no se han alterado sustancialmente, ni los argumentos esgrimidos en una u otra dirección. Argumentos que podemos observar de nuevo en los debates más recientes sobre modificaciones en la legislación o cuantía del salario mínimo en Estados Unidos, por ejemplo<sup>13</sup>.

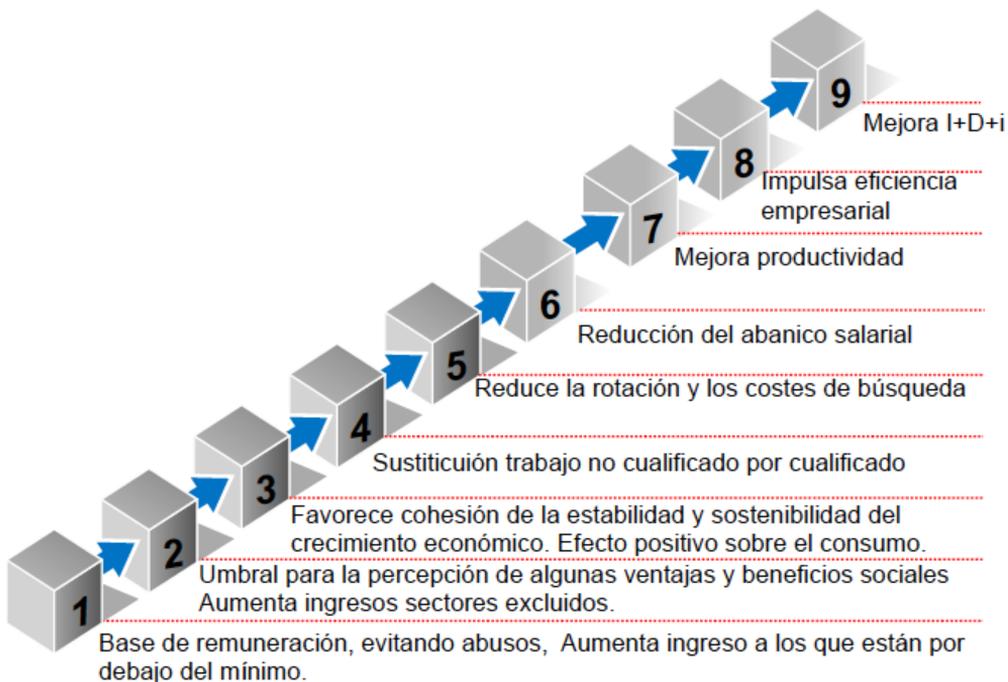
## 3. ANÁLISIS EMPÍRICOS DE LOS EFECTOS DEL SALARIO MÍNIMO

Para situarnos en el extenso abanico de análisis empíricos realizados sobre el impacto de la legislación sobre salario mínimo en diferentes funciones o vertientes de la actividad económica, se han elaborado las siguientes figuras, 2 y 3, en las que se sintetizan los argumentos en pro y en contra a la hora de realizar algún tipo de actuación relacionada con el salario mínimo (creación, incremento, etc.).

<sup>11</sup> Una explicación detallada e ilustrada del funcionamiento del mercado de trabajo al abrigo de estos enfoques teóricos se puede encontrar en Ruesga et al. (2014:85-126).

<sup>12</sup> Sumando sector formal e informal. En esta perspectiva se puede encuadrar, por ejemplo la tesis doctoral de Mónica Jiménez, presentada recientemente en la Universidad de Alcalá de Henares ante un tribunal en el que ejercí como presidente. En las conclusiones de la misma “se corrobora que el salario mínimo (SM) se presenta como un factor determinante de las condiciones de empleo en las MGEySP [medianas y grandes empresas y sector público]. En efecto, el aumento del SM está asociado con un incremento de los puestos de mala calidad, principalmente de las ocupaciones informales, pero también con una reducción de los puestos de buena calidad. Esto implica que la calidad del empleo en las MGEySP constituye un elemento fundamental para el alcance y cobertura de las instituciones laborales y de la seguridad social, como lo es en este caso específico del SM. Por eso, se evalúa el cumplimiento y los efectos adversos del SM cuando el mercado de trabajo al que se aplica, como el de las MGEySP, tiene diferentes condiciones de empleo y se encuentra segmentado. Por lo tanto, el incumplimiento del SM no se debe, en última instancia, a los aumentos sucesivos introducidos en su nivel sino al contexto [mercados segmentados] en el que ocurrieron” (Jiménez 2016:215-216).

<sup>13</sup> Prácticamente todos los economistas destacados en la profesión a escala mundial han defendido algún tipo de argumentario sobre los efectos del salario mínimo en la economía y en el mercado de trabajo. Algunas de ellos se pueden encontrar en [www.project-syndicate.org](http://www.project-syndicate.org). véase asimismo una síntesis de los argumentos esgrimidos en el reciente debate estadounidense, a favor de la subida del salario mínimo en Komlos (2015) y otro en contra en el texto citado en la nota 10 ([blog.1worldonline.com](http://blog.1worldonline.com)).



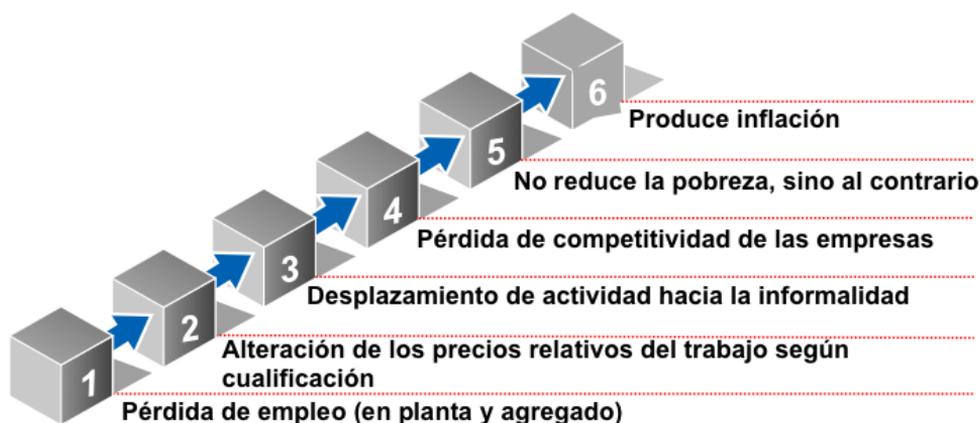
**Figura 2. Razones en pro de legislar sobre salario mínimo (o incrementarlo).**

**Fuente:** Elaboración con información de diversas referencias citadas en la bibliografía.

Un documento editado por un organismo oficial estadounidense, sintetiza tales posiciones en los siguientes ítems. Los argumentos más citados, según Mejeur (2014:14), a favor de la legislación sobre el salario mínimo, en concreto de su crecimiento, incluyen entre otros:

- ✓ Coloca más dinero en el bolsillo de los trabajadores de bajos ingresos<sup>14</sup>.
- ✓ Reduce el “gap” existente entre los bajos y los altos salarios, disminuyendo las desigualdades, tanto dentro de las empresas como en el conjunto de la economía.
- ✓ Introduce más dinero en la economía, en tanto que los trabajadores de bajos ingresos tienen mayor tendencia a gastarse sus salarios en una mayor proporción que su contraparte mejor remunerada, que muestran mayor propensión a ahorrar.
- ✓ Disminuye la movilidad entre los trabajadores de bajos salarios, lo que puede tener un efecto positivo para las empresas en tanto que la movilidad más alta eleva los costes de formación y reduce la productividad.

<sup>14</sup> De acuerdo con un informe de 2013 del Servicio de Investigación del Congreso de los EE.UU., un padre con dos hijos, que trabaja a tiempo completo con el salario mínimo actual debería estar ganando alrededor de 15.000\$ y viviendo en el 76 por ciento de la línea federal de pobreza. Si el salario mínimo se elevara desde el actual 7.25 hora hasta 9\$ la misma familia podría situarse en el 94 por ciento de la línea de pobreza.



**Figura 3. Razones en contra de la legislación sobre salario mínimo (o de su incremento).**  
**Fuente: Elaboración con información de diversas referencias citadas en la bibliografía.**

Y a su vez, los argumentos en contra del crecimiento de los salarios mínimos son (Mejeur, 2014:15):

- ✓ Redunda en un descenso del empleo. Los costes laborales son la parte sustancial del presupuesto de muchas empresas, lo que significa que los empresarios se verán impulsados a reducir empleos u horas de trabajo para mantener su suelo de producción y beneficios. Lo que podría redundar en la desaparición o reducción de rentas para los trabajadores con bajos salarios.
- ✓ Hay mejores formas de hacer frente la pobreza, tales como créditos en el impuestos sobre la renta para las rentas bajas, o políticas fiscales que impulsen el desarrollo de activos financieros (u otros) y ahorros para las familias con bajas rentas.
- ✓ Los incrementos de costes laborales se pueden trasladar a los consumidores a través de los precios. Mayores precios llevan descensos en la demanda puede llevar a efectos depresivos sobre la economía.
- ✓ El incremento de los costes laborales redunda en menores beneficios para las empresas, lo que significa que los empresarios tienen menos recursos monetarios para invertir en sus empresas para crear empleo y expandir sus negocios.

Frente a, como se ha señalado más arriba, tamaño despliegue de interpretación teórica en la vertiente neoclásica y derivados, las contribuciones empíricas a esta teoría son algo más modestas, en número y en el tamaño de los resultados<sup>15</sup> incluso en sectores de bajos salarios. Y están fuertemente centradas en el análisis de la relación entre legislación de salario mínimo y empleo. Así, por ejemplo, Machin, Manning y Rahman (2003) encuentran un efecto negativo sobre el empleo de la introducción del salario mínimo en el Reino Unido. Pero ese efecto es muy modesto aún teniendo en cuenta que un tercio del sector analizado, el servicio doméstico, tenía salarios anteriores por debajo del mínimo establecido entonces. Esta idea de manual clásico no deja de ser, en cierto modo, un anacronismo que se ha ido enfrentando a una abundante literatura económica, de carácter empírico, con evidencia

<sup>15</sup> Por ejemplo, muestran una elasticidad media del entorno al  $-0,1$  por ciento en la relación entre salario mínimo y empleo (Brown, Gilroy y Kohen, 1982).

consistente sobre el nulo o incluso positivo efecto sobre el empleo, en determinadas circunstancias, derivado del crecimientos del salario mínimo.<sup>16</sup>

El sentido y la cuantía del efecto del crecimientos del salario mínimo no sería, por tanto, unidireccional sino que variaría dependiendo de tres variables que, por lo general, se pueden anular entre sí hasta resolver en consecuencias nulas: la elasticidad de la demanda de trabajo en el sector cubierto por el salario mínimo, la elasticidad de la demanda en el sector no cubierto y el tamaño del crecimiento del salario mínimo (Fields, 1994). Así pues, en los trabajos menos cualificados y peor remunerados los incrementos del salario mínimo provocarían una incidencia mínima sobre el empleo. Bajo esta premisa, en España, donde el salario mínimo está más bastante del nivel medio de los países desarrollados (véase Tabla 1 y figura 4), las posibilidades de influir sobre el empleo serían notablemente bajas.

País	1976	2000	2009	2015
Alemania	..	..	..	37
Australia	65	58	39	42
Bélgica	58	49	42	39
Canadá	52	43	40	44
Corea del Sur	..	..	30	31
Eslovaquia	..	..	40	25
España	48	32	36	35
Estados Unidos	47	36	31	27
Francia	58	62	49	46
Grecia	69	51	41	40
Hungría	..	..	37	39
Irlanda	..	..	..	50
Japón	29	33	31	30
Luxemburgo	41	49	42	42
Nueva Zelanda	57	46	50	56
Países Bajos	64	47	38	37
Polonia	..	..	5	42
Portugal	48	38	3782	409
Reino Unido	..	42	32	33
República Checa	..	..	34	34

**Tabla 1. Salario mínimo como proporción del salario medio (en %), 1976, 2000, 2009 y 2015 en países de la OCDE**  
Fuente: Elaboración propia sobre datos de: Neumark y Wascher (2003), OECD (2004) y Datos-macro.com

<sup>16</sup> En esta perspectiva, con matices en cuanto a sus conclusiones, se puede consultar una larga lista de referencias, entre otras: Azam, (1992), Bell, (1997), Bernstein y J. Schmitt (1998), Bhaskar y Ton (1999), Boadway y Cuff (2001), Bruno y Cazes (1997), Card (1992a), Card y Krueger (1994), Card y Krueger (1995), Card, (1992b), Dickens, Machin y Manning, (1999), Hyslop y Stillman, 2004, *Islam* y Nazara, 2000, Jones, (1987), Katz y Krueger (1992), Klerman (1992), Lemos (2003), Lemos (2004a y b), Machin y Manning (1997), Machin y Manning, (1994), Machin y Manning, (1996), Manning (1995), Shepherd (2000), Stewart (2001) y Wellington (1991). Los trabajos más destacados en esta línea, que inician a primeros de los años noventa del siglo pasado una reacción, en el campo del análisis empírico frente a los postulados dominantes de la corriente neoclásica, son los de Card, Krueger y Katz. A este respecto, en el blog citado más arriba (blog.1worldonline.com) se señala que: “Ahora la Administración Clinton está avanzando la nueva teoría económica que indica que modestos crecimientos en el salario mínimo no tendrán un impacto, sea el que sea, en el empleo. Esta proposición está basada enteramente en los trabajos de tres economistas: David Card y Alan Krueger, de Princeton y Lawrence Katz de Harvard”.

A este respecto Joliet (2015) señala que: “He recogido 138 trabajos empíricos que tienen que ver con el salario mínimo y su impacto sobre el empleo. Estos estudios datan de 1957 hasta 2011. Ponen a prueba los efectos de los salarios mínimos en más de 21 países. Mi encuesta encontró que el 64% de la investigación de este período de tiempo dio lugar a efectos negativos sobre el empleo, el 19% no encontró ningún efecto, 12% encontró efectos mixtos, y un 5% encontró efectos positivos. Cuando el período de tiempo se reduce a 1992-2011, el 52% de la investigación encontró efectos negativos sobre el empleo, el 25% no encontró ningún efecto, 16% encontró efectos mixtos, y el 7% encontró efectos positivos. Esta encuesta nos da una estimación de si es o no correcta la teoría de los mercados competitivos o si por el contrario lo es la teoría de monopsonio. Lo que vemos es que la gran mayoría de la investigación apoya la teoría de los mercados competitivos o la idea de que FLSA no está bien estructurado. Afortunadamente, los trabajadores con salario mínimo constituyen una porción muy pequeña de la población activa total. Debido a este hecho, estos efectos negativos globales no son tan grandes” (sic)

Si el crecimiento del salario mínimo tiene efectos imperceptibles sobre el empleo, el limitado crecimiento de los costes laborales que conlleva, en un modelo de equilibrio general, tiene que ser pagado a costa de los empresarios en sus márgenes de beneficios (Card y A. Krueger, 1995) o por los consumidores a través de la inflación (Aaronson, 1997, MacDonald y Aaronson, 2000. L’Horty y Raults, 2004, Katz y Krueger, 1992 y Lemos, 2004a). Sin embargo, la muy limitada literatura sobre estas eventualidades muestra que ambos efectos son muy reducidos. La mayoría de los trabajadores que rondan el salario mínimo se encuentran en sectores muy competitivos (en la economía doméstica, pero no compitiendo con el exterior) poco proclives a trasladar a precios cualquier crecimiento salarial.

Y, sin efectos, sobre la inflación<sup>17</sup> y sobre el empleo e incluso sobre los beneficios, lo que vislumbra la literatura económica es que la elevación del salario mínimo puede provocar una transformación estructural de la oferta para ajustarse a los nuevos costes laborales.

En este sentido, la distribución sectorial de los trabajadores que cobran el salario mínimo también es importante, pues condiciona sus efectos reales sobre la competitividad del tejido empresarial nacional. Así por ejemplo, en línea con los indicados en el párrafo anterior, Komlos (2015) señala como los trabajadores con salario mínimo no trabajan en el sector exportador<sup>18</sup>, lo que implicaría que modificaciones en su cuantía afectarían escasamente a la competitividad externa de una economía.

---

<sup>17</sup> Werner y Sell (2015:310) indican a este respecto, que “no hemos podido encontrar una significativa reacción de los precios en Alemania Occidental. Esto sugiere que la implementación del salario mínimo en esta zona es demasiado baja en comparación con los salarios pagados y, por tanto, no es vinculante”

<sup>18</sup> Concluye al respecto: . “¿Tiene un McDonald chino en su vecindario? De hecho, la mayoría de las personas que trabajan por menos de \$ 10 por hora están trabajando como cajeros en supermercados, grandes almacenes (1,4 millones), vendedores al por menor (1,1 millones), cocineros (1 millón) y conserjes, limpiadores, camareros o camareras (1,5 millones), ninguno de los cuales trabajan en el sector exportador. El aumento de su salario mínimo no afectaría a nuestras exportaciones en absoluto. Sus salarios no tienen nada que ver con competir con el resto del mundo” (Komlos, 2015).

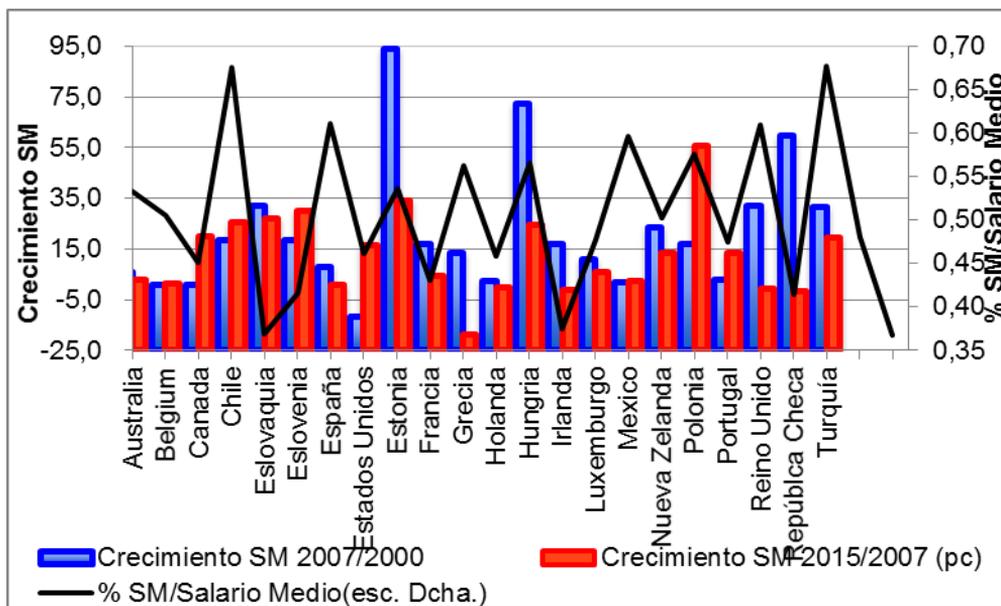


Figura 4. El salario mínimo en países de la OCDE.  
Fuente: Elaboración propia sobre datos extraídos de datosmacro.com

A *sensu contrario*, la elevación de los salarios mínimos puede estimular ajustes de productividad mediante la formación (pública o privada) (Acemoglu y Pischke 1999, Arulampalam, Booth y Bryan 2004, Cubitt y Hargreaves-Heap, 1999 y Cunningham, 1991), la mayor permanencia en el empleo (Fraja, 1996, Nichell y Layard, 1997, Portugal y Cardoso, 2001 y Teulings, 2000) o la inversión en bienes de equipo que sean capaces de atrapar los efectos del aumento de costes laborales para mantener estables los criterios de competitividad tanto interna como internacional (Askenazy, 2001, Gordon, 1995 y Lucas, 1988). Mucho más importante es el primer efecto, debido a que la mayor parte de perceptores de salarios mínimos se encuentran en ramas de los servicios poco expuestas a la competencia internacional, como se ha dicho. En el sector exportador, en prácticamente cualquier lugar del mundo, pero particularmente en los países desarrollados, los salarios mínimos vienen a ser una anécdota, con lo que la contribución de su elevación a la competitividad internacional es prácticamente nula (Standing, Sender y Weeks, 1996).

En este sentido, y aparte de contribuir a la mejora de la productividad del país, el salario mínimo y su crecimiento podrían interpretarse como un programa de bienestar sin efectos colaterales, ya que no se conocen evidencias incontestables de que exista efecto de arrastre de los salarios mínimos sobre el resto de la pirámide salarial sino que, más bien, reduce la dispersión entre las diferentes remuneraciones (DiNardo, Fortin y Lemieux, 1996, Lee, 1999, Dickens y Manning, 2002 y Smicht, 2015). La reducción de las disparidades salariales, por su parte, contribuye a incrementar la demanda interna<sup>19</sup> al reequilibrar la elasticidad demanda-importaciones que aumenta con la dispersión salarial. Que estos

<sup>19</sup> “No hay evidencia del efecto adverso de esta renta y sí del positivo sobre el consumo” (García Vega, 2013).

crecimientos de la demanda interna no se traduzcan en inflación no será responsabilidad tanto de los perceptores de salarios mínimos crecientes como de las políticas sobre la oferta, en general, y de liberalización de mercados, en particular. Bajo estas coordenadas se estaría, dentro de unos límites razonables de crecimiento, ante uno de los escasos ejemplos de círculos virtuosos en economía.

Sobre la indización del salario mínimo a algún tipo de referencia, sea la productividad o la inflación, lo más depurado que se ha escrito desde la perspectiva de la pura teoría económica concluye en que “No podemos extraer ninguna conclusión sobre qué efectos, si es que tiene alguno, de la indización del salario mínimo diferirán de los efectos actuales del salario mínimo” (H.I. Grossman, 1981:8). La evidencia es que en Irlanda y el Reino Unido, los últimos países en introducir salarios mínimos, a niveles sustancialmente más altos que los que se discuten en España, este hecho no se ha traducido en impactos negativos sobre el empleo. Ambos países cuentan con tasas de desempleo de las más bajas de la Unión Europea.

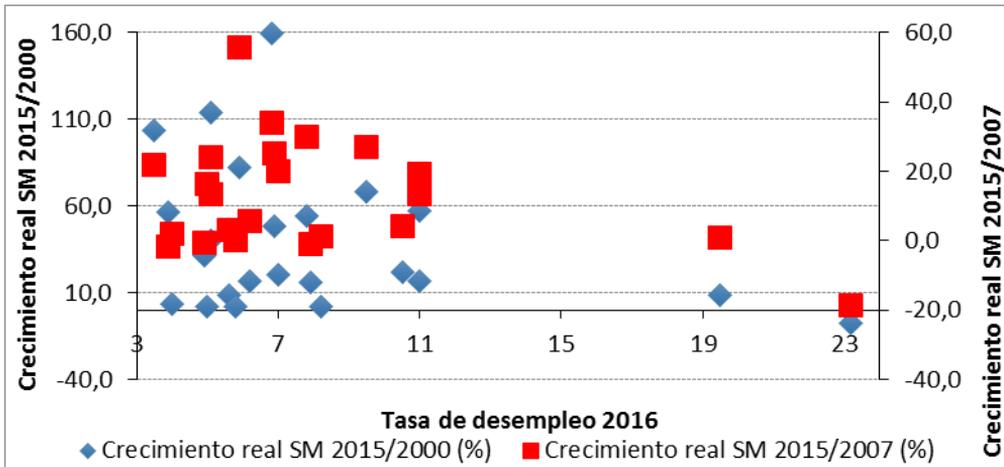
Convendría, no obstante, a la hora de observar las diferencias en el terreno de los estudios empíricos, distinguir, como hace Mincer (1976) entre efectos sobre el volumen de mano de obra o sobre el desempleo, considerando además dos sectores sobre los que focalizar al análisis, el empleo cubierto y el no cubierto por esta institución del salario mínimo<sup>20</sup>. A este respecto señala que conviene considerar la importancia relativa del salario mínimo (su cobertura real, que en la mayor parte de los países desarrollados suele ser reducida<sup>21</sup>), para diferenciar entre el sector cubierto y el no cubierto por la presencia o crecimiento del salario mínimo.

En cualquier caso, la evidencia empírica no parece concluyente por los efectos de la modificación del salario mínimo ni en una ni en otra variable (población activa/desempleo) como se muestra a continuación, de manera sencilla, en las figuras 5 y 6.

<sup>20</sup> Lo que, curiosamente, podría llevarnos a interpretaciones cercanas a las que se plantean desde la “teoría de la segmentación”, entendiéndolo que el mercado de trabajo se articula en diferentes segmentos, sobre los cuales la modificación en la institución del salario mínimo impactaría de manera muy diversa (con movimientos de mano de obra incluidos, como se señala más arriba, en la nota 11). Aunque en realidad, Mincer se está refiriendo a otro tipo de situación, de separación entre los que tienen salarios por encima o por debajo del salario mínimo, considerando aquellos como no cubiertos, a los no afectados directamente por la institución; no obstante, la diferente afectación a las tasas de actividad o de desempleo podría explicarse porque parte del efecto de desplazamiento de mano de obra por efecto de la elevación del salario mínimo podría dirigirse no al paro sino hacia la inactividad (parte de la cual, puede encuadrarse en el ámbito del empleo informal).

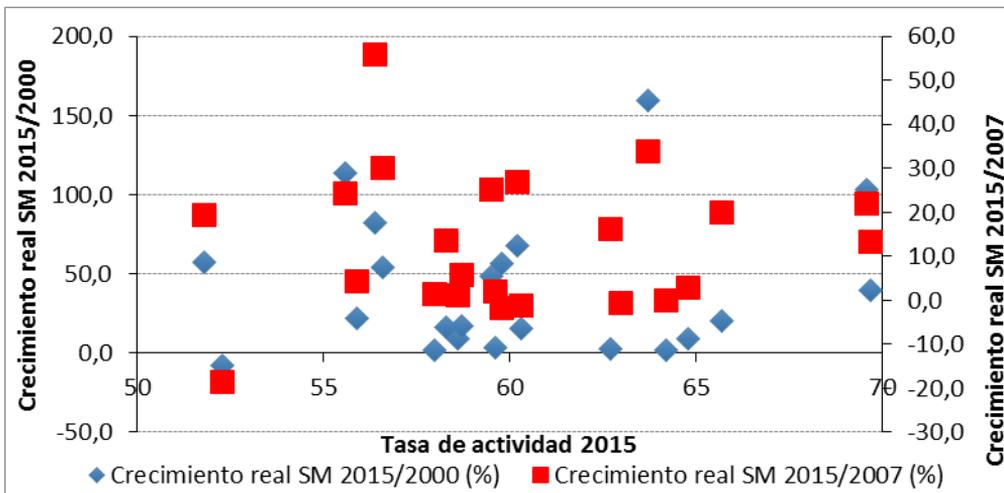
<sup>21</sup> Así por ejemplo, para Estados Unidos, con base a *The Bureau of Labor Statistics*, se ha señalado que, en 2012:

- ✓ Alrededor de 3,6 millones de trabajadores (el 4,8 por ciento de los 75 millones de trabajadores pagados por horas) ganan menos de 7.25 \$ la hora (salario mínimo en 2012).
- ✓ Más de la mitad de los trabajadores afectados por el salario mínimo están por debajo de los 25 años.
- ✓ El 6 por ciento de las mujeres y el 3 por ciento de los hombres están afectados por el salario mínimo.
- ✓ Los sectores de ocio (tiempo libre) y atención hospitalaria son los que muestran mayor proporción de trabajadores ubicados en la órbita del salario mínimo.
- ✓ Luisiana, Oklahoma, Texas e Idaho tienen el mayor porcentaje de trabajadores afectados por el salario mínimo y Alaska, Oregón, California, Montana y Washington el menor (Mejeur, 2014:14).



**Figura 5. Crecimiento del Salario Mínimo y la tasa de desempleo**  
 Fuente: Elaboración propia con datos OCDE.

No se observa ninguna relación entre el crecimiento del salario mínimo (tanto del período anterior a la Gran Depresión, como incluyendo éste en el análisis) y la tasa de desempleo (en 2016). Los países con mayor tasa de desempleo en 2016 (Grecia y España) han registrado crecimientos muy reducidos, cuando no negativos, en los dos periodos considerados, en tanto que donde se concentran los niveles de desempleo menores la pauta de comportamiento cuantitativo de dicha institución muestra una enorme dispersión.



**Figura 6. Crecimiento del Salario Mínimo y tasa de actividad**  
 Fuente: Elaboración propia con datos OCDE

De igual modo, la posible relación de incremento del salario mínimo y tasa de actividad (2015), con datos de panel para varios países de la OCDE, también es estadísticamente insignificante.

#### 4. ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES

En el debate actual sobre la incidencia del salario mínimo sobre el empleo o, más en extenso, el funcionamiento del sistema económico y del mercado laboral, hay mucho más de discurso teórico (con sus connotaciones ideológicas) que de evidencia empírica consistente e incontestable.

Dicho debate se ha ido acentuando en los últimos lustros, incrementándose las presiones para el aumento del SMI, ante la desregulación que están sufriendo los mercados de trabajo europeos y los aumentos subsiguientes en la desigualdad en la redistribución de la renta (funcional y salarial), en un contexto recesivo alimentado por políticas de austeridad<sup>22</sup>. Lo que ha llevado a contemplar el salario mínimo como un mecanismo de contención de las desigualdades e incluso de reducción de los niveles de pobreza.

Lo primero a considerar, a la hora de hacer estimaciones empíricas sobre tal o tales relaciones sería tener en cuenta, por un lado, las características estructurales e institucionales de los mercados de trabajo sobre los que se está analizando y estableciendo, en su caso, comparaciones o relaciones causales. Para apreciar tales diferencias tendríamos que acudir a modelos analíticos que contemplaran simultáneamente las características estructurales e institucionales de dichos mercados (afectando a las elasticidades de las variables del mismo, oferta y demanda de trabajo, estructura ocupacional y sectorial, nivel y características de informalidad en el empleo, etc. así como la disparidad de instituciones que regulan el funcionamiento de los mismos), las singularidades de la legislación sobre el salario mínimo en cada ámbito (cuantía relativa, intensidad en la cobertura, etc.) y la propia coyuntura del mercado laboral (nivel y estructura salarial, etc.).

Con este bagaje, se ha generado una abundante literatura de análisis empíricos, basados en general en modelos inevitablemente simplificadores, que ofrecen un enorme disparidad de resultados poco homogéneos.

Con carácter general, no hay una evidencia suficientemente significativa como para ratificar sin discusión alguno de los enfoques teóricos contemplados. Se apuntan diferentes motivos: “la falta de comprensión del funcionamiento de los mercados de trabajo, nuestra incapacidad para aprobar una legislación racional y el pequeño tamaño de la fuerza de trabajo asalariado afectada por el salario mínimo son factores que explican cómo es un mito que podamos manipular el mercado laboral para obtener resultados significativos” (Joliet, 2015).

Y, sin embargo, una buena parte de los países desarrollados y la mayor parte de los países europeos cuentan con legislación sobre salario mínimo desde hace décadas más algunos otros que la han ido incorporando recientemente, tales como Irlanda, Reino Unido, Alemania. Por lo que podría deducirse que preocupan más lo aspectos redistributivos y, por extensión, de estabilidad social, que posibles efectos adversos sobre el empleo u otras variables relevantes a efectos del equilibrio económico y la competitividad empresarial (o, alternativamente, pesa más en la toma de decisiones la evidencia de otros efectos positivos, como los apuntados sobre la productividad del trabajo).

---

<sup>22</sup> Véase García y Ruesga Benito, 2014.

En general, no se observa un rechazo político relevante frente a incrementos en el SM, salvo en ambientes empresariales o políticos fuertemente ideologizados (en perspectiva neoliberal) por las hipotéticas pérdidas de empleo que de ello se derivarían (y efectos derivados que alterarían a la baja el nivel de bienestar). En muchas ocasiones, la revalorización de los SM está indizada a alguna variable macro significativa (normalmente la evolución de los precios al consumo) y su aplicación no suele generar extrema controversia en el mundo político.

Conviene por tanto que, antes de establecer conclusiones apriorísticas sobre los efectos del salario mínimo sobre alguna variable relevante característica del equilibrio o el crecimiento económico, tengamos en cuenta, par aun espacio concreto:

- ✓ Un diagnóstico de la situación del mercado laboral: desequilibrios, informalidad, nivel salarial, funcionamiento de las instituciones laborales.
- ✓ El panorama institucional del salario mínimo. Existencia, ámbito de aplicación, interacción de diferentes niveles (geográficos, ocupacionales, etc.) revalorización y gestión, etc.).
- ✓ La definición de objetivos buscados con la implementación/incremento de la cuantía de salario mínimo.

Y todo para poder actuar en el sentido de:

Legislar sobre el salario mínimo minimizando efectos adversos y potenciando resultados pro-positivos: definición de objetivos (jerarquía), parámetros básicos del salario mínimo o incremento: campo de aplicación, participación social, etc.

Realizar un seguimiento continuo sobre dichos posible efectos, para su evaluación:

- ✓ De los efectos en el nivel microeconómicos, en el ámbito de la empresa: búsqueda de empleo, productividad, salarios diferenciales, etc.
- ✓ Y de los observables en el nivel macroeconómico: sobre empleo agregado, la evolución de los salarios, la oferta productiva, la demanda agregada, la evolución de los precios, el crecimiento económico, impactos en la distribución de la renta y la concentración patrimonial, sobre la pobreza, etc..

A tales efectos y con carácter general, se puede concluir con Belman, y Wolfson (2014: 401) que “modestos aumentos del salario mínimo elevan los salarios de los trabajadores pobres sin afectar sustancialmente al empleo o a las horas de trabajo, y proporcionan «beneficios sólidos con pequeños costes»”. De modo tal que, a su juicio, “el salario mínimo se constituye como una instrumento de política que, cuando se utiliza correctamente y en combinación con otras políticas y programas, puede mejorar el nivel de vida de los trabajadores pobres” (Ibídem)<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Conclusiones que obtienen de a través de un meta-análisis de más de 200 artículos académicos en relación con el salario mínimo publicados desde 1991 (centrado sobre todo en artículos publicados a partir del año 2000), en el que tratan de aclarar las investigaciones existentes y explicar los efectos del aumento del salario mínimo sobre diversas variables que incluyen los ingresos, la educación, el empleo, la desigualdad y la pobreza.

(...)

Pero, por supuesto, la reflexión teórica y la investigación empírica sobre los efectos de la legislación sobre el salario mínimo continúa.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- Aaronson, D. (1997): *Price pass-through and minimum wages*, Federal Reserve Bank of Chicago,.
- Abowd, J.M., Kramarz, F. y Margolis, D.N. (2000): “Minimum wages and youth employment in France and the United States”, en D.G. Blanchflower y R.B. Freeman (eds.), *Youth employment and joblessness in advanced countries*, National Bureau of Economic Research.
- Acemoglu, D. y Pischke, J.S. (1999): “The structure of wages and investment in general training,” *Journal of Political Economy*, 107, 539-72
- Arulampalam, W., Booth, A.L. y Bryan, M.L. (2004): “Training and the new minimum wage”, *Economic Journal*, 114, 87-94.
- Askenazy, P. (2001): *Minimum wage, exports and growth*, Centre D'etudes Prospectives D'economie Mathematique Appliquees a la Planification, Ecole Normale Supérieure.
- Azam, J.P. (1992): “The agricultural minimum wage and wheat production in Morocco (1971-89)”, *Journal of African Studies*, 1, 171-91.
- Baker, M., Benjamin, D. y Stanger, S. (1999): “The highs and lows of the minimum wage effect: a time-series cross-section study of Canadian law”, *Journal of Labor Economics*, 17, 318-50.
- Banco de España, (2005): *Boletín económico*, enero 2005, Banco de España.
- Bazen, S. y Skourias, N. (1997): “Is there a negative effect of minimum wages in France?” *European Economic Review*, 41, 723-32.
- Bell, L.A. (1997): “The impact of minimum wages in Mexico and Colombia”, *Journal of Labor Economics*, 15, 103-135.
- Belman D. y Wolfson, P. J. (2014): *What Does the Minimum Wage Do?* Kalamazoo, MI: W.E. Upjohn Institute for Employment Research. <http://dx.doi.org/10.17848/9780880994583>.
- Bernstein, J. y Schmitt, J. (1998): *Making work pay: the impact of the 1996-97 minimum wage increase*, Economic Policy Institute.
- Bhaskar, V. y To, T. (1999): “Minimum wages for Ronald McDonald monopsonies: a theory of monopsonistic competition”, *Economic Journal*, 109, 190-203.

---

Las poblaciones afectadas por la variación en el salario mínimo y la secuencia temporal y la magnitud de sus efectos se examinan en relación con tres modelos generales del mercado de trabajo tomados de los ya existentes en la literatura. Aunque el énfasis está focalizado en los Estados Unidos (EEUU), en el análisis micro y macroeconómico también consideran la investigación realizada en Canadá, el Reino Unido, y varios otros países desarrollados.

- Boadway, R. y Cuff, K. (2001): "A minimum wage can be welfare-improving and employment-enhancing", *European Economic Review*, 45, 553-76.
- Brown, C. (1999): "Minimum wages, employment, and the distribution of income", en O. Ashenfelter y D. Card (eds.), *Handbook of Labor Economics*, North Holland Press.
- Brown, C., Gilroy C. y Kohen, A. (1982): "The effect of the minimum wage on employment and unemployment", *Journal of Economic Literature*, 20, 487-528.
- Bruno C. y Cazes, S. (1997): "Le chômage des jeunes en France: Un état des lieux", *Revue de l'OFCE*, 62, 75-107.
- Burkhauser, R.V., Couch, K.A. y Wittenburg, D.C. (2000): "A reassessment of the new economics of the minimum wage literature with monthly data from the current Population Survey," *Journal of Labor Economics*, 18, 653-80.
- Cahuc, P. y Michel, P. (1996): "Minimum wage: unemployment and growth", *European Economic Review*, August, 1463-1482.
- Card, D. (1992a): "Using regional variation in wages to measure the effects of the federal minimum wage", *Industrial and Labor Relations Review*, 46, 22-37.
- Card, D. (1992b): "Do minimum wages reduce employment? a case study of California, 1987-1989." *Industrial and Labor Relations Review*, 46, 38-54.
- Card, D. y Krueger, A. (1994): "Minimum wages and employment: a case study of the fast-food industry in New Jersey", *American Economic Review*, 84, 772-93.
- Card, D. y Krueger, A. (1995): *Myth and measurement: the new economics of the minimum wage*, Princeton University Press,.
- Cubit, R.P. y Hargreaves-Heap, S.P. (1999): "Minimum wage legislation, investment and human capital", *Scottish Journal of Political Economy* 46, 135-157.
- Cunningham, J. (1991): "The impact of minimum wages on youth employment, hours of work, and school attendance: cross-sectional evidence from the 1960 and 1970 Censuses," en S. Rottenberg (ed.), *The economics of legal minimum wages*, American Enterprise Institute.
- Currie, J. y Fallick, B.C. (1996): "The minimum wage and the employment of youth", *Journal of Human Resources*, 31, 404-28.
- D. Neumark y W. Wascher (2000): "Minimum wages and employment: a case study of the fast-food industry in New Jersey and Pennsylvania: comment," *American Economic Review*, 90, 1362-96.
- Deere, D.K. Murphy, M. y Welch, F. (1995): "Employment and the 1990-1991 minimum-wage hike," *American Economic Review*, 85, 232-37.
- Deere, D.K., Murphy M., y F. Welch (1996): "Examining the evidence on minimum wages and employment," en M. Koster (ed.), *The effects of the minimum wage on employment*, American Enterprise Institute.

- Dickens, R. Machin, S. y A. Manning, (1999): "The effects of minimum wages on employment: theory and evidence from Britain", *Journal of Labor Economics*, 17, 1-22.
- Dickens, R. y Manning, A. (2002): *Has the national minimum wage reduced UK wage inequality?* London School of Economics.
- DiNardo, J., Fortin, N.M. y Lemieux, T. (1996): "Labor market institutions and the distribution of wages, 1973-1992", *Econometrica*, 64, 1001-44.
- Fields, G.S. (1994): "The unemployment effects of minimum wages", *International Journal of Manpower*, 15, 74-81.
- Fraja, G. de (1996): "Minimum wage legislation, work conditions and employment", CEPR Discussion Paper 1524.
- Freeman, R. (1994): "Minimum wages: again!", *International Journal of Manpower*, 15, 8-25.
- Freeman, R. (1996): "The minimum wage as a redistributive tool," *Economic Journal*, 106, 639-649.
- García Vega, M.A. (2013): "¿Destruye empleo el salario mínimo?", *El País*, 28 diciembre.
- García, N. y Ruesga Benito, S.M. (2014): *¿Qué ha pasado con la economía española? La Gran Recesión 2.0 (2008 – 2013)*, Editorial Pirámide.
- Gordon, R.J. (1995): *Is there a trade off between unemployment and productivity growth?* National Bureau of Economic Research.
- Hyslop, D. y Stillman, S. (2004): "Youth minimum wage reform and the labour market", *New Zealand Treasury*.
- Islam, I. y Nazara, S. (2000): *Minimum wage and the welfare of Indonesian workers*, Occasional Discussion Paper Series, No. 3, International Labour Organization.
- Jiménez, M. (2016): "La calidad del empleo y la segmentación laboral en el mercado de trabajo de las medianas y grandes empresas y del sector público de Argentina", Tesis Doctoral, Universidad de Alcalá de Henares (14/10/2016)
- Joliet, A. (2015): "The Myth of Manipulation. The Economics of Minimum Wage" (<https://es.scribd.com/document/54970861/The-Myth-of-Manipulation-The-Economics-of-Minimum-Wage>)
- Jones, S.R.G. (1987): "Minimum wage legislation in a dual labor market," *European Economic Review*, 31, 1229-46.
- Katz, L. y Krueger, A. (1992): "The effect of the minimum wage on the fast-food industry", *Industrial and Labor Relations Review*, 46, 6-21.
- Kim, T. y Taylor, L. (1995): "The employment effect in retail trade of California's 1988 minimum wage increase," *Journal of Business and Economic Statistics*, 13, 175-82.
- Klerman, J.A. (1992): "Employment effect of mandated health benefits," en *Health benefits and the workforce*, U.S. Government Printing Office.

- Komlos, J. (2015): "Why raising the minimum wage is good economics", December, en <http://www.pbs.org/newshour/making-sense/why-raising-the-minimum-wage-is-good-economics/>
- L'Horty, Y. y Raults, C. (2004): "Inflation, minimum wage and other wages: an econometric study on French macroeconomic data", *Applied Economics*, 36, 277-290.
- Lee, D.S. (1999): "Wage inequalities in the U.S. during the 1980s: rising dispersion or falling minimum wage?" *Quarterly Journal of Economics*, 224, 941-1023.
- Lemos, S. (2003): *Political variables as instruments for the minimum wage*, University College London.
- Lemos, S. (2004a): *Are wage and employment effects robust to alternative minimum wage variables?* University of Leicester.
- Lemos, S. (2004b): *The effect of the minimum wage on prices in Brazil*, University of Leicester.
- Lester, R. (1946): "Shortcomings of Marginal Analysis for Wage-Employment Problems," *American Economic Review*, 36, 62-82.
- Lucas, R. (1988): "On the Mechanics of Economic Development", *Journal of Monetary Economics*, 21, 3-42.
- MacDonald, J.M. y Aaronson, D. (2000): *How do retail prices react to minimum wage increases?* Federal Reserve Bank of Chicago.
- Machin, S. y Manning, A. (1994): "The effects of minimum wages on wage dispersion and employment: evidence from the UK Wages Councils," *Industrial and Labor Relations Review*, 47, 319-29.
- Machin, S. y Manning, A. (1996): "Employment and the introduction of a minimum wage in Britain", *Economic Journal*, 106, 667-76,
- Machin, S. y Manning, A. (1997): "Minimum wages and economic outcomes in Europe", *European Economic Review*, 41, 733-42.
- Machin, S., Manning, A. y Rahman, L. (2003): "Where the minimum wage bites hard: introduction of minimum wages to a low wage sector," *Journal of The European Economic Association*, 1, 154-180.
- Manning, A. (1995): "How do we know that real wages are too high", *Quarterly Journal of Economics*, 110, 1111-25.
- Mejeur, J. (2014): "Maximum divided on minimum wage", *State Legislatures Magazine*, March, p.14-17 (ncsl.org).
- Meyer, R. y Wise, D. (1983a): "The effects of the minimum wage on the employment and earnings of youth", *Journal of Labor Economics*, 1, 66-100.
- Meyer, R. y Wise, D. (1983b): "Discontinuous distributions and missing persons: the minimum wage and unemployed youth", *Econometrica*, 61, 1677-98.

- Neumark, D. y Wascher, W. (1992): "Employment effects of minimum and subminimum wages: panel data on state minimum wage laws," *Industrial and Labor Relations Review*, 46, 55-81.
- Neumark, D. y Wascher, W. (1992): "Employment effects of minimum and subminimum wages: panel data on state minimum wage laws," *Industrial and Labor Relations Review*, 46, 55-81.
- Neumark, D. y Wascher, W. (2003): *Minimum wages, labor market institutions, and youth employment: a cross-national analysis*, National Bureau of Economic Research.
- Nichell, S. y Layard, R. (1997): "The labour market consequences of technical and structural change", Oxford University Discussion Paper Series.
- OECD (1998): *Employment Outlook*, (Chapter 2. Making the Most of the Minimum: Statutory Minimum Wages, Employment, and Poverty), OECD Publications, Paris.
- OECD (2004): *Benefits and wages*, Organisation for Economic Cooperation and Development.
- Orazem, P.F. y Mattila, J.P. (2002): "Minimum wage effects on hours, employment and number of firms: the Iowa case", *Journal of Labor Research*, vol. 23, 3-23.
- Pigou, A.C. (1920): *The economics of welfare*, Macmillan.
- Portugal P. y Cardoso, A.R. (2001): *Disentangling the minimum wage puzzle: an analysis of job accessions and separations from a longitudinal matched employer-employee data set*, Universidade do Minho.
- Rebitzer, J. y Taylor, L. (1995), "The Consequences of Minimum Wage Laws: Some New Theoretical Ideas", *Journal of Public Economics*, February, 245-255.
- Royal Economic Conference (2002): *Work-related training and the new national minimum wage in Britain*.
- Ruesga, S.M. et al (2014): *Economía del trabajo y política laboral*, Editorial Pirámide (2ª edición).
- Schmitt, J. (2015): "Explaining the Small Employment Effects of the Minimum Wage in the United States", *Industrial Relations*, Vol. 54, No. 4, October, 547-581.
- Shepherd, A.R. (2000) "Minimum wages and the Card-Krueger paradox", *Southern Economic Journal*, 67, 469-78.
- Standing, G., Sender, J. y Weeks, J. (1996): *Restructuring the labour market: the South African challenge*, International Labour Office.
- Stewart, M. (2001): *The impact of the introduction of the UK minimum wage on the employment probabilities of low wage workers*, University of Warwick,
- Stigler, G.J. (1946): "The Economics of Minimum Wage Legislation," *American Economic Review*, 36, 358-65.
- Swinnerton, K. A. (1996), "Minimum Wages in an Equilibrium Search Model with Diminishing Returns to Labor in Production", *Journal of Labor Economics*, No. 2, 340-355.

- Teulings, C.N. (2000): “Bridging the gap between ‘Joe Sixpack’ and ‘Bill Gates’: on the efficiency of institutions for redistribution”, *De Economist*, 148, 603-24.
- Vincer, J. (1976): “Unemployment effects of minimum wages”, *Journal of Political Economy*, vol. 84, num. 4, pt.2.
- Wellington, A. (1991): “Effects of the minimum wage on the employment status of youths: an update.” *Journal of Human Resources*, 26, 27-46.
- Werner, T. y Sell, F.L. (2015): Price Effects of the Minimum Wage: A survey Data Analysis for the German Construction Sector”, *Labour*, 29 (3), 310-326.
- Wihbey, J. (2016): “Minimum wage: Updated research roundup on the effects of increasing pay”, *Journalist’s Resource*, july 27 (<http://journalistsresource.org/studies/economics/inequality/the-effects-of-raising-the-minimum-wage>).

# La economía sumergida y su incidencia en el trabajo y en la seguridad social: la defensa internacional del trabajo decente

## Informal economy, work and social protection: international defense of decent work

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSS)  
UNIVERSIDAD DE GRANADA

SALVADOR PERÁN QUESADA

PROFESOR AYUDANTE DOCTOR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
COORDINADOR DEL OBSERVATORIO JURÍDICO LABORAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO  
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

### Resumen

La economía sumergida muestra de modo paradigmático las severas diferencias sociales que se manifiestan tanto en el seno de nuestras sociedades como a escala global. Si bien la desigualdad social no tiene como causa única la inaplicación de las tutelas laborales básicas, esta se manifiesta como un claro factor favorecedor de su existencia. La debilidad de los Estados – nación, y en muchos casos su connivencia, sirven de sustrato para la persistencia de la economía informal. El creciente conflicto materializado entre las redes productivas no reglamentadas y los Estados en torno al control, apropiación y distribución de los procesos sociales trae tras de sí el deseo, la necesidad y la demanda social de nuevos mecanismos de gobernanza y el fortalecimiento de los ya existentes. De este modo, el impulso del trabajo decente por parte de la Organización Internacional del Trabajo parece el escenario apropiado para el fortalecimiento del cumplimiento efectivo de las normas laborales. La estrategia diseñada en la 104ª Conferencia Internacional del Trabajo para favorecer el tránsito de la economía informal a la formal recoge este espíritu.

### Abstract

The informal economy represents social differences in our societies in a paradigmatic way. Of course, social inequality has no exclusive cause in the informal economy, but is an important factor in its existence. The informal economy is favored by the weakness of states. Society demands new forms of governance able to guarantee compliance with legal standards. In this sense, the promotion of decent work by the International Labour Organization seems the appropriate stage for strengthening the enforcement of labor standards. The strategy designed at the 104th International Labour Conference to facilitate the transit of the informal to the formal economy regains this spirit.

### Palabras clave

Trabajo decente, economía informal, trabajadores vulnerables, protección social

### Keywords

Decent work, informal economy, vulnerable groups of workers, social protection

*“Esta penetración mutua del Derecho privado con el público, se realiza ante todo en los nuevos dominios jurídicos del Derecho del trabajo y del Derecho económico. Al proponerse ambos coactivamente, con el instrumento de la igualdad social, proteger a los socialmente débiles y limitar a los demasiado poderosos...”*

Gustav RADBRUCH<sup>1</sup>

<sup>1</sup> RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, edición y estudio preliminar, “La filosofía de Gustav Radbruch: Una lectura jurídica y política” (pp. XVII-CIX), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares, 1999, pág. 163.

## 1. LA PRIMERA MANIFESTACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE TRABAJO INFORMAL

### 1.1. Su marco contextual

Los procesos de internacionalización operados en la economía a escala global han favorecido una especialización selectiva de las distintas regiones mundiales, en la que determinados Estados se han mostrado partidarios de una menor presión fiscal, a la vez que reducen o, directamente niegan, derechos laborales y de protección social, con el objeto de favorecer la inversión internacional en sus países. Ni siquiera el grave problema derivado del dumping empresarial a escala internacional, consecuencia de tales políticas, es suficiente para poner de acuerdo a los Estados sobre la necesidad de adoptar medidas convergentes que garanticen derechos mínimos y universales respecto del trabajo, y, obligaciones mínimas y también universales respecto a la fiscalidad y al reparto proporcional y solidario de los bienes comunes. Es decir, en esencia, el fundamento, aún rudimentario, del Estado del Bienestar.

En este marco contextual, uno de los mayores problemas que afectan a la creación y mantenimiento del Estado del Bienestar es el del trabajo informal, o, más apropiadamente, economía informal, en terminología de la OIT, o el trabajo irregular, no declarado, sumergido o “en negro”, como también se le conoce.

Se trata, por lo demás, de una cuestión paradigmática en cuanto interviene en el modo en que las economías y las sociedades se estructuran en los distintos países. Lo que da lugar a un primer problema operativo, ya que la eficacia de las acciones públicas no van a venir determinada por el reconocimiento de distintos principios programáticos generales, sino por su capacidad de permeabilidad en los contextos socio-económicos.

Un diagnóstico pernicioso podría ser aquel que sitúa a las *rigideces* impuestas al conjunto de las relaciones laborales –por una institución política incapaz de ejercer su dimensión tuitiva eficazmente–, como origen o causa de la economía informal, lo que colabora, a su vez, a debilitar la acción de estas mismas instituciones públicas, y por tanto, a justificar, que la única acción eficaz y realista que les queda a los Estados-nación –si es sobre éstos sobre los que recae la pesada losa de regular en su territorio la actividad descentralizada y desterritorializada de los flujos productivos globales– es la de flexibilizar las normas laborales y especialmente fiscales y de Seguridad Social, con el objetivo de crear un escenario donde la tendencia sea, a la postre, que las economías formales e informales acerquen sus rasgos definitorios.

Y es una tesis peligrosa, no solo porque reducir la tutela favorece el cumplimiento normativo pero debilita el fin último de la norma, sino porque responde a un ideario liberal por el que se entiende que las desigualdades sociales se podrán disminuir bajo formas avanzadas del desarrollo capitalista, sin importar en demasía las políticas seguidas o las características socio-culturales concretas.

En este contexto, la 104ª Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada el 12 de junio de 2015 en Ginebra, concluía un pequeño acontecimiento histórico para la Organización Internacional del Trabajo al adoptar, por vez primera, una regulación normativa específica de carácter internacional en torno a la problemática del trabajo

informal, y lo hizo reconociendo la complejidad que comporta adoptar un texto de esta naturaleza y sobre esta temática. Y con el objetivo de crear las condiciones sociales y vencer las importantes resistencias de todo tipo para que la economía y el empleo declarado sean el referente de las economías a escala nacional.

Podría pensarse que el instrumento utilizado para ello –la Recomendación frente al Convenio– desplaza a un segundo lugar la importancia de esta materia para la OIT, en especial, por la distinta repercusión jurídica que cada uno de estos mecanismos tiene. Téngase en cuenta que el artículo 19 de la Constitución de la OIT reserva la aplicación de Recomendaciones a aquellas cuestiones que no se presten –en dicho momento concreto– a la adopción de un Convenio específico.

Pero si bien la forma jurídica de la Recomendación evita la necesidad de ratificación por parte de los Estados miembros y orienta las obligaciones de éstos al deber de informar sobre su actuación en la materia, sin que por ello sea un texto vinculante normativamente, su naturaleza de Recomendación autónoma, no supeditada a la concreción o desarrollo de un Convenio específico, unida al procedimiento normativo de doble discusión, –propio, en todo caso, de ambos instrumentos–, lo sitúan en un espacio destacado, como materia transversal y, por su importancia, clave para el progreso social y económico sostenible.

Lo notorio del texto aprobado en la 104 Conferencia no deriva necesariamente del grado de operatividad de la medida, sino, fundamentalmente, de su carácter histórico. Con la *Recomendación 204 sobre la transición de la economía informal a la formal*, la OIT establece un primer conjunto de orientaciones a partir el cual se deba consolidar una estrategia común especialmente útil en cuanto a la identificación de un problema multifactorial que se sitúa, en la mayoría de los casos, como fundamento o base de importantes violaciones de los derechos laborales más básicos. No es irrelevante hacer notar que la OIT postula esa “transición” del trabajo informal al trabajo formal y con derechos, es decir, el trabajo jurídicamente garantizado como trabajo decente o digno de la persona que trabaja en coherencia con los grandes textos internacionales que reconocen el derecho a unas condiciones equitativas y satisfactoras de trabajo.

En este sentido, la Recomendación pretende identificar *buenas prácticas y diseñar acciones y estrategias* –en un modus operandi muy cercano al llevado a cabo por la Unión Europea, que desde el año 2014 adopta políticas de coordinación a través del método abierto de coordinación previsto en el artículo 153.2 a) TFUE–, vinculando su contenido al cumplimiento y desarrollo de los principios básicos recogidos en los Convenios fundamentales de la OIT<sup>2</sup>. En este sentido la naturaleza del instrumento se sitúa en una configuración asimilable o próxima al “derecho blando” o “derecho débil” (*soft Law*), desprovisto de coactividad específica y de accionabilidad judicial. Hay que recordar que uno de los pilares del Estado Social de Derecho ha sido la regulación jurídica a través, sobre

---

<sup>2</sup> Destáquese entre los Convenios Fundamentales: Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29); Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111); Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138); Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182).

todo, del Derecho estatal. Y precisamente en la época actual de capitalismo global (internacional y estatalmente) desorganizado, estamos ante una autorregulación del mercado con un desarrollo desequilibrado entre heteronomía pública y autonomía de los actores socio-económicos en el mercado. Pero operando, además, en un contexto de derrumbamiento de los mecanismos institucionales de ajuste estructural del capitalismo contemporáneo con una transformación cualitativa del régimen de acumulación y de regulación a escala mundial. En este marco la *Lex Mercatoria* constituye la forma de regulación propia y específica del capital global, conformándose como un derecho transnacional económico. Pero el problema práctico es que la *Lex Mercatoria* se construye a espaldas del Derecho internacional de los derechos humanos y en particular de las normas internacionales del trabajo; y con la nítida tendencia de transitar de los códigos vinculantes de las grandes corporaciones empresariales a la simple responsabilidad social. En esta dirección las Naciones Unidas adoptó una decisión en la 26ª sesión del Consejo de Derechos Humanos en Ginebra, donde se apuesta por elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Consejo de Derechos Humanos, Resolución A/HRC/26/L.22. Naciones Unidas, Ginebra, 16 de junio de 2014)<sup>3</sup>.

En este capitalismo globalizado postfordista se construye una nueva división internacional del trabajo en las relaciones entre el centro y la periferia, donde se localiza la mano de obra más barata. Este desarrollo del capitalismo combina el trabajo libre y el trabajo forzoso, por un lado, y por otro, el trabajo formal y el trabajo informal. Los actores globales pueden llevar a cabo violaciones masivas de los derechos humanos (y no sólo de los derechos sociales) con total impunidad en diversos lugares del mundo, aprovechándose de las libertades económicas en un mercado flexible. El nuevo orden mundial del neoliberalismo se construye sobre nuevas formas de dominio y el incremento extraordinario de las desigualdades en las relaciones sociales, con múltiples formas de expresión entre las cuales destaca la relativa a las desigualdades de clase y la fragmentación y explotación de las clases trabajadoras<sup>4</sup>.

El objetivo que pretende la OIT con esta Recomendación es favorecer la transición de modelos económicos des-regulados, no declarados o simplemente invisibles al poder público a un sistema institucional integrador, capaz de dotar de seguridad en el empleo y en la protección social. A un sistema de reconocimiento de derechos laborales básicos, a la par que favorecer una mayor competitividad a las empresas. Para ello se pone el foco de atención sobre el sujeto debilitado de los Estados-nación, que han permitido, por acción u omisión, la reproducción de este tipo de fenómenos. Esta es uno de sus grandes contradicciones y por tanto uno de los grandes obstáculos para su efectivo cumplimiento.

---

<sup>3</sup> HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J. y RAMIRO, P.: *Contra la lex mercatoria. Propuestas y alternativas para dismantelar el poder de las empresas transnacionales*, Barcelona, Icaria editorial, 2015, págs. 15 y sigs. , 53 y sigs., 123 y sigs., quienes, en opinión aquí compartida, apuesta por la creación de una normativa internacional vinculante respetuosa con los derechos humanos general y con los derechos de los trabajadores en particular.

<sup>4</sup> Véase, por todos, SANTOS, B. de S. y RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. (Eds.): *El Derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*, Bogotá, Ed. Anthropos, 2007; Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.

Por otra parte, acudir a través de mecanismos jurídicamente débiles/blandos (*soft law*) para procurar la transición de un modelo de economía informal al de economía formal, puede mostrarse políticamente eficaz, en el sentido que va a permitir al menos, un cierto compromiso de los Estados hacia la adopción de medidas convergentes en este ámbito, pero deja de lado una necesaria acción supranacional coordinada capaz de enfrentar los retos que la globalización impone. El conflicto materializado entre redes productivas no reglamentadas y los Estados en torno al control por la apropiación y distribución de los procesos sociales trae tras de sí el deseo, la necesidad y la demanda social de nuevos mecanismos de gobernanza y el fortalecimiento de las ya existentes. Hay que tener en cuenta que el “derecho blando” es un mecanismo de producción de reglas que plantean extraordinarias dificultades de control jurídico (señaladamente jurisdiccional, muy vinculado a la estatalidad y su lógica de territorialidad) y sindical.

Debe señalarse igualmente el concepto jurídico-técnico empleado para definir las acciones de coordinación abierta que deberán adoptar los Estados. En este caso se opta por el concepto de *transición*, que implica una innovación, ya que lo que se pretende es hacer cumplir la norma por la vía del incentivo, debilitando la óptica punitiva. La norma no tiene por objeto la eliminación del fenómeno, sino que su objetivo se estructura en tres vías de acción: una política reparadora, en la medida que implique un cierto resarcimiento; una política preventiva, en la medida que permita evitar situaciones indeseadas; y, una acción efectiva, dirigida al fin último de organizar los sistemas económicos y fiscales en torno a normales legales.

En todo caso, esta estrategia no deja de presentar puntos débiles si se sitúa en consonancia con la nueva agenda neoliberal. El objetivo último de superar el trabajo informal, y por tanto carente el trabajador de protección laboral y Seguridad Social, permite un marco de reflexión más amplio y redirecciona hacia debates de mayor calado dirigidos a definir los nuevos contornos de unas relaciones laborales adaptadas al modo de producción contemporáneo. El cuerpo normativo del trabajo decente desarrollado en la últimos años por la OIT debe servir de inspiración y fundamento para la necesaria actualización de los instrumentos tuitivos jurídico-laborales y de los valores sociales y democráticos, que deben, en todo caso, inspirar estos marcos normativos, reforzando su dimensión redistributiva y de justicia social. Repensar el trabajo a escala global es un objetivo ambicioso, olvidar estas premisas es un error que tendrá el riesgo de fracasar en la necesaria reconstrucción de los nuevos rasgos definitorios del trabajo en el siglo XXI.

## 1.2. Su marco programático

La Recomendación 204 OIT se incardina en dos principios claves, como son la vertebración democrática y el fomento del *trabajo decente*.

El trabajo informal se sedimenta en un proceso de normalización social que muestra una alta tolerancia ante este fenómeno y ante las formas de trabajo no declarado. Por su parte, las situaciones de mayor desprotección causadas por la inacción o inaplicación normativa se centran en aquellos colectivos socialmente más débiles, que se ven abocados a un trabajo precario, no declarado y carente de garantías sociales. Estos dos principios programáticos se sintetizan en la Recomendación en un diagnóstico de partida al remarcar que *la mayoría de las personas que se incorporan al trabajo informal no lo hacen por*

*elección propia, sino a consecuencia de la falta de oportunidades en la economía formal y por carecer de otros medios de sustento.*

Esta declaración pone de manifiesto, como determinadas estructuras sociales funcionan de auténticos expulsos del sistema formal de una importante parte de la población trabajadora, fundamentada en una auténtica cultura del incumplimiento –que puede tener expresiones y causas tan variadas, como las que van desde la actividad antisindical a la mera connivencia entre trabajadores y empresarios–, y en un sistema económico en donde el incumplimiento no se penaliza, en cuanto que los costes de las posibles sanciones económicas impuestas por la inobservancia de la norma, las dificultades que pueda comprender el acceso a determinados mercados y ayudas públicas o el posible deterioro social que su imagen pública pueda sufrir al ser identificado como incumplidor, se presumen menores que los beneficios obtenidos por el fraude o las irregularidades. A la luz de la envergadura de este fenómeno<sup>5</sup>, debemos ser conscientes de la persistencia, fortaleza y enraizamiento social del mismo.

Estos dos principios deben ponerse en relación con la más potente y ambiciosa de las estrategias puestas en marcha por la OIT en las últimas décadas, como es la promoción del trabajo decente. En este sentido, se pretende favorecer la creación, preservación y sustentabilidad de empresas y de puestos de trabajo en la economía formal, en un marco de políticas macroeconómicas, de empleo y de protección social coherentes, capaces de prevenir la tan temida transición inversa de empleos de la economía formal a la informal.

En este sentido, no debemos olvidar que uno de los ejes fundamentales de esta estrategia y uno de los rasgos que favorecen el mayor nivel de cumplimiento y eficacia de las normas sociolaborales es el grado de participación de los agentes sociales y el ejercicio del derecho de la libertad sindical. El equilibrio entre normas laborales apropiadas a los contextos sociales y económicos y la fortaleza institucional, determinan el éxito, cumplimiento o fracaso de las regulaciones fiscales, laborales y de protección social en los distintos marcos nacionales. La existencia o ausencia de un sindicalismo libre y plural se nos muestra como un excelente indicador para prever la eficacia y productividad de las economías nacionales y su capacidad de vertebrar sociedades avanzadas y prósperas.

Complementariamente se ha de subrayar la necesidad de reforzar las instituciones públicas de reglamentación laboral, las capacidades de gobernanza y los mecanismos de transferencia de ingresos y redes de seguridad social como contrapunto a las medidas de promoción de la política industrial y del progreso económico, sin que ello implique una contradicción entre ambas. Esta visión no deja de tener un claro ámbito de imputación en las acciones de los Estados-nación, que han sido desplazados y en cuya debilidad se fundamentan estas situaciones.

Disciplinar mercados tendencialmente desconectados del control social presenta dificultades técnicas objetivas, pero éstas serán mayores si no se identifican los espacios

---

<sup>5</sup> Como buena muestra de ello, ver: RUESGA BENITO, S. M., CARBAJO, D., y PÉREZ TRUJILLO, M.: *El fraude fiscal y la economía sumergida en la perspectiva del desarrollo económico. El caso español*, en Monereo Pérez, J.L., Perán Quesada, S., *Derecho Social y Trabajo Informal*, Granada, Comares, 2016.

políticos apropiados para ellas. Los procesos de integración supranacional y los convenios de libre comercio deben ser sensibles a estas realidades, estableciendo medidas apropiadas que permitan un desarrollo económico social y ecológico sostenible. Efectivamente, la economía informal es paradigmática en la tensión entre el respeto de los derechos laborales fundamentales, la protección social y demás rasgos del trabajo decente y su inobservancia radical, pero, además, es incompatible con el desarrollo sostenible de los Estados, en la medida que debilita los ingresos públicos, favorece la corrupción política e imposibilita el desarrollo de empresas responsables y competitivas. Por ello los Estados no deben olvidar su cuota de responsabilidad en la permisibilidad o, incluso, potenciación, de estas situaciones ligadas a la economía informal, para lo que deben actuar no solo a nivel interno, sino también a nivel supranacional a través de la adopción de acuerdos internacionales.

Claro que cabría aquí inquirir sobre ¿Qué fue de la responsabilidad social de la empresa tanto respecto al a economía informal cómo al cumplimiento fiel de las normas sociales del trabajo y en los procesos de reestructuración empresarial? Se tiene no sólo la impresión, sino la verificación empírica de que las empresas no están teniendo un comportamiento responsable respecto a las garantías del empleo y que la crisis económica ha sido utilizada cómo expediente para imponer restricciones a los derechos laborales, contrataciones ilegales, contrataciones sin dar de alta en la Seguridad Social, contratación de inmigrantes ilegales, deslocalizaciones de empresas buscando costes sociolaborales más reducidos, y un largo etcétera. Se ha señalado, en esta dirección, que no son pocas las empresas que “se han unido al coro de los que plañen en busca de reformas laborales y sociales más intensas, o han empezado a aprovechar las nada insignificantes erosiones de los ordenamientos laboral y social para reducir los niveles de cobertura pretérita y redimensionar sus plantillas sin abordar en el empeño la desprecarización de las mismas. Falta, en cualquier caso, un análisis serio de la correlación entre las experiencias de responsabilidad social corporativa y el estricto cumplimiento de los ordenamientos laboral y social, así como un balance de los logros globales de esa reverenciada experiencia”<sup>6</sup>.

## **2. DELIMITACION CONCEPTUAL DEL TRABAJO INFORMAL EN LA RECOMENDACIÓN SOBRE LA TRANSICIÓN DE LA ECONOMÍA INFORMAL A LA FORMAL DE LA OIT**

La primera consecuencia destacable de la Recomendación es la definición normativa de economía informal, que si bien no del todo novedosa, ya que se sitúa en concordancia con documentos preparatorios de la propia OIT<sup>7</sup>, remarca cuales deben ser sus rasgos definitorios y delimita objetiva y subjetivamente su ámbito de aplicación.

Se sabe, que es un *fenómeno multicausal*, lo que significa que existen diferentes parámetros que determinan su existencia e intensidad, pero también que influyen en su naturaleza y delimitación. Factores sociales y culturales se unen a los distintos niveles e

<sup>6</sup> DE LA VILLA, L.E.: “La responsabilidad social corporativa, además de la Ley. Pero no en sustitución de la Ley y, menos todavía, en contra de la Ley”, en VV.AA.: *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, López Cumbre, L (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2012, pág. 1317.

<sup>7</sup> Ya que mantiene los principales elementos definitorios incorporados por la *Resolución relativa al trabajo decente y la economía informal* aprobada en la 90 Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo del año 2002.

intensidad regulatoria en materia social y fiscal o a la diversa capacidad de las instituciones públicas a la hora de detectarla y sancionarla. Se sabe, también, que es un fenómeno que ha sido nombrado y caracterizado de muy diversas maneras. En unos casos se ha empleado el término de economía sumergida, en otros de economía encubierta o –como en el marco comunitario<sup>8</sup>– de economía o trabajo no declarado, lo que nos sitúa ante perspectivas no del todo coincidentes. El concepto de empleo irregular o informal es “poroso”, existiendo distintas manifestaciones y con grandes dificultades de acotamiento definitorio. La OIT prefiere utilizar la expresión de economía informal y lo vincula directamente, y desde hace tiempo, al trabajo decente<sup>9</sup>.

Precisamente, la Declaración de la OIT de 2008 expresa la universalidad de la Agenda de Trabajo Decente: todos los Miembros de la Organización deben propiciar políticas basadas en los objetivos estratégicos, a saber, el empleo, la protección social, el diálogo social y los derechos en el trabajo. Al mismo tiempo, hace hincapié en la importancia de un *enfoque holístico e integrado* al reconocer que esos objetivos son «inseparables, están interrelacionados y se refuerzan mutuamente», garantizando la función de las normas internacionales del trabajo como medio útil para alcanzar todos esos objetivos.

El contexto actual de la globalización, caracterizado por la difusión de nuevas tecnologías, los flujos de ideas, el intercambio de bienes y servicios, el incremento de los flujos de capital y financieros, la internacionalización del mundo de los negocios y de sus procesos y del diálogo, así como de la circulación de personas, especialmente de trabajadoras y trabajadores, está modificando profundamente el mundo del trabajo. Señaladamente, la integración económica mundial ha conducido a muchos países y sectores a hacer frente a grandes desafíos en lo relativo a la desigualdad de ingresos, los altos niveles de desempleo y pobreza persistentes, la vulnerabilidad de las economías ante las crisis externas y el *aumento tanto del trabajo no protegido como de la economía informal*, que influyen en la relación de trabajo y la protección que ésta puede ofrecer. Pero la globalización neoliberal ha incorporado su propio modelo de organización flexible de las relaciones laborales, con formas de “trabajo flexible” y “precario” declarado, “negro”, sumergido e informal. De manera que con la extensión y generalización del trabajo flexible se incrementaron las desigualdades y se reprodujeron los trabajadores “pobres” y precarios. En suma, la globalización neoliberal entraña la implantación generalizada de formas de trabajo precario, mercados segmentados (formales e informales) y el carácter contingente del empleo. El desarrollo del trabajo informal se sitúa en esa senda tenebrosa de la extensión de la precariedad laboral descriptiva de la posición subalterna ocupada por gran parte de las personas que integran la clase trabajadora, que llevan una vida “normalizada” al borde de la exclusión social vía prácticas laborales sin plenas garantías sociales.

En este sentido, la Recomendación hace notar en su Preámbulo que la elevada incidencia de la economía informal, en todos sus aspectos, constituye un importante

---

<sup>8</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Intensificar la lucha contra el trabajo no declarado* COM(2007) 628, de 24 de octubre.

<sup>9</sup> Así la Resolución de la Conferencia General de la OIT relativa al trabajo decente y la economía informal, adoptada en su 90ª reunión, Ginebra, OIT, 2002 y posteriormente en instrumentos tan relevantes con la “Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa”, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, OIT, 10 de junio de 2008.

obstáculo para la efectividad de los derechos de los trabajadores en el trabajo, cuestionando el principio del trabajo decente, el desarrollo inclusivo y el Estado Social de derecho, y tiene consecuencias negativas para el desarrollo de empresas sostenibles, los ingresos públicos y el ámbito de actuación de los gobiernos, en particular por lo que se refiere a las políticas económicas, sociales y ambientales, así como para la solidez de las instituciones y la competencia leal en los mercados nacionales e internacionales.

Por otra parte, observa que la mayoría de las personas que se incorporan a la economía informal no lo hacen por libre elección, sino como consecuencia de la falta de oportunidades en la economía formal y por carecer de otros medios de sustento. Resulta evidente que los déficits de trabajo decente –privación fáctica de los derechos en el trabajo, la falta de suficientes oportunidades de empleo de calidad, una protección social inadecuada y la ausencia de diálogo social y de negociación colectiva– son más pronunciados en la economía informal. Para afrontar los problemas planteados por la economía informal se apunta a la *responsabilidad pública y a un método propio de la “democracia deliberativa”*, a saber: en el marco de una política de diálogo y concertación social (“en un contexto de diálogo social, las políticas públicas pueden [y deben en un Estado Social de Derecho] acelerar el proceso de transición a la economía formal”, como expresa el Preámbulo de la Recomendación OIT, núm. 204).

En lo jurídico la relación de trabajo precario se formaliza a través de un contrato de trabajo por adhesión a las condiciones unilateralmente impuestas por el empleador o empresario para el cual se trabaja en un “mercado laboral flexible”. Los trabajadores precarios y de la economía informal se encuentran en la imposibilidad de ejercer sus derechos (siendo así candidatos a la exclusión social y la consiguiente falta o dificultad de acceso a la plena participación e integración en la sociedad), y por ello su reivindicación básica es el derecho a tener derechos garantizados en términos de efectividad jurídica. Pero el desenvolvimiento de estos mercados flexibles segmentados viene acompañado de políticas de desmantelamiento de las garantías del trabajo produciendo una remercantilización del mismo y la consiguiente privación o limitación de derechos; esto es, dentro de un desmantelamiento programado del Estado Social de Derecho. Además, esta desregulación social se combina con sistemáticas intervenciones públicas de apoyo a la competitividad de la economía, a las libertades económicas y a los poderes directivos de los empleadores (“re-regulación” pro empresarial); y asimismo esa “re-regulación” se realiza a través de formas de decisión política propias de la “gubernamentalidad” o dirigismo autoritario (“gobernanza neoliberal”). El mercado y el empleo informal forman parte actualmente de ese mundo de la era de la flexibilidad liberal que entraña el riesgo de que se traduzca en un fenómeno sistémico<sup>10</sup>.

Atendiendo a este contexto de mercados globales y de formas de trabajo flexibles y precarias, la OIT pretende situar el empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales, deberían basarse en los cuatro objetivos estratégicos de la OIT de igual importancia, a través de los cuales se plasma el

---

<sup>10</sup> MONEREO PERÉZ, J.L., “El trabajo precario. Segmentación y dualización de los mercados de trabajo y políticas de flexibilidad laboral”, en VV.AA.: *El trabajo. Libro en Homenaje a Juan Rivero Lamas*, DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.), Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2011; *ibidem*: *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2011.

Programa de Trabajo Decente y que pueden resumirse como sigue: I) promover el empleo creando un entorno institucional y económico sostenible; II) adoptar y ampliar medidas de protección social –seguridad social y protección de los trabajadores– que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales; III) promover el diálogo social y el tripartismo como los métodos más apropiados; IV) respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que revisten particular importancia, no sólo como derechos sino también como condiciones propicias, necesarias para la plena realización de todos los objetivos estratégicos, teniendo en cuenta que la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva son particularmente importantes para permitir el logro de esos cuatro objetivos estratégicos y que la violación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo no puede invocarse ni utilizarse de modo alguno como ventaja comparativa legítima y que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas. Teniendo en cuenta, significativamente, que estos cuatro objetivos estratégicos son inseparables, están interrelacionados y se refuerzan mutuamente, por un lado, y por otro, en relación a ello, que para obtener un máximo de impacto y eficacia, los esfuerzos encaminados a promoverlos deberían formar parte de una estrategia global e integrada de la OIT en pro del trabajo decente. La igualdad de género y la no discriminación deben considerarse cuestiones transversales en el marco de los objetivos estratégicos antes mencionados.

Por otra parte, la Recomendación aporta una definición estipulativa sobre la economía informal, indicando que “A los efectos de la presente Recomendación, la expresión «economía informal»: a) hace referencia a todas las actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que –en la legislación o en la práctica– están insuficientemente cubiertas por sistemas formales o no lo están en absoluto, y b) no abarca las actividades ilícitas, en particular la prestación de servicios y la producción, venta, posesión o consumo de bienes prohibidos por la legislación, incluyendo la producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes, la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, la trata de personas y el blanqueo de dinero, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes”<sup>11</sup>. Esta definición instrumental tiene la virtualidad de ser más generalizable y universalizante que otros tipos de acotamientos definitorios. La economía “informal” implica que la actividad así adjetivada se desarrolla fuera de los cauces formales ordinarios establecidos en el mercado y del empleo formal. De este modo, la noción del “informalidad” no es equiparable sin más a “ilegalidad”, pues aunque lo normal es que suponga un cierto ámbito de incumplimiento de normas sociales de trabajo, en otros casos hay una actividad fuera de los mecanismos y reglas normales del mercado que comporta siempre un incumplimiento de las normas.

Ahora bien, para el jurista el trabajo informal o el irregular es técnicamente, y según los casos y en sus muy variadas manifestaciones, un *trabajo ilegal, no declarado, o, en cualquier caso, un trabajo sin todas las garantías jurídicas*, esto es, situado al margen y contra el ordenamiento legal vigente, a la vez que en el plano más específico iuslaboral el trabajo irregular o informal es una forma de trabajo que incumple total o parcialmente las normas sociales de trabajo y que por ello acaba siendo un empleo precario y contrario al trabajo decente o digno de la persona que trabaja (en el sentido otorgado a esta expresión por la OIT).

<sup>11</sup> Punto 1 del apartado I. Objetivos y ámbito de aplicación.

De modo previo debe señalarse que la Recomendación al utilizar el término de economía informal supone que establece un marco de visión más amplio y plural que al que pueda referirse con el término de trabajo informal. En este sentido, debe entenderse que favorecer una transición real y efectiva de un modelo productivo impermeable a la legalidad hacia uno garantista, deberá comprender acciones en el ámbito laboral y de Seguridad Social, pero también en el financiero, tributario, penal, mercantil y social. Esto significa que deberán operarse estrategias diferentes para una pluralidad de sujetos distintos –empresarios, proveedores, trabajadores e, incluso, consumidores–.

Por el contrario, si la referencia es exclusivamente a la economía informal en su relación con las prácticas laborales y sus efectos concretos en el ámbito del trabajo y de la protección social, se produce una equiparación en los términos de trabajo, mercado de trabajo y economía informal. Desde esta óptica el objetivo que se persigue es el de *facilitar una transición desde formas organizativas productivas desreguladas hacia espacios que integren el cumplimiento de las normas legales en su conjunto* –sean laborales y de Seguridad Social, tributarias, civiles o mercantiles– imputando sujetos responsables y proponiendo espacios estratégicos claves para que la finalidad propuesta sea posible, real y efectiva.

De forma coherente, el artículo 1 de la Recomendación establece los tres espacios a los que deberán ir dirigidas las acciones de los Estados firmantes. En primer lugar, facilitar la transición de los trabajadores y las unidades económicas desde la economía informal a la economía formal, respetando los derechos fundamentales de los trabajadores y garantizando el salario y la promoción; en segundo lugar, promover la creación y el mantenimiento de las empresas y de empleos “decentes” en la economía formal, así como la coherencia de las políticas macroeconómicas, de empleo, de protección social y otras políticas sociales; y en tercer lugar, prevenir o evitar la transición inversa de los empleos de la economía formal a la informal.

La Recomendación presenta en todo caso un concepto con rasgos inclusivos y excluyentes que lo delimitan. Por una parte, establece una dimensión o definición positiva del fenómeno en la que se contienen sus rasgos caracterizadores. En este sentido la *economía informal* comprende aquellas actividades económicas que *en la legislación o en la práctica estén insuficientemente reguladas o no lo estén en absoluto*. En su dimensión negativa, el concepto excluye de su consideración aquellas actividades que resulten *ilícitas por las legislaciones nacionales* remarcándose especialmente la producción y tráfico ilícitos de estupefacientes, la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, la trata de personas y el blanqueo de dinero.

Los objetivos de la Recomendación es proporcionar a los Miembros orientaciones para: a) facilitar la transición de los trabajadores y las unidades económicas desde la economía informal a la economía formal, respetando los derechos fundamentales de los trabajadores y garantizando oportunidades de seguridad de los ingresos, medios de sustento y emprendimiento; b) promover la creación, preservación y sustentabilidad de empresas y de empleos decentes en la economía formal, así como la coherencia de las políticas macroeconómicas, de empleo, de protección social y otras políticas sociales, y c) prevenir la informalización de los empleos de la economía formal. Estas tres orientaciones fundamentales son, pues, la transición necesaria de la informalidad hacia la formalidad; el fomento público del empleo decente en la economía formal y la prevención legal de informalización de los empleos.

## 2.1. Dimensión positiva del concepto de “trabajo informal”

De acuerdo a la Recomendación, se entiende economía informal a aquella dimensión productiva insuficientemente cubierta por sistemas formales, pudiendo tener un doble origen: la práctica –lo que imputa la voluntad de incumplir marcos normativos imperativos por parte de los distintos sujetos que participan del tráfico jurídico–, y la legislación –lo que nos sitúa frente a sistemas legales que carecen de un marco de referencia normativa básica respetuosa con los Tratados y principios inspiradores del trabajo decente y que presenta como sujeto responsable a los Estados en tanto que garantes de incorporar los derechos laborales fundamentales a sus ordenamientos jurídicos–.

Se trata de una interesante definición del fenómeno. En primer lugar, porque supera la tradicional percepción del hecho del trabajo informal como aquel conjunto de actividades productivas, habitualmente legales pero deliberadamente ocultas a las autoridades públicas, con el objeto de evitar las consecuencias lógicas derivadas del cumplimiento normativo o sus costes financieros. En segundo lugar, y consecuentemente, la definición del trabajo informal no solo implica un ánimo defraudatorio por parte del empleador en la medida que se abstiene del cumplimiento de determinadas obligaciones legales, sino que incorpora un segundo ámbito de imputación por la vía de los hechos, en un insuficiente desarrollo institucional o legal que regule las actividades profesionales.

Esto significa que el trabajo informal alcanza, tanto los incumplimientos de legalidad, como la ausencia o carencia misma de regulación normativa. Sin duda es una peculiaridad que responde al distinto marco aplicativo de este texto internacional. Lo relevante no es tanto si existe un ánimo encubridor o sustractor de una legalidad dada –que también–, como el resultado material de la desprotección en las relaciones laborales. Se trata, pues, de una definición más completa que la que se maneja a nivel comunitario, que entiende como trabajo no declarado a toda actividad retribuida que siendo legal en cuanto a su naturaleza, no haya sido declarada a las autoridades públicas.

Esta definición implica un primer problema reconocible, si la insuficiente tutela legal e institucional puede ser causa o fuente del trabajo informal, la delimitación de éste no puede tomar como referencia exclusivamente las normas nacionales. En realidad la Recomendación no pretende ir tan lejos, ya que en última instancia toma como referente el marco y el alcance del tratamiento dado en el ámbito de la economía formal, lo que significa que el campo de desprotección debe referir al diferente tratamiento que puedan recibir los trabajadores en función de si su actividad queda en el marco de la economía informal o de la economía formal. De este modo, junto al cuadro normativo básico de la OIT, el factor de imputación será el tratamiento peyorativo respecto de los trabajadores que operen en el sector formal.

Téngase en cuenta el carácter y la naturaleza jurídica de la medida y por tanto sus limitaciones a efectos vinculantes, en todo caso, las acciones que los Estados firmantes emprendan deberán incorporar en su definición de mercado/trabajo informal esta doble caracterización. Definición reforzada ya que muestra una clara dimensión normativa.

Distinto carácter ofrece, no obstante, el encuadramiento concreto de aquellas actividades susceptibles de ser consideradas como informales. En el plano dispositivo, permite distintos grados de liberalidad a los Estados en la determinación de la naturaleza y alcance de la

economía informal en base a sus prácticas nacionales, pero especialmente en relación con la economía formal. De este modo, deberán ser los Estados adheridos los responsables de definir aquellas actividades profesionales insuficientemente tuteladas por sistemas institucionales, bien por una práctica defraudatoria, bien por un insuficiente tratamiento legal. En realidad el único requisito que impone la Recomendación a los Estados es la necesidad de que sean negociaciones tripartitas las que individualicen los anteriores contenidos.

El cuadro delimitador se completa con una definición de unidad económica amplia y desarrollada. Así, quedan incluidos dentro de su marco de actuación: las prestaciones de trabajo por cuenta ajena, el trabajo por cuenta propia, –ya sea en solitario o con la ayuda de trabajadores familiares auxiliares no remunerados–, así como las cooperativas y las unidades de la economía social y solidaria, independientemente del sector productivo al que se dirijan, o su dimensión pública o privada.

Esto significa que la Recomendación deberá aplicarse a todos los trabajadores y a todas las unidades económicas, incluyendo a las empresas y los hogares familiares. Remarcando especialmente el referido a quienes poseen y explotan unidades económicas en la economía informal; a los trabajadores familiares auxiliares, independientemente de si trabajan en unidades económicas de la economía formal o de la economía informal; a los trabajadores asalariados con empleos informales que trabajan en empresas formales o en unidades económicas de la economía informal, o bien para ellas, incluyendo, entre otros, a los que están en situación de subcontratación o que trabajan en cadenas de suministro, o en hogares como trabajadores domésticos remunerados; o a los trabajadores cuyas relaciones de trabajo no están reconocidas o reguladas.

De este modo, la definición de unidad económica pretende identificar el marco de las prestaciones profesionales en función del cuadro de responsabilidades que establezcan las normas laborales y de Seguridad Social, siendo, por lo tanto, lo relevante, la existencia de la relación profesional y no la naturaleza jurídica del empleador o su ánimo o fin social.

## **2.2. Dimensión negativa del concepto de trabajo informal**

En sentido negativo, se establece el listado de actividades que en ningún caso podrán ser beneficiarias de las acciones contenidas en la Recomendación para el tránsito hacia un marco legalizado de relaciones laborales. Lo que significa, que por esta vía no podrán obtener salvaguarda legal aquellas actividades consideradas como ilícitas y por tanto excluidas del tráfico legal por parte de los distintos Estados.

El modus operandi resulta coherente, en primer lugar porque establece una cláusula genérica por la cual excluye del marco de aplicación de la norma las actividades ilegales, en segundo lugar, porque subraya un conjunto de materias especialmente odiosas, con el objeto de reforzar la primera salvaguarda genérica. De este modo se señala la producción y tráfico ilícitos de estupefacientes, la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, la trata de personas y el blanqueo de dinero, como ámbitos productivos incompatibles con los más básicos derechos fundamentales de las personas.

Si bien algunas de estas actividades pueden tener un marco regulatorio y ser consideradas por los Estados como legítimas –piénsese especialmente en la fabricación y

tráfico de armas de fuego, que representa una siempre pujante fuente de ingresos para los Estados productores—, otras colisionan directamente con los más básicos principios de la OIT y por tanto son objeto de una exclusión absoluta y radical del presente marco regulatorio, como son el blanqueo de capitales, el propio mercado ilegal de tráfico de armas, el narcotráfico y, espacialmente, la trata de personas.

Como es sabido, la metodología del Sistema Europeo de Cuentas —el SEC 2010—, vigente en toda la Unión Europea desde el año 2014, incluye información estadística relativa a las actividades ilegales anteriormente referidas como la producción y tráfico de armas y de drogas, el tráfico de personas con fines de explotación sexual y la prostitución, junto a otras igualmente denigrantes como la venta de objetos robados o el contrabando, con el fin de calcular el PIB real de los Estados de la Unión.

Esta medida ha tenido un alcance ciertamente importante, ya que la visibilización del impacto económico de las actividades ilícitas ha supuesto un crecimiento en el PIB de la UE del 3,7% y, para nuestro país del, 3,3%. No cabe duda, que sus consecuencias económicas son destacables, ya que permiten nuevas fórmulas de cálculo del PIB que tienen como resultado un incremento considerable de su cuantía, y especialmente, atañe a aquellos países donde la economía sumergida ligada a estas actividades ilícitas tiene un mayor incidencia o desarrollo.

Pero en todo caso resulta una medida controvertida, en el plano epistemológico porque existen dificultades técnicas a la hora de su concreción, en el plano político-jurídico, porque implica dotar de una cierta carta de naturaleza a actividades que los Estados lejos de promover tienen el deber de perseguir y evitar. Contradicción y contraste que no tiene mayor repercusión sobre el tema objeto principal de este análisis.

Por otra parte, para que opere la exclusión contenida en la Recomendación se exige un cierto grado de *gravedad de la actividad ilícita*, sin que sea suficiente vacíos legales o carencias regulatorias. Esto significa, que los Estados podrán excluir o añadir al listado anterior actividades que consideren incompatibles radicalmente con su legalidad y que, por tanto, no pueden ser susceptibles de tránsito alguno hacia la legitimidad, siempre y cuando exista una clara contradicción con el marco normativo de aplicación.

En este sentido la Recomendación no ha pretendido incluir un listado cerrado, pero tampoco un listado extenso, dejando en el marco regulatorio de cada país el debate sobre su alcance y delimitación. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que no se recoge un tema que ha alimentado enfrentados debates como es el de la regulación de la prostitución voluntaria. Marcos como éste queda a la liberalidad de su inclusión o exclusión de los Estados firmantes. Esta falta de mayor concreción resulta una fórmula apropiada, no solo porque saca de la discusión procesos de legalización imposibles, sino porque completa un concepto de mercado informal extensivo y caracterizado por un contenido positivo, pero también constituye un límite operativo, que impide un concepto omnicompreensivo que extienda el alcance operativo de la Recomendación a todas aquellas actividades, independientemente que su naturaleza muestren una contradicción insuperable con el fin último de las normas jurídicas.

### **3. EL CARÁCTER OPERATIVO DE LA RECOMENDACIÓN SOBRE LA TRANSICIÓN DE LA ECONOMÍA INFORMAL A LA FORMAL DE LA OIT**

#### **3.1. Su alcance normativo**

El contenido normativo de esta Recomendación es coherente con los distintos caracteres que dan carta de naturaleza a las normas de la OIT. Es un texto internacional cuya eficacia queda determinada tanto por la capacidad de integrar determinados valores y principios normativos en los distintos ordenamientos jurídicos, como por y, sobretodo, por el número de Estados que asuman y cumplan con sus contenidos.

Si bien es cierto, que dada su naturaleza jurídica, no necesita de ratificación por parte de los Estados miembros, y carece por tanto del carácter vinculante que puedan tener los Tratados Internacionales, ello no significa que no exista un deber hacer por parte de los mismos en cumplimiento de lo establecido en esta norma, reforzado por el deber de informar sobre su actuación en la materia.

En conjunto sus normas presentan un delicado equilibrio entre su dimensión tuitiva y su carácter de mecanismo imperativo flexible, dirigido a permitir una individualización de principios comunes a realidades económicas y sociales muy diversas. En este sentido, la propia Constitución de la OIT permite diferentes grados de aplicación en base a las singularidades que los Estados miembros puedan presentar, salvaguardando en todo caso dos límites indisponibles: el respeto básico de los principios referentes a las libertades y los derechos humanos fundamentales, frente a los cuales no cabe ninguna flexibilidad; y, el establecimiento de un complejo proceso negociador que incorpore y responda al espíritu tripartito de los sujetos implicados en su elaboración normativa.

Por lo tanto es una norma flexible capaz de adaptarse a circunstancias diversas pero siempre bajo el carácter de norma mínima, lo que significa que los Estados deben garantizar un contenido mínimo común fundamental, pero que en todo caso, pueden establecer marcos normativos más desarrollados que superen sus contenidos concretos, sin que en ningún caso pueda considerarse que la adopción de medidas en cumplimiento a esta Recomendación pueda ser la base para el menoscabo de cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en la misma.

Se insta a los Estados a la adopción de medidas de impulso de la economía formal que puedan implicar reformas en la legislación nacional o adopción de políticas y programas específicos, así como creación de espacios de negociación colectiva donde avanzar acciones concretas, respetando la autonomía y peculiaridad de cada contexto social. A su vez, se les compele a informar con carácter periódico, sobre la eficacia de las políticas y las medidas destinadas a facilitar la transición a la economía formal y de los progresos realizados.

Todo ello implica una metodología en torno al modo en que deben individualizar, recopilar y analizar estas informaciones, debiendo contener estadísticas fiables –desglosadas por sexo, edad, lugar de trabajo y otras características socioeconómicas específicas–, sobre la magnitud y la composición de la economía informal –en este sentido, el número de las llamadas unidades de economía informal, el número de trabajadores que emplean y los sectores en que operan–.

### 3.2. Sus principios rectores

Si bien la definición de economía informal reconoce la dimensión compleja del fenómeno y pretende una configuración de resultado, donde sea la inexistencia de tutela formal el rasgo caracterizador, tanto si se deriva de un ánimo ocultador o defraudador de los sujetos implicados, como si se deriva de un insuficiente desarrollo legislativo, queda en el ámbito de los Estados el deber de establecer, en última instancia, los elementos concretos para su individualización. De este modo, los Estados disponen de un amplio campo de libertad para definir estrategias que deberán ser apropiadas con el fin último de promover y permitir estímulos para que aquellos sujetos implicados transformen sus estructuras productivas a fin de cumplir con las diversas responsabilidades legales.

Las acciones deberán tener en cuenta la diversidad de características, circunstancias y necesidades de los trabajadores y las empresas, para lo que deberán considerarse las diversas circunstancias, leyes, políticas, prácticas y prioridades específicas de cada país en materia de transición a la economía formal. En todo caso, la Recomendación no impone una estrategia concreta, lejos de ello, pretende una coordinación abierta que permita medidas de estímulo o promoción y de tutela o protección, que combine incentivos y medidas de cumplimiento de la legislación, con la necesidad de prevenir y sancionar las conductas defraudatorias, especialmente en lo referente a la protección de los derechos humanos de los trabajadores. Pero sí establece un marco jurídico mínimo definido por los principios y derechos contenidos en el objetivo general de la OIT de trabajo decente.

De este modo, la Recomendación establece un reforzamiento de la estrategia global de la OIT especialmente en aquellos supuestos que garantizan derechos fundamentales y condenan prácticas intolerables. Si es cierto que la Recomendación no impone un cuadro subjetivo que atienda a una protección diferenciada, tampoco desconoce el diferente impacto que el trabajo informal tiene para colectivos con especiales necesidades. De este modo se refiere también a la necesaria tutela específica de los trabajadores vulnerables ante los déficits más graves de trabajo decente en la economía informal, incluyendo, aunque no únicamente, a las mujeres, los jóvenes, los migrantes, las personas mayores, los pueblos indígenas y tribales, las personas con discapacidad, los trabajadores domésticos y los agricultores de subsistencia. Finalmente se introduce una cláusula genérica en torno a la promoción de la igualdad de género y la no discriminación.

Y, de modo complementario, se incluye el objetivo de crear una cultura empresarial respetuosa con las obligaciones legales que favorezca la creatividad, competencias y capacidad de innovación de los trabajadores y las unidades económicas en un contexto de avance económico sostenible.

### 3.3. Campos de actuación

La economía informal en su dimensión de fenómeno multicausal va a requerir una identificación concreta de los factores que en cada contexto social y económico inciden en su existencia y alcance. La Recomendación ha huido deliberadamente de aquellos elementos definitorios que evitaban la imputación a los Estados por su omisión de acción, sea por un aparato institucional ineficaz o insuficiente, sea por un desarrollo normativo inapropiado. En este sentido, se identifica un primer cuadro de obligaciones –adoptar, revisar o hacer cumplir la

legislación– en muy variados campos de actuación, sea en el marco de los planes nacionales de desarrollo, sea de modo coherente con las estrategias de lucha contra la pobreza.

Este marco integrado de políticas debería abordar entre otros los siguientes temas: la promoción de estrategias de desarrollo sostenible, la erradicación de la pobreza y crecimiento inclusivo y la generación de empleos decentes en la economía formal; el establecimiento de un marco legislativo y normativo apropiado; el fomento de un entorno empresarial y de inversión propicio; el respeto, la promoción y la puesta en práctica de los principios y derechos fundamentales en el trabajo; la organización y la representación de los empleadores y de los trabajadores para promover el diálogo social; la promoción de la igualdad y la eliminación de todas las formas de discriminación y de violencia, incluida la violencia de género, en el lugar de trabajo; la promoción del emprendimiento, de las microempresas, las pequeñas empresas y las medianas empresas y de otras formas de modelos empresariales y unidades económicas, como las cooperativas y otras unidades de la economía social y solidaria; el acceso a la educación, el aprendizaje a lo largo de la vida y el desarrollo de las competencias laborales; el acceso a los servicios financieros, incluso mediante un marco normativo que promueva un sector financiero inclusivo; el acceso a los servicios para las empresas; el acceso a los mercados; el acceso a la infraestructura y la tecnología; la extensión de la cobertura de la Seguridad Social; la promoción de estrategias de desarrollo local en los medios rural y urbano, incluyendo el acceso regulado a la utilización de los espacios públicos y el acceso regulado a los recursos naturales públicos con fines de subsistencia; políticas eficaces en materia de seguridad y salud en el trabajo; inspecciones del trabajo eficientes y eficaces; la seguridad de los ingresos, incluyendo políticas de salario mínimo adecuadamente formuladas; el acceso efectivo a la justicia; y el reforzamiento de los mecanismos de cooperación internacional.

De forma paralela se establece la necesidad de una actualización del aparato institucional que permita una coordinación eficaz entre los distintos órganos y autoridades competentes –tales como las autoridades tributarias, las instituciones de la Seguridad Social, las inspecciones del trabajo, las autoridades aduaneras, los organismos de migración y los servicios de empleo– y mitigue los posibles ámbitos de corrupción y connivencia en estas instituciones.

### **3.4. Sus campos de actuación específicos**

#### **3.4.1. En las Políticas de Empleo**

Si bien las consideraciones sobre las políticas de empleo en el marco de la OIT pasan por el reforzamiento de los fundamentos contenidos en el importante Convenio 122 sobre la política del empleo de 1964, en el que se diseña un objetivo de pleno empleo, decente, productivo y libremente elegido, la Recomendación no deja de señalar acciones concretas en esta materia, en tres campos de actuación diferenciados: sobre las empresas, sobre las políticas públicas de empleo y sobre la capacitación de los trabajadores.

El contexto deseado es la promoción de empresas sostenibles, que favorezcan la competencia leal y un desarrollo social y económico equilibrado. En este sentido, las políticas públicas deberán ser eficaces ante la pobreza y favorecer empleos libremente elegidos, a través de políticas salariales, dispositivos de protección social y programas de empleo adecuados. De modo coherente, las políticas de empleo deberán estas especialmente

dirigidas a favorecer el tránsito de los procesos formativos al empleo formal, en particular para los jóvenes desfavorecidos, a través de mecanismos que garanticen su acceso a la formación profesional especializada y al aprendizaje continuo. Lo que requiere de políticas educativas inclusivas, que favorezcan tales procesos educativos.

Pero si bien, el marco de las políticas de empleo debe ser un espacio ciertamente privilegiado, la Recomendación no avanza más allá de señalar al colectivo de inmigrantes como sujeto con especiales dificultades de entrada y permanencia en el mercado de trabajo regular, así como al deber de los Estados de organizar y hacer posible la transición de las situaciones de desempleo y marginación a la del empleo regular. Hay que tener en cuenta que las migraciones internacionales constituyen un *factor sistémico en la globalización*, como también un elemento importante en los mercados secundarios (formales) y en la economía informal (Muchos de ellos son víctimas de ellos). Queda, pues, en manos de los Estados la concreción de estas acciones, pero falta sobre todo, una declaración más decidida que refuerce la importancia de los espacios de intermediación de empleo público y los mecanismos de protección frente al desempleo, como instrumentos que favorezcan el trabajo formal.

### **3.4.2. En el ámbito de Protección Social**

El trabajo informal tiene como consecuencia añadida la exclusión de los sistemas de protección social de aquellos trabajadores cuya vida laboral se desarrolla básicamente fuera de las prácticas legales y convencionales, especialmente, cuando la actividad profesional tiene una base contributiva. Diseñar mecanismos inclusivos de Seguridad Social que permita una protección homologable con los trabajadores de los sectores formalizados representa el mayor reto en materia de Derecho Social.

Así se pone de manifiesto en la Recomendación cuando insta a las diferentes legislaciones de Seguridad Social a que reconozcan el problema y actúen en consecuencia, sin que, por otra parte, la norma internacional establezca acciones concretas. En este sentido, la Recomendación no deja de ser un texto de denuncia y una llamada a los Estados para que reconozcan y procuren a todos los trabajadores el acceso a la protección social, con una mención especial a la protección por maternidad. Y una nota final, y progresista, en una cláusula genérica en donde se establece que, en las medidas que se empleen, se deberá considerar el carácter transversal de la igualdad de género y, por tanto, las acciones en este campo deberán ser sensibles a esta circunstancia.

### **3.5. Incentivos, cumplimiento de las normativas y control de su aplicación**

La operatividad de estas acciones requiere de la puesta en marcha de factores muy diversos, lo que justifica un cuadro de medidas plurales tanto en sus fines como en su naturaleza. De este modo, la Recomendación tiene más interés en el resultado que en las vías para alcanzarlo. Incidiendo, no obstante, en la necesidad de procurar medidas de prevención, de vigilancia y de sanción –sanciones administrativas, civiles o penales que deberán ser adecuadas y proporcionales–. Así como una Inspección del trabajo eficaz y coordinada con los sujetos e instituciones con competencias de vigilancia y control en el ámbito laboral.

Otras de las vías propuestas es la creación y puesta en marcha de incentivos que sean capaces de reforzar las ventajas del cumplimiento de las normas legales y de Seguridad

Social. Estos incentivos tienen que ver con facilitar el acceso a los mercados, a la tecnología, a los servicios financieros, a los derechos de propiedad, y a los programas de educación y formación profesional.

En este sentido se identifican algunos campos donde son más apropiados los incentivos –que en todo caso deberán ser concretados por los Estados– tales como la creación de empresas, –reduciendo los costos de registro y la duración del procedimiento y mejorando el acceso a los servicios mediante las tecnologías de la información y la comunicación–, la implantación de sistemas simplificados de cálculo y de pago de impuestos y contribuciones, la utilización de la contratación pública como incentivo privilegiado, la mejora el acceso a servicios financieros, o la mejora en el acceso a la cobertura de la Seguridad Social.

### 3.6. El diálogo social como contexto apropiado

La peculiaridad de la economía sumergida es que queda fuera de todo control, y, por tanto, crea contextos de indefensión y abuso agravados por la expulsión del ámbito de la autonomía colectiva. Aquellos contextos estructurados donde existe sindicalización son mucho menos permeable a este tipo de situaciones, lo que se muestra como un importante antídoto. Y en este sentido, el mercado de trabajo informal manifiesta una enorme capacidad para expulsar a las organizaciones sindicales y favorecen la inobservancia de la libertad de asociación por parte de los trabajadores.

De este modo, la importancia de la referencia, por parte de la Recomendación, al dialogo social, como espacio apropiado para la prevención del trabajo informal, implica el deber de promoción por parte de los Estados, de las condiciones propicias para que los trabajadores ejerzan su derecho de organización y de negociación colectiva como vehículo necesario para transición a la economía formal, pero también supone la integración de espacios tripartitos que diseñen las estrategias necesarias a tal fin. Así, se insta a los Estados a celebrar consultas con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores y promover la participación activa de dichas organizaciones –incluyendo trabajadores de los sectores informales– a objeto de elaborar, aplicar y evaluar las políticas y programas específicos en esta materia.

En todo caso, se rehuye cierto nivel de neutralidad –no todo el peso se encomienda a los Estados–, ya que también se imputa a las organizaciones sindicales una importante función en este proceso, en cuanto se establece la necesidad de implementar políticas sindicales que favorezcan la afiliación y la prestación de servicios a los trabajadores de la economía informal.

## 4. BIBLIOGRAFÍA

- AHMED, I.: “El trabajo decente y el desarrollo humano”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, nº. 2 (2003).
- AUBARELL, G. y ZAPATA, R. (Eds.): *Inmigración y procesos de cambios. Europa y el Mediterráneo en un contexto global*, Barcelona, Icaria ediciones, 2004.

- BAVIERA PUIG, I.: “Avances en la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9 (2014).
- BAYLOS GRAU, A.: “Empresa responsable y libre empresa: una aproximación constitucional”, en VV.AA.: *La responsabilidad social de las empresas en España*, Aparicio Tovar, J. y Valdés de la Bega, B. (Dir.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2011.
- CAMINO FRÍAS, J.J.: *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*, Valladolid, Lex Nova, 2013.
- DE ASÍS, R.: “Dignidad humana”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coord.), Granada, Ed. Comares, 2012.
- DE LA VILLA, L.E.: “La economía sumergida y los arañazos superficiales a la realidad social a través de las medidas adoptadas por el Gobierno. Breve comentario al Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril”, en *RGDTSS*, núm. 26 (2011).
- “La responsabilidad social corporativa, además de la Ley. Pero no en sustitución de la Ley y, menos todavía, en contra de la Ley”, en VV.AA.: *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, López Cumbre, L. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2012.
- DAZA, J.L.: *Economía informal, Trabajo no declarado y Administración del Trabajo*, Departamento de Diálogo Social, Legislación y Administración del Trabajo, Ginebra, OIT, 2005.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *De la condicionalidad social a los Acuerdos Marco Internacionales. Sobre la Evolución de la Responsabilidad Social Empresarial*, Cizur Menor (Navarra), Tromson Reuters-Ed. Aranzadi, 2012.
- FERRAJOLI, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, traducción Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Ed. Trotta, 2011.
- GALLI, C.: *Espacios políticos. La edad moderna y la edad global*, Buenos Aires, Ed. Nueva Visión, 2002.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Empleo irregular y Administración Laboral”, en *Temas Laborales*, núm. 125/2014.
- HARVEY, D.: *El nuevo imperialismo*, Madrid, Ed. Akal, 2007.
- HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J. y RAMIRO, P.: *Contra la lex mercatoria. Propuestas y alternativas para dismantelar el poder de las empresas transnacionales*, Barcelona, Icaria editorial, 2015.
- JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A. y MARTÍNEZ-PARADO DEL VALLE, R.: *La economía sumergida en España*, Fundación de Estudios Financieros, Documento de Trabajo, núm. 4 (2013).
- JESSOP, R.: *El futuro del capitalismo*, Madrid, Ed. Catarata, 2008.
- MARTÍN VALVERDE, A. y García Murcia, J.: “Medidas y cambios legislativos para la regularización y el control del empleo sumergido. El RD Ley 5/2011”, en *Derecho de los negocios*, núm. 249 (2011).

- MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “El derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas”, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014.
- “La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”, en *Nueva revista de derecho del trabajo*, núm. 177 (2015).
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de ‘desmercantilización’”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995).
- *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2011.
- “El trabajo precario. Segmentación y dualización de los mercados de trabajo y políticas de flexibilidad laboral”, en VV.AA.: *El trabajo. Libro en Homenaje a Juan Rivero Lamas*, De La Villa Gil, L.E. (Coord.), Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2011.
- “Condiciones de trabajo justas y equitativas”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012.
- “Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras”, en *Revista Migratorio y Extranjería*, núm.34 (2013).
- “El derecho al desarrollo humano”, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014.
- *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.
- *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España (CES), 1996.
- *El Nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica al Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996.
- *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.
- RUESGA BENITO, S.M.: “El empleo no declarado. Apuntes para una interpretación estructural”, en *RL*, núm. 1988-I.
- RUESGA BENITO, S. M., CARBAJO, D., y PÉREZ TRUJILLO, M.: *El fraude fiscal y la economía sumergida en la perspectiva del desarrollo económico. El caso español*, en Monereo Pérez, J.L., Perán Quesada, S., *Derecho Social y Trabajo Informal*, Comares, 2016.
- SANTOS, B. de S. y RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. (Eds.): *El Derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*, Bogotá, Ed. Anthropos, 2007.

- SASSEN, S.: *Inmigración y ciudadanía. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza*, Madrid, Siglo XXI de España editores, 2013.
- *Una sociología de la globalización*, Buenos Aires, Katz Editores, 2007.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y Martín Jiménez, R.: *El empleo sumergido. Comentarios al Real Decreto-Ley 5/2011*, de 29 de abril, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2011.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “El empleo sumergido y su regularización: el alcance del RD Ley 5/2011”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3 (2011).
- SOMAVÍA, J.: *Un trabajo decente para todos en una economía globalizada: Una perspectiva de la OIT*, Documento presenta a la Tercera Conferencia Ministerial de la OMC, del 30 de noviembre al 3 de diciembre de 1999.
- *Reducir el déficit de trabajo decente: un desafío global*, Ginebra, OIT, 2001.
- VV.AA.: *Implicaciones de la Economía sumergida en España (Libro marrón)*, Madrid, Círculo de Empresarios, 2010.
- VV.AA.: *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Triguero Martínez, L.Á. y Fernández Avilés, J.A. (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2010.
- VV.AA.: *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, Ramos Quinta, M.I. (Coord.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2010.
- VV.AA.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Fernández Avilés, J.A. y Moreno Vida, M<sup>a</sup>.N. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2011.
- VV.AA.: *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, López Cumbre, L (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2012 (Contiene una amplia relación bibliográfica final).
- VV.AA.: *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social (Análisis de las reformas legislativas)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Lex Nova, 2013.
- VV.AA.: *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Murcia, Ed. Laborum, 2014.
- VV.AA.: *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, MONEREO PÉREZ, J.L. y PÉRÁN QUESADA, S. (Directores y Coordinadores), Granada, Ed. Comares, 2016.
- ZOLO, D.: *Globalización. Un mapa de los problemas*, Bilbao, Ed. Mensajero, 2006.

Clásicos de la  
Seguridad  
Social

LABORUM



## MARÍA PALANCAR MORENO (1910-1970): POLÍTICA SOCIAL Y SEGURIDAD SOCIAL

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, MANUEL J. PELÁEZ Y CAROLINA SERRANO FALCÓN

I.- María Palancar Moreno (1910-1970). Falleció en Madrid el 5.V.1970. Era hija de José Palancar Tejedor, doctor en medicina, y Amparo Moreno. Licenciada en Derecho por la Universidad de Madrid, le fue otorgado en octubre de 1931 el Premio Extraordinario, que compartió con José María Silva, Joaquín Rodríguez Rodríguez y Amalio Gimeno Linares. Doctora en Derecho igualmente con Sobresaliente y premio extraordinario, distinción que alcanzó mediante el sistema de redacción de un tema, en concreto el que llevaba por título *Naturaleza especial de la legislación obrera*, compartiendo el premio con Eugenio Pérez Botija y con José Luis Santaló Rodríguez de Viguri. Les fue otorgado el 27.II. 1934. Palancar se convirtió en una ilustre laboralista y especialista en Seguridad Social, aunque su vocación científica se inició –al igual que su esposo, Eugenio Pérez Botija– en el ámbito del Derecho Administrativo, ya que el Derecho no adquiriría la condición de disciplina específica del ordenamiento jurídico hasta fecha muy tardía.

II.- Durante sus estudios universitarios comienza a preocuparse por las cuestiones laborales que transcurrido el tiempo se estudiarían en el marco del Derecho del Trabajo; gana en colaboración con el Prof. Pérez Botija, un premio Marv y desempeña (previa oposición) el puesto de Jefe de la Sección femenina en la Oficina de Colocación de Madrid. Sus primeras publicaciones son comentarios diversos hechos en colaboración con Pérez Botija, por ejemplo, a la *Revue de droit public* de 1935 y la *Revue internationale de la Théorie d droit* de 1934, apecidos en la *Revista de Derecho Público*, año V, n 50 (15-II.1936), pp. 62-63; previamente Palancar y Pérez Botija habían recensionado números de la *Revue des Sciences politiques*, la *Revue de droit public*, la *Revue politique et parlementaire*, la *Political Sciencia Quaterly* y la *Rvista di diritto pubblico e della Pubblica Amministrazione in Italia*, en la propia *Revista de Derecho Público*, año IV, n 48 (15.XII.1935), pp. 378-379). Esta orientación administrativa y jurídico-pública le llevó en su momento a Pérez Botija a dejar constancia de la relación entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo, y lo que primero adeuda al segundo, en *Aportaciones del Derecho Administrativo al Derecho del Trabajo*, en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, vol. III, *Estudios de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 1961, pp. 1-64. Precisamente en ese mismo tomo se recoge la colaboración de María Palancar a dicho homenaje, que responde al título *El Seguro del paro como Seguro de empresa*, pp. 305-313, donde llevó a cabo unas profundas consideraciones doctrinales sobre el desempleo.

III.- Fund con su esposo la *Revista de Derecho del Trabajo*, de incuestionable importancia y difusión tanto en España como fuera de ella, y realizaron algunas obras conjuntas de suma importancia, destacando *La prevención de los accidentes de trabajo por los modernos medios psicológicos, gráficos y mecánicos*, Premio Marv 1933, Junto con su

esposo Eugenio Pérez Botija), Madrid, INP/Minuesa de los Ríos, 1934, VIII + 244 pp. y numerosas ilustraciones sin paginación. El ejemplar está dedicado a su Maestro común el Ilustre jurista del constitucionalismo Nicolás Pérez Serrano (ya una ed. facsimilar, con estudio introductorio a cargo de Agustín Galán García, editada en Sevilla, por la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía y la Fundación Mapfre en 2008, XXXII + 275 pp.) o *El principio de seguridad en el derecho del trabajo (Especial consideración en materia de prevención de accidentes)*, Coimbra, Associação Portuguesa para o Progresso das Ciências, 1957. (Junto con su esposo Eugenio Pérez Botija).

El análisis internacional en su obra es constante, destacando un análisis sobre *La Carta de Filadelfia y la teoría de la Constitución Social*, en REP, nº. 15 (1944), pp. 119-135: Estudio de relevancia por el enfoque constitucionalista de los problemas del Derecho Social del Trabajo. Palancar comentó también en *Cuadernos de Política Social*, núm. 4 (1949), pp. 148-152 los resultados de las Conferencias de las Jornadas Sociales organizadas por el Consejo Superior de Humanidades de la Acción Católica en Madrid en 1947, publicadas en un volumen en 1948. Publicó también un artículo titulado *Bibliografía de Política Social*, en REP, nº 58 (1951), pp. 207-216.

La preocupación e interés por los aspectos sociales, y sobre todo, por el sentido de la mujer en el trabajo se comprueba en un artículo publicado en la Revista de Política Social, (1947) titulado "*La mujer y el trabajo*", en el que después de realizar un estudio histórico sobre este tema, pasa a analizar las declaraciones que efectúa el Fuero del Trabajo sobre la actividad laboral femenina, criticando la situación de excedencia forzosa de la mujer una vez que contrae matrimonio. Tiene en cuenta en toda su obra la doctrina de la Iglesia para argumentar la postura ideológica que mantiene sobre las cuestiones laborales. Realiza también algunos trabajos sobre el Derecho positivo como *La Legislación laboral española en sus quince últimos años*, Bolonia, 1953; o la *Reglamentación de los consejos de empresa en España*, Bolonia, 1953. Su interés por la Medicina del trabajo se comprobó en dos estudios sobre *Los Médicos del trabajo (notas al decreto de 21 de agosto y reglamento de 22 de diciembre de 1956)*, Madrid, 1956, y *El nuevo Reglamento de los servicios médicos de empresa*, Madrid, 1958. Realiza unas profundas consideraciones doctrinales sobre el desempleo al analizar en un libro en homenaje a Jordana de Pozas, "*El seguro de paro como seguro de empresa*" (1961).

Junto a su marido nos deparó un amplio y documentado comentario, lleno de eruditas observaciones, del vol. 9 del *Handwörterbunch der Sozialwissenschaften*, Tubinga y Gotinga, 1956, en *Cuadernos de Política Social*, nº 32 (1956), pp. 119-137, que prueba lo familiarizado que el matrimonio Palancar-Pérez Botija estaba con la doctrina alemana, escrita en alemán (no como ocurre en la España de hoy donde ha tanto iuslaboralista que conoce la doctrina alemana a través de traducciones españolas, francesas e italianas, y es incapaz de leer los libros en su versión original). La pareja se hizo eco también, en *Cuadernos de Política Social*, nº 11 (1951), pp. 134-138, de los tres tomos dedicados a *La huelga*, editados por el Instituto de Derecho del Trabajo de la Universidad del Litoral, que para ellos era, "sin duda, la monografía de mayor envergadura dedicada a uno de los problemas sociales más acuciantes de nuestro tiempo" (p. 134). Sola, por su cuenta, Palancar comentó agudamente el libro de Carlo lega, *La libera professione*, Milan, 1950, en *Cuadernos de Política Social*, nº 8 (1950), pp. 166-168.

La obra de María Palancar se caracteriza por un análisis exhaustivo del Derecho positivo, realizando al mismo tiempo una aproximación del Derecho del Trabajo al Derecho Natural, estudiando así desde nuevos ángulos sociolaborales el destino de la naturaleza humana. Aunque algunos han considerado que cuenta con algunos “estudios esporádicos” pero de suma importancia, sin embargo se convirtió, en palabras de Bayón Chacón en “compañera inseparable y ejemplar, en auxiliar impagable, en secretara, bibliotecaria y correctora de pruebas, sin interferirse jamás directa o indirectamente en su doctrina y su labor”. Pero es de realzar, por lo demás, que resulta innegable la calidad científica y originalidad de toda su corta obra; y a pesar de que pudo emprender una vida más intensa en el campo laboral y de la política social y la Seguridad Social, es posible constatar que el ámbito familiar pudo más que la actividad estrictamente profesional.



**CRITERIOS DE ACEPTACIÓN DE ORIGINALES Y REGLAS  
DE ESTILO**  
**REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL**  
(INSTRUCCIONES DE USO)<sup>1</sup>

1. Los trabajos de investigación tendrán que ser efectivamente originales e inéditos, como condición imprescindible para la publicación de los mismos en la revista.

2. Configuración página

Margen superior:	2,50 cm
Margen inferior:	2,50 cm
Margen izquierda:	3,00 cm
Margen derecha:	3,00 cm
Encabezado:	1,25 cm
Pie de página:	1,25 cm

3. Encabezamiento

- Todo el título en versales, con todas las palabras en minúscula salvo la primera letra, negrita, centrado y en cuerpo time new roman 14, sin subrayado.
- Nombre y apellidos iniciales en versales, con todas las palabras en minúscula salvo la primera, normal, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.
- Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, minúscula, cursiva, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.
- Universidad de destino, minúscula, cursiva, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.

Ejemplo:

**POLÍTICA DE SEGURIDAD SOCIAL Y POLÍTICA DE EMPLEO**

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*  
*UNIVERSIDAD DE GRANADA*

4. Título

En castellano e inglés.

---

<sup>1</sup> Archivo: "Reglas estilo Revista Seguridad Social. Instrucciones de uso" (Estudio; Lápiz rosa).

## 5. Resumen / Abstract

En castellano e inglés, sin superar los mil caracteres.

## 6. Palabras clave / Keywords

Cinco palabras clave (en castellano e inglés)

## 7. Sumario

Índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos, no superando el triple apartado (p.ej.: 1.2.3) A partir de ahí, seguir con numeración alfabética (p.ej., a), b), c)...) )

## 8. Títulos de los apartados

Siguiendo el índice, el título de los apartados se recogerá como sigue:

- en negrita, mayúscula los primeros apartados (1.)
- en negrita y minúscula los subapartados (1.1.)
- normal y minúscula los siguientes (1.1.1.; a)...) )

En todos los casos, sin punto al final de cada título de apartado. Letra “times new roman” tamaño 12.

## 9. Texto

Tratamiento de texto microsoft word, utilizando el tipo de letra “times new roman”, editado al cuerpo 12. Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio).

En la medida de lo posible, es deseable que estudio finalice con unas **CONCLUSIONES**

En las citas de doctrina judicial se utilizarán las referencias propias de la base de datos correspondientes y, en su defecto, se citarán con datos neutros que garanticen su localización (número de recurso, número de Sentencia, etc.).

La citas de Doctrina Judicial: deberán expresar –en todo lo posible– las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, número de recurso, número de Sentencia, etcétera).

Sin perjuicio de los títulos de los epígrafes y subepígrafes en negrita, tal y como se indicó antes, en el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

## 10. Extensión

A) Para los “*Estudios doctrinales*” y “*Derechos Comparado y Derecho Extranjero*”: la extensión de los trabajos tendrá un mínimo de 15 páginas y un máximo de 25.

B) Para los “*Estudios de doctrina judicial*”: la extensión de los trabajos tendrá un mínimo de 10 páginas y un máximo de 15 páginas.

C) Para “*Crónica legislativa*”: la extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

D). Para “*Crónica de Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas*”: La extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

E). Para “*Economía de la Seguridad Social*”: La extensión tendrá un máximo de 25 páginas.

## 11. Notas y técnica de cita

Siempre que se considere necesaria y de una manera moderada se utilizará la técnica de cita a pie de página.

El texto incluido en ésta ha de ser escrito en “*times new roman*”, tamaño 10, párrafo justificado, espacio de interlineado sencillo.

Los apellidos de los autores citados han de ir en “*times new roman*”, tamaño 10, solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

### Ejemplos:

-Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Murcia, Laborum, 2009, págs. 201-242.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, págs. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, SÁNCHEZ RODAS, C. Y ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, págs. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI*, OJEDA AVILÉS, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, págs. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, págs. 145-173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, SEMPERE NAVARRO, A.V. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva.

El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

12. Los originales remitidos –sean o no objeto de encargo por la dirección de la Revista– serán sometidos a evaluación siguiendo el orden de entrega y el criterio de oportunidad preferencial para su publicación en la Sección que corresponda. Se valorarán y seleccionarán por la dirección de la revista atendiendo al interés y calidad. Se dará cumplida información a los autores, en su momento, de la publicación o no de sus trabajos, y, en su caso, de la conveniencia de realizar los cambios que se estimen pertinentes.

13. Con la entrega del trabajo y después de la aceptación para su publicación en la Revista, el autor consiente la publicación, tanto en soporte magnético o informativo, como en soporte de papel o documental.